



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Relações Internacionais

**A teoria do direito natural em Santo Tomás de Aquino em contraposição à
teoria do direito positivo em Hans Kelsen**

**BRASÍLIA
2024
LUCA GAETANO BARBOSA CARDOSI**

**A teoria do Direito Natural em Santo Tomás de Aquino em contraposição à
teoria do Direito Positivo em Hans Kelsen**

Artigo apresentado como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em
Relações Internacionais pela Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do
Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador(a): Professor José Carlos
Veloso Filho

BRASÍLIA, DIA MÊS ANO

BANCA AVALIADORA

Professor José Carlos Veloso Filho

Professor(a) Avaliador(a)

Dedicatória: Dedico a Deus, à Nossa Senhora, à minha família e a todas as pessoas que contribuíram para que eu pudesse escrever essa monografia.

AGRADECIMENTOS

Com profunda gratidão, dedico esse pequeno momento para demonstrar a minha sincera apreciação a todos os que tornaram possível a realização desta monografia. Agradeço, primeiramente, a Deus, por guiar cada um dos meus passos, iluminar meus caminhos e proporcionar-me força e determinação para superar os desafios que surgiram ao longo deste percurso. Seu imenso amor me foi fonte inesgotável de inspiração. À minha amada Nossa Senhora, a quem confiei meus anseios e esperanças, agradeço por sua intercessão constante. Sua presença materna foi um farol de conforto nos momentos de incerteza, fortalecendo a minha fé e orientando-me com amor. Aos meus pais, a base sólida sobre a qual construí minha vida, agradeço por seu incondicional amor, apoio constante e pelos sacrifícios que fizeram para me proporcionar oportunidades como esta. Aos meus amigos, que compartilharam comigo risos, lágrimas e momentos de desafio, agradeço por serem minha rede de apoio, motivando-me a persistir, mesmo nos dias mais difíceis. Aos professores e orientadores, cuja dedicação e orientação foram fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho, expresso meu reconhecimento. Suas valorosas contribuições moldaram meu entendimento e aprimoraram minha visão de mundo. Que a graça de Deus, a proteção de Nossa Senhora e o calor da amizade de todos vocês continuem a iluminar meu caminho em futuras jornadas.

"Para certo público universitário, Santo Tomás é um símbolo do obscurantismo medieval, ultrapassado pela ciência moderna. É suficiente lê-lo para mudar de opinião".

MICHEL VILLEY

RESUMO:

Esta Monografia objetiva dissecar a teoria de Santo Tomás de Aquino acerca do direito natural e a de Hans Kelsen sobre o direito positivo, abordando também os contextos históricos que auxiliaram na formação desses dois importantes pensamentos da história jurídica. No caso, a filosofia grega e o direito romano para Tomás e o iluminismo francês e o contratualismo para Kelsen. A partir daí, realizar-se-á uma comparação entre as duas doutrinas, de forma a delinear as suas diferenças e verificar a possibilidade de uma compatibilidade entre elas. Para compreendê-las e responder a tais demandas, foi necessário ir às principais obras desses dois autores, a "Suma Teológica", escrita por Santo Tomás de Aquino e a "Teoria Pura do Direito", escrita por Hans Kelsen. Somam-se às duas, as citações de outros importantes pensadores, como José Pedro Galvão de Souza, seguidor assíduo da tradição aristotélico-tomista, Norberto Bobbio, um dos maiores especialistas acerca do positivismo jurídico, e Nicola Abbagnano, cujo dicionário de filosofia é essencial para compreender uma série de conceitos abordados nessa monografia. Os livros desses três podem auxiliar no entendimento das duas teorias supracitadas, principalmente para trazê-las para o contexto do século XXI, sem criar nenhum anacronismo histórico. Além disso, já que ambas as doutrinas possuem conteúdos abstratos, algumas das suas definições podem ser difíceis de serem entendidas. Isso se verifica, por exemplo, na definição de direito natural de São Paulo: "A lei escrita no coração de cada um dos homens". À primeira vista ela pode parecer um pouco confusa, principalmente por ser abstrata e metonímica. Dessa forma, o uso de analogias e exemplos torna-se necessário para elucidar tais definições, tornando-as compreensíveis. O objetivo dessa monografia não é depreciar nenhuma das duas teorias supracitadas, pois não existe uma antinomia, e sim uma íntima ligação entre elas. Sem a presença do direito natural, o direito positivo pode tornar-se refém da vontade dos mais poderosos, pois careceria de um critério objetivo de justiça para auxiliar na formação de leis justas. Da mesma forma, sem boas leis positivadas, o direito natural pode tornar-se demasiadamente genérico, não conseguindo concretizar os direitos subjetivos e alcançar a justiça para uma comunidade de pessoas. É fulcral, portanto, realizar essa análise de forma imparcial para tornar-se possível retirar os pontos positivos dessas duas

teorias sem cair em ideologias que desmerecem um dos dois lados de forma acrítica.

Palavras-chave: Direito Natural; Direito Positivo; Hans Kelsen; Santo Tomás de Aquino; José Pedro Galvão de Souza; Norberto Bobbio; Nicola Abbagnano;

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.....	09
DESENVOLVIMENTO TEXTUAL.....	11
1.0. O Direito Natural.....	11
1.1. A presença do Direito Natural ao longo da história e sua definição clássica.....	11
1.2. As diferenças entre o Direito Natural clássico e o Jusnaturalismo....	12
1.3. A Teoria do Direito Natural em Santo Tomás de Aquino.....	13
1.4. Os primeiros princípios da Lei Natural e suas derivações.....	16
1.5. A necessidade da Metafísica para a fundamentação do direito.....	18
1.6. O fundamento da Lei Natural.....	19
2.0. O Direito Positivo.....	19
2.1. O contexto histórico do surgimento do Positivismo Jurídico.....	19
2.2. A Teoria Pura do Direito.....	21
3.0. A necessidade de comunhão entre o Direito Natural e o Direito Positivo para a concretização da justiça.....	23
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	25
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	27
APÊNDICE - Francisco de Vitória.....	29

INTRODUÇÃO:

O tema tratado neste trabalho de conclusão de curso foi escolhido devido ao meu grande fascínio pela filosofia e o interesse de estudar a fundo como os diferentes pensadores históricos enxergam o mundo. De maneira especial, entender a forma como diferentes jus-filósofos pensaram a questão da fundamentação e da legitimidade das normas e dos ordenamentos jurídicos.

Diante da existência de uma vasta gama de concepções distintas acerca do direito natural e do direito positivo, mostra-se necessário delimitar o campo de investigação desta pesquisa. Esta monografia centraliza-se em dois autores: Santo *Tomás* de Aquino e Hans Kelsen. Esses dois são considerados alguns dos, senão os maiores e mais importantes pensadores desses dois temas da filosofia do direito.

Realizar a comparação entre duas teses tão distintas possui suas dificuldades, principalmente porque os dois pensadores viveram em épocas, locais e contextos históricos profundamente diferentes. Contudo, já que o problema de pesquisa estudado por ambos se assemelha, é possível realizar comparações entre elas sem cair em anacronismos históricos, possibilitando-se retirar conclusões a partir dessas análises.

Os principais objetivos desta monografia são: delimitar a teoria de cada um dos autores, estudando a fundo sobre a existência, ou não, de um direito natural e compará-las, verificando em que ponto ambas confluem ou se diferenciam, e em que parte ambas são dependentes umas das outras; em segundo plano, de forma diminuta, desenvolver-se-á uma contextualização dessas duas doutrinas, buscando descrever os contextos históricos de ambas.

O estudo do direito natural é de notória importância para a academia jurídica contemporânea. Nos últimos anos, os Tribunais Superiores brasileiros têm sido profundamente criticados por algumas de suas decisões. Dessa forma, estudar o fundamento e a legitimidade do direito, e conseqüentemente do Estado de Direito, é fundamental tanto para prolação das sentenças, como para entender suas raízes. Por isso, nas palavras de Galvão de Souza (2022, p. 91), é preciso que essas decisões não se baseiem nas opiniões e impressões subjetivas dos juízes, mas sim na justiça, vista sob um aspecto objetivo e concreto.

A existência, ou não, de uma moral universal é uma discussão de suma importância para se entender os parâmetros pelos quais uma lei se torna válida ou inválida. Entendê-los a fundo pode ajudar uma população a lutar contra tiranias

demagógicas estatais, que buscam somente os próprios interesses e não o bem comum.

No primeiro capítulo desta monografia, o Direito Natural é posto em foco. De início, a doutrina histórica do direito natural será analisada e comentada. Soma-se às principais citações da Lei Natural em obras clássicas do ocidente. Em seguida, dissecar-se-á a teoria de Santo Tomás de Aquino sobre o direito natural, buscando delimitá-la a partir das teses do doutor angélico. Por fim, o último subtópico irá analisar a necessidade da metafísica para a validade do direito e os primeiros princípios do direito natural.

No segundo capítulo desta monografia, o Direito Positivo é posto em foco. De início, será feita uma análise do contexto histórico que levou ao surgimento do positivismo jurídico, ou seja, o iluminismo francês. Em seguida, a teoria do direito positivo de Hans Kelsen, presente no seu livro: "a teoria pura do direito", será dissecada e analisada, retirando-se conclusões a partir dos pontos apresentados pelo autor.

Por fim, no último capítulo, ambas as teorias serão confrontadas, de forma a investigar em que ponto confluem e se diferenciam. Além disso, a necessidade de comunhão entre elas será perquirida. Dessa forma, é necessário sair dos extremos e entender a importância de cada uma para a estabilização do ordenamento jurídico de um país.

O DIREITO NATURAL:

1.1. A presença da doutrina do Direito Natural ao longo da história:

Quando se utiliza o termo “Direito Natural clássico”, trata-se de uma doutrina perpetuada desde o Século IV antes de Cristo, com os escritos dos filósofos helênicos, até o século XIV depois de Cristo, com o declínio da escolástica católica durante a baixa idade média.

Nas palavras de Galvão de Souza (2022, p. 26), muitos pesquisadores confundem a concepção clássica de direito natural com sua versão moderna, de caráter jusnaturalista, criada e difundida por Hugo Grócio. Por conta disso, deve-se realizar tal distinção para ser possível definir de forma mais técnica e precisa o que cada uma dessas acepções significa.

É notório que, por quase dois mil anos, independentemente de inúmeras discussões realizadas, sempre foi um consenso a existência de um princípio superior, regra da ação humana e inerente à sua natureza nos mais diversos povos da humanidade (Souza, 2022, p. 21). Em decorrência disso, verifica-se a presença da teoria do direito natural nas mais variadas culturas e nas obras de alguns dos mais renomados pensadores da antiguidade e da idade média. Entre eles, Sófocles, Platão, Aristóteles, São Paulo, Santo Agostinho, Cícero, Ulpiano, Diógenes e o próprio Tomás de Aquino, tema central desta monografia. Tais citações demonstram como o cerne dessa doutrina permaneceu igual por milênios, independentemente do autor que a proclamou.

Aristóteles (2005, p. 40), na sua obra "A Retórica", fala que há uma diferença clara entre uma lei escrita e uma não escrita, sendo essa última a lei natural, proveniente da própria natureza. Ela seria universal, imutável e fonte legitimadora do direito positivo.

São Paulo, em Romanos 2, versículos 14 e 15, discorre:

“Porque, quando os gentios, que não possuem lei, fazem naturalmente as coisas que são da lei, não tendo eles lei, para si mesmos são lei. Isso mostra a obra da lei escrita em seus corações, testificando juntamente a sua consciência, e os seus pensamentos, quer acusando-os, quer defendendo-os” (2019, p. 1544).

Isto posto, percebe-se uma noção bem clara de uma lei moral não escrita, que existe dentro do próprio homem, guiando-o a fazer o bem e a evitar o mal. Trata-se, claramente, de outra referência à lei natural, mesmo que o Apóstolo não a chame explicitamente dessa forma.

Santo Agostinho também comenta sobre essa doutrina: "O Direito natural não foi gerado por uma opinião, mas inserido em nós por uma força inata, do mesmo modo como, na religião, estão a piedade, a graça, a observância e a verdade" (Abbagnano, 2007, p. 291).

Cícero, um renomado jurista e orador romano do século I depois de Cristo, escreveu de forma muito bela sobre a lei natural:

"Há certamente uma lei verdadeira, a reta razão conforme à natureza, difundida entre todos, constante, eterna, que, comandando, incita ao dever e, proibindo, afasta da fraude... Nessa lei não é lícito fazer alterações, nem é lícito retirar dela qualquer coisa ou anulá-la como um todo... Ela não será diferente em Roma, em Atenas, hoje ou amanhã, mas, como lei única, eterna e imutável, governará todos os povos e em todos os tempos, e uma só divindade será guia e chefe de todos: a que encontrou, elaborou e sancionou essa lei; e quem não lhe obedecer estará fugindo de si mesmo, e, por haver renegado a própria natureza humana, sofrerá as mais graves penas, mesmo que tenha conseguido escapar daquilo que em geral é considerado suplício" (Abbagnano, 2002, p. 290).

Depreende-se, pela análise dessas citações, que o termo "provenientes da natureza" remete ao fato de que essa lei não escrita é preexistente ao homem e independentemente dele. Já a terminologia "coração" pode ser interpretada como sendo a origem interior deste juízo, pois trata-se da moralidade individual de cada ser humano, influenciando-o a escolher fazer o bem e a evitar o mal.

1.2. As diferenças entre o Direito Natural clássico e o Jusnaturalismo:

Apesar de ter existido um consenso sobre a existência de um direito natural, a concepção sobre o que ele é variou conforme o período histórico. De acordo com o Dicionário de Filosofia de Nicolla Abbagnano (2007, p. 289), duas fases se destacam, uma mais antiga e outra mais atual.

Durante sua fase antiga, o direito natural era visto como: "a participação da comunidade humana na ordem racional do universo" (Abbagnano, 2007, p. 289). Dessa forma, Diógenes diz que: "os homens participam dessa ordem universal por meio do uso da razão" (Abbagnano, 2007, p. 289). Além disso, esta ordem viria de Deus e seria o próprio Deus. Trata-se, pois, de uma ordem transcendente ao próprio homem.

Durante a sua fase mais moderna, o direito natural é concebido como uma disciplina racional independente da ordem cósmica e de Deus. Segundo Hugo Grócio (2007, p. 292), trata-se de uma técnica racional de coexistência, levada ao mesmo plano científico da matemática cartesiana. Para Grócio, a lei natural funda-se na própria natureza racional humana (2007, p. 292). Durante essa fase

mais moderna e mais secularizada, o direito natural foi denominado de jusnaturalismo.

Galvão de Souza (2022, p. 27) também comenta sobre a diferença do direito natural clássico do jusnaturalismo. Para ele, o primeiro pode ser definido como: Os primeiros princípios da moralidade, cujas aplicações supõem um conhecimento objetivo e experimental da natureza humana. Já a concepção jusnaturalista, doutrina de Hugo Grócio, poderia ser definida como: Um sistema completo, universalmente válido e imutável, deduzido de uma noção abstrata, e não concreta, da natureza humana.

Nas suas palavras, as duas concepções diferenciam-se porque a primeira deriva de uma observação concreta da realidade, enquanto a segunda de uma concepção abstrata, idealista, da natureza humana. Desta forma, confunde-se o direito natural com o direito ideal.

1.3. A Teoria do Direito Natural em Santo Tomás de Aquino:

Tomás de Aquino sintetiza, na obra "Suma Teológica", seu tratado sobre a lei, dividindo-o em três partes: a lei divina, a lei natural e a lei humana, cada uma delas possuindo seus atributos e peculiaridades.

O filósofo define a lei como: uma ordenação da razão, promulgada em vista do bem comum por aquele que foi encarregado da comunidade e conhecida por todos (2002, p. 53). É necessário, portanto, a confluência desses quatro fatores para que uma lei seja válida.

Primeiramente, com relação à essência da lei, apresentada na questão 90 da Suma, o Autor afirma que ela deve sempre se ordenar ao bem comum, mais especificamente ao fim último do homem, que é a sua felicidade¹, vista tanto do ponto de vista individual, como coletivo (2002, p. 52). Essa felicidade é alcançada por meio do uso da razão, que direciona ante esse fim por meio da lei. Ou seja, a lei é uma positivação da razão, ordenada ao caso concreto, à realidade local de uma comunidade.

Para delinear propriamente o termo, "razão", Tomás afirma:

¹ O termo felicidade aqui exposto pode ser entendido como a atividade da alma conforme as virtudes. Trata-se do conceito de felicidade de Aristóteles apresentado na sua obra "Ética a Nicômaco". Ou seja, para Aristóteles o homem só pode ser feliz se buscar aprimorar a si mesmo. Essa definição foi seguida por Tomás. Uma segunda forma de entender, não antagônica à primeira, é que a felicidade está na visão beatífica de Deus, "visio beatífica", ou seja, na união íntima entre criatura e Criador.

“Conhecer é simplesmente apreender a verdade inteligível. Raciocinar é ir de um objeto conhecido a outro, em vista de conhecer a verdade inteligível [...] Os homens, [...] chegam ao conhecimento da verdade inteligível procedendo de um elemento a outro, e por isso, são chamados racionais” (AQUINO, p. 452).

Em outras palavras, o homem consegue adquirir novos conhecimentos por meio do uso da razão. Ele apreende a realidade por meio dos seus cinco sentidos e, ao materializar aquele objeto em sua mente, liga-o com outras informações mais antigas contidas na sua memória, e por meio dessas ligações chega à essência desse objeto. Da mesma forma, deve-se utilizar da razão para inteligir os princípios da lei natural, de forma a apreender a natureza do ser humano.

Após tratar desse ponto, na questão 91, Tomás (2002, p. 53) analisa os vários tipos de leis, diferenciando-as em: lei natural; lei divina; e lei humana, cada uma com suas próprias características e peculiaridades.

Quanto à lei natural, o filósofo define sua função como sendo a de iluminar o uso da razão, a partir do qual o homem pode discernir o bem do mal. Dá-se o exemplo do roubo, que é considerado algo mau em diversas culturas do mundo, pois, objetivamente, é mau em si mesmo. Tal juízo valorativo pode ser descoberto pela razão comum a todos os seres humanos (2002, p. 54).

Antes de tratar sobre a Lei Humana, Tomás diferencia a razão especulativa da razão prática². A razão especulativa representa os princípios universais alcançados por meio do uso da razão, mas que são indemonstráveis empiricamente (2002, p. 55). Normalmente eles são bastante amplos e universais, como: “algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo”³. De acordo com Galvão de Souza (2022, p. 55), a área dedicada ao estudo e descoberta desses primeiros princípios é a metafísica, que será analisada posteriormente. Já a razão prática representa os princípios morais que são universais ao gênero humano. Um exemplo disso seria: "o homem deve fazer o bem e evitar o mal". A área que estuda a razão prática é a moral (Souza, 2022, p. 56).

As leis humanas devem se basear nesses princípios universais da lei natural para tornarem-se legítimas. Tomás corrobora tal assertiva ao afirmar que: "as boas leis emanam da natureza, foram aprovadas pelo costume e foram sancionadas por temor e respeito à Lei" (2002, p. 55). A partir disso, parte-se de determinações gerais para se chegar às mais particulares. Contudo, a lei humana, diferente das

² Para Garrigou Lagrange, a razão especulativa se limita a conhecer o que é, e a razão prática diz o que deve ser (1932, p. 139).

³ Princípio da não contradição.

outras duas, está sujeita a falhas e imprecisões, justamente por ser mais específica e particular (Tomás, 2002, p. 61).

A Lei Divina, para o Doutor Angélico, foi revelada por Deus nos escritos deuterocanônicos do antigo e do novo testamento. Ela serviria para nortear o uso da razão, tendo em vista as incertezas do julgamento humano, pois para Tomás (2002, p. 56): "Pessoas diferentes podem ter diferentes conclusões a partir de princípios e atos semelhantes". Diante dessas inseguranças do uso da razão, deve-se utilizar a Lei Divina como forma hermenêutica de interpretar a lei natural.

Na questão 94, ao tratar mais detalhadamente da lei natural, afirma o autor que todas as coisas pelas quais um homem é atraído pertencem à lei natural, tornando-a universal ao gênero humano (2002, p. 60). Um exemplo disso seria o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Detêm-se que, apesar de ser uma lei positiva, trata-se de um princípio universal, refletindo a lei natural, mesmo que alguém pontualmente o negue. Porém, as consequências práticas desse princípio, aquilo que é chamado de razão prática, estão sujeitas a defeitos e a opiniões diferentes. Ou seja, para Tomás, é somente nas conclusões derivadas dos primeiros princípios que a lei não possui defeitos (2002, p. 61).

Em casos particulares, chamados também de exceções, determinados princípios poderão ser dispensados (Souza, 2022, p. 29), como no caso do uso da violência amparado pela legítima defesa, previsto no artigo 13 do Código Penal (Brasil, 1940). Trata-se de uma causa de excludente de ilicitude⁴, na qual um crime deixaria de ser considerado ilegal. Dessa forma, uma violação ao direito à integridade física poderá tornar-se lícito em situações pontuais.

Por conta disso, a doutrina do direito natural não existe para engessar os ordenamentos jurídicos quanto às suas próprias normatizações, pois as possibilidades de se tirar conclusões a partir de princípios comuns são praticamente ilimitadas (Souza, 2020, p. 67).

Também na questão 94, o filósofo (2002, p. 59) discorre que a inteligência da lei natural pode ser distorcida pela paixão, pelos maus hábitos ou até mesmo por uma má disposição da natureza. Isso justificaria porquê, nos séculos passados, a escravidão foi legalizada e era até mesmo considerada algo moralmente válido.

⁴No Catecismo da Igreja Católica, a legítima defesa não é uma exceção à proibição de matar, pois matar amparado pelo instituto da legítima defesa não seria considerado um homicídio (1997, p. 589).

Quanto à paixão, Regis Jolivet (1957, p. 188) conceitua-a como: Uma inclinação em alto grau de intensidade que nos atrai ou afasta-nos de um objeto. A paixão pode ter efeitos sobre a percepção da lei natural, pois centraliza o seu foco no objeto almejado, e não na realidade. A partir disso, uma pessoa afetada por algum tipo de paixão não possui pleno controle de si e dos seus julgamentos, tornando-se incapaz de estabelecer um juízo imparcial diante daquele caso concreto.

Quanto ao hábito, sua etimologia remete a uma palavra latina que significa “ter ou possuir”. Para Jolivet, trata-se da propriedade de conservar as modificações recebidas na própria alma (1957, p. 133). Com isso, certas más inclinações, por sua recorrência, tornam-se hábito para uma pessoa e até mesmo para um povo, como ocorreu com a legalização da escravidão em diversas culturas.

Por fim, no segundo artigo da questão 95, o Filósofo (2002, p. 65) conclui que toda lei humana deve estar em conformidade com a lei natural, pois a força de uma lei depende da extensão de sua justiça. Ou seja, se desvirtuar-se dela e da razão, a lei torna-se perversa e injusta.

1.4. Os primeiros princípios da Lei Natural e suas derivações:

Os primeiros princípios da lei natural são universais, permanentes e conhecidos por todos os homens. Eles são autoevidentes (Tomás, 2002, p. 61). Quanto aos princípios secundários, que derivam dos primeiros, só serão invariáveis na maior parte dos casos. As circunstâncias poderão alterá-lo ou dispensá-lo a depender da situação do caso concreto.

O filósofo afirma que o primeiro princípio⁵ da lei natural é: “fazer o bem e evitar o mal” (Aquino, p. 2229). A partir dele todos os demais vêm em seguida. Para poder definir o que é o “bem”, Tomás classifica-o como um termo analógico, ou seja, um termo que possui mais de uma definição possível, além de servir para circunstâncias diferentes⁶.

A partir disso, por não ser possível definir o termo, caracteriza-o pelos seus efeitos. Para o frade dominicano, o bem move os desejos (Aquino, p. 263), pois todo

⁵ Quando se diz princípio, remete-se à anterioridade, ou seja, algo que é anterior, origem de alguma outra coisa.

⁶ Isso acontece, por exemplo, quando se fala que uma maçã é boa ou um carro é bom, pois ambos podem ser bons, mas por motivos diferentes.

ato humano livre surge de um desejo pelo bem. Sem desejá-lo, não seria possível desejar nada, pois nenhum homem é capaz de buscar o seu próprio mal.

Um segundo efeito do bem, elencado por Tomás, é a capacidade de aperfeiçoar algo, pois o próprio fato de melhorar é considerado um bem. Isso ocorre quando um indivíduo supera um vício, por exemplo.

Galvão de Souza (2022, p. 56), seguindo a linha do filósofo, distingue três tipos de bem: honesto, útil e deleitável. Bem honesto é o apetecível por si mesmo, independente de qualquer utilidade ou prazer subsequente. Bem útil é aquele que é desejado como um meio para outro bem. Bem deleitável serve para proporcionar um prazer sensível. Tendo em vista essa classificação, percebe-se que o tipo de bem referido por Tomás é o honesto, pois além de ser o mais elevado dos três, possui um fim em si mesmo.

Voltando à esfera da elaboração legislativa, um dos conceitos mais amplamente difundidos de justiça é o trazido por Aristóteles, mais especificamente: “dar a cada um o que lhe é devido” (2021, p. 117). Ora, para realizá-lo é necessário um critério objetivo, superior às legislações positivas, pois muitos direitos inerentes ao ser humano existem independentemente de estarem positivados no Ordenamento Jurídico de um país. Por exemplo, o direito à vida, à integridade física, à propriedade privada, entre outros.

Em decorrência desses primeiros princípios, por conta de sua generalidade, existe uma ampla margem discricionária pela qual o legislador pode escolher, buscando sempre ater-se à proporcionalidade, ao bom senso e à justiça (Souza, 2020, p. 28). Um legislador, por exemplo, poderia culminar um ano de reclusão ou alguma multa pecuniária como sanções a algum determinado delito. No caso, ambas seriam opções viáveis para a punição do delinquente a depender do caso concreto, além de diversas outras.

Percebe-se, portanto, que a lei positivada ora é uma conclusão dos princípios da lei natural, como a necessidade de se punir o homicídio e evitar o mal, ou é uma determinação dela, ou seja, a fixação concreta dessa pena, que deverá ser proporcional e justa em relação ao delito (Souza, 2020, p. 99).

1.5. A necessidade da Metafísica para a fundamentação do direito:

O termo “metafísica”, do grego "*metàphysis*", não foi propriamente criado por Aristóteles, porém, ele é considerado o fundador dessa área por meio dos seus escritos. Trata-se, pois, da ciência dos primeiros princípios⁷, destinada a explicar os primeiros princípios da realidade e as suas causas (Souza, 2022, p. 55).

O direito não pode prescindir-se da metafísica, pois, ao buscar a harmonia da coletividade, este se prende aos conceitos de bem e de finalidade⁸ (Souza, 2020, p. 67). Sem a busca de um ideal transcendente ao próprio direito, este se torna simplesmente o arbítrio da força dos poderosos, identificando-se somente como uma convenção social mutável e arbitrária. Em outras palavras, é impossível concretizar o ideal do direito sem se entender os primeiros princípios da realidade.

Da observação do “ser”, ou seja, da realidade e dos objetos propriamente ditos, resultam variados princípios como o da finalidade e o da não contradição⁹, os quais são pré-requisitos para se entender a realidade tal como ela é (Souza, 2020, p. 67).

De acordo com o princípio da finalidade, todo agente age tendo em vista um fim. Dito isso, é necessário distinguir os conceitos aristotélicos de ato e de potência, pois ao entendê-los pode-se entender melhor no conceito de finalidade para a metafísica e, conseqüentemente, para o direito. Para Regis Jolivet (1957, p. 289), potência é a aptidão para tornar-se alguma coisa e ato é o estado do ser que adquiriu ou recebeu a perfeição para a qual estava em potência. Percebe-se que todo ser deseja sair do seu estado de potência, ou seja, realizar a sua própria finalidade, que no caso do ser humano, se dá por meio da realização do bem.

O bem é o objeto natural da vontade humana. Pode-se dizer que o bem é a própria finalidade da sua vontade. Em outras palavras, o homem tende naturalmente a buscar fazer o bem. Isso se verifica pelo fato de que todos os seres humanos pensam estar fazendo o bem, mesmo os mais maldosos e tiranos.

Daí resulta o primeiro princípio do direito natural, “fazer o bem e evitar o mal”, trazido por Tomás (Souza, 2020, p. 66). O conceito de bem acaba se identificando com o de fim, pois o ser humano, ao buscar a realização do seu fim, do seu

⁷ Trata-se da ciência que busca determinar o conceito e as origens do bem, do belo, da justiça, do direito e da verdade.

⁸ Tanto os conceitos de bem, como de finalidade são estudados pela Metafísica.

⁹ O princípio da não contradição significa que duas proposições contraditórias não poderão ser verdadeiras ao mesmo tempo.

chamado de vida, acaba buscando o seu próprio bem, justamente por isso ser conveniente à sua natureza racional.

Por conta disso, se o Estado deixar de lado o seu fim último, que é a busca genuína do bem comum, refletido na melhora moral dos indivíduos, ficará fadado a promulgar leis que não alcançam a harmonia social.

1.6. O fundamento da Lei Natural:

O fundamento da lei natural é a própria natureza humana, ou seja, aquilo que o define enquanto ser e o diferencia de todos os demais. Um ser não pode prescindir-se de sua natureza e para ser possível determiná-la, deve-se apreendê-la por meio da observação do cotidiano desse ser (Souza, 2020, p. 64).

Para Tomás (Sandro, 2008, p. 1): o homem pode ser conceituado como um "animal racional"¹⁰. Ou seja, o que o particulariza dos demais animais é a sua natureza racional, intelectual. E é por meio do uso da razão que o ser humano supera as demais criaturas, pois somente ele tem domínio de seus atos, agindo livremente para edificar o mundo (Tomás, 1951, p. 300).

Dessa forma, Tomás diferencia os homens dos demais animais irracionais, reiterando o poder de decisão daqueles. Conseqüentemente, diante da ausência de liberdade dos animais, estes não podem agir moralmente, já que a moral exige como pré-requisito a liberdade de escolha do agente (Aquino, 1951, p. 302).

A partir dessas diferenças apresentadas, pode-se afirmar que as leis que guiam os homens e os animais são diferentes, pois o homem, pela sua natureza mais elevada, não busca simplesmente sobreviver e procriar¹¹, mas também guiar suas ações tendo em vista a realização do bem.

O POSITIVISMO JURÍDICO:

2.1. O contexto histórico do surgimento da doutrina do Positivismo Jurídico:

Antes de adentrar propriamente na tese do positivismo jurídico de Hans Kelsen, é necessário entender o contexto histórico que o precedeu, com vista a

¹⁰ Trata-se também da definição trazida por Aristóteles.

¹¹ Os animais agem tendo em vista a procriação e a alimentação. A partir disso, para poder realizar sua finalidade, usarão de todos os meios disponíveis.

entender suas raízes. A sua origem remonta à Revolução Francesa, a qual proclamou, por influência do filósofo Jean Jacques Rousseau, que a vontade do povo ou a vontade geral¹² deveria ser seguida, identificando-a com o conceito de justo (Souza, 2020, p. 104). Em outras palavras, a lei se torna o produto da vontade da população, sendo ela representada pelos legisladores, os quais são escolhidos pelo povo por meio do voto. Trata-se, pois, de uma teoria contratualista.

Também nessa época, em 1804, ocorreu a publicação do Código Civil napoleônico, "*Code Napoléon*", que possuía pretensões de ser simples e não possuir brechas. Nas palavras de Norberto Bobbio (2006, p. 88), por conta dessa visão sistemática, desenvolveu-se um certo tipo de legalismo¹³, um fetichismo dos textos legais, que junto à exaltação do método científico realizada por Augusto Comte, serviu para diminuir o valor jurídico de tudo que não fosse lei "*stricto sensu*". Parafrazeando-o, só as leis que passassem pelo rito legislativo seriam consideradas válidas, pois este seria o critério pelo qual uma norma possuiria validade.

Na realidade, o predecessor das teses de Hans Kelsen foi Augusto Comte, fundador do Positivismo, doutrina filosófica desenvolvida na sua obra "*Catéchisme Positiviste*", publicada em 1842. Posteriormente, a tese de Comte foi ramificada e particularizada para diversas áreas, entre elas a jurídica, pela qual surgiu o positivismo jurídico de Kelsen.

Para André Franco Montoro (1991, p. 247), o positivismo de Augusto Comte é caracterizado por três preceitos fundamentais, independentemente da sua área de estudo: considerar a atividade humana sujeita ao determinismo das ciências naturais; reduzir a atividade humana a uma realidade física; e a identificação das ciências sociais às naturais.

O determinismo é uma tese que afirma que as ações humanas são determinadas por certos princípios, por relação de causalidade (Abbagnano, p. 256). Quando ela é aplicada ao ser humano, exclui totalmente dele o seu livre arbítrio, pois, se cada uma das suas ações for pré-determinada por relações de causa e efeito, então não restaria margem volitiva pela qual ele pode decidir seguir um determinado caminho.

¹² Rousseau via a vontade geral como sendo incorruptível, mas passível de ser enganada pelos interesses individuais.

¹³ Trata-se de uma das teses da Escola Exegética. Nas palavras de Norberto Bobbio (2006, p. 89), essa escola cultuava o texto da lei e havia, de certa forma, uma certa subordinação religiosa ao código legal.

Da mesma forma, quando o determinismo defende que a atividade humana pode ser reduzida a uma realidade física, quer-se dizer que é possível prever todas as ações humanas por meio de leis, assim como é possível prever a queda de uma maçã caso ela caia de uma árvore.

Diante dos pontos supracitados, é possível entender as raízes do Positivismo Jurídico de Hans Kelsen.

2.2. A Teoria Pura do Direito:

No seu livro Teoria Pura do Direito, "*Reine Rechtslehre*", o jus-filósofo Hans Kelsen ambiciona elevar o direito ao patamar de uma ciência, assim como a matemática, a física, a química e a biologia. Por influência de Augusto Comte, o fundador da filosofia positivista, Kelsen busca demonstrar empiricamente a ciência jurídica. Em outras palavras, torná-la exata e objetiva. Tendo isso em vista, sua teoria buscou desvencilhar o direito de todas as áreas estranhas a ele, purificando-o. Entre essas matérias estão a psicologia, a sociologia, a moral, a ética, entre outras.

Cabe lembrar que o positivismo de Comte, pelo menos em sua concepção clássica, defende que a única forma válida de conhecimento é o método científico, ou seja, o demonstrável empiricamente por meio da experiência. Trata-se, portanto, de uma contraposição à metafísica e à teologia. Nas palavras de Norberto Bobbio (2006, p. 159), isso se deve porque a ciência se preocupa somente com juízos de fato e estes são avalorativos. Parafraseando, a ciência só se preocupa com o que acontece na realidade material, visível, concreta e contingente.

De início, o Autor deixa claro que sua pretensão é definir o que é o direito e não como ele deve ser (2020, p. 1), pois não se trata de uma teoria política e deontológica, mas sim científica.

Posteriormente, Kelsen começa discutindo sobre a relatividade da moral, afirmando não existirem valores morais comuns, ao mesmo tempo, em todas as culturas do mundo. Ele discorre:

“Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais” (KELSEN, 2020, p. 73).

No mesmo capítulo, o jurista considera que o único elemento comum a todos os sistemas morais é o fato de serem normas sociais, ou seja, o seu caráter deontológico, de "dever-ser". É bom o que segue a norma e mau o que a contraria, independentemente do imperativo que ela proclame. A partir disso, norma e valor têm conceitos correlativos (2020, p. 74).

Kelsen não viabiliza a existência de uma moral absoluta e universal, acima das demais, mas sim de morais determinadas pelas culturas locais, às quais o direito não precisaria seguir para tornar-se válido. Contudo, isso não significa que sua teoria não possua valores, e sim que eles são relativos e criados pelos ordenamentos jurídicos locais. Ou seja, não haveria um valor transcendental.

Além disso, Kelsen escreve: "as concepções sobre o que é moralmente bom ou mau, estão submetidas a uma permanente mutação" (2020, p. 78). Trata-se de um confronto direto com a doutrina clássica do direito natural, no qual os valores são universais e imutáveis.

Dessa forma, destaca-se que os valores morais estão em permanente mutação. Contudo, por sua morosidade, o direito não possui flexibilidade para adaptar-se a essas mudanças. Por outro lado, esse mesmo sistema possui a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao direito poderem orientar-se na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais (Kelsen, 2020, p. 278). Dessa forma, as leis e as decisões judiciais de um país devem buscar tal previsibilidade, de forma a garantir a segurança jurídica do ordenamento jurídico.

Quanto ao fundamento de validade das normas, este se verifica quando elas se adequam à outra norma, superior àquelas. Contudo, isso geraria um "*regressum ad infinitum*"¹⁴, regresso ao infinito, sendo necessário, portanto, fundar uma norma fundamental, cuja autoridade não pode ser questionada, nem haja alguma superior a ela. Kelsen denomina-a de Norma Fundamental ou Constituição. Nas suas palavras: "Ela é o ponto de partida de um processo, do processo de criação do direito positivo" (2020, p. 222). Em outros termos, todas as demais leis devem se sujeitar a ela para tornarem-se válidas.

¹⁴ Trata-se de algo que é justificado por outra coisa e esta é justificada por outra e assim sucessivamente, não possuindo um fim.

Para poder explicar o fundamento de validade das normas, foi desenvolvida a "pirâmide kelseniana". Trata-se de uma teoria famosa no direito constitucional contemporâneo, no qual é demonstrado como as normas inferiores retiram sua validação das superiores. Por exemplo, no contexto jurídico brasileiro, as leis infraconstitucionais retiram sua validade da Constituição Federal.

Diante dos fatos supracitados, percebe-se o caráter formalista e avalorativo do positivismo jurídico de Hans Kelsen na sua busca de purificar o direito e transformá-lo numa verdadeiramente em uma ciência.

3. A necessidade de comunhão entre o Direito Natural e o Direito Positivo para a concretização da justiça:

Após analisar as teorias dos dois autores supracitados, é possível interpretar que ambas são inconciliáveis. Hans Kelsen apresenta tal opinião, pois afirma categoricamente que a doutrina do direito natural é contraditória e possui pouca firmeza diante das variações morais das diferentes culturas humanas (2020, p. 45).

Contudo, nas palavras de Galvão de Souza (2020, pg. 53): "o direito positivo sem o direito natural é somente o arbítrio da vontade dos mais poderosos". Diante disso, deslegitimar o direito natural é afirmar, ao mesmo tempo, que a vontade dos poderosos dirigirá a dos mais fracos, pois a justiça não está no centro da realização das leis.

Se o direito pode ser definido como uma área que busca a concretização da justiça, é necessário que ele se baseie em valores morais objetivos, ou seja, na "*lex naturale*" (Souza, 2020, p. 54).

Tal colocação também vale para o Direito Natural, pois desvincilhado da positivação normativa, carece de concretude. Tomás (2002, p. 55), em virtude disso, afirma que as leis humanas se ocupam de questões mais práticas, singulares e contingentes. Sua análise deriva do fato que os princípios da lei natural são demasiadamente amplos. Verifica-se isso, por exemplo, no princípio da dignidade humana¹⁵, presente na Constituição Federal de 1988. A partir disso, é necessário utilizar-se da "*lex naturale*" como a base fundamental das leis positivas, sem retirar dessas a importância para o desenvolvimento jurídico de uma nação.

¹⁵ Trata-se do princípio que busca que todos os seres humanos tenham direito de viver de forma minimamente digna. Realizam-se muitas críticas a esse princípio, pois consideram-no profundamente vago e abstrato.

É fulcral, portanto, que ocorra uma positivação, escrita ou não, levando em conta as realidades locais, culturais, as necessidades e o contexto histórico da região, para que se possa concretizar, na realidade de um povo, o direito e a justiça (Souza, 2022, p. 111). Isto posto, o direito deverá nascer organicamente, das necessidades reais de uma população, ou seja, de baixo para cima. Quando ocorre de forma inversa, as constituições e as leis tornam-se instáveis e muitas vezes inoperantes, carecendo de eficácia jurídica.

Tal tese é trazida por Ferdinand Lassale, na sua obra: "A essência da constituição", na qual relata haver duas constituições em uma nação, uma real, representando as disputas de poder, e uma escrita, que não é nada mais que um papel escrito. Lassale diz que ambas poderão coincidir, mas será necessário que a parte no papel reflita a realidade e não simplesmente seja um ideal inoperante (2007, p. 40).

Em suma, a união das duas teorias, ou seja, a união do direito natural clássico ao direito positivo, é o caminho pelo qual é possível concretizar a justiça em uma comunidade humana, independentemente da sua cultura ou formação histórica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interação entre o direito natural de Santo Tomás de Aquino e o direito positivo de Hans Kelsen revela uma dinâmica interessante, destacando-se a importância de uma comunhão entre essas duas perspectivas jus-filosóficas. Ambos os pensadores, apesar de distantes no tempo e nas abordagens filosóficas, oferecem contribuições valiosas que, quando combinadas, poderão enriquecer e aprimorar a compreensão de qualquer sistema jurídico.

O direito natural em Tomás, enraizado em uma visão metafísica e transcendental do mundo, fundamenta-se na ideia de uma ordem intrínseca às coisas, derivada da essência dos entes. Os primeiros princípios morais propostos por ele são percebidos por meio do uso da razão humana e são vistos como imutáveis, refletindo a participação do homem na lei eterna.

Por outro lado, o direito positivo de Hans Kelsen aborda o direito de maneira mais formal e materialista, desvinculando-o dos fundamentos metafísicos. Nas suas obras, o Autor propôs uma teoria pura do direito, na qual as normas jurídicas são vistas como criações das autoridades competentes e sua validade seria mantida por meio de coerções estatais. Para Kelsen, o direito é simplesmente uma construção social humana, desprovido de qualquer tipo de juízo moral intrínseco.

A comunhão entre essas duas visões de mundo pode ser vista como uma síntese que une a solidez ético-moral do direito natural de Tomás de Aquino com a formalidade pragmática do direito positivo de Hans Kelsen.

Contudo, apesar de ser necessária tal comunhão, muitos autores consideraram negar a existência de um direito natural, retirando dele sua importância. Tal paradigma retira de cena que, sem raízes morais sólidas, o direito perde seu propósito central, ou seja, alcançar a justiça para as pessoas.

Se o conceito de bem e mal for simplesmente uma construção social, então não é possível que uma sociedade possa aspirar ao bem comum, pois tudo tenderá ao relativismo moral absoluto. Dessa forma, os direitos humanos poderiam ser revogados simplesmente pela revogação da lei ou da constituição que os instituiu. Sem um fundamento moral apriorístico, tal situação pode tornar-se realidade.

Ao unir essas duas abordagens, estabelece-se um arcabouço jurídico que reconhece a importância dos valores morais sem ignorar a necessidade de uma ordem jurídica que os aplique. Essa comunhão não apenas enriquece a

compreensão do sistema jurídico, mas também oferece uma base sólida para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa, onde a lei é ao mesmo tempo moralmente fundamentada e funcionalmente eficaz.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 1026 páginas. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2012/04/nicola-abbagnano-dicionario-de-filosofia.pdf>>. Acesso em: 02/04/2024.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. 4278 páginas. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 15/11/2023.

AQUINO, Tomás de. MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito: Tratado da Lei, questões 90 a 97**. São Paulo, SP. Editora Martins Fontes. 2002. páginas 49 a 72.

AQUINO, Tomás de. **Suma Contra os Gentios**. 1951. Edição da Escola superior de teologia São Lourenço de Brindes e Universidade Caixias do Sul.

ARISTÓTELES. **Retórica**. 2a edição. Editora Biblioteca de autores clássicos. 2005. 320 p. Disponível: https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/07/aristoteles_-_retorica2.pdf. Acesso em: 10/12/2023. Páginas 40 e 41.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Editora Ícone. São Paulo. 2006

BRASIL, Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15/10/2023

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940: Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14/10/2023

CÍCERO. **De Legibus**. Juiz de Fora, Minas Gerais. Universidade Federal de Juiz de Fora. 2021. 103 p. Disponível: <https://www2.ufjf.br/editora/wp-content/uploads/sites/113/2021/12/SOBRE-AS-LEIS-2.pdf>. Acesso em: 08/12/2023. Páginas 20 e 21.

GALVÃO DE SOUZA, José Pedro. **Direito natural, direito positivo e estado de direito & o estado tecnocrático**. Rio de Janeiro, RJ. Editora Centro Dom Bosco. 2022.

IGREJA CATÓLICA. **Catecismo de João Paulo II**. 1997. Edições CNBB. Edições Loyola. 4a edição: 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª edição. São Paulo, SP. Editora Martins Fontes. 2020.

LAGRANGE, Garrigou. **"Le réalism du principe de finalité"**, Desclée De Brouwe, Paris. 1932. p. 139-141.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 9ª edição. Editora Freitas Bastos. 2015.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito: justiça, lei, faculdade, fato social, ciência**. 20a edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1991

PAULO, São. **Novo Testamento: BÍBLIA, Carta de São Paulo aos Romanos**. Tradução oficial da CNBB. 3ª Edição. Edições CNBB. 2019

PICH, Roberto H. **"Dominium e ius: sobre a fundamentação dos Direitos Humanos segundo Francisco de Vitoria"**, In: Teocomunicação, v.42, n.2, Porto Alegre, jul./dez. 2012, p.376-401. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/8283/2/artigo_009%20-%20Roberto%20H.%20Pich.pdf

SANDRO, Ferreira de Souza. **A condição animal na filosofia de Tomás de Aquino**. 2008. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/hevila/ControversiaSaoLeopoldo/2008/vol4/no1/2.pdf>. Acesso em: 20/10/2023

APÊNDICE – FRANCISCO DE VITÓRIA

Diante dos fatos analisados nesta Monografia, depreende-se haver uma dependência do direito positivo ao direito natural, e vice-versa. Para analisar essa relação por meio de um caso concreto, e para fazer uma síntese dos conteúdos tratados neste trabalho, é de fulcral importância citar a história de Francisco de Vitória, um frade dominicano nascido no final do século XV D.C, herdeiro da tradição tomista e considerado um dos pais do direito internacional moderno. Francisco colocou-se contra os interesses dos espanhóis, durante a colonização espanhola na América no século XVI, para proteger os direitos humanos dos indígenas americanos.

Tendo em vista o interesse econômico e político dos colonizadores espanhóis, os índios foram chamados por eles de "*Homúnculos*"¹⁶. Por serem tratados como seres inferiores, os povos nativos não eram considerados dignos de serem tutelados pelo direito natural. A partir disso, os espanhóis promulgaram uma série de leis, elaboradas e instituídas por eles mesmos, com a finalidade de torná-los objetos de propriedade dos colonizadores.

No século XVI, com a descoberta do continente americano, tais discussões acerca dos direitos dos povos nativos começaram a florescer. Por conta disso, Francisco de Vitória escreveu duas de suas mais importantes obras: "De Indis" e "De Iure Belli". Sobre elas, Pich discorre:

"Essas duas obras forneceram uma literatura ético-jurídica que deu respaldo ao estatuto e aos direitos dos povos encontrados, que indicou as pretensões jurídicas ilegítimas e as pretensões jurídicas legítimas dos espanhóis em particular e, ainda, informou sobre a justificação e a possibilidade da "guerra justa" contra os povos dos novos territórios" (2012, p. 377).

Diante disso, percebe-se como a banalização do uso da "Lex Naturale" ressoa sobre a legitimidade do direito positivo, e como isso tornou o direito espanhol incapaz de alcançar o seu fim mais importante, a justiça.

Sem um critério objetivo e transcendental de justiça, acima de qualquer Ordenamento Jurídico, é impossível criar um conjunto de normas que seja sustentável em uma sociedade. Sem axiomas¹⁷ morais, não é possível que uma

¹⁶ Trata-se de um termo que os espanhóis usavam para denominar os índios. Basicamente, significava que eles eram seres inferiores aos espanhóis e, por isso, não eram merecedores de serem tutelados pela Lei Natural.

¹⁷ Proposições tão evidentes que não precisam ser demonstradas, ou seja, que sejam consensos em uma sociedade.

sociedade se mantenha coesa e pacífica, pois trata-se de uma linguagem comum mínima pela qual todos podem viver em paz.

Por fim, e não menos importante, é necessário ressaltar que o direito natural deve voltar a ser relevante na academia jurídica brasileira, cujo viés é majoritariamente positivista. Não se trata, pois, de acabar com os estudos do positivismo jurídico, pois eles são absolutamente necessários. Contudo, sem um bom equilíbrio entre essas duas doutrinas jus-filosóficas, pode-se perder o sentido do verdadeiro fundamento transcendental do direito, que é a "Lex Naturale", vista como a própria justiça objetiva.