

DIREITO NATURAL X DIREITO POSITIVO SOB A ÓTICA DA LITERATURA DE SÓFOCLES E KAFKA

Paulo Joviniano Alvares dos **PRAZERES**¹

Karla Luzia Alvares dos **PRAZERES**²

Michele **DEL PINO**³

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de traçar um paralelo entre a concepção de Direito Natural e Direito Positivo, demonstrando que ambos coexistem de forma antagônica, em detrimento do alcance de valores como justiça e ferramenta social de controle. Analisa-se a visão dos clássicos da literatura clássica e contemporânea, se verificando que tais valores e conceitos permanecem incólumes.

Palavras-chaves: Direito Natural; Direito Positivo; Sófocles; Kafka.

1. INTRODUÇÃO

Muitas são as discussões em torno do conceito de Direito, a que serve, qual objetivo, se é uma ciência ou um mero instrumento de controle social. Caio Mário em seus ensinamentos dizia ser o direito um conjunto de normas coercitivas que rege o agir

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco UNICAP; Doutorando em Ciências da Educação pela Universidad Autonoma de Asuncion UAA; Doutorando em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Cordoba UNC; Mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista FADIC; Mestre em Ciências da Educação pela Universidad Del Sol UNADES; Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa UDE; Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional UNINTER; Licenciado em Pedagogia pela Faculdade FACESE; Licenciado em Filosofia pela Faculdade Entre Rios do Piauí FAERPI; Graduado em Teologia pela Faculdade de Teologia Integrada FATIN; Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco UNICAP; Membro Associado e Avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI; Presidente da Academia de Letras Jurídicas de Olinda; Advogado, Consultor Jurídico, Professor Universitário e de pós-graduações e cursos preparatórios, Presidente da Subseção da OAB Olinda-PE

² Mestranda em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista FADIC; Mestranda em Direito Internacional pela Universidad Autonoma de Asuncion UAA; Especialista em Direito Tributário por la Faculdade INESP; Especialista em Direito Público pela Faculdade Mauricio de Nassau FMN; Especialista em Saúde Pública pela Faculdade INESP; Especialista em Estudos de Perícias Forenses e Medicina Legal pela Faculdade INESP; Graduada pelo curso de preparação a magistratura e demais carreiras jurídicas pela Escola de Magistratura de Pernambuco ESMAPE; Graduada em Direito pela Faculdades Integradas Barros Melo FIBAM.

³ Mestranda em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Crista FADIC; Mestranda em Direito Internacional pela Universidad Autonoma de Asuncion UAA; Especialista em Direito Público pela Universidade de Pernambuco UPE; Especialista MBA em Gestão Jurídica do Poder Judiciário pela Faculdade INESP; Especialista em Estudos de Perícias Forenses e Medicina Legal pela Faculdade INESP; Graduada em Direito pela Faculdades da Imaculada Conceição do Recife- FICR.

social humano. Assim podemos observar o direito como um conjunto de normas e instrumento de controle humano e social, o que tem esteio na formação do entendimento de Direito como instrumento de coerção, como norma positiva, como forma de controle.

Por outro lado, temos o conceito de Direito como algo inerente a condição humana e existência da sociedade, em suas mais variadas formas e organizações, sendo todo conjunto de normas moral ou de coerção um meio de se observar a existência do direito, que se verifica desde os mais singulares regramentos pessoais e morais.

Temos em duas grandes obras a observação no imaginário literário do papel do Direito na sociedade, sendo este visto como instrumento de controle passível do cometimento de injustiças, o que nos põe a refletir a finalidade que se presta o Direito, assim como seu fim, o qual, nem sempre se é alcançado.

Assim podemos entender como os sistemas de norma por vezes se apresenta injusto e opressor, e capaz de violar valores morais e normas intimas de existência e condição humana.

2. DIREITO POSITIVO X DIREITO NATURAL

As normas de condutas humanas prescindem o que se espera do indivíduo na vida em sociedade, princípios morais e éticos como não roubar, não matar, são princípios legais maiores nos estados legais de Direito, contudo tais princípios prescindem a existência anterior de moral e valores éticos.

Valor moral é aquele de relevância a determinada cultura ou grupamento social, sendo a moral uma espécie de valor coletivo. As normas morais dizem respeito à coletividade, e como tal os indivíduos pertencentes a uma determinada coletividade se encontram a elas sujeitas.

Ao revés das normas morais, as normas éticas são valores existentes na essência do indivíduo, e dizem respeito a sua expressão e valoração própria ante a coletividade, sendo assim, as normas morais são exógenas, ao passo que as normas éticas são endógenas.

Transcreva-se aqui os ensinamentos a definição clássica do que seja Direito Natural e Direito Positivo, conforme as lições de Norberto Bobbio⁴:

"Dois são os critérios pelos quais Aristoteles distingue o direito natural e o direito positivo:

a) O direito natural é aquele que tem em toda parte (pantachoû) a mesma eficácia (o filósofo grego emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto que o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto.

b) O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns e má a outros. Prescreve, pois, ações, cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário), que sejam desempenhadas do modo prescrito em lei.

Aristóteles dá este exemplo: antes da existência de uma lei ritual é indiferente sacrificar a uma divindade uma ovelha ou duas cabras; mas uma vez existente uma lei que ordena sacrificar uma ovelha, isto se torna obrigatório; é correto sacrificar uma ovelha, e não duas cabras, não por que esta ação seja boa por sua natureza, mas porque é conforme a uma lei que dispõe desta maneira. (...)”⁴.

Assim podemos determinar que o direito natural é aquele inerente ao que é bom, justo e ético, valores individuais e vinculados à existência e justiça, ao passo que o direito positivo é o que é ligado a norma coletiva, por vezes moral, contudo nem sempre justo.

Temos então o Direito natural como ideia de imaterialidade do Direito, sendo o ordenamento utópico que equivale a uma justiça superior e anterior, não dependendo assim do sistema de direito positivo, não estando sujeito às variantes do ordenamento da vida social originadores do sistema positivo.

O Direito natural tem como premissa o correto, o reto, o esperado justo, de caráter universal e comum a todos os homens, sendo baseado num bem maior, que por essa razão é permanente e imutável, transcendendo as razões do próprio homem.

A função do Direito natural antes da estruturação do estado era regular o convívio social dos homens, haja visto a inexistência de ordenamentos escritos

4 BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, EsdonBini, Carlos E Rodrigues – São Paulo: ícone, 1995, p. 16.

positivos. Com a estruturação do Estado e consequentemente a formulação de normas escritas, a função do Direito natural assume papel de ser um revés as atividades legiferantes estatais, embasando reivindicações com base em critérios subjetivos, com escoimo na justiça e bem maior, que são valores supremos.

Por seu turno o Direito positivo se define como conjunto de normas que estejam vigentes, sejam escritas ou não, em determinado espaço territorial, demonstrando traços e características referentes ao período e cultura que as mesmas se aplicam. Apresentam estruturação, formulação, sistema de construção e se consolidam como base estrutural do Estado.

Assim podemos afirmar que o direito natural é universal e imutável e estabelece aquilo que é bom (bonum et arquum), enquanto o direito positivo estabelece aquilo que é útil.

Portanto, razoável crer, que de igual forma o Direito natural quanto o Direito positivo podem ser aplicados para resolução das contingências sociais, contudo não é o que observamos no decurso da historia.

No decorrer do tempo, nas diversas sociedades e em momentos distintos, podemos observar a prevalência ora do direito natural, ora o direito positivo como também Bobbio⁵ nos ensina:

"O exame das diversas concepções sobre a diversidade de planos em que se colocam o direito natural e o direito positivo nos levaria muito longe. Limitando-nos a algumas indicações a respeito, diremos que na época clássica o direito natural não era considerado superior ao positivo: de fato o direito natural era concebido como "direito comum" (koinós nomos conforme o designa Aristóteles) e o positivo como direito especial ou particular de uma data civitas; assim, baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral (lex specialis derogat generali), o direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que entre ambos ocorresse um conflito (basta lembrar o caso da Antígona, em que o direito positivo – o decreto de Creonte – prevalece sobre o direito natural – o "direito não escrito" posto pelos próprios deuses, a quem a protagonista da tragédia apela).

No período da idade média, o direito natural se sobrepõe ao positivo, uma vez que o natural se presume de origem divina, ao passo que assim participada por Deus a razão humana.

5 BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Puglesi, EsdonBini, Carlos E Rodrigues – São Paulo: ícone, 1995, p. 16 a 27.

Ao fim da idade media retoma-se o direito positivo, que passa a ter a nomenclatura de juspositivismo, conforme nos ensina Bobbio⁶:

"A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único, ou diretamente através da lei, ou indiretamente, através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

A esta passagem no modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente tão habituados a considerar Direito e Estado como a mesma coisa que temos certa dificuldade em conceber o direito posto não pelo Estado, mas pela sociedade civil. E, contudo, originariamente e por um longo tempo, o direito não era posto pelo Estado: bastava pensar nas normas consuetudinárias, e em seu modo de formação, devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo através de um certo comportamento e uniforme acompanhado da assim chamada "opinio juris ac necessitatis".

Frente a premissa de totalidade, há de servir o Direito Natural de forma subsidiária à lei, via a nominada Heterointegração da norma, consoante ensina Bobbio⁷:

"O tradicional método de heterointegração mediante recurso a outros ordenamentos consistia, no que se refere ao juiz, na obrigação de recorrer, em caso de lacuna do Direito positivo, ao Direito natural".

No que pertine à predominância do Direito Positivo x Direito Natural, o pensamento com base em interpretação dogmática descamba em erro.

O direito serve ao homem e se apresenta como forma de controle da sociedade, a sociedade tem por fim a existência harmônica na busca do bem comum, a função então do direito é equilibrar a estrutura social, tendo por objetivo a pacificação do conflito pela norma, a qual, quando o for objeto de tal conflito, haverá de ser buscada a fonte

6 BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Puglesi, EsdonBini, Carlos E Rodrigues – São Paulo: ícone, 1995.

7 BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Puglesi, EsdonBini, Carlos E Rodrigues – São Paulo: ícone, 1995.

essencial do direito, o que seja, a essência humana, o que por conseguinte embasa a substância do direito natural.

3. ANTÍGONA E A ANALISE DO DIREITO POSITIVO X DIREITO NATURAL

A obra literária de Sófocles remete à análise dos conceitos de justiça frente o direito positivo e o direito natural.

Na obra Polínie busca através de um golpe tomar o poder em Tebas, ao que seu insucesso resultou em sua morte durante a empreitada. Rompendo a tradição Creonte, o governante, em razão de ser Polínie considerado traidor do Estado, impõe que este não poderá ser sepultado, nem lhe ser rendida qualquer homenagem fúnebre, sendo dito que ao descumpridor da ordem teria na morte o seu pago.

Antígona, irmã de Polínie, irredimida com tal ordem, sob o entendimento de que há de ser inaceitável tal desonra ao finado irmão, assim como violação às tradições e respeito aos mortos, resolve sepultar ao irmão, ao que solicita auxílio a sua irmã, que recusa num primeiro momento, e após tem em Antígona seu auxílio recusado.

Assim Antígona em descumprimento a ordem de Creonte realiza as honrarias fúnebres e não é apanhada num primeiro momento, sendo que após, em uma emboscada, ao realizar o sepultamento após a violação do corpo de seu irmão Antígona é descoberta.

Creonte então indaga a Antígona a razão de seu feito, sendo certo que possuía conhecimento da limitação que ele na condição de governante havia imposto, ao que Antígona rechaça as razões absolutistas derradeiras da ordem governamental por não ter esta então vinculação com a vontade dos Deuses e com as tradições, não sendo justo o decreto por Creonte determinado, ao que alegou Antígona agir de acordo com as leis dos Deuses e a tradição por eles legada, ao que no argumento de Antígona se sobrepunha a ordem do governante.

Se destaca ainda outro embate quando Hemon questiona a seu pai Creonte a punição dada a Antígona, sendo pelo governante questionado o valor de sua norma frente ao valor moral da infratora, o qual inclusive é tratado como nobre na concepção de Hermon.

Observamos assim a revolta e insurgência do indivíduo quando o ordenamento jurídico se encontra em desconformidade com o espírito de justiça

4. FRANZ KAFKA E O CONCEITO DE DIREITO POSITIVO NA OBRA O PROCESSO.

A obra de Kafka tem início com a prisão de Joseph K., a qual ocorre de forma arbitrária e sem explicação alguma. Fica claro o poder estatal e a arbitrariedade do Estado na suposta manutenção de um sistema que se apresenta injusto e opressor, havendo o autor deixado claro que a forma de ação do Estado se deu de maneira injusta e sem esclarecer ao personagem qual o seu contrafeito que justificasse o ato público, o qual observamos o Estado despojar todas as garantias individuais sob uma legalidade que se apresenta a todo instante injusta.

Demonstra a vontade do personagem se desvencilhar da custódia estatal, estando o personagem ao passo que não se encontra no cárcere, estar ele confuso e impedido de sair pelo agente público que afirma estar ele detido.

Observamos a crítica de Kafka ao sistema processual vigente à época, ao que já se questionava nos anos de 1920 a morosidade processual, quando afirma o autor: “E quão demorados são os processos deste tipo, especialmente nos últimos tempos!”.

O conflito e questionamentos acerca do critério de justiça se espalha pela obra, observamos as passagens e os questionamentos do autor: “Que espécie de homens eram estes? De que estavam falando? A que Departamento oficial pertenciam? Quem eram aqueles que se atreviam a invadir sua casa?”. E ainda continua perguntando: “Mas, como posso estar detido? E desta maneira? Teriam de responder – retrucou K. – Aqui estão os meus documentos de identidade; mostrem-me vocês os seus, e, especialmente, a ordem de prisão”. Ainda questiona o personagem: “Quem me acusa? Que autoridade superintende o inquérito? Vocês são funcionários?”.

A insistência de Joseph K. em querer saber do que está sendo acusado é algo predominante na obra de Kafka. Tanto que se criou o estilo kafkiano de ser processado. Ser processado kafkianamente é ser totalmente tolhido de qualquer preceito jurídico

possível e conhecido. Parece que no mundo onde vive Joseph não há vigilância aos princípios democráticos de direito.

Observamos o sofrimento do personagem a um sistema processual injusto que tolhe as garantias do indivíduo sob o argumento de manutenção à ordem pública e no uso das prerrogativas estatais, contudo, ao revés, observamos que assim se apresenta o Estado como malfeitor, supressor da liberdade e inquisidor injusto.

Assim, observamos o direito positivo como estruturador do Estado, havendo o mesmo Estado de se apresentar como violador de garantias individuais sob o pretexto de garantidor da ordem pública.

Avaliem o indivíduo ser cerceado sem razão óbvia, sem conhecimento das razões de tal feito, ou razão para que tenha conhecimento e possa assim apresentar sua defesa. Um paralelo a tal feito poderia ser feito às prisões temporárias no nosso ordenamento jurídico, contudo foge ao objeto da presente abordagem.

Num dado momento da obra o personagem assevera: “Carece porventura de sentido chamar pelo telefone um advogado, já que sou declarado detido?”, ficando claro aí toda violação do ato que esta sujeito, não lhe sendo sequer garantido as garantias individuais que o próprio estado se encontra a respeitar.

Após a sua detenção, mesmo sem estar sob cárcere, contudo com sua liberdade violada, Joseph comparece ao Juiz de instrução, onde, num ambiente desfavorável se observa a parcialidade do tribunal, onde está bem distante de um local onde se possa promover a justiça.

Mais à frente observamos na obra que o Estado promove sessões de humilhação e tortura os acusados, sendo de se observar que o processo se apresenta como instrumento de força e manutenção dos atos estatais, o que demonstra o Estado autoritário, injusto e supressor dos direitos e garantias dos indivíduos.

No deslinde processual, Joseph K. e seus intermediários se defrontam a obstáculos injustos e desumanos. Frente a seu processo não se tem acesso aos autos, tão pouco possui subsídio para elaboração da defesa, desconhecendo ao certo as causas de sua acusação.

Frente ao processo cujo ele ou qualquer outra pessoa pode ter acesso aos autos, pelo fato de que não tomasse conhecimento com o exclusivo objetivo de evitar acesso que possibilitasse meios a elaborar a defesa.

Em dado momento da leitura, o personagem Joseph em conversa com a um pratico das ações estatais observamos a seguinte colocação: “Você acaba de me dizer que com a justiça não valem de modo algum argumentações ou provas” .

Ao final do processo sequer tem o personagem acesso à sentença, sendo ainda dito ao mesmo que estas sequer são franqueadas aos magistrados, sendo de discricionariedade estatal.

O direito positivo se mostra aqui como meio de pratica de injustiça e violações, sendo o Estado nessa hipótese o vilão e supressor das garantias que ao mesmo seria necessário manter. O direito natural nos mostra o caminho a valores maiores, sendo a referência do mesmo, não o Estado ou qualquer instrumento normativo, e sim a justiça.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direto Natural se apresenta como reflexo de justiça na condição de valor moral e ético, como flexão filosófico da busca de um ideal, sendo este superior a estrutura do Estado e às próprias normas positivadas. O direito positivo por sua vez se apresenta como regulador da vida social e estruturador estatal, o que pode ensejar a supressão de direitos individuais, e em derradeiro violar as garantias dos entes que se sujeitam.

Através da análise dos escritos literários de Kafka e Sófocles podemos observar o quanto o direito positivo pode ser supressor e meio para prática de injustiças, as quais pelo ponto de vista estatal não e ilegal, sendo assim de se observar que a norma positiva pode ser meio violador de garantias e direitos individuais, direitos os quais não necessariamente positivados, contudo inerentes à condição humana.

Sófocles nos remete a um período antigo onde a hegemonia Estatal se concentrava na figura do governante, o qual era investido e representava a vontade dos Deuses, havendo a protagonista da história de questionar a real vontade dos Deuses e a vontade do governante, sendo a vontade dos deuses a representação do Direito Natural, ao que a vontade do governante representava o Direito Positivo, justificando Antígona o seu ato na real vontade dos ensinamentos e atos naturais, por sobre a vontade do Estado,

sendo certo que Antígona agira com base no senso de Justiça que embasa o Direito Natural.

Kafka por sua vez vive o pandemonium da perseguição de um Estado que tem em seus atos o respaldo do Direito Positivo, contudo pratica inúmeras injustiças e se mostra passível do cometimento de injustiças legais, sendo pelo autor demonstrado que o Estado e sua estrutura processual suprime garantias e direitos.

Assim, temos o Direito Natural como vinculado à essência humana, e dotado de valores maiores que devem nortear toda atividade humana, haja visto que esse vem da natureza humana, dotado e substanciado de valores maiores aos quais deve estar vinculado toda ação humana, qual seja, a justiça.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Puglesi, EsdonBini, Carlos E Rodrigues – São Paulo: ícone, 1995.
- DICK, Philip K. Minority report: ou a nova lei. São Paulo: Record, 2002.
- _____. O homem duplo. Lisboa. Ed. Livros do Brasil. Sd
- FERRARI, Sônia Campaner Miguel: Kafka, Benjamin: o natural e o sobrenatural. http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732007000200010&script=sci_arttext; acesso em 29 de junho de 2019.
- KAFKA, Franz. Diante da lei. In: O processo. Rio de Janeiro: Globo, 2003.
- _____. Sobre a questão das leis. In: Narrativas do Espólio. (trad. Modesto Carone). São Paulo, Cia das Letras, 2002.
- _____. O processo. Rio de Janeiro: Globo, 2003.
- _____. Na Colônia Penal. trad. Modesto Carone. São Paulo, Cia das Letras, 1998.
- SÓFOCLES. Antígona; tradução de Heitor Moniz. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- WEBER, M. Economia e Sociedade vol.2. UNB, Brasília, 1999