

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO NATURAL PARA O POSITIVISMO JURÍDICO ¹

Luiz Alberto Gurgel de Faria
Desembargador Federal – TRF 5ª

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Direito Natural e Direito Positivo - Breves Considerações.* 3. *Hobbes.* 4. *Positivismo Jurídico - Histórico.* 4.1. *A Escola Histórica do Direito - Alemanha.* 4.2. *O Código de Napoleão - França.* 4.3. *Bentham e Austin - Inglaterra.* 5. *O Direito Natural e o Positivismo Jurídico.* 6. *Conclusão.*

1 INTRODUÇÃO

Durante mais de dois milênios, a dualidade do Direito vem sendo estudada pelos juristas, que oferecem diversas distinções entre o *ius naturale* e o positivo.

Com efeito, já na Grécia antiga o tema era analisado por PLATÃO e ARISTÓTELES, o que ainda se observa nos dias de hoje.

As relações entre as duas espécies de Direito que integram a dicotomia em exame foram, por muitos anos, pacíficas, de modo que elas conse-

¹ Apenas a título de registro histórico, é digno de nota que não foi esta a primeira vez que o Direito Natural serviu de fonte para as leis escritas. ANTONIO TRUYOL Y SERRA (*in Historia de La Filosofia del Derecho y del Estado*, 3ª edição, Madrid: Revista de Occidente, 1961, p. 125) observa que já na Grécia Antiga ocorria tal fenômeno: “En consonancia con su objetivismo ético, admitía Sócrates la existencia de ‘leyes no escritas’, fundadas en la voluntad recta de la Divinidad y que se reflejan en la conciencia. En estas leyes no escritas se basan las leyes positivas, participando así de su carácter sagrado”. Na Idade Média, SANTO TOMÁS, em sua *Summa Theologica* (apud NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, p. 20), sustentava que a lei positiva derivava da natural.

guiram conviver conjuntamente, sendo que a diferença entre ambas foi mais enfocada no tocante à gradação, uma considerando-se superior à outra.

Ocorre que essa harmonia não conseguiu sobreviver ao movimento de codificação implantado a partir da Revolução Francesa, no final do século XVIII, que deu origem ao positivismo jurídico.

A origem histórica dessa doutrina e a contribuição do Direito Natural para a sua formação constituem, pois, o objeto do presente estudo.

É curioso observar, de logo, que o positivismo jurídico nega a existência do *ius naturale*, o que, em princípio, parece revelar uma incoerência na proposição deste ensaio. Não é isto, porém, que tentará se demonstrar no desenrolar do trabalho.

2 DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO - BREVES CONSIDERAÇÕES

Não se pode iniciar a tratar do tema pretendido sem antes expor as definições das formas de Direito em debate.

Dentre os inúmeros conceitos elucidados pelos doutos, é interessante destacar os oferecidos por VICTOR CATHREIN (*in Filosofia Del Derecho*, 7ª edição, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1958, p. 196 e 204), que concede uma visão objetiva e subjetiva do *Derecho Natural*:

“Llamamos Derecho en sentido objetivo a las normas obligatorias que establecen en una comunidad pública como reglas de conducta. Derecho natural en sentido objetivo no puede, por consiguiente, significar sino una suma de semejantes normas obligatorias, que por la naturaleza misma y no en virtud de una declaración positiva, ya sea de parte de Dios o de los hombres, valen para toda la Humanidad.”

“Entiéndese por Derecho natural en sentido subjetivo la totalidad de las facultades jurídicas que a uno pertenecen inmediatamente por razón del Derecho natural objetivo y de relaciones dadas por la Naturaleza misma; por ejemplo, el derecho del hombre a su vida, a su inviolabilidad, libertad, adquisición de propiedad, etcétera.”

Já o Direito Positivo pode ser resumidamente definido como aquele posto e aprovado pelo Estado, ou seja, obra do legislador.

Conforme já exposto, a doutrina do positivismo jurídico nega o Direito Natural, pois prega unicamente a existência do Direito Positivo.

É digno de nota que o *ius gentium* aparece, repetidas vezes, tanto na Grécia antiga como em Roma, confundido com o Direito Natural. Certamente essa reunião tem gênese na definição então em voga do Direito das Gentes como sendo aquele que a razão natural estabeleceu entre os homens, a ser observado entre todos os povos. Inobstante, a distinção entre os dois direitos é inevitável.

Volvendo ao tema da gradação dos direitos, observa-se uma predominância do *positivum* sobre o *naturale* na época clássica, o que é invertido na Idade Média, mormente em razão da inspiração cristã que passa a ser concebida para esta modalidade.

No decorrer da Idade Moderna, o Jusnaturalismo atravessa uma fase áurea, culminando com a influência sobre importantes e inesquecíveis movimentos políticos da época, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa.

Foi naquele estágio que floresceu a importante Escola de Direito Natural na Alemanha, como registra FELICE BATTAGLIA (*in Curso de Filosofía Del Derecho*, Volume I, 3ª edição, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1951, p. 241):

“Los siglos XVII y XVIII se caracterizan por la llamada ‘Aufklärung’ o Ilustración, por un movimiento que en algunos aspectos se asemeja a la sofística griega. Así como ésta anuncia el gran florecimiento especulativo de Sócrates, Platón y Aristóteles, aquél prepara la filosofía idealista posterior, que en Vico, en Kant y en Hegel tendrá los mayores representantes. La ilustración es una actitud general del pensamiento, que matiza todos los aspectos de la vida, incluso nuestros problemas del Derecho y del Estado, planteando nuevas exigencias. En el campo del pensamiento se opone a la metafísica y a los retorcimientos escolásticos, promoviendo una racionalidad que acaba por ser buen sentido o sentido común.”

É interessante registrar que, após o seu apogeu no século XVIII, o Jusnaturalismo entra em declínio, abrindo espaço para o surgimento da doutrina objeto deste estudo.

O próximo parágrafo deveria, destarte, ser dedicado ao histórico do positivismo jurídico. Apesar disso, não posso deixar de abrir um parêntese, em separado, para traçar rápidas linhas acerca do precursor desse movimento - THOMAS HOBBS.

3 HOBBS

Nascido em Malmesbury, Inglaterra, em 1588, foi um dos mais importantes escritores da Filosofia do Direito.

FELICE BATTAGLIA (*op. cit.*, p. 223) revela que o notável filósofo estudou em Oxford e viajou muito pelo Continente, especialmente pela França, mantendo relações intelectuais com celebridades como BACON e DESCARTES, que influenciaram muito seu pensamento.

Seguidor do Direito Natural, foi o maior teórico e representante mais sistematizador da tendência absolutista daquela Escola.

Sua obra fundamental foi *Leviathan* (1651). Durante o tempo em que viveu, a Inglaterra passou por um período agitado em razão de lutas internas, o que certamente influenciou os seus escritos, com base nos quais defendia a salvação do Estado através de um poder capaz de dominar com ampla autoridade todas as lutas e paixões individuais.

GIORGIO DEL VECCHIO (*in Lições de Filosofia de Direito*, 5ª edição, Coimbra: Armênio Amado - Editor, 1979, p. 92), anota que, para HOBBS, “todos os homens deverão despojar-se do seu direito originário, e conferi-lo a um soberano que imponha a lei e decrete o justo e o injusto, o lícito e o ilícito”, idéia nitidamente positivista.

Em seu país, travou grave polêmica com EDWARD COKE, combatendo a *commom law*, refutando tudo que limitava o poder estatal, inclusive se insurgindo contra o poder eclesiástico.

A solução elaborada para as hipóteses das lacunas da lei denota a hibridez das idéias de HOBBS (**apud** NORBERTO BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, São Paulo: Ícone Editora, 1995, p. 43):

“Uma vez que é impossível promulgar leis gerais com as quais se possa prever todas as controvérsias a surgir, e são infinitas, evidencia-se que, em todo caso não contemplado pelas leis escritas, se deve seguir a lei da equidade natural, que ordena atribuir a pessoas iguais coisas iguais; o que se cumpre por força da lei civil, que pune também

os transgressores materiais das leis naturais, quando a transgressão aconteceu consciente e voluntariamente”.

Observa-se, pois que, embora jusnaturalista, o estudioso inglês precedeu o juspositivismo, chegando a conceituar o Direito, em sua obra *Diálogo*, com uma concepção eminentemente calcada nessa segunda doutrina (**apud** NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, p. 36), **in verbis**:

“Direito é o que aquele ou aqueles que detêm poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando, em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem.”

4 POSITIVISMO JURÍDICO - HISTÓRICO

A origem dessa doutrina está relacionada à formação do Estado Moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval.

Ao tempo de existência dessa sociedade, não havia uma unidade do Direito, que era totalmente fragmentado, pois cada agrupamento social dispunha de suas próprias regras, que normalmente encontravam fundamento no direito romano compilado por Justiniano, modificado através dos séculos por intermédio de diversas fontes, o que acarretava incerteza jurídica.

Com o surgimento de um novo Estado, a sociedade assume uma feição monista, passando o ente estatal a concentrar em si todos os poderes, inclusive o de criar o Direito.

Em corolário, o Juiz se transforma em um dos titulares dos poderes do Estado - o Judiciário, sendo-lhe subtraída a faculdade de se valer de qualquer direito para solucionar a contenda, de maneira que apenas o *ius positivum* seja aplicado.

Essa mudança não se operou de forma abrupta, havendo uma fase de conflito entre o chamado direito comum (*próprio de cada grupo social*) e o direito positivo (*produzido pelo Estado*).

O fim desse combate adveio com o período das codificações, quando o direito comum foi absorvido pelo direito estatal.

Nesse tempo, o princípio da onipotência do legislador passa a ser observado em toda a sua inteireza, havendo o monopólio da produção legislativa por parte do Estado.

O positivismo jurídico, no seu sentido mais puro com base no qual é conhecido hoje, tem a sua gênese ligada a estudos desenvolvidos em três grandes nações européias, sendo relevante destacar os principais movimentos em cada uma delas.

4.1 A ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO - ALEMANHA

O grande mérito dessa Escola foi preparar o campo para o surgimento do positivismo jurídico, tecendo críticas radicais à concepção filosófica racionalista então imperante.

Tendo o seu maior representante em SAVIGNY, ela floresceu na Alemanha.

Pregava a observância das normas consuetudinárias, que expressavam a tradição, afirmando, ainda, que o período de decadência que atravessava a sociedade germânica era mais propício para o direito científico, a ser desenvolvido através do trabalho dos juristas.

É válido registrar que, apesar de ter dado margem ao positivismo, com os ataques ao Direito Natural, essa Escola não se confunde com aquela doutrina, até mesmo porque se insurgiu contra um de seus principais dogmas - a codificação.

Deveras, SAVIGNY foi um ferrenho adversário da positividade das normas e teve, em sua própria Nação, que enfrentar adversários favoráveis àquele movimento, como THIBAUT, um dos fundadores da Escola Pandectista.

Nessa disputa, saiu vitoriosa a corrente capitaneada por SAVIGNY, pois a codificação apenas chega à Alemanha por volta do início do século XX.

4.2 O CÓDIGO DE NAPOLEÃO - FRANÇA

Concebida com base no pensamento iluminista, a idéia de codificação, iniciada a partir da segunda metade do século XVIII, ganha finalmente corpo com a promulgação dos primeiros Livros da Idade Contemporânea.

Sem dúvida alguma, o principal deles e que serve de marco histórico ainda hoje é o Código de Napoleão (1804), inicialmente batizado de Código Civil da França.

O citado Texto passou por vários projetos. Os primeiros deles foram de autoria de CAMBACÉRÈS e receberam forte influência do Direito Natural.

Já o projeto definitivo se afastou mais dos ideais jusnaturalistas, reaproximando-se da tradição jurídica francesa do direito comum. A eliminação do artigo I (“*Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens*”) reflete essa assertiva.

Quatro juristas foram encarregados de sua elaboração, dentre os quais se destacou PORTALIS.

Há de se verificar que a adoção do princípio da onipotência do legislador em sua integralidade é mais fruto da obra dos primeiros intérpretes do *Code* (*fundadores da Escola da Exegese*) do que de seus redatores.

De fato, no caso das “lacunas da lei”, os elaboradores do Código admitiam o emprego do Direito Natural, conforme se constata em discurso pronunciado por ocasião de sua apresentação (*apud* NORBERTO BOBBIO, *op. cit.*, , p. 76):

“Quando não há relação nenhuma com aquilo que está estabelecido e é conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, remonta-se aos princípios do direito natural. Pois, se a previdência dos legisladores é limitada, a natureza é infinita e se aplica a tudo que pode interessar aos homens”.

Já os seguidores da Escola da Exegese defendiam que se deveria deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias.

Eles argumentavam, ainda, que o Direito Natural seria irrelevante enquanto não incorporado à lei.

Além do Estatuto Francês, são dignos de nota, no processo de codificação, os Livros promulgados na Prússia e na Áustria.

4.3 BENTHAM E AUSTIN - INGLATERRA

Embora na Inglaterra nunca se tenha verificado uma codificação do Direito, provém daquele país JEREMY BENTHAM, filósofo que elaborou a mais abrangente teoria acerca do tema, ficando conhecido em razão disto como o “Newton da Legislação”, com a difusão de seu pensamento por todo o mundo civilizado.

De cunho iluminista, foi influenciado pelo pensador BECCARIA, principalmente no que tange à soberania da lei e submissão a ela pelo julgador.

Opunha-se BENTHAM ao Jusnaturalismo, porque o entendia inconciliável com o empirismo, ou seja, defendia que a natureza humana era insuscetível de um conhecimento experimental.

A afinidade desse pensador com os iluministas franceses decorre justamente da defesa de uma lei fundada na clareza e brevidade.

A sua teoria da codificação foi elaborada a partir da crítica ao sistema do common law, baseado na produção judiciária do direito.

Segundo DUMONT, seu discípulo, seriam quatro os requisitos imprescindíveis para um código: utilidade (*para um maior número de pessoas*), completude (*deve ser completo para não dar ensejo à utilização do direito judiciário*), clareza e justificabilidade (*motivação da lei*).

O outro filósofo inglês que merece ser estudado na análise do positivismo jurídico é JOHN AUSTIN, tido por muitos como o fundador dessa doutrina.

Para ele, a lei era a forma típica do direito, o que demonstra que os seus estudos estavam voltados para a mesma linha de seus compatriotas, HOBBS e BENTHAM.

Fazia severas críticas ao direito judiciário vigente em seu país, defendendo a sua substituição pela codificação.

Apesar de nutrir grande admiração pela obra de SAVIGNY, que estudara com afinco durante a sua passagem pela Alemanha, opõe-se a esta no que se refere ao direito judiciário como propulsor da ciência jurídica, argumentando que esta receberia grande impulso com a sistematização das normas.

5 O DIREITO NATURAL E O POSITIVISMO JURÍDICO

De acordo com o que já tive oportunidade de elucidar no parágrafo 4.1 supra, um dos dogmas do positivismo jurídico foi a codificação.

A necessidade de sistematização das normas era justificada para resgatar a segurança jurídica, tão prejudicada com os inúmeros “direitos” então vigentes nos vários agrupamentos sociais.

Identificando no tempo o início desse movimento, constata-se que ele se confunde com o apogeu do Jusnaturalismo no século das Luzes, que tanto influenciou a Independência Americana e a Revolução Francesa.

Em sua Constituição, a França já determinava a instituição de um Código Civil.

Assim sendo, eleita a opção pela positivação das normas, nada mais certo do que buscar no Direito Natural, então no auge, a fonte imediata para a nova legislação .

Ademais, inúmeros ideais do Jusnaturalismo, como o direito à liberdade, à vida, à propriedade etc., precisavam ser normatizados, de maneira a não mais admitir violações.

Há, dessa forma, um processo denominado de “positivação do direito natural”. Muitos dos preceitos encartados na concepção do jusnaturalismo passam a integrar o ordenamento jurídico dos Estados. Com isso, o Direito Natural oferece a sua grande contribuição para o positivismo jurídico, pois, ao servir de modelo para o legislador, encerra a sua razão de ser, atribuindo forças para a nova doutrina.

Lançando vistas para o Jusnaturalismo do século XIX, GUIDO FASSÒ (*apud* NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO, *Dicionário de Política*, 2ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 659), assim se manifesta:

“Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem se admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo. Negou-se até, tirante o código austríaco de 1811, que se pudesse recorrer ao direito natural em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo: **triunfou o princípio, característico do positivismo jurídico (ou seja, da posição oposta ao Jusnaturalismo), de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado.” (Grifei).**

Não se pode deixar de registrar que o *ius naturale* não foi a única fonte dos codificadores, que também se abeberaram no direito vigente, buscando empregar uma sistematização racional das regras que estavam em vigor.

Isso foi muito observado durante o processo de codificação francês, em que os ideais jusnaturalistas, de forte predominância nos primeiros projetos, foram mitigados, em sua redação final, em favor do direito comum.

É de bom alvitre recordar que os primeiros intérpretes do *Code Napoléon* tentaram afastar a influência do Jusnaturalismo, não admitindo o uso de suas normas para sanar a lacuna da lei, diferentemente do que previam os redatores do Código (v.g. *PORTALIS*), originando, assim, o mais rigoroso positivismo jurídico.

Ocorre que o tributo ofertado pelo *ius naturale* não foi a sua utilização na integração da lei, mas sim o empréstimo de seus preceitos para compor a legislação.

6 CONCLUSÃO

A dicotomia do Direito, reinante por mais de dois mil anos, deixou, durante um longo tempo, de existir, pois da primeira metade do século XIX até o final da Segunda Guerra Mundial apenas se reconheceu a vigência do *ius positivum*.

Foi o período máximo do positivismo jurídico, que negava a ocorrência de qualquer outro direito que não fosse o posto e aprovado pelo Estado.

Curiosamente, na segunda metade do século XIX, “a Filosofia do Direito tinha perdido muito de seu prestígio. Até então havia mantido-se presa à idéia do direito natural, sendo por isso, etiquetada de metafísica e, como tal, desacreditada pelo Positivismo. Em razão disso, a Teoria Geral do Direito, coroando as Ciências Jurídicas, tomara o seu lugar”, conforme anota PAULO DOURADO DE GUSMÃO (*in Filosofia do Direito*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 155). Coube a STAMMLER, DEL VECCHIO e RADBRUCH resgatar o fascínio pela disciplina, a partir do início deste século.

O positivismo jurídico tem suas raízes em estudos realizados por três nações européias: na Alemanha, a grande contribuição para a doutrina advém da Escola Histórica, com as suas críticas ao Jusnaturalismo, sendo interessante anotar que, apesar disso, aquele país demorou um século para se render à codificação e, em corolário, ao positivismo, exatamente com arrimo no historicismo defendido por SAVIGNY; na França, o Código de Napoleão representa a gênese do mais puro positivismo; já a Inglaterra (*que nunca aderiu à positividade, pois lá ainda hoje se aplica o common law*) serviu de berço para a elaboração da mais ampla teoria da codificação, formulada por BENTHAM, sendo natural daqueles quadrantes o filósofo considerado o fundador do positivismo - AUSTIN.

O início do período da codificação do Direito coincide com o ápice do Jusnaturalismo, de sorte que muitos de seus princípios serviram de modelo para o novo ordenamento jurídico elaborado pelo legislador.

Assim, o Direito Natural oferece a sua maior contribuição para o positivismo jurídico, pois, ao ser sistematizado, encerra a sua razão de ser, justificando a teoria da unicidade do direito.

É importante registrar que, alfim da Última Grande Conflagração, o Jusnaturalismo ressurgiu como reação aos regimes totalitários, objetivando funcionar como mecanismo de frenagem ao arbítrio estatal. Nesse sentido foi a posição adotada pelo grande filósofo alemão RADBRUCH.

7. BIBLIOGRAFIA

BATTAGLIA, Felice. *Curso de Filosofia Del Derecho*, Volume I, 3ª edição, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1951.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 5ª reimpressão, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1996.

_____. *O Positivismo Jurídico*, São Paulo: Ícone Editora, 1995,

BOBBIO, Norberto *et alli*. *Dicionário de Política*, 2ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

CATHREIN, Victor. *Filosofia Del Derecho*, 7ª edição, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1958.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia de Direito*, 5ª edição, Coimbra: Armênio Amado - Editor, 1979.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 1ª edição brasileira, São Paulo: Martins Fontes Editora, 1990.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, 6ª edição, Coimbra: Armênio Amado - Editor, 1979.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 16ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994.

SERRA, Antonio Truyol y. *Historia de La Filosofia del Derecho y del Estado*, 3ª edição, Madrid: Revista de Occidente, 1961.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado General de Filosofia Del Derecho*, 1ª edição, México: Editora Porrúa, 1959.

