

Direito Positivo, Positivismo e Jusnaturalismo

Wladimir Flávio Luiz Braga*

O Positivismo igualou o Direito à norma jurídica. Em consequência disso, desenvolveu-se a concepção do chamado Direito ‘Positivo’ como o conjunto das normas jurídicas vigentes.

Obviamente que a definição do Direito se deve pautar em critérios técnicos e parâmetros bem definidos, a fim de que reste claro o tipo de norma que integra este ordenamento, sob pena de, não havendo esta especificação delimitadora, serem imprudentemente incluídas no rol das “normas do Direito” também outras, de caráter moral ou religioso, não-estatais e sem força atributiva, embora sancionadoras e imperativas a seu modo e no contexto particular de sua incidência.

Por evidente questão de seguridade jurídica, as normas de conduta produzidas e exigidas no seio da comunidade, sem iniciativa e tutela do Poder Público, não podem ser consideradas oficiais para o fim de se exigir o seu cumprimento, pois não obrigam sob vigilância política estrita. Daí a prudente e necessária distinção entre as regras do sistema jurídico-legal e do sistema “social”, sob pena de se considerar como (de) Direito quaisquer regras de conduta, o que significaria o desmanche da autoridade referencial do Estado.

Apesar de segmentos organizados da comunidade – como sociedades comerciais, empresariais e civis, associações (clubes, sindicatos, igrejas, ONG’S, etc.) e fundações – poderem confeccionar contratos sociais e estatutos próprios, com força normativa e efeito vinculante interno, tais normas não são propriamente ‘jurídicas’. Isto porque não é o Estado (através de seu Governo “lato sensu”) que as gera; ele somente regulamenta sua criação e endossa sua exigibilidade. Poderíamos considerá-las, então, como normas ‘juridicamente reconhecidas’, que podem ser classificadas numa categoria secundária de estatutos legislativos (como já lecionou Maria Helena Diniz). Nesta categoria também estariam algumas das chamadas normas individuais, como testamentos e contratos, válidos com “força de lei”; além das sentenças, normas jurídicas elaboradas pelo Estado-juiz.

O Direito, definitivamente, não é produzido ao acaso, em qualquer lugar e sob quaisquer critérios. Mas apesar de formal por natureza, deve ter todo seu alicerce nos costumes, anseios e necessidades sociais. Não se pode nem deve olvidar de que a fonte jurídica material, consagrada na Teoria Geral do Direito, é mesmo constituída pelos fatos sociais, que representam o conjunto de vivências históricas, de tradições e de idéias dominantes que influem no ânimo do legislador, do juiz e dos tratadistas para a criação das normas, feitura das sentenças e desenvolvimento da doutrina.

Só se pode concluir desta análise que a conceituação ou definição do Direito deve, de fato, obedecer a critérios positivistas, ou seja, o Direito realmente corresponde a um conjunto de normas jurídicas, ainda que – como é de se esperar – estas sejam resultado da promoção/incorporação legal das normas de caráter moral e religioso e/ou da atenção política às demandas da comunidade.

O problema é que a doutrina positivista leva o Direito Positivo ao extremo, no sentido de considerar esta norma jurídica (escrita ou não) auto-suficiente (válida por si

mesma), autônoma (independente) e desprovida de valores éticos (amoral), inclusive e sobretudo aqueles aproveitados do (ou ditados pelo) ‘Direito Natural’.

O Positivismo, ao afastar ou mesmo ignorar o Direito Natural e separar o Direito da valoração moral (idéia de justiça) de seu conteúdo, procura reconhecer como válido e justo somente o Direito Positivo vigente em determinada sociedade, fazendo dele uma super-norma, arbitrária e ilegítima, porquanto normalmente distante da realidade; além de transformar seu aplicador num artífice frio e tecnicista, repetidor de um comportamento insensível e, não raro, prepotente. Este sistema deifica o bacharel e exorciza o pensamento aberto e libertário – mas não menos responsável – do jurista.

O Jusnaturalismo, ao contrário, prega que o Direito Positivo deve ser objeto de uma valoração, inspirada num sistema superior de princípios ou preceitos imutáveis que se denomina Direito Natural (‘direito pressuposto’, no iluminado ensinamento do professor Eros Grau), que corresponde a uma justiça maior, anterior e superior ao Estado e que emana da própria ordem equilibrada da natureza (ou de Deus).

Remete-nos, pois, esta escola jusnaturalista à observância necessária da equidade, não somente como mero elemento de adaptação da norma ao caso concreto para atenuação de seu rigor, mas inspirador da temperança e do equilíbrio que devem dirigir as decisões judiciais no sentido da promoção dos direitos humanos fundamentais e da construção da cidadania.

Em suma: o Jusnaturalismo, como fiel da balança, estimula a incorporação do sentimento de equidade ao cotidiano, no propósito de que se estabeleça um critério de moderação, isonomia e valoração na apreciação das questões sujeitas diretamente à tutela legal e/ou especialmente relevantes para o mundo do Direito. E neste contexto, fundamental é o papel do jurista, que deve aplicar o Direito com amor, atento às inconcórdias da natureza humana e envolto na ética, buscando sempre realizar justiça, ou seja, dignificar toda pessoa.

Direito Positivo - Direito Privado - Direito Público

É o conjunto de normas estabelecidas pelo poder político que se impõem e regulam a vida social de um dado povo em uma determinada época denominação genérica, dada em oposição à de Direito Natural, no seu sentido de dever de consciência, para distinguir o conjunto de regras jurídicas em vigor, que se impõem às pessoas e às instituições, sob a coação ou sanção da força pública, em quaisquer dos aspectos em que se manifeste é constituído pelo conjunto de normas elaboradas por uma sociedade determinada, para reger sua vida interna com a proteção da força social, é o direito institucionalizado pelo Estado, é a ordem jurídica obrigatória em determinado lugar e tempo; não obstante, é imprópria a expressão; direito Positivo foi cunhado para efeito de distinção do Direito Natural, é um sistema de normas objetivamente estabelecidas, seja na forma legislada seja na consuetudinária, é o direito vigente e eficaz em determinada sociedade, limitando a ciência jurídica ao estudo das legislações positivas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar o direito natural e o positivo, de forma a transparecer os seus conceitos, fundamentos e pensadores. Fazer considerações sobre a sua concepção, o que se entende a seu respeito, movimentos que antecederam, seguidores e defensores exponenciais, os pontos fundamentais que foram divulgados e por

fim se fazer considerações, para melhor compreensão do estudo e entendimento do ordenamento jurídico em vigor.

A filosofia do direito proporciona condições para que o direito, seja analisado de forma diversa dos apresentados pelo Códigos e doutrinas, essenciais para a formação do acadêmico de direito.

No estudo serão analisada a maneiras evolutivas dos pensamentos emergentes do positivismo. As teorias fundamentadoras do direito natural, defensoras de uma norma divina, prevelecente nas condutas sociais. Serão analisados os principais fomentadores do positivismo como Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Hegel, além dos pensadores gregos, as idéias existentes na Grécia do direito, de acordo com seus filósofos.

No direito natural explicita-se a obra de Giorgio Del Vecchio, a explanação de Miguel Reale sobre o naturalismo, as leis naturais previstas, inclusive na Bíblia e, seguidores do período grego.

Os pensamentos terão maiores conflitos quando na metade do século XIX, prevalece a difusão do pensamento positivista, buscando os jusfilósofos da corrente diversa, jusnaturalismo, o desenvolvimento de sua teoria com o intuito de adequá-la à atualidade, apesar de ser característica deste, o acompanhamento da sociedade.

A filosofia do direito considera que, o sistema do direito positivo por si só, não é suficiente, pois, pressupõe ainda legitimidade, e, entre esta legitimidade, encontra-se o direito natural.

O direito natural possui ainda uma função ordenadora, estando presente nas decisões judiciais, principalmente no concernente à equidade, onde se registram diferentes formas de resistência ao direito humano. Já o direito positivo é aquele estabelecido de ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou outro, mas, uma vez reguladas pela lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito por ela.

O tema, apesar de ter sido debatido e fundamentado desde a Grécia, tendo vasta influência no cotidiano; justificando a natureza da existência da ordem regulamentadora da conduta de toda a sociedade.

1. HISTÓRICO

O direito até o final do século XVIII, teve sua natureza dividida em duas correntes, o naturalismo e o positivismo. As duas correntes do direito, não são consideradas diferentes relativas à sua qualidade ou qualificação. Constata-se que uma diferença existente entre ambas, refere-se ao seu grau, no sentido de que uma corrente do direito é considerada superior à outra, ou seja, sendo postas em planos diferentes.

Na época clássica o direito natural não era considerado superior ao positivo, de fato, o direito natural era concebido como sendo um direito comum e o positivo como especial, assim se baseando no princípio de que o particular prevalece sobre o geral, o direito positivo prevalecia sobre o natural sempre que ocorresse um conflito.

Na idade média há contradição entre as duas espécies invertendo a relação. O direito natural é considerado superior ao positivo. Sendo que o primeiro, visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus, e, por este participada à razão humana.

Desta visão do direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo.

Esta distinção de grau não implicava uma diversidade de qualificação, ambos eram considerados como direito na mesma acepção do termo. Passando à análise de seus específicos aspectos históricos.

1.1 Aspectos históricos do direito natural

O Direito tem como uma de suas naturezas as leis naturais, advindo com a criação da sociedade, como normas, consideradas divinas, pela qual os homens estariam subordinados. Será no pensamento grego, que encontraremos a idéia da existência de um Direito, baseado no mais íntimo da natureza humana, como ser individual ou coletivo. Acreditavam alguns pensadores, que existe um "*direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem*".

Diversas idéias começam a ser desenvolvidas a partir deste momento, e como são as idéias, que direcionam as mudanças, produto do conflito de interesses opostos, passemos a analisá-las, começando por Heráclito, será o melhor expositor da doutrina panteísta da razão universal, considerando todas as leis humanas subordinadas à lei divina do Cosmos. Heráclito assinala que Dike (a Justiça) assumia também a face de Eris (a discordia ou litígio), (daí se compreendendo que Dike - Eris não apenas governam os homens, mas o mundo), a verdade é que ele traduz a Justiça como resultado de permanente tensão social, resultado jamais definitivo porque sempre renovado. Ele transmitiu para Aristóteles as primeiras especulações em torno de uma tensão de justiça, revolucionária porque sempre renovada, mas sem opor, antes submetendo e integrando a lei positiva ao Direito Natural.

Uma escola de filosofia fundada pelo pensador de origem semita Zenon (350-250 a.C), denominada estoicismo, colocava o conceito de natureza no centro do sistema filosófico. Para eles o Direito Natural era idêntico à lei da razão, e os homens, enquanto parte da natureza cósmica, eram uma criação essencialmente racional. Portanto, enquanto este homem seguisse sua razão, libertando-se das emoções e das paixões, conduziria sua vida de acordo com as leis de sua própria natureza. A razão como força universal que penetra todo o "Cosmos" era considerada pelos estóicos como a base do Direito e da Justiça. A razão divina, acreditavam, morar em todos os homens, de qualquer parte do mundo, sem distinção de raça e nacionalidade. Existe um Direito Natural comum, baseado na razão, que é universalmente válido em todo o Cosmos. Seus postulados são obrigatórios para todos os homens em todas as partes do mundo. Esta doutrina foi confirmada por Panécio (cerca de 140 a.C), sendo a seguir levada para Roma, para ser finalmente reestruturada por Cícero, de modo que tornou o direito estóico utilizável, no contexto do Direito Romano, e propício à sua evolução.

Há uma certa discriminação entre os estóicos, que confundem lei geral do universo com o direito natural que se aplicará a todas as criaturas. Entretanto, entre eles e mais tarde entre os romanos, mas sobretudo entre os filósofos cristãos, se realçará o aspecto humano do Direito Natural. Muitas das formulações encontradas entre os estóicos são semelhantes às estabelecidas por Platão e Aristóteles. Contudo, a obscura doutrina dos estóicos fez com que a estrutura da polis não se fundamentasse, o que para os dois filósofos gregos era algo indiscutível. Os estóicos proclamaram a humanidade como uma comunidade universal.

Como já foi determinado, o estoicismo influenciou sobre a justiça romana, e Cícero será o maior representante na antigüidade clássica da noção de Direito Natural. O que interessa a Cícero é o direito e não a Lei. Para ele os homens nasceram para a Justiça e será na própria natureza, não no arbítrio, que se funda o Direito. Apesar da riqueza do pensamento encontrada na antigüidade, sobre o direito natural e o conceito de justiça, a realidade social não correspondia, à preocupação demonstrada pelos pensadores. As civilizações ocidentais antigas baseavam-se, muitas delas, em conceitos primitivos de Justiça, sendo que o trabalho escravo se colocava na base da sociedade, como sustentáculo da vida na cidade

grega ou nas cidades do Império Romano. O dinamismo demonstrado no pensamento de Heráclito e Aristóteles fica bem claro quando confronta-se certos aspectos da vida na antigüidade, com as mais recentes conquistas no campo dos direitos da pessoa humana.

O pensamento cristão primitivo, no tocante ao Direito Natural, é herdeiro imediato do Estoicismo e da Jurídica Romana. A Igreja irá pegar dos estóicos a distinção entre Direito Natural absoluto e relativo. Para eles o Direito Natural absoluto era o direito ideal que imperava antes que a natureza humana tivesse se viciado com o pecado original. Com este Direito Natural absoluto todos os homens eram iguais e possuíam todas as coisas em comum, não havia governo dos homens sobre homens nem domínio sobre escravos.

O Direito Natural relativo era, ao contrário, um sistema de princípios jurídicos adaptados à natureza humana após o pecado original. Há quem se esforçasse para tentar aproximar o Direito Natural relativo ao ideal de Direito Natural absoluto. Esperava-se que a hierarquia da Igreja vivesse daquela forma, entretanto os fiéis poderiam se limitar a cumprir o Direito.

A doutrina de Santo Agostinho (354-430 d.C.) tem um importante papel nos postulados do Direito Natural absoluto, o qual será enunciado posteriormente. Mais tarde, a doutrina de São Tomás de Aquino (1226-1274) mostra em maior grau a necessidade da realidade através do conceito de Direito Natural relativo expressar os ideais cristãos. O papel da Igreja, em sua relação com o governo, leva-lo-á, assim como grande parte dos pensadores medievais, a colocar o Direito Natural como de importância decisiva, pois só com uma norma de caráter mais geral, colocada acima do Direito Positivo, poderia haver alguma esperança de realização da Justiça Cristã.

A doutrina do representante máximo da filosofia cristã é um primeiro passo para a autonomização do Direito Natural como Ciência, pois se a lei natural exprime o conteúdo de Direito Natural como algo devido ao homem e à sociedade dos homens, esta adquire, no tocante à criatura racional, características específicas.

Pode-se perceber neste período da História, que mais uma vez, todo o pensamento desenvolvido sobre os Direitos Naturais, e as aspirações de Justiça, permanecem distantes da realidade. Aliás, como a própria Igreja havia pregado, enquanto o Direito Natural absoluto era privilégio de seus Padres, para o imenso rebanho bastava o Direito Natural relativo.

Na Idade Média o Direito Natural era visto como vinculado à vontade de Deus. A partir da Escola de Direito Natural de Grotius (1625) não é mais entendido desta forma, vinculando-o à razão.

Com a intenção da emancipação da teologia medieval e do feudalismo, surge, a escola do direito natural clássico, tendo marcada sua evolução, em três períodos. O primeiro, com o advento do Protestantismo na religião, o absolutismo na política e o mercantilismo na economia, advindo que o direito natural será observado pela sabedoria e não do domínio de um líder, tendo como teorias de Grotius, Hobbes e Pufendorf. A Segunda etapa, compreendida inicialmente em 1649, fez-se presente a modificação no estado político, aderindo ao liberalismo e ao capitalismo liberal, na economia, situando os pensamentos na proteção aos direitos naturais do indivíduo, contra a exploração governamental, prevalecendo as teorias de Locke e Montesquie. E, num terceiro estágio, houve a caracterização na democracia, onde a decisão seria a majoritária do povo, sendo Jean Jaques Rousseau, o pensador político do período, confiando o direito natural à vontade geral.

Será na época do jusnaturalismo abstrato, a explicação de tudo é encontrada no próprio homem, na própria razão humana, nada de objetivo é levado em consideração, a realidade social, a História, a razão humana se tornam uma divindade absoluta. Outro

importante representante do racionalismo ou, do também denominado jusnaturalismo abstrato será John Locke.

Para Locke a lei natural é uma regra eterna para todos, sendo evidente e inteligível para todas as criaturas racionais. A lei natural, portanto, é igual à lei da razão. Para ele o homem deveria ser capaz de elaborar a partir dos princípios da razão um corpo de doutrina moral que seria seguramente a lei natural e ensinaria todos os deveres da vida, ou ainda formular o enunciado integral da lei da natureza. Para Rousseau, a aventura moderna era um erro radical e procura um remédio para isso no retorno ao pensamento antigo, ao seu estado natural.

No século XVIII e XIX a guia para discernir a forma ideal e mais perfeita do direito natural foi a razão, surgindo o racionalismo, com o objetivo de construir uma nova ordem jurídica baseado em princípios de igualdade e liberdade, proclamados como os postulados da razão e da justiça.

Apesar dos difusores das idéias situarem em período diverso, é predominante em suas teorias, e, segundo seus ensinamentos a caracterização dos princípios fundamentais do direito como imutável, unívoco sempre e em toda parte.

1.2 Aspectos históricos do direito positivo

Surge também como outra forma de fundamentar a natureza do direito, o direito positivo. Protágoras (481 a.C - 411 a.C.) pode ser considerado o pensador que antecipou as opiniões dos positivistas modernos. Sustentava que as leis feitas pelos homens eram obrigatórias e válidas, sem considerar o seu conteúdo moral.

O direito positivo, no seu relato recente teve início no século XIX, da reação ao idealismo transcendental, especialmente de Hegel; o antigo porém, recua ao século XV, com a política prática de Nikolau Maquiavel, ao século XVI, com o método experimental de Francisco Bacon, ao século XVII, com o materialismo de Tomas Hobbes. O pensamento moderno foi acentuado na segunda metade do século e primeira metade do século atual, merecendo algumas considerações pela direta e profunda influência que essa escola filosófica exerce sobre o nosso sistema jurídico, além de refletir consideravelmente na formação de nossos juristas, sendo o resultado da jurisprudência pátria uma vinculação permanente de seus ensinamentos.

O positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando direito positivo e direito natural não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito. Sendo considerado positivismo aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito, senão o positivo.

O direito positivo quando de seu surgimento, considerada um doutrina primária. Ele faz-se presente na Grécia já se identificavam seus sinais. Apesar de Augusto Comte ser considerado o pai do positivismo, porque a ele se deve a sua sistematização e aprofundamento da doutrina, já se delineavam seus traços em Bacon, Descartes, Galileu, Hume Locke e mais proximamente nas lições fundamentais de Kant.

O conceito e a expressão de positivismo podem ser tomados em duas acepções, uma restrita e lata a outra. Na primeira acepção, dá-se este nome ao sistema de idéias filosóficas fundado pelo francês Augusto Comte (1789-1857) e propagado posteriormente pelo seu mais fiel discípulo, Emile Lettré (1801-1881). Na segunda, serve ele para designar um movimento bastante mais vasto, dentro do qual cabem numerosas escolas e tendências do século XIX, dentro e fora da França, em matéria de filosofia, de métodos científicos, de psicologia, de sociologia, de história, de direito e de política. Nenhum setor dos conhecimentos humanos ficou isento da sua influência.

O positivismo foi definido por Littré como uma atitude mental que visa a dar à filosofia o método positivo das ciências e às ciências a idéia de conjunto da filosofia.

Essa posição foi a defendida por Comte, que pode resumir-se da seguinte maneira negativa: repúdio formal de tudo o que, de perto ou de longe, pudesse lembrar a metafísica ou ter cara de metafísica, entendendo-se por metafísica toda a proposição que excedesse o domínio da experiência e da observação humana dos fatos sensíveis. Renúncia, portanto, a toda a forma de compreender e explicar que não se fundem exclusivamente na observação dos fatos e das suas relações de antecedência e consequência. Comte determinava, nada que conhecemos para lá dos fenômenos, e o próprio conhecimento que destes temos é relativo e não absoluto. Não conhecemos nem a essência nem o modo de produção de nenhum fato; conhecemos somente as relações de sucessão e semelhança de uns fatos com outros. Estas relações são constantes, sempre idênticas nas mesmas circunstâncias.

Tais semelhanças constantes, que ligam os fenômenos entre si, bem como as sucessões invariáveis que os encadeiam em séries, a título de antecedentes e consequentes, eis ao que se dá o nome de leis. É tudo o que se sabe deles. A sua essência, porém, bem como as suas causas últimas, quer eficientes, quer finais, são desconhecidas e permanecerão para sempre impenetráveis.

2. CORRENTES DOUTRINÁRIAS DO JUSPOSITIVISMO

O historicismo Alemão, com base em Savigny. O primeiro passo para se estabelecer o positivismo foi uma crítica profunda ao direito natural, como forma de se alcançar a sua dessacralização, a fim de que as concepções e os mitos jusnaturalistas desaparecessem das consciências. Esse trabalho passou pela polêmica anti-racionalista levada a efeito na primeira metade do século XIX pelo historicismo.

As características do historicismo de Maistre, Burke e Moser, se evidenciam: pelo sentido da variedade da história devida à diversidade do próprio homem: não existe o homem com certos caracteres fundamentais sempre iguais e imutáveis, como pensavam os jusnaturalistas; existem homens, diversos entre si conforme a raça, o clima, o período histórico. O sentido irracional na história, contraposto à interpretação racionalista da história própria dos iluministas: a mola fundamental da história não é a razão, o cálculo, a avaliação racional, mas sim a não-razão, o elemento passional e emotivo do homem, o impulso, a paixão, o sentimento. Os historicistas escarnecem assim das concepções jusnaturalistas, tais como a idéia de que o Estado tenha surgido após uma decisão racionalmente ponderada de dar origem a uma organização política que corrigisse os inconvenientes do estado de natureza.

Ligada à idéia da irracionalidade da história está a idéia da sua tragicidade, o pessimismo: enquanto o iluminista é fundamentalmente otimista porque acredita que o homem com sua razão possa melhorar a sociedade e transformar o mundo, o historicista é pessimista porque não compartilha dessa crença, não crê nos magníficos destinos e progressos da humanidade.

Outra característica do historicismo é o elogio e o amor pelo passado: não havendo crença no melhoramento futuro da humanidade, os historicistas têm, em compensação, grande admiração pelo passado que não pode mais voltar e que aos seus olhos parece idealizado. Por isto eles se interessam pelas origens da civilização e pelas sociedades primitivas. Também este ponto de vista está em nítido contraste com os iluministas, os quais, ao contrário, desprezam o passado e zombam da ingenuidade e da ignorância dos antigos, exaltando, em contrapartida, as luzes da Idade racionalista. Tal contraste entre racionalistas e historicistas se ascende principalmente em referência ao medieval, considerado pelos primeiros uma idade obscura e bárbara, avaliada pelos segundos como a

época na qual se realizou uma civilização profundamente humana que exprime o espírito do povo e a força dos sentimentos mais elevados.

Ainda como característica, tem-se o amor pela tradição, isto é, pelas instituições e os costumes existentes na sociedade e formados através de um desenvolvimento lento, secular.

Aplicando-se os traços básicos do historicismo ao estudo dos problemas jurídicos, onde Savigny, foi o seu maior expoente, como se pode constatar nos pode fazer uma idéia exata da doutrina da escola histórica do direito. Primeiro, a individualidade e variedade do homem. Aplicando este princípio ao direito, o resultado é a afirmação segundo a qual não existe um direito único, igual para todos os tempos e para todos os lugares. O direito não é uma idéia da razão, mas sim um produto da história. Nasce e se desenvolve na história, como todos os fenômenos sociais, e portanto varia no tempo e no espaço.

O direito, quanto a irracionalidade das forças históricas não é fruto de uma avaliação e de um cálculo racional, nascendo imediatamente do sentimento da justiça. Há um sentimento do justo e do injusto, gravado no coração do homem e que se exprime diretamente através das formas jurídicas primitivas, populares, as quais se encontram nas origens da sociedade, por baixo das incrustações artificiais sobre o direito criadas pelo Estado moderno.

A descrença na possibilidade do progresso humano e na eficácia das reformas induz a afirmar que, também no campo do direito, é preciso conservar os ordenamentos existentes e desconfiar das novas instituições e das inovações jurídicas que se queiram impor à sociedade, porque por trás delas se escondem somente improvisações nocivas. A escola histórica se opunha ao projeto de codificação do direito germânico.

Há neste escola, o amor pelo passado. Para os juristas partidários da Escola histórica este amor significou a tentativa de remontar além da recepção do direito romano na Alemanha, para redescobrir, reavaliar e, possivelmente, reviver o antigo direito germânico.

Para a escola histórica, o sentido da tradição, significa reavaliação de uma forma particular de produção jurídica, isto é, do costume, visto que as normas consuetudinárias são precisamente expressão de uma tradição, se formam e se desenvolvem por lenta evolução na sociedade. O costume é, portanto, um direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o espírito do povo. Acaba, de tal modo, subvertida a clássica relação entre as duas fontes de direito, a lei e o costume, visto que geralmente se considera a primeira prevalente sobre a segunda.

Enquanto a escola histórica pregava o direito consuetudinário e se apresentava contrária ao movimento de codificação do direito Alemão, Thibaut, encabeçou uma reação contrária, pregando essa codificação. Este movimento se identifica em sua totalidade com o Positivismo Jurídico. É bom lembrar que a identificação do historicismo com o Positivismo se prende apenas ao aspecto de que o primeiro empreende uma crítica radical ao direito natural e apregoa o direito costumeiro como a forma genuína do direito.

2.1. A Escola Exegética

Duas codificações tiveram grande influência no desenvolvimento da cultura jurídica: a justiniana e a napoleônica. A primeira na Idade Média e a segunda na Moderna. A idéia de codificação surgiu por obra do pensamento iluminista na segunda metade do século XVIII, perfazendo assim, apenas dois séculos que o direito se tornou codificado.

Em 1.804, foi editado o Código Civil francês, como obra fundamental do período napoleônico, a qual passou a ter grandes influências no desenvolvimento e pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Por isso é que se passou a pensar no direito em termos codificado, porém é bom frisar que, nem todos os países civilizados possuem uma ordem jurídica codificada, como é o caso do direito anglo-saxão.

A idéia de codificação do direito francês teve maior aceitação em razão de ser esse país o berço do iluminismo que encarnou forças políticas da história que deu lugar a Revolução Francesa.

Os primeiros projetos de Código Civil tiveram inspirações jusnaturalistas, especialmente o de Cambacères, onde ele numa primeira tentativa dizia que sua obra estava inspirada em três princípios fundamentais: reaproximação da natureza, unidade e simplicidade. Um segundo projeto foi apresentado onde a raiz principiológica assentava nas exigências que o homem tem da sociedade: ser senhor da própria pessoa; possuir bens para poder satisfazer as próprias necessidades e poder dispor desses bens no interesse próprio e da própria família. As idéias dessas primeiras tentativas de codificação na França eram bem avançadas em alguns pontos como a não distinção entre filhos legítimos e naturais.

O projeto final de autoria de Portalis em trabalho desenvolvido com uma Comissão formada por Napoleão, é o que resultou aprovado e deve ser entendido dentro de um contexto histórico da Revolução que teve sua fase culminante nos anos da Convenção que vai de 1.793 a 1.794 até à fase do Consulado de 1.800 a 1.804.

O Código em seu artigo explica três conceitos básicos que poderiam colocar o Juiz em dificuldade: primeiro, a obscuridade da lei: neste caso o juiz deve tornar clara, através da interpretação, a disposição legislativa que parece obscura; em segundo, insuficiência da lei, no momento em que esta não resolve completamente um caso, descurando a consideração de qualquer elemento: em tal caso o juiz deve completar o disposto legislativo, a integração da lei; terceiro, o silêncio da lei, quando esta se cala sobre uma determinada questão, tipificando as lacunas, as quais, por outro lado, se verificam também no caso de insuficiência da lei, neste caso o juiz deve suprir a lei, deduzindo de qualquer modo a regra para resolver a controvérsia em exame.

O advento do Código de Napoleão fez surgir a chamada escola exegética, cujos pontos fundamentais que serviram de embasamento para o seu surgimento, estão assim agrupados: primeiro, o próprio fato da codificação, pois os operadores do direito sempre procuravam a via mais simples e mais curta para resolver uma determinada questão. Segundo, a mentalidade dos juristas, dominada pelo princípio da autoridade baseado na vontade do legislador que pôs a norma jurídica em evidência. Terceira causa, a doutrina da separação dos poderes, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno.

Com base nessa teoria o juiz não pode criar o direito, sob pena de estar invadido a competência legislativa. Quarto fator, seria o princípio da certeza do direito, garantido pela existência de um corpo estável de leis, devendo os conflitos serem resolvidos com fundamento nele contido e não em outros critérios. Quinto motivo, de natureza eminentemente política, é o das pressões exercidas pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito, substituindo-se as velhas Faculdades de Direito em Escolas de Direito e colocadas sob o controle direto das autoridades políticas para que pudesse ser ensinado apenas o direito positivo.

A Escola Exegética teve grandes expoentes como Bonnacase, Durantou, Demolonbe, Troplong, além de outros. Configurando as características principais como, a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, não negando o primeiro, mas desvalorizam sua importância e significado prático; a existência de uma concepção rigidamente estatal do direito, que tem nas normas estatais as únicas verdadeiramente jurídicas, levando a se ter uma idéia de onipotência do legislador; a interpretação da lei fundada na intenção do legislador, como consequência da característica anterior; o culto do texto da lei, devendo o intérprete cingir-se exclusivamente aos artigos do Código; e, por fim, o respeito pelo princípio da autoridade, onde se deve entender que o legislador não

pode ser posto em dúvida, diante de interpretação dúbia ou que pudesse levar a um confronto com a norma.

2.2 Positivismo Inglês

A Inglaterra não adotou o sistema da codificação, porém teve o seu maior teórico, Jeremy Bentham, o qual teve grande influência na Europa, na América e na Índia, sem que obtivesse sucesso no seu país de origem.

O apogeu da obra de Bentham só veio a ocorrer por volta de 1811, depois de ter passado por três fases de sistematização. Na primeira ele propõe a uma reforma e reorganização sistemática do direito inglês nos seus vários ramos. Numa segunda fase, Bentham projeta uma espécie de digesto do direito inglês, onde deveriam conter as regras de direito que constituíam os princípios fundamentais do ordenamento jurídico inglês. Na terceira etapa, projeta uma reforma radical do direito, mediante uma codificação completa onde deveria sistematizar toda matéria jurídica em três partes: direito civil, direito penal e direito constitucional.

Bentham, desenvolve uma crítica acerba sobre o sistema da common law, baseando-se em cinco pontos: primeiro, a incerteza da common law, em razão do direito não satisfazer as exigências fundamentais de toda sociedade, fazendo com que o cidadão possa prever as conseqüências das próprias ações. Em segundo aspecto, a retroatividade do direito comum, pois quando o juiz cria um novo precedente resolve a controvérsia sem se basear em norma vigente, porém através de uma norma que ele mesmo criou, tendo assim uma eficácia retroativa, uma vez que, vai incidir sobre um fato ou acontecimento que ocorreu anteriormente a sua vigência. No terceiro aspecto ele considera que o common law não se funda no princípio da utilidade pois não está embasado em princípios basilares como acontece no direito legislado, valendo-se apenas da analogia e os precedentes. No quarto aspecto, determina que esse defeito reside no fato do juiz ter de resolver qualquer controvérsia que lhe seja submetida, embora lhe falte uma competência específica em todos os campos regulados pelo direito, o que não ocorreria quando o direito fosse legislado. E, por último sustenta que através de uma crítica de caráter político que o povo não pode controlar a produção do direito por parte dos juízes.

Outro filósofo que desenvolveu um trabalho teórico de grande valia na Inglaterra foi Austin, que chegou a dividir as leis em leis divinas e leis humanas, sendo estas últimas leis positivas e moralidade positiva, correspondendo, respectivamente, as que emanam de um soberano e que provêm de um sujeito humano que não possui a qualidade de soberano.

3. TEORIAS FUNDAMENTADORAS DO DIREITO

Há no Direito o intuito desde os tempos mais remotos, da sua forma de fundamentação, a procura de razões para sua existência, através da história. Busca caracterizações para um ordenamento que rege a sociedade desde seu surgimento. Estas teorias concentram-se em espaços diferentes. O estudo da fundamentação do direito, deve ir além das teorias do direito positivo e do natural, explicitando as demais diversas formas de fundamentação do direito.

3.1 Teoria do ceticismo

Como considerada sempre presente e um das primórdios, está a teoria do ceticismo, defendendo a impossibilidade de fundamentação do Direito, por não ter este qualquer fundamento intrínseco, mas exprimindo somente a autoridade e a força, para a regulamentação da sociedade.

Qualquer que seja a forma assumida pelo ceticismo é negativo, pois, é certo que o direito consiste em um comando arbitrário. Os seus adeptos recusam a aceitar um critério universal e absoluto de justiça, superior ao fato do direito positivo, identificando a justiça com legalidade, com comando. O seu argumento principal é o da variedade dos direito

positivos. Fazendo-se presente no mesmo sentido a teoria do realismo empírico, afirmando que somente o Estado pode determinar o justo e o injusto, e que o Direito começa somente com o Estado, estando o Direito ao comando arbitrário de qualquer poder. Neste pensamento o ceticismo e o realismo, encontram-se na mesma abrangência crítica, por considerarem o Estado e a força como pilares do Direito.

3.2 Teoria do Historicismo

A Teoria do historicismo, considera o Direito não sendo uma criação da Ciência nem da Filosofia, surgiu imperiosamente, revelada pela natureza humana. Ela tem como único fundamento do Direito a conexão dos fatos que o determinam. Consistindo apenas na sua relatividade, na correspondência necessária entre o Direito e seus fatores.

Enquanto que o ceticismo e o realismo consideram o direito apenas como fato individual, como comando arbitrário de qualquer poder, o historicismo, por sua vez encara-o apenas na sua qualidade de fato ou processo coletivo, como produto da vida social. Nesta visão, já marca um progresso; mas seu fundamental defeito, visível na própria colocação do problema, nem assim é eliminado ou atenuado.

Tem-se que o historicismo ao propugnar a necessidade da investigação histórica, está na verdade. Aliás, tal investigação é hoje admitida por todas as escolas. O seu erro começa quando, levado pela sua verdade, diligencia reduzir à investigação histórica a investigação deontológica, totalmente diversa daquela.

O fator contrário ao historicismo é de que o espírito humano não pode jamais apagar-se perante um fato consumado. Além do reino dos fatos, há o reino dos valores, pertencendo o Direito a este último.

3.3 Teoria do Teologismo

Outra forma de fundamentação do Direito, está a teoria do teologismo. Esta corrente de pensamento recorre à idéia da divindade como gênero dos princípios do bom e do justo, que deviam ser aceitas mediante a revelação. Nestas considerações o Estado teria uma autoridade derivado da querer divino, possuindo caráter sagrado.

Existiram duas formas de fundamentação do Direito com o pensamento divino. O teologismo simples, é a primeira, entendido o Direito como comandado por um Ser supremo. A Segunda forma, denominado como teologismo semi-racional,, fundada na forma como a justiça deverá ser comandada como conteúdo da verdade. O teologismo segue como primado a *dedutio iuris*.

O pensamento teológico mesmo nas suas aplicações políticas, conheceu grande desenvolvimento nos tempos modernos, dando lugar a numerosas obras de Filosofia jurídica. Após a Revolução Francesa, e precisamente como reação contra ela, verificou-se um característico florescimento das doutrinas teocráticas, numa forma que se relaciona, sob certo aspecto com o historicismo.

Assim alguns princípios de filosofia jurídica de base teológica, foram sinteticamente expostos, de modo positivo e negativo ao elenco de doutrinas condenadas pela Igreja Católica.

Esta forma de teologismo representa uma notável tentativa de conciliar e conjugar entre si as exigências da fé com as exigências do pensamento especulativo. Mas, no tocante ao direito, mostra-se inteiramente incapaz de atingir este resultado. Na verdade é sempre possível retomar o argumento, e perguntar se o valor do direito apenas depende do fato de promanar da divindade, quer da sua sapiência quer da sua vontade, ou se, pelo contrário, depende de qualquer coisa que à própria divindade se impõe.

As críticas tendentes a colocar o problema do direito nos seus termos puramente racionais, não se pretende atingir, nem prejudicar, as exigências próprias da religião. Ficam pelo contrário, inteira e verdadeiramente intactas as supremas aspirações da alma, sem alguma contradição com a razão. A consciência dos limites do intelecto permite, um

sentimento de religioso respeito com relação aos princípios religiosos que transcendem. Este sentimento gera e alimenta outras esperanças, esperanças que ajudam a suportar dores da existência, que enquanto tais, são perfeitamente legítimas, mesmo quando não demonstradas nem experimentáveis pelos métodos da ciência.

3.4 Teoria do Utilitarismo

E, por fim tem-se a teoria do utilitarismo. Ela tem como fundamento próprio e absoluto, dado que considera o justo idêntico ao útil, reduzindo o Direito à utilidade. A utilidade pode entender-se de duas maneiras: no sentido formal a abstrato ou em sentido material e concreto. Estabelecendo o primeiro sentido como tudo quanto servir à consecução de determinado fim, será útil. Ao levarmos em consideração o segundo, teremos a palavra utilidade indicando aquilo que aos instintos individuais satisfaz, aquilo que dá prazer ao indivíduo.

O conceito de utilidade pode ser entendido sob dois aspectos, no sentido formal e abstrato ou em material e concreto.

No primeiro sentido indica apenas uma relação de meio a fim, tudo quanto servir à consecução de determinado fim é, relativamente a este, útil. Se os utilitaristas aceitassem o princípio utilitário neste sentido, é evidente que, com ele, nenhum fundamento dariam ao direito. Neste sentido, de coisa alguma se pode afirmar a utilidade, uma vez que tudo pode ter: não sendo indicado o fim, o critério de utilidade não implica qualquer determinação concreta de valor.

No segundo sentido, a palavra utilidade indica aquilo que aos instintos individuais satisfaz, aquilo que dá prazer ao indivíduo. Tomando-a neste sentido, a doutrina adquire, sem dúvida, caráter e conteúdo. No entanto, expondo a objeções, sendo um dos críticos, Kant e Manzoni.

O utilitarismo considera que há uma certa obrigatoriedade por parte dos indivíduos, ainda que com sacrifícios, a fazer o bem e a respeitar os direitos alheios. Tais motivos éticos de natureza altruísta, não utilitária, manifestam-se mesmo nas fases primitivas da vida humana. Os direitos alheios são considerados sagrados, não por isto ser útil, mas porque se reconhece no direito um valor independente da utilidade.

O utilitarismo é considerado inaceitável por todos os aspectos. O seu princípio se recusa a identificar o prazer com qualquer cálculos. E, se o seu princípio é alargado não se explica o motivo de ceder à utilidade de terceiros. Tendo como ponto negativo ainda, a possibilidade de cada um buscar para si a máxima quantidade de prazer à custa dos demais, não havendo dever moral, assim pensando que o profba. Por seus fundamentos o utilitarismo tem consideráveis críticas, as quais influenciaram para sua inaceitabilidade.

4. FUNDAMENTOS DO DIREITO NATURAL

O direito natural é considerado como base no mais íntimo da natureza humana. Há pensamentos de que existe um direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem. Este pensamento já nasce numa perspectiva universal, pois a idéia de Direito Natural surge da procura de determinados princípios gerais que sejam válidos para os povos em todos os tempos.

A noção objetiva do Direito Natural pode ser encontrada muito bem figurada no texto de São Paulo:

"quando os gentios, que não têm lei, cumprem naturalmente o que a lei manda, embora não tenham lei, servem de lei a si mesmos; mostram que a lei está escrita em seus corações". (1)

O direito natural é considerado o critério que se designa o justo. A fundamentação dele dá-se pela observação de conformidade entre regras jurídicas de diferentes povos, que induziu a postular uma justiça superior.

Na forma de explicação ao direito, era a razão, porém, esta, não bastava para que o homem alcançasse esta vida; o fundamental eram as leis infundidas por Deus no coração do homem, às quais ele teria liberdade para seguir ou não. O recurso para conhecê-las é o amor, não a razão, conceito este provindo do pensamento de Tomás Antonio Gonzaga.

No entanto, este princípio sofre restrições, as leis naturais não tinham como intimidar o homem com castigos reais: era apenas no plano da moral que ele podia sofrer alguma pressão para segui-las. Por isso, para que não existisse a possibilidade de os homens viverem apenas seguindo suas paixões, Deus teria aprovado a criação das sociedades humanas. Daí que, ainda que todos fossem por natureza iguais, esta mesma natureza teria obrigado Deus a infundir diferenças entre os homens: uns seriam governantes, outros governados. Os governantes teriam o direito e o papel de fazer, desta vez através de castigos efetivos, cumprir os preceitos estipulados por Deus.

O direito natural, nestes termos, não podia mais ser interpretado de acordo com um anterior estado de liberdade; ele devia ser cumprido no presente estágio da sujeição civil. Isto não significava que o direito civil pudesse, em qualquer circunstância, ser superior ao natural; o direito natural é que, dadas as características da humanidade, acabou circunscrito à esfera de atuação do civil.

Estes princípios compõem a base da argumentação do Tratado de Direito Natural, de Tomás Antonio Gonzaga. O direito natural, e portanto Deus, é o que organiza as relações sociais e fornece um fundamento para as ações humanas. Tanto o governante quanto o povo, dentro de suas atribuições, devem orientar-se por Ele.

As regras do direito natural de nada adiantariam se o homem não tivesse a faculdade de escolher se queria obedecê-las. A liberdade dada por Deus para que se possa merecer o prêmio ou o castigo é tão importante quanto o reconhecimento de existência deste. Sem liberdade, não haveria moral, muito menos possibilidade de agir conforme alguma noção de bem.

Para poder exercer esta faculdade, o homem foi dotado de consciência, ou o raciocínio acerca da moralidade das ações. É ela quem dirige as ações voluntárias. As ações movidas pela consciência podem ser boas, se conformes à lei natural, ou más, se contrárias a ela. Como são feitas com "deliberação da alma", são morais, livres, e podem ser julgadas. Apesar de nem todas as ações más poderem ser imputadas a seu autor, porque ele pode ter agido sem conhecer as possíveis conseqüências de seu ato, a ignorância é considerada uma inimiga do entendimento, sendo obrigação do homem vencê-la. Assim como esta, muitas são as obrigações do homem: elas provêm da conveniência ou do medo, mas também fazem com que o homem acabe guiando-se pela moral.

A sociedade foi formada por um pacto definitivo e insolúvel, a partir do qual as resoluções devem ser obedecidas, a obrigação de obedecer a lei vem da superioridade de quem manda, não do consentimento do súdito; ao mesmo tempo, é a congregação de cidadãos que decide, através de decretos, a constituição do governo e a eleição das pessoas que exercerão o poder.

Apesar disto, a sociedade civil é necessária para que os homens gozem de uma vida segura e tranqüila. Os homens em estado de natureza seriam todos iguais; mas como, neste caso, a convivência seria impossível, pois estariam todos sujeitos ao domínio das paixões, Deus teria instituído a sociedade civil. Daí vem a inferência de que todo poder que um homem exerce sobre outro provém apenas de Deus; é ele quem legitima o poder e o mandato do governante, já que o povo, embora tenha o direito de escolher seu soberano,

não tem o poder de destitui-lo, mesmo se considerar que este encontra-se contrário à sociedade.

Assim, a finalidade da sociedade civil é todos os homens a respeitarem a lei natural, mas também possibilitar que vivam de acordo com o seu desejo, como eles desejam tudo o que contribui para sua felicidade, e como não se pode viver feliz fora da sociedade, esta é uma necessidade humana.

Posto que não seja mandada por Direito Natural, a lei civil, é contudo sumamente útil e necessária, para se guardarem não só os preceitos naturais que dizem respeito à paz e felicidade, mas também para se cumprirem as obrigações que temos para com Deus, porque nem a religião pode estar sem uma sociedade cristã, nem esta sociedade cristã sem uma concórdia entre os homens, nem esta concórdia se poderá conseguir sem ser por meio de uma sociedade.

As leis naturais estão sempre de acordo com a justiça, enquanto que nem sempre as civis estarão de acordo com ela, já que podem ser feitas por legisladores opoicionista aos interesses sociais.

Antes de Hugo Grotius, o direito natural podia ser dividido genericamente em duas correntes: uma considerava que a ordem natural era gravada por Deus na natureza e dela fluía por via da razão natural; a outra acreditava na ordem natural como aquilo que fôra por Deus ordenado e o que fôra organizado pelo homem a partir dali. Ambos partem da idéia de que os direitos inalienáveis do homem provém de essência religiosa. Grotius é considerado o ponto inicial da laicização; cristão, mas também imbuído de cultura humanista, ele considera a própria lei natural como um fundamento jurídico superior, e por isso universal.

Neste ponto, sua questão é: o fundamento jurídico universal modifica-se ao longo do tempo ou não? Grotius volta-se para o estudo da natureza humana e chega à conclusão de que este fundamento jurídico é uma forma histórica, e que a fonte da lei é a sociedade. Assim, o conceito de justiça deve ser definido de acordo com a capacidade humana de exercício da sociabilidade.

Ao estabelecer esta noção, Grotius reporta-se não só à religião, mas também à política. É contra o Estado de Hobbes que ele enfatiza a necessidade de definição da esfera do jurídico em face do Estado. Apenas independente da religião e do poder é que o direito poderia permanecer fiel à formulação ideal de justiça que o sustenta.

Posteriormente a Grotius tem-se Putendorf , teórico do direito natural que considera: "Há uma íntima relação entre o direito natural e a aritmética: os princípios de direito natural são de evidência perfeita, como axiomas da matemática; por isso, é fundamental estabelecer princípios para a dedução do direito natural".

Ao afirmar que estes princípios podem ser retirados tanto da experiência empírica quanto da tradição, Pufendorf contribui para aprofundar o movimento de secularização do direito.

O objetivo principal dele era descobrir os fundamentos do direito. Para ele, no universo múltiplo do direito, havia um princípio único, a lei natural de Deus. Porque divina, esta lei seria imutável, enquanto as outras leis, advindas das organizações jurídicas humanas, variariam de acordo com as condições temporais do espaço.

Neste sentido, considera que a lei natural que se impõe ao gênero humano é uma lei de obrigação, que só pode ser imputada a seres morais, dotados de razão. Assim, só o homem pode ser sujeito de direito; o imperativo da lei natural é, portanto, que a obrigação seja mantida pelos homens. Esta obrigação pode ser traduzida na observância do princípio de sociabilidade, todas os sistemas humanos de direito e as obrigações daí decorrentes devem estar assentes na idéia de que o homem é um ser social.

A fonte do direito natural é a natureza humana, a ordem natural das coisas. A sua compreensão é alcançada pela conjugação da experiência e da razão; não emana de uma revelação. É uma ordem condicionada pela dimensão social do homem. O seu papel é o de preservar as condições sociais necessárias para que o homem se constitua, viabilize-se de acordo com suas potências construtivas. Esse direito não é normativo, mas apenas reúne princípios fundamentais sem qualquer compromisso ou vinculação com determinada ordem política.

4.1 Jurisfilósofos do naturalismo

Giorgio Del Vecchio, considera, como predominantemente, que o direito natural acompanhou sempre a humanidade. Há objeções contra o direito natural, pelos positivistas, como, e.g., o direito natural quer os homens livres, no entanto, existiram e ainda existem escravos. Del Vecchio assim explicita:

"o direito natural é essencialmente distinto do direito positivo, precisamente porque se afirma como princípio deontológico, indicando aquilo que deve ser, mesmo que não seja" (2).

Este princípio engloba a crítica elaborada pelos positivistas de que o direito natural apesar de sempre perfeito, existem normas contrárias aos interesses sociais, vindo o princípio deontológico, prever tal situação pelo governo de tiranos, utilizando o poder para proteção aos interesses individuais. Contrária assim, toda a sociedade, a ordem prevista pelo direito natural. Os princípios gerais do direito são para ele os princípios do direito natural, entendidos pela sua transcendentalidade e não como entidades.

Del Vecchio considera o direito natural o nome com que se designa, por tradição muito antiga o critério absoluto do justo. Com tal nome de pretende dizer que o referido critério assenta na própria constituição das coisas e nunca no mero capricho do legislador momentâneo. Algumas vezes foi a reação contra a justiça positiva, outras a observação de uma conformidade entre regras jurídicas de diferentes povos, que induziu a postular uma justiça superior. E, quanto aos modos pelos quais se demonstrou a autoridade do direito natural, procedeu-se ora com argumentos teológicos, ora com dados puramente racionais. E, diversas tem sido igualmente as maneiras de conceber as relações entre os ditames do justo natural e as normas jurídicas positivas, segundo o momento histórico e a orientação especulativa.

Vale aqui salientar o ponto de encontro das doutrinas de Kant e Spencer, o primeiro da razão pura, o segundo, da observação experimental das leis físicas da vida, chegando a princípios quase idênticos do direito natural. Determinando Kant, que o direito atua externamente de tal modo que o livre uso do teu arbítrio possa harmonizar-se com o livre uso do arbítrio dos outros, segundo uma lei universal da liberdade; definindo Spencer, que cada homem é livre de fazer o que quiser, contanto, que não prejudique a liberdade igual dos outros homens.

Ele cita que seria um grave erro julgar que a idéia de direito natural possa fazer as vezes de uma definição lógica do direito. O sistema de direito natural é em última análise um sistema de direito. Vindo a juntar-se a todos os outros sistemas existentes, e deve ser tomado em consideração em igualdade com estes numa definição lógica e universal do direito.

É de se considerar que as Constituições, como os estatutos políticos fundamentais, ao proclamarem os direitos do homem, prendem-se aos enunciados do Direito Natural, principalmente no que se refere aos direitos humanos. Ficando compreendido que as metas assumidas pelo jusnaturalismo, o Direito Natural a reduz a um problema de axiologia antropológica, ou seja, dependendo do valor atribuído ao homem e das conseqüências de sua validade. A análise do direito natural varia de acordo com cada época histórica do homem.

Miguel Reale, considera que o Direito Natural não pode ser conceitualmente determinado, por depender do entendimento de cada autor de sua época elabora respeito do ser humano. Havendo uma uniformidade nestas variações quanto aos valores enunciados positivamente, pretendendo a preservação pela legislação positiva e negativamente, o que não se deseja presente nas normas legais.

Um dos exemplos da preservação das conquistas axiológicas, são os direitos das pessoas humanas, preservado pelos gregos, troianos, no ocidente e oriente, consideram patrimônio irrenunciável da espécie humana. Para fundamentação neste modelo de juridicidade que transcendem os tempos, tem-se duas características. Primeiramente a força coercitiva transpessoal, resultante da objetividade trans-histórica adquiridas pelos valores humanísticos mais altos e, em segundo a tensionalidade no sentido de algo comum da esperada justiça. Neste sentido determinam Miguel Reale, como necessária uma vinculação entre a idéia de justiça e a de experiência jurídica, a qual não é senão o processo histórico-axiológico do Direito.

Reale cita o direito, neste contexto:

"o direito metafisicamente entendido, abrangendo tanto o estudo dos pressupostos histórico-axiológicos transcendentais do direito positivo a meditação sobre os valores que formando o horizonte da experiência jurídica, em cada época histórica, revelam-nos os sentido essencial dominante da positividade jurídica, tanto no seu estágio atual como no seu desenvolvimento plausível em função dos valores adquiridos" (3)

Assim sendo, à medida que o homem vai elaborando ou aperfeiçoando a sua experiência estimativa, vai-se formando como horizonte da sociedade civil, uma sucessão de constelações axiológicas que, embora oriundas do espírito subjetivo, adquirem força objetiva e transpessoal, exercendo pressão, como modelos, sobre as subjetividades individuais, assim como sobre os grupos, as comunidades e as nações. Sendo para Miguel Reale a compreensão transcendental-axiológica do direito natural, não é estática, mas dinâmica; não é formal, mas de fundamental conteúdo valorativo.

O primordial valor do direito natural é a pessoa humana, transcendendo o processo histórico, o seu significado, através do qual a espécie humana toma consciência de sua dignidade ética. O relevante é que haja respeito de uma pessoa para com as demais.

De acordo com a compreensão do direito natural de Miguel Reale, faz-se necessário distinguir entre princípios gerais de direito imediatos e mediatos. O primeiro expressa, de maneira direta, os valores essenciais e conaturais a qualquer forma de convivência ordenada, considerados imediatos em relação às constantes axiológicas de que promanam. Já os princípios gerais mediatos, que se harmonizam, que se harmonizam com os primeiros, e que a eles se subordinam, ou representam exigências jurídicas características de todo um ciclo histórico, ou então traduzem formas de compreensão que fundamentam o ordenamento jurídico de cada povo.

A concepção do direito natural, em termos de condição transcendental, lógica e axiológica, da experiência histórica possível, não cria soluções de continuidade entre os princípios gerais de direito de caráter imediato, ligados aos valores essenciais da pessoa humana, reconhecida como valor-fonte de todos os valores, e os princípios gerais mediatos que vão historicamente se objetivando nos quadros da civilização geral ou da experiência particular de cada nação.

5. FUNDAMENTOS DO POSITIVISMO

O direito positivo tem por base o ordenamento jurídico, o qual será determinado nas suas características. O direito positivo determina o direito como um fato e não como um valor, tem uma abordagem valorativa do direito. Faz-se necessário salientar que o positivismo jurídico nasce de um esforço onde se procura transformar o estudo do direito

numa verdadeira e adequada ciência que viesse a ter as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais.

Toda ciência tem como característica fundamental a distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico, consistindo a ciência somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, ou seja, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.

O positivista, de acordo com o positivismo jurídico de Norberto Bobbio tem a característica de atitude científica frente ao direito, considerando que ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser.

Essa atitude contrapõe o positivismo jurídico ao jusnaturalismo, que sustenta que deve fazer parte do estudo do direito real também a sua valoração com base no direito ideal, pelo que na definição do direito se deve introduzir uma qualificação, que discrimine o direito tal qual é segundo um critério estabelecido do ponto de vista do direito tal qual deve ser.

Para se entender essa distinção entre o positivismo e o jusnaturalismo deve-se analisar a questão da validade do direito e do valor do direito, entendida a primeira como fazendo parte do ordenamento jurídico real e existindo dentro de uma sociedade, enquanto a segunda indica a qualidade de tal norma, onde se verifica que a mesma está conforme ao direito ideal.

A respeito do problema da validade do direito encontra um adicional doutrinário, a corrente jurídica contemporânea, que pode ser considerada pertencente ao positivismo jurídico entendido em sentido genérico, embora se diferencie do positivismo em sentido estrito, sustenta que é insuficiente a definição do direito baseada no requisito único da validade, sendo necessário, pelo contrário, introduzir também o requisito da eficácia. O direito, observa essa escola, é uma realidade social, uma realidade de fato, e sua função é ser aplicado: logo, uma norma que não seja aplicada, isto é, que não seja eficaz, não é consequentemente, direito.

A doutrina desta corrente, que é conhecida com o nome de escola realista do direito, pode ser resumida da seguinte maneira, é direito o conjunto de regras que são efetivamente seguidas numa determinada sociedade.

Falando de eficácia, os realistas se referem ao comportamento dos juízes, daqueles que devem fazer respeitar as regras de conduta impostas aos cidadãos. Normas jurídicas são, pois, aquelas que os juízes aplicam no exercício de suas funções, vale dizer no dirimir as controvérsias. A definição realista do direito não faz consequentemente tanta referência ao legislador que estabelece a norma, mas sobretudo ao juiz que a aplica; naturalmente no aplicar as normas legislativas é possível que o juiz lhes modifique o conteúdo, e portanto é possível uma divergência, uma defasagem entre o ordenamento do legislador e o dos juízes.

Como o positivismo e o realismo definem o direito de forma anti-ideológica, sem qualquer referência a valores, pode ser chamada essa definição de formalista, levando em consideração que o direito é definido apenas em sua estrutura formal prescindindo completamente de seu conteúdo.

O direito positivo tem em seu fundamento a teoria da coatividade do direito, onde, as normas são feitas valer por meio da força. O positivismo jurídico vê no elemento coação uma das essencialidades típicas do direito. Esta concepção foi teorizada no século XVII

por Hobbes, na formação do Estado moderno. Não se sabe precisar o nascimento da definição coercitiva do direito, porém a tradição indica Thomasius que fez a distinção entre o direito perfeito e direito imperfeito, para posteriormente ser reservada a Kant a teorização dessa concepção como sendo a coação o elemento característico e essencial ao direito. Coube a Jhering, no entanto, a celebração mais importante desta concepção ao considerar o direito, coação e Estado elementos indissolúvelmente ligados.

Todas essas teorias desenvolvidas são consideradas clássicas, frente a teoria moderna que Kelsen considera a sanção não mais como um meio para realizar a norma jurídica, mas como um elemento essencial da estrutura de tal norma. Dentro dessa nova concepção da teoria da coação o direito passa a ser visto como "um conjunto de regras que têm por objeto a regulamentação do exercício da força numa sociedade". Para tanto sua análise passa a ser feita tendo em vista quatro pontos fundamentais: quem deve usar a força; quando o grupo monopolizador pode usar a força; como a força deve ser exercida e quanto de força deve ser exercido.

As fontes do direito não são vistas assim pelo positivismo jurídico como fatos ou atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas. As fontes do direito têm a ver com a validade da norma tendo em vista a raiz de onde provém, pois a norma só é válida se for produzida por uma fonte autorizada.

No positivismo jurídico é baseado no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito, no caso a lei, sobre todas as demais fontes. O ordenamento jurídico deve ser complexo e hierarquizado, sendo o primeiro reconhecido pela existência de várias fontes, enquanto o segundo as normas guardam características de valores diferentes.

O imperativismo da norma jurídica é proclamado como a concepção que considera o Estado como única fonte do direito e determina a lei como a única expressão do poder normativo do Estado: basta, realmente, abandonar a perspectiva legalista-estatal para que esta teoria não exista mais. Assim não se pode configurar como comando a norma consuetudinária, porque o comando é a manifestação de uma vontade determinada e pessoal, enquanto o costume é uma manifestação espontânea de convicção jurídica. Do mesmo modo o esquema imperativista é inútil, se considerarmos, em lugar do ordenamento estatal, o internacional. Este último se exprime, não só mediante costumes, mas também por meio de tratados que fundam relações bi ou plurilaterais. Ora, os tratados são expressão de vontade determinante e pessoal, mas falta neles um outro elemento característico do comando, a relação de subordinação, visto que as relações internacionais são estabelecidas em base de igualdade.

A norma não é mais considerada dentro de uma estrutura isoladamente, mas um conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade. Comina essa idéia com a teoria da coerência e da completitude do ordenamento jurídico.

Enquanto algumas teorias como a coercitiva e a imperativista do direito surgiram antes do positivismo, a teoria do ordenamento jurídico é criação deste movimento, que visualiza a norma não em seu aspecto singular ou como um acerto de normas singulares, mas como constituído por um conjunto sistemático de todas as normas.

Os jusnaturalistas concebem o direito constituído de um sistema unitário porque suas normas podem ser deduzidas de um procedimento lógico uma da outra até que se chegue a uma norma totalmente geral e que constitui um postulado moral auto-evidente, quanto os juspositivistas têm a unidade do direito num outro sentido, qual seja, porque elas são postas "pela mesma autoridade, podendo assim todas serem reconduzidas à mesma fonte originária constituída pelo poder legitimado para criar o direito.

Dentro dessa concepção as normas jurídicas devem guardar coerência e completitude, pois os positivistas negam as antinomias das normas.

O positivismo só aceita a teoria da interpretação mecanicista, valendo apenas o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito. Na atividade relativa ao direito, pode-se distinguir dois momentos: o momento ativo ou criativo do direito e o momento teórico ou cognoscitivo do próprio direito; o primeiro momento encontra a sua manifestação mais típica na legislação, o segundo na ciência jurídica. Esta pode ser definida como a atividade cognoscitiva do direito visando à sua aplicação."

O positivismo vê a natureza cognoscitiva da jurisprudência puramente declarativa ou reprodutiva de um direito pré-existente, enquanto os jusnaturalistas vêem essa atividade como criativa ou produtiva.

O juspositivismo só enxerga quatro métodos de interpretação, todos eles considerados meios de interpretação textual, a saber: léxico ou gramatical; teleológico ou lógico; sistemático e histórico. O positivismo concebe a ciência do direito como construtiva e dedutiva, tendo recebido o nome usual de dogmática do direito, consistente na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais extraídos da base do próprio ordenamento jurídico sem que estejam sujeitos a revisão ou discussão.

A ambição do positivismo jurídico é assumir uma atitude neutra diante do direito, para estudá-lo assim como é, e não como deveria ser: isto é, ser uma teoria e não uma ideologia. Pois bem, podemos dizer que ele não conseguiu ser integralmente fiel a esse seu propósito, pois, na realidade, ele parece não só um certo modo de entender o direito (de destacar-lhe os caracteres constitutivos), como também um certo modo de querer o direito; parece, portanto, não somente uma teoria, mas também uma ideologia, características estas provindas da teoria de Norberto Bobbio.

Os aspectos ideológicos estão predominantes no pensamento de Bentham que não se limita a descrever o direito tal qual é, mas sim criticá-lo, impondo suas concepções ético-políticas. Ainda podem ser encontradas essas características na escola da exegese que veio a ser acusada de fetichismo pela lei.

6. TEORIA DE HEGEL

Para Hegel a filosofia jurídica é dissolução e realização, relacionada com a tradição do direito natural. A dissolução, refere-se às categorias fundamentais elaboradas pelos jusnaturalistas para construir uma teoria geral do direito e do Estado contrariadas por ele mediante uma crítica freqüentemente radical, que tende a mostrar suas inconsistências e inadequação. Significa o direito natural definitivamente morto. Com a realização à realização, tende ao mesmo objetivo final, atingindo-o, precisadamente porque forja instrumentos novos para substituir os antigos. Com a realização o jusnaturalismo é entendido como a inconsciente filosofia da história que eles têm em comum, sendo plenamente realizado.

A filosofia do direito de Hegel ao mesmo tempo em que se apresenta como a negação de todos os sistemas de direito natural, é considerado por Bobbio como o último e mais perfeito sistema de direito natural, o qual, enquanto último, representa o fim, e, enquanto mais perfeito, representa a realização do que o precedeu.

Essa definição de filosofia jurídica implica uma tomada de posição contra uma diversa e mais freqüente interpretação, a que contrapõe a filosofia do direito de Hegel, fazendo dele e do jusnaturalismo dois termos de uma antítese., qual deles deva ser o termo positivo. Uns determinam que o pensamento de Hegel, era realista, revelador da natureza essencial do Estado. Em segundo lugar tem-se de que interpretando a tese do direito natural como uma contínua e sempre renovada tentativa de por o que deve ser acima daquilo que é, de contrapor a razão lúcida à força cega, de educar o poder da razão para refutar as razões do poder, acusam a filosofia jurídica de Hegel de terminar sendo uma justificação do fato consumado, uma instigação a aceitar o poder Constituído.

Esta contraposição entre a filosofia do direito hegeliana e o jusnaturalismo é derivada de dois erros, existentes na literatura de Hegel. Sendo que o jusnaturalismo moderno não é habitualmente considerado em todo o arco de seu desenvolvimento, sendo restringido a certos pensadores, como Hobbes e Rousseau, ou demais tratadistas. A crítica ao direito natural é feita negligenciando o fato de que a crítica dos conceitos fundamentais do direito natural, desde o estado de natureza até o Contrato Social, fora uma característica comuns a todas as correntes filosóficas da época

Hegel é um defensor da codificação, na qual acredita como uma das mais elevadas manifestações e uma tarefa inescapável do Estado moderno. O conceito de espírito do povo serve para afirmar um conteúdo concreto à vontade do Estado, mas a fonte última do direito do direito continua sendo a lei, enquanto suprema manifestação da ordem jurídica.

Contrariando o direito natural Hegel cita: "*a totalidade ética absoluta não é mais do que um povo*" (4)

Este pensamento implica em efeitos corrosivos sobre os pressupostos em que se haviam baseado os sistemas do direito natural. Sendo na tradição do direito natural o indivíduo singular vem antes do Estado. O Estado é um todo que é construído a partir do indivíduo, é o termo final de um processo que começa a partir do indivíduo isolado. A base da contrariedade de Hegel sobre o direito natural é a prioridade sobre o todo sobre a parte.

Outra contrariedade é o estado de natureza. Onde, não recusa o conceito, mas o seu mau uso, o uso arbitrário, que depende, não mais de uma transposição a uma outra esfera, mas de uma interpretação errada. O erro consiste em fazer do estado de natureza um estado originário de inocência, termo considerado invenção do qual é responsável Rousseau. Para Hegel é necessário sair do estado de natureza. Enquanto estado de violência, o estado de natureza não é um estado jurídico e o homem, nele não tem nenhum direito. O direito é um produto social e não um fato individual, e o estado de natureza é a ausência de qualquer forma de sociedade.

Ele introduz um pensamento envolvido na ética, uma nova dimensão da vida prática. Esta idéia é inaceitável pelo jusnaturalismo, pois este tinha como base apenas o direito e a moral. Mas, ele determina que o direito e a moral fora suficientemente enquanto dominava um concepção de vida prática, articulada sobre a contraposição de só dois momentos, interno-externo, individual-social, privado-público. Com a figura da comunidade popular, entendida como totalidade viva e histórica, cujo sujeito não é mais o indivíduo ou uma soma de indivíduos, mas uma coletividade, um todo orgânico, determinava-se e destacava-se um novo momento da vida prática, que exigia novos instrumentos conceituais.

O pensamento de Hegel demonstrou a dissolução da tradição do direito natural, ele trouxe germes que iriam dar frutos a novas teorias. Esta teoria trás a aurora, prevalecendo uma nova visão quanto as demais teorias do direito.

7. TEORIA DE HANS KELSEN

O pensamento de Hans Kelsen seria marcado pela tentativa de conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, capaz de superar as confusões metodológicas e de dar ao jurista uma autonomia científica.

Foi com este propósito que Kelsen propôs o princípio da pureza, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam Ter, como premissa básica o enfoque normativo. O direito deveria ser encarado como norma. A noção de norma tem distinção entre as categorias do ser e do dever ser, buscado no neokantismo, sendo as normas descrições do dever ser. Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série que culmina numa norma fundamental.

A teoria da norma fundamental constitui o fundamento da norma jurídica. Toda norma só será considerada jurídica e legítima se for estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental. Ela é fonte da jurisdição e da legitimidade, neste sentido é valorativamente neutra. Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta válida e legítima o direito que dela decorre.

A possibilidade de um juízo de valor sobre o direito vigente depende, de norma fundamental do ordenamento moral. Como positivista, sempre afirmou que mesmo esta norma moral última seria inevitavelmente uma prescrição relativa, do ponto de vista racional e científico. O que ele queria dizer é que o estabelecimento de uma regra última absoluta quanto ao seu conteúdo, era uma questão de fé e não de ciência. Podendo ser estabelecido no máximo, uma norma fundamental absoluta quanto a sua forma.

Para Kelsen o direito e Estado se confundem. Direito é um conjunto de normas, uma ordem coativa. As normas, pela sua estrutura, estabelecem sanções. Quando uma norma prescreve uma sanção a um comportamento, este comportamento será considerado um delito. O seu oposto, o comportamento que evita a sanção, será um dever jurídico. Ora, o Estado, neste sentido, nada mais é do que o conjunto das normas que prescrevem sanções de uma forma organizada.

A grande obra de Kelsen, teoria pura do direito, em por objetivo a definição das condições para a construção de um conhecimento consistentemente científico do direito. É um trabalho de estudo do conhecimento das normas jurídicas. Este estudo afirma que o conhecimento da norma jurídica deve necessariamente prescindir a sua produção, bem como abstrair totalmente os valores envolvidos com sua aplicação. A pureza da ciência do direito, decorre da estrita definição de seu objeto e de sua neutralidade.

A base principal do pensamento de Kelsen é a distinção entre a norma jurídica e a proposição jurídica. Ele define que o conjunto de normas jurídicas, não tem lógica interna. As autoridades elaboram-nas de acordo com sua vontade. E, será somente indiretamente, através das proposições jurídicas que as descrevem, será admissível investigar a logicidade das relações entre as normas.

Determina, como sendo positivista, de modo geral, tanto aquele autor que nega qualquer direito além da ordem jurídica posta pelo estado, em contraposição às formulações jusnaturalistas e outras não formais, como o defensor da possibilidade de construção de um conhecimento científico acerca do conteúdo das normas jurídicas.

O princípio metodológico fundamental faz-se necessária a renúncia da ciência do direito relativamente a qualquer manifestação valorativa sobre as normas. O caráter positivo do direito natural Kelsen, insere que o positivismo não poderia dar qualquer tipo de segurança, já que todo direito posto, independentemente de seu conteúdo, é reputado válido. Há a definição de que o fundamento da ordem jurídica reside em sua correspondência com o direito natural, então haveria também uma norma fundamental pressuposta, a determinar o obediência aos comando da natureza. Assim fundamentando expõe Kelsen:

"o fundamento de validade da ordem jurídica, nos quadrantes do jusnaturalismo, é a pressuposição de que a ordem natural deve ser obedecida. Ora, esta última também é positiva, no sentido de ser posta por uma vontade supra-humana". (5)

A validade da norma jurídica, em Kelsen, depende, inicialmente de sua relação com a norma fundamental. Para a validade da norma não basta o atendimento a esta condição de ligação à norma fundamental. É necessário, ainda, um mínimo de eficácia.

Difícil fica a relação entre a eficácia e a validade. Sustenta a teoria pura que tanto a norma jurídica como um todo, deixam de ser válidas se perderem a eficácia. É incorreto pretender, que a vigência não tenha qualquer relação com a eficácia. Por outro lado, há

normas jurídicas não são observadas em determinadas situações ou durante ou durante algum tempo e, nem por esse motivo, são invalidadas. Assim, também é incorreto postular a validade como sinônimo de eficácia. Kelsen determina a relação da eficácia no plano das normas singularmente consideradas e no plano global da ordem positiva. A eficácia se revelará condição de validade em ambos os níveis. Qualquer norma jurídica totalmente ineficaz é inválida. É certo que nenhuma norma jurídica positiva perde sua validade por não ter sido aplicada em determinados casos isolados ou mesmo durante algum tempo. A ineficácia episódica ou temporária não compromete a vigência de uma norma jurídica em particular.

Fica a validade, assim, condicionada a três pressupostos: a competência da autoridade que a editou, derivada da norma hipotética fundamental; mínimo de eficácia, sendo irrelevante a sua inobservância episódica ou temporária; e, eficácia global da ordem de que é competente.

A questão das lacunas nas leis, para Kelsen, é impossível, a norma geral de permissão das condutas proibidas torna a idéia tradicional de lacunas inadmissível. Poderá ser falado em lacuna em conduta permitida, em função dos valores do juiz competente para aplicar o direito.

As antinomias das normas, são dividida por Kelsen em dois aspectos, as normas conflitantes de mesmo escalão e o outro à questão de hierarquia diferente. Sendo do mesmo escalão mas foram editadas em momentos diversos, a contradição se resolve pelo princípio de que a norma posterior revoga a anterior. O conflito entre as normas de diferentes hierarquias é solucionado, pela formulação kelseniana.

Esta formulação é entendida, como no caso de uma lei discriminatória contrariar o previsto na Constituição, mas, não contraria a norma de outorga de competência para a editar, também prevista na Constituição. E, no caso do Poder Judiciário, considera inexistente a afronta à norma de hierarquia superior, então não há qualquer gênero de incompatibilização, porque ele se encontra investido, na própria Constituição, da competência para dizer o direito. Desta forma, o texto constitucional pode ter sido desobedecido, sob o ponto de vista da teoria jurídica estática, mas foi obedecido, sob o ponto de vista da teoria jurídica dinâmica.

Kelsen propõe que uma vez demonstrada a impossibilidade de se superar cientificamente a multiplicidade de sistemas morais, então o mais correto para a doutrina é renunciar à avaliação da justiça ou da injustiça de ordem jurídica.

Assim, o cientificismo do direito se revela, de algum modo presente também no jusnaturalismo. Este, aliás, é um ponto comum a marcar Kelsen e a teoria do direito natural, considerando ambos, possível o conhecimento científico do conteúdo das normas jurídicas. A diferença se estabelece no método, apontando o pensamento kelseniano para a pureza, e os jusnaturalistas para a relevância da dimensão moral da natureza humana.

A teoria de Kelsen, nestes pensamento, pode assim ser considerada, o ápice da trajetória típica da modernidade, no sentido de alicerçar na ciência o conhecimento da organização da sociedade estabelecida através de normas.

8 CONVERGÊNCIA DE FUNDAMENTOS ENTRE O DIREITO NATURAL E O POSITIVO

O direito natural é, pois, o critério que permite valorar o direito positivo e medir a sua intrínseca justiça. Se o direito positivo contrasta com o natural, este mantém todavia a sua peculiar maneira de ser, e portanto, a sua específica validade de critério ideal. A tendência do movimento histórico manifesta-se, em geral, no sentido duma consagração progressiva do direito natural pelo direito positivo. Há um pensamento, onde depois de Ter

separado o elemento racional do positivo, que, se o primeiro totalmente faltasse, não teríamos já leis mas simples aparências de leis.

O intérprete do direito positivo cumprirá mal a sua tarefa, se por meio do preconceito considerar simples invenção legislativa tudo aquilo que, substancialmente, se funda na razão natural.

Deve-se observar que, mesmo quando o direito positivo se afasta nas suas fórmulas dos princípios do direito natural, ou deste diverge por motivos técnicos ou substanciais, nem por isso os exclui inteiramente, não deixando de lhes reconhecer ainda uma certa validade parcial e subordinada dentro do sistema.

No direito moderno, encontra-se uma série de regras e institutos, que, segundo um princípio que pode-se chamar de máxima adequação, permitem abranger de qualquer modo a realidade natural, mesmo quando esta extravase das normas rigorosamente fixadas e quando venham a faltar alguns requisitos necessários para se produzirem todos os efeitos jurídicos positivos.

Embora a concreta estrutura do direito positivo traga restrições ou alterações aos princípios do direito natural, nem assim estes perdem todo o seu valor, quer em si, quer para a ordem positiva.

CONCLUSÃO

O direito natural e o positivo, este posteriormente existente, são pensamentos que ultrapassaram os tempos, desde a Grécia; buscando teorias que justificam o direito, baseadas nas duas linhas de pensamento o natural e o positivo.

Escolas e pensamentos fizeram surgir o direito positivo como resposta ao direito natural, primeiro tecendo-se diversas críticas para depois serem firmados pontos e idéias que se identificam perfeitamente com o positivismo.

A formalidade, abordagem valorativa do direito, a coação, a lei como única fonte de qualificação do direito, a idéia imperativa da norma, o ordenamento jurídico, o Estado como ente maior do monopólio da legislação e jurisdição, enfim toda ideologia desenvolvida pelo direito positivo, encontram-se presentes na formação dos juristas pátrios que de uma forma ou de outra aceitam esses dogmas.

Em razão dessa circunstância temos no campo doutrinário ou jurisprudencial posições que impedem um melhor desenvolvimento do direito e da Justiça no Brasil. Isso se deve por força das limitações nos campos da criação legislativa e da interpretação e aplicação do direito, sem que haja possibilidade dos juristas se valerem de outras fontes que não seja a lei, e, esta tenha se originado do Estado, além de ser censurada de forma constante e veemente qualquer criação da jurisprudência que leve a um possível divórcio com o sentido literal da norma.

O conservadorismo de muitos julgados em nossos Tribunais, o apego exagerado à lei, a valoração que se empresta a interpretação literal, são empecilhos que testemunhamos na prática diária do foro como impeditivos de uma melhor aplicação da Justiça e talvez de um desenvolvimento mais dinâmico.

Não se pode negar as grandes conquistas que o direito positivo trouxe ao direito e a justiça, especialmente o princípio da legalidade, porém, não devemos esquecer que a norma deve servir como referencial na aplicação dos casos concretos, tendo em vista a sua generalidade, o que muitas vezes necessita de uma maior adequação por parte do intérprete e aplicador.

A tese que defendo está alicerçada no fato da existência do direito positivo e do natural em consonância. Onde, o direito positivo busca no natural, solução para o conflito de normas e litígios existentes. Acredito ainda na existência de uma lei natural que os

homens respeitam, por se tratar de determinadas uniformidades na conduta humana e de uma força divina.

Para que uma norma esteja presente no ordenamento jurídico, deverá ser respeitado o costume e as tendências sociais.

O direito positivo não é perfeito, pelas normas a ele inseridas estarem condicionadas ao desgaste pela evolução da sociedade. Assim, confirmo minha posição de que o direito positivo depende do direito natural, pois, será na busca de costumes e princípios do jusnaturalismo, sendo através da manifestação da sociedade que ele se expressa, a existência do verdadeiro direito.

Abandonar a idéia do direito natural é manifestação mais grave ainda, porque tal renúncia corresponde à tese de que não há, para o Estado qualquer limite na sua tarefa de legislar, sendo-lhe permitidas todas as formas de totalitarismo.

Considero essencial a existência das correntes do direito, entendendo que seus valores estão em campos específicos, sendo o direito natural a garantia do ordenamento jurídico justo da sociedade.

NOTAS

1. Rom. 2, 14-15
2. VECCHIO, Giorgio, Del. Trad. Ant. J. Brandão, 23ª ed. Trad. . Armenio Amado, 1951, p. 230
3. REALE, Miguel. Direito Natural/Positivo, 1ª ed. SP. Ed. Saraiva, 1984
4. BOBBIO, Norberto. Hegel e o jusnaturalismo, p. 30
5. KELSEN, 1960: 308

BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. *Estudo sobre Hegel: Direito, Sociedade Civil, Estado*, 2ª edição. São Paulo-SP. Ed. da Universidade Estadual Paulista: brasiliense, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo-SP. Ícone Editora Ltda, 1996.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologias Jurídicas*, Rio de Janeiro-RJ, Editora Forense.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 2ª edição. São Paulo-SP. Ed. Max Limonad, 1997.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del Derecho*. México: Union Tipografía, Editorial Hispano-Americana, 1946
- DEL VECCHIO, Giorgio. Tradução de Antonio José Brandão. *Traduzindo a 7ª edição original*. 23ª edição. Coimbra. Armenio Amado, 1951.
- GRAU, José Cortes. *Curso de Derecho Natural*. Madrid-España. Ed. Nacional. 1970.
- KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre-PR. Editora Fabris, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª edição. Coimbra, 1962.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 6ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1998
- REALE, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo-SP. Ed. Saraiva, 1978.
- REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. 1ª edição. Editora Saraiva. São Paulo-SP, 1984.

Disponível em:< <http://www.facape.br/ivan/const/DIREITOPOSITIVO.doc> > / Acesso
em: 08 dez. 2006