

# **Jusnaturalismo, delineamento sobre a evolução histórica**

Jorge Águedo de Jesus Peres de Oliveira Filho<sup>1</sup>

## **RESUMO**

A discussão acerca do Direito Natural é tema recorrente na doutrina jurídica pátria, e por esta razão de grande atualidade. Compreender a evolução histórica do Jusnaturalismo, quais os seus delineamentos em cada fase histórica e as mais distintas formas de interpretação, possibilita uma melhor compreensão do conceito hodierno e da influência deste no atual ordenamento jurídico. Temas como o Direito Natural, a natureza das coisas, o Positivismo Jurídico e os fundamentos do Jusnaturalismo são necessários para se situar a presente discussão.

## **ABSTRACT**

The discussion of Direct Natural is a recurring theme in the Brazilian legal doctrine, and therefore very timely. Understanding the historical evolution of the natural law, which their designs in each historical period and the most distinct forms of interpretation, enables a better understanding of today's concept and influence in this legal acts. Topics such as natural law, the nature of things, the Legal Positivism and the foundations of natural law are necessary to situate this discussion.

## **SUMÁRIO**

1 Introdução. 2 Evolução Histórica do Conceito de Jusnaturalismo. 2.1 Jusnaturalismo Clássico. 2.2 Jusnaturalismo Medieval. 3 O conceito atual de Jusnaturalismo. 3.1 Direito Natural. 3.2 A natureza das coisas. 3.3 O Positivismo Jurídico. 3.4 Os fundamentos do Jusnaturalismo. 4 Considerações Finais. 5 Referências Bibliográficas.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## 1 Introdução

O debate acerca do Direito Natural é tema sempre recorrente na doutrina jurídica, de grande atualidade e impacto em nosso ordenamento, uma vez que esta questão remete as origens e fundamento da ordem jurídica.

Observa-se ao largo da história, constante polêmica no âmbito da Filosofia do Direito, desde a teoria Clássica dos gregos até as contemporâneas percepções. Nas palavras de Miguel Reale: “apesar de todas as profundas objeções que foram e são feitas, permanece sempre como problema inarredável dos domínios da cognição jurídica.” E prossegue afirmando o autor que mesmo nas épocas de mais arraigado positivismo, quando parecia superada de vez a tese jusnaturalista (tomado esse termo na acepção ampla, sem reduzi-lo ao racionalismo abstrato pré-kantiano, chama a atenção o autor), não se poderá afirmar que, “mesmo então a ideia de Direito Natural tenha deixado de ser um problema para converter apenas em uma indagação ilusória, devida a persistência inadmissível de um equívoco”.<sup>2</sup>

Estudar o Jusnaturalismo, considerando sua evolução histórica, e as mais distintas formas de interpretação, possibilita uma melhor compreensão do direito hodierno, instrumento da ordem jurídica e política em vigor.

Objetiva-se com o presente artigo destacar a influência do Jusnaturalismo no conceito de Direito do século XXI, por meio de breve análise do esboço histórico, em uma abordagem de cunho axiológico, contemplando doutrinadores que defendem essa escola de pensamento em contraposição a aqueles que não medem esforços em desqualificá-la, tal riqueza de debate faz com que ao largo dos séculos continuemos sendo convidados a esta reflexão.

## 2 Evolução Histórica do Conceito de Jusnaturalismo

Cada época possui uma explicação peculiar do seu modo de vida, e ainda que não houvesse em cada época a percepção própria do seu modo de viver, esse modelo de

---

<sup>2</sup> REALE, Migue. *Direito Natural/DireitoPositivo*. São Paulo: Saraiva, 1984 , p.1.

racionalidade, criado de maneira inconsciente, guia os indivíduos, orientando-os a partir da auto-compreensão dos fenômenos cotidianos.<sup>3</sup>

Para uma melhor compreensão da evolução histórica do conceito de Jusnaturalismo será adotada a divisão da sua história em quatro períodos a saber: Jusnaturalismo Clássico ou Antigo, Jusnaturalismo Medieval, Jusnaturalismo Moderno, Jusnaturalismo Contemporâneo.

## 2.1 Jusnaturalismo Clássico

A primeira aparição do Jusnaturalismo ocorre na Grécia antiga, na figura de Antígona, na clássica tragédia de Sófocles, em que ela se recusa a obedecer as ordens do rei, pois considera que pelo fato de serem ordens políticas não poderiam se sobrepor às ordens eternas dos deuses, fazendo nascer, desta forma, o conceito de “justo por natureza” e “justo por lei”.

O período antigo, também conhecido como Jusnaturalismo Clássico traz como grande contribuição a percepção da ligação do direito com as forças e leis da natureza, propiciando uma interpretação mítica da realidade, restando a razão como meio de explicar o mundo em seu conjunto; tal pensamento posteriormente acaba sendo absorvido pelos romanos.

O pensamento grego não se constitui como um todo unitário: surgiram duas correntes contraditórias no que tange o direito natural, a primeira denominada idealista ou intelectualista sustentava a crença da possibilidade de determinar o “ser do homem” pelas características comuns a todos os indivíduos, e a segunda, conhecida como empirista, definia o homem partindo de cada indivíduo isoladamente. O direito natural clássico vislumbrava o indivíduo inserto numa realidade objetiva, onde sua vontade seria traduzida como simples cumprimento de possibilidades ideais predeterminadas, ou substituída pelo instinto natural.<sup>4</sup>

Ao estudar o pensamento grego nota-se que a vontade humana se funde com a vontade divina, o indivíduo, por sua vez, age por instinto ou é mero executor das vontades divinas, não possuindo portanto livre-arbítrio. Inspirado pelos estóicos, Cícero divulga em Roma a lei universal natural e imanente, a qual toda natureza governava, e que veio a influenciar

---

<sup>3</sup>Cf. HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Prefácio de Leonardo Prota. Londrina: CEFIL, 1999, p. 27

<sup>4</sup> COSTA, Fausto. *El delito y La pena em la historia de la filosofia*. Trad Mariano Ruiz-Funes. Cidade do México: Uteha, 1953, p.71

decisivamente o pensamento cristão dos primeiros séculos, no pensamento medieval e nas primeiras doutrinas jusnaturalistas modernas.<sup>5</sup>

## 2.2 Jusnaturalismo Medieval

A idade média traz como característica um Jusnaturalismo com vertente teológica: a fundamentação divina do direito natural sustenta a figura do soberano, aceita-se de forma indiscriminada o Jusnaturalismo nas suas mais distintas versões, desconsiderando as incompatibilidades recíprocas entre elas. Diferentemente do que ocorre na época clássica, em que o direito natural não era considerado superior ao direito positivo,<sup>6</sup> na Idade Média a relação entre as espécies de direito se inverte, podendo-se considerar o direito natural superior ao direito positivo, uma vez que o primeiro é a norma oriunda da vontade de Deus, e por este compartilhada a razão humana, enquanto o segundo caracteriza-se como um simples direito comum.

Neste esteio, o papel desempenhado pela Escolástica exaltava a existência de uma lei divina, e dentro do que era concebido, tal lei não possuiria nenhuma falha, uma vez que era transcendente, ou seja, além de perfeita também era imutável.

Neste cenário têm grande destaque as ideias de S. Tomás de Aquino: há uma noção mais precisa de Deus e suas relações com o homem, renovando desta sorte a visão da ordem moral, introduzindo o conceito de pessoa e, como consequência, da dignidade da pessoa humana.

A grande importância histórica da influência de S. Tomás está por firmar-se com uma das principais bases, senão a principal, do Jusnaturalismo católico. Constituindo o centro da doutrina moral e jurídico-política católica, esta encontrou crítica, no pensamento de Guilherme de Occam, posteriormente, no século XIV, doutrina esta que tentou impugnar o pensamento Aquiniano, e que defendia que o direito natural era ditado pela razão, que

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p. 656.

<sup>6</sup> Lembrando o caso de Antígona: o decreto de Creonte prevalece em contraposição ao direito dos Deuses, a quem a personagem principal da tragédia apela.

consistia apenas no meio de notificar o homem da vontade de Deus, sendo que este poderia, a seu arbítrio, modificar o direito natural.<sup>7</sup>

O princípio mais relevante que surge do pensamento desta época do Jusnaturalismo, consiste que uma lei positiva que seja diversa do direito natural constitui-se como injusta, e logo, não obriga ao seu cumprimento. Tal princípio por muitas vezes foi alegado para contestar as leis de Estado quando estas se opunham à Igreja, sendo que até os dias de hoje ainda são invocadas por alguns juristas e políticos católicos.<sup>8</sup>

### 2.3 Jusnaturalismo Moderno

O Jusnaturalismo Moderno representou uma profunda ruptura com o Jusnaturalismo Clássico, inspirado no pensamento aristotélico-tomista e escolástica, provocando verdadeira metamorfose no verdadeiro conceito de direito natural, o qual pode-se observar até os dias de hoje. Nesta nova doutrina, ocorre um desligamento dos fundamentos ontológicos e teológicos, a liberdade passa a ser a fonte da verdade. Emerge um racionalismo subjetivista e abstrato, que por meio de princípios rígidos e exaustivos, pretende construir um sistema de direito natural dotado de validade perpétua e universal.<sup>9</sup>

Contudo, considera-se não a existência de uma ruptura entre o Jusnaturalismo Moderno e o Medieval, mas, observa-se uma continuidade entre os dois, sendo equivocada e simplista a leitura que destaca o primeiro como uma teoria do direito natural, como norma objetiva, enquanto o segundo seria exclusivamente uma teoria de direitos subjetivos. O Jusnaturalismo Moderno ressalta fortemente aspectos subjetivos do direito natural, de sorte a moldar as doutrinas políticas de cunho liberal e individualista, destacando a necessidade de respeito por parte das autoridades políticas dos direitos inatos do indivíduo.<sup>10</sup>

Seguindo os ensinamentos do doutrinador Eduardo Bittar, é possível se identificar a doutrina jusnaturalista da modernidade com vários nomes, pensadores e tendências diversas, merecendo o devido destaque Locke (individualismo-propriedade privada – sociedade civil

---

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p. 657.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> CHORÃO, Mario Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986, p.108.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p. 658.

como salvaguarda da paz), Hobbes (Estado – soberano – sociedade civil como prevenção do extermínio de todos contra todos), Rousseau (contratualismo – direitos naturais – desigualdades entre homens – direitos civis como extensão dos direitos naturais).

Em suma, são claras as forças explicativas que atribuíam os direitos a partir de deduções da vontade revelada de Deus, são apresentados raciocínios plausíveis e laicos para fundamentar o convívio e o estar em sociedade.<sup>11</sup>

Para os teóricos do Jusnaturalismo Moderno, o Estado de natureza é abandonado pelos indivíduos, e assim, ressalta-se fortemente o aspecto subjetivo do direito natural, de forma que os direitos desses indivíduos estejam garantidos e melhor tutelados como consequência do surgimento de um Estado politicamente organizado e dotado de autoridade. O Estado mantém-se legítimo enquanto cumpre esta função essencial, que lhe foi delegada mediante contrato social, entre cidadãos e o soberano.<sup>12</sup>

Os racionalistas do século XVIII moldaram as doutrinas políticas através de contornos individualistas e liberais, dando ênfase na necessidade de respeito por parte das autoridades políticas aos direitos declarados dos indivíduos. Destacam-se ainda, as teorias que versam sobre a onipotência do legislador. Cabe ressaltar, porém, que nesse século o direito natural ainda estava vivo, os conceitos base da teoria Jusnaturalista, tais como estado de natureza e lei natural, e mesmo o Estado como consequência do contrato social, ainda se constitui com base no estado de natureza, e ainda na organização do Estado os homens ainda conservam certos direitos naturais fundamentais.<sup>13</sup>

Como grande consequência do pensamento moderno destacam-se os enormes resultados políticos, pois, apesar da convergência de outros valores históricos e doutrinários, coube à doutrina do direito natural a principal fonte de inspiração da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, no ano de 1776, que reconheceu que todos os homens eram possuidores de direitos inalienáveis tais como a vida, a busca da felicidade e a liberdade.

Considera-se também genuinamente jusnaturalista a Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 que prescreve que “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a

---

<sup>11</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Jusnaturalismo e a Filosofia moderna dos direitos: Reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos*. Cidade: Panóptica, 2008, p.11.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p.658.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p.42.

propriedade, a segurança e a resistência a opressão”. Este foi um dos primeiros atos da Revolução Francesa em que igualmente se proclamou como direitos naturais a liberdade, a igualdade e a propriedade entre outros.<sup>14</sup>

No século XIX o Jusnaturalismo veio a cair em total descrédito, sobrevivendo apenas na sua concepção católica, com base na doutrina de S. Tomás de Aquino. O adjetivo jusnaturalista tomou contornos depreciativos, indicando argumentos ou conceitos que destoavam do campo da juridicidade, não compreendendo como jurídico o que não tivesse caráter positivo, restaram poucas vozes isoladas que de tempos em tempos ressoavam sem ecoar.<sup>15</sup>

## 2.4 Jusnaturalismo Contemporâneo

Após a Segunda Grande Guerra Mundial, desponta novamente o Jusnaturalismo como reação ao estatismo dos regimes totalitários, podendo também verificar-se em ambientes protestantes assim como na cultura católica, apresentando-se a ideia do Jusnaturalismo como limite ao poder do Estado.<sup>16</sup>

Com o advento do Jusnaturalismo Moderno, do século XVII, ocorre profunda ruptura do pensamento da escola clássica e dos preceitos aristotélico-tomista, dando ensejo a autêntica transmutação do verdadeiro conceito de direito natural, este desliga-se dos fundamentos teológicos e ontológicos e passa a ser instrumento de um racionalismo subjetivista abstrato e sem lastro na história.

Tal crise aberta no Jusnaturalismo favoreceu a escola do positivismo jurídico que veio a ter um grande incremento a partir do século XIX.<sup>17</sup> Com a passagem do Jusnaturalismo ao positivismo observa-se a redução do direito natural a apenas um critério de avaliação do direito positivo, no que toca o elemento da justiça.

A forma que traz a vitalidade ao Jusnaturalismo Contemporâneo é aquela que o aproxima das doutrinas sociológicas e “realísticas” do direito, abandonando a tese da imutabilidade e eternidade do direito natural e reconhecendo-o como imanente à história.

---

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p.659.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> CHORÃO, Mario Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986, p.108.

A discussão a favor ou contra o Jusnaturalismo se desenrola nos mais diversos planos, quer seja da ética, ora da ciência jurídica, ora no da política, uma discussão, contudo, viciada de ambos os lados, devido ao estigma que carrega o direito natural de ser ideia própria da Igreja Católica. Com a desvinculação do conceito de um direito natural metafísico, eterno, imutável e extra-histórico, o Jusnaturalismo certamente encontrará seu lugar na cultura jurídico política hodierna.<sup>18</sup>

As consequências deste profundo abalo sofrida na doutrina da natureza das coisas do Jusnaturalismo clássico repercutem até os nossos dias, o pensamento moderno partiu de uma atitude antropocêntrica impactando os pilares da metafísica com a sobreposição de uma análise empiriológica à aos fundamentos e causas finais, reduzindo a natureza das coisas a simples manifestações fenomênicas ou puras construções idealistas, considerando a teleologia a luz de Bacon como uma “virgem consagrada a Deus , nada produz”.

Resulta do esvaziamento metafísico da natureza das coisas a perda do fundamento ontológico e racional da moral e do direito e o abismo entre o ser e o dever ser. Várias correntes do pensamento filosófico e teológico concorreram para esse processo de erosão com destaque ao nominalismo, o racionalismo, o empirismo, o formalismo kantiano, o idealismo, o positivismo, o marxismo, etc. , em muitas ocasiões intervenções explicitamente ateístas objetivando recusar Deus e separá-lo da realidade natural.<sup>19</sup>

### **3 O conceito atual de Jusnaturalismo**

Para melhor compreensão do Jusnaturalismo, mister se faz que abordemos outros aspectos que auxiliam e interagem na construção do seu conceito, discorreremos de forma breve e sintética sobre o Direito Natural, a Natureza das Coisas, o Positivismo e os fundamentos do Jusnaturalismo.

---

<sup>18</sup>BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p.659.

<sup>19</sup> CHORÃO, Mario Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986, p.116-117.



### 3.1 Direito Natural

Na visão do filósofo político Norberto Bobbio a escola do Direito Natural é uma corrente jusfilosófica que sustenta a existência de leis objetivas, que fundamentam uma ordem preestabelecida e na possibilidade da sua percepção através da razão; logo, a validade do ordenamento jurídico é obtida por meio de sua identificação com a ordem superior objetiva.<sup>20</sup>

Assevera ainda o autor, que pode se considerar o Jusnaturalismo como uma doutrina a qual existe e pode ser conhecido um “direito natural”, que tem validade em si, sendo este anterior e superior ao direito positivo, e havendo conflito, este deverá prevalecer.

Miguel Reale assevera que se não havendo um Direito Natural como princípio ou conjunto de princípios éticos, desvinculados da experiência jurídica, não se poderia deixar de reconhecer sua validade enquanto problema histórico, que lateja no âmago das teorias que o contestam (e.g. Hans Kelsen), ou ressurgue constantemente das cinzas a que seus adversários pensavam tê-lo reduzido.<sup>21</sup>

Necessário destacar que tal sistema de normas de condutas intersubjetivas é diverso do sistema fixado pelo Estado, ou seja, o direito positivo. Deve-se analisar o problema do direito natural sob uma dupla perspectiva, filosófico-política e filosófico-jurídica; em síntese, trata-se de saber se há uma lei superior à vontade humana, a que se deva obediência ao poder estabelecido e que seja origem e fundamento do direito positivo.

“Existe uma tradição milenar em favor da existência de um direito fundado na natureza das coisas, de forma mais específica na natureza humana, em ultimo termo na vontade divina, chamamos de direito natural este direito justo por excelência”.<sup>22</sup>

Entende-se por lei natural a ordenação racional da conduta derivada da natureza humana, sendo esta, a participação da lei eterna – ordenação por Deus de todas as coisas a seu fim, na criatura racional.<sup>23</sup>

Designa-se por sua vez o direito natural a lei natural, na parte que toca à regulação das relações sociais segundo a justiça, sendo a natureza humana obra da criação divina, Deus

---

<sup>20</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *Locke e o direitonatural*. Trad.Sergio Bath. Brasília: UNB,1997, p. .60; OST, François. “Prólogo” In FALCON Y TELLA , Maria Jose. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madrid: Civitas, 1994, p.16; e FARIÑA DULCE, Maria Jose. *El problema de la validez juridical*. Madrid: Civitas,1991, p.39.

<sup>21</sup> REALE , Miguel. *Direito Natural/DireitoPositivo*. São Paulo: Saraiva , 1984 , p.2.

<sup>22</sup> CHORÃO, Mario Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986, p.101.

<sup>23</sup> Ibidem.

passa a ser a origem última e garantia absoluta da validade moral do direito. Mário Bigotte Chorão, define o direito natural, numa fórmula compreensiva como parte da ordenação jurídica que se origina e fundamenta-se na natureza das coisas, sendo elemento verdadeiramente integrante do direito real, e não apenas um modelo ético-jurídico.<sup>24</sup>

### **3.2 A natureza das coisas**

O direito natural funda-se por sua vez na natureza das coisas, de modo geral, a realidade que respeita a ordem jurídica e primariamente na natureza humana, de acordo com os fins de que o homem deve agir para seu integral aperfeiçoamento.<sup>25</sup>

A natureza das coisas é um tema primordial filosófico-jurídico, com raízes na ontologia, na antropologia, na ética e na axiologia. Atualmente são tantas e tão diversas as concepções acerca da natureza das coisas, que não é fácil versar sobre a matéria de forma clara e sintética. O próprio enunciado do termo, já remete às mais complexas e radicais questões no que toca a natureza. A doutrina mostra que ora entende-se o conceito num sentido empírico, ora num alcance metafísico, as vezes se coloca num prisma jusnaturalista, outras numa perspectiva juspositivista.

O tema tem vastas implicações em distintos ramos do saber como a jurisprudência, teoria geral do direito (fontes do direito, integração de lacunas, interpretação, correções jurídicas, etc.), sociologia do direito, política do direito, além de construir pontes entre o conhecimento jurídico e outras áreas do saber.<sup>26</sup>

### **3.3 O Positivismo Jurídico**

Norberto Bobbio reputava o Jusnaturalismo como uma doutrina antiética à do “positivismo jurídico”, segundo a qual só há um direito estabelecido pelo Estado, com

---

<sup>24</sup> CHORÃO, Mario Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986, p.101

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.103.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p.112.

validade independente de qualquer referência a valores éticos.<sup>27</sup> Assevera ainda no que toca o cisma entre o direito natural e o direito positivo:

Toda tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre direito positivo e direito natural, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino; o uso da expressão direito positivo é, entretanto, relativamente recente, de vez que se encontra apenas nos textos latinos medievais.<sup>28</sup>

Observa ainda que, seu significado tanto político como filosófico revela-se diverso, consoante as diversas concepções de direito natural.<sup>29</sup>

Destacam-se ao menos três versões fundamentais com suas variantes, na história da filosofia jurídica-política: a de uma lei estabelecida pela vontade divindade e por esta revelada aos homens, a de uma lei “natural” *stricto sensu*, conatural a todos os seres animados, na forma de instinto por fim, a de uma lei ditada pela razão, específica portanto do homem e que a encontra de forma autônoma dentro de si; tais concepções são heterogêneas em determinados aspectos contrastantes.<sup>30</sup>

Neste esteio Ferreira da Cunha afirma:

Não há, em suma, um direito justo no céu dos conceitos platônicos, e um direito imperfeito e injusto no nosso pobre e imperfeito mundo sublunar. O problema do Direito Natural não é descobrir esse celestial livro de mármore onde, gravadas a caracteres de puro ouro, as verdadeiras leis estariam escritas, e que ao longo dos séculos, sábios legisladores terrenos não conseguiram senão vislumbrar.<sup>31</sup>

Outro aspecto relevante a ser considerado encontra-se na supracitada ideia comum de um sistema de normas logicamente anteriores e eticamente superiores ao Estado, o qual fixam um limite intransponível no que tange o seu poder, de tal sorte que toda atividade política e

---

<sup>27</sup>BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p.655.

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p.15.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes*. Coimbra: Almedina, 2001, p.94.

normas jurídicas que se oponham ao direito natural, serão consideradas pela doutrina jusnaturalista ilegítimas e passíveis de serem desobedecidas pelos cidadãos.<sup>32</sup>

### 3.4 Os fundamentos do Jusnaturalismo

Para que fiquem bastante claros ao leitor os fundamentos do Jusnaturalismo, parece oportuno que sejam destacados os critérios de distinção entre o direito natural e o direito positivo, e através do contraste desta duas escolas se poderá ilustrar de forma mais precisa o conceito.

À luz do pensamento de Norberto Bobbio, encontram-se seis critérios de distinção, a saber:

- a) o primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo. Que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst.-1ª definição);
- b) O segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst.-2ª definição – Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida : Aristóteles , por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que o direito natural pode mudar no tempo;
- c) O terceiro critério de distinção , um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese natura – *potestaspopulus* (Inst. – 1ª definição – Grócio);
- d) O quarto critério refere-se ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Gluck) : o direito natural é aquele que conhecemos através da nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista de ética, segunda a qual os deveres morais devem ser conhecidos racionalmente, e, por um modo mais geral , por uma concepção racionalista da filosofia) O direito positivo , ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação)
- e) O quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos , isto é, aos comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos , enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmo indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que ) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado , injusto o que é vetado) (Aristóteles , Grócio);
- f) A última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo : o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo aquilo que é útil. <sup>33</sup>

<sup>32</sup>BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p.658.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p.22-23.

Prosseguindo nesta linha de raciocínio, Norberto Bobbio ainda anuncia que o positivismo jusfilosófico inventa a indisposição entre o direito positivo e o direito natural, sendo que “o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido”, e assevera ainda que neste caso “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 de do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.<sup>34</sup>

O grande crítico do Jusnaturalismo Hans Kelsen textualmente escreve:

A norma fundamental (*Grundnorm*) foi aqui descrita como essencial pressuposto de qualquer conhecimento jurídico positivo. Se alguém quiser considerá-la como elemento de uma doutrina de Direito Natural, a despeito de sua rejeição de todo e qualquer elemento de justiça material, bem pequena objeção poderá ser oposta;” e ainda assevera que “a teoria da norma fundamental poderia ser considerada uma doutrina do direito natural na direção da lógica transcendental de Kant.<sup>35</sup>

Por sua vez, Mário Bigotte Chorão pontua que o Estado de Direito deve ser necessariamente subordinado a exigências materiais e objetivas da justiça, leia-se Estado de justiça, e conseqüentemente a uma ordem normativa que lhe é anterior e superior (Estado de legitimidade), isto posto a lei positiva contrária a lei natural, não pode ser considerada como verdadeira lei, carecendo esta de força vinculativa. Para o positivismo o direito é imposição humana sob coação, válida independentemente daquela fundamentação e legitimação, em que o Estado de Direito esgota-se numa autovinculação à legalidade estabelecida, abrindo campo para legitimação de regimes totalitários e normas contrárias aos bons costumes e a moral.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans apud REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.16.

<sup>36</sup> CHORÃO, Mario Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986, p.102.

#### 4 Considerações Finais

O tema do Jusnaturalismo é uma constante histórica apesar das inúmeras críticas, e continua contribuindo para uma nova percepção do direito no século XXI, impactando diretamente em questões cruciais, ora na origem e fundamento da ordem jurídica, ora para suprir as lacunas legais, ora para defesa contra a onipotência do legislador, como destaca o doutrinador lusitano Mario Bigotte Chorão, como “verdadeiro pecado original do positivismo jurídico”.

Problema este que se encontra não apenas no Estado totalitário, mas também no Estado democrático de Direito, em que muitas vezes ocorrem graves atropelos aos direitos da pessoa humana e consequentemente à natureza das coisas.<sup>37</sup>

Deve-se reconhecer que o Jusnaturalismo reflete características de sua respectiva época, mas carrega consigo contribuições muito importantes para o pensamento jurídico hodierno, no que toca a renovação da consciência, na necessidade de fundamentação objetiva do direito, no desenvolvimento da investigação com o apoio da antropologia e da sociologia entre outras disciplinas, impactando de forma substancial na ordenação jurídica.

A experiência histórica demonstra um desenvolvimento do conhecimento e da realização prática do direito natural, comprovado pela evolução da consciência jurídica, e.g. a escravatura, a situação da mulher, as relações de trabalho, o regime penal e carcerário e de um modo geral os direitos humanos.<sup>38</sup>

Conforme preleciona Miguel Reale o Direito Natural se reduz a um problema de axiologia antropológica, devido ao fato de sua configuração estar intrinsecamente relacionada ao valor atribuído ao homem, inserido em seu contexto histórico e respectiva escala de prioridades valorativas.<sup>39</sup>

Em cada momento histórico surgem novos pressupostos axiológicos justificando inovações nos sistemas jurídicos positivos, de tal forma que se pode concluir que existem critérios racionais que fundamentam a existência do direito natural postulando-o como instrumento que aufere legitimidade de uma nova ordem jurídica e política.

---

<sup>37</sup> CHORÃO, Mario Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986, p.123.

<sup>38</sup> *Ibidem* p.104.

<sup>39</sup> REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.16.

Assim, o Direito Natural desempenha diversas funções relevantes na ordenação jurídica, tais como servir de fundamento e critério de legitimação do ordenamento jurídico, servir de base à crítica e reforma do mesmo, intervir inclusive em sua interpretação, no preenchimento das lacunas e correção das normas.<sup>40</sup>

Nos dias de hoje, em que a aplicação direta do direito natural é coisa raríssima (embora não de todo proscrita, mesmo em tribunais civis em países de arraigada tradição jacobina ou napoleônica, em que se aboliram as últimas cátedras de direito natural em que se procura asfixiar (ou dissolver noutros estudos) a própria Filosofia do Direito subordinando a outras áreas, desertificando os currículos do seu sopro inspirado e fecundador.<sup>41</sup> Teria na visão de Bobbio uma função considerada arriscada, porém fecunda, no que tange a relação entre juiz e a lei e conseqüentemente entre o poder legislativo e o Poder Judiciário, uma vez que ao invocar um direito natural, poderá atribuir ao Judiciário, o poder de criar o direito, substituindo desta feita o papel do legislador.<sup>42</sup>

No conceber da experiência jurídica é fundamental considerar o conjunto de valores que o ser humano vem almejando e tornando objetivo no transcorrer da história, em que sua vinculação com o “horizonte axiológico” remete ao período histórico a qual se insere conseqüentemente se reflete. Nenhuma ciência do homem é bastante por si própria para compreensão do advento da pessoa, pois tal questão é conclusivamente filosófica, implicando a complementaridade de pesquisas de caráter histórico, sociológico, antropológico, biológico e psicológico.<sup>43</sup>

A existência do direito positivo baseia-se na natureza das coisas que lhe servem de suporte, o ordenamento jurídico reclama de leis positivas que lhe garantam a eficácia, assegurada pela coação, tais leis por determinação e conclusão derivam do direito natural, por meio do desenvolvimento de um silogismo prático, princípio da lei natural segundo o qual o mal deve ser expiado e reparado resulta na lei sancionatória de um crime.

Conclui-se que a ordem jurídica é uma unidade que resulta dos direitos naturais e positivos, uma vez que para ser legítimo, mister se faz que o ordenamento jurídico se conforme com o direito natural, não bastando que as normas jurídicas apresentem validade formal, tais como vigência e eficácia, carecem também de validade ética, que sustenta que o

---

<sup>40</sup> CHORÃO, Mario Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986, p.105.

<sup>41</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes*. Coimbra: Almedina, 2001, p.180.

<sup>42</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p.660.

<sup>43</sup> REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.6-8.

justo natural ou natureza das coisas constitui tal medida. Enfim o direito natural interfere de forma direta no processo de aplicação das normas jurídicas, uma vez que deverá o interprete recorrer constantemente a natureza das coisas.<sup>44</sup>

Assim, a teoria do Jusnaturalismo se apoia em leis objetivas que fundamentam uma ordem preestabelecida e na possibilidade de sua apreensão e cumprimento pelos homens; o direito não é produto de simples determinação arbitrária do legislador ou do magistrado, mero ato de imposição unilateral de poder, mas deve antes, corresponder e adequar-se a realidade e a determinados valores. O seu ressurgimento voltou a germinar no pós Segunda Guerra Mundial como antídoto aos regimes totalitários e volta a florescer na atualidade, em que há uma carência de ideais que não sejam movidos pelo pragmatismo econômico imposto pelos *winers* do mercado capitalista. Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

## 5 Referências Bibliográficas

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Jusnaturalismo e a Filosofia moderna dos direitos: Reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos Direitos Humanos*. Cidade: Panóptica, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Trad.Sergio Bath. Brasília: UNB,1997.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CHORÃO, Mario Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986.

COSTA, Fausto. *El delito y La pena em la historia de lafilosofia*. Trad Mariano Ruiz-Funes.Cidade do México: Uteha, 1953.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes*. Coimbra: Almedina, 2001.

FALCON Y TELLA, Maria Jose. *Concepto y fundamento de la validez del derecho*. Madrid: Civitas, 1994.

FARIÑA DULCE, Maria Jose. *El problema de la validez juridical*. Madrid: Civitas,1991.

---

<sup>44</sup> CHORÃO, Mario Bigotte. *Temas Fundamentais de Direito*. Coimbra: Almedina, 1986, p.106



HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, utopia e trabalho*. Prefácio de Leonardo Prota. Londrina: CEFIL, 1999.

REALE, Miguel. *Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.