

UMA ANÁLISE FILOSÓFICA DO POSITIVISMO JURÍDICO EM CONTRAPOSIÇÃO AO JUSNATURALISMO

Machado, Pablo Ribeiro

Ribeiro, Luciano Franco

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise filosófica entre correntes antagônicas que permeiam o sistema jurídico brasileiro e o auxiliaram mesmo que subjetivamente em sua formação. Busca através da exposição dos fatos um maior entendimento sobre ambas as correntes que serão apresentadas, juntamente com suas peculiaridades, afim de instigar e fomentar o pensamento crítico, no intuito de perquirir qual o modelo mais adequado na busca de concretizar o direito, respeitando o devido processo legal, conforme disposto na constituição federal de 1988 art. 5º, inciso LIV o qual explicita o direito à vida, a liberdade e a propriedade em que somente poderão ser cerceados com exceção da vida após o término do devido processo legal e com o devido trânsito em julgado. Tratar-se á no presente trabalho a diferenciação entre o direito positivo e o direito natural, o conflito entre a norma e o princípio. Todos esses abrangendo o sistema jurídico brasileiro em seus mais íntimos aspectos desde o surgir de uma norma jurídica, através do poder legislativo, ao aplicar, segundo o entendimento da figura representativa do Estado no âmbito do poder judiciário, o Douto magistrado. Quanto ao embasamento doutrinário serão discutidas obras e trabalhos realizados por homens excepcionais que marcaram a história com o seu nobre saber e tiveram suas vidas dedicadas à educação e ao aprendizado, dentre eles: Hans Kelsen, Alf Ross, Maquiavel, Thomas Hobbes, entre outros.

A pesquisa tem como interesse demonstrar os por menores dessas correntes filosóficas sendo exemplificada através de fatos históricos e marcantes, aguçada reflexão, tendo como base a coleta de dados bibliográficos, que estão diretamente ligados ao direito segundo o método dedutivo, para a construção da percepção e influência de ambas as correntes no ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: positivismo jurídico. Direito Natural. Jusnaturalismo. Direito Positivo. Ordenamento jurídico.

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como função analisar duas correntes filosóficas do direito comparando suas principais diferenças e respectivas relevâncias na construção e aplicação das normas brasileiras. Serão discorridas as principais nuances entre o Direito Positivo (Juspositivismo) e o Direito Natural (Jusnaturalismo), ponderando onde cada uma das correntes é inserida na construção do Estado democrático de direito e suas respectivas influências no ordenamento jurídico brasileiro.

Como a concepção de direito é abrangente e a ciência do mesmo é tão ramificada quando uma frondosa árvore crescida às margens de um rio que está em constante movimento, é necessário discorrer sobre as influências sociais, o conjunto de normas que entendemos como o meio para se atingir a justiça e o relevante caso concreto que através da figura do magistrado, procurará basear sua decisão de acordo com as normas e princípios, segundo o poder vinculado e discricionário estabelecido em suas mãos através do Estado.

O direito é uma ciência tão vasta que o conglomerado de normas inevitavelmente se dividirá em duas vertentes. O direito natural, ou o positivo. O direito natural como o próprio nome diz objetivamente é aquele advindo da própria natureza, conforme muito explicitado por Thomas Hobbes que afirma a frase que ecoa nos pensamentos dos estudiosos desde o século XVI “o homem é o lobo do próprio homem.”. Afirmação fantástica esta, que permeia nos mais íntimos limites das ciências do Direito Penal. Já o direito positivo é aquele baseado nas normas impostas pelo Estado. É um emaranhado de normas advindos e influenciado pelo poder originário, são estes criados e positivados pelo Estado afim de regular e regulamentar a vida em sociedade, com o objetivo de garantir a liberdade, a igualdade e a tão esperada fraternidade, desde o seu sentido formal ao tão sonhado material.

O Direito em si, conforme dito anteriormente, é uma ciência abstrata, é uma tentativa de se alcançar prerrogativas básicas ao ser humano respeitando

determinadas regras que sofrem alterações de acordo com as variações advindas do tempo de suas respectivas distorções, além da perspectiva social que está em constante atualização. O direito é mutável, ele é flexível, porém rígido, pode soar contraditório e o é, todavia as se buscar preencher as lacunas da lei, ao tentar acompanhar a constante evolução do homem e de sua sociedade, ele se molda na bipartição entre o Direito Positivo X Direito Natural desde a época dos filósofos gregos sofistas como Platão, Sócrates, Aristóteles, Tales de Mileto e inúmeros outros que discutiam na Ágora o direito natural, social que permeia até os dias de hoje. Direito esse que se entende que estão arraigados a própria existência humana, direitos que são inalienáveis e nem mesmo o Estado poderia cercear. Princípios que estão intrinsicamente ligados à dignidade da pessoa humana, cláusulas pétreas naturais, inerentes do simples existir. Será discutido em capítulo próprio cada um dos fatores de maneira específica sendo trazido apontamentos e pensamentos distintos afim de fomentar o pensamento crítico do leitor.

A contraposição da corrente *jus natural* possui expoentes de grande “*Know How*” e seres humanos complexos e intrigantes que marcaram suas vidas através de pesquisas e publicações de obras tão marcantes, que transpassam os anos e são tão úteis, quanto a água que sacia a sede de um homem cansado. Dessarte as pesquisas e obras desses grandes homens como Bentham, Ross e de maneira especial Kelsen saciam a sede ou pelo menos tentam aliviar a instigante corrente positiva com pensamentos reflexivos, puros e com o objetivo de iluminar a mente dos praticantes da lei. Dessa forma a presente monografia tem como intuito mostrar a relevância desses influenciadores no direito como o conhecemos e suas mais íntimas opiniões sobre o processo de formação, aplicação e planejamento ao se tratar da justiça no direito positivado, através do papel imprescindível do poder Estatal.

Para execução do presente artigo científico foi realizado levantamento bibliográfico e analítico acerca do tema filosófico juspositivismo em contraposição á algumas nuances presentes no jusnaturalismo. A bibliografia referente à temática em pauta, foi pesquisada em obras doutrinárias de grande valia no meio acadêmico, artigos publicados por especialistas na área e no próprio texto da lei.

No capítulo 1 temos a disposição introdutória do respectivo tema que será abordado de maneira geral e ampla, delimitando pontos genéricos acerca da presente pesquisa e suas peculiaridades.

O capítulo 2 traz como referência a origem histórica do sistema positivista e algumas explicações sobre o mesmo, assim como sua evolução e limites polêmicos impostos por seus doutrinadores, como a separação entre ética e moral do direito.

Sobre o capítulo 3 é possível inferir que foram trazidas algumas colaborações de autores positivistas específicos, com algumas de suas principais contribuições sobre o tema, enriquecendo o entendimento sobre o mesmo.

Quanto ao capítulo 4 serão abordadas algumas ramificações da pesquisa juspositivista sendo abordado nuances e evoluções do pensamento, em resposta aos confrontos e críticas propostas.

Ante ao capítulo 5 trataremos de algumas críticas pontuais em relação a corrente filosófica positivista ressaltando pontos relevantes para o fomento da análise crítica e perceptiva do leitor.

Já no capítulo 6 do estudo foi trazido uma breve explicação sobre o sistema filosófico jusnatural, baseado na visão de Thomas Hobbes que elucida de maneira categórica aspectos primordiais da corrente, ilustrando assim a contraposição inerente á corrente juspositiva.

Para o capítulo 7 tratar-se-á das considerações finais desse estudo teórico, abordando críticas pontuais e colocações relevantes de forma resumida sobre o estudo.

Dessarte por último, será explicitada a bibliografia utilizada como embasamento teórico para a produção da mesma.

2 ORIGEM DO SISTEMA POSITIVISTA/JUSPOSITIVISMO

O positivismo jurídico identifica o Direito posto com base no poder Estatal. É evidenciado pela principal característica de ter sua produção normativa firmada no formalismo e imperativismo da norma criada. O direito é resumido simplesmente ao aplicar da norma, pouco se importando aos princípios, ética e moral. O positivismo jurídico assim como menciona a “teoria da moldura” de Hans Kelsen explicita que os poderes do intérprete da lei estão limitados às margens de uma moldura respeitando a legitimidade normativa afastando-se do ideal humano de buscar criar o direito.

Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação

jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador - a determinar por qualquer forma que seja - ou, então, à expressão por ele escolhida, por forma a corresponder a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (KELSEN, 1998, p.258).

A corrente tem como função estudar o direito posto pela autoridade, o *ius positivum* ou *ius positum*. Está diretamente relacionado com o processo histórico de substituição quanto ao direito natural emanado pelo poder religioso e costumeiro como por exemplo o da vontade divina. Vem em contraposição ao afirmado pelo Rei Luís XIV “O Estado sou eu”. Com o advento da corrente juspositiva o Estado passa a ser regido por um conglomerado normativo que tem como função e característica regulamentar a conduta da sociedade, permitir, coibir e punir os eventuais infratores do mesmo, visando a democracia e igualdade perante o povo. Vejamos, pois a reflexão sobre cada um dos poderes e a necessária divisão deixada pelo mesmo:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o

de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, O Espírito das Leis. Capítulo VI, p, 75).

Mostrou-se como ferramenta fundamental no ideal iluminista na luta contra o direito natural. Vem em divergência ao absolutismo, autoritarismo e narcisismo individual. Muito mais do que uma corrente, trata-se de uma fixação conceitual que marca a mudança de paradigmas e abre as possibilidades para uma nova era na qual o Estado tem poder para intervir na disparidade de poderes. Montesquieu já havia previsto a divisão necessária e paritária dos poderes legislativo, executivo e judiciário buscando um sistema de freios e contrapesos no intuito de se legitimar a igualdade democrática.

3.PRINCIPAIS EXPOENTES DA CORRENTE JUSPOSITIVA.

3.1 HANS KELSEN

A Teoria Pura do Direito, obra escrita por Hans Kelsen é a concretização material de mais de sessenta anos de estudos, dedicação e análises categóricas ao ordenamento jurídico que foram realizadas no período entre 1911 a 1973. Foi um homem dedicado à vida jurídica e com muito mérito adquiriu a alcunha por muitos como um dos maiores juristas de todo o século XX. Professor em universidades renomadas como Cambridge, Viena, Berkeley, Colônia, Genebra e Praga. Sem contar o cargo que obteve como magistrado na Corte Constitucional Austríaca por nove anos, compreendido entre 1921 e 1930.

Esse homem de grande expoente deixou como legado a obra chamada de Teoria Pura do Direito. Consolidou que sua pesquisa é uma teoria de corrente positivista pois segundo sua explicação e segundo o objeto de estudos, é uma teoria pura, afastada das vontades humanas, se opõe firmemente ao direito *jusnatural* ignorando a vontade divina, da natureza, da razão, da ética e da moral. Como o próprio autor diz em seu prefácio é uma obra apolítica:

“A luta não se trava na verdade - como as aparências sugerem - pela posição da Jurisprudência dentro da ciência e pelas consequências que daí resultam, mas pela relação entre a ciência jurídica e apolítica, pela rigorosa separação entre uma e outra, pela renúncia ao enraizado costume de, em nome da ciência do Direito e, portanto, fazendo apelo a uma instância objetiva, advogar postulados políticos que apenas podem ter um caráter altamente subjetivo, mesmo que surjam, com a melhor das boas

fés, como ideal de uma religião, de uma nação ou de uma classe". (KELSEN, 1998, p,8).

Pensamento esse que vai completamente na contramão do direito natural. Em sua obra Hans Kelsen tem como objetivo estudar o Direito como um conjunto de leis que disciplina e norteia a vida em sociedade, regularizando e moldando as atividades dos seres humanos. Tem como intuito a harmonização e pacificação do convívio social. Independente de política, ética, moral busca de forma pura compreender a posituação estatal e suas características na vida do homem e do respectivo ordenamento jurídico.

Trouxe como ideal, a necessidade de pressuposição da existência de uma norma fundamental, que deveria ser base para a validade de todas as outras normas pertencentes ao ordenamento normativo. De acordo com ele a norma fundamental deveria ordenar que a sociedade seja conduzida conforme a hierarquia normativa do ordenamento, atribuindo-lhe validade às normas decorrentes do ideal de vontade segundo a vontade do criador dessas respectivas normas de base.

3.2 JEREMY BENTHAM

O Inglês Jeremy Bentham (1748-1832), contribuiu na corrente juspositiva com a chamada Teoria Utilitarista do Direito. Em sua pesquisa afirmou que as normas jurídicas deveriam ser interpretadas sob a ótica da interpretação da incidência dentro do caso concreto. Para Bentham, a norma devidamente justa é aquela que ao ser aplicada, produz efeitos relevantes ao caso concreto. Segundo o mesmo, a análise da aplicação da norma que não traz o ideal de justiça ao determinado caso específico deveria ser considerada como injusta.

Jeremy Bentham é considerado como um dos grandes expoentes, responsável pela consolidação do utilitarismo na sociedade. Bentham afirmou que no plano social, bom ou justo é o que tende a aumentar a felicidade de todos ou, ao menos, o maior número de pessoas possível.

"O princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um

funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes de governo." (BENTHAM, 1974, p.9)

Bentham criticou o direito natural com o ideal do utilitarismo segundo a ideia de entender que as leis são formuladas baseadas na vontade humana, consistindo em meios que possibilitam a determinar fins segundo a noção do que é certo e o que é errado. Afirmou ainda que a materialidade prática da norma tem preposição sobre a idealizada, especulada.

"Mas não é nunca, então, de nenhuma outra consideração do que as de utilidade que nós derivamos as nossas noções de certo e errado? Eu não sei, não me importa. Se um sentimento moral pode ser originalmente concebido de alguma outra fonte que não uma visão da utilidade, é uma questão. Se examinando e refletindo sobre, puder, de fato, ser realmente perseguido e justificado em alguma outra base por uma pessoa refletindo consigo mesma, é outra. Se uma questão de direito pode ser justificada numa outra base, por uma pessoa dirigindo-se a uma comunidade, é uma terceira questão. As duas primeiras são questões de especulação; não importa, comparativamente falando, como elas não decididas. A última é uma questão de prática: a decisão sobre ela é de uma importância maior que qualquer outra possa ser." (BENTHAM, 1974, p.28)

Ainda quanto a separação entre a Moral e o Direito, Bittar e Almeida contribuem ao tema com a seguinte reflexão:

"O Direito possui a nota característica de poder ser moral (Direito justo), e de poder não ser moral (Direito injusto); e, certamente, prefere-se o Direito moral ao imoral, porém não é isso que retira validade de determinado sistema jurídico. Um Direito positivo pode ser justo ou injusto, ou seja, um Direito positivo sempre pode contraria algum mandamento de justiça, e nem por isso deixa de ser válido. O Direito não precisa respeitar o mínimo moral para ser definido e aceito como tal, pois a natureza do Direito, para ser garantido em sua construção, não requer nada além do valor jurídico. Mais uma vez, deve-se afirmar que o que foi posto pelo legislador é a norma jurídica, se consignado internamente no ordenamento jurídico dentro dos moldes procedimentais e hierárquicos suficientes para tanto.

Assim, a conclusão acerca da relação entre Direito e Moral não pode ser outro senão a de que: "A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência de a Moral". Assim, é válida a ordem jurídica ainda que contrarie os alicerces morais. Validade e justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos, portanto (uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e injusta)." (BITTAR; ALMEIDA, 2011, P.396, grifo do autor).

A distinção entre Direito e Moral é bifurcada em duas constantes idealizadas entre as condutas socialmente corretas e o ideal de que tudo o que é direito nem sempre é moral. Segundo o entendimento de Bittar e Almeida o direito pode tutelar o que é amoral pois por maior que seja a intenção e necessidade de aplicar ao litígio o que é justo, haverá ainda resquícios de imoralidade, a validade da norma jurídica pode contrariar os alicerces morais. A corrente juspositiva tem como Direito o intuito de estabelecer o regramento da sociedade dentro dos limites impostos pelo Estado, visando alcançar dentro de uma sociedade o ideal de justiça compactuado e firmado na legislação baseado em costumes, crenças, cultura e vontade do poder constituinte. Todavia a concepção de justiça aos olhos do legislador nem sempre é o mesmo segundo o cidadão comum, moral e justiça são concepções individuais formuladas dentro do caráter interpretativo de cada pessoa, de acordo com sua vivência e experiência no mundo.

3.3 ALF ROSS

Alf Niels Christian Ross (1899-1979), foi jurista, filósofo dinamarquês e aluno de ninguém menos do que Hans Kelsen. É reconhecido como um dos fundadores do Realismo Jurídico Escandinavo, corrente essa que perpetua no Direito como um conjunto de fatos ou fenômenos físicos e psíquicos, e tem como finalidade estudar:

“padrões tradicionais de observação e de verificação que animam toda a moderna ciência empirista” (ROSS, SGARBI, 2006, p. 65)

Com o intuito de separar o pensamento jurídico de fatos e ações não conglobantes à ciência proposta pelo direito natural, que segundo ele é baseado em ideias metafísica e religiosas, Ross acredita que essas discussões a respeito do direito juspositivo em contraposição ao direito natural se dão pela falta de entendimento acerca do que é o Positivismo Jurídico. Segundo os pontos mais combatidos seria o da “The law is law”, que é visto apartado da moral e abordado em uma das críticas ao positivismo estrito.

De acordo com Ross o positivismo em sentido estrito é enviesado nos princípios da filosofia empirista e anti-metafísica enquanto o jusnaturalismo estaria baseado no fato de que o direito é criado em alicerces empíricos, sob um ideal consolidado em fatos e na realidade. “Cada ordem fática possui a tendência de revelar sua correspondente causa natural e, com isso, a ideia de validade (‘o poder

normativo fático’). Ou o contrário: cada ideia de validade possui a tendência de, por intermédio de sua causa fundamental, desenvolver-se em uma ordem fática”.

Ross teve influência da segunda Guerra mundial em seus estudos pelo fato de ter vivido na época. Aborda os quatro anos de ocupação alemã em sua terra natal, que o fizeram refletir sobre o papel e conceito de direito nessa nova visão vivida e adquirida. Teve um importante papel de atuação como magistrado onde assumiu por doze anos o cargo de juiz do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, foi um homem fundamental na elaboração da corrente positivista.

4. MODALIDADES DO JUSPOSITIVISMO

Conforme abordado anteriormente o positivismo por si só é um desdobramento da filosofia do direito que vai em contraposição ao jusnaturalismo. Os estudiosos dessa corrente discorrem sobre os fatos que definem o direito como ele é; (a vontade do legislador através do Estado, a vontade do aplicador do direito e por fim a eficácia social das normas seguido pelo reconhecimento dos cidadãos de determinado pressuposto normativo).

É questionado ainda características do ordenamento jurídico como a finalidade de garantir a veracidade da norma assegurando a justiça com base na paz social e na devida importância da coerção e sanção da norma. Para tanto a corrente pode ser dividida em Positivismo inclusivo ou moderado, ou ainda, positivismo jurídico exclusivo ou radical.

4.1 POSITIVISMO INCLUSIVO OU MODERADO

A teoria do positivismo inclusivo ou moderado teve seu início em resposta ao debate de Hart-Dworking apresentado sobre o conceito de direito no fim da década de 1970. O debate teve como intuito confrontar o fato de o direito não ser composto somente pelas regras e normas, como sustentado pela corrente juspositiva convencional, mas também por padrões imprescindíveis, como os princípios e a política, ilustrando sua argumentação, citou dois casos julgados por tribunais americanos, em que a tese da sentença afim de julgar o litígio foi utilizada com base em princípios. Segundo Dworkin:

“Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de

justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (...) Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.” DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 35-36).

O positivismo inclusivo apresentado por David Lyons e Philip Soper vem com o intuito de identificar a possibilidade da aplicação dos princípios aos casos mais complexos, casos estes em que o direito por si só não concede a resposta mais concisa ou mais correta. Após constatar essa chamada “questão mais complexa”, Philip aponta que uma das soluções possíveis, é a de se recorrer ao costume para auxiliar na interpretação normativa, ampliando a investigação de uma determinada regra para a observação da totalidade de cada conglomerado normativo inerente as suas práticas e objetivos relevantes, afim de obter uma melhor solução ao caso concreto.

Lyons por sua vez defende o positivismo inclusivo ao entender que o positivismo jurídico não afasta a moralidade do direito. Segundo o mesmo, a tese positivista é firmada na teoria de que, para que uma determinada regra cumpra seu objetivo, não é necessário que seja moralmente correta. Lyons afirma que a interpretação “moralmente correta” da normativa abre margem para que o magistrado possa criar o direito, determinando conforme seus valores aquilo que pode ou não pode ser o direito.

Portanto para Philip e Lyons a prática social deve ser recorrida para identificar o que de fato é direito. Ao utilizar-se desse subterfúgio, segundo eles, não é necessária a identificação do direito em aspectos totalmente rígidos, quando a ideia principal defendida pelo positivismo inclusivo é o de analisar a sociedade buscando aspectos morais caso seja aceito dentro do ordenamento jurídico. Basta apenas observar e aplicar valores culturais e sociais de determinada sociedade. Afinal o direito foi criado com o intuito de regulamentar e sancionar conforme os costumes da mesma.

4.2 POSITIVISMO JURIDICO RADICAL OU EXCLUSIVO

Teoria reconhecida por Joseph Raz. O doutrinador trata como conceito do positivismo radical a autoridade como única fonte do direito. Para o mesmo, para que exista a autoridade são necessários o fato de o destinatário obedecer a

legitimidade da norma pelo fato de nela confiar ou por ela se sentir intimidada e não pela maneira de agir, conforme o ato de a autoridade não emitir o comando da norma e destinatário a respeitar mesmo assim.

Para Raz as ordens da autoridade são obedecidas independentemente do juízo de valor que o legislador faz sobre a norma. Raz acredita que a autoridade regula e facilita a convivência social, uma vez que os cidadãos obedecem a normativa de imediato sem questionar a validade positivada.

Para ilustrar o explicitado imagine que durante toda a vida um cidadão nunca cometeu homicídio. Pode-se afirmar que a pessoa agiu corretamente conforme às normas penais que tipificam e sancionam o crime imputado no Art.121 do código penal.

Art.121. Matar alguém: Pena – **reclusão, de seis a vinte anos.** § 1º “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.” **BRASIL.** Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.**

Raz questionaria quais foram as razões que fizeram a pessoa atuar segundo os parâmetros legais. Se a resposta para tal for o fato de a pessoa nunca ter assassinado segundo suas convicções éticas, morais e religiosas contrárias ao crime em questão, teremos então um caso em que a lei não exerceu sua “autoridade” em sentido *raziano*. Existindo ou não a normativa, a pessoa teria agido conforme pressupostos relacionados ao seu código próprio de ética e moral. Todavia se a pessoa deixar de praticar o ilícito porque confia nas orientações do legislador sem questionar ou analisar, diremos que o legislador conseguiu exercer a autoridade *raziana*.

O autor define que a moral não deve ser utilizada como característica de conhecimento do direito positivo pois não apresentaria notória relevância para a constatação da real validade jurídica ou segundo a interpretação das normas atribuídas. Segundo ele, a validade decorre da existência de fatos sociais capazes de atribuir validade, ou seja, autoridade e a interpretação exclusiva competente dos órgãos Estatais, sem que sofra influência externa da ética e moral. É um direito puro e positivado apenas no legitimado normativo.

5. CRÍTICAS AO SISTEMA POSITIVISTA

As críticas feitas à doutrina positivista são feitas pelo fato de esta aderir a aplicação mecânica da norma, ignorando as peculiaridades e intenção do legislador ao criar o dispositivo. Sob essa égide os magistrados ficam afastados da possibilidade de fazer um julgamento moral do caso concreto, tudo o que é válido é somente a lei. Há de se observar ainda que ao separar a moral do direito exclui-se a possibilidade e tentativa do acompanhamento das mudanças sociais e como consequência, deixa de se adaptar a essas, afastando o direito da realidade social, tornando-o assim um simples objeto pelo qual a autoridade legitima o seu poder, pouco se importando com a maior necessidade que é a de aplicar a justiça.

O positivismo vem com o intuito de regular e regulamentar o direito posto. Conforme explicitado anteriormente sua definição é dada em contraposição ao moralismo jurídico. O positivismo em sentido estrito considera que há plena separação entre o direito e a moral, adotando uma visão totalmente separatista. O que é também preocupante pois em determinados casos a norma pode ser injusta por si só, a justiça aplicada ao caso concreto deve ser realizada visando a mitigação de danos e perdas, observando valores inerentes ao ser humano, como por exemplo a dignidade da pessoa humana.

Uma das críticas ao positivismo estrito, é esse engessamento normativo. A vida em sociedade e as condutas humanas são as mais diversas possíveis e acredita-se que o direito posto não é o suficiente para se alcançar o pleno pleito de justiça.

Como diz o ditado popular desde o início dos ensinamentos à faculdade das ciências jurídicas “O direito é muito amplo para se conter dentro de uma caixa”. Com base nesse entendimento e a observância do caso concreto criou-se o advento da jurisprudência, principiologia jurídica e entendimentos doutrinários consagrados dentro do ordenamento jurídico. Esses ideais ditos anteriormente vão totalmente em contraposição a tese positiva, todavia o ordenamento necessita dessas nuances para auxiliar e tentar alcançar a melhor justiça possível ao caso concreto.

Para explicar a crítica à tese positiva em sentido estrito citada anteriormente, imagine uma determinada norma que regulamente da seguinte forma: Velocidade máxima permitida 80km/h, caso ultrapasse o limite estabelecido estará o motorista

sujeito à multa seguida de retenção da carteira de habilitação. Pode ser um exemplo esdrúxulo, mas se uma ambulância transportando um cidadão em estado grave de saúde, necessitando de urgente socorro médico hospitalar, circula nessa via a 100km/h, cabe afirmar que o motorista da ambulância deve ser punido? Segundo a corrente juspositiva sim. O direito é fixo é puro, separado da ética e da moral, não há que se pensar em relativização da norma.

De certa forma é um fato interessante se considerado pelo ponto de vista da segurança jurídica, todavia não pode se pensar da mesma maneira ao imaginar a injustiça que o motorista da ambulância estará apto a sofrer com a sanção normativa.

Para usar como ilustração pense no exemplo real que foi a escravidão. A lei permitia que se você comprasse um homem negro durante o séc. XVIII e XIX seria dono do mesmo, e poderia utilizar da mão de obra conforme bem entendesse. Não havia direitos humanos, integridade da pessoa física. O Direito era puro e simples, objetivo e injusto, pelo qual através dele foram cometidas diversas atrocidades. Como forma de reflexão gostaria de mencionar uma cena do filme 12 Anos de escravidão em que dois personagens (Edwin Epps e Bass) discutem sobre o direito posto e sobre o que é justo. Epps defende o sistema escravocrata enquanto Bass vai na contramão do pensamento e utiliza-se de argumentos baseados na ética e moral.

Bass - "... o que eu achei graça, foi você estar preocupado comigo nesse calor, quando francamente, as condições dos trabalhadores são péssimas."

Epps - "Condições dos trabalhadores?"

Bass - "Está tudo errado, tudo errado Sr. Epps!"

Epps - "Eles não foram contratados! Eu sou o dono deles."

Bass - "E você diz isso com orgulho!"

Epps - "Digo como um fato."

Bass - "Se vamos conversar, sobre o que é fato, o que não é, então eu devo dizer que NÃO EXISTE JUSTIÇA, NEM INTEGRIDADE NA ESCRAVIDÃO! Mas você tocou num ponto interessante. Que direito você tem de possuir negros? Se essa é a questão."

Epps - "Eu compreí, paguei por eles."

Bass - "Claro que sim. E a lei diz que você tem direito ter um negro! Mas me desculpe, essa lei não é nada! Imagine se aprovassem outra lei, que tirasse a sua liberdade, que fizesse de você um escravo, imagine!"

Epps - "É inimaginável."

Bass - "As leis mudam, Epps! Verdades universais é que nunca mudam. (Doze anos de escravidão, 2013).

As falas do discurso por si só transmitem uma das principais críticas ao positivismo estrito. Não se pode separar a norma da política, da ética, da moral a conforme diz o sistema jusnatural; existem sim “verdades universais”, direitos inerentes ao próprio homem simplesmente pelo fato de existir, e é pautado nisso que o direito é construído atualmente.

Normas são criadas respeitando a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e fraternidade, cláusulas pétreas por natureza. Portanto não podem estas simplesmente serem ignoradas alegando a necessidade da segurança jurídica e a necessidade de validar um sistema normativo que não se enquadra na realidade fática. O direito deve ser rígido, porém volátil, é paradoxal, mas ao aplicar a normativa, os direitos moralmente corretos devem ser utilizados a fim de ilustrar e engajar o direito posto, é necessário que o magistrado se utilize da discricionariedade afim de mitigar as injustiças concretizadas pela lei, respeitando os limites por ela estabelecidos e agregando com base na norma e nos costumes sociais a justiça ao caso concreto.

6. DIREITO NATURAL SEGUNDO THOMAS HOBBS

O jusnaturalismo também chamado de direito natural é a corrente filosófica que pressupõe a existência de normas universalmente válidas, imutáveis e invioláveis, é a lei imposta pela natureza. A corrente vem com o ideal de que o direito é inerente ao ser humano por sua própria existência, existe mesmo antes das próprias leis que são impostas. Para os jusnaturalistas o direito é natural com características próprias à dignidade da pessoa humana, são cláusulas pétreas por natureza com pressupostos intrínsecos ao homem pelo simples fato de existir. Este independe da vontade do homem e busca o ideal de justiça. O Estado veio como regulador das relações humanas criado através do consentimento social. Com o advento do pensamento político e o ideal iluminista, os grandes estudiosos do século XVII buscaram a positivação normativa através do poder estatal, afim de lutar contra a desigualdade e tirania imposta pela monarquia através dos dogmas religiosos e consuetudinários.

“As primeiras reflexões sobre o direito natural são encontradas no pensamento grego clássico e no cristianismo antigo e medieval. Porém, entende-se que o jusnaturalismo fora uma corrente jurídico-filosófica desenvolvida em seiscentos e setecentos, que reelaborou o conceito clássico do direito natural, interpretando-o

de forma mais racional e humana.” (ADORNO Francesco, págs. 218 a 221).

Segundo Thomas Hobbes, importante autor jusnaturalista conhecido por sua obra: “Leviatã”, a liberdade é a base para explicação da corrente jusnatural, o qual admite as leis naturais como leis da razão, a impossibilidade da transmissão do direito natural e o preenchimento das omissões legais do ordenamento jurídico devem ser vistos como maneira de utilização do direito natural para que exista o ideal de justiça almejado, sem o cerceamento de uma lei que retire imotivadamente seus direitos.

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam de jus naturale, é a liberdade que cada homem que casa, possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida, e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meio adequado a esse fim [...]. A primeira lei é fundamental de natureza, isto é, procurar a paz e segui-la. (HOBBS, 2003, p.112).

Hobbes trabalhou em sua tese com a separação entre direito natural e direito social como forma de analisar o *estado ou sociedade de natureza* e o *estado sociedade civil*. A construção de sua análise se dá com a sociedade em seu estado natural, em um nível arcaico de existência separando o sentido político e antipolítico. Segundo ele o estado político se contrapõe ao ser natural porque o mesmo é positivado pelas normas estatais e retira do homem direitos inerentes ao ser humano, como dito anteriormente a própria liberdade.

Observa-se que a natureza fez os homens tão iguais, no que se refere às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem visivelmente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com razão nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Quanto à força corporal, o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.

No que se refere às faculdades do espírito – pondo de lado as artes que dependem das palavras, especialmente aquela capacidade para proceder de acordo com regras gerais e infalíveis a que se chama ciência, e que poucos têm, é apenas numas poucas coisas, pois não é uma faculdade nativa, nascida conosco, e não pode ser conseguida, como a prudência, ao mesmo tempo que se está procurando alguma outra coisa –, encontro entre os

homens uma igualdade de força. (HOBBS, Thomas. *Leviatão* ou *Matéria, Formae Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. p. 96.)

O elemento particular do estado de natureza segundo ele é o próprio indivíduo não associado a nenhuma regra e nenhum pacto firmado encontrando-se livres e iguais em relação uns aos outros. Para Hobbes a passagem do estado de natureza para o estado civil se dá através do convívio social produzido pela cultura advindo da razão do homem e o sentimento de superioridade, explicação que justifica de onde vem a famosa expressão: **“O homem é o lobo do próprio homem”**.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho realizado teve como intuito analisar aspectos gerais das correntes juspositiva e jusnaturalista. Foi exercida a diferenciação existente entre direito natural e direito positivo através de pesquisas produzidas por grandes estudiosos em que ficou claro o direito positivo derivado do direito natural, baseado em regras inerentes ao ser humano conforme dito anteriormente, a liberdade, vida, propriedade entre outros direitos fundamentais.

Ficou entendido que tanto o juspositivismo quanto o jusnaturalismo buscam evitar abusos de poder além da codificação estrutural e formal do direito. Com o advento do Estado como ente federado e detentor de poderes, tem-se a preocupação mais efetiva com a ideia de produção do direito, momento em que o Judiciário surge como órgão regulador, aplicando o direito adquirido e pleiteando a justiça do mesmo. Tem-se, portanto, o entendimento da norma jurídica como comando e o sistema jurídico como unitário, com influências nítidas tanto da corrente positivista quanto da jusnaturalista. Percebe-se que ambas as correntes tem como objetivo evitar a autoridade e arbitrariedade de poder, buscando uma tentativa de mitigar as desigualdades através da eficácia normativa, valorizando o cidadão comum e dando-lhe garantias fundamentais diante da disparidade entre Estado e indivíduo.

Com base na pesquisa ficou claro que, por mais que se preze pela segurança jurídica, o direito não se pode separar da moral, os princípios gerais de direito estão presentes para ilustrar a configuração normativa, garantindo ao

cidadão uma sentença mais justa e amparada na ética e moral, afinal, o direito é criado através das relações culturais e coletivas de convivência social.

REFERÊNCIAS

ADORNO Francesco, História da Filosofia, volume II, 12ª edição, Editora Laterza, 1983

BENTHAM, Jeremy. Os pensadores. Abril Cultural, 1979.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A. de. Curso de Filosofia do Direito. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

DOZE ANOS DE ESCRAVIDÃO, Direção: Steve McQueen, Diretor de arte: David Stein, Distribuído por: Searchlight Pictures, Entertainment One. Estados Unidos 2013 Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=AiAL5bjayss>>

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HOBBS, T. Leviatã. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LYONS, David. Principles, Positivism, and Legal Theory. The Yale Law Journal, vol. 87, nº 2, 1977, pp. 415-435.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1979. NEGRI, Antonio.

RAZ, Joseph. The Obligation to Obey: revision and tradition. In: EDMUNDSON, W. A. (Ed.). The Duty to Obey the Law. Lanham: Rowman e Littlefield, 1999.

SGARBI, Adrian. Clássicos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOPER, Philip. Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute. Michigan Law Review, vol. 75, nº 3, 1977, pp. 473-519.