

## **Jusnaturalismo ou Positivismo Jurídico: Uma breve aproximação**

Clodoveo Ghidolin<sup>1</sup>

Um tema de constante debate na história do direito é a caracterização e distinção entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Tradicionalmente essas doutrinas sempre foram concebidas como opostas, isto é, ou aceitamos os argumentos da escola positivista ou então somos partidários da concepção jusnaturalista. No entanto, veremos a seguir que essa compreensão, segundo Norberto Bobbio, parecer ser equivocada. Para demonstrar isso elaboramos o presente artigo com fins estritamente didático com o propósito de promover um maior entendimento e uma caracterização mais precisa acerca dessas concepções, permitindo identificar e/ou situar autores ou como jusnaturalistas ou positivistas<sup>2</sup>. Para isso utilizamos a obra “*O Problema do Positivismo Jurídico*”<sup>3</sup> de Norberto Bobbio, em especial o capítulo III (Jusnaturalismo y Positivismo), em que ele propõe além da caracterização usual, aproximar em pelo menos dois aspectos essas concepções pensadas pela maioria como antagônicas. Sendo assim, ao longo do texto faremos a apresentação dos argumentos contidos na terceira seção da obra e que permitem aproximar essas doutrinas, a fim de destacar a importância e relevância do propósito.

A tradição do direito no ocidente realizava uma distinção entre dois tipos de direito, a saber, a existência de uma classe de princípios gerais (éticos, racionais) que não eram caracterizadas como normas, as chamadas, leis naturais (direito natural). Além disso, havia outra classe de direito denominada direito positivo que era considerada como conjunto das normas efetivamente de âmbito prático, ou seja, aquelas normas que eram diretamente aplicadas à conduta humana. Neste sentido,

---

<sup>1</sup> Prof. FADISMA / UCS

<sup>2</sup> “Positivismo” ou “Positivismo jurídico” é a expressão que no século XIX admitia somente o direito positivo contrapondo-se a escola jusnaturalista que admitia a dualidade –direito natural/direito positivo.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *El Problema del Positivismo Jurídico*. México: BEFDP, 1999.

toda concepção de direito até o início do século XIX sustentava uma concepção dualista de direito, isto é, a existência de um conjunto de leis naturais e leis positivas. Além disso, estas últimas derivavam das primeiras ou por um processo racional ou por vontade do legislador.

Esta concepção dualista de direito pode ser encontrada desde Aristóteles, o qual realizava a distinção entre direito natural e direito positivo, estabelecendo as diferenças específicas de cada classe. No entanto, cabe salientar que em sua concepção a dualidade não implicava em uma hierarquia ou superioridade de uma forma sobre a outra, isto é, existia uma relação de independência. Ademais, ele considerava o direito natural como universal e imutável cujas ações teriam valor geral independente do sujeito, e as ações determinadas seriam boas em si mesmas, enquanto que, o direito positivo era o conjunto de normas cuja eficácia dependia da comunidade em que o mesmo estaria inserido e, portanto, tendo validade particular e mutável.

Já Santo Tomás de Aquino admitia a mesma concepção dualista de direito, a saber, direito natural e direito positivo, mas sustentava que a segunda classe de direito derivava da primeira por obra do legislador, e no momento em que o direito positivo é posto pelo legislador o conteúdo passa a valer. É importante destacar que esse filósofo admitia a superioridade do direito natural sobre o direito positivo. Esta tese defendida por Santo Tomás foi também concebida pelos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, conhecida como a teoria da superioridade do direito natural sobre o positivo.

Já a concepção positivista define o direito como o conjunto de normas positivas, também conhecida como a teoria da exclusão do direito natural. Segundo Bobbio positivismo “é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”<sup>4</sup>. Em outras palavras, podemos caracterizar o positivismo como a teoria

---

<sup>4</sup> Idem. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

exclusiva, ou seja, a redução de todo o direito ao positivo, excluindo a categoria de direito natural.

Admitir essa polarização, destacada acima, implicaria no comprometimento de elementos ainda mais radicais, a saber, que os jusnaturalistas teriam uma preocupação com aspectos valorativos do direito, enquanto que os positivistas fariam uma análise estritamente formal do direito desconsiderando o aspecto valorativo. No entanto, a proposta no artigo do Bobbio é mostrar que essas afirmações são totalmente equivocadas. Para isso, ele observa a necessidade de redefinir o conceito de direito a partir de três dimensões: como ideologia, teoria do direito e metodologia. Com essa distinção será possível mostrar que alguém poderá concordar com os positivistas jurídicos em algum dos aspectos e com os jusnaturalistas em outro, não haverá uma total polarização ou ausência de diálogo entre as concepções.

Em síntese, o jusnaturalismo concebe o direito dualisticamente, ou seja, ele é composto por duas formas, a saber, o direito natural e o direito positivo. Além disso, defende a superioridade do direito natural sobre o direito positivo. Já o positivismo admite apenas uma forma de direito, por isso é uma concepção monista, isto é, existe somente o direito positivo. Essa tese é também chamada de teoria da exclusividade do direito positivo. No entanto, essas duas concepções são insuficientes para obter um panorama completo do direito, porque, segundo Bobbio não esgotam completamente as possibilidades de definir o direito. Poderíamos ainda concebe-lo de outras três maneiras, simplesmente utilizando as combinações das teorias expostas. Na primeira delas direito haveria a união do direito positivo com o direito natural sem hierarquizá-los; ou uma segunda concepção em que haveria somente o direito natural; ou finalmente, uma terceira alternativa em que direito é composto pela conjunção do direito positivo e direito natural, mas o primeiro superior ao segundo. Essas definições sofreram algumas críticas, tanto pelo positivismo quanto pelo jusnaturalismo, a partir dos argumentos que seguem.

Em relação à primeira definição (direito natural e direito positivo coexistindo sem sua hierarquização) podemos afirmar que se contrapõe tanto ao jusnaturalismo quanto ao positivismo porque, embora admita a dualidade, nega a superioridade do direito natural sobre o positivo. Em relação ao positivismo porque admite a existência do direito natural, ou seja, nega a tese da exclusividade do direito positivo. Já a segunda alternativa (existência somente do direito natural) se contrapõe ao positivismo porque, embora admita a exclusividade de uma forma de direito, trata somente do direito natural. Em relação ao jusnaturalismo porque não admite a dualidade. Na terceira possibilidade (direito positivo superior ao direito natural) há uma diferença porque embora conceba a dualidade, sustenta a supremacia inversa ao jusnaturalismo, isto é, o direito positivo é superior ao direito natural. No que se refere ao positivismo a crítica ocorre porque não admite a exclusividade do direito positivo.

Como podemos observar o jusnaturalismo sustenta necessariamente a dualidade e a superioridade do direito natural sobre o positivo. Essa superioridade tem sido defendida de várias maneiras. Nesse sentido se faz necessário uma caracterização das três maneiras tradicionalmente aceitas de jusnaturalismo procurando definir direito positivo a partir do direito natural. A primeira delas é conhecida como escolástica, a qual define o direito natural como um conjunto de princípios gerais éticos que servem ao legislador, de inspiração para elaborar o direito positivo. Segundo Bobbio (1995) as leis positivas derivam dos princípios éticos naturais por obra do legislador de duas maneiras; ou por conclusão ou por determinação. Na primeira situação a lei positiva deriva de um processo lógico semelhante à conclusão de um silogismo. Na segunda situação a lei positiva deriva por determinação, isto é, quando a lei natural é muito geral exigindo do direito positivo o modo concreto de aplicação desse princípio geral.

Já a segunda forma de jusnaturalismo, conhecida como racionalista, define o direito natural como um conjunto de *dictamina rectae rationis* que fornecem o conteúdo para a regulamentação das normas. Isso significa que o direito natural fornece o

conteúdo para a formação das normas do direito positivo e, este último, trata dos meios práticos para que as normas possam se tornar efetivas. Dessa maneira, direito positivo nada mais é do que todo conteúdo do direito natural somado a coação. “O direito positivo é entendido como direito natural mais coação”<sup>5</sup>. Portanto, o que muda com a formação do direito positivo é a forma (por coação) não o conteúdo da norma. Assim, Bobbio admite em sua exposição que o direito positivo possibilita a aplicação do direito natural e o direito é todo natural exceto a legitimação. Segundo ele:

O estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação. O direito estatal e o direito natural não estão numa relação de antítese, mas de integração. O que muda na passagem não é a substância, mas a forma; não é, portanto, o conteúdo da regra, mas o modo de fazê-la valer<sup>6</sup>.

Por último, a terceira forma de jusnaturalismo conhecida como concepção Hobbesiana aponta que o direito natural cumpre somente a função de fornecer o fundamento ao poder do legislador para elaborar o direito positivo. Em outras palavras, garante a legitimidade do poder ao legislador para que este possa criar a ordem positiva e obrigando os súditos a obedecer ao pacto. Dessa maneira, o direito natural se caracteriza a partir da norma que obriga cumprir as promessas do pacto. Além disso, as regras derivam da vontade do legislador e não de instância superior como ocorre nas formas anteriores. Assim, o direito natural é todo positivo, exceto, a legitimação.

Mas, diante dessas três concepções de jusnaturalismo, Bobbio procura demonstrar que é possível apontar algumas críticas a partir da perspectiva positivista. A crítica, em relação a primeira forma, se deve ao fato dos positivistas não aceitarem princípios éticos universais ou absolutos, ou leis imutáveis porque elas sofrem alterações em vistas das mudanças que ocorrem na sociedade e, conseqüentemente, nos valores. Em relação à segunda tese, o que torna uma conduta em regra não é o

---

<sup>5</sup> Idem. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 193.

<sup>6</sup> Ibidem, p.192.

conteúdo, pois nenhum deles é privilegiado, mas o modo de criação ou execução. Em relação à terceira forma, os positivistas não admitem que o fundamento esteja em outra forma de direito, mas sim no chamado princípio de efetividade. O que deve ser entendido por efetividade não corresponde ao conceito de eficácia porque nem todos os positivistas aceitariam. Efetividade significa o princípio concreto do ordenamento jurídico, que garante a legitimidade do direito. As normas são obedecidas por ordem positiva emanada diretamente do ordenamento e não por um princípio ou elemento exterior ao ordenamento jurídico. O motivo para o cumprimento de uma norma não deve ser por obediência emanada de força exterior ou superior ao direito positivo, mas obedecida pela maioria por ordem positiva.

Diante dessas caracterizações é possível definirmos três formas de positivismo: como *ideologia*, como *teoria do direito* e como *metodologia ou experiência jurídica*. Essa classificação adotada por Bobbio permitirá a aproximação destacada no início desse trabalho. Em relação à primeira caracterização, podemos afirmar que as leis válidas devem ser obedecidas incondicionalmente, independentes do conteúdo das normas. Neste sentido, justo é tudo aquilo que é válido. Essa é a tese do formalismo ético<sup>7</sup>. Na segunda tese, procura reduzir o direito ao direito estatal, ou seja, é todo produto de conduta humana produzida pelo estado. O estado é detentor da forma de criação das leis pelo legislador. Essa é a tese do formalismo científico<sup>8</sup>. Como terceira concepção, o positivismo sustenta que a finalidade da ciência jurídica é considerar o direito como realmente “é” não como ele “deve ser”. Procura realizar uma distinção clara entre validade do direito, (o ser), e a parte valorativa, (o dever ser). Isso acaba produzindo a afirmação de que uma norma pode ser válida e, no entanto, não ser justa. O objeto de estudo passa a ser o fundamento do direito. Essa é a tese do formalismo jurídico<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> BOBBIO, op cit, 1995, p. 146.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 146.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 145.

Como podemos observar Bobbio realiza uma distinção clara entre essas correntes a fim de que seja possível a aproximação. Mas para isso, será necessária uma exposição de ambas as teorias (jusnaturalista e positivista) partir dos três conceitos já salientados acima, a saber, quanto à ideologia, teoria geral e metodologia. Em relação à ideologia, o jusnaturalismo e o positivismo podem ser definidos da seguinte forma: A máxima do jusnaturalismo admite que “é preciso obedecer somente as leis justas”. Já o positivismo sustenta que “é preciso obedecer as leis enquanto tal”. No caso do positivismo as leis são o critério de justiça; e para os jusnaturalistas as leis são submetidas a um critério exterior de justiça. A partir dessas máximas é possível construirmos quatro formas de ideologias da justiça referente a cada uma das citadas acima:

- a) “A posição positivista extrema admite que as regras devem ser obedecidas porque são justas (denominada obediência ativa).
- b) A posição positivista moderada admite que as leis devem ser obedecidas porque a legalidade garante certos valores específicos, tais como, ordem, paz, etc (denominada obediência condicionada).
- c) Já a posição jusnaturalista extrema admite que as leis devem ser obedecidas somente se forem justas, caso contrário devem ser desobedecidas (resistência).
- d) E na concepção jusnaturalista moderada as leis podem ser injustas, porém devem ser obedecidas, salvo em casos extremos. (obediência passiva).”<sup>10</sup>.

O que se observa com essa classificação é que as posições extremas são completamente opostas exigindo uma escolha, diferentemente das versões moderadas que podem se aproximar, ou seja, ambas induzem a obedecer na maioria das vezes. Nesse caso específico, a chamada obediência condicionada e desobediência condicionada possuem um elemento em comum, a saber, induzem o

---

<sup>10</sup> BOBBIO, op cit, 1999, p. 79.

cidadão a guiar-se na maioria das vezes de acordo com as leis e pelas leis, mesmo sabendo que esse ideal é obtido através de meios distintos.

Em relação a teoria do direito, o jusnaturalista procura fundamentar o direito em pressupostos metafísicos (direito natural), enquanto que o positivismo realiza uma operação lógico-semântica das regras e elas são derivadas do legislativo de maneira tal que a parte do conteúdo das normas é relegado a segundo plano. Assim, as regras não derivam de conteúdo, mas da criação legislativa autorizada no próprio ordenamento. Neste caso, as concepções (jusnaturalista e positivista) são posições completamente diferentes. Ou aceitamos a tese monista ou aceitamos a dualista.

Por último, numa análise do direito a partir da sua metodologia ambas as posições buscam disciplinar condutas humanas possíveis, embora o jusnaturalismo procure apontar uma crítica à proposta do positivista do direito por não fazer referência ao conteúdo das normas. Mas ambas as teses procuram destacar um tópico fundamental na definição de direito, a saber, como ele é produzido e aplicado. Neste sentido, é possível considerar que essas teses não são antagônicas, pois entre elas é possível através da crítica, embora por diferentes planos - os jusnaturalistas através da valoração e os positivistas através da interpretação - realizar uma reforma, atualização e evolução do direito a fim de que ele possa corresponder aos objetivos pelos quais foi edificado, que são eles: resolver conflitos humanos.

Portanto, quando estamos diante da questão se somos jusnaturalistas ou positivistas, é necessário antes de qualquer posicionamento, especificarmos em que sentido estamos tratando o assunto; qual o ponto de vista que está em jogo durante a escolha ou classificação. Do ponto de vista ideal do direito é possível aproximar as vertentes quando tratamos das posições moderadas. No entanto, as posições extremas são concebidas como antagônicas. Em relação à teoria geral, ambas posições são incompatíveis, porque ou sustentamos uma posição dualista ou monista. Mas quando tratamos da experiência jurídica é possível apontar um elemento em comum às teses. Como já foi salientado acima, o tópico em comum diz respeito a



reforma e atualização do direito, tarefa fundamental para que o direito possa acompanhar o desenvolvimento, transformação, modificação da sociedade na qual está inserido. É importante enfatizar que essa atividade é realizada através de métodos distintos, ou seja, enquanto os jusnaturalistas farão uso da valoração, os positivistas utilizarão a interpretação como ferramenta para essa mudança.

Dessa maneira, ao final do capítulo III (Jusnaturalismo y Positivismo) o autor apresenta sua posição frente a possibilidade de se considerar ou como positivista ou jusnaturalista. Quando o direito for tratado como ideologia ele se qualifica como jusnaturalista; no que se refere a teoria do direito não é nem jusnaturalista nem positivista; finalmente, na parte metodológica do direito, situa-se com convicção, como positivista<sup>11</sup>, certamente pelo grau de certeza que um ordenamento jurídico positivista proporciona, ou seja, existem critérios estabelecidos e claros que garantem que os resultados dos argumentos jurídicos sejam seguros, impedindo margem para discussões ou dúvidas.

### Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *El problema del positivismo jurídico*. 6. ed. México: BEFDP, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000.

---

<sup>11</sup> BOBBIO, op cit, 1999, p. 89.