

# DIREITO NATURAL E POSITIVO: Pressupostos históricos e fundamentos

Michel Kleinschmidt<sup>1</sup>  
Monique Beppler do Amarante<sup>2</sup>  
Nivaldo Machado<sup>3</sup>

## Resumo

*Este artigo objetiva demonstrar, analisar e descrever os aspectos históricos e fundamentos das correntes do direito natural e do direito positivo. Nesse sentido buscar-se-á explanar os fatores históricos, influências e principais precursores de cada teoria, bem como analisar brevemente os fundamentos de tais correntes do pensamento jurídico sob o prisma da Filosofia do Direito. O estudo tem como finalidade ainda o entendimento acerca das ideias que se traduziram numa verdadeira concepção dualista do direito: de um lado o direito positivo, editado pelo Estado; do outro estava o direito natural, absoluto e imutável. Por fim, com este estudo demonstrar-se-á a importância da consideração dessas teorias para a melhor compreensão do ordenamento jurídico em vigor.*

**Palavras-Chave:** Direito Natural. Direito Positivo. Histórico. Fundamentos.

## Abstract

*This article aims to demonstrate, analyze and describe the historical and current foundations of natural law and positive law. Accordingly seek will explain the historical factors, influences and main precursors of each theory, and briefly examine the foundations of such currents of legal thought in the light of the philosophy of law. The study aims to further the understanding of the ideas that led to a real dualistic conception of law: on the one hand the positive law, issued by the state, the other was a natural right, absolute and immutable. Finally, this study will demonstrate the importance of considering these theories to better understand the legal system in force.*

**Keywords:** Natural Law. Positive Law. History. Fundamentals.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos séculos, o ser humano tem travado uma busca incessante pela compreensão de fatos e fenômenos, muitas vezes recorrendo à tentativa de encontrar a causa

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI, estagiário do Ministério Público Federal. E-mail:michelibirama@gmail.com

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - UNIDAVI, membro e primeira Secretária do Grupo de Pesquisa em Filosofia da Mente e Ciências Cognitivas e também membro do Grupo de Pesquisa Direito, Constituição e Sociedade de Risco, ambos da mesma Instituição. E-mail: moniquebeppler@hotmail.com

<sup>3</sup> Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de São Carlos – UFSCar. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Filosofia da Mente e Ciências Cognitivas. E-mail:Nivaldo@unidavi.edu.br

primeira de todas as coisas, donde se poderia encontrar a fonte de todo o conhecimento sobre o universo e suas leis. É nesse espectro que nasce a filosofia, na qual se busca, de maneira racional e sistemática, alcançar o conhecimento sobre a origem das coisas, muitas vezes indo-se além daquilo que a realidade nos mostra.

Com o fenômeno jurídico ocorre processo semelhante. Muito se tem estudado a fim de se buscar as fontes e origens do direito, e se este pode ser compreendido isoladamente e despreendido das diversas outras ciências sociais, ou se há uma relação inexorável entre direito e outras formas de compreensão da sociedade, sendo traçado um caminho para muito além daquilo que os códigos nos podem revelar.

É nesse sentido que nascem e se inspiram diversas concepções e teorias como as do direito natural e as do direito positivo, objetos deste capítulo. Em um primeiro momento, abordar-se-ão aspectos gerais do jusnaturalismo, discorrendo-se sobre os momentos históricos em que se desenvolveu essa teoria, expondo-se também a concepção de diversos defensores dessa corrente. Logo após, dar-se-á ênfase ao direito positivo, com seus caracteres históricos e seus principais defensores, com atenção especial a Hans Kelsen.

Falar das teorias do direito natural significa discorrer sobre uma corrente filosófica que propugna pela existência de uma lei superior a qualquer outra, não alcançável no plano material, que governa o universo e, em especial, os seres humanos. Ao longo deste capítulo descobriremos que o direito natural ora se traduzia em alguma força da natureza, ora se manifestava nos desígnios divinos, passando, hodiernamente, a ser concebido como um direito que advém da própria natureza humana, da convivência em sociedade.

Tais ideias traduziram-se numa verdadeira concepção dualista do direito: de um lado estava o direito positivo, editado pelo Estado; do outro estava o direito natural, absoluto e imutável. Desse modo, pode-se dividir o estudo do direito natural em três etapas: na primeira dá-se maior atenção ao pensamento da Antiguidade Clássica; na segunda, priorizam-se as concepções teocêntricas da Idade Média e, por fim, discorre-se sobre o antropocentrismo iluminista, tecendo-se breves comentários sobre as influências que trouxeram para a elaboração das declarações de direitos humanos, surgidas a partir de então.

## **2 OS PRECURSORES DO DIREITO NATURAL**

Todos os estudos apontam no sentido de que os gregos foram os precursores de uma concepção naturalista do direito. Atribui-se o surgimento do direito natural a Eráclito de Éfeso (aproximadamente 535 - 470 a.C.). Embora fosse adepto da ideia de que tudo flui, de que a realidade é um eterno movimento progressivo, Eráclito acreditava na existência do logos, uma lei universal que trazia a harmonia entre os opostos, tendo essa lei natureza divina, identificando-se com as forças da natureza, especialmente o fogo. Assim, todas as leis feitas pelos homens tinham por fundamento o logos.

As ideias da filosofia foram canalizadas pela literatura grega. A tragédia *Antígona*, escrita por Sófocles (494-406 a.C.), apontava a existência de um direito superior ao positivo. Na narração, o rei Creonte impediu que seu sobrinho Polinice, morto em uma batalha, acusado de trair a pátria, fosse sepultado. Ciente do fato, Antígona, irmã de Polinice, tentou intervir, alegando que as ordens de seu tio não eram superiores às leis não escritas, dadas há muito pelos deuses.

Aristóteles também tem sua importância para a compreensão do direito natural, sobretudo considerando a interpretação que São Tomás de Aquino fez às suas obras. Para o estagirita, a justiça natural seria uma espécie de justiça política, uma justiça distributiva e retributiva estabelecida pela melhor comunidade política. Entretanto, as ideias mais claras de Aristóteles acerca do direito natural podem ser encontradas na retórica. Segundo ele, a par das leis elaboradas nas cidades existia uma lei comum a todos, que advinha da própria natureza; mas ele apenas sugeria que a existência dessa lei fosse usada como argumento numa discussão em que a lei da cidade é contrária ao que se pretende defender.

O estoicismo exerceu forte influência sobre a justiça romana e foi utilizado como base para as concepções cristãs do direito natural. Entre os pensadores do grande império da antiguidade clássica destaca-se Cícero para o qual o direito deveria prevalecer sobre a lei, estando esse direito fundado na própria natureza.

### **3 CONCEPÇÕES MEDIEVAIS DO DIREITO NATURAL**

Com o advento do cristianismo, a Igreja Católica procurou desenvolver uma concepção de direito natural que estivesse mais próxima da nova doutrina, adaptando alguns conceitos dos antigos. Assim surgiu a noção de direitos naturais absolutos e relativos. Os primeiros eram aqueles que imperavam antes que os seres humanos fossem contaminados pelo pecado original. Nesse momento, todos eram iguais, não havendo governantes e governados, senhores e escravos. Entretanto, após o primeiro pecado, o direito natural absoluto jamais voltaria a imperar, surgindo, então, os direitos naturais relativos, que melhor se adaptavam à natureza humana.

O principal expoente das doutrinas cristãs do direito natural foi São Tomás de Aquino (1226-1274). Segundo ele, o direito natural, como expressão da razão humana em seu grau máximo, era o único que poderia compreender mais facilmente o direito divino, servindo como termômetro para o direito positivo. Assim, as leis consideradas justas pelo direito natural estariam mais próximas da fonte eterna de onde derivam, sendo válido o uso da força para fazer cumpri-las. Entretanto, o povo deveria oferecer resistência (em princípio pacífica) àquelas leis tidas como injustas pelo direito natural.

Tais ideias refletem uma situação que marcou a Idade Média: o confronto entre o clero e os monarcas. Estes se baseavam numa antiga doutrina cristã para dizer que o poder lhes foi dado por Deus, e é por Sua vontade que o exercem. Assim, nenhuma forma de resistência seria válida já que resistir às ordens do soberano significava oferecer obstáculo à vontade de Deus. A doutrina da igreja, baseada em Aquino, dizia haver três elementos do poder: o princípio, o modo e o uso. Deus era o princípio, mas os homens é que sabiam fazer uso adequado do poder, tendo o direito de resistir às leis injustas impostas pelos governantes.

### **4 ANTROPOCENTRISMO E AS NOVAS CONCEPÇÕES DO DIREITO NATURAL**

O fim da Idade Média traz consigo significativas mudanças no campo político e social da sociedade europeia. A palavra da Igreja Católica passa a ser contestada surgindo novas igrejas apoiadas, sobretudo, no protestantismo; as monarquias consolidam-se para depois darem lugar às repúblicas ou monarquias parlamentares, as ciências naturais veem

significativos avanços, etc. Nesse aspecto ganham corpo novas concepções que buscam tirar a divindade do centro do universo, passando ao homem a condição de senhor de si mesmo. Tais ideias ganharam força na economia e, sobretudo na política, já que os cidadãos viam nessas ideias um instrumento para acabar com as arbitrariedades cometidas pelos regimes absolutistas de então.

O direito natural também sente os reflexos dessa transformação, passando a ter como fonte os direitos que os homens possuem, pelo simples fato de serem humanos, como o direito à vida e à liberdade, direitos estes que viriam ser reconhecidos pelas diversas declarações de direitos que surgiriam a partir de então. Nesse sentido, as convicções dos pensadores iluministas tiveram importância capital, sobretudo os escritos de Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1788). Estes se tornaram notáveis pela caracterização que fizeram acerca de um estado de natureza, em que o ser humano vivia antes de estabelecer uma sociedade política. Entretanto, alguns pontos divergentes entre esses autores podem ser notados.

Para o primeiro, os homens têm um desejo irrequieto pelo poder, fazendo tudo o que for possível para consegui-lo. E como não há por que considerar que os seres humanos sejam completamente diferentes e não tenham os mesmos direitos a todas as coisas, as pessoas estão condenadas a viverem em um eterno estado de guerra, temendo os perigos que um outro ser humano possa representar. Assim diz ele em sua obra “O Leviatã”:

Que seja portanto ele a considerar-se a si mesmo, que quando empreende uma viagem se arma e procura ir bem acompanhado; que quando vai dormir fecha suas portas; que mesmo quando está em casa tranca seus cofres; e isto mesmo sabendo que existem leis e funcionários públicos armados, prontos a vingar qualquer injúria que lhe possa ser feita. Que opinião tem ele de seus compatriotas, ao viajar armado; de seus concidadãos, ao fechar suas portas; e de seus filhos e servidores, quando tranca seus cofres? Não significa isso acusar tanto à humanidade com seus atos como eu o faço com minhas palavras? (MALMESBURY, 2003, p. 96-97)

Entretanto, Hobbes vê que os seres humanos não querem viver numa luta eterna, querem buscar a felicidade. Por essa razão, eles estabelecem um pacto no qual concedem a alguém o poder para governar, controlar os apetites mais furiosos, enfim, estabelecer uma vida em sociedade. Segue-se daí o entendimento de que para a vida social ser praticável é preciso que os homens sigam as chamadas leis da natureza. A primeira delas diz que se deve fazer de tudo para se alcançar a paz; a segunda diz que os homens devem, de comum acordo, renunciar a toda liberdade que lhe foi dada devido à condição de ser humano. O estado, que surge da necessidade que os homens têm de proteção e defesa, deve ser governado por uma autoridade forte: o Leviatã, que não está adstrito a normas morais, não cabendo ao povo oferecer resistência às regras que ele dita. Tal teoria passou a ser embrião do positivismo jurídico, por negar a relação entre as leis do soberano e os princípios aceitos pela sociedade.

John Locke também admitia a existência de um estado de natureza anterior à vida em sociedade; entretanto, ao contrário do que dizia Hobbes, ele acreditava que os homens viviam sob a influência da ordem e da razão. Todos eram iguais por natureza, tendo três direitos fundamentais: o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à propriedade. Entretanto, não há uma instituição forte que ponha tais direitos a salvo de qualquer atentado, não existe algo que estabeleça a harmonia social.

Nesse momento, os cidadãos estabelecem o contrato social, no qual criam o Estado, que tem por função precípua assegurar o exercício dos direitos naturais e estabelecer a ordem

social. Verifica-se, assim, que os homens não cedem seus direitos a uma autoridade, mas é essa autoridade que tem de zelar pelo seu efetivo exercício.

O filósofo, escritor, teórico político e compositor musical autodidata Jean-Jacques Rousseau admitia, ainda mais explicitamente que os pensadores supracitados, a existência de um primitivo estado de natureza do homem. Segundo ele, o ser humano havia nascido feliz e bom, mas a sociedade o tornou escravo, mau e desgraçado. Todos haviam nascido com uma igualdade natural, mas na medida em que a sociedade foi se tornando cada vez mais complexa, tornando algumas funções mais nobres que outras, os seres humanos acabaram recaindo em uma irremediável situação de desigualdade. Daí se infere que o Estado, como instituição que nasceu de um pacto entre homens (o contrato social) tem a missão de fazer com que essa desigualdade desapareça ou, pelo menos, minore seus efeitos.

O genebrino ainda vê outra limitação ao Estado e às leis que ele cria: a vontade geral. Como a soberania reside no povo, este deve se manifestar diretamente na tomada de decisões, e uma lei só pode ser aprovada com a anuência de todos os cidadãos.

Como já se disse, as ideias dos iluministas e as concepções liberais contribuíram significativamente para que se reconhecessem certos direitos que o homem tem como homem, impondo-se ao Estado medidas que visem respeitar esses direitos e fazer com que eles sejam exercidos ou, ao menos, que não se tomem atitudes que os prejudiquem. Nesse sentido, o mais célebre documento a reconhecer os direitos naturais do indivíduo foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789, no auge da Revolução Francesa. Assim dispunha essa Declaração, em seu art. 2º: “Art. 2º. O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

As concepções jusnaturalistas ainda tiveram (e têm) importantes defensores, que foram dando novos contornos à teoria. Entretanto, o que fica claro para seus adeptos é que, acima do direito imposto pelo Estado existe um direito superior, que não emana de um lampejo de genialidade de alguém, mas de uma fonte superior, que é a natureza das coisas para os gregos e romanos antigos, a vontade de Deus para a doutrina cristã, a racionalidade segundo as novas concepções.

## **5 TEORIAS DO DIREITO POSITIVO**

Concepção diametralmente oposta aos conceitos do direito natural é aquela defendida pelos juspositivistas, que propõem um sistema jurídico que não sofra influências de movimentos sociais e concepções morais, considerando como norma válida apenas aquela editada pelo Estado.

Para a compreensão do direito positivo é preciso ter em mente a concepção filosófica denominada positivismo. Por essa razão, estudaremos em conjunto o contexto histórico das teorias positivistas e as teorias do direito positivo, já que é possível dizer que aquelas foram a mola propulsora destas.

Embora as concepções juspositivistas tenham ganho seus mais ferrenhos defensores a partir da segunda metade do século XIX, é possível encontrar entre os gregos alguns sinais

dessa teoria. Protágoras, filósofo que viveu entre 481 e 411 antes de nossa era, dizia que as leis feitas pelos homens são de caráter obrigatório, sem levar em conta seu conteúdo moral.

Após longos séculos de um sono profundo, a filosofia positiva seria de certa forma reafirmada por Maquiavel, Francis Bacon, por Thomas Hobbes (como já visto) e por Kant.

Todas essas concepções, que afirmavam o domínio da experiência sobre as concepções meramente metafísicas vieram a ter seu ápice na segunda metade do século XIX, com Augusto Comte (1798-1857). Este acreditava que o espírito humano devia se contentar com aquilo que já lhe era dado, considerando válido apenas o conhecimento obtido pela experiência, daquilo que pode ser de alguma forma percebido, posto que a essência das coisas jamais fosse conhecida por nós.

Como não nos é dado conhecer da essência das coisas, temos de nos contentar em obter conhecimento com base naquilo que podemos perceber; fazer experiências com coisas palpáveis, ou seja, por meio da ciência. As ciências que nos dão tal conhecimento, as chamadas ciências positivas, foram classificadas em: matemática, astronomia, física, química, biologia e sociologia. Comte acreditava que havia certas constantes e regularidades na sociedade, o que lhe permitiria formular leis da sociedade, tais quais as leis da física. O pai do positivismo dizia que todo o conhecimento e cultura humanos passavam por três estados: o divino, o metafísico e o científico, etapas assim explicadas por Nader:

Inicialmente, os fatos eram atribuídos à intervenção divina. Na etapa metafísica, o homem teria recorrido a entidades abstratas na justificação dos fenômenos. Finalmente, na etapa positiva, o conhecimento é explicado de acordo com os nexos de causalidade, mediante constatação da realidade. (NADER, 2008 p. 77)

Tais concepções ganharam uma força tamanha que acabaram transformando o positivismo numa religião, em que o único deus é o ser humano, e os cultos são feitos em adoração aos grandes homens do passado e do presente.

Por fim, cabe destacar que Comte acreditava que a transformação social deveria ser norteada pelos seguintes pilares: o amor por princípio, a ordem por base e o progresso por finalidade.

## **6 CORRENTES DO DIREITO POSITIVO**

O mundo jurídico sentiu fortemente essas transformações, sobretudo quando levamos em conta o combate que os juristas de então fizeram contra o idealismo (especialmente o de Hegel) e o racionalismo iluminista.

Em meados do século XIX surge uma corrente denominada historicismo, cujo maior expoente foi Savigny. O movimento historicista rebatia a ideia de que o homem nascia com certos caracteres fundamentais, absolutos e iguais; acreditava-se na diversidade dos seres humanos, que se tornavam diferentes na medida em que o clima, a raça e o momento histórico se faziam sentir sobre eles. Diziam que a história não podia ser construída pela razão ou por meio de cálculos; pensavam que justamente a ausência de razão é que movia o homem na construção da sociedade. Ao contrário dos iluministas, os historicistas exaltavam o passado, vendo com descrença a ideia de progresso da humanidade.

A primeira consequência dessas ideias para o direito é a negação da existência de um direito absoluto e imutável, já que não há por que querer que os seres humanos sejam iguais. Em segundo lugar, os defensores da corrente histórica, por não acreditarem no progresso da humanidade, viam, com certa desconfiança, as novas normas que iam surgindo, acreditando na prevalência do costume sobre a lei, constituindo uma verdadeira crítica às tentativas de codificação do direito empreendidas naquele momento.

Em 1804, a França apresentaria ao mundo uma nova tentativa de sistematizar o direito, por meio do Código de Napoleão. Foi um código criado com o objetivo de unificar o direito existente naquele país, já que no norte vigorava um direito costumeiro, enquanto que no sul vigorava um direito semelhante ao romano. A respeito dessa unificação, Paulo Nader escreve:

O direito francês não era uniforme nem favorecia aos anseios de segurança jurídica. O novo código, elaborado pelos eminentes magistrados Tronché, Portalis, Maleville e Bigot de Préaumeu, impôs-se à comunidade dos juristas tanto por sua forma esbelta quanto por sua aperfeiçoada disciplina das instituições. (NADER, 2008, p. 80)

Nesse sentido, surgiu a Escola da Exegese, que visava mais à promoção do código napoleônico do que a defesa de uma concepção positivista do direito. De qualquer modo, a escola da exegese foi importante para o desenvolvimento do positivismo jurídico.

Os exegetas acreditavam não existir outra fonte do direito que não fosse o Código de Napoleão, considerado perfeito e sem lacunas. Desse modo, o intérprete da norma deveria se valer apenas do Codex sem recorrer a outras fontes.

Entretanto, já no final do século XIX, a escola foi perdendo força, uma vez que, com o crescimento da Revolução Industrial e a complexidade das relações sociais, os códigos não eram mais capazes de preencher todas as lacunas do direito.

Na Alemanha, surgiu uma corrente com pensamento semelhante: a escola dos pandectistas. O nome dessa escola é uma alusão ao Digesto ou Pandectas, livro que compunha o Código Justiniano. Trata-se de um resumo de 1500, escritos de juristas romanos dispostos em 150 mil linhas. Desse modo, os pandectistas, por meio de pesquisas feitas à obra romana, buscaram criar leis positivas.

A influência dessa corrente foi sentida com força sobre o direito civil, sobretudo quando nos deparamos com noções de negócio jurídico e direito subjetivo. Entretanto, como assinala Orlando Gomes (1981, p. 244, citado por NADER 2008 p. 80): “[...] ao considerarem o direito apenas como sistematização de conceitos, os pandectistas incidiram em um agnosticismo cultural, deixando de considerar importantes elementos que devem participar na formação do direito.”

A Inglaterra, como é sabido, não possui tradição no direito escrito, vigorando a Common Law, um direito baseado no costume e na reiteração de decisões judiciais. Entretanto, isso não significa dizer que ela não nos tenha dado importante contribuição para a compreensão do direito positivo. Cabe destacar que, por óbvio, o pensamento dos juspositivistas ingleses não obteve grande sucesso em seu país de origem, propagando-se por países da Europa, América e na Índia.

Um dos mais importantes teóricos do juspositivismo inglês foi Jeremy Bentham. Este propôs que a positivação do direito anglo-saxônico passasse por três etapas. Em um primeiro momento, propõe uma reforma e uma reorganização sistemática do direito inglês. Em uma segunda etapa, propõe uma espécie de Digesto, uma compilação dos princípios basilares do direito. Finalmente, em uma terceira fase, propõe uma codificação, que reunisse direito civil, direito penal e direito constitucional.

Outro importante juspositivista foi John Austin (1790-1859), por meio da sua jurisprudência analítica. Ele concebeu o direito como um conjunto de normas que guiam seres inteligentes, normas feitas por um outro ser inteligente, mas superior: o soberano. Por terem sempre a chancela do Estado, Austin não concebia outra instituição superior a este, que sequer estava adstrito às normas que criava.

Na Itália dos últimos 25 anos do século XIX surge uma corrente denominada Positivismo Crítico, que tenta conciliar as concepções juspositivistas com o idealismo alemão, refutando, de certa forma, a ideia de que para se entender o direito não é necessário levar em conta seu conteúdo ético.

O maior expoente dessa corrente é Icilio Vanni (1855-1903). Ele defendia a tese de que a obrigatoriedade de uma norma deveria estar atrelada ao ordenamento jurídico vigente em um determinado local. Para ele, “a norma jurídica emergente deve ser considerada como último elo de uma corrente cujos elos precedentes constituem a ordem jurídica existente em uma certa comunidade.” (VANNI, 1904, p. 45 apud NADER, 2008, p. 81). Embora considerasse que a lei fosse obrigatória ainda que injusta, Vanni dizia que a ética exige que o direito contenha um certo grau de justiça.

Rudolf Stammler (1856-1938), seguindo a tendência neokantiana que se instalara a partir de 1860, procurou distinguir ideia de direito de conceito de direito, embora ambos estivessem no domínio da filosofia jurídica. Ideia de direito seria a avaliação que se faz do sistema jurídico local; o conceito de direito seria encontrado a partir dos pontos comuns entre os diversos ordenamentos jurídicos.

## **7 KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO**

Diversas foram as correntes do direito positivo, diversos foram os autores que tentaram eliminar noções metafísicas do mundo jurídico, mas nada se compara ao que fez o austríaco Hans Kelsen (1881-1973), que se tornou quase um sinônimo de direito positivo. Por meio de sua Teoria Pura do direito, ele tentou eliminar da ciência do direito (lembre-se: da ciência do direito, não da filosofia do direito, da sociologia, da política, etc.) tudo aquilo que não tivesse estrita ligação com a norma jurídica. É o que se pode extrair da seguinte afirmação encontrada na obra:

“Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação - menos evidente - de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.” (KELSEN, 1998, p. 50)



Destarte, o único objeto da ciência jurídica é a norma jurídica. A conduta humana só encontra lugar nesse campo de estudo na medida em que houver correspondência entre a conduta e o conteúdo de uma norma. A ciência jurídica tem por função descrever as relações entre as normas jurídicas e os fatos por elas determinados, por meio de proposições. Importante destacar essa diferenciação que Kelsen faz entre normas e proposições jurídicas:

“*Proposições* jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As *normas* jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. Mas não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder e competência.” (KELSEN, 1998, p. 51)

As normas, em si mesmas consideradas, não têm o condão de ensinar alguma coisa a alguém; na medida em que elas vão sendo escritas, transformam-se em proposições jurídicas.

Uma importante distinção que o austríaco faz entre ciências naturais e a ciência jurídica reside nos princípios pelos quais elas se orientam: aquelas se guiam pelo princípio da causalidade; esta se orienta pelo princípio da imputação. Tentaremos explicar de uma forma esdrúxula, mas válida, esses dois princípios.

Pelas leis da física, sabemos que a força da gravidade atua sobre nosso planeta, atraindo tudo para seu centro. Assim, se atirmos um objeto qualquer para cima ele cairá, pela força da gravidade. Aqui temos uma relação de causalidade: o objeto caiu porque recebeu influência da força da gravidade, que o atraiu para o centro. Imaginemos agora, que uma pessoa subtrai coisa alheia para si (crime de furto). Diferentemente do que ocorre com as ciências naturais, do fato de a pessoa ter subtraído coisa alheia não decorre que ela será punida com pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa. Tal decorre de uma norma jurídica (neste caso, o caput do art. 155 do Código Penal brasileiro), falando-se em princípio da imputação, já que graças à existência de uma norma é possível falar que quem furta deve ser (não significa que será) punido com pena de reclusão.

Kelsen sintetiza dizendo:

Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica - através de um ato de vontade, portanto - enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie. (KELSEN, 1998 p. 55)

Kelsen dizia que o estudo do direito seguia duas teorias: a teoria estática e a dinâmica, numa analogia com a teoria estática e a teoria dinâmica da sociologia, proposta por Augusto Comte. Pela teoria estática, os sociólogos estudavam a maneira como se organizava uma sociedade, as regras que seguia, os valores que mantinha; pela teoria dinâmica, estudavam-se as transformações que ocorriam naquela sociedade.

Transportando essa concepção para o mundo jurídico de Kelsen, veremos que a teoria estática do direito se preocupa com a análise do ordenamento jurídico de determinado povo em certo tempo, enquanto que a teoria dinâmica se preocupa em estudar as transformações que ocorrem naquele ordenamento, as normas que são criadas. As duas teorias devem estar interligadas, já que as novas normas devem seguir o processo de criação imposto por uma norma fundamental: a constituição.

Aí é que surge a hierarquia das normas jurídicas, já que uma norma inferior, para ser válida, precisava contar com a chancela de uma norma superior. Assim, no primeiro nível situa-se a constituição, norma fundamental que dá suporte às demais e estabelece diretrizes para serem criadas. Logo após, viriam as leis (no nosso atual ordenamento são as leis complementares e ordinárias) que estão subordinadas à constituição, sendo criadas para os fins que ela especifica. Em um plano inferior viriam os decretos.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista tudo o que foi exposto acerca das concepções jusnaturalistas e juspositivistas podemos ter uma ideia do intenso debate que vem sendo travado por seus defensores. É um debate que não se limita ao campo teórico. Quando analisamos o momento histórico da criação de determinada norma podemos perceber claramente a influência que a concepção dominante em determinada época exerceu sobre ela. As declarações de direitos do fim do século XVIII, por exemplo, sofreram influências eminentemente jusnaturalistas; já as correntes do direito positivo se fizeram sentir sobre as codificações surgidas a partir do século XIX até o início do século passado.

Este capítulo buscou trazer aspectos gerais das duas teorias, sempre levando em conta que a obra mais completa não será capaz de esgotar o assunto. Mas o que se pretende é fazer com que o jurista perceba que existe um caminho para muito além do texto da norma e permanecer atento a todas as questões que dizem respeito ao universo do direito.

## 9 REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Estudo sobre Hegel: Direito, Sociedade Civil, Estado**. 2. ed. São Paulo: Ed. da Universidade Estadual Paulista: brasiliense, 1995.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone Editora, 1996.

**Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=180>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

GOUVEIA, Alexandre Grassano F. **Direito Natural e Direito Positivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2003.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.