

O DIREITO NATURAL – POSITIVISMO JURÍDICO E A “POSITIVIDADE” DO DIREITO NATURAL

*Cléber Reis de Oliveira¹

RESUMO

O presente trabalho dedica-se a analisar o homem quando no estado natural, à luz da teoria jusnaturalista, titular de direitos denominados como naturais, tais como a vida, a propriedade e a liberdade. Os riscos que a permanência nesse estado oferecem à própria sobrevivência do homem e os motivos que o levam ao estado civil também são abordados, bem como a passagem do homem do estado natural para o estado civil e a questão da alienação de direitos naturais, no denominado contrato social. As formas de governo são vistas sumariamente, numa rápida conceituação de *Estado Democrático*, *Estado Aristocrático* e *Estado Monárquico*.

Palavras-chave: Direito natural, Positivismo jurídico, Estado Civil.

ABSTRACT

The present work aims to analyze man in his natural state, according to the jusnaturalist theory, as holder of rights called natural, such as life, property and freedom. This paper will also address the risks to man's own survival in remaining in the natural state and the reasons that lead him to the civil state. The passing of man from natural state to civil state and the issue of the alienation of natural rights, the so-called social contract is another studied point. The forms of government will be shown in a brief conceptualization of the Democratic State, the Aristocratic State and the Monarchic State.

Key words: Natural Law, Legal Positivism, Civil State.

1 INTRODUÇÃO

¹ Professor Assistente na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA/Gravataí. Doutorando em Direito pela Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina. Mestre em Direito Público. Pós-graduado em Direito Público. Advogado. Diretor da Prime Negócios Jurídicos. Ex-Diretor Adjunto-Substituto da Escola Superior da Advocacia. Endereço profissional: Rua Barão do Triunfo, número 419, conj. 402, Menino Deus, Porto Alegre – RS, Brasil. CEP: 90.130-100. Telefone (51) 3012-2550. e-mail: cleber@primenegociosjuridicos.com.br

O homem, ao longo dos tempos, entre acertos e desacertos, busca uma época de paz, de reflexão, de tolerância e de garantia da sua própria sobrevivência.

O atual cenário internacional, seja na Europa, seja nas Américas, vive uma constância de incertezas e desajustes que levam o homem a guerras e revoluções, internas e externas. Esses ajustes e desajustes, sem dúvida, permeiam interesses que não são novos e que há muito são debatidos por cientistas políticos, filósofos, etc.: liberdade, propriedade e a própria vida, *direitos* há muito perseguidos pelos homens.

Esses direitos, segundo a teoria filosófica do jusnaturalismo, são direitos naturais do homem, que transcendem a existência do Estado, devendo ser respeitados e garantidos pelo Governo, pois o fundamento para que o homem saia do estado natural em direção ao estado civil (positivismo) é exatamente a preservação desses direitos.

O Estado, independentemente da forma de governo, deve ser capaz de garantir aos súditos a preservação dos direitos herdados de Deus, sob pena de o homem preferir voltar ao estado natural, seja pela desobediência ou pelo desaparecimento do Estado devido ao seu perecimento.

Qual forma de governo, entre aquelas de maior relevo histórico (Democracia, Autocracia, Monarquia), é capaz de assegurar essas liberdades, ou mesmo, qual forma de governo é capaz de influenciar na garantia dessas liberdades? É questão que também merece debate.

De outro norte, sopesando todas as dificuldades que o Estado moderno tem enfrentado na condução de seus súditos; frente aos Governos que se dizem constitucionais, mas que na verdade se apresentam como os mais tiranos na história recente; frente às guerras externas que assolam povos inteiros justifica-se, novamente, a indagação: “qual o melhor governo, o das leis ou o dos homens?”.

Não temos, pois, a pretensão de responder a tais indagações, senão, trazer o debate sobre as idéias de tão brilhantes filósofos, que se dedicaram ao tema do direito natural e do positivismo jurídico.

2 O DIREITO NATURAL

A idéia de direito natural é um conceito híbrido, formado da conjunção de diferentes ciências que ao longo dos anos tentam estabelecer uma delimitação objetiva sobre o referido tema. Por certo que o presente ensaio não tem esse fim, portanto, buscamos em Rousseau (1996, p. 9) a idéia inicial do que seja o direito natural, quando já no início de sua obra *O contrato social* diz que “O homem nasceu livre e por toda parte ele está agrilhado. Aquele que se crê senhor dos outros não deixa de ser mais escravo que eles. Como se deu essa mudança? Ignoro-o. O que pode legitimá-la? Creio poder resolver esta questão”.

Também, em Rousseau (1996, p.10), a família é a única sociedade natural, ainda, assim, enquanto haja a dependência dos filhos para com os pais. A partir daí, ou a convivência cessa e com ele o vínculo natural, ou a convivência permanece, não mais como vínculo natural, e sim como voluntário. Vejamos:

A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a família. Ainda assim, os filhos só permanecem ligados ao pai enquanto necessitam dele para a própria conservação. Assim que essa necessidade cessa, dissolve-se o vínculo natural. Isentos os filhos da obediência que deviam ao pai, isento o pai dos cuidados que devia aos filhos, voltam todos a ser igualmente independentes. Se continuam unidos, já não é de maneira natural, mas voluntária, e a própria família só se mantém por convenção.

Deste direito natural surge uma das teorias mais debatidas do universo acadêmico, a chamada *Teoria dos direitos naturais, ou jusnaturalismo*. Essa teoria traz o direito natural como um direito superior e externo ao direito do estado, ou seja, o Estado não é absoluto; a vontade do príncipe não é ilimitada, mas encontra contornos não numa vontade posta ou dita (direito positivo), mas no indivíduo enquanto ser natural, *em todos os indivíduos*, independentemente de serem ou estarem organizados em sociedade. Esses direitos preexistem ao Estado e devem ser por ele respeitados e privilegiados. Bobbio (1995, p. 15-16) deixa muito clara essa idéia:

Segundo esta teoria, o poder do Estado tem um limite externo: que decorre do fato de que, além do direito proposto pela vontade do príncipe (direito positivo), existe um direito que não é proposto por

vontade alguma, mas pertencente ao indivíduo, a todos os indivíduos, pela sua própria natureza de homens, independentemente da participação desta ou daquela comunidade política. Estes direitos são os *direitos naturais* que preexistindo ao Estado, dele não dependem, e, não dependendo do Estado, o Estado tem o dever de reconhecê-los e garanti-los integralmente. Os direitos naturais constituem assim um limite ao poder do Estado, pelo fato de que o Estado deve reconhecê-los, não pode violá-los, pelo contrário, deve assegurar aos cidadãos o seu livre exercício. O estado que se modela segundo o reconhecimento dos direitos naturais individuais é o *Estado liberal*, no sentido originário da palavra.

Ocorre que mesmo o direito natural corre risco, pois segundo a visão de Locke e Hobbes, o estado natural não é suficiente, pois depende de indivíduos racionais, e nem todos os indivíduos o são. Assim, Bobbio (1995, p. 37) coloca que:

{...} Os homens, porém, não agem sempre como seres racionais; no estado de natureza, não havendo nenhum poder superior aos simples indivíduos, cada um é *juiz em causa própria*, e visa, quando seja ofendido, vingar a ofensa de maneira desproporcionada. Disso deriva que o estado de natureza, o qual deveria ser um estado de paz perpétua, transforma-se num estado de guerra. E é para sair do estado de guerra, no qual acaba por reinar somente a força, que os homens constituem o estado civil.

Vemos, então, que o próprio estado natural, que deveria ser a garantia de direitos individuais e primitivos do homem, acaba por escravizá-lo, pois no estado natural, não havendo uma *ordem na terra*, um *príncipe* capaz de impor os limites ao uso das liberdades naturais, prevalece o uso da força. Já foi dito por Aristóteles que os homens não são naturalmente iguais, nascem uns para a escravidão e outros para o domínio. Complementa Rousseau (1996, p. 11): “Se há, pois, escravos por natureza, é porque houve escravos contra a natureza. A força fez os primeiros escravos, sua covardia os perpetuou”.

Então, temos o estado natural como o estado no qual a força é a base do *direito* existente, porém inequívoco que serve apenas ao mais forte, enquanto nesta posição. Rousseau (1996, p.12-13) demonstra, inequivocamente, essa situação:

O mais forte nunca é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever. Daí o direito do mais forte, direito tomado aparentemente com ironia e na realidade estabelecido como princípio. Mas será que um dia nos explicarão essa palavra? A força é um poder físico; não vejo que moralidade pode resultar de seus efeitos. Ceder à força é um ato de necessidade, e não de vontade; é, quando muito, um ato de prudência. Em que sentido poderá constituir um dever?

Suponhamos por um momento esse pretenso direito. Digo que ele só resulta um galimatias inexplicável. Pois tão logo seja a força que gera o direito, o efeito muda com a causa; toda força que sobrepuja a primeira há de sucedê-la nesse direito. Tão logo se possa desobedecer impunemente, torna-se legítimo fazê-lo, e, como o mais forte sempre tem razão, basta agir de modo a ser o mais forte. Ora, o que é um direito que perece quando cessa a força? Se é preciso obedecer pela força, não há necessidade de obedecer por dever, e, se já não se é forçado a obedecer, também não já se é obrigado a fazê-lo. Vê-se, pois, que a palavra *direito* nada acrescenta à força; não significa, aqui, absolutamente nada.

Obedecei aos poderosos. Se isso quer dizer: “cedei à força”, o preceito é bom, mas supérfluo: afirmo que jamais será violado. Todo poder de Deus, reconheço-o, mas também todas as doenças. Significa isso que não se deve chamar o médico? Quando um bandido me ataca num canto do bosque, não só preciso forçosamente entregar-lhe minha bolsa, mas também, caso pudesse salvá-la, estaria obrigado, em sã consciência, a entregá-la? Afinal, a pistola que ele empunha é também um poder.

Convenhamos, pois, que a força não faz o direito, e que só se é obrigado a obedecer aos poderes legítimos. Assim, minha pergunta inicial permanece de pé.

Por certo que o homem logo verifica que o *direito natural* não é um direito que lhe basta, que lhe traga a paz em que pretende viver. Alienar parte desse direito que já não lhe basta, para buscar uma convivência harmônica e a esperada paz, é menos do que alienar a totalidade de sua liberdade, submetendo-se a um *direito de força*, pois “renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres”, como diz Rousseau (1996, p. 15).

Surge daí a necessidade ‘natural’ de sobrevivência do homem, e este passa a entender que é necessário sair do estado de guerra permanente em que se encontra e buscar uma forma harmônica de convivência em sociedade, preservando o bem maior que o estado natural lhe deu – a vida. Essa necessidade de passagem do *estado natural* para o *estado civil* está claramente descrita em Rousseau (1956 apud DURKHEIM,

1992, p. 351):

Quando as causas que impedem a conservação do homem no estado natural se desenvolveram além de um certo ponto, é preciso, para que possamos nos manter, que sejam neutralizadas por causas contrárias. É, então, necessário que um sistema de forças, assim constituído, que aja nesse sentido; e como essas forças não são dadas na natureza, só podem ser obra do homem. Mas “como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e dirigir as que existem, elas não têm outro meio de se conservar senão formando, por agregação, um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, empregando-as por um só motivo e levando-as a agir de acordo. Essa soma de forças só pode nascer da colaboração de vários” (*Contrato, I, 6*). O que leva a dizer que sua *sociedade constituída* é o único meio onde o homem pode viver, uma vez que o estado natural tornou-se impossível.

A transição de um estado a outro, segundo Locke (1690 apud BOBBIO, 1995, p. 38), não ocorre somente para a preservação da vida. O homem também visa a conservar o direito de propriedade, que é outro direito que o estado natural lhe concedeu.

A propriedade como um direito natural é uma característica da doutrina de Locke, que assim é identificado como um representante do estado burguês. Entender a propriedade como um direito natural é concebê-la como um direito inerente ao homem, independentemente da existência do estado, derivada unicamente do seu trabalho e, portanto, precede qualquer lei.

Outro valor máximo do direito natural, este relatado por Kant (1797 apud BOBBIO, 1995, p.73) é a liberdade. “O direito natural fundamental pelo qual esta concepção é reforçada *o direito à liberdade*”. Em Kant, o conceito de liberdade é o mesmo que justiça e esta teoria é *considerada como um dos fundamentos teóricos do estado liberal*.

Ainda, em Kant (1797 apud BOBBIO, 1995, p.78), liberdade é o mesmo que justiça, como dito antes. A liberdade (externa) limitada pela presença da liberdade de outro representa o direito. O direito, que é sinônimo de justiça, pressupõe coerção², logo poderemos falar de uma situação contraditória que é justiça e força. Kant não deixa a

² Para Kant, o direito pressupõe coerção, na concepção moderna que divide direito e moral, cuja expressão máxima é Cristiano Thomasius. Para Kant, a noção de direito é estritamente ligada à noção de coação.

questão sem resposta:

É verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um ser livre, pode acontecer que alguém *transgrida os limites* que me foram dados. Mas, uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera do outro, torno-me uma *não-liberdade* para o outro. Exatamente porque “o outro é livre como eu, ainda que com uma liberdade limitada, tem direito de repelir o meu ato de não-liberdade”. Pelo fato que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta apresenta-se como um *ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não-liberdade do outro*, e portanto, - uma vez que duas negações afirmam -, como um ato restaurador de liberdade. A coação é, pois, um conceito antitético com relação à liberdade, mas enquanto surge como remédio contra uma não-liberdade anterior, é negação e, então, afirmação. Portanto, ainda que seja antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade.

Ainda, quanto à visão Kantiana (1788, TINANT, 2007, p.27) de liberdade, esta é autodeterminação. Nesse sentido:

Quizá entonces debamos acudir a Kant (“Crítica de la razón práctica”, 1788), cuando precisa que, mientras el “*hombre-individuo*” se encuentra determinado, prefijado en el ser, la *persona* resulta del ejercicio de la *libertad*, que la hace capaz de obrar éticamente. Ser libre es seguir lo que la misma razón se ha autolegislado (capacidad de autogobernarse). La libertad es la autonomía de la voluntad en cuanto buena voluntad que, guiada por la razón, es independiente de toda motivación empírica y de las consecuencias que se siguen de ella.

Essa *antítese* apontada por Kant justifica a afirmação antes feita de que a sua teoria é a inspiração do estado liberal, pois o direito, revestido de coerção, que está presente no estado liberal, são os limites impostos à liberdade natural, de forma regrada e positivada.

Nesta senda, o homem passa a percorrer um caminho que o levará do estado natural ao estado civil, pois tem visualizado os obstáculos da permanência nessa situação, que o levariam ao perecimento e autoextinção.

A questão de difícil solução é a transposição de um estado para o outro sem, contudo, perder as garantias e liberdades do estado natural, por mais que estas estejam

ameaças por sua própria origem.

O caminho indicado em Rousseau (1996, p. 20-21) é o *contrato social*:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social.

(...)

Enfim, cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde é mais força para conservar o que se tem.

Se, pois, retirarmos do pacto social o que não é de sua essência, veremos que ele se reduz aos seguintes termos: *Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo.*

É com essa visão de alienação de direitos, sem que haja perda dos mesmos, ou seja, como uma troca de elementos sociais e de direitos naturais, por direitos do outro, da mesma geração e valor, portanto, numa espécie de *contrato consigo mesmo*, que o homem parte do *status naturalis* para o *status civilis*.

3 O ESTADO CIVIL – Positivismo jurídico

Como dito alhures, o homem migra de um estado natural para o estado civil pela necessidade de sua própria sobrevivência, pela conservação da espécie e das liberdades conseguidas no estado natural, ainda que aliene parte dessas liberdades, pelo menos as tidas como externas. Nesse sentido, Rousseau (1762 apud DENT, 1996, p.157-158) esclarece:

É a absoluta soberania da própria pessoa na condução de suas ações, sem ter que dar conta natural que caracteriza todos os homens indistintamente. É claro, porém, que alguém pode de ação em

consequências de reveses naturais ou de dificuldades (desde que não seja produzida por poder humano ou negligência) em ganhar a vida. São, de fato, as limitações à liberdade desta última espécie as que forçam as pessoas, segundo Rousseau (CS I, cap.6; OC III, 360), a juntar-se em associações materiais e civis a fim de, reunindo suas forças e qualificações, superar esses obstáculos. Mas logo que se associam por essa razão, torna-se crucial a questão da retenção de sua própria soberania, de sua liberdade natural.

A menos que haja uma perfeita, mais ou menos espontânea coincidência nos planos e ações que cada membro propõe para a ação combinada de todos, terá que existir forçosamente alguma transigência mútua ou limitação da vontade individual para se chegar à execução dos planos que a ação concertada requer. Um procedimento (formal ou informal) é requerido para a realização de uma finalidade e de uma estratégia comum, o qual não pode ser planejado por uma só pessoa não responsável. Se isso assim fosse, a todos os demais seria negado campo para o exercício de seu próprio julgamento. Teriam renunciado à sua própria liberdade.

Para os jusnaturalistas, essa transição do estado natural para o estado civil decorre de um *contrato originário*, somente através do qual será possível constituir uma comunidade, (KANT, 1797 apud BOBBIO, 1995). A diferença entre Kant e Rousseau, quando abordam a passagem de um estado para o outro, é que Kant acredita que o *contrato originário* ocorre através de uma *idéia da razão*, enquanto Rousseau acredita que o contrato social é um fato histórico, algo formal, pensado, porém adverte que o estado natural não existiu na forma pura como pensado por Locke, mas degenerado de um estado de corrupção. Para ilustrar essa diferença, transcrevemos o seguinte trecho da obra de Kant (1797 apud BOBBIO, 1995, p. 124-125):

Mas esse contrato (chamado *contractus originarius* ou *pactum sociale*), como união de todas as vontades particulares e privadas de um povo numa vontade comum e pública (para os fins de uma legislação simplesmente jurídica), não é necessário pressupô-lo *como um fato* (como tal nem seria possível), como se, para que nos considerássemos ligados a uma constituição civil já estabelecida, fosse necessário primeiro ser demonstrado pela história que um povo (cujos direitos e cujas obrigações nós, como descendentes, teríamos herdado) precisasse *uma vez* ter cumprido realmente um tal ato e precisasse ter deixado para nós testemunho escrito e oral. Esse contrato é, pelo contrário, uma simples *idéia da razão*, mas que tem sem dúvida a sua realidade (própria): ou seja, a sua realidade consiste em obrigar cada legislador a fazer leis como *se estas precisassem*

derivar da vontade comum de todo um povo e em considerar cada súdito, uma vez que quer ser cidadão, como se ele tivesse dado o seu consenso para uma tal vontade.

No mesmo sentido, transcrevemos trecho da obra de Rousseau (1996, p. 24-25), que deixa clara a sua visão sobre o contrato social, conforme delineado acima:

Com efeito, cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular oposta ou diversa da vontade geral que tem como cidadão. Seu interesse particular pode ser diferente do interesse comum; sua existência absoluta e naturalmente independente pode levá-lo a considerar o que deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda será menos prejudicial aos demais do que será o pagamento oneroso para ele; e, o considerando a pessoa moral que constitui o Estado como um ente de razão, pois que não é um homem, gozará dos direitos do cidadão sem querer cumprir os deveres do súdito – injustiça cujo progresso redundaria na ruína do corpo político.

A fim de que o pacto social não venha a constituir, pois, um formulário vazio, compreende ele tacitamente esse compromisso, o único que pode dar força aos outros: aquele que se recusar a obedecer à vontade geral a isso será constrangido por todo o corpo – o que significa apenas que será forçado a ser livre, pois é esta a condição que, entregando à pátria cada cidadão, o garante contra toda dependência pessoal, condição que configura o artifício e o jogo da máquina política, a única a legitimar os compromissos civis, que sem isso seriam absurdos, tirânicos e sujeitos aos maiores abusos.

Antes de prosseguirmos na análise do direito positivo, é importante consolidar a distinção que a filosofia traça entre este e o direito natural. Nesse passo, julgamos indispensável a obra de Bobbio (1995a, p.19):

Segundo Abelardo, então, o direito positivo “*illud est quod ab hominibus institutum*”: isto é, a sua característica é de ser posto pelos homens, em contraste com o direito natural que não é posto por esses, mas por algo (ou alguém) que está além desses, como a natureza (ou o próprio Deus).

Essa distinção entre direito natural e direito positivo se encontra em todos os escritores medievais: teólogos, filósofos, canonistas. Na *summa theologica* (I, a II. ae, q. 90) de Santo Tomás, por exemplo, há uma extensíssima dissertação relativa aos diferentes tipos de lei. O autor distingue quatro, a saber: a “*lex aeterna*”, a *lex naturalis*, a *lex humana* e a “*lex divina*”. Esquecendo-nos da primeira e da quarta

dessas categorias (a *lex aeterna* e a *lex divina*) que não nos interessam aqui, consideramos a *lex naturalis* e a *lex humana*: tais leis correspondem a distinção entre direito natural e direito positivo; em verdade Santo Tomás não chama positiva a *lex humana* apenas porque também a *lex divina* é positiva.

A *lex naturalis* é definida pelo filósofo como:

Partecipatio legis aeternae in rationali creatura.

A *lex humana*, continua ele, deriva da natural por obra do legislador que a põe e a faz valer, mas tal derivação pode ocorrer segundo dois diferentes modos, ou seja, *per conclusionem* ou *per deperminationem*.

Devemos, ainda, fazer deferência a Hobbes, em especial a sua obra fundamental - *Leviathan* (1651), na qual defende a salvação do Estado através de um poder capaz de dominar com ampla autoridade todas as lutas e paixões individuais.

Del Vecchio (1979, p. 92), anota que, para Hobbes, “todos os homens deverão despojar-se do seu direito originário, e conferi-lo a um soberano que imponha a lei e decrete o justo e o injusto, o lícito e o ilícito”, idéia nitidamente positivista.

A proposta apresentada para as hipóteses das lacunas da lei demonstra a hibridez dos pensamentos de Hobbes (1651 apud BOBBIO, 1995, p. 43):

Uma vez que é impossível promulgar leis gerais com as quais se possa prever todas as controvérsias a surgir, e são infinitas, evidencia-se que, em todo caso não contemplado pelas leis escritas, se deve seguir a lei da equidade natural, que ordena atribuir a pessoas iguais coisas iguais; o que se cumpre por força da lei civil, que pune também os transgressores materiais das leis naturais, quando a transgressão aconteceu consciente e voluntariamente.

Fica claro que Hobbes, apesar de ser um jusnaturalista, anuncia o positivismo, deixando muito clara essa *previsão*, quando diz que: “Direito é o que aquele ou aqueles que detêm poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando, em público e em claras palavras, que coisas eles podem fazer e quais não podem.” (HOBBS, 1651 apud BOBBIO, 1995, p. 36).

Nessa fase, então, a mudança maior fica por conta da sistematização, justificada para resgatar a segurança jurídica, tão prejudicada pela total ausência de normas no direito natural.

A partir daí, os direitos naturais, tais como à liberdade, à vida, à propriedade etc., passaram a ser positivados, pois como o direito positivo não pode contrariar aqueles, nada mais comum do que, então, positivá-los como forma de preservá-los. Isso fica muito evidenciado em Rousseau (1996, p. 41):

Qualquer que seja a via pela qual se remonte ao princípio, chega-se sempre à mesma conclusão, a saber: o pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos que todos eles se comprometem sob as mesmas condições e devem gozar dos mesmos direitos. Assim, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, todo ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece igualmente todos os cidadãos, de sorte que o soberano conhece somente o corpo da nação e não distingue nenhum daqueles que a compõem. Que é, pois, propriamente, um ato de soberania? Não é uma convenção do superior com o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros: Convenção legítima porque tem como base o contrato social, equitativa porque comum a todos, útil porque não pode ter outro objeto senão o bem geral, e sólida porque tem garantia a força pública e o poder supremo. Enquanto os súditos só estiverem submetidos a tais convenções não obedecem a ninguém, mas apenas a sua própria vontade; e perguntar até onde se estendem os respectivos direitos do soberano e dos cidadãos é perguntar até que ponto estes podem comprometer-se consigo mesmos, cada um com todos e todos com cada um.

Esse processo foi denominado de “positivação do direito natural”, a integração dos “direitos naturais” como normas, no sentido de direito positivado. Temos, aí, a grande contribuição do Direito Natural ao positivismo jurídico.

3.1 Formas de governo

O homem, ao optar pela positivação das leis como forma de sobrevivência, tem de eleger um Estado que possa *dirigir* essa normatização.

A partir daí surgem novos debates e novas doutrinas. No presente trabalho, não será abordado a questão das formas de governo, muito menos as teorias que as justificam, pois é preferível tratar, em seguida, mesmo que de forma sumária, a questão do *governo dos homens* e o *governo das leis*, que traduz a clássica pergunta “Qual o

melhor governo, o das leis ou o dos homens?”. Assim, quanto às formas de governo, apenas adentraremos na visão de governo *absolutista* de Hegel, para não dizer *totalitarismo*, e as demais formas de governo, conforme conceito de Rousseau.

Definir que Hegel seja um absolutista ou não, não vimos como o foco do presente estudo, mas, sim, expor a idéia de Estado conforme sua filosofia. Nesse sentido, para Hegel (1952 apud BONAVIDES, 1996, p.129): “O Estado é a realidade da idéia moral (“Der Staat ist die Wirklichkeit der sittlichen Idee”)”. Ainda, segue Bonavides (1996, p. 129):

Acima do Estado só o absoluto. Ou, noutro passo, não menos afamado: O Estado corresponde à revelação divina, a um Deus visível. E textualmente: “todos os valores humanos, toda a realidade espiritual do Homem reside no estado, que ele deve adorar como divindade terrena”.

Como vemos, Hegel eleva o Estado a um Deus que tem poder absoluto sobre o povo, mesmo que justifique esse poder, em razão de o Estado ser a própria vontade do povo. Diz Hegel (1952 apud BONAVIDES, 1996, p.129): “Na idéia do Estado, não se deve ter em vista Estados particulares, nem instituições especiais: deve-se antes ter em conta a Idéia, esse verdadeiro Deus”.

Preferimos, ressalvadas as respeitáveis opiniões contrárias, como se vê em Bonavides (1996, 128), relacionar Hegel aos que entendem o Estado como um corpo, necessariamente totalitário, até para que essa filosofia sobre Estado não seja vista como algo a ser justificado.

Prosseguindo, em Rousseau (1996, p.81) verifica-se uma objetiva conceituação das formas de governo, não sendo, como dito antes, esse tema o foco deste estudo. Portanto, há de se contentar com a seguinte passagem:

O soberano pode, em primeiro lugar, confiar o governo a todo o povo ou à maior parte do povo, de modo que haja mais cidadãos magistrados que simples cidadãos particulares. Essa forma de governo denomina-se *Democracia*.

Ou então pode confinar o governo nas mãos de um pequeno número, de sorte que haja mais simples cidadãos que magistrados, e essa forma de

governo recebe o nome de *Aristocracia*.

Pode, enfim, concentrar todo o governo nas mãos de um magistrado único, de quem os demais recebem o seu poder. Essa terceira forma é a mais comum e denomina-se *Monarquia* ou governo real.

Quanto à melhor forma de governo, é questão que ultrapassa as gerações sem que se tenha uma resposta adequada e que se justifique cientificamente. Talvez, a assertiva seja a do próprio Rousseau (1996, p.82): “Muito se discutiu, em todos os tempos, sobre a melhor forma de governo, sem levar em consideração que cada uma delas é a melhor em certos casos e a pior em outros”.

3.2 Governo dos homens e Governo das leis

A colocação do presente tema, como já mencionado, dá-se sobre a ótica do *modo de governar* e não quanto à *forma de governo*.

Como diz Bobbio (1997, p. 152), essa questão “precede uma outra distinção: aquela entre bom e mau governo. Mas pode ser de fato reformulada do seguinte modo: “bom governo é aquele em que os governantes são bons porque governam respeitando as leis, ou aquele em que existem boas leis porque os governantes são sábios?”.

Ao introduzir o tema do governo dos homens e o governo das leis, temos que citar o texto de Platão, que se coloca a favor do primado do governo das leis, trazido por Bobbio (1997, p. 152):

Chamei aqui de servidores das leis aqueles que ordinariamente são chamados de governantes, não por amor a novas denominações, mas porque sustento que desta qualidade dependa sobretudo a salvação ou a ruína da cidade. De fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades” (Leis, 715d).

O contraponto é feito por Aristóteles, também citado por Bobbio (1997, p. 153):

“Mas o melhor de tudo, parece, não é que as leis contem, mas que conte, bem mais, o homem que tem entendimento, o homem régio!” Segue, ainda, no mesmo texto, Bobbio (1997, p. 153) com outra citação de Aristóteles: “Porque a lei jamais poderá prescrever com precisão o que é melhor e mais justo para todos, compreendendo aquilo que é mais conveniente”. Conclui com exemplo que em Aristóteles é sempre comum:

Do mesmo modo que o timoneiro, estando sempre em defesa do que é útil para a nave e os navegantes, sem necessidade de leis escritas mas tendo por norma apenas a arte, acaba por salvar os companheiros de nave, assim e deste modo, será que não seria possível, da parte daqueles que têm tal atitude ao governar, emergir uma correta forma de governo, graças à força da arte, que é superior à força das leis?”(296e)

Evidentemente que cada filósofo, ao expor a sua respeitável teoria, tende por negar a forma contrária. Nessa visão, não é compatível um governo *misto*, sendo uma forma excludente da outra.

É preciso que se diga que, no governo das leis, o corpo jurídico está adstrito aos escritos legais, exercendo o poder limitado às regras gerais e abstratas contido na lei.

O governo dos homens, em toda a história, é relatado como um governo *paternalista* ou como uma *grande família*, e surge sempre por meio de momentos históricos de exceção, como as grandes revoluções. Conforme bem ilustra Bobbio (1997, p. 162):

Tal como o pai (ou o patriarca ou o patrão), o rei, concebido como o chefe de uma família *in grande*, é levado a exercer o poder não à base de normas preestabelecidas e mediante normas gerais e abstratas, mas à base de sabedoria e mediante disposições dadas de vez em vez, segundo as necessidades e as carências, das quais apenas ele é o intérprete autorizado. Os vínculos que unem o pai ou o patrão aos membros do grupo familiar não são jurídicos mas éticos ou, no extremo oposto, estão fundados meramente sobre a força. Enquanto sociedade de desiguais – a mulher (ou as mulheres, na família poligâmica) com respeito ao marido, os filhos com respeito ao pai, os escravos com respeito ao patrão -, a sociedade familiar, e com ela o estado quando concebido como uma família, não se submetem à força igualizadora da lei, apoiam-se sobre a justiça caso por caso que sobre a justiça legal. A equidade, enquanto justiça do caso concreto, pode

ser redefinida como a justiça do homem em contraste com a justiça da lei.

A filosofia não tem como característica apontar o certo ou o errado, o pior ou o melhor; e não seria diferente nesse caso, porém, manifestações, mesmo que subliminares, desenham um governo mais *alinhado* como sendo o governo das leis. Nesse sentido Bobbio (1997, p. 155):

Todo o pensamento político medievo está dominado pela idéia de que bom governante é aquele que governa observando as leis de que não pode dispor livremente porque o transcendem, como são as proclamadas por Deus ou as inscritas na ordem natural das coisas, ou ainda as estabelecidas como fundamento da constituição do estado (as leis, exatamente, “fundamentais”). No *De legibus et consuetudinibus Anglie*, Henri Bracton anuncia uma máxima destinada a se tornar o princípio do estado de direito: “Ipse autem rex non debet sub homine sed sub deo et sub lege quia lex facit regem”. Não se podia enunciar com maior força a idéia do primado da lei: não é o rei que faz a lei mas a lei que faz o rei. Na concepção dinâmica do ordenamento jurídico dos modernos (“dinâmica” no sentido da teoria normativa de Kelsen), pode-se traduzir a máxima de Bracton na afirmação de que o soberano faz a lei apenas se exerce o poder com base numa norma do ordenamento e é, portanto, soberano legítimo; e exerce o poder de fazer as leis (ou seja, as normas válidas e vinculatórias para toda a coletividade) dentro dos limites formais e materiais estabelecidos pelas normas constitucionais, não sendo portanto, tirano (no sentido da tirania “ex parte exercitii”).

Vale destacarmos que, no estado moderno, a doutrina constitucionalista está baseada num estado *sub lege*, que nada mais é que uma distinção feita pela filosofia sobre o governo das leis, classificando-o como um estado *sub lege* ou *per lege*. Enquanto aquele é o exercício do poder segundo as leis preestabelecidas; este é o poder legislativo, é fazer as leis, é escrever a constituição.

Ao cabo, nos filiamos a Bobbio para dizer, sem exaltação, que preferimos o governo das leis ao governo dos homens, e fizemos essa opção com o mesmo sentimento que o faz Bobbio (1997, p. 171):

O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras

do jogo) para a solução dos conflitos democráticos se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento, mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.

Feitas essas reflexões, resta dizer que, apesar das turbulências dos governos atuais, tem-se no Estado constitucional, portanto, democrático e representativo do Governo das leis, a única alternativa pacífica de mediação de conflitos.

4 CONCLUSÃO

Vimos no presente texto que os debates sobre o direito natural e o direito civil (positivismo jurídico) não são meras divagações filosóficas, mas efetivamente contribuem para a formação e legitimação do Estado moderno.

A passagem do homem do estado de natureza para o estado civil se dá, essencialmente, pela necessidade de sobrevivência e, depois, para garantir as liberdades que lhe são inerentes no estado natural, as quais se encontram ameaçadas pela ausência de regras, ou melhor, pela prevalência de uma única regra - a força.

Esse estado só é interessante, evidentemente, para aquele que se mostra detentor na força maior, porém, mesmo para este o direito é relativo, pois basta que outro reúna uma condição de força superior à sua, para que, então, seja desprovido de suas liberdades e o novo *patrão* exerça seu reinado, até que um novo surja mais forte e assim sucessivamente.

A intranquilidade e *injustiça* desse *direito* provocam a ida do homem para o estado positivado, no qual as regras sejam claras e determinadas e o *soberano* exerça o poder, limitado a essas regras.

O homem faz essa transição, como muito bem explicitado pelos filósofos citados, alienando parte de suas liberdades em troca da liberdade do outro e, assim fazendo, não

aliena nada, mas, em verdade, garante a sua própria liberdade, na mesma medida daquilo que alienou, através do *contrato social* (ROUSSEAU, 1996).

Sendo assim, concluímos que o homem não está na sociedade de forma gratuita; é titular de direitos, na mesma proporção daquilo que cedeu, e de deveres, na mesma proporção dos direitos adquiridos.

E o Estado? O Estado, entendemos estar nessa relação como mediador, é quem faz a troca entre os direitos doados e os direitos recebidos por cada cidadão. Ou seja, a função do Estado é de mediar e medir as liberdades e as garantias *negociadas*. Evidentemente que isso nos remete ao entendimento de que o Estado não tem significado em si, mas está para servir ao povo e pelo povo. Não existe razão para a existência do Estado, senão garantir o bem de seus súditos. O interesse do Estado deve coincidir com os interesses dos indivíduos (BOBBIO, p. 133).

Pensamos, talvez prematuramente, que a forma de governo não é determinante para que o Estado realize sua função como inventado, apesar de, entre aquelas relacionadas por Rousseau (1996, p.18), preferirmos Democracia à Aristocracia ou à Monarquia. Acreditamos que o principal está no *modo de governo*. Este, sim, é determinante na condução do Estado ao fim para o qual foi criado: o de realizar a vontade dos seus súditos.

O governo das leis, como já anunciado, é aquele que se mostra capaz de exercer, de forma fiel, os deveres do Estado, pois, estando as leis à imagem de seu povo, e estando o *Príncipe* obrigado à sua observância e limitado aos seus mandos, a vontade do Príncipe será a vontade do seu Povo.

Por certo que não estamos aqui ignorando as dificuldades do Estado moderno em cumprir o papel que lhe foi confiado, como já alertamos na introdução ao presente texto, porém, é sempre importante lembrarmos que a ciência deve preocupar-se muito mais com o dever-ser.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**.
Tradução de Alfredo Fait. – 3ª ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília,

1995.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – 1ª ed. – São Paulo: Ícone, 1995a.

_____. **O Futuro da Democracia**; Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. – 6ª ed. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. – 6ª ed. – São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia de Direito**. - 5ª ed. - Coimbra: Armênio Amado Ed., 1979.

DENT, N.J.H. **Dicionário Rousseau**. Tradução Álvaro Cabral; revisão técnica. Renato Lessa. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zhar Ed., 1996.

QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa Sadek R. de. **O pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau. Organização, introdução e notas de Célia Galvão Quirino, Maria Teresa Sadek R. de Souza. – 1ª ed. – São Paulo: T. A. Queiroz, 1992. (biblioteca básica de ciências sociais; sér. 2: textos; v. 2).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato social**; Tradução Antonio de Pádua Danesi. – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996.

TINANT, Eduardo Luis. **Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos**. – 1ª ed. – Buenos Aires: Dunken, 2007.