

JUSNATURALISMO E JUSPOSITIVISMO – I

a) Jusnaturalismo – Direito Natural:

- Segundo esta corrente do pensamento jurídico uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça;
- O que é o justo? Dizem os jusnaturalistas que o justo é tudo que existe em termos de ideal do bem comum;
- Ao se indagar se uma norma é justa ou injusta, equivale indagar se a norma é apta a produzir valores que historicamente imprimiram realizações a determinados ordenamentos jurídicos;
- Deve-se comparar o que existe no mundo real e no mundo ideal, para saber se a norma é justa ou injusta. Assim se uma lei nega a vontade da justiça, deve ser afastado o seu caráter jurídico. Ex.: uma lei que nega direitos às pessoas;
- Reconhece-se como Direito unicamente o que é justo;
- A teoria do Direito Natural é aquela que se considera capaz de estabelecer o que justo e o que é injusto de modo universalmente válido. A partir deste pressuposto é possível indagar se esta pretensão tem fundamento entre os diversos seguidores do Direito Natural, em relação ao que se considera justo ou injusto? A resposta é não. Para Kant a liberdade era natural, mas para Aristóteles era natural a escravidão. Para Locke era natural a propriedade individual, enquanto para Campanella e Winstanley a instituição mais adequada é a comunhão de bens;
- Se o justo e o injusto não é universal, a quem compete estabelecer o que é justo e injusto? a) aqueles que detêm o poder, e neste caso se estabelece a certeza do Direito, mas se converte para a doutrina oposta (Juspositivismo); b) a todos os cidadãos, mas como os critérios de justiça são diversos, aqueles que desobedecerem a lei porque a julgam injusta, os governantes nada poderiam objetivar, e a segurança da vida civil estaria comprometida ou destruída;
- Está no Direito Natural tudo aquilo o que é regido pelas leis naturais e, portanto, distinto do Direito Positivo, e é inegável que sua idéia, ainda que ilusória ou utópica tem contribuído para o desenvolvimento jurídico, até como ideal revolucionário ou de conservadorismo. Como o pensamento de Rousseau (Contrato Social) para fundamentar uma democracia radical, fundada na doutrina da bondade natural dos homens;
- Do Direito Natural originam-se os princípios gerais do Direito, comuns a todos os ordenamentos jurídicos, como o direito à liberdade; ao alimento; ao vestuário; à moradia; à constituição de família; à honra. Mesmo sem aceitar a idéia do Direito Natural, é possível reconhecer que as normas jurídicas não podem ser elaboradas com desprezo de dados naturais que se impõem à consciência ética ou científica de todos. Está na natureza das coisas que as crianças não possam casar ou firmar contratos válidos; que o menor de tantos anos não seja imputável.

b) Juspositivismo – Direito Positivo:

- Para os Jusnaturalismo uma norma não é válida se não é justa. Para o Juspositivismo uma norma é justa se for válida, ou seja, se existe ou não como regra jurídica dentro de um determinado sistema jurídico, assim ela deve: a) ser emanada de autoridade competente ou autorizada; b) está em vigor; c) ser compatível com outra;

- Na doutrina política de Thomas Hobbes iremos encontrar um exemplo do positivismo jurídico, onde não existe outro critério do justo ou injusto fora da lei positiva ou do comando do soberano. Para ele, no estado de natureza, como todos estão à mercê dos próprios instintos, não há lei que determine a cada um o que é seu, uma vez que todos têm direitos sobre todas as coisas e nasce a guerra de todos contra todos e que assim é necessário sair deste estado, e, para tanto, os homens devem pactuar entre si, renunciando aos direitos que têm in natura (de decidir cada um segundo os próprios desejos e interesses; aquilo que é justo ou injusto) e transmiti-los a um soberano. Deverão, portanto, transmitir todos os seus direitos naturais ao soberano, bem como o direito de decidir o que é justo ou injusto. Assim, uma vez constituído o estado civil, o critério do justo ou injusto será o da vontade do soberano. Para Hobbes, a validade de uma norma jurídica e a justiça dessa norma não se distingue, porque a justiça e a injustiça nascem juntas com o direito positivo, isto é junto com a validade. Quando surge o Estado nasce a justiça, mas esta nasce ao mesmo tempo com o Direito Positivo, de modo que, onde não há direito não há, também, justiça, e onde existe justiça, significa que existe um sistema constituído de Direito Positivo, assim enquanto se permanece no estado de natureza não há direito válido, mas tampouco há justiça;

- Qual a consequência da aceitação da teoria hobbesiana, a qual tem um significado ideológico do poder absoluto? A redução da justiça à força, uma vez que não existe critério do justo ou injusto além do comando do soberano, ou seja, o que agrada ao mais forte, uma vez que o soberano se não é o mais justo entre os homens, certamente é o mais forte, e permanecerá soberano não enquanto for justo, mas enquanto for o mais forte;

- Existem comportamentos humanos que obedecem a certas regularidades ou constâncias, e, assim, dadas certas circunstâncias, é possível prever certos comportamentos e que a vida em sociedade, apesar de sua contínua mudança, apresenta relações estáveis e regulares permitindo uma representação antecipada do que vai ocorrer. O Direito surge como ciência, quando se constatou existir na sociedade tipos de conduta, e com isto foi possível estabelecer uma visão antecipada dos comportamentos prováveis, estabelecendo-se modelos jurídicos, e, desta forma pode ser discriminado e classificado como lícitos ou ilícitos, facultativos ou obrigatórios determinados comportamentos do homem.