

### 1. O DIREITO COMO ORDENAMENTO NORMATIVO COATIVO (BOBBIO)

**Texto:** “Entre os múltiplos significados da palavra direito, o mais estreitamente ligado à teoria do Estado ou da política é o Direito como ordenamento normativo. Esse significado ocorre em expressões como ‘Direito positivo italiano’ e abrange o conjunto de normas de conduta e de organização, constituindo uma unidade e tendo por conteúdo a regulamentação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social, tais como as relações familiares, as relações econômicas, as relações superiores de poder, também chamadas de relações políticas e, ainda a regulamentação dos modos e das formas através dos quais o grupo social reage à violação das normas de primeiro grau ou a institucionalização da sanção. Essas normas tem como escopo mínimo o impedimento de ações que possam levar à destruição da sociedade, a solução dos conflitos que a ameaçam e que tornariam impossível a própria sobrevivência do grupo se não fossem resolvidos, tendo também como objetivo a consecução e a manutenção da ordem e da paz social. Se se juntar a isso, conforme ensina a tendência principal da teoria do direito, que o caráter específico do ordenamento normativo do Direito em relação às outras formas de ordenamentos normativos, tais como a moral social, os costumes, os jugos, os desportos entre outros, consiste no fato de que o Direito recorre, em última instância, à força física para obter respeito das normas, para tornar eficaz, como se diz, o ordenamento em seu conjunto”.

- O direito é um sistema que possui uma ordem, e cujas partes simples possuem uma lógica.
- O direito é um sistema formado de subsistemas que estão interligados, integrados.
- Uma ordem normativa coativa possui uma diferenciação importante, pois seguimos diversas normas no nosso dia a dia, mas as normas coativas são obrigatórias, não dependem de adesão.
- É essa coação que torna o direito diferente de todas as outras normas.
- Assim o Direito é um conjunto de regras sistemáticas garantidas pela coação.
- No nosso modelo de Direito o Estado possui o monopólio da produção normativa, as leis emanam do Estado.
- Normas de conduta: Regulam o comportamento.
- Normas de organização: regulam o Estado.
- O direito regula as relações humanas para que possamos viver em sociedade.
- O Direito também prevê sanção para as violações das normas impostas.
- A finalidade do direito é impedir que os conflitos destruam a sociedade, cuidando da manutenção da ordem e da paz social.
- Assim, o que torna o direito tão diferente das outras normas é o fato de ele poder recorrer à força física para obter o respeito das normas.

## 2. CONTEXTO GERAL DO CONCEITO DE JUSNATURALISMO

- Embora o conceito de Direito Natural seja muito abstrato para nós, não era assim até o séc XIX.
- As pessoas acreditavam que havia um conjunto de valores morais universais e imutáveis.
- No séc. XIX, com o desenvolvimento das ciências humanas, os antropólogos passaram a estudar culturas de locais distintos daqueles de sua origem.
- Com o Estudo de outras culturas foi possível perceber que essa idéia de que há valores morais universais e imutáveis era falsa.
- Neste sentido, é importante notar que antes desta época já existiam contatos com outras culturas, no entanto, havia uma visão eurocêntrica que impedia a percepção clara das diferenças, que eram vistas simplesmente como um sinal de inferioridade.
- Deste modo, hoje já há uma grande obviedade de que não existem valores morais globais. Há, no máximo, valores grupais, e ainda assim, neste caso, o funcionamento, ou a aceitação destes valores se dá por adesão.
- Assim, a este conjunto de valores universais e imutáveis dá-se o nome de Direito Natural.

### 2.1. Relação entre Direito e Moral

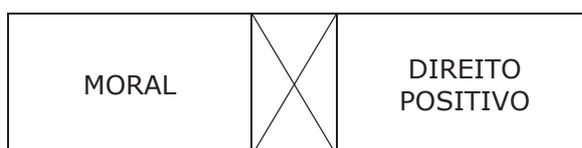
#### 2.1.1. DE ACORDO COM O JUSNATURALISMO:

- Moral é o conjunto dos direitos naturais e universais.
- Direito Positivo é o Direito Natural positivado.
- Os direitos encontram-se dentro do campo da moral.
- Neste sentido, é importante entender que, na visão jusnaturalista, uma norma positiva que seja considerada imoral pode ser descartada, pois para ser válida a norma precisa, necessariamente, estar dentro da moral:



#### 2.1.2. DE ACORDO COM O POSITIVISMO:

- A esfera moral está separada do direito.
- O direito protege alguns valores morais.
- Ainda assim, o direito não tem a obrigação de que todas as suas normas estejam no campo da moral.
- Tão pouco, o Direito tem a obrigação de proteger as normas morais que se encontram fora dele.



### 3. JUSNATURALISMO (GUIDO FASSÒ)

#### 3.1. Varias Formas da Doutrina do Direito Natural

**Trecho:** *O Jusnaturalismo é uma doutrina segundo a qual existe e pode ser conhecido um direito natural, ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetiva, diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Este direito natural tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer. [655-656]*

- A esfera moral é um conjunto de valores subjetivos, pois a sua pior punição é interna.
- O direito jusnaturalista é válido por si mesmo, e é superior ao direito positivo, pois este se submete ao primeiro.
- O direito natural deve prevalecer sobre o positivo.

**Trecho:** *O Jusnaturalismo é, por isso, uma doutrina antitética à do "positivismo jurídico", segundo o qual só há um direito, o estabelecido pelo Estado, cuja validade independe de qualquer referência a valores éticos. [656]*

- Para o direito positivo só há um direito.
- Não importa se a norma é ou não moral.

**Trecho:** *Na história da filosofia jurídico-política, aparecem pelo menos três versões fundamentais [concepções do direito natural], também com suas variantes: a de uma lei estabelecida por vontade da divindade e por esta revelada aos homens; a de uma lei "natural" em sentido estrito, fisicamente co-natural a todos os seres animados à guisa do instinto; finalmente, a de uma lei ditada pela razão, específica, portanto, do homem que a encontra autonomamente dentro de si. [656]*

- Assim, há três versões do surgimento do jusnaturalismo:
  1. Origem Divina
  2. Natureza - Instinto
  3. Razão Humana

**Trecho:** *Todas partilham, porém, da idéia comum de um sistema de normas logicamente anteriores e eticamente superiores às do Estado, a cujo poder fixam um limite intransponível. [656]*

- O direito natural seria, portanto, o limite da norma positiva.

#### 3.2. O Jusnaturalismo Antigo e Medieval

**Trecho:** *As primeiras manifestações de Jusnaturalismo se dão na antiga Grécia. A figura de Antígona, na tragédia homônima de Sófocles, converte-se como símbolo disso. [...] A afirmação da existência de um "justo por natureza" que se contrapõe ao "justo por lei" é depois completada por vários sofistas. [656]*

- Não há nenhuma grande ruptura entre o jusnaturalismo na antiguidade e na idade média.
- Antígona é o primeiro registro antigo da idéia de direito natural.

**Trecho:** *Calicles, por exemplo, afirma que é justo por natureza quem é mais difícil de vencer; Hípias, Antifontes e Alcidas, considerando, ao invés, como justo o que é conforme a razão, proclamam a igualdade natural de todos os homens. [656]*

- Direito Natural pode ser visto como "seguir as leis da natureza";
- Direito Natural pode ser visto como justo o que é conforme a razão.

**Trecho:** *O Jusnaturalismo [...] foi elaborado, na cultura grega, principalmente pelos estóicos, para quem toda a natureza era governada por uma lei universal racional e imanente; [...] Cícero defende a existência de uma lei "verdadeira", conforme a razão, imutável e eterna, que não muda com os países e com os tempos e que o homem não pode violar sem renegar a sua própria natureza humana. [656]*

- Os Estóicos praticamente construíram o conceito de direito natural.
- O projeto imperialista dos romanos não visava acabar com a cultura local, permitiam que as religiões, reis, costumes, etc. se mantivessem. Não interferiam nas decisões locais. Deste modo, o romanos não acabaram com a cultura grega, mas aprenderam com ela.
- Cícero trouxe o conceito de Direito Natural para a cultura romana.

**Trecho:** *Também os juristas romanos tinham copiado do estoicismo a idéia de um direito natural que, no entanto, não aprofundaram. Um dos maiores, Ulpiano, desfigurou-a até profundamente ao definir o direito natural como "aquilo que a natureza ensinou a todos os seres animados", incluindo explicitamente entres estes também os irracionais. Isto reduzia o direito natural, antes que a uma norma de conduta, a um simples instinto, a uma necessidade de ordem física. Esta definição é, de resto, extremamente importante, pois foi adotada com freqüência pelos escritores medievais. [656]*

- Ulpiano defende a idéia de direito natural como instinto.

**Trecho:** *A Idade Média desenvolveu a doutrina de um direito natural que se identificava com a lei revelada por Deus e Moisés e com o evangelho. [657]*

- Na Idade Média, usa-se o conceito de Direito Natural construída e atribuí-se ao Deus Cristão a origem deste direito.

**Trecho:** *Quem pôs fim a esta confusão de idéias foi Santo Thomas de Aquino (Séc. XIII) que entendeu como "lei natural" aquela fração da ordem imposta pela mente de Deus, governador do universo, que se acha presente na razão do homem: uma norma, portanto racional. [657]*

**Trecho:** *[Para as correntes voluntaristas], o direito natural é, sem dúvida, ditado pela razão, mas razão não é senão o meio que notifica ao homem a vontade de Deus, que pode, por conseguinte, modificar o direito natural a seu arbítrio. [657]*

- Santo Agostinho escreve uma obra em que diz que habitamos duas cidades: a do homem, esfera governamental, na qual estamos submetidos à lei dos homens; e na cidade de Deus, onde se segue as normas de Deus. Porém, se houver a ameaça de nossa sobrevivência é melhor seguir a lei dos homens.
- O Jusnaturalismo nunca foi matéria de fé.

### 3.3. A Origem do Jusnaturalismo Moderno

- A era moderna é marcada, assim como o final da idade média, com o renascimento, pelo fato de o homem voltar a ser a medida de todas as coisas.
- Este movimento começa na arte.
- Na esfera política sua grande marca é o nascimento do Estado moderno, que surgiu em alguns lugares e conforme as possibilidades, ou seja, foi um processo.
- A modernidade é uma nova realidade.

- Tem como característica a centralização, havia um domínio exclusivo do rei no poder (que também se estendia ao domínio da produção e aplicação normativa).
- Neste período a idéia de Direito Natural é absorvida e adaptada.
- De modo geral, a doutrina desenvolvida por Sto. Thomas de Aquino (doutrina tomística), apenas inseria a doutrina desenvolvida por Cícero e pelos Estoicos nos moldes teológicos.
- Assim, prevalece hoje a opinião de que o jusnaturalismo moderno procede desta doutrina Estóica, difundida graças ao fato de ter sido acolhida pela doutrina tomística.
- Isto ocorreu, principalmente, devido à oposição que houve, no séc. XIV a XVI, entre a doutrina tomística e o voluntarismo teológico. Entre as duas doutrinas, os teólogos juristas que trataram amplamente do direito natural, buscaram, em geral, uma mediação [657].

**Trecho:** *Foi justamente da polêmica com o voluntarismo das alas extremas do calvinismo que nasceu a doutrina usualmente considerada como origem do Jusnaturalismo moderno, a doutrina do holandês Hugo Grócio [...]. Ao por o direito natural como fundamento de um direito que pudesse ser reconhecido como válido por todos os povos (aquilo que virá a ser o direito internacional), Grócio afirmou que tal direito é ditado pela razão, sendo independente não só da vontade de Deus, como também d sua própria existência. [657]*

- No séc. XVII, Grócio é muito importante, pois cria um direito natural que exclui Deus de seu conceito.
- Isso possibilitou a existência de relações jurídicas nos estados que estavam se formando.

**Trecho:** *A obra de Grócio [...] difundiu com grande eficácia a idéia de um direito "natural", ou seja, "não sobrenatural", um direito que tinha a sua fonte exclusiva de validade na sua conformidade com a razão humana. Este conceito do direito natural, influiu profundamente na difusão da idéia da necessidade de adequar o direito positivo e a Constituição política dos Estados, bem como da legitimidade da desobediência e resistência às leis e constituições que não se lhe adaptassem. [657]*

- Direito natural passou a ter sua fonte exclusiva de validade na nação humana.
- Defendia também que as leis positivas deviam se adequar ao direito natural. Isto esta presente em todas as grandes declarações.

#### 3.4. Características do Jusnaturalismo Moderno

**Trecho:** *Esta muito estendida a opinião de que entre o Jusnaturalismo antigo-medieval e o Jusnaturalismo moderno existe uma profunda oposição: o primeiro constituiria uma teoria do direito natural como norma objetiva, enquanto que o segundo seria exclusivamente uma teoria de direitos subjetivos. De faculdades. Na realidade, entre o jusnaturalismo antigo, medieval e moderno não existe qualquer fratura, existe antes uma substancial continuidade. [658]*

- No final do séc. XVII e principalmente no séc XVIII surgem novas idéias que vão dar uma "nova cara" ao direito natural.
- Isso se inicia com as teorias contratualistas do estado de natureza, no qual todos são livres e iguais. Deste estado, surgem conflitos que se refletem na forma de violência, ocorrendo, inevitavelmente, uma guerra de todos contra todos.

**TEORIA CONTRATUALISTA:**



**Trecho:** *É certo, no entanto, que o Jusnaturalismo moderno ressalta fortemente o aspecto subjetivo do direito natural, ou seja, os direitos inatos, deixando obumbrado seu correspondente aspecto objetivo, o da norma, em que haviam geralmente insistido os jusnaturalistas antigos e medievais e até o próprio Grócio. É precisamente devido a esta sua característica que o Jusnaturalismo moderno, isto é, dos séculos XVII e XVIII, molda profundamente as doutrinas políticas de tendência individualista e liberal, expondo com firmeza a necessidade do respeito por parte da autoridade política daqueles que são declarados direitos inatos do indivíduo. [658]*

- As idéias contratualistas vão revitalizar o jusnaturalismo.
- O Estado, ao nascer, é visto do ponto de vista do cidadão
- Quando se diz que o direito natural é o direito objetivo, afirma-se que o direito natural é a norma.
- Ao definir o direito natural como subjetivo diminui-se um pouco a sua força, pois o exercício dos direitos fica, em muitos casos, sujeito ao exercício voluntário do indivíduo.
- Isto ocorre em virtude do surgimento de um Estado que define a lei objetiva.
- A teoria contratualista explica porque nós obedecemos ao Estado.
- Soberania é a soma da autonomia dos cidadãos que concedem este poder ao Estado.

**Trecho:** *O próprio Estado é considerado pelo Jusnaturalismo moderno mais como obra voluntária dos indivíduos do que como instituição necessária por natureza, que era o que ensinava a maior parte das doutrinas clássicas e medievais. [658]*

**Trecho:** *Para os jusnaturalistas modernos, os indivíduos abandonam o Estado de natureza e fazem surgir o Estado politicamente organizado e dotado de autoridade, a fim de que sejam melhor tutelados e garantidos os seus direitos naturais; o Estado é legítimo na medida em que e enquanto cumpre essa função essencial, que lhe foi delegada mediante pacto estipulado entre os cidadãos e o soberano. [658]*

- O Estado, através do direito, tem a obrigação de proteger o direito natural.
- O Estado seria uma espécie de “depositário fiel” do direito natural.

**Trecho:** *Em algumas doutrinas jusnaturalistas modernas, o individualismo é levado até o ponto de se considerar a própria sociedade como efeito de um contrato entre os indivíduos; o contrato social se desdobraria assim em dois momentos, pacto de união e pacto de sujeição. [658]*

- O pacto de união seria o pacto inicial.
- O pacto de sujeição é aquele que é renovado todos os dias.

**Trecho:** *Direitos inatos, estado de natureza e contrato social, conquanto diversamente entendidos pelos vários escritores, são conceitos característicos do Jusnaturalismo moderno. [...] É certo que o Jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII pecou gravemente por falta de sentido histórico: não só ao expor como eventos realmente acontecidos meras exigências da razão, mas também ao entender assim o que, na realidade, eram aspirações políticas e não raro econômicas da época. Por outro lado, foi justamente por o havê-las entendido como exigências racionais que deu a tais aspirações a força necessária para que fossem satisfeitas. [658]*

### 3.5. Jusnaturalismo no séc. XIX

**Trecho:** *O direito natural era uma modelo perfeito para as legislações positivas. E isso parecia oferecer um meio de levar a cabo também neste campo uma reforma que não respondesse só ao espírito inovador da época, mas satisfizesse igualmente as exigências práticas e técnicas. A idéia de um sistema racional e universal de normas [...] se opunha de modo gritante à realidade da vida jurídica daquele tempo. Esta se caracterizava por um grave estado de confusão e incerteza provocado pela crise do direito então vigente, o direito chamado "comum", ou seja, o direito romano Justiniano. [659]*

**Trecho:** *Sentia-se, por isso, uma forte necessidade de reformas legislativas que dessem ao direito principalmente certeza; o Jusnaturalismo, com a sua teoria de um direito absolutista e universalmente válido, porque ditado pela razão, era capaz de oferecer bases doutrinárias para uma reforma racional da legislação. Parecia que o problema da reforma consistia em converter em normas positivas as normas do direito natural, que se haviam de pôr em prática de uma vez para sempre. [659]*

- Havia uma gama imensa de fontes de direito, o que gerava uma confusão enorme, pois não era possível saber qual lei seria aplicada a qual situação.
- Com a tendência gerada pela "enciclopédia", buscava-se positivar o direito natural, juntar todo o conhecimento disponível num só compêndio.
- A codificação era essa sistematização e positivação do direito natural.
- A sistematização funciona com a definição de uma parte geral, seguida da separação de suas partes específicas.
- Essa tendência estendia-se pra todas as áreas do conhecimento. Classificava-se a realidade para compreendê-la.

**Trecho:** *Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema de direito positivo foi considerado ilegítimo. [659]*

- Acreditava-se que a sistematização era o auge do direito natural, no entanto, ao definir que o juiz deveria, obrigatoriamente, aplicar as determinações do código, criou-se a prática do positivismo.
- Deste modo, foi no auge e a partir do jusnaturalismo que se formou a prática que deu origem ao modelo positivista. A garantia de uma fonte única de direito gerava segurança.

**Trecho:** *O jusnaturalismo veio a cair assim, no decorrer do séc. XIX, em total descrédito. Sobreviveu apenas em sua forma católica, baseada na doutrina das leis de Santo Thomas, mas só no âmbito clerical, com uma finalidade conservadora e muitas vezes reacionária, servindo sobretudo de instrumento de contestação da legitimidade do Estado liberal e constitucional. [659]*

### 3.6. Jusnaturalismo Contemporâneo

- O jusnaturalismo, por fundamentar-se nos valores morais pareceu uma boa solução para a situação posterior à II Guerra Mundial.
- Havia uma necessidade de controle do Estado, que culminou na criação da ONU e nesse saudosismo jusnaturalista.
- Ainda assim, existia uma consciência de que não haviam valores morais universais.

**Trecho:** *Os jusnaturalistas indicaram abandonar a tese da imutabilidade e eternidade do direito natural e começaram a reconhecê-lo como imanente à história.* [660]

- Essa nova geração jusnaturalista considerava o Direito Natural como histórico e não como universal e imutável. Ou seja, passaram a abrir concessões quanto ao conceito de direito natural.
- Esse resgate acaba gerando uma mudança na própria essência do direito natural, que gera um questionamento de se isso é realmente um direito natural ou outra coisa.

**Trecho:** *Este renascimento não é sem contrastes: energicamente impugnado pelos sequazes do positivismo jurídico, que vêem nele uma transposição ilegítima do direito do plano da validade formal para o do valor, ele também é criticado, sob o aspecto ético, como doutrina objetivista e universalista, incompatível com a concepção moderna da moral.* [660]

- O renascimento do jusnaturalismo é muito criticado pelo positivismo, que o considera ilegítimo quanto à sua validade formal, alegando que este se preocupa mais com o valor do que com os aspectos formais. Além disso, critica-se seu aspecto ético, uma vez que a moral é subjetiva e não objetiva.

**Trecho:** *Certo apenas se desvinculado da idéia de um direito natural metafísico, extra-histórico, eterno e imutável, o Jusnaturalismo ainda pode ter um lugar na cultura jurídico política hodierna [...] Se concebido historicisticamente, isto é, como expressão dos ideais jurídicos e políticos sempre novos nascidos da transformação da sociedade, e em contraste com o direito positivo, o Jusnaturalismo tem hoje diante de si uma função, talvez arriscada, mas que pode ser fecunda.* [660]

**Trecho:** *O problema dos fins e dos limites desta função abrange, todavia, o da relação entre o juiz e a lei e, conseqüentemente, o das relações entre o poder legislativo e o poder judiciário, na medida em que admitir que o juiz possa invocar um "direito natural", além de poder comprometer a certeza do direito, atribui aos órgãos judiciários o poder, em resumo, de criar o direito.* [660]

- Escapar do modelo positivista implica, primeiro, aumentar o poder do juiz, e disto resulta:
  1. Uma quebra da tripartição dos poderes, pois atribui-se ao judiciário o poder do legislativo.
  2. Insegurança para a população.

#### 4. VOTOS DO TRIBUNAL DE NUREMBERG

##### 3.1. Voto do Sr. Dr. Juiz Sempronio (JUSNATURALISTA)

**Trecho:** *Por cima das normas ditadas pelos homens há um conjunto de princípios morais universalmente válidos e imutáveis que estabelecem critérios de justiça e direitos fundamentais inerentes à verdadeira natureza humana.[...] As normas positivas ditadas pelos homens, somente são direito, na medida em que se conformam ao direito natural e não o contradizem. [32]*

- Neste parecer, as normas devem estar de acordo com os valores morais para serem válidas.
- Para o autor deste parecer, a legitimidade da lei depende, necessariamente, de seu valor moral.

**Trecho:** *A defesa nos lembra um princípio elementar de justiça [...] [que] proíbe impor uma pena por ato que não estava proibido pelo direito que era válido no momento em que o ato foi cometido.[...] Creio que um dos serviços mais importantes que este tribunal pode prestar consiste em desterrar de vez a absurda e atroz concepção do direito que conclui a tese de defesa. Esta concepção sustenta que estamos diante de um sistema jurídico cada vez que um grupo humano consegue impor certo conjunto de normas em determinada sociedade e conta com força suficiente para fazê-las cumprir, seja qual for o valor moral de tais normas<sup>1</sup>. [32]*

- Assim, o autor também desqualifica o princípio da irretroatividade penal.

##### 3.2. Voto do Sr. Dr. Juiz Cayo (POSITIVISTA)

**Trecho:** *Os historiadores, sociólogos e antropólogos mostram como tem variado e variam as pautas morais em diferentes sociedades e etapas históricas. O que um povo em certa época considera abominável, outro povo, em época e lugar diferentes, o julga perfeitamente razoável e legítimo. [...] A idéia de que existe um direito natural imutável e universal e à razão humana é uma vã mesmo que nobre, ilusão. [34]*

**Trecho:** *Uma das conquistas mais nobres da humanidade tem sido a adoção da idéia de que os conflitos sociais devem-se resolver, não segundo o capricho dos apreciadores morais dos que estão encarregados de julgá-los, e sim sobre a base de normas jurídicas estabelecidas<sup>2</sup>.[...] O direito de uma comunidade é um sistema cujos alcances podem ser verificados empiricamente, na forma objetiva e concludente, com independência das nossas valorações subjetivas [34]*

- Este Juiz defende que o julgamento jurídico não pode ocorrer de acordo com nossos valores. Não há como provar a existência de valores universais e imutáveis.
- Os valores morais são subjetivos e, portanto, não podem servir de base para o julgamento de ninguém.
- O positivismo trás uma alta estabilidade social e independe da justiça, dependendo apenas de sua validade formal (vigência) e material (eficácia).
- O sistema precisa refletir as aspirações morais da sociedade para lhe dar estabilidade e durabilidade.

---

<sup>1</sup> Esta seria, de fato, a conceituação de poder soberano.

<sup>2</sup> Este seria o conceito de Estado de Direito