

## A relação entre o contratualismo, direito natural e o direito positivo

Leonardo José Rafful<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem por objeto o estudo do contratualismo, direito natural e o positivismo jurídico, verificando a possibilidade da existência do direito natural e do direito positivo no contrato social. Discute-se a presença ou não do Direito Natural no Direito Positivo a partir da teoria do contrato social, segundo a qual, apenas o que estiver na lei, é que terá legitimidade e validade para a sua obrigatoriedade. O contrato teve a sua implementação no século XVIII e a partir de então passou a vigorar o positivismo jurídico. Na Inglaterra, o sistema do common law foi criticado por Jeremy Bentham, pela sua falta de previsibilidade e de controle social. Logo, com a codificação, a sociedade é cientificada previamente das condutas legais que deverá seguir e o direito natural, por se tratar de um direito inato no ser humano, não poderá ser excluído do Direito, mesmo que prevaleça o direito positivo. Assim, não só é possível dizer que o direito natural poderá, mas sim deverá estar no direito positivado.

**Palavras - chave:** Direito Natural; Direito Positivo; Jeremy Bentham.

**ABSTRACT:** This article focuses on the study of contractualism, natural law and legal positivism, verifying the possibility of the existence of natural law and positive law in the social contract. We discuss the presence or absence of natural law in the Law Office from the social contract theory, according to which only what is in the law, that will have legitimacy and validity to your requirement. The contract had its implementation in the eighteenth century and since then became effective legal positivism. In England, the common law system has been criticized by Jeremy Bentham, for its lack of predictability and social control. Then, with the coding, the company is cientificada previously legal conduct that must follow and the natural law, because it is a birthright in humans can not be excluded from the law, even if the positive law prevails. Thus, you can not just say that natural law can, but must be in positivado right.

**Key-words:** Natural law; Legal Positivism; Jeremy Bentham.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Aspecto histórico do contratualismo. 2.1. Séculos XIV a XVII. 2.2. Século XVIII. 2.2.1. Revolução Francesa e o Iluminismo. 2.2.2. Revolução Industrial e a ética protestante. 3. Fundamentos do estado e do governo pelo contratualismo. 3.1. Teoria do contrato social e o seu conceito. 3.2. Contratualismo de thomas hobbes (1588 - 1679). 3.3. Contratualismo de john locke (1632 - 1704). 3.4. Contratualismo na obra de montesquieu. 3.5. Contratualismo na obra de rousseau. 4. Positivismo e o direito natural. 4.1. Da distinção entre direito natural e direito positivo. 4.2. Direito natural. 4.3. Direito codificado. 4.4. Da relação entre o direito positivo, direito natural e a teoria do contrato social. 5. Considerações finais. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fim analisar a relação entre o direito natural, a teoria do contratualismo e o positivismo jurídico, a partir da historicidade das teorias desenvolvidas na Europa ocidental durante os séculos XVII, XVIII e início do século XIX.

---

<sup>1</sup> Docente do Curso de Direito da Universidade Braz Cubas.

Justifica-se pela controvérsia que existe, qual seja, se o direito natural está presente no direito positivo, além do próprio surgimento do direito positivado. Como será visto, o direito natural e o direito positivo não possui estrita relação. Porém, após o contratualismo que despontou o positivismo jurídico, o direito natural foi deixado de lado, tendo relevância jurídica apenas a lei. Contudo, a lei poderá ser criada ou influenciada pelo direito natural.

A primeira seção tem por fim analisar apenas os antecedentes do contratualismo para que seja possível encontrar os fundamentos do Contrato Social diante da sociedade europeia. Assim, será investigado os principais antecedentes dos séculos XIV, XV, XVI e XVII, até se chegar no século XVIII, onde despontou a teoria do contrato social. Assim, a partir do renascimento, a sociedade modificou a sua forma de pensar e questionar as instituições existentes da Idade Média.

Na segunda seção, será analisado o conceito da teoria do contrato social e as principais teorias sobre o contratualismo, dentre elas, as de de Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau.

Já na terceira seção, será analisado o positivismo jurídico e o direito natural, principalmente quanto a sua distinção e a possibilidade de convivência entre os dois institutos.

Será verificado também o direito codificado, na visão de Jeremy Bentham e a influência do contratualismo na Inglaterra, verificando a sua compatibilidade ou não com o *common law* ali existente.

Por fim, tentará ser relacionado o direito natural, direito positivo e contrato social, dentro de uma sociedade organizada, preservando a liberdade de cada associado e a democracia existente.

## **2. ASPECTO HISTÓRICO DO CONTRATUALISMO**

### **2.1. Séculos XIV a XVII**

A aplicação da teoria do contratualismo ocorreu a partir da revolução francesa. Contudo, para que se chegasse em tal momento, os fatos históricos dos séculos XIV é que permitiram o seu desenvolvimento.

A Europa não havia se recuperado da ruptura da Reforma e contrarreforma.

Os precursores da Reforma eram John Wycliffe, na Inglaterra, e Jan Hus, na Boêmia (séculos XIV). Deu-se por conta do “Grande Cisma”, fato este que o papa Gregório XI mudou-se

de Roma para Avignon, na França. Retornou à Roma pouco antes de falecer. Na sua sucessão papal, por ter provocado grandes ressentimentos entre facções pró e antifrancesas, surgiram dois, e depois três, papas simultâneos e rivais<sup>2</sup>. Convocado o concílio ecumênico de 1414, Wycliffe e Hus foram condenados.

Nos séculos XIV e XV houve a retomada da cultura clássica grega. Por se tratar de uma sociedade pagã, a referência dos gregos era o homem. As esculturas e os poemas, quando fazia qualquer referência à divindades, reproduziam condições humanas, não só na sua aparência, mas também nas mazelas e nas virtudes<sup>3</sup>.

Tendo o homem novamente como referência, tanto nas artes como nos pensamentos filosóficos, surgiu o humanismo em oposição à velha mentalidade medieval.

Com Erasmo de Rotterdam, Martiho Lutero e João Calvino, já no final do século XV e início do século XVI, surgiu o protestantismo, que nada mais é do que a designação coletiva dos diferentes tipos de teologias e organizações eclesiásticas que criticavam a Igreja Católica, principalmente no que tange à autoridade papal e na independência do indivíduo diante de Deus<sup>4</sup>.

Em resposta à reforma houve a contrarreforma, encabeçada pelos jesuítas, reprimindo a propagação do protestantismo e recuperando para a Igreja Católica áreas que haviam sido perdidas. O Concílio de Trento estabeleceu reformas na disciplina e na prática da Igreja, a fim de trazer os rebeldes de volta à ela.<sup>5</sup>

No final da Idade Média, foi derrubada a noção universal da sociedade cristã, sendo constituídos Estados nacionais e independentes. Pelo Concílio de Basileia, pelo cardeal Nicolau de Cusa, atribuiu a instituição do governo, em última instância, a Deus, mas haveria um acordo eletivo de submissão espontânea nas operações secundárias do Estado<sup>6</sup>.

---

2KELLY, John. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**, p. 214.

3É possível verificar na obra *Iliada* de Homero, no canto XIV, que Hera tenta seduzir Zeus na seguinte passagem: “Disse-lhe, então, em resposta, Zeus grande, que as nuvens cumula: fica tranquila; não tenhas receio de que homens nem deuses te possam ver, pois farei que te envolva uma nuvem dourada, densa o bastante, de forma que invisos fiquemos té, ainda, ao próprio Sol, cujos raios brilhantes por tudo penetram. Pós ter falado, nos braços Zeus grande apertou a consorte. Fez, logo, que erva florida da terra divina crescesse, loto rociado e virente, açafião prazenteiro, e jacinto que, numa alfombra adensados, o par solveu do chão duro. Ambos aí se deitaram, cobertos por nuvem dourada, bela de ver, donde gotas de orvalho luzente caíam”.

4KELLY, John. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**, p. 216 e 217.

5Ibdem, p. 217

6Ibdem, p. 220

Portanto, já no século XV, falava-se em um governo pelos homens, através de um acordo. Inclusive, falava-se em limitações ao acordo e esta limitação era o próprio contrato entre soberano e cidadãos<sup>7</sup>.

Destarte, o pensamento da teoria do contratualismo já existia no século XV, sendo melhor desenvolvida nos séculos XVII e XVIII.

Foi no século XVIII que houveram as grandes revoluções e a instituição da teoria do contrato social. Contudo, as conjunturas da época do século XVII é que tornaram possíveis as revoluções e, assim, o desenvolvimento da teoria posta em análise.<sup>8</sup>

Na França, havia acabado as guerras religiosas com o Édito de Nantes, garantindo a tolerância para os huguenotes por obra de Henrique IV (era protestante, mas se converteu ao catolicismo para assumir o trono). Luís XIV revogou o Édito de Nantes em 1685, provocando a emigração de huguenotes para todos os países da vizinhança. Com Luís XIV, não só houve diversas conquistas militares e diplomáticas (auxiliou a Inglaterra apoiando Jaime II) como também teve realizações nas ciências e nas artes.<sup>9</sup>

Na Alemanha, ocorreram calamidades causadas por conflitos religiosos. A Guerra dos 30 anos foi para dar o trono aos protestantes da Boêmia. O conflito teve o seu fim com a Paz de Vestefália, dispondo de modo estável as religiões antigas e reformadas em suas respectivas zonas de predominância.<sup>10</sup>

Com a Paz de Vestefália, houve o reconhecimento das Províncias Unidas – Países Baixos protestantes.

Já na Inglaterra, havia medo da subversão católica, com ameaças externas da Espanha contrarreformista. Ainda, houve a deposição do Rei Jaime II, por ser católico e poder instaurar novamente a sua religião. Havia conflitos referente à origem e natureza da autoridade real e o poder da Coroa de isentar da aplicação da lei ou de atuar independentemente dela. O reinado de Jaime II provocou sua deposição e substituição por ter atribuído cargos públicos à católicos (Revolução Gloriosa de 1688)<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup>Poucas décadas depois, por volta de 1477, o clérigo holandês Wessel de Groningen escreve que o dever de obediência do cidadão ao soberano não é absoluto, porém tem mais a natureza de uma obrigação contratual para com ele (*magis est pacti cum prelado*); e, se o soberano não cumpre sua parte do contrato, o cidadão também não está mais vinculado a ele (KELLY, p.220)

<sup>8</sup>Ibidem, p. 265.

<sup>9</sup>Ibidem, p. 266.

<sup>10</sup>Ibidem, p. 267.

<sup>11</sup>Ibidem, p. 268.

Por fim, é importante destacar o desenvolvimento científico dos séculos XVII. Por conta da reforma, da rejeição da autoridade papal e a todas as formas de religião reformada, foi condição para o desenvolvimento das bases científicas modernas. Repudiado não só a religião, mas diversos pensadores como Aristoteles. Foi Desenvolvido por Francis Bacon método de investigação e experimentação. Trata-se do método indutivo do pensamento, ou seja, a observação de vários casos individuais é usada para descobrir-se um princípio geral (ao contrário do método de dedução, o qual se refere a uma proposição geral é usada como matriz para a elucidação de casos particulares)<sup>12</sup>.

## 2.2. Século XVIII

No Século XVIII, por causa das Revoluções America e Francesa, as antigas estruturas europeias de autoridade e legitimidade foram irreparavelmente fraturadas<sup>13</sup>. Os principais fatos que acarretaram no novo modelo de Estado, Governo e na teoria do surgimento da civilização organizada foram as Revoluções Francesa e Americana, o Iluminismo e a Revolução Industrial

Foi formada a Prússia através da união das terras alemãs situadas a oeste e norte da Austria.

Na Inglaterra, após a morte da rainha Ana em 1714, passou o trono para o eleitor de Hanover (príncipe do antigo Império Romano-Germânico que tinha o direito de eleger o imperador), neto de Jaime I, excluindo perpetuamente do trono todos os católicos romanos, Jorge I. Houveram diversas rebeliões por centelhas da lealdade jacobita aos desalojados Stuarts. Também não havia paz entre os direitos reais e o parlamento<sup>14</sup>.

Na França, a revolução começou com Luís XIV, que trouxe a imagem do poder absoluto e do orgulho da realiza. Ao morrer, deixou um Estado exaurido pelas guerras improdutivas. Com Luís XV, houveram diversas derrotas, sendo perpetuado o absolutismo. Com o palácio de Versalhes, os nobreses lá se concentravam para não causar danos às províncias. Tinham privilégios, sobretudo isenções tributárias. Houveram mais fracassos militares, tornando um sentimento de humilhação nacional. Explodiu a classe média<sup>15</sup>.

---

12Ibdem, p. 271.

13Ibdem, p. 321.

14Ibdem, p. 322.

15Ibdem, p. 324.

### ***2.2.1. Revolução Francesa e o Iluminismo***

O Iluminismo foi o movimento intelectual que condicionou e municiou a Revolução Francesa.

Este movimento foi um humor ou temperamento disseminado, ou uma atitude em relação ao mundo da qual a nota dominante foi um profundo ceticismo dirigido contra os sistemas tradicionais de autoridade ou ortodoxia. Insistia na prova empírica de todas as proposições.

Seu monumento mais significativo foi a Encyclopédia, planejada e supervisionada por Diderot. Era considerada o pensamento progressista, foi planejada não só como um enorme repositório de informações técnicas, mas também como uma antologia das opiniões esclarecidas sobre política, filosofia, religião etc.

### ***2.2.2. Revolução Industrial e a ética protestante***

A contrarreforma criou o protestantismo, negando a autoridade papal e acreditando que o destino do ser humano não está designado por Deus de forma imutável.

O protestantismo foi criado por Martinho Lutero na Alemanha, Henrique VIII na Inglaterra e por João Calvino em Genebra.

Martinho Lutero estabeleceu a vocação do trabalho como missão dada por Deus e este deve ser glorificado nas praticas cotidianas, ao invés da vida monástica<sup>16</sup>.

Max Weber, em sua obra *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, explica como o protestantismo influenciou o desenvolvimento do capitalismo na Inglaterra. Os calvinistas criticam a doutrina da predestinação que sustentava que Deus impunha um desígnio eterno e imutável ao ser humano<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes (justificativa do novo CPC)**, p. 19.

<sup>17</sup>Weber explica que “Calvino, não é Deus que existe para os seres humanos, mas os seres humanos que existem para Deus, e todo acontecimento – incluindo pois aí o fato para ele indubitável de que só uma pequena parcela dos humanos é chamada à bem-aventurança eterna – pode ter sentido exclusivamente como um meio em vista do fim que é a autoglorificação da majestade de Deus.

(...)

Apenas a esses fragmentos da verdade eterna podemos nos ater; todo o resto: - o sentido de nosso destino individual – acha-se envolto em mistérios obscuros que é impossível e arrogante sondar. Se os réprobos quisessem se queixar do que lhes coube como algo imerecido, seria como se os animais se lamentassem de não terem nascido seres humanos” (Weber, p. 94).

Os calvinistas criticavam, não só a Igreja Católica, mas também a doutrina de Lutero, que sempre esteve arreigada ao pecado original. A fé deveria ser comprovada através de atitudes objetivas. Assim, o trabalho profissional seria uma forma de expiação dos pecados<sup>18</sup>.

Portanto, através do trabalho é que poderia ser alcançada a salvação e não, simplesmente, pela contemplação à Deus nos monastérios<sup>19</sup>.

Com a necessidade, inclusive religiosa, de obter maior produtividade, eclodiu na Europa, principalmente na Inglaterra, a chamada Revolução Industrial, no final do século XVIII.

Esta Revolução foi uma transição da economia baseada em artesanato para processos manufaturados através de máquinas e fontes novas de energia.

Assim, é possível verificar que a partir da reforma protestante, a religião influenciou de forma drástica a economia em que viviam. Com a necessidade de obter realizações e feitos objetivos para se alcançar a salvação, a economia europeia passou a ser melhor desenvolvida pelos protestantes calvinistas, possibilitando a eclosão da revolução industrial.

### 3. FUNDAMENTOS DO ESTADO E DO GOVERNO PELO CONTRATUALISMO

#### 3.1. Teoria do contrato social e o seu conceito

Conforme pode ser analisado na primeira seção deste trabalho, a ideia de contrato social existia desde o renascimento, quando começou o enfraquecimento da religião Católica e o ideal de universalidade de Estado e Governo.

Com a constituição dos Estados independentes, há necessidade de se estabelecer a organização e o direito em cada um para que mantenham a sua soberania. Não só a organização, mas para que haja desenvolvimento há necessidade de um direito estável<sup>20</sup>.

---

18“O reformado {calvinista} também queria salvar-se *sola fide*. Entretanto, dado que já na visão de Calvino os simples sentimentos e estados de espírito, por mais sublines que possam parecer, são enganosos, a fé precisa se comprovar por seus efeitos objetivos a fim de poder servir de base segura para a *certitudo salutis*, precisa ser uma *fides efficax* [e o chamado à salvação, um *effectual calling* (termo da *Savoy Declaration*)]” (Weber, p. 103 e 104).

19Ora, que o trabalho profissional mundano fosse tido como capaz de um feito como esse [- que ele pudesse por assim dizer ser tratado como o meio apropriado de uma ab-reação dos afetos de angústia religiosa -] encontra sua explicação nas profundas peculiaridades da sensibilidade religiosa cultivada na Igreja reformada {calvinista}, cuja expressão mais nítida, em franca oposição ao luteranismo, está na doutrina da justificação da fé. (WEBER, p. 102).

20“Os valores calvinistas deram origem a um comportamento racional que contribuiu para o desenvolvimento do capitalismo e exigiu um direito racional e previsível. Isso quer dizer que os valores e a cultura de um povo podem e devem ser relacionados à racionalidade do direito e da administração da justiça” (MARINONI,2015, p. 42).

Foi no século XVII que a teoria do contrato social desempenhou um papel central no conflitos constitucionais na Inglaterra – Thomas Hobbes e John Locke.

No século XVIII, o Estado começava a ser entendido como uma entidade independente e abstrata mais claramente do que antes.

A teoria do contrato social se opunha à visão teocrática do governo. Francisco Suarez (espanhol) atribui o domínio humano ao consentimento e concordância do povo. O povo junta-se em um corpo político por sua deliberada vontade e consentimento comum, podendo transferir seus poderes a uma única pessoa ou Estado.

Grócio entendia que uma vez que o povo tenha escolhido sua forma de governo ou seu governante, perde a liberdade de mudar de ideia – usa a analogia do casamento.

Neste tema, relacionam-se três temáticas, quais sejam, o estado de natureza do ser humano, a idéia de contrato e a possibilidade de regramento da sociedade através deste pacto.

O Contrato Social é uma teoria sobre a associação organizada das pessoas para que possam se proteger, mas que mantenham a liberdade como no estado de natureza, produzindo um corpo moral e coletivo.

É possível dizer que existem duas formas das pessoas se associarem. A primeira é através de um contrato de união, o qual, não havendo nenhum laço cívico entre os indivíduos, reúnem-se para fundar um tipo qualquer de sociedade.

A segunda modalidade é um contrato de sujeição, o qual os indivíduos concordam não só em fundar uma comunidade, mas também constituir um soberano ou um órgão de governo, com o qual são trocadas promessas. O soberano promete justiça e proteção aos súditos e estes prometem obediência. Esta visão, oposta pelo Rei Jaime II, era um negócio constitucional entre o Rei e os súditos<sup>21</sup>.

Ainda, é possível falar em contratualismo total, parcial, pessimista e otimista.

Contratualismo total envolve a origem da sociedade e do Estado, e contratualismo parcial abrange apenas a origem do Estado<sup>22</sup>.

No contratualismo pessimista, conforme Hobbes, em sua obra *Leviatã*, o homem é um ser mau por natureza, preocupando-se com os próprios interesses, sendo que o contrato é necessário para que o limite e possa viver em sociedade. O direito e o justo surgem depois do contrato, quando as forças se autolimitam e se disciplinam.

---

21KELLY, John. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**, p. 335.

22REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, p. 647.



Já para Rousseau, no contratualismo otimista, este entende que o homem é um ser bom por natureza, mas foi corrompido por um contrato social falso. Para Locke, o homem no estado de natureza possui um direito que é anterior ao contrato, o direito de liberdade, que é condição para a feitura do pacto. O homem nasce livre, e é por ser livre que pode pactuar<sup>23</sup>.

Por fim, pode-se falar em um contratualismo histórico ou deontológico. No primeiro, o contrato apresenta-se com a força de um fato histórico. Concebe-se o contrato como um fato efetivamente ocorrido em determinado momento da evolução histórica, na passagem do estado selvagem para o estado civilizado<sup>24</sup>.

Para o contratualismo deontológico, o contrato apenas desempenha uma função de natureza lógica, sendo um critério de explicação da ordem jurídica. Tem por fundamento a ordem psicológica, pois é um contrato que encontra na própria natureza humana a sua razão de ser. Para Kant, o contrato aparece como condição transcendental, donde o direito é o conjunto das condições mediante as quais o arbítrio de cada um se harmoniza com os dos demais, segundo uma lei geral de liberdade<sup>25</sup>.

### **3.2. Contratualismo de Thomas Hobbes (1588 - 1679)**

Contemporâneo de Grócio, foi quem primeiro formulou uma teoria totalmente acabada da suposta base contratual do Estado e dos supostos motivos que levaram a ela.

Para Hobbes, o primeiro preceito da lei natural é a autopreservação. De forma primitiva, o homem vivia sozinho e sem o apoio de nenhuma associação, sendo uma presa potencial. Assim, a autopreservação tomava a forma de uma constante apreensão, sendo uma vida “solitária, pobre, desagradável, bruta e curta”. Assim, entenderam que para haver segurança era necessário ter um Governo. Deveriam abandonar a sua selvagem e perigosa independência em favor do governo de um de seus semelhantes, que agora tinha de garantir a segurança a todos.

Destarte, a forma do contrato social de Hobbes é, desse modo, uma forma de sujeição a um soberano, cujo nome era Leviatã (monstro – nome retirado de uma palavra hebraica em Jó 12). Esta teoria surgiu para proporcionar um modelo plausível de governo absoluto<sup>26</sup>.

<sup>23</sup>Ibdem.

<sup>24</sup>Ibdem.

<sup>25</sup>Ibdem.

<sup>26</sup>“A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou

Hobbes faz uma referência superficial a Deus como o superior do governo mortal, mas seu Estado é essencialmente uma invenção utilitária do homem, que cria conscientemente para si próprio uma estrutura que lhe proporcionará proteção.

Neste contrato, o governante não faz parte dele e, assim, seus súditos não têm direitos contra ele.

Foi contestado, dentre eles, Baruch de Espinosa, J. W. Gough, conde de Shaftesbury, Samuel Pufendorf, no sentido de que Hobbes havia esquecido dos valores morais do homem, bondade, benevolência, sociabilidade, diálogo etc. Pufendorf entendia que tinha o ser humano tendência natural de se associar e a lei da natureza proibia de ferir uns aos outros.

### **3.3. Contratualismo de John Locke (1632 - 1704)**

Locke teve por fim construir uma filosofia que justificasse a Revolução Inglesa de 1688, que pôs fim à dinastia Stuart.

Para o filósofo contratualista, o homem no estado de natureza tinha conhecimento por meio da razão de não prejudicar a vida, liberdade ou propriedade dos outros.

Considerava a existência ser humano em seu estado natural, mas não como um ser bom ou mal, nem como um direito inato a todos os seres humanos, mas que, pelo menos, havia um direito, que é a liberdade.<sup>27</sup>

---

a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim civitas. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do testado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar paz e a defesa comum” (HOBBS, p. 61).

<sup>27</sup>“Se alguns pensam que eu exagero quando falo de forma tão livre de um homem que é o grande campeão do poder absoluto e ídolo daqueles que o adoram, eu lhes suplico, apenas uma vez, que não recusem esta pequena concessão a um indivíduo que, mesmo após ter lido o livro de Sir Robert e assim como a lei o autoriza, não pode se impedir de considerar a si mesmo um homem livre; pois eu sei que isso não é uma falta, a menos que se encontre alguém mais informado que eu sobre os rumos do destino e que tem alguma revelação da próxima notícia: há tanto tempo

Assim, se o homem é livre, este possui liberdade para pactuar e aderir ao contrato social.

As pessoas deveriam escolher um governo para si e, ao fazer isso, a comunidade agiria de acordo com a vontade da maioria e esta maioria tem o direito de decidir pela minoria. O governo tem somente uma única função, qual seja, proteção da propriedade dos membros (todos os interesses legítimos do súdito, quais sejam, vida, liberdade e patrimônio).

Esta entrega de governo era uma entrega de confiança, no qual o estado de natureza é renunciado e entregue nas mãos da sociedade. Disso decorre que não poderá haver nenhum poder arbitrário, sendo que o seu poder em seu máximo extremo, está limitado ao bem público da sociedade e que não poderá extrapolar seus poderes. Caso contrário, haverá uma quebra de confiança (o contrato proposto por Locke tem por base a confiança, considerando que todo poder dado em confiança para determinado fim é limitado por esse fim)<sup>28</sup>.

Destarte, para o Locke, o homem em seu estado natural é livre e o direito natural que possui é a liberdade. Ao pactuar no Contrato Social, tanto para o soberano como para os súditos, o contrato terá força vinculante. Caso seja desrespeitado por qualquer das partes, quebrará, não só a lei, mas a confiança ali depositada.

### **3.4. Contratualismo na obra de Montesquieu**

Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis”, elaborou conceito de governo e identificou os poderes exercidos pelo Estado, através de uma interpretação histórica e teleológica.

---

adormecido, desde que foi publicado este tratado consagrou-se a perseguir toda a liberdade pela força de seus argumentos e, de agora em diante, este modelo acanhado proposto por nosso autor servirá de Decálogo e de critério perfeito da política para todas as épocas futuras. Seu sistema tem pouco espaço. Reduz-se a isto: “Todo governo é uma monarquia absoluta”; e eis sobre o que ele se baseia: “Nenhum homem nasce livre” (LOCKE, p. 22).

28“De onde podemos concluir que a propriedade que um súdito tem em suas terras consiste no direito de excluir todos os outros súditos do uso dessas terras, mas não de excluir o soberano, quer este seja uma assembléia ou um monarca. Dado que o soberano, quer dizer, o Estado (cuja pessoa ele representa), se entende que nada faz que não seja em vista da paz e segurança comuns, essa distribuição das terras deve ser entendida como realizada em vista do mesmo. Em consequência, qualquer distribuição que ela faça em prejuízo dessa paz e dessa segurança é contrária à vontade de todos os súditos, que confiaram a paz e a segurança de suas vidas à discrição e consciência do soberano, e assim essa distribuição deve, pela vontade de cada um deles, ser considerada nula. É certo que um monarca soberano, ou a maioria de uma assembléia soberana, pode ordenar a realização de muitas coisas seguindo os ditames de suas paixões e contrariamente a sua consciência, e isso constitui uma quebra da confiança e da lei da natureza. Mas isto não é suficiente para autorizar qualquer súdito a pegar em armas contra seu soberano, ou mesmo a acusá-lo de injustiça, ou a de qualquer modo falar mal dele. Porque os súditos autorizaram todas as suas ações, e ao atribuírem-lhe o poder soberano fizeram-nas suas. Mas em que casos as ordens do soberano são contrárias à equidade e à lei de natureza é coisa que será examinada adiante, em outro lugar” (LOCKE, p. 85).

Conforme o autor, há “três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo que dependem do direito civil”<sup>29</sup>. O primeiro, é através dele que a lei é criada. O segundo administra o país nas relações nacionais e internacionais e o terceiro aplica as sanções previstas quando desrespeitado o preceito.

Afirmava a existência de um contrato social e acreditava que, na condição original do homem, embora o temor pudesse induzir os homens a evitar uns aos outros, as marcas desse temor, sendo recíprocas, logo os levariam a se associar.

Para Montesquieu, o cidadão tem liberdade para exercer a sua própria vontade e a liberdade política constitui a segurança ou na opinião que se tem de sua segurança<sup>30</sup>.

Destarte, quando o poder é exercido por uma única pessoa, haverá o absolutismo. Por isso, há necessidade de que haja a repartição de poderes, garantindo a liberdade de todos.

### 3.5. Contratualismo na obra de Rousseau

Jean-Jaques Rousseau é considerado um dos principais filósofos do movimento iluminista. Publicou o livro “O contrato social” o qual explorou a ideia do contrato social. Tem por fim analisar e investigar a administração de um Estado de forma legítima e segura.

Primeiramente analisa as primeiras sociedades. Afirma que a primeira sociedade existente e natural é a família e esta existe pela lei natural da sobrevivência.<sup>31</sup>

Rousseau nega o direito do mais forte, mas o será quando transformada a força em direito e a obediência em dever. O ser humano só deve obedecer às autoridades legítimas. Entende que o indivíduo entrega a sua liberdade e autonomia para a “vontade geral”.

---

29MONTESQUIEU. **O espírito das leis**, p. 167.

30“O cidadão poderá ser livre e a constituição não o será. Nestes casos, a constituição será livre de direito, e não de fato; o cidadão será livre de fato, e não de direito.

Somente a disposição das leis, e mesmo das leis fundamentais, forma a liberdade em sua relação com a constituição. Mas, na relação com o cidadão, costumes, maneiras, exemplos recebidos podem fazê-la nascer; e certas leis civis podem favorecê-la, como veremos neste livro” (MONTESQUIEU, p. 89).

31“Esta liberdade comum é uma consequência da natureza do homem. Sua primeira lei consiste em proteger a própria conservação, seus primeiros cuidados os devidos a si mesmo, e tão logo se encontre o homem na idade da razão, sendo o único juiz dos meios apropriados à sua conservação, torna-se por si seu próprio senhor. É a família, portanto, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo a imagem dos filhos, e havendo nascido todos livres e iguais, não alienam a liberdade a não ser em troca da sua utilidade. Toda a diferença consiste em que, na família, o amor do pai pelos filhos o compensa dos cuidados que estes lhe dão, ao passo que, no Estado, o prazer de comandar substitui o amor que o chefe não sente por seus povos” (ROUSSEAU, p. 5).

No capítulo VI, intitulado “Do pacto social”, Rousseau entende que as pessoas se reúnem para preservar a sua existência, unindo forças por agregação, devendo preservar a liberdade de cada homem. Há uma alienação total de todos os associados, com todos os seus direitos, em favor da comunidade. Assim, haverá uma união perfeita.

Quanto à escolha do soberano, somente através do da deliberação pública é que poderá obrigar todos os vassallos ao soberano. Este, deverá ser escolhido entre um de seus membros, ficando vinculado ao contrato.<sup>32</sup>

Quanto ao interesse, afirma que, a partir do momento da vinculação do contrato social, a vontade geral prevalecerá perante a vontade individual.<sup>33</sup>

Assim, a metodologia utilizada para a elaboração da teoria do contrato social proposto por Jean-Jaques Rousseau foi a análise da sociedade em seu início. Constatou que as primeiras sociedades eram formadas pelas famílias, de forma natural. Ao sair desta família, passa a ter igualdade e liberdade, como os seus genitores. Portanto, todos são iguais e possuem os mesmos direitos. Ao realizar o contrato social, tem por princípio o abandono da liberdade individual para a conquista do bem comum, abandonando a liberdade em favor do benefício que haverá na sociedade. Quanto ao soberano, este deve ser escolhido dentre aqueles que se agregaram.

---

32“Tão logo se encontre a multidão reunida num corpo, não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, menos ainda ofender o corpo sem que os membros disso se ressentam. Assim, o dever e o interesse obrigam igualmente as duas partes contratantes a se auxiliarem de forma recíproca, e os próprios homens devem procurar reunir sob essa dupla relação todas as vantagens que disso dependem” (ROUSSEAU, p. 11).

33“Com efeito, cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrária ou dessemelhante à vontade geral que possui na qualidade de cidadão. O interesse particular pode faltar-lhe de maneira totalmente diversa da que lhe fala o interesse comum: sua existência absoluta, e naturalmente independente, pode fazê-lo encarar o que deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda será menos prejudicial aos outros que o pagamento oneroso para si; e, olhando a pessoa moral que constitui o Estado como um ser de razão, pois que não se trata de um homem, ele desfrutará dos direitos do cidadão, sem querer preencher os deveres do vassallo: injustiça, cujo progresso causaria a ruína do corpo político.

A fim de que não constitua, pois, um formulário inútil, o pacto social contém tacitamente esta obrigação, a única a poder dar forças às outras: quem se recusar a obedecer à vontade geral a isto será constrangido pelo corpo em conjunto, o que apenas significa que será forçado a ser livre. Assim é esta condição: oferecendo os cidadãos à pátria, protege-os de toda dependência pessoal; condição que promove o artifício e o jogo da máquina política e que é a única a tornar legítimas as obrigações civis, as quais, sem isso, seriam absurdas, tirânicas e sujeitas aos maiores abusos” (ROUSSEAU, p. 11).

## 4. POSITIVISMO E O DIREITO NATURAL

### 4.1. Da distinção entre direito natural e direito positivo

Positivismo jurídico deriva da locução direito positivo contraposta ao direito natural. O direito positivo é o direito por convenção ou posto pelos homens. Já o direito natural é aquele que que está na própria natureza do ser humano.

Norberto Bobbio distingue o direito positivo do direito natural da de seis critérios

O primeiro critério é o da universalidade ou particularidade<sup>34</sup>. Este critério tem por base a validade do direito em determinado território. Enquanto o direito natural abrange todas as pessoas e, portanto, universal, o direito positivo é válido apenas em determinada região, limitando-se ao território de determinado Estado.

O segundo critério é o da imutabilidade do direito. Enquanto o direito natural é imutável, o direito positivo é mutável<sup>35</sup>.

Considerando que o direito natural, conforme São Tomás de Aquino, nos é dado por Deus, está contido em todos os seres humanos. Aristóteles também considerava o direito natural como imutável, mas que advinha da própria razão humana.

Já o direito positivo ele é mutável por circunstâncias da própria evolução e cultura da sociedade. Assim, as leis variam conforme os povos.

O terceiro critério de distinção proposto por Norberto Bobbio, refere-se à fonte do direito<sup>36</sup>.

O direito natural tem por fonte a razão do ser humano, que consegue distinguir o certo do errado. Já para São Tomás de Aquino, o direito tem por fonte Deus, através das leis eternas. Já o

---

34“a-) o primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. – 1ª definição);” (BOBBIO, p. 22)

35“b-) o segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst. – 2ª definição -, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo” (BOBBIO, p. 22)

36“c-) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. – 1ª definição -, Grócio)” (BOBBIO, p. 22)

direito positivo, a sua fonte é o legitimado a produzi-la, ou seja, a fonte poderá ser o soberano, o Poder Legislativo ou o próprio Poder Judiciário.

O quarto critério utilizado é o modo pelo qual o direito é conhecido pelos povos, que também está ligado ao critério da fonte que o emana<sup>37</sup>.

Quanto à origem das leis, não é possível estabelecer o seu início, considerando que, desde a antiguidade, há registros de legislações como escritos bíblicos, Código de Hamurabi e Leis Romanas. Inclusive, na Grécia antiga, há escritos sobre a característica coercitiva da lei.<sup>38</sup>

Com a invasão bárbara, desaparece a antiga filosofia clássica da natureza, sendo a bíblia a fonte na Alta Idade Média.

São Tomás de Aquino, reconheceu o valor da filosofia pagã, separando a religião do direito. Considerava as leis eternas como inalcançáveis. Porém, o reflexo das leis divinas era a lei natural que fundamentava as leis do homem.

A concepção teológica da lei era que se tratava de uma ordem imperativa que proíbe ou permite, devendo ter fundamento moral, completando ou adaptando às circunstâncias da história temporal.

O quinto critério é o objeto de cada uma dessas espécies de direito.<sup>39</sup>

Tanto o direito natural quanto o direito positivo regulam condutas humanas. Hans Kelsen, em sua obra “Teoria pura do direito”, sobre a norma, esta tem por objeto o fato externo, constituindo um ato jurídico processado no espaço e tempo. O que transforma um fato em um ato jurídico é a lei<sup>40</sup>.

---

37“d-) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através da nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação)”(BOBBIO, p. 22 e 23)

38“Contudo, a literatura grega não deixa de mencionar o assunto; ele aparece – não, porém, de modo conclusivo – sob uma forma que pressagia a que, no início do século XIX, Austin (seguindo Bentham) lhe daria. Aristóteles insiste em que a lei tem o caráter de um “tipo de comando” (no sentido de regulamento ordenador: *táxis tis*); a boa lei deve significar boa ordem. Mas a lei tem força coercitiva (*anankastiké dynamis*), diz ele, sendo o produto racional da mente e da ponderação”(KELLY, p. 22).

39“e-) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Grócio)”(BOBBIO, p. 23).

40KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 20.

A diferença quanto ao conteúdo não está no fato regulado, pois o direito positivo poderá ter as mesmas prescrições que o direito natural, mas sim na conduta moral. Enquanto o direito natural prevê uma conduta justa ou injusta, boa ou má, o direito positivo determina condutas lícitas ou ilícitas.

Por fim, o sexto critério se refere à valoração da conduta.<sup>41</sup>

A lei é desprovida de valor por se tratar de uma ordem coercitiva. Já o direito natural tem por base a moral, estabelecendo aquilo que é bom.

Norberto Bobbio entende que a diferença entre o direito natural e o direito positivo está na sua gradação, ou seja, uma espécie de direito é considerada superior a outra e, portanto, estão situadas em planos diferentes, mas ambos pertencem ao estudo do Direito<sup>42</sup>.

Na época clássica, o direito natural não era superior ao direito positivo, sendo que o direito particular prevalecia sobre o geral. Já na Idade Média, o direito natural é considerado superior ao positivo, considerando que se trata de uma norma fundada na vontade de Deus<sup>43</sup>.

## 4.2. Direito natural

Na época da Reforma, o direito natural começou a ser desligado do aspecto religioso e começou a existir por causa da razão.

Locke afirmou que “a razão, que é aquela lei”, fazendo uma paráfrase com o direito natural.

Já, Hobbes, não afirmou a existência de um direito natural, mas um conjunto de máximas prudenciais sugeridas pela observação e pelo desejo de melhorar a condição bestial do homem no suposto estado original da natureza.

Grócio, por sua vez, entendia pela existência de um direito natural que teria validade mesmo se Deus não existisse ou não se interessasse pelos assuntos humanos. Teve como ponto de partida um conjunto de princípios utilizáveis para as relação entre os Estados e indivíduos, observando que o homem é um ser sociável por natureza.

Para John Kelly, Grócio foi o primeiro pensador dos direitos naturais – ele apresentou a primeira reconstrução de um sistema jurídico propriamente dito a partir do conceito de direitos

---

41“f-) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo aquilo que é útil”(BOBBIO, p. 23).

42Ibdem, p. 25.

43Ibdem.



em vez do de leis. A partir de sua obra, pode passar para uma concepção do direito da natureza como algo que consiste essencialmente na obrigação de preservar a paz por meio da demonstração de respeito pelos direitos dos outros, e assim, os direitos vieram a usurpar toda a teoria do direito natural<sup>44</sup>.

Espinosa também negava o direito natural entendendo que as leis ou regras da natureza, de acordo com as quais todas as coisas acontecem, isto é, o que é naturalmente impossível. Nada, pela lei da natureza, é absolutamente proibido, a menos que seja fisicamente impossível.

Com o renascimento, o homem se colocou no centro do universo. Enquanto na Idade Média existia um sistema subordinado a uma ordem transcendental, o Renascimento procurava explicar o mundo através do homem e de suas exigências. Isso se dá através da razão.

Surge, neste período, a Escola do Direito Natural, que se distinguia da concepção aristotélica (nesta, primeiramente temos a lei para depois pensar no agir segundo a lei, enquanto naquela primeiro o indivíduo com o seu poder agir, para depois se pôr a lei).

Colocando o homem em primeiro plano, começam as indagações sobre a origem do direito e da sociedade.

### 4.3. Direito codificado

O Direito Codificado, sendo válido apenas o que constar da lei, teve por origem a escola da exegese<sup>45</sup>.

Afirmava que ao juiz era somente possível ter por base a lei para resolver qualquer controvérsia, não podendo ser aplicado, nem subsidiariamente, o direito natural.<sup>46</sup>

Hobbes entendia que através da produção das leis o soberano impunha o direito, opondo-se ao direito natural e a *common law*. Portanto, o direito não é o direito natural, mas sim a autoridade soberana.

O sistema da *common law* está contra o rei e o parlamento, porém com a codificação, há defesa contra o arbítrio, limitando também o poder judiciário. Esta exigência estava ligada às

---

44KELLY, John. **Uma breve história da teoria geral do direito ocidental**, p. 340.

45“A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código” (BOBBIO, p. 83).

46Ibidem, p. 85.

diversas fontes e a sobreposição do direito consuetudinário e do rei, abrindo à discricionariedade do Poder Judiciário.

Conforme Gianluigi Palombella, “Beccaria pressupunha que ao juiz deveria ser permitido apenas o seco silogismo perfeito”<sup>47</sup>.

Bentham conjugou entretamente princípios morais a consequência jurídica, por meio do conceito de legislação. Ele assume o proveito da comunidade como objetivo fundamental e o dimensiona em termos de somatório do interesse pela felicidade de cada indivíduo. No campo moral ele defende a possibilidade de uma definição objetiva e universal das regras morais e, no campo jurídico, a necessidade de uma certeza da legislação que deve ser alcançada por meio da codificação do direito. A sua principal crítica ao sistema da *common law* está na impossibilidade do controle sobre o direito jurisprudencial, sendo excessiva a autonomia das decisões judiciais, inclusive violando o princípio da irretroatividade das normas<sup>48</sup>.

Portanto, tanto Bentham como Hobbes estabeleciam a coincidência entre o direito e o comando do soberano.

Bentham, em sua obra Introdução aos princípios da moral e da legislação, faz diversas críticas ao *common law*, dentre elas, a incerteza, falta de controle popular e a criação do direito pelo judiciário.

A incerteza se dá pela falta de previsibilidade e ausência de fonte. Enquanto que a lei possui o caráter geral, o precedente se dá no caso concreto. Não provém de uma fonte previamente estabelecida, mas sim através de uma decisão do Poder Judiciário.

Se o direito é emanado da decisão judicial, sendo aplicada em um caso concreto, também não haverá controle preventivo e repressivo sobre a sua validade.

No Código Prussiano, desvinculado da tradição romanista, substituiu, por inteiro, o direito comum. O direito particular (estatutos citadinos e os costumes) mantiveram-se em vigor, sendo que o Código supriria as lacunas. Continha a proibição da interpretação pelo juiz e a obrigação de resolver os casos dúbios, recorrendo à comissão legisladora, para interpretação autêntica.

Com a Revolução Francesa, introduziu o princípio da igualdade perante à lei, que veio com o Código Civil de 1804, através de uma ordem racional do Direito. Foi elaborado por uma comissão de juristas formada por Napoleão em 1800, encarregada de abrandar os excessos racionalistas e jusnaturalistas da fase revolucionária e de conciliar as proclamações de um direito

---

47PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**, p. 104.

48Ibidem, p. 105.

natural universal. Neste sentido, o direito natural tornou-se ciência. Este Código representou a unidade e a universalidade do direito. Observou ainda, através da Escola da Exegese, a consagração da letra do Código.

A lei, portanto, tornava-se a única e última fonte do direito. Eram o legalismo, o estatismo jurídico e o juspositivismo características dominantes da filosofia e da teoria do direito francês de todo o século XIX. Não só todo o direito é direito positivo (não direito natural), como também todo o direito positivo é a lei (portanto, não também o direito consuetudinário ou a elaboração jurisprudencial).

Na Alemanha, a atitude à codificação foi mais tardia do que na França. Prevalencia a historicidade do que a codificação ou ao jusnaturalismo.

Thibaut elabora a resposta iluminista e nacional à novidade codificadora francesa. Não abandona o direito natural, mas auspicia-lhe uma expressão coerente em termos de direito positivo.

Savigny, por sua vez, conservador da estrutura da ordem social alemã, anti-iluminista, recorre ao “espírito do povo”. Quanto ao método, interpreta uma convicção difusa, que no código francês, os elementos políticos da legislação tiveram maior influência que os técnicos, interrompendo a tradição jurídica e reduzido a ciência jurídica a uma interpretação esvaziada da capacidade de elaboração criativa. Para ele, a codificação é imaginada como uma espécie de consolidação, de definição escrita de um direito já historicamente constituído, uma visão pandecteísta (compilação dos pareceres dos juristas romanos).

#### **4.4. Da relação entre o direito positivo, direito natural e a teoria do contrato social.**

Após analisar o direito positivo, o direito natural e a teoria do contrato social, é possível observar a relação entre estes institutos.

O direito natural é aquele inerente ao ser humano, que foi dado por Deus ou descoberto pela razão humana. Já o direito positivo, é aquele que considera válido como direito apenas a lei.

Foi analisado, ainda, que na era clássica e média, o direito positivo se contrapunha ao direito natural. Bobbio, por sua vez, mencionou que na verdade não se trata de incompatibilidade, mas de graus diferentes.

Após o desenvolvimento da teoria do contrato social, que conseguiu trazer a democracia para a população, o direito positivo ganhou muita força, pois se as pessoas se unem para garantir a própria sobrevivência e, para tanto, precisam disciplinar regras de convivência, a lei passou a ser obrigatória.

O *common law* não traz segurança jurídica à população, pois diante de um caso concreto, não é possível ter previsibilidade no julgamento, dependendo dos preconceitos que os juízes possuem naquele momento.

Assim, haverá a verdadeira democracia quando os próprios componentes do contrato social fazem as suas regras de convivência.

Destarte, o contrato social está intimamente ligado ao positivismo jurídico.

Contudo, não há como se negar a existência do direito natural. Basta a simples consciência de que matar é errado. O direito natural tem por função direcionar o ser humano à condutas corretas. Assim, eles também são fontes do direito, mas fontes mediatas, as quais se prestam ao legislador ao elaborar as leis para a sociedade.

Portanto, direito natural, direito positivo e a teoria do contrato social estão intimamente ligadas, pois se existe um direito inerente a todos os seres humanos e há necessidade de elaborar certas regras para que todos aqueles que vivem em uma determinada sociedade, o contrato social é a forma em que as pessoas possam se associar, visando o bem comum; as leis são as regras de convivência, que deve ter por norte o direito natural na elaboração destas regras.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve por objetivo analisar a existência de relação entre a teoria do contrato social, positivismo jurídico e o direito natural.

A primeira seção abordou o aspecto histórico para poder ser analisado o período anterior ao contratualismo. Assim, foi verificado os principais acontecimentos históricos dos séculos XIV, XV, XVI, XVII e XVIII.

No século XIV, por causa do renascimento, retomou-se a cultura clássica pagã e, com isso, o homem passou a ser novamente o objeto desta época.

Com a reforma protestante, principalmente a proposta por Calvino, a fé foi buscada através de atos objetivos e concretos, ao invés de apenas contemplar à Deus nos mosteiros. Era

a chamada ética protestante. Com efeito, principalmente na Inglaterra, houve um grande desenvolvimento econômico e científico.

No século XVIII, a estrutura, ainda da Idade Média, foram fraturadas, surgindo discussões sobre como o Estado deve se organizar, a partir da análise da formação das primeiras sociedades.

Na segunda seção foi analisado o conceito e as teorias sobre o contrato social. É uma teoria sobre a associação de pessoas, preservando a liberdade e produzindo um corpo coletivo que tem por fim preservar o bem comum.

Para Hobbes, as pessoas se uniam para se autopreservarem. Em sua obra *Leviatã*, sugere que os homens devem se sujeitar a um soberano, evitando um mal maior. Por isso, sujeitavam-se ao soberano, que não estava limitado por qualquer contrato.

Já para Locke, o homem em seu estado de natureza tinha a liberdade, o direito à vida e propriedade. Sendo que todas as pessoas nascem livres, elas podem pactuar e aderir ao contrato social. O soberano deve ser escolhido dentre aqueles que pactuaram, ficando também vinculado ao contrato. Por se tratar de uma entrega de confiança, não poderá haver qualquer tipo de governo arbitrário, sendo que o poder em seu máximo extremo está limitado ao bem público da sociedade. Caso isso ocorra, haverá a quebra do contrato e a perda da confiança.

Montesquieu, identificou os Poderes do Estado e elaborou a sua separação. Afirmava a existência do contrato social e acreditava que, o homem em seu estado de natureza, embora houvesse o temor e induzisse a evitar uns aos outros, se associaram por ser um temor recíproco.

Rousseau, em sua obra “O contrato social”, verificou que as primeiras sociedades naturais eram as famílias que, após o término do poder familiar, os filhos se desvinculavam e se tornavam iguais aos pais. Afirmou que o ser humano só deve obedecer as autoridades legítimas e que entregava a sua liberdade e autonomia para a vontade geral. Por se agregarem, preserva-se a liberdade de cada homem. A escolha do soberano deve ser feita por uma deliberação pública, sendo escolhido um de seus membros, pois, assim, também ficaria vinculado ao contrato.

Por fim, na terceira seção, foi analisado o positivismo e o direito natural.

O positivismo é o direito por convenção ou posto pelos homens, enquanto que o direito natural é aquele que está na própria natureza do ser humano.

Norberto Bobbio distinguiu o direito natural do positivo através de seis critérios, quais sejam, universalidade, imutabilidade, fonte, modo de conhecimento pelo povo, objeto e valor.

O direito codificado foi defendido por Jeremy Bentham, criticando profundamente o sistema da *common law* inglês, principalmente por não haver certa previsibilidade e controle pela população.

Destarte, é possível verificar que o direito positivo ganhou força através da implantação da teoria do contratualismo. Se há reunião por agregação entre as pessoas, precisam estas deliberar sobre o direito que as rege. Assim, não há outra forma de se impor o direito, senão através de leis. Haverá previsibilidade e o controle pela sociedade trazendo segurança jurídica.

Quanto ao direito natural, não é possível concordar com a sua exclusão do direito, seja porque não tem o mesmo objeto, seja porque está em graus diferentes. O direito natural é a base para a organização da sociedade e poderá estar contido dentro do direito positivado. Ocorre que, pela necessidade do controle social, todas as leis devem ser deliberadas pelo povo. Portanto, para preservar o direito natural, este também deve ser posto, conforme as lições de São Tomás de Aquino. O direito natural deve ser positivado para que tenha a mesma validade que qualquer outra lei de convivência.

## REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril, 1974.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HOBBS, Thomas. **Os elementos da lei natural e política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HOMERO. **Ilíada**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

KELLY, John Maurice. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

\_\_\_\_\_. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Ediporo, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes (justificativa do novo CPC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social** São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002.
- VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das letras, 2007.