

Tranca a porta, gente, Cabeleira aí vem!
Sertão! Pedra Bonita!
Tragam uma virgem para D. Lampião! (187)

Estes módulos podem ser alterados a gosto, como no "Poema do Nadador", porque são livres de sucessividade lógica ou poética. O leitor pode pensar em outro tipo de composição como nos modernos móveis, que têm aqui um precursor. Se é certo que o poeta não autorizou tal liberdade, também é seguro que temos obrigações para com a poesia, interpretando-a na medida dos nossos conhecimentos e descobrindo-lhe sempre novas possibilidades.

NOTA: os números que aparecem após cada citação indicam páginas de *Obra Poética*, de Jorge de Lima, ed. comple. em um vol. org. por Otto Maria Carpeaux, Editora Getúlio Costa, Rio, 1950.

Kelsen e a filosofia do direito

JOSÉ LUIZ MARQUES DELGADO

Visa o presente trabalho procurar apreender a natureza íntima do pensamento de KELSEN, exposto basicamente na sua "Teoria Pura do Direito" (2.^a ed., 1962, Armênio Amado, Lisboa). Ou seja, responder a esta pergunta: o que é essa teoria fundamentalmente, Filosofia do Direito ou Ciência do Direito? Ou, mais precisamente, a esta outra: pode ela ser considerada como Filosofia do Direito?

De fato, alguns intérpretes tem-na considerado como Filosofia do Direito. O que pretendo é mostrar, aqui, que tais interpretações não são fantasiosas, mas, antes, sugeridas por algumas passagens e até pelo espírito geral da obra de KELSEN. E indagar como isto pode ser feito, isto é, se se pode realmente tomar a doutrina kelseniana como autêntica Filosofia do Direito.

Antes disso, será preciso resumir essa doutrina a seu núcleo essencial mais significativo.

BREVE EXPOSIÇÃO DA REFORMA KELSENIANA

Chamemo-la, logo, de "reforma". Talvez, inclusive a mais profunda que se intentou fazer no pensamento jurídico do século XX.

KELSEN não o ocultou em nenhum instante. Desde o prefácio de sua "Teoria Pura do Direito", ele enunciava seus propósitos: o de desenvolver uma teoria jurídica "purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto", de tal sorte a aproximar os resultados da Ciência do Direito "do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão" (vol. I, p. V).

Adiante, esclarece que sua teoria “quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito?” (vol. I, p. 1), — significando isto que ela quer garantir um “conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa rigorosamente, determinar como Direito”.

Este, em linhas gerais, o grande objetivo perseguido pela “Teoria Pura do Direito”.

Então, o grande tema da reforma kelseniana vai ser o da definição do Direito. Para se obter essa definição, é necessário, segundo KELSEN, proceder a duas purificações: primeiro, à purificação que separa “o Direito e a Natureza”, título do seu primeiro capítulo, ou seja, o Direito e a ciência natural, especialmente a sociologia jurídica, separa o mundo do dever ser e o mundo do ser, isto que os homens fazem e aquilo que devem fazer (1); e, depois, à segunda separação, já agora dentro dos domínios do *dever ser*, entre o que deve ser por seu valor intrínseco (Moral, Direito Natural, Política, Justiça, Ideologia) e o que deve ser não por esse valor intrínseco, mas apenas porque é o conteúdo de normas jurídicas.

Direito: norma e sistema normativo

Separado desse material espúrio, o resíduo é o Direito, isto é, as normas jurídicas, ou, para ficar bem claro, as normas jurídicas positivas. (2)

(1) Nesta “breve exposição”, deixo de lado muitas idéias de KELSEN, mesmo das mais interessantes e importantes (como uma que teria lugar aqui, a do princípio de imputação, característico do conhecimento científico-jurídico, por oposição ao princípio da causalidade, do conhecimento científico-natural), para reter apenas aquelas que dizem respeito mais diretamente ao objeto do nosso estudo.

(2) Pois a Teoria Pura do Direito é (v. I, p. 1) “uma teoria do Direito Positivo”, e o Direito, segundo KELSEN, é sempre positivo, sendo mesmo pleonástica a expressão “Direito Positivo”. Toda a indagação sobre a justiça é deixada de lado, por cientificamente impossível, de vez que o valor “justiça” é essencialmente, segundo KELSEN, variável, mutável e relativo, incapaz, portanto, de propiciar a firmeza necessária à Ciência do Direito.

A norma é o Direito. Pois é ela que confere sentido jurídico aos atos humanos. É a norma que dá um significado especial — para tomarmos um exemplo de que KELSEN se vale — a uma determinada reunião, que, noutras condições, não passaria disto, uma reunião de seres racionais, mas que, pela norma converte-se num parlamento que vota leis. Ao longo de sua obra, é esta idéia principal que vai sendo repetida: “o Direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regula o comportamento humano” (p. 7). Norma e Direito se confundem, como KELSEN declara explicitamente: “na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito está contida a afirmação — menos evidente — de que são as normas jurídicas o objeto da ciência do Direito” (I, p. 135).

E essa visão do Direito como norma é tão radical, tão “pura”, que abrange todos os graus da hierarquia jurídica, todos os aspectos do “ser jurídico”, inclusive a sentença, que é também considerada uma norma, a saber, norma individual.

Ao mesmo tempo, essa visão postula a existência de um “sistema de normas”, que assegura a validade das normas integrantes deste sistema. Assim, a norma individual editada pelo juiz (a sentença) encontra sua validade numa norma superior (a lei), tanto a lei processual, de forma, quanto a lei substantiva, de fundo, e essas leis encontram, por sua vez, sua validade na Constituição. A sentença, isto é, “a norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico, é ela própria produzida por um ato jurídico que, por seu turno, recebe sua significação jurídica de uma outra norma” (v. I, p. 6) — e assim, de norma em norma, se vai estruturando a “pirâmide” normativa. (3)

(3) Duas idéias importantes, relativas a essa “pirâmide” de normas também serão, aqui, deixadas de lado:

a) a idéia de que em todos os níveis da pirâmide coexistem *criação e aplicação* do Direito (ao inverso da teoria tradicional, segundo a qual a criação do Direito caberia tão somente ao legislador, e a aplicação, ao juiz). Para KELSEN, a ordem jurídica é “um sistema de normas gerais e individuais entrelaçadas en-

KELSEN resume essa coordenação: “o fundamento da validade de uma norma só pode ser a validade de uma outra norma. (4) Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra é figurativamente designada como norma superior por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior” (v. II, p. 2). “O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação a seus destinatários. Apenas uma autori-

tre si de acordo com o princípio de que o Direito regula sua própria criação”. “Cada norma é criada de acordo com as prescrições de outra norma” — daí, a aplicação da norma superior. E a “lei é criação de uma norma geral dentro do marco determinado pela Constituição, (como) a sentença é criação de uma norma individual dentro do marco da lei”, observam AFTALION, OLANO e VILANOVA, “Introducción al Derecho”, 7a. ed. p. 866, Buenos Aires.

b) e a idéia do que KELSEN chama “norma de habilitação”, quer dizer, o outro polo da alternativa que a norma superior estabelece para a inferior: ou esta é criada com o procedimento e conteúdo determinados naquela ou *com qual-quer outro conteúdo e procedimento*, sempre que sejam convalidados pelo órgão para isto autorizado. A norma de habilitação é que fundamenta essa convalidação; ela serve, assim, para suprimir o conflito entre normas de diferente hierarquia, ou seja, para justificar a validade de leis inconstitucionais e de sentenças proferidas contra a lei.

(4) Eis aqui o postulado filosófico essencial ao pensamento kelseniano, ou seja, a meu ver, seu erro metafísico fundamental — o erro de sustentar a total independência das duas ordens, a do ser e a do dever-ser, dizendo que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um fato (expressão que compreende tanto o fato bruto da força quanto o fato eloquente da pessoa humana e de sua dignidade específica), mas apenas uma norma — o que é apresentado como uma evidência lógica. Ora, parece-me que se trata de um grave erro: se o dever-ser no ser não se funda, então fundar-se-á no *nada* (que é o que resta, tirado o ser). Fundar-se no nada é não se fundar absolutamente, ou seja, é a institucionalização do arbítrio, da vontade, do fato do poder. Tal é, em resumo, o segredo do pensamento kelseniano e, quiçá, a razão do seu sucesso. Na verdade, o dever-ser é um aspecto do ser, não pode ser senão assim, sob pena de não passar de um puro *nada*. Isto é o que a experiência comprova, é o que o fato da pessoa humana, com as exigências éticas que lhe são intrínsecas, atesta.

Aqui, fica claríssima a origem filosófica do sistema kelseniano: o pensamento de KANT, que trouxe para dentro do homem as rupturas iniciadas por DESCARTES e cavou um abismo na alma humana entre a razão pura e a razão prática, incomunicáveis. É no contexto kantiano que KELSEN se situa ao partir do postulado da incomunicabilidade entre o ser e o dever ser.

dade competente pode estabelecer normas válidas e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas” (v. II, p. 3).

Dados tais pressupostos, é claro que se tem de chegar a uma norma primeira: “a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar em uma norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade cuja competência teria de se fundar em uma norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada. O fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como *norma fundamental (Grundnorm)*” (vol. II, p. 4).

A Norma Fundamental

Eis-nos, assim, diante da descoberta máxima de KELSEN: a da norma fundamental, que dá validez a todo o sistema e além do qual não se pode passar.

Ora, qual é essa norma fundamental? qual o seu conteúdo?

KELSEN responde dizendo que todo o conteúdo desta norma reduz-se ao seguinte enunciado: “deve realizar-se a coerção sob as condições e na forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela” (v. II, p. 16). Ou, abreviadamente, a este outro: “devemos conduzir-nos como a primeira Constituição prescreve” (v. II, p. 16). Isto é: “é Direito tudo aquilo que for estabelecido pelo legislador originário e pelos órgãos por ele estabelecidos”. Ou, ainda: “obedece ao Constituinte originário”.

Tal norma é, como se vê, uma norma *formal*, que estabelece *quem* deve formular normas jurídicas, quem deve “pôr” essas normas (que, por isto mesmo, são chamadas *postas*) e

como deve isto ser feito. Não é uma norma material, que dissesse o que deve ser estabelecido pelo primeiro Constituinte.

Esta observação é da mais capital importância. Pois, segundo KELSEN, dois são os princípios de derivação de normas: o princípio estático e o princípio dinâmico, sendo que este aos poucos se vai substituindo àquele. De fato, à medida que a análise kelseniana retrocedia à procura do fundamento de validade de uma norma dada, subindo da sentença, norma individual, até à primeira Constituição e à norma fundamental, ia abandonando o princípio da derivação normativa estático-material, segundo o qual a validade da norma inferior dependeria de sua *coincidência ou concordância de conteúdo* com a norma superior, para conservar apenas o princípio de derivação normativa dinâmico-formal (5), segundo o qual a validade da norma inferior depende exclusivamente de ter sido ela estabelecida *pelo processo ou na forma determinada pela superior*. Assim, a norma fundamental não tem como conteúdo senão “a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora, ou — o que significa o mesmo — uma regra que determine como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental” (v. II, p. 7).

Em consequência, ela apenas fornece o fundamento de validade das normas por ela fundadas, nenhuma palavra tendo

(5) Observe-se como as palavras foram bem escolhidas. Um, KELSEN chama de princípio *estático*, porque, derivando as normas inferiores de uma concordância com o próprio conteúdo da norma superior, não variando este conteúdo, não variarão também aquelas normas, isto é, não sofrerá o sistema normativo assim constituído nenhuma alteração, permanecendo estático. E o outro, ele chama de princípio *dinâmico*, porque, ao contrário, derivando as normas inferiores agora não do conteúdo da norma superior, mas apenas do processo formal (relativo à formação das normas inferiores) previsto na norma superior, — não mudando também esta norma fundamental, nada obstante poderá mudar, e radicalmente, o conteúdo das normas inferiores porquanto na norma fundamental nada se prescrevera relativamente a este conteúdo. Sendo apenas formal, a norma fundamental suporta todo e qualquer conteúdo — daí porque o Direito, constituído a partir da norma fundamental, seria dinâmico, podendo mudar integralmente, ao passo que a Moral, não, por ser estática.

a dizer sobre o *conteúdo* de validade dessas normas. Tal conteúdo lhe é indiferente.

De tal modo que uma norma pertence a um dado ordenamento que se apoia nessa norma fundamental apenas “porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental e não porque tem um determinado conteúdo” (v. II, p. 8). De tal modo, também, que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito: não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica”, v. II, p. 10. (6) E, mais claramente ainda: “de acordo com a Teoria Pura do Direito, como teoria jurídica positivista, nenhuma ordem jurídica positiva pode ser considerada como não conforme à sua norma fundamental, e, portanto, como não válida. O conteúdo de uma ordem jurídica positiva é completamente independente de sua norma fundamental” (v. II, p. 56).

Eficácia

Uma vez compreendida a índole eminentemente formal da norma fundamental, ou, negativamente, o fato de que nenhum conteúdo material acha-se aí prescrito, ela consistindo apenas no dever de obediência ao Constituinte originário, sem de algum

(6) Mais adiante se falará diretamente desta proposição, para indagar se pode o jurista, não enquanto moralista ou homem simplesmente, mas mesmo enquanto jurista, permanecer indiferente ao próprio conteúdo das normas jurídicas. Mas, agora, baste assinalar a franqueza fria de tal afirmação. Qualquer conduta humana... a tortura, o assassinato, o estupro... podem ser conteúdo de uma norma jurídica, podem ser mandadas fazer por uma norma. (É claro que é isto o que KELSEN diz, e não que qualquer conduta pode ser conteúdo de uma norma no sentido de que umas por ela deverão ser proibidas e outras, permitidas; não, o que ele diz é que qualquer conduta pode ser permitida pelo Direito Positivo). Bem sei que assim, de fato, tem sucedido e ainda hoje sucede, na história do Direito Positivo. Que este, constituído pelo Estado, a partir da eficácia, ou da força, tem disposto barbaridades. Mas é inacreditável pensar que o jurista possa tranquilamente instalar-se no conforto do seu escritório e concordar com isto. O jurista... Como se sua missão fosse a de um simples e algo ridículo técnico em *leis* e não, justamente, como seu próprio nome sugere, um cultor do Direito, do *jus*, do “*id quod justum est*”...

modo limitar o conteúdo desse poder constituinte, — faltaria, para completar a compreensão desta norma, esclarecer *quem* é este constituinte originário.

É então que KELSEN aborda o problema da revolução, quer dizer, da alteração constitucional procedida não pelas vias normais, previstas na Constituição, mas por meios anormais, ilegítimos, na Constituição não previstos. E diz: “com o tornar-se eficaz da nova Constituição, modificou-se a norma fundamental” (v. II, p. 36). Nesta passagem descuidada (porque é evidente que, na terminologia kelseniana, o que foi modificado foi apenas a primeira Constituição e não a própria norma fundamental, que, esta, permanece sempre a mesma, dado que ela não dispõe senão que se deve obediência ao legislador originário; no caso, apenas mudou este legislador originário, como já observaram AFTALION, OLANO e VILANOVA, notas 72 e 73 à pág. 865), — o essencial a reter é a idéia da eficácia: constituinte originário é aquele que for eficaz, ou por outra, “de acordo com a norma fundamental de uma ordem jurídica estatal, o governo *efetivo* que, com base em uma constituição *eficaz*, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado” (v. II, p. 37). Ora, “uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas” (v. II, p. 37).

O Constituinte originário, a quem se deve obediência, consoante o prescrito na norma fundamental, é apenas, pois, aquele que conseguiu elaborar normas eficazes, quer dizer, globalmente e em regra, aplicadas e observadas pelos súditos. (7)

(7) Não é no movediço terreno da tautologia que se está pisando aqui? Deve-se obedecer ao legislador originário. Mas quem é este? É aquele que conseguiu obediência. Isto é, deve-se obedecer a quem conseguiu ser obedecido. Quem está conseguindo ser obedecido deve continuar a sê-lo. A razão da obediência acha-se no próprio fato da obediência.

Mas, muito pior que isto, não é de tautologia que se trata, senão, simplesmente, da institucionalização da força. Porque a norma fundamental, assim dissecada, se refere a duas diferentes obediências — uma, resultante de um dever (devo obedecer ao constituinte originário), e outra, resultante de um mero fato (constituinte originário é alguém que conseguiu ser obedecido). Ora, se a razão

KELSEN envereda, a seguir, por uma distinção que ele considera “um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista” (v. II, p. 38) — a existente entre validade e eficácia. E diz, em síntese, que a eficácia da ordem jurídica como um todo “é condição da validade, no sentido de que uma ordem jurídica como um todo já não é considerada válida quando cessa de ser eficaz” (v. II, p. 46). “As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma a regra basilar de sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz” (v. II, p. 47).

Assim se faz, consoante KELSEN, a “formulação cientificamente exata de que o Direito não pode, na verdade, existir sem a força, mas que, no entanto, se não identifica com ela” (v. II, p. 50).

O primado da ordem internacional

Ora, acontece que esse princípio da eficácia ou da efetividade, que, como se viu, opera como norma fundamental da ordem jurídica positiva estatal, é, na verdade, segundo outra observação de KELSEN, um princípio de Direito Internacional, que o professor vienense considera como “única ordem jurídica soberana, supra-ordenada a todas as ordens jurídicas estatais e delimitando-as, umas em face das outras, nos respectivos domínios de validade” (v. II, p. 51).

daquela obediência é clara (é o *dever* estabelecido na norma fundamental), nem por isto fico dispensado de indagar da *razão* desta outra obediência: por que, ou como, conseguiu o constituinte originário, a obediência que lhe confere justamente essa qualificação de constituinte originário? E o óbvio é que, como a resposta não pode ser dada por uma norma (a própria norma mais elevada, a fundamental, pressupõe o fato desta primitiva obediência), só pode consistir no fato da força. Há de ter sido pela força que uma pessoa qualquer conseguiu impor-se aos demais, conseguiu a obediência dos outros, ou seja, conseguiu a alta qualificação de “constituinte originário”, ao qual, então, dada essa qualificação, se deve obediência jurídica, segundo a norma fundamental.

Mais ainda: esta norma fundamental do ordenamento jurídico positivo estatal, norma suposta ou pressuposta, é, na verdade, uma norma *posta* pelo Direito Internacional, a saber, a norma da legitimidade dos governos estatais, que pode ser assim enunciada: “de acordo com o Direito Internacional geral, um governo que, independentemente de outros governos, exerce o efetivo domínio sobre a população de um determinado país, constitui um governo legítimo e o povo que vive nesse país, sob um tal governo, forma um Estado no sentido do Direito Internacional” (v. II, p. 52).

Por sua vez, o Direito Internacional, que exerce essa função de norma superior face aos ordenamentos estatais, inclusive pondo esta norma acima, norma “posta” do Direito Internacional e “suposta” pelo Direito Estatal, — também precisará de uma “norma fundamental que dê coerência e unidade e fundamentalmente a validade do seu sistema”. Tal norma não é a do “*pacta sunt servanda*”, que também é uma norma “posta” do Direito Internacional, mas sim a seguinte: “os Estados devem conduzir-se nas suas relações mútuas de harmonia com um dado costume dos Estados” (v. II, p. 54). (8) A norma fundamental do Direito Internacional, portanto, “institui o costume dos Estados como fato gerador de Direito” (v. II, p. 55). Também é uma norma formal, não material: “qualquer que seja o conteúdo que possam ter as normas assim criadas” (v. II, p. 55).

Teoria do Direito Positivo

Não concluamos esta “exposição”, sem referir a idéia que o próprio KELSEN faz de sua “Teoria Pura do Direito”. Não a considera ele — malgrado tenhamos inclusive falado de uma “reforma” kelseniana — uma teoria *nova*, como inaugurando um “novo método de conhecimento jurídico” (v. II, p. 27).

(8) De novo, a tautologia. Os Estados devem conduzir-se segundo os costumes, isto é, do modo como vêm habitualmente se conduzindo. Devem conduzir-se como, de fato, se estão conduzindo... Não a tautologia. Pior, de novo: a institucionalização, ou a legitimação dos fatos. Aliás, o Direito Positivo, KELSEN o confessa, não passa disso: “uma determinada ordem (ou ordenação) do poder” (v. II, p. 50). O Direito Positivo, sim, segundo parece. Mas, e o Direito?

O que ele diz a respeito de sua doutrina é que ela “apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem — quase sempre inconscientemente, — quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam (interpretam) o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica — quer dizer: a uma norma posta por uma autoridade supra-ordenada à autoridade jurídica; quando concebem o direito exclusivamente como Direito Positivo. A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivo desde sempre tem utilizado” (v. II, p. 27). (9)

(9) Que isto suceda ordinariamente, é assunto pacífico. De fato, todos entendemos — não só os juspositivistas, aí incluídos os “puristas” e os formalistas do Direito, mas também os jusnaturalistas — que os juristas ordinariamente trabalham sobre as leis, para interpretá-las e aplicá-las, “sem reconduzirem a validade (das mesmas) a uma norma superior de ordem metajurídica”, isto é, ordinariamente “concebem o Direito exclusivamente como Direito Positivo”. Mesmo quando uma norma positiva lhes parece injusta, nem por isto deixam os juristas de aplicá-la para aplicar, em seu lugar, a norma oposta, justa, decorrente de um legítimo Direito Natural. Ora, deve este fato ser tomado como definitivo a respeito da identidade absoluta que se quer reconhecer entre o Direito e o Direito Positivo? Penso que não. O advérbio “ordinariamente”, três vezes repetido, é neste contexto, fundamentalíssimo. A efetiva aplicação de eventuais normas injustas só pode se dar dentro de um *regime jurídico fundamentalmente legítimo*. Nele, é o próprio Direito Natural que recomenda, em nome do bem comum, ou do mal menor, que se cumpram as poucas leis injustas, ao invés de se subverter a ordem existente por meio de uma rebelião civil que poria em perigo bens maiores. A lição de SANTO TOMÁS é sempre oportuna, distinguindo a tirania tolerável (quando o tirano não viola senão ligeiramente os direitos dos cidadãos) da tirania intolerável (quando essa violação é gritante). E diz que se a tirania não é excessiva ou se deve ser passageira, melhor vale tolerá-la, para evitar as desgraças da guerra civil, “*pro bono pacis*”, — ao passo que, quanto à tirania deveras intolerável, sua lição é a de justificar o direito de rebelião, limitando-o, no entanto, por considerações ditadas pela prudência (cfr. “*De Regimine Principum*”, L. I, c. VI, e sobretudo a *Summa*, II-IIae q.42, a. e q.69, a.4). É claro, portanto, que não é legítimo inferir da atitude ordinária dos juristas para com eventuais normas injustas de um dado ordenamento, que constitui, no entanto, um regime jurídico fundamentalmente legítimo, — a conclusão de que esses juristas não reconhecem outro Direito senão o Positivo. É nos mo-

Quer dizer, a Teoria Pura do Direito é, como foi alertado desde a primeira linha de sua obra, “uma teoria do Direito Positivo” (v. I, p. 1). E sua filiação está bem nítida: essa teoria “não é de forma alguma algo assim de tão completamente novo e em contradição com tudo o que até aqui surgiu; ela pode ser entendida como um desenvolvimento ou desimplicação de pontos de vista que já se anunciavam na ciência jurídica positivista do século XIX” (v. I, p. VI).

UM EXEMPLO DA ATUALIDADE DE KELSEN

Um conceito formal de revolução

Apenas para se ter uma idéia da presença do pensamento de KELSEN na nossa realidade cotidiana, concreta e brasileira, e desfazer uma possível impressão de que esse seria um pensamento abstrato e estrangeiro, basta ver que foi exatamente ele que serviu de inspiração para uma explicação jurídica da brasileira revolução de março de 64 e do seu Ato Institucional, a formulada pelo prof. LOURIVAL VILANOVA da Faculdade de Direito do Recife.

Assinalando, primeiramente, a aparente contradição interna do movimento — feito para defender a legalidade constitucional, mas importando em quebra ou supressão da Constituição vigente — o prof. LOURIVAL VILANOVA observa logo que “uma revolução dentro dos limites de uma Constituição é impossível, pois a Constituição, entre outras coisas, precisamente estabelece vários métodos para elaborar direito novo, menos o método revolucionário”. Tais métodos são os contidos no artigos 217 (da Constituição então vigente, de 1946) se se tratasse

mentos extraordinários, é diante de um regime “jurídico” fundamentalmente injusto e intolerável, que a distinção se sobressai, e a consciência dos juristas é obrigada a reconhecer outro Direito além daquele Positivo, no caso, perverso e desumano. A história do nazismo, ainda tão recente, não pode nos permitir esquecer tais verdades. Agora, de fato, num regime fundamentalmente legítimo, a atividade ordinária dos juristas não precisa recorrer a outro Direito que o Positivo.

de elaborar direito novo em matéria constitucional; e nos artigos 62/72, se se tratasse de direito ou legislação ordinária. Ora, o “titular investido dessas funções é tão só o Congresso Nacional. Fora disso, qualquer outro método de produção jurídica é inconstitucional no sistema brasileiro”.

É que é preciso distinguir o conceito formal-jurídico de revolução e o conceito material-sociológico. Sob este segundo ponto de vista, revolução implicaria necessariamente numa “mudança social que afete estruturas ou modificações institucionais”. Ao passo que, sob o primeiro ponto de vista, revolução é apenas uma “interrupção da continuidade constitucional, pela irrupção de um poder de fato, o revolucionário, que produz efeitos jurídicos, sem encontrar na legalidade constitucional existente seu fundamento normativo”.

Estamos em plena doutrina kelseniana. Pois, se o poder de fato, o revolucionário, produz efeitos jurídicos sem encontrar na legalidade anterior seu fundamento, — de onde então tiraria ele esse seu fundamento normativo? Da norma fundamental, aquela mesma norma formal que apenas refere à eficácia, isto é, que estabelece a obrigação de se obedecer ao primeiro constituinte, isto é, àquele que está legislando eficazmente, que está exercendo um efetivo domínio sobre a população e estabelecendo normas que são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas.

Assim, triunfando a revolução, surge um novo “primeiro constituinte”: surge “um agente capaz de ditar o direito político que corresponde ao seu programa revolucionário”; é que a revolução “traz um titular de poder constituinte que juridicamente tudo pode, porque não tira a validade de seus atos da legalidade constitucional anterior, sendo justamente a ruptura da continuidade dessa legalidade”. É o “fato revolucionário, ele próprio, quem se juridifica”, porque “toda revolução é um fato histórico de poder e este, para ser eficaz, manter a segurança interna da comunidade e dar cumprimento às necessidades coletivas, mediante o aparelhamento dos serviços públicos, tem de pôr o Direito. Está na dinâmica revolucionária: o poder

estatui o Direito, o Direito oferece as condições necessárias ao exercício do poder, institucionaliza o fato do poder”.

Esta teoria da revolução já fora exposta por KELSEN, dizendo que “revolução, no sentido amplo da palavra, é toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição ou sua substituição por uma outra não operadas segundo as determinações da mesma Constituição” (v. II, p. 35). Pouco importando, inclusive, que tais modificações decorram de um emprego da força dirigida contra o governo então existente ou pelos próprios membros deste governo, tenha sido processada de “baixo para cima” ou, inversamente, de “cima para baixo”, seja, sociologicamente, golpe, quartelada, ou revolução propriamente dita. Nada importa, a não ser o fato de “a Constituição vigente ser modificada ou completamente substituída através de processos não previstos por ela”. Ocorrendo isto, uma situação de fato que substitui a Constituição anterior e consegue eficácia, obtém obediência, — então temos uma nova “primeira Constituição”, um novo “constituente originário”, realizando-se mais uma vez o mandamento da norma fundamental.

Necessidade de uma justificação material

No entanto, será de um tipo de justificação jurídica assim, meramente formal, que uma revolução necessita?

Assinale-se, logo, que não foi essa a justificação que o movimento de 64 deu de si mesmo. Não se apresentou à consciência da Nação apenas pelo seu próprio fato, pela sua própria realidade de força triunfante. Já o *Preâmbulo* do seu Ato Institucional formulava outra justificação: a de que “os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o país”; a da necessidade de “restaurar, no Brasil, a ordem econômica e financeira e tomar urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como em suas dependências administrativas”.

É evidente que inúmeros inconvenientes decorreriam da exclusiva adoção da explicação formal, a partir do fato de que ela também explicaria, e do mesmo modo, e com idênticas palavras, a vitória do grupo oposto, o que sugeriria até a inexistência de radicais diferenças entre os dois lados, reduzidos ao nível de facções em luta pelo poder. Ademais, poder-se-ia então censurar o movimento de 64 justamente por, reduzido ao puro fato da força vitoriosa, não ter nenhum programa, nenhum ideal, não consistindo senão no êxito do poder das armas. Por fim, tal explicação pode induzir espíritos mais fracos e discordantes do todo ou de partes do movimento de 64 a também tomar das armas para apeá-lo do poder — o que justificaria até os extremos do terrorismo e do sequestro: de fato, se aquele movimento não se justificaria senão por sua força (não por seu conteúdo), também não se precisará de razões senão somente da força, para derrubá-lo, nenhuma diferença de natureza havendo entre essas duas forças: seriam apenas forças de sentidos contrários...

A necessidade de uma justificação material era salientada pelo prof. LOURIVAL VILANOVA, ao final do seu trabalho: “a compreensão integral (do fato revolucionário) requer o exame do conteúdo programático da revolução, sua valia ou desvalia pelos fins que visa, o que importa numa tomada de posição existencial, política e valorativa, dependente da escala de valores que funciona com critério de aferimento do fato revolucionário”.

Ora, essa conclusão comporta duas observações.

A primeira observação é relativa à natureza dessa justificação material. Todo o problema consiste em saber se essa justificação é extra-jurídica (sociológica, política, moral, etc.) ou também jurídica. De minha parte, não compreendo as razões ocultas da insistência em negar a qualificação de jurídica a uma explicação assim, pelo conteúdo das normas. Não é de Direito que se trata, em suma? Bem sei que a explicação formal refere-se ao Direito Positivo — mas o essencial do Direito Po-

sitivo não é o conter ele normas (sejam elas quais forem), porém, antes, o próprio conteúdo dessas normas (assim, por exemplo, estudar o Direito Positivo não pode se resumir a saber simplesmente que nele existem normas, senão exatamente deve consistir no estudo do conteúdo mesmo dessas normas). Ora, como pretender que um exame material, de conteúdo, das normas jurídicas, isto é, dos comandos que nelas se estipulam, do "conteúdo programático da revolução" — exame esse que se reputa necessário — seria um exame inteiramente a-jurídico, ao qual o Direito deve permanecer indiferente? Como admitir-se que refletir sobre o *conteúdo de normas jurídicas* não seja uma reflexão propriamente *jurídica*? Claro que de nível diferente de outro tipo de reflexão: não se trataria evidentemente de uma reflexão *jurídica* do tipo da procedida pelo Direito Positivo, que parte das normas existentes; mas, sem dúvida, nem por isto deixaria de ser uma reflexão autenticamente jurídica, posto que é uma reflexão sobre o Direito.

A segunda observação refere-se àqueles valores que funcionam "como critério de aferimento do fato revolucionário". É indispensável definir de logo também a natureza desses valores: ou aquela escala de valores é *objetiva* (e, neste caso, o fato revolucionário poderá ser, com a possível nitidez, justificado por seus fins e se poderá falar, com sentido, de instituições "autenticamente democráticas", de um "limite intransponível" no processo de "publicização crescente do Direito", limite esse constituído pelo "sistema de direitos fundamentais do homem brasileiro, que tem sido nossa constante na instabilidade das Constituições, a nossa supra-legalidade constitucional"). Ou então, aquela escala de valores é *subjetiva*, e eu posso, indiferentemente, eleger uma outra, e, de novo, não há diferença alguma entre a escala de valores adotada pelo governo depositado em março de 64 e a escala de valores em nome da qual as Forças Armadas se levantaram, com o "apoio inequívoco da Nação" (*Preâmbulo* do Ato Institucional) contra a autoridade de seu chefe supremo, o Presidente da República, rompendo com a ordem constitucional vigente.

NATUREZA DA OBRA DE KELSEN

A interpretação de AFTALION, OLANO e VILANOVA

Podemos agora, uma vez exposto, brevemente e em linhas gerais, o pensamento de KELSEN e assinalado, mediante exemplo recente, sua plena atualidade, — entrar no mérito do nosso assunto, isto é, indagar sobre a natureza profunda do pensamento do mestre austríaco, condição elementar para a formulação de um correto juízo sobre o mesmo.

Aliás, AFTALION, OLANO e VILANOVA, na sua "sumária apreciação de conjunto" da obra de KELSEN (op. cit.) reconheceram também a significação essencial desta questão: "a pergunta mais importante com relação ao sentido das investigações kelsenianas podemos formulá-la da seguinte maneira: é a Teoria Pura *ciência* ou *filosofia jurídica*?"

KELSEN denominou-a simplesmente "Teoria Pura". Mas, é claro, essa designação apenas destaca a intenção que a presidiu, a de purificar o conceito de Direito tratado no ordenamento jurídico positivo; nada diz acerca de sua natureza sistemática, pois tanto poderíamos, à luz apenas de sua denominação, classificá-la como Teoria do Direito ou como Filosofia do Direito.

Se o nome com que KELSEN a batizou não serve a nossos fins, talvez se devesse indagar como o próprio KELSEN considerava sua obra. Quero crer que é como Teoria Geral do Direito que, fundamentalmente, KELSEN a concebia, não como Filosofia do Direito. Ou não é assim mesmo que ele abre o seu trabalho, afirmando que a "Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo, do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial" (v. I, p. I)?

No entanto, alguns de seus comentadores dão-lhe outra classificação. É o caso, por exemplo, dos argentinos AFTALION, OLANO e VILANOVA que expressamente a consideram como Filosofia do Direito.

Ora, penso que a solução dada por estes juristas sul-americanos — malgrado tenha o grande mérito de haver pressentido certa ambigüidade radical na obra do mestre vienense — baseia-se em alguns equívocos conceptuais que é preciso, de logo, desfazer.

Um desses equívocos estaria justamente no argumento utilizado por eles para afastar a outra qualificação: a “Teoria Pura do Direito não é ciência jurídica positiva (como o seria, por exemplo, um tratado de direito civil argentino)” (p. 878). Tal argumento dá a entender que ciências jurídicas positivas só seriam aquelas que se referissem a um ramo particular de um dado ordenamento jurídico, o qual, de resto, seria sempre, desde que o Direito hoje ainda se acha organizado em termos estatais, um ordenamento jurídico nacional. Não haveria então outra ciência jurídica positiva senão aquela que tratasse de um ramo particular (o Direito Civil, por exemplo) de um dado ordenamento jurídico nacional, estatal (o argentino, por exemplo).

Creio que não. Não apenas a esse tipo de disciplina se reduziriam as ciências jurídicas positivas. Porque é lícita alguma generalização maior desse objeto, sem que se saia, não obstante, do campo da “positividade”: assim, a ciência jurídica do *Direito Privado*, evidentemente mais geral que a do Direito Civil, desde que é compreensiva deste; ou a ciência jurídica de um dado direito nacional (exemplo: “Tratado de Direito Argentino”), disciplina que se dedicasse a pôr à luz os princípios fundamentais de um dado ordenamento jurídico; ou, ainda, a ciência jurídica comparada, onde se estudariam institutos jurídicos de dois ou mais ordenamentos nacionais diferentes, ou a existência de verdadeiras “famílias” entre esses ordenamentos. Todas, são ciências jurídicas *positivas*, de níveis sempre um pouco mais gerais do que a elementar “Ciência do Direito Civil Argentino”.

Na mesma linha de generalização, parece perfeitamente admissível uma Ciência Jurídica Geral, que estude os princípios basilares do Direito Positivo em geral, abstração feita tanto dos vários ramos particulares do Direito (Civil, Comercial,

etc.), quanto dos próprios ordenamentos jurídicos nacionais diferentes (Direito Argentino, Chileno, etc.). Que estude o próprio fato do Direito Positivo, a realidade que se chama Direito Positivo, para dissecar seus elementos fundamentais, sua constituição íntima, comum a qualquer ordenamento positivo histórico. Tal disciplina procuraria identificar os conceitos fundamentais que permitirão descrever o direito positivo de uma coletividade qualquer.

Tal ciência, ciência ainda, a mais geral das ciências jurídicas, chamemo-la *Teoria Geral do Direito*.

Por outro lado, por uma exigência da razão, impõe-se também uma outra disciplina, uma disciplina que se situe *além e sobre* o nível das ciências jurídicas positivas e tenha por escopo principal indagar do fundamento da ordem jurídica positiva, do *por quê* último do Direito Positivo. Tal disciplina deve existir? Evidentemente, porque se ela não existisse, também não existiria a razão humana. Na verdade, uma tal disciplina decorre de uma exigência da razão — esta incômoda razão humana que não nos permite parar onde nossas conveniências sugerem, mas nos impele sempre para diante, à procura de razões cada vez mais profundas e mais fortes, que radicalmente a satisficam. Tal disciplina, meta-jurídica (aqui, “jurídica” no sentido de relativa ao Direito Positivo) é exatamente a *Filosofia do Direito* — expressão perfeitamente adequada, posto que, como filosofia, é uma reflexão “radical”, isto é, que desce às raízes, não uma reflexão “positiva” mas uma procura de fundamentos; e “do Direito” porque este é seu objeto, os fundamentos que ela procura não sendo senão a essência última do fenômeno jurídico.

Uma interpretação mais complexa

Estabelecida, em linhas gerais, a distinção entre Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito, voltemos à questão inicial, indagando logo o que pensar daquela contradição entre a interpretação dada por alguns dos comentadores e a interpretação dada pelo próprio autor da obra.

Não sugere ela que a teoria kelseniana, ao invés de admitir uma interpretação simples, na verdade necessita de uma interpretação complexa, por ser ambígua e conter elementos tanto de Teoria Geral quanto de Filosofia do Direito?

Não se tenha receio de discordar do próprio autor quanto à natureza de sua obra: mais importante que indagar como o autor a viu (assunto antes de história das doutrinas e da história pessoal de cada autor), é indagar como deve determinada obra ser interpretada, pois muitas vezes a criatura adquire certa autonomia em face do criador e a obra parece ter uma existência própria, independente, desvinculada das intenções e das idéias que a inspiraram...

Ora, penso que o pensamento de KELSEN só pode ser corretamente compreendido se se reconhecer nele imensa complexidade que pode ser sumariada desta forma:

Primeiramente, deve ser tomado como Teoria Geral do Direito, na conformidade da visão do próprio autor, isto é, como ciência do Direito Positivo, que procura os elementos principais e gerais, comuns, nucleares, os conceitos fundamentais do Direito Positivo. É assim que a abordarei logo a seguir, para ressaltar seus inegáveis méritos, o primeiro dos quais é o corte metodológico a que KELSEN procedeu para o efeito de limitar com toda a clareza possível o exato trabalho do jurista positivo; deste ponto de vista, sua obra é, para o aplicador do Direito Positivo, o juiz, o advogado, o intérprete, todos os que lidam, no dia-a-dia, com as normas positivas (dentro de um regime jurídico fundamentalmente justo e legítimo, como anteriormente ressaltai), — absolutamente essencial. Nada obstante (e aqui antecipo algumas conclusões) não me pareça compreensiva de todos os aspectos do fenômeno jurídico positivo e haja doutrina que melhor explique, e mais integralmente, esse mesmo Direito Positivo.

No entanto, ela não pode ser reduzida à qualificação pura e simples de Teoria Geral do Direito. Não só porque KELSEN não procedeu àquele louvável corte metodológico (consistente

em estudar apenas o Direito Positivo, abstração feita de tudo o mais) por razões meramente de método mas na verdade por razões de fundo. Tanto é assim que se pôs a estudar temas além do Direito Positivo (por exemplo, o tema do Direito Natural, tratado no capítulo V, “Dinâmica Jurídica”, onde medita tanto sobre “a teoria da norma fundamental e a doutrina do Direito Natural” quanto sobre a própria “norma fundamental do Direito Natural”), tudo isto, aliás, para mostrar como o Direito Natural não pode servir de fundamento para o Direito Positivo.

Mas sobretudo porque ela expressamente cogita de uma questão nitidamente filosófica, já anunciada desde a primeira página de sua obra, quando ele diz que sua teoria “procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito?” Esta questão, como é óbvio, não pertence à Ciência do Direito (que apenas estuda o Direito Positivo) mas, integralmente, à Filosofia do Direito (a qual, se não tiver como objeto, a essência última do “ser” do Direito, simplesmente não terá objeto algum).

Ora, como é que KELSEN cogita dessa questão? Vai, ao longo de sua obra, discuti-la, pesar-lhe todas as opiniões no correr dos séculos sustentadas a respeito?

Não. Simplesmente aceita como um postulado a identificação entre todo o Direito e o Direito Positivo, falando, desde a primeira página de sua obra, da “legalidade específica do objeto do Direito”, e o caráter pleonástico da expressão “Direito Positivo”, todo Direito sendo necessariamente Positivo.

Deve-se, por conseguinte, dizer que a Teoria Pura kelseniana *supõe* uma Filosofia do Direito, à qual se acha umbelicalmente ligada e de que depende radicalmente. (10) Na verda-

(10) Então, nesse sentido, não é, de modo algum, “pura”. Justamente a “purificação” a que ela pretende proceder é filha direta, carnal, de uma filosofia jurídica sem a qual sequer pode ser concebida; donde, sob este aspecto (e não sob o aspecto em que utilizarei adiante tal expressão), o que é, é uma teoria “impura”.

de, ela constitui a *resposta* que determinada Filosofia do Direito dará ao problema da essência do Direito e ao estudo que, face a essa essência, se deverá fazer sobre ele. De fato, para uma Filosofia que reduza o Direito à lei posta pelo Estado, o saber mais geral que se poderá então construir a respeito do Direito é o que se contém na "Teoria Pura". Nesse sentido ela é a única "filosofia" possível de ser feita depois que uma concepção juspositivista tiver reduzido o Direito ao Direito Positivo e negado a legitimidade de uma indagação jurídica sobre o *valor* e a *justiça* das normas. Trata-se da tradução para a filosofia jurídica das limitações comtianas: a Teoria Pura não é para a Filosofia do Direito senão a mesmíssima coisa que a classificação das ciências seria para a Filosofia em geral, segundo o pensamento de COMTE. É tudo o que resta, é a ínfima obra que nos sobra fazer, depois que COMTE negou à Filosofia qualquer outro conteúdo, e KELSEN, à Filosofia do Direito, qualquer discussão daquele postulado gracioso.

Mas, aqui, é essencial distinguir o aspecto de *resposta* e o aspecto de *método* que conduziu a tal resposta.

Se a Teoria Pura pode ser considerada a *resposta* que determinada Filosofia deu ao problema da natureza do jurídico, não é, de modo algum, o método através do qual se chegou a tal resposta. Se ela *supõe* uma filosofia, então não é filosofia. Ela exige insistentemente uma verdadeira Filosofia do Direito dedicada a formular a *pergunta*, da qual ela será justamente a resposta, — e que cuide de discutir, o mais exaustivamente possível, essa pergunta. Ela exige uma Filosofia que o seja verdadeiramente, quer dizer, por seu *método* de análise radical, de indagação incessante, de repúdio a quaisquer postulados gratuitos.

Daí, por conseguinte, uma advertência seríssima: a da impossibilidade de tomar a Teoria Pura como autêntica Filosofia do Direito, pois se ela parte de um postulado que não discute, pode ser uma "resposta" filosófica, mas não uma pergunta, um método — e isto é o que a Filosofia é fundamentalmente: um

incessante perguntar. Qualquer que seja a resposta que a Filosofia do Direito der à natureza do seu objeto, o essencial é compreender que ela consiste exatamente nessa indagação sobre os fundamentos da ordem positiva, nessa indagação "radical" sobre a essência do fenômeno jurídico. Assim, aceitar um simples postulado (como o da norma fundamental ou o da identificação do Direito com o Direito Positivo) sem demonstração, se pode ser metodologicamente recomendável para o ponto de vista do cientista do Direito, — é, no entanto, o que de mais anti-filosófico pode existir.

Por outro lado, correlata a esta advertência, há que se fazer uma outra: a da impossibilidade de tomar a Teoria Pura tão somente como Teoria Geral do Direito. Porque ela supõe uma Filosofia Jurídica, para a qual representa uma resposta, a saber, o único saber geral possível para o Direito — a tal ponto que, sem essa vinculação radical, não pode ser corretamente compreendida.

Isto posto, estudemos a obra de KELSEN sob esses dois aspectos.

KELSEN E A TEORIA GERAL DO DIREITO

Parece inegável que, considerada como Teoria Geral do Direito (ciência geral do Direito Positivo), a Teoria Pura kelseniana representa contribuição realmente valiosa para esta disciplina. O corte metodológico a que KELSEN procedeu e a unidade que atribuiu à ordem positiva, fazendo-a derivar, integralmente, de uma norma fundamental pressuposta, — esclarecem, em grande parte, a atividade cotidiana de todos aqueles que vivem a aplicar as leis efetivamente vigentes em dada comunidade. A partir daquele corte, KELSEN pôde dissecar os elementos mais gerais e mais significativos do Direito Positivo, para revelar sua estrutura íntima e fundamental.

Ora, a importância deste estudo é óbvia.

Ninguém pode negar — nem mesmo os jusnaturalistas mais simplistas (11) — que o Direito, o fenômeno jurídico, atua na sociedade mediante certa estrutura de órgãos, certa organização do poder, isto é, que o fenômeno jurídico aparece ligado ao fato da autoridade que enuncia suas leis, ao fato do Estado. Não existe Direito atuante, isto é, Direito propriamente positivo, sem o Estado. Aliás, dirão os defensores do jusnaturalismo que é, inclusive, um preceito do Direito Natural este — o de que se constitua entre os homens uma autoridade (que é natural, na medida mesma em que a sociedade é *natural*, e a autoridade é essencial à existência da sociedade), a qual estabeleça leis a que se deve obediência. (12) A verdade, nisto, é que nem os defensores do Direito Natural pretendem sua direta e imediata aplicação aos atos humanos... Pelo contrário: o próprio Direito Natural supõe e exige um direito legislado que, esse sim, se aplique diretamente à conduta humana, adaptando os princípios do Direito Natural às situações históricas e às circunstâncias particulares da vida concreta. Então, o Direito Natural, também se aplica à conduta humana, porém só mediadamente, indiretamente, por meio desse outro tipo de direito,

(11) Do tipo, aliás, de jusnaturalismo que KELSEN concebe e a que se refere, isto é, tal que exclua a “possibilidade de vigência das normas que prescrevessem como justa a conduta oposta” (v. II, p. 62). A conclusão deste raciocínio simplista não é menos ingênua: é a de que, inexistindo tal situação, isto é, não impedindo o Direito Natural a existência de normas positivas injustas, então não existiria também o próprio Direito Natural... Adiante trataremos desta objeção. Agora, assinale-se apenas a ingenuidade da concepção de KELSEN.

(12) A norma fundamental não passa, na verdade, do “princípio de autoridade” do Direito Natural, pois apenas consiste no princípio de que deve ser constituída entre os homens uma autoridade. E mais: ainda é um “princípio de autoridade” deformado: pois, sendo de índole apenas formal não define *por que* se deveria obediência a essa “autoridade”. Falta-lhe dizer que deve ser constituída entre os homens uma autoridade *legítima*, que não é só aquela constituída segundo um acordo qualquer da comunidade, mas também aquela que enuncia ordens de razão, e que encontra nisso, na razão de suas normas, o fundamento da obediência que impõe. A boa e velha definição tomista de lei já punha em relevo todos esses aspectos: *ordenação da razão*, promulgada para o bem comum, por aquele que dirige a comunidade (a autoridade).

cuja existência ele postula. Obviamente, “positividade” (quer dizer, aplicação concreta, vigência, efetividade), quem tem é este outro direito que, por isto mesmo, chamamos de “Direito Positivo”. Mas, dada essa íntima e sutil relação, a “positividade” deste Direito chamado Positivo é, na verdade, e também, positividade do Direito Natural (na hipótese de que aquele Direito Positivo realize e não contradiga os preceitos deste Direito Natural), aliás, a única positividade que este Direito Natural teria e a que aspiraria ter, em sendo existente. São, assim, tipos ou formas de positividade diferentes — a do Direito Positivo, direta, aplicando-se imediatamente às condutas, e a do Direito Natural, indireta, através da do Direito Positivo — mas ambas “positividades”.

Ninguém pode negar, ainda, que o Direito propriamente positivo — que tem, assim, essa dupla função, de aplicador do Direito Natural e regulador diretamente, proximamente, da conduta humana — algumas vezes trai sua função e cria direito contrário aos princípios do Direito Natural. Neste caso, quem tem eficácia e vigência? Evidentemente, o Direito Positivo, que se define justamente — como a análise kelseniana o mostrou — pela vigência e pela eficácia. Mas não é impunemente que se ignoram os fatos, as realidades, a dimensão jurídica que deriva da realidade singular da natureza humana. Tudo o mais é um jogo de palavras — como o idealismo, em filosofia, admitindo a inexistência de coisas exteriores ao pensamento (ora, tal pensamento consiste justamente na adaptação ao real, num voltar-se para fora e apreender a natureza própria disso que lá está, como massa bruta, que me enfrenta e exige que eu a decifre; a inteligência é realista). Então, mais cedo ou mais tarde, protestará a razão e protestarão os fatos. E, seja por processos ordinários previstos na Constituição vigente, seja por processos extraordinários, propriamente revolucionários (13), o

(13) Já se disse que toda revolução tem um quê de jusnaturalista. Mas é preciso observar que isto não quer dizer que todas elas sejam sempre inspiradas pelos verdadeiros preceitos do Direito Natural. Senão, a ordem jurídica por elas “posta” a seguir, seria sempre conforme ao Direito Natural, não se podendo justificar jamais uma revolução seguinte, que viesse destruir esta nova ordem e substituí-la por outra.

Direito Natural imporá a reforma dessa ordem positiva contrária a seus preceitos. Não é o que acontece a todo momento na História? No Brasil, por exemplo (para citarmos um único caso, e brasileiro), não é exatamente isto o que explica a abolição da escravatura? Doutra modo — sem as superiores exigências da razão humana, mas não de uma abstrata e ideal razão idealista, à procura de ideais sem conteúdo, mas de uma razão concreta, uma razão que *via e lia* na natureza humana certas exigências básicas, e via também a absoluta impossibilidade de distinguir os homens pela cor branca ou preta da pele, — como entender que uma Assembléia, constituída, em sua maioria, de latifundiários, senhores de engenho, escravocratas de todos os tipos, terminasse proclamando da escravatura a abolição?

Em consequência, ninguém pode negar, e ninguém, de resto, nega o fato histórico da existência de “direitos” injustos, de legislações (positivas) verdadeiramente anti-jurídicas, isto é, contrárias ao Direito Natural porque violadoras da ordem ética que se depreende da natureza do homem. Tais legislações têm, não obstante, durante certo tempo, efetiva vigência. Mas logo, a razão humana e os fatos se rebelam, e a justa ordem das coisas é refeita.

Ora, como vimos, é necessária e oportuna uma Teoria Geral dessas ordens positivas, ou seja, uma Teoria Geral do Direito considerado apenas sob este aspecto, de Direito efetivamente vigente e eficaz, abstração feita da justiça ou injustiça de seu conteúdo. Não só porque há vários graus de injustiça nas leis, elas podendo ser mais ou menos contrárias ao Direito Natural, algumas inclusive podendo ser suportadas por ele sem implicarem num protesto veemente da razão humana (como já observamos a respeito das tiranias toleráveis) — mas também porque, durante o tempo de sua efetiva vigência, tal Direito (embora anti-jurídico) foi realmente existente e aplicado e regulou diretamente as condutas humanas.

Isto é o que KELSEN fez, considerada sua Teoria Pura como Teoria Geral do Direito, a partir da redução metodológica para delimitação exata do seu objeto — postulado metodológico esse que, como KELSEN o afirma, “não pode ser se-

riamente posto em dúvida, se é que deve haver algo como uma Ciência do Direito” (v. I, p. X). É uma *ciência do Direito*, portanto, o que ele desejou construir. Capaz, inclusive de sofrer críticas de todo mundo — os fascistas, os democratas liberais, os comunistas, os católicos, os protestantes, os ateus, como ele mesmo refere, surpreso (p. IX e X do Prefácio) — os quais simplesmente não viram que todos seus regimes políticos, todos os seus “Direitos Positivos”, o fascista como o comunista e o democrático, estavam perfeitamente justificados pela Teoria Pura. Na verdade, ninguém precisava brigar com ela; ela justificava tudo, todos os regimes...

A norma fundamental, núcleo dessa Teoria, é então não apenas um fundamento de validade das normas jurídicas positivas. Constituiu ainda um recurso de que KELSEN se utilizou — um postulado metodológico — para evitar a remissão da norma jurídica positiva a questões ideológicas, à Política, à Ética, à Metafísica, ao Direito Natural. É um postulado limitativo, com o grande mérito de definir as exatas fronteiras da Ciência do Direito Positivo, encarregada do estudo da norma positiva como é dada e não dos valores que nela se conteriam.

Ora, que pensar da obra de KELSEN mesmo sob este ponto de vista?

Se bem que pareça, em princípio, possuidora de inegáveis méritos, tanto do ponto de vista da intenção quanto de sua realização final, penso que, nada obstante, cabem algumas ponderações. Por exemplo (e aqui, os sub-itens vão assinalados por letras por serem apenas os exemplos destas ponderações que devem ser feitas à doutrina kelseniana, mesmo considerada como Teoria Geral do Direito):

a) *é necessária a norma fundamental?*

De fato, mesmo dentro da concepção juspositiva, ou do ponto de vista da Ciência do Direito, a noção de norma fundamental não será simplesmente dispensável, desnecessária?

Pois o que se dispõe nesta norma, de natureza meramente formal, é o preceito de que se deve obedecer ao constituinte

originário (isto é, àquele que já está sendo obedecido — princípio da eficácia).

KELSEN faz repousar a validade de um ordenamento jurídico positivo nesta norma, dizendo que todo ordenamento que dela derivar, seja qual for o seu conteúdo, é válido.

Ora, como é evidente, todo ordenamento jurídico positivo deriva da norma fundamental, porque todo ele é posto por uma autoridade competente e goza de eficácia, sendo globalmente e em regra aplicado e observado pelos súditos — senão não seria positivo.

Mas, se na própria noção de ordem jurídica *positiva* encontram-se tais elementos, para que se precisará recorrer a uma norma fundamental que dê validade a essa ordem positiva? A validade que a norma fundamental daria ao ordenamento jurídico positivo, este ordenamento já a tem, pelo fato mesmo de sua positividade. A norma fundamental parece uma redundância do caráter “positivo” desse ordenamento, o qual já possui, por sua “positividade”, a validade formal que a norma fundamental lhe conferiria. O de que ele necessita, isto sim, é de uma validade diferente, de conteúdo, de fundo, que legitime o próprio teor dos seus comandos.

b) *por que nada teria a Ciência do Direito a dizer sobre a criação do Direito?*

Em cada um dos graus da hierarquia das normas, da chamada “pirâmide”, o Direito apresenta-se, segundo KELSEN, como sendo simultaneamente *criação e aplicação*. O que significa que KELSEN faz intervir um elemento voluntário, arbitrário (criação), em todos os níveis da norma. (14) Pois, pelo

(14) Aliás, análise corretíssima, desde que se tire a noção de arbitrário. A eleição, realmente presente, em todos os níveis do jurídico, não pode consistir numa escolha cega, sem razões, sem motivos, que não precisa de se justificar — mas exatamente na procura, que se faz em todos os escalões da atividade jurídica, do *justo*, conforme ensina MICHEL VILLEY, in “Seize essais de Philosophie du Droit”, Dalloz, Paris, 1969, como adiante veremos.

procedimento intelectual, o intérprete apenas pode determinar quais são os limites impostos pela norma superior à criação normativa a que ele, por sua vez, procederá. A norma superior funciona como um *marco de possibilidades* — e nisso está o papel da inteligência: identificar essas possibilidades. Mas, para realizar a criação de normas que lhe compete, no seu nível da pirâmide normativa, impõe-se ainda um ato de vontade: deve o intérprete escolher, entre as várias possibilidades, uma. O sentido desta escolha, diz KELSEN, assume um caráter meramente político ou ideológico e por isto o mestre vienense se cala, nada nos dizendo sobre os critérios que devem presidir a essa escolha.

Ora, o que pergunto é se se pode afastar da ciência jurídica tão amplo aspecto da atividade normativa — tanto mais amplo quanto o próprio KELSEN demonstrou que a produção de normas não reside somente, como pensava a concepção tradicional, na criação de *leis*, mas se estende ainda até a sentença, norma individual, penetrando, de fato, todos os momentos da atividade jurídica.

Poder-se-á subtrair integralmente ao controle e ao estudo da ciência do Direito aspecto assim tão essencial da atividade jurídica? aspecto que se manifesta não apenas em certa faixa do Direito mas em tudo que é jurídico? Não é deixar muita coisa demais fora da consideração do jurista (e falo mesmo do jurista positivo, não do filósofo do direito, do qual nenhuma indagação pode, em princípio, ser subtraída)? Não é estranho pretender-se que o Direito seja somente norma, identificando-se em toda norma aplicação e *criação*, e, ao mesmo tempo, que este segundo aspecto de toda norma escape inteiramente ao estudo do Direito? Parece que é, no mínimo, deixar fora da Ciência do Direito metade do fenômeno jurídico...

Idêntica crítica é formulada por AFTALION, OLANO e VILANOVA, os quais assinalam que “se bem que a norma superior constitua um marco de possibilidades dentro do qual decide o juiz, esta decisão, a eleição judicial de uma das várias possibilidades, não deve ser injusta, senão, pelo contrário, deve

ser guiada por uma adequada compreensão do caso. Assim, se bem que o marco legal em matéria penal só assina um máximo e um mínimo de pena, é evidente que o juiz não deve aplicar arbitrariamente qualquer quantidade, dentro desse máximo e desse mínimo, senão deve, de fato, escolher a pena justa de acordo com as circunstâncias do caso e a personalidade do delinquentes" (op. cit., p. 879).

E se isto sucede com a sentença, norma individual, há de suceder igualmente com todas as outras normas, a lei, por exemplo: aos critérios de *criação* do Direito parece lógico que a Ciência do Direito não pode ficar indiferente.

Insisto em dizer que não é do ponto de vista da Filosofia do Direito que me coloco, mas, mesmo, da própria Teoria Geral do Direito. Pois, não parece uma veraz descrição do fenômeno jurídico, da sentença, por exemplo, dizer-se que o juiz aplica a pena que quiser, pura e simplesmente, sem referir o fato de que ele procura aplicar sempre a pena justa, procura a justiça do caso concreto (seja a justiça um valor objetivo ou subjetivo, isso é outra história — objeto típico da Filosofia do Direito). Será incompleta a Ciência do Direito que não se referir a tais critérios, nem que seja para dizer, ao menos, que, na sentença, deve o juiz procurar a justiça, deve estudar o caso em todas suas circunstâncias, em todos seus meandros, com um só objetivo: o de fazer justiça. Não para escolher, entre todas as hipóteses, uma qualquer, arbitrariamente, eleita só pela vontade, senão para, na verdade, identificar aquela hipótese que é a verdadeira, a justa, para aquela situação humana concreta com que se defronta. Por isto, a análise psicológica que salienta, na criação do Direito, um puro ato de vontade, uma escolha indiferente entre hipóteses de idêntico valor, é, do próprio ponto de vista da Ciência do Direito, irreal; porque não é isto o que o juiz faz, mas, sim, um ato de *inteligência*, a inteligência procurando a justa medida do caso dado.

E a Teoria Geral do Direito que não se referir a esta evidência, simplesmente não é compreensiva do fenômeno jurídico, porque não o abarca inteiramente. O Direito de que ela fala, é um direito deformado.

c) *por que desaparece a derivação material?*

O outro lado da produção jurídica — além da criação, a *aplicação* — também merece ponderações.

De fato: se, segundo KELSEN, em toda norma jurídica, há simultaneamente aplicação e criação, por que na norma basilar, a primeira Constituição, tal não haveria? Por que, nela, desaparece o aspecto de aplicação, para não conservar senão o de criação? Pois a norma fundamental apenas dissera "obedece ao legislador originário", isto é, a tudo que ele editar como lei, qualquer que seja seu conteúdo. A primeira constituição pode, então, criar o Direito que quiser, pois, nesta tarefa não estará aplicando nenhum Direito anterior.

Onde, pois, aí, a aplicação, que existiria em toda norma?

É claro que a Teoria Pura responderá que, na primeira Constituição também existe aplicação, a saber, aplicação da norma fundamental.

Mas avancemos um passo na análise, para manter a pergunta, algo modificada. É que, *em todos os níveis da pirâmide normativa*, havia aplicação *material*, menos aqui, onde só existiria aplicação formal. Falta a KELSEN justificar este postulado, o de que a fundamentação das normas que tem "inicialmente um aspecto material (conformidade de conteúdo, de norma a norma) e um aspecto formal (conformidade formal: a norma inferior sendo estabelecida na forma determinada pela superior)", — termine, no último nível da pirâmide reduzida ao aspecto exclusivamente formal. Por quê?

Disse que em todos os níveis da pirâmide há aplicação material. De fato. Mesmo a Constituição, não é só normas formais (quem está autorizado para legislar, e como) o que ela enuncia, mas também normas materiais (parte dogmática, conteúdo da produção legislativa futura, limites ao poder de legislar). E a própria primeira Constituição (o documento, por exemplo, que convoca uma Constituinte) bem pode não só dizer por quem e como será feita a Constituição, mas ainda limitar o pró-

prio trabalho constituinte, contendo assim não só normas formais como materiais. (Veja-se o exemplo da Constituinte de 1823: poderia ela, convocada pelo Imperador Pedro I, proclamar um Brasil *republicano*? E a Assembléia Constituinte de 1890, teria de fato o poder de proclamar o que quisesse, como “constituinte originário”, ou teria limitações na sua tarefa, mesmo materialmente, devendo, por exemplo, instituir um regime *republicano* e estando impedida de estabelecer a volta do Império?).

Ora, dada essa evidência de que coexistem normas formais e *materiais também* até na primeira Constituição, por que, na norma fundamental só existiria o aspecto formal? Ou seja: por que a norma fundamental servirá de fundamento tão somente das normas formais da primeira Constituição, e não, também, de suas normas materiais? Por que as normas materiais da primeira Constituição devem ser desprezadas, condenadas a não ter qualquer justificação, quando, em nenhum momento, deixaram de existir ao lado de suas privilegiadas irmãs, as normas formais, as que têm justificação? Por que se abandonou, e abruptamente (não progressivamente, como KELSEN pretende, pois vimos que até a primeira Constituição contém normas materiais), a derivação material para só identificar, no topo da pirâmide, a derivação formal? Este é, também, postulado que exige explicações...

d) *existirá realmente o primado da ordem internacional?*

O primado da ordem internacional de KELSEN parece-me altamente discutível, revelando antes um traço de temperamento, o de KELSEN, mais simpático às construções lógicas do que ao realismo.

Pois, a verdade é que o Direito Positivo ainda se acha hoje estruturado de forma eminentemente estatal, nacional. E, tanto quanto não se pode falar de um Direito Natural com efetividade direta, aplicando-se diretamente aos fatos, também não se pode falar de um Direito Internacional, construído por sobre as vontades estatais, a legitimá-las.

Não é o contrário o que ocorre? É que o Direito Internacional (Direito embora — não seja eu quem lhe negaria tal natureza, sendo as argumentações de KELSEN, a este respeito, excelentes) é sobretudo um Direito de coordenação, fruto do concerto das vontades estatais, estas, sim, fontes originárias da produção jurídica positiva. Em termos de Direito Positivo, não há realidade jurídica maior além da estatal.

Por isto, o que KELSEN faz é confundir dois tipos diferentes de Direito Internacional: um, fundante, básico, com a função de servir de fundamento das ordens jurídicas estatais, e que, por isto, não consistiria senão na fundamentação da norma fundamental estatal (isto é, no princípio de que é legítimo aquele “governo que, independentemente de outros governos, exerça efetivo domínio sobre uma dada população” — v. II, p. 52); e outro, fundado, Direito Internacional propriamente dito, consistente nos tratados, convenções, acordos, organismos internacionais, etc. Ora, deste último, a norma fundamental é aquela do “obedece aos costumes internacionais”, que outra não é senão a do obedece ao que (inexistindo constituinte originário na ordem internacional) os diversos Estados entre si, tácita ou expressamente, forem acertando, — o que redundaria, obviamente, em reconhecer a *primazia*, como fonte do Direito Internacional, das vontades estatais coordenadas.

Importa, pois, não confundir esses dois diferentes Direitos Internacionais, para não incidir no erro da generalização e dizer que o Direito Internacional, como um todo, funda o Direito Nacional, quando a análise mostrou que o segundo tipo de Direito Internacional é, ao contrário, pelo Nacional fundado.

Ora, o primeiro tipo, o fundante, de fato nem existe, dado que, como se viu, outra coisa não é senão a própria norma fundamental destes ordenamentos estatais. Estamos, aqui, numa dupla redundância: antes, foi dito que o próprio fato da “positividade” da ordem jurídica positiva dispensa o recurso a uma norma fundamental, posto que a contém; agora, porém, se se aceita a noção de norma fundamental, fica ainda mais evidente a absoluta desnecessidade de remissão a um Direito supra-

estatal, propriamente Internacional, que não teria nenhum outro conteúdo a não ser uma solitária norma, a norma fundamental.

Em conclusão: se no seu segundo tipo, o Direito Internacional é que depende do Estatal, no primeiro tipo, por confundir-se com a norma fundamental deste, é desnecessário. E, ao cabo, retorna-se à realista primazia da ordem jurídica nacional, isto é, à mera constatação de que o poder político e jurídico acha-se organizado não de forma universal, mas, antes, distribuído por várias comunidades estatais.

f) *não haveria teoria mais compreensiva do fenômeno jurídico positivo?*

As observações precedentes — como a relativa ao juiz no ato de proferir a sentença, a relativa ao legislador, seja mesmo o constituinte originário — sugerem a insuficiência da Teoria Pura, ainda considera como Ciência do Direito, para explicar o fato jurídico positivo. Ela não abarca, não explica, todo o fenômeno do Direito (e falo do Direito Positivo).

Parece-me muito mais completa, muito mais realista, mais integral, uma outra doutrina do mesmo Direito Positivo, como a que é formulada pelo prof. MICHEL VILLEY, no seu já citado “Seize Essais de Philosophie du Droit”.

Com uma agudeza de observação rara e feliz, ele toca fundo no centro do problema, criticando logo a noção corriqueira de que o Direito é um conjunto de normas jurídicas. Para ele, fazer o Direito consistir em normas significaria tomar um “produto derivado da atividade jurídica pela essência mesma do Direito” (op. cit., p. 16 e seguintes). As normas, as leis, são um instrumento de que se serve o juiz: “a lei lhe serve (ao juiz) de fio condutor, de eixo, de auxiliar, de guia na busca de uma solução justa; às vezes, de barreira fixa” (p. 21).

E a análise que MICHEL VILLEY faz do ato de interpretação e de aplicação da lei é, efetivamente, bem expressiva da

realidade: “eu notei quão pouco seu trabalho (de um intérprete do Direito) era escravo da regra legal; ele trabalhava com ela como com um instrumento. Partindo da evidência primeira de que sua parte deveria ter razão, eu o via procurando, através do arsenal de leis, uma demonstração precisa; questionando, entortando, adaptando a norma legal, tanto quanto ela o permitia; e ele não se confessava satisfeito senão quando obtinha da lei a resposta afirmativa, — a menos que, no curso deste trabalho, uma reflexão superveniente sobre a razão de ser de uma lei o tenha tristemente convencido da injustiça de sua causa. A regra escrita é menos o polo e o termo dos seus pensamentos do que uma etapa provisória, um ponto de referência, às vezes um limite. Eu concluí que a verdadeira fonte do Direito está situada acima da lei e acima de toda norma” (p. 22). Ora, que será então o Direito, se não um conjunto de normas? VILLEY retoma a definição antiga, desde ARISTÓTELES: é o *id quod justum est*. Esta é uma nova luz que ilumina todo o entendimento sobre o fenômeno jurídico segundo uma perspectiva nova.

Então, não mais se dirá que o juiz tem, sistematicamente, o direito de criar a norma que quiser, por um ato de vontade, e essa é sua tarefa pura e simples, abstração feita de tudo o mais, exceto dos limites fixados na norma legal, mas dentro dos quais ele age sem obedecer a nenhum critério especial. Não: o juiz, o que deve fazer, é procurar o *justo*, deve procurar a justiça para o caso concreto com que se defronta.

Por isto, ele leva em conta inclusive as leis arbitrárias, mal feitas, injustas — porque seu “dever é o de pesar todos os interesses em presença; ora, existe um interesse geral em que seja seguida uma solução uniforme ditada pelo poder de fato” (p. 32). E acrescenta VILLEY: “é porque sou juiz e procuro a solução justa que tenho duas razões para levar em conta as leis — primeiro, porque elas são o resultado, o fruto de longos esforços da doutrina para encontrar as regras do justo; nossas leis resumem o estado presente da ciência do justo. E depois, porque se meu dever é o de pesar todos os interesses em jogo, eu não devo esquecer que o interesse público exige determina-

ções fixas” (p. 32). E mais: “a presença da lei positiva, mesmo arbitrária, mesmo defeituosa, *modifica o conteúdo do justo*, é ela mesma uma fonte do justo” (p. 32).

Não se pense que defender tal posição é proclamar a arbitrariedade da sentença, dizer que o juiz deve julgar segundo sua convicção da justiça e não segundo as normas; não, observa VILLEY sutilmente: será “antes, a descrição fiel da arte jurídica, tal qual é” (p. 33). Pois é exatamente isto o que o juiz faz, e ninguém pode impedi-lo de fazer. Coisa que, de resto, o próprio KELSEN reconheceu, ao admitir o fato de que o juiz (como o legislador) pode criar normas ilegais, quer dizer, em forma e com conteúdo não previsto pela norma superior, — sendo, nada obstante, tais normas também dotadas de validade (pela norma de habilitação). O problema, portanto, não é o de reconhecer, ou não, a existência de sentenças proferidas contra a lei ou acima da lei; isto, toda análise da realidade jurídica parece comprovar. O problema é esvaziar, ou não, este fato, de todo sentido, isto é, da procura do justo, procura que é inerente à atividade jurídica e que dá significação àquelas sentenças.

Assim, ao menos, a teoria de VILLEY tem um extraordinário mérito: o de reencontrar, mesmo a nível de Direito Positivo, as noções de direito e de justiça, sem as quais a atividade jurídica é uma dissertação no vazio: o juiz outra coisa não faz senão procurar a justiça para um caso concreto, como o legislador, procurar a justiça para a regra geral das condutas. Isto é que é o fundamental no Direito. E é paradoxal que se precise, ao cabo, justificar a relação tão íntima, tão essencial e profunda, entre o direito e o justo... Por quais caminhos tortos não andou a Ciência do Direito moderno para conseguir produzir tamanho monstro, tamanha dissociação anti-natural?

Conclusão: uma Teoria Impura do Direito

No fim dessas anotações sobre a Teoria Pura do Direito, considerada como Ciência do Direito, deve-se indagar da possibilidade dessa pretendida *pureza*.

O que nossas observações nos mostraram não foi o Direito como uma realidade radicalmente impura, quer dizer, mesclada de inúmeros elementos, contagiada pelo mistério dos fatos e pela força das paixões, uma realidade vital onde toda a existência humana acha-se comprometida e seu destino, jogado, quicá definitivamente?

No Direito encontram-se valores essenciais para a vida propriamente humana, valores que dizem respeito àquilo que constitui o homem como tal, sua diferença específica, animal *racional* — valores, pois, essenciais para o *espírito* do homem, como a saúde para o corpo. (Daí, aliás, porque no médico e no advogado e juiz os homens comuns depositam suas melhores esperanças — aquele curar-lhes-á a dor do corpo, e estes, a dor da alma, violentada pela injustiça; e por isto, quando eles nos falham, as decepções são as mais terríveis). Tais valores incluem a liberdade, a segurança, a ordem, a realização pessoal, a busca da felicidade, — mas consistem fundamentalmente na justiça. Abstrair a justiça para obter uma pretensa cientificidade do Direito ou torná-lo mais fácil e lógico, — é simplesmente abstrair o próprio Direito, o qual, desligado da justiça, estaria desligado de sua própria fonte vital.

Não, o Direito não é fácil. Não é nenhuma Lógica ou Matemática.

SANTO TOMÁS já dizia que (malgrado a opinião corrente dos estudantes de hoje) a Matemática é a mais fácil das ciências porque está no nível da razão humana; ao passo que a Física lida com um objeto imerso no denso mistério da matéria, envolto na penumbra da indeterminação, e a Metafísica lida com um objeto que supera a razão, tão alto se encontra, tão luminoso que é. O Direito não é como a Matemática: não é fácil, não é proporcionado à razão humana. E não o é pelos dois lados: porque cuida de fatos (os quais participam do mistério da matéria) e porque realiza valores (que nos ofuscam com sua luz, que vem do alto).

Para o jurista, seria muito cômodo reduzir o Direito à norma: em futuro próximo terminar-se-ia por substituir o juiz por

um autômato, talvez até um computador adequadamente programado.

Mas isto não é nem será nunca o Direito. —

Ao contrário, ele exige um permanente esforço de inteligência, isto é, de *ler dentro* dos fatos e dos valores, para apreender sua verdadeira proporção, que é justiça.

O Direito é difícil. Porque é, em suma, um fenômeno essencialmente “impuro”.

KELSEN E A FILOSOFIA DO DIREITO

KELSEN fez Filosofia do Direito

Estudada, em algumas linhas gerais, a primeira interpretação da obra de KELSEN (interpretação que a qualificava como Teoria Geral do Direito, das Ciências do Direito a mais geral) — passemos à segunda.

Já observei, atrás, que, embora KELSEN haja explicitamente afirmado que formulava uma teoria do Direito Positivo (o que é, rigorosamente, Ciência do Direito), na verdade, aqui e ali, desrespeitou as exatas exigências metodológicas e a pureza a que se propôs, e abordou questões típicas de Filosofia do Direito.

A primeira e mais fundamental invasão da seara de um saber jurídico propriamente meta-positivo já se anunciava desde a primeira página de sua obra quando ele a apresentava como preocupada em responder a uma questão específica da Filosofia do Direito, a saber, “o que é e como é o Direito”.

Mas, há ainda uma segunda invasão, talvez até mais significativa porque se refere ao essencial da reforma kelseniana, que foi o corte metodológico a que ele procedeu.

Quando ele diz que “uma doutrina consequente do Direito Natural distingue-se de uma teoria jurídica positivista (a

Teoria Pura) pelo fato de aquela procurar o fundamento da vigência (ou validade) do Direito Positivo, isto é, de uma ordem coercitiva globalmente eficaz, em um Direito Natural diferente do Direito Positivo e, portanto, em uma norma ou ordem normativa a que o Direito Positivo, quanto a seu conteúdo, pode corresponder ou não corresponder”, — podia ter parado nesta afirmação, apenas acrescentando que tal pretensão do Direito Natural constitui um problema meta-jurídico (isto é, além do Direito Positivo), e seguir adiante. Tivesse procedido assim e sua obra partiria de um corte metodológico que outra coisa não seria senão isto, metodológico puramente.

Mas não: dispôs-se ainda a refutar o Direito Natural como podendo efetivamente ter essa função. Quer dizer: entrou decididamente no campo da Filosofia do Direito, tratando desta questão que lhe é típica, a da existência ou não do Direito Natural como fundamento de validade da ordem positiva.

Assim se vê como, no fundo, a “pureza” que KELSEN perseguia, mediante um corte na realidade, uma suspensão de juízo sobre questões meta-jurídicas e uma consciente limitação de só abordar o jurídico-positivo, não tinha apenas um caráter metodológico (no que seria válida), mas, de fato, assentava-se numa Filosofia Jurídica aí pressuposta, consistente no dogma da inexistência do Direito Natural... E, por isto, não passa da forma mais recente do velho positivismo jurídico e é, como tal, pura Filosofia do Direito.

A discussão kelseniana de Filosofia do Direito

A título de um parêntese, examinemos os argumentos que KELSEN levanta, refletindo como filósofo do Direito, contra o Direito Natural.

São quatro argumentos principais, a que farei corresponder quatro observações simétricas:

a) o de que as normas do Direito Natural só poderiam servir de critério de legitimação (como justo ou não) relativamente ao Direito Positivo, se tiverem “a validade absoluta que se arrogam, quer dizer, quando excluem a possibilidade de vigência das normas que prescrevem como justa a conduta oposta” (vol. II, p. 62).

b) o das contradições das doutrinas do Direito Natural: “seus representantes não proclamaram um único Direito Natural, mas vários, muito diversos entre si e em contradição uns com os outros” (v. II, p. 62).

c) o da falta de firmeza do Direito Natural (15): “a doutrina do Direito Natural, tal como efetivamente tem sido explicitada — e não pode ser explicitada de outra maneira — está muito longe de fornecer o critério firme que dela se espera” (v. II, p. 62).

d) ademais, sustenta KELSEN, a suposição de que “a teoria do Direito Natural pudesse dar uma resposta incondicional à questão do fundamento de validade do Direito Positivo” não passa de ilusão, pelo fato de que a norma fundamental do Direito Natural (“devemos obedecer aos comandos da natureza”) só pode ser compreendida (posto que a natureza “não tem uma vontade e não pode, portanto, estabelecer normas”) “quando se admita que, na natureza, está a vontade de Deus”. “Mas, prossegue KELSEN, dizer que Deus, através da natureza como manifestação de sua vontade — ou por outra qualquer forma — ordena aos homens que se conduzam de determinada maneira, é uma *suposição metafísica* que não pode ser aceita pela Ci-

(15) Os três primeiros argumentos são, na verdade, três aspectos de um único — o de que o Direito Natural não tem validade absoluta, seja por não impedir a validade do Direito Positivo a ele contrário, seja por causa de suas próprias contradições doutrinárias, seja por não fornecer nenhum critério firme. Separamo-los porque em cada um desses aspectos se contém um equívoco, como logo veremos.

ência em geral e pela Ciência do Direito em especial (16), pois o conhecimento científico não pode ter por objeto qualquer processo afirmado *para além de toda a experiência possível*” (v. II, p. 64, grifos meus).

Ora, que pensar destes quatro argumentos?

a) *Ao primeiro*. Acima já nos referimos ao tipo de vigência ou de positividade do Direito Natural. Só, com efeito, uma concepção ingênua e simplista do Direito Natural pode vê-lo como sistema normativo em competição com a ordem positiva sobre qual dos dois deve ter aplicação direta e efetiva na vida social. Na verdade, a ordem jurídica que for dotada de efetividade, que for aplicada diretamente aos atos humanos, seja ela qual for, fundamentalmente justa ou injusta, hoje constituída de leis escritas, ontem, de costumes, — é sempre ordem jurídica *positiva*, que “positividade” outra coisa não é senão isto. O Direito Natural não tem, não terá nunca a pretensão de ser “positivo”, isto é, de aplicar-se direta e imediatamente aos atos humanos. Nada obstante, ele se aplica... Aplica-se *no* Direito Positivo e *pelo* Direito Positivo, que o realiza e o afirma. E assim, quanto à aplicação do Direito Natural só há duas possibilidades: ou ele de fato não se aplica num dado caso concreto (quando o Direito Positivo vigente o desrespeita e o contradiz), ou então efetivamente se aplica — mas isto só pode se dar de maneira mediata e indireta, isto é, por meio do Direito Positivo: não há outro modo para ele de ser aplicado, senão este, que é seu modo típico. Porque “não há norma escrita, expressão, senão pela intervenção do homem”, como diz VILLEY (p. 25), isto é, senão pelo acréscimo (que constitui justamente a ordem positiva) relativamente aos princípios do Direito Natural. Pre-

(16) “Ciência em geral” e “Ciência do Direito”, aqui, evidentemente, estão em sentido amplo e genérico, não se referindo nem às ciências em sentido estrito (Física, Química, etc.) nem ao próprio Direito, que ninguém pretende — nem os teístas, nem os jusnaturalistas — possam tais ciências “conhecer” Deus ou tê-Lo como objeto de suas pesquisas. O que KELSEN quer dizer é que a idéia de Deus é uma suposição metafísica que não pode ser aceita pela razão do homem, pela Ciência em sentido genérico (conhecimento certo, verdadeiro sistemático, que inclui também a filosofia).

tender uma aplicação diferente desta é simplesmente adotar concepção ingênua e simplória do Direito Natural, que não é a que ele se faz de si próprio.

b) *Ao segundo.* Ah, as contradições dos homens... Perseguirá sempre a alma humana, a torturá-la em sua busca incessante da verdade, a objeção histórica das “contradições”? O simples fato do erro, ao invés de ser relevante sinal em favor da possibilidade de o homem alcançar a verdade, deverá, ao contrário, constituir mais um obstáculo, e insuperável, a essa já tão difícil procura da verdade? Sim, os homens historicamente erraram muitas vezes, ainda estão errando hoje e continuarão, sem dúvida, a errar amanhã... Não já pagamos demasiado pelo fato histórico do erro? Pois foi essa objeção sutil que encaminhou, em grande parte, o gênio de DESCARTES no sentido da orientação lamentável que ele acabou por imprimir a toda a filosofia moderna.

Mas, bem nos devemos advertir de que uma coisa é a realidade, e, outra, as idéias que dela fazemos, o conhecimento que dela temos. Apesar de nossas idéias, a realidade lá está, lá fora, brutal, imensa rocha contra a qual pouco valem nossos devaneios. A lição é, sempre, e heróica, a do realismo: a da necessidade de nos debruçarmos sobre a realidade (a inteligência, repita-se mil vezes, é a capacidade de compreender o real, aquilo que é), para conhecê-la com objetividade, como ela é, independente de mim. E não a lição triste de nos desapontarmos com as dificuldades encontradas, com os erros cometidos, com os percalços do caminho, e terminarmos preferindo sustentar que a rocha não existe simplesmente porque não soubemos devidamente captá-la.

c) *Ao terceiro.* Requer-se firmeza do Direito. Não é o caso de objetar que só se pode exigir firmeza de algo que a pode dar? Não faz sentido exigir de um objeto qualidade que não lhe é possível, com a qual dito objeto é incompatível. Ora, será possível a firmeza no Direito? Que firmeza? Como exigir firmeza absoluta da regulação da conduta humana — que varia à medida que essa conduta varia, e varia no tempo e varia no espa-

ço e varia segundo tantas circunstâncias? A firmeza da ciência natural, que diz que, se eu soltar uma pedra, ela cai irreversivelmente? Compare-se esta firmeza da Física com uma lei banal como a do trânsito — devem os carros andar à direita, segundo a norma brasileira, ou à esquerda, conforme o direito inglês? Onde, pois, a firmeza?

Diante disto, é preciso saber o que fazer, por qual caminho teórico enveredar. Dever-se-á, então, reconhecendo que o Direito não tem essa firmeza, sair proclamando que a Física igualmente não a tem, citar HEISENBERG e pensar que se está sendo jurista profundo e, quem sabe?, físico atualizado, por constatar a relatividade de tudo, a do Direito, por uma imposição de sua natureza específica, e a da Física, para manter a homogeneidade e construir um todo coerente? Ou seguindo outro caminho, tão errado e perigoso quanto, — proclamar a absoluta falta de firmeza do Direito, sua falta de garantia, de critério e entender que, sendo relativo, o Direito reduz-se ao puro arbítrio por suportar todo e qualquer conteúdo, o legislador podendo editar qualquer norma, “toda conduta humana pode ser objeto de uma prescrição normativa”... — e fazer disto a grande distinção entre o Direito e a Física, esta com “leis” de conteúdo definido, aquela com leis de quaisquer conteúdos, a mercê da vontade imperial do legislador?

Na verdade, são dois abismos da inteligência: o primeiro, ao dizer que tudo é relativo, o Direito e a Física, contanto que se assegure a homogeneidade, a identidade de natureza, de “cientificidade dessas duas disciplinas”; e o segundo, ao dizer que se distinguem, a Física e o Direito, sobretudo porque, neste, não há nenhum critério, qualquer conduta podendo ser mandada fazer pela norma.

Atrás desses abismos, existe é a mesma “monomania da ciência, este frenesi de copiar a Matemática e as ciências da natureza. Tudo o que o sábio não percebe nos seus microscópios, os modernos têm querido negar, negar o justo, o verdadeiro, o bem. E porque o homem tem, apesar de tudo, necessidade de valores e modelos para sua conduta, as únicas coisas cujo conhecimento é garantido pelos instrumentos da ciência moderna (a

saber, os fatos, as palavras escritas, as regras), nós as tomamos como valores”, observa MICHEL VILLEY (p. 34).

Ora, o essencial é identificar a natureza própria do Direito, reconhecê-la e não se assustar com ela. Se ele não se apresenta tão firme quanto a Física, muito bem — e daí, tudo quanto eu posso concluir é que são diferentes o Direito e a Física. O essencial é ser fiel à natureza das coisas. E não ter, por isso, nenhum complexo — mesmo porque cada arte, cada ciência, também tem suas compensações: se o Direito pode não ser tão firme quanto a Física (e deve haver jurista que disso se envergonhe), em compensação é mais difícil, bem mais difícil, porque é uma procura do justo, a tarefa de realizar o justo nas relações humanas.

d) *Por último*, a objeção maior. É aqui que KELSEN se mostra mais propriamente filósofo, justamente ao se declarar anti-metafísico e positivista (no sentido comtiano mesmo, isto é, no sentido de negar que possa haver saber além de toda experiência possível). O essencial do quarto argumento consiste em não admitir “qualquer processo afirmado para além de toda experiência possível”, o que é chamado depreciativamente de “suposição metafísica”. Ora, isto está ao mesmo tempo certo e errado.

Todo o problema consiste aqui em saber o que é isto, a “experiência”, além da qual não pode haver nenhum saber. Com muito maior realismo e senso de observação, REGIS JOLIVET (*in* “L’Homme Métaphysique”, p. 7) já advertia que o termo “conhecimento positivo” “deixa entender que não há senão uma espécie de positividade”. No entanto, “a verdade é que, com efeito, todo saber digno deste nome deve ser *positivo*, quer dizer, se fundar sobre uma *experiência*, mas há muitos modos de ser positivo, quer dizer, muitas experiências possíveis e bastante diversas. A experiência sensível é uma dessas e, mesmo, como o mostrou em nossos dias EDMUND HUSSERL, retomando aqui uma doutrina que vem de ARISTÓTELES, todo saber, qualquer que seja, parte desta experiência — o que não significa, como o acreditaram os empiristas, que aí termine adequadamente. As ciências da natureza derivam de parte a parte

desta experiência e aí encontram, ao mesmo tempo, seus limites. Há também uma experiência metempírica (...). Mais alta ainda, a *experiência metafísica* é a apreensão, no real mesmo, e sob uma forma que lhe é absolutamente própria, dos princípios primeiros deste real”. Diante disto, se se pode legitimamente falar de uma experiência metafísica — que sentido teria dizer, a modo de postulado sem justificação, que tal ou qual argumento é uma “suposição metafísica” que não pode ser aceita porque ultrapassa “toda a experiência possível”?

Que todo saber deva ser positivo, isto é, fundar-se sobre uma experiência, todos estamos de acordo. Agora, desde que alguém fala de uma “experiência metafísica”, não se pode simplesmente negá-la pelo recurso a um postulado gracioso; ambas as partes, a favorável e a contrária a essa tal experiência, são convidadas a uma demonstração. O que não podem é transformar sua declaração central num dogma — e acabar recusando o Direito Natural por conta de um postulado assim gratuito.

É que o sistema de KELSEN, na verdade, está imbuído de uma filosofia particular, da qual deriva, a saber, a filosofia kantiana. E vale, conseqüentemente, tanto quanto vale esta. Quem assinala a semelhança entre as duas doutrinas é o próprio KELSEN, ao dizer (em nota à pág. 25, vol. II) que “também sob este aspecto (o faltar-lhe uma axiologia jurídica) existe analogia com a Lógica Transcendental de KANT: assim como os pressupostos lógico-transcendentais do conhecimento da realidade natural não determinam por forma alguma o conteúdo das leis naturais, assim também a norma fundamental não pode determinar o conteúdo das normas jurídicas”. Ora, assinalando essa filiação, o que KELSEN faz é revelar justamente o seu vício de origem...

A insuficiência filosófica da Teoria Pura do Direito

Essa discussão kelseniana a respeito do Direito Natural é, evidentemente, de natureza não de uma Teoria Geral do Direito (Ciência do Direito) mas de uma Filosofia do Direito. Parece que KELSEN cedeu, aqui, a uma tentação: ao invés de se limitar a um “corte” puramente metodológico, que se justificava do ponto de vista da ciência jurídica positiva como um processo

limitativo essencial à fixação das fronteiras dessa ciência, ocorreu-lhe justificar tal “corte” também por seu conteúdo, materialmente, em nome de uma concepção de filosofia jurídica, ainda que fosse uma concepção negadora da Filosofia do Direito.

Ora, deve-se então indagar se, por conta desse aspecto, toda essa sua teoria, toda a Teoria Pura pode ser considerada como autêntica Filosofia do Direito.

Penso que, a este respeito, a resposta negativa a se dar deve ser a mais veemente possível.

E faça-se de logo uma ressalva: não é pelo fato de a Teoria Pura consistir, em suma, numa forma moderna de juspositivismo, que defendo a impossibilidade de considerá-la como autêntica Filosofia do Direito. Não. É perfeitamente possível a existência de uma doutrina filosófica sobre o Direito que redunde na defesa mais radical do mais estreito juspositivismo, isto é, na mais absoluta redução do Direito todo ao Direito Positivo. Será, a meu ver, uma errônea doutrina, mas, sem dúvida, uma posição filosófica. É que, nessa hipótese, o conteúdo da doutrina pode ser contestado; mas não o seu *método*, que é isto que a caracterizaria como autêntica Filosofia do Direito, a saber, como indagação radical sobre a essência, a natureza última, o fundamento do fenômeno jurídico.

É do ponto de vista do *método* que respondo que a Teoria Pura do Direito é, filosoficamente, insuficiente. De fato: a discussão sobre o Direito Natural, que é, como vimos, típica da Filosofia do Direito, não tem, na Teoria Pura, nenhum destaque central; antes, é quase como uma observação marginal que ela aí se insere. Não é o núcleo, o assunto, o tema da Teoria Pura.

Ao contrário, o núcleo da Teoria Pura consiste fundamentalmente naquele corte metodológico, isto é, na redução de todo o Direito ao Direito Positivo, do qual absolutamente não se passa, mesmo porque, na análise da fundamentação das normas jurídicas o ponto terminal é uma norma fundamental, que se tem por pressuposta. Consiste naquela observação valiosa de que a expressão “Direito Positivo” é plenonástica, não podendo haver Direito que positivo não seja.

Ora, tal “corte” formal e metodológico se era útil para efeito de precisar os exatos limites da Ciência do Direito, não serve de nada para a Filosofia do Direito.

Porque a Filosofia do Direito deve justamente pôr em questão este (e, de resto, quaisquer outros) postulado da Ciência Jurídica. Deve indagar se e por que o Direito se reduziria ao Direito Positivo, qual o fundamento da validade material das normas jurídicas positivas, quais os limites ou os critérios de criação do Direito. Deve questionar exatamente sobre tudo quanto a Ciência do Direito der por “suposto”.

Deve inquirir sobre a existência — ou não (desde que nela não há nenhum prejudgado) — de uma norma ou ordem normativa que justifique materialmente o Direito Positivo, com a qual este se conformará ou não, sendo assim justo ou injusto.

É sua a função que KELSEN atribui, aliás com muita inteligência, ao Direito Natural: a “função de fornecer um critério ético-político (17) e portanto uma possível justificação do Direito Positivo” (v. II, p. 65), ou a de estabelecer o “fundamento de vigência (ou validade) do Direito Positivo”, de sorte que, de acordo com tal critério, nem “toda e qualquer ordem coerciva globalmente eficaz (pode) ser pensada como ordem normativa objetivamente válida” (v. II, p. 60). E KELSEN completa, com absoluta razão, que aquela teoria jusnaturalista que “formule a norma que representa o fundamento de validade do Direito Positivo por forma tal que fique excluído qualquer conflito entre esta e o Direito Positivo, afirmando, por exemplo, que a natureza prescreve a obediência a toda ordem jurídica positiva, qualquer que seja a conduta por esta ordem preceituada, anula-se a si própria como teoria jusnaturalística, quer dizer, como teoria da justiça” (v. II, p. 60).

Ou bem, portanto, a Filosofia do Direito faz tudo isto ou bem não é Filosofia. Já não merece este nome sagrado.

(17) Que este critério seja propriamente “ético-político” e não *jurídico*, é o que veremos adiante.

Porque o próprio da Filosofia é ser ela justamente uma reflexão sobre o fundamento das ciências, sobre a essência última das coisas. É não se deter em nenhum postulado, em nenhuma convenção, em nenhum dogma. É procurar as razões, de razão em razão — até, se possível, uma razão última e definitiva. É não aceitar “cortes” metodológicos e arbitrários senão como meras hipóteses de trabalho. E tudo pôr em dúvida, de tudo e de todos exigir suas razões, uma vez que ela é o trabalho maior, a obra por excelência da condição humana.

É fazer como DESCARTES — e duvidar até da realidade das coisas, até da veracidade do conhecimento. Nem que seja apenas metodologicamente, de sorte a reconhecer, num segundo momento (pela inteligência), a impossibilidade de duvidar da inteligência. Por isto a crítica de ETIENNE GILSON (in “Le Réalisme Méthodique”) a DESCARTES é injusta — porque, sob o pretexto de que aceitar a pergunta idealista implicaria fatalmente, por causa do mecanismo intrínseco dessa pergunta, aceitar a resposta idealista, de fato o que GILSON propõe é que se recuse à Filosofia a formulação de alguma pergunta. Ora, isto é absurdo. Parece-me, aliás, que a pergunta idealista pode ser respondida adequadamente, isto é, em termos realistas, — mas, mesmo que assim não fosse, a Filosofia não poderia deter-se diante desta consideração e desprezar uma pergunta pelo temor da natureza da resposta a que ela conduziria.

Ah, assim seria muito cômodo o filosofar. Partir das respostas e adaptar a elas as perguntas, é um fácil processo mental. Ter as respostas pré-formuladas e escolher as perguntas, rejeitando aquelas que não convêm, criando “postulados” e pressupostos que as facilitem, etc.

O autêntico filósofo parte das perguntas. Formula-as e as segue. Não conhece de antemão as respostas. Vai até onde sua curiosidade, seu incessante perguntar, o conduzir. Dê onde der. E, no caso do filósofo do Direito, se der no Direito Natural, muito bem. Se não der, ou se der até na demonstração da inexistência do Direito Natural, também. O essencial é não ter medo das respostas. Não ter medo do Direito Natural.

JOLIVET, num excelente trecho de seu livro já citado, salienta este aspecto da Filosofia, mostrando como, “em certo sentido, não há resposta em Metafísica, se por ‘resposta’ se entende uma solução que dispensaria de refletir mais além, de retomar as razões e primeiramente, de se espantar, quer dizer, de as pôr em questão. As ciências positivas, ao menos até certo ponto, comportam soluções que suprimem a questão. A Metafísica, pelo contrário, é interrogação permanente: a solução é, ela própria, problema e incitamento à busca; longe de pôr fim à questão, ela a devolve para outras questões”. Em suma: “partindo do nada que é tudo, os grandes metafísicos não legam verdadeiramente a seus sucessores e a todos aqueles que os consultam senão a tarefa de prosseguir, quer dizer, de tudo retomar pelo começo” (op. cit., p. 51 e 52).

Se essa é, de modo geral, a tarefa de cada filósofo, também é, para cada Filosofia especial, a tarefa relativamente ao setor do ser de que ela se ocupe. Impõe-se, assim, à Filosofia Jurídica retomar pelo começo o fenômeno do Direito. Procurar seus fundamentos, os fundamentos do Direito Positivo, a essência, do Direito. E fazê-lo sem limites, sem postulados, sem barreiras, porque, em Filosofia, não existem postulados que dispensem uma crítica ou uma reflexão além deles, não há “norma fundamental” que dispense de indagar da validade das normas jurídicas.

E se admitirmos a teoria kelseniana da norma fundamental, então à Filosofia do Direito caberá justamente discutir esta norma, que, como o próprio KELSEN assinalou, *não pertence ao Direito Positivo* (este dizia que “a validade do Direito Positivo se apoia em uma norma fundamental que não é uma norma posta mas uma norma pressuposta e que não é uma norma *pertencente ao Direito Positivo*, cuja validade objetiva é por ela fundamentada” — vol. II, p. 60). Nem se diga que, no contexto kelseniano, a norma fundamental não pertence ao Direito Positivo porque pertence ao Direito Internacional. Não: o Direito Internacional também é Direito Positivo, e, ademais, a norma fundamental do Direito Internacional obviamente não pertencerá a este próprio Direito Internacional, dado que é, por ele, *suposta*.

É necessária, portanto, — e esta é conclusão tirada das posições mesmas de KELSEN — uma disciplina que tenha por objeto justamente a norma fundamental — que discuta seu sentido, sua existência, sua natureza (formal? por que só formal?), sua validade, seu fundamento, etc., e, assim, indague da validade de conteúdo do ordenamento jurídico positivo na sua totalidade. Tal disciplina é a Filosofia do Direito, a quem pertence propriamente essa norma fundamental que é suposta pelo Direito Positivo.

Por isto, se bem que suponha uma Filosofia do Direito e se fundamente não só num corte metodológico mas, numa determinada posição de filosofia jurídica, — a Teoria Pura é insuficiente para explicar questões de Filosofia do Direito, não podendo assim ser tomada como Filosofia. Ela representa a aplicação de uma determinada *resposta* ao problema básico da filosofia jurídica, mas como o que caracteriza uma autêntica Filosofia é seu *método*, ela não pode receber a qualificação de filosófica.

Do nome da disciplina

Ora, uma reflexão do tipo que se acabou de ver, radical, descendo às raízes do fenômeno jurídico, não é Política ou Ética ou Ideologia ou Metafísica, como KELSEN pretendia.

KELSEN, reconhecendo a necessidade de uma indagação relativa ao fundamento da validade material do Direito, chamou-a no entanto de qualquer nome, “Política jurídica” (v. I, p. 1), “Filosofia dos Valores” (18), Ideologia, qualquer um, contanto que não seja especificamente jurídica.

(18) A noção de uma “Filosofia dos Valores” é aceitável, à condição de que não seja entendida, como o parece indicar, aliás, seu uso corrente e sua origem histórica, como eminentemente subjetivista, sendo próprio dos valores serem eles “eleitos”, escolhidos, dispensados de uma correspondência necessária a algum conteúdo objetivo. Retirada essa interpretação tendenciosa (que é um pré-julgamento), aquela noção é boa. Será a tarefa primeira dessa “Filosofia dos Valores” justamente definir a exata natureza desses valores, se subjetivos ou objetivos.

Há ocasiões em que não se deve discutir por nomes. A rigor, tanto faria o nome que se desse a tal reflexão — o essencial é perceber que ela é indispensável ao espírito do homem, que exige razões e não se conforma com postulados.

Mas há também ocasiões em que os nomes são indispensáveis, porque são expressivos da natureza das coisas, são destas os sinais, de tal modo que, sem eles, corremos o risco de perder a essencial fidelidade às coisas mesmas e ao realismo.

No caso, por exemplo, não só parece uma rematada contradição lógica o recusar-se o qualificativo de “jurídica” a uma indagação radical sobre o Direito e sobre o fundamento da ordem jurídica positiva e sobre a validade material desta ordem, — como também da atribuição a tal indagação de outro qualificativo, “Política” ou “Ideologia” ou qualquer outro, decorreria a imediata consequência da absoluta inutilidade da idéia de uma “Filosofia do Direito”. De fato, se essa indagação radical não é “Filosofia do Direito”, que outra coisa merecerá esse nome? Tratar-se-ia de disciplina sem conteúdo? Ou seu conteúdo ficaria reduzido ao de uma Teoria Geral do Direito Positivo, com a qual se confundiria e na qual, portanto, desapareceria?

Ora, já mostramos como é errônea a caracterização como “Filosofia” de uma teoria, como esta Teoria Pura do Direito, que explicitamente aceita postulados limitativos e gratuitos, dispensando-se de demonstrá-los.

Pode uma autêntica Filosofia chegar à conclusão de que se deve legitimar um tal postulado, devendo todo o Direito resumir-se ao Direito Positivo. De fato, essa é uma resposta possível. A Teoria Pura do Direito seria, sob este ponto de vista, uma resposta dada pela Filosofia do Direito, a saber, o trabalho generalizador que restaria ao teórico, depois que se chegou àquela resposta limitativa consistente na redução de todo o fenômeno jurídico ao Direito Positivo tão somente.

Mas, a Filosofia do Direito, como obra da razão sobre os fundamentos últimos de um segmento determinado da realidade,

não é constituída senão por esta *pergunta* (a pergunta que levaria a tal resposta) e pela discussão, profunda, detalhada, exaustiva, desta pergunta. Ela não consiste senão no questionamento de todas as respostas possíveis, em indagar se aquela resposta seria correta ou se, ao invés, não existiriam outras melhores.

É claro, então, que o nome correto é exatamente este — “Filosofia do Direito” — *Filosofia* porque é indagação radical (e se isto não for Filosofia do Direito, nada mais o será), e *do Direito*, porque, afinal, sobre que outro objeto este ramo da Filosofia ou este tipo de indagação radical versa, senão exatamente sobre o Direito?

Diga, agora, KELSEN, que as indagações da Filosofia do Direito não são ou não devem ser de modo algum levadas em conta pela Ciência do Direito ou por seus cientistas, ocupados no afã de aplicar diuturnamente as normas jurídicas positivas — e isto é admissível, a nível de Teoria Geral do Direito (apenas admissível porque, como já vimos, não é uma afirmação das melhores, dado que não reflete fielmente o trabalho dos juriconsultos, não cobre, assim, o fenômeno jurídico positivo na sua inteireza). Mas o que ele não pode é dizer que tais indagações não são *jurídicas*. . . Na verdade, trata-se de uma dimensão autenticamente jurídica, dum nível diferente, embora, daquele das questões do Direito Positivo. Há muitos modos de experiência, como se viu. E há muitos modos de ser *jurídico* — a Filosofia do Direito é um deles, legítimo e verdadeiro.

Do objeto da Filosofia do Direito

Várias vezes já se falou, ao longo desta exposição, da noção do objeto da Filosofia do Direito. É hora de considerá-lo especificamente.

Vimos como a Teoria Pura pode ser entendida como uma resposta possível dada à pergunta típica da Filosofia do Direito, mas não pode ser confundida com a própria Filosofia do Direito porque esta terá sempre como objeto uma reflexão radical sobre o fundamento e a validade da ordem jurídica posi-

tiva (ainda que seja, aliás, para concluir pela inexistência de qualquer fundamento, de sorte a que pudesse a autoridade constituída “pôr” o direito que quiser), porque, como ARISTÓTELES já ensinara, é preciso fazer Metafísica para provar que a Metafísica não existe, do que é significativo exemplo o caso de AUGUSTO COMTE, o qual “proscreeu a Metafísica” e foi, no entanto, “um dos grandes metafísicos do seu século” (JOLIVET, op. cit., p. 8).

O objeto da Filosofia do Direito é essa discussão, portanto, o mais ampla que for possível, sobre a existência ou não de um fundamento, de um critério de validade para a ordem jurídica positiva.

Então será necessário, para o completo desenvolvimento dessa discussão, o estudo das outras teorias, além da Teoria Pura, das outras respostas possíveis — não o estudo das teorias jurídicas relativas à Ciência do Direito, mas das teorias relativas à essência do Direito e ao fundamento da ordem positiva, isto é, as respostas dadas historicamente a essas magnas questões.

Tal estudo suporá uma Ontologia Geral e uma Antropologia Filosófica, isto é, uma correta Ciência (ou Filosofia) do Ser e uma Ciência do Ser Humano, como auxiliares poderosos — uma indagação também radical descendo às razões derradeiras da natureza humana, da ordem moral, da autoridade, etc.

Vá lá que se diga que o objeto da Filosofia do Direito seriam os *valores* que o Direito realiza. Por mim, não gosto da expressão. Parece que, atrás dessa terminologia, não está senão a pretensão de retardar o arbítrio, que seria sempre o essencial do Direito, segundo o juspositivismo: forçado a abandonar a primeira posição de que as normas jurídicas positivas não deveriam conformar-se a nenhum *critério* por serem efetivamente arbitrárias (“qualquer conduta humana pode ser prescrita — mandada fazer — pelo Direito”...), o juspositivismo teria, num segundo momento, concebido uma concessão aparente, qual seja, a de admitir que tais normas de fato obedecem a *valores*, mas à condição de se entenderem tais valores como eminente-

mente subjetivos, de sorte que dizer que as normas realizam valores seria o mesmo que dizer que ela realiza os valores que *eu* (a autoridade) *quero*, os meus valores — mantendo-se, des-sarte, embora recuado, o fato essencial do arbítrio.

Mas não importa. Esta é apenas uma resposta — esta, de que os valores são subjetivos. Pois a Filosofia do Direito, tendo por objeto tais valores, há de começar, exatamente, por indagar qual a exata natureza desses valores e criticar inclusive a posição oposta que os concebe como autenticamente objetivos. Se os considerar como subjetivos, deve indagar dos critérios de escolha desses valores (ainda que seja para dizer que não há critério, a eleição se fazendo simplesmente por obra de um ato gratuito da vontade). Se os considerar como objetivos, deve indagar quais são esses valores e como reconhecê-los.

O essencial é compreender que é justamente toda essa discussão sobre os valores que caracteriza a Filosofia do Direito, a tal ponto que uma teoria que não aborde os valores, não os discuta, nem que seja (repita-se) para negá-los (mas negá-los como resultado de uma discussão, não por força de algum postulado), simplesmente não pode ser tomada como Filosofia do Direito.

Ora, reduzir-se-á, assim, a Filosofia do Direito a uma Axiologia Jurídica?

Não. Muito mais que isto, ela é propriamente uma Ontologia do Direito — porque toda essa indagação de que falamos não é senão, exatamente, uma indagação sobre o *ser* do Direito, sobre o que ele é finalmente, se arbitrário ou se conforme a princípios superiores. (19) Este é o grande e nuclear objeto

(19) Na verdade, na idéia de uma disciplina chamada de “Axiologia” parece estar implícita a idéia de que o valor é subjetivo, *distinto do ser*, com o qual não teria relação alguma. Antes de tudo, a Filosofia do Direito é uma Ontologia (indagação sobre o ser do Direito), nem que seja para concluir por uma Axiologia, (isto é, a resposta de que o ser do Direito é separado do valor que ele realizaria e este, não sendo objetivo, isto é, centrado no ser, seria subjetivo e arbitrário, seria aquele que a autoridade, ou melhor, a força, escolher).

da Filosofia do Direito: a Ontologia do Direito, isto é, o estudo da essência do fenômeno jurídico.

Advertências finais

Teremos, assim, respondido à questão inicial sobre a caracterização exata da obra de KELSEN?

Penso que sua natureza é complexa — fundamentalmente uma Teoria Geral do Direito (isto é, Ciência do Direito); mas, como tal ela supõe uma Filosofia do Direito, em cuja seara, por vezes, penetra.

Daí, para a perfeita compreensão da Teoria Pura, duas advertências finais.

Primeiro, a da impossibilidade de considerá-la pura e simplesmente como Teoria Geral do Direito; ela está visceralmente ligada a uma Filosofia do Direito, o que se evidencia pela observação do caráter pleonástico da expressão “Direito Positivo”, e ainda, pela questão inicial a que ela se propõe resolver (“o que é o Direito?”) e, sobretudo, pela fundamentação material do “corte” metodológico.

E segundo, sua radical insuficiência como Filosofia do Direito. Pois o estudo, a que ela se dedica, na sua maior parte, de problemas como o da norma fundamental (de caráter formal), as formas de derivação, a distinção entre validade e eficácia, a norma de habilitação, a primazia (dentro do Direito Positivo) entre a ordem internacional e a estatal, etc. — são temas específicos de uma Teoria Geral do Direito, de tal sorte que abordar tais problemas imaginando que se esteja tratando de problemas típicos da Filosofia do Direito e deixando de lado o exame crítico dos pressupostos em que tais problemas se assentam, — é simplesmente (permita-se-nos retomar a filiação que o próprio KELSEN assinalou para sua obra) passar à mar-

gem da Filosofia do Direito, tanto quanto, como MARITAIN o demonstrou em magistral análise (*in* "Réflexions sur l'intelligence et sur sa vie propre", 2a. ed., Paris, Nouvelle Librairie Nationale, 1926), KANT — fonte derradeira do pensamento kelseniano — passou à margem do fenômeno do conhecimento e portanto, de uma verdadeira Teoria do Conhecimento.

Édipo-rei: glória e dor como símbolos da humanidade *

MARIA VIRGÍNIA LEAL

1. *Origens do Mito*

A tragédia grega tem seus fundamentos assentados em princípios religiosos, originando-se de um fundo popular pré-homérico, apoiada em divindades estranhas, pavorosas, anti-humanas, profundamente marcadas pelo Cosmo e pelas coisas Cósicas. O homem como medida de todas as coisas é um conceito grego que só se conhece a partir de Homero. Por isso o antropomorfismo homérico não poderia dar origem à tragédia, e isso explica o falso esquema aristotélico ao fazer surgir a tragédia justamente da epopéia.

No caso do *Édipo* — obra que nos cabe analisar neste trabalho — tudo se perde no mito. E o que é o mito? Para um grande poeta moderno Fernando Pessoa — o mito é ao mesmo tempo o real e o sonho, o nada e o tudo, é o corpo de Deus morto e ao mesmo tempo vivo:

O mito é o nada que é tudo
O mesmo sol que abre os céus
é um mito brilhante e mudo
O corpo morto de Deus vivo e desnudo.

(*) Este trabalho da aluna Maria Virgínia Leal, do Curso de Letras, foi elaborado por solicitação do professor Milton Bacarelli, da Escola de Artes. A Pró-Reitoria para Assuntos Acadêmicos aprovou a sua divulgação, como estímulo às atividades de pesquisa literária, tendo em conta o elevado domínio da terminologia técnica e força geral de apresentação do tema em apreço. (Nota da Redação).