

# INSUFICIÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO

A. MACHADO PAUPERIO

*SUMÁRIO: 1. O direito como objeto natural, como objeto ideal e como objeto cultural. 2. O fim supremo da lei, de ordem e justiça. 3. A vontade geral como fundamento insubstituível da lei. 4. A consubstanciação da justiça pelo positivismo jurídico e a teoria de Kelsen. 5. Os eventos da época nazista e a nova posição de Radbruch. 6. Os valores jurídicos fundamentais, consecutivos e instrumentais. 7. O valor como fonte inspiradora de nosso comportamento. 8. A experiência jurídica como experiência valiosa. 9. O primeiro princípio ético.*

1. Apesar de o *direito* ser *fato*, *norma* e *valor*, juristas houve que o consideravam apenas como *fato social* e, em última análise, como *objeto natural*. Para alguns, o direito é um fato ou fenômeno apenas da natureza, da mesma natureza, aliás, que os fatos do mundo físico: são os adeptos do *naturalismo jurídico*, entre os quais se encontra entre nós o insigne Pontes de Miranda. Para outros, o direito reduz-se a um mero *fato de consciência*: o direito, nesse caso, seria um *objeto natural psíquico*: são os adeptos do *psicologismo jurídico*.

Uma segunda corrente de juristas considera o direito como *objeto ideal*, entendendo que a Ciência do Direito tem por ingredientes normas, que não são outra coisa senão juízos lógicos, equiparáveis aos juízos matemáticos: são os adeptos da *teoria pura do direito*, escola a cuja frente fulge o nome estelar de Hans Kelsen, criador do *normativismo*, segundo o qual o direito não é mais que uma pirâmide de normas lógicas, divorciadas da realidade. Mesmo depois da experiência nazista, quando atenuou sua construção lógico-jurídica, não chegou o mestre de Viena a renegar totalmente sua concepção de direito, que apenas deixou de ver como um mero objeto ideal apartado da realidade.

Uma terceira corrente de juristas, finalmente, cada vez mais predominante, considera o direito como um *objeto cultural*, como um bem de cultura ou um fenômeno histórico-cultural, próprio da atividade humana e concernindo aos mais elevados fins da justiça.

Nessa última perspectiva, ganhou foros de cidade a *axiologia* ou *teoria dos valores*, que possibilitou nova visão para o estudioso do fenômeno jurídico.

A própria sentença judicial, antes decorrente de mero e frio silogismo, passou a ser vista, à luz dos imperativos axiológicos, pelo prisma relevante do juízo valorativo. Presa aos ideais da justiça, a sentença judicial não pode reduzir-se a um esquemático silogismo, envolvendo, ao contrário, constantes valorações em todo o decurso da lide, que visa afinal a concretização da própria justiça. (1)

2. A lei tem um fim superior de ordem e justiça e não pode negar-se a si mesma ao aplicar-se. Se é o caso, em tais circunstâncias, chocando-se o valor jurídico resultante com a valoração jurídica constitucional, por exemplo, de tal modo que, aplicada a lei, se teria uma sentença anticonstitucional, não há dúvida de que o juiz poderia julgar *contra legem*, contradizendo, inclusive, o fato de que a lei era uma ordem a que devia ele obedecer. (2)

Deixando de lado a visão unilateral do sociologismo jurídico, que encara somente o fato, e do formalismo e tecnicismo, que encara só a norma, não podemos deixar de ver também no direito a sua parte, por assim dizer, principalíssima, que é o *valor*.

O próprio direito positivo não pode abandonar a perspectiva filosófico-axiológica. Com profunda razão, Ascoli faz notar que ainda os juristas mais cegos para a perspectiva filosófica não reconheceram que a ciência do Direito Positivo desemboca na Filosofia em três momentos: com as lacunas da ordem jurídica, com a interpretação da lei e com os princípios gerais do Direito. (3)

Mesmo para os que não aceitam o direito natural, como o grande penalista contemporâneo Hans Welzel, a ordem jurídica tem uma base que a justifica, não deixando de submeter-se a uma norma crítica de fundo axiológico.

Mas “no direito natural *o que é* coincide com *o que deve ser* e não há possibilidade de uma oposição entre a ordem ontológica e a ordem deontológica; no direito positivo — pela intervenção sempre necessária da *voluntas* — podemos ter *o que é* bem diverso do que deve ser, isto é, podem os ter um direito positivo oposto à justiça”. (4)

3. Para muitos, “a vontade geral é o fundamento insubstituível da lei”.

Como diz Santo Tomás, entretanto, na *Summa Theologica*, “*lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*”.

Tanto a lei científica como a sociológica e a jurídica procedem da razão. Já houve quem tivesse imaginado provir a lei jurídica da vontade, ao invés da razão. Para Jean Jacques Rousseau, a lei é expressão da vontade geral. Filosoficamente, porém, é tal afirmação um erro e esse erro procede todo o voluntarismo moderno no Direito, que fez apoiar a lei na vontade e não na razão. Mas a lei não pode ter origem na vontade de ninguém. Se a lei for expressão da vontade e não da razão, estaremos com o caminho aberto para todos os totalitarismos. Todas as leis, mesmo as jurídicas, sempre serão produto da razão. Quando um parlamento aprova uma lei de emergência de aumento disciplinado de alugueres, por exemplo, essa lei não será lei apenas porque os representantes do povo assim o desejaram, mas, pelo contrário, esses assim a votaram, porque justamente essa providência atende às relações necessárias decorrentes da situação do inquilinato no mundo moderno e na conjuntura econômica atual brasileira, para a qual o Congresso legisla.

Para Rousseau, a vontade geral é *norma absoluta e suprema*. Para nós outros, é também *norma*, mas não absoluta nem suprema. Para nós, a única norma absoluta e suprema é a *lei natural*.

Jamais pode a vontade do povo, em si, ser a substância da lei. Na verdade, não é senão seu meio de explicitação.

A lei jurídica encontra na razão de ordem o seu próprio valor. Se há na lei um ato de vontade, está ele subordinado a uma razão qualquer. A vontade deve estar, assim, condicionada pelo princípio racional do bem coletivo.

O homem tem por tarefa precípua trazer ordem à sociedade humana, por meio da ordem jurídica, que é obra sua e de características absolutamente necessárias.

4. No século passado, acreditou-se que o direito positivo consagrava a justiça e que esta, assim, era sinônima do próprio direito legislado. Vivemos, então, a era áurea do positivismo jurídico.

Quando iniciamos nosso curso jurídico, nos idos de 1933, o positivismo ainda estava em plena ascensão, fulgindo, com brilho excepcional, pela pena pretérita, sobretudo, de Léon Duguit, que prenunciava a morte da metafísica, embora sob a égide da justiça.

Mas será que o direito positivo consubstancia realmente a justiça? Não é o roubo de um pão ou o alojamento de alguém debaixo de um viaduto ou em local público livre das intempéries vedado igualmente a ricos e miseráveis por uma lei igual para todos? Será também que o direito capitalista, comunista ou nazista consubstanciam sempre a própria justiça?

Procurando varrer toda e qualquer especulação filosófica sobre o direito

natural e dizendo-se assim “pura”, a teoria de Kelsen sobre o direito veio a constituir a mais atual e acabada forma do chamado positivismo jurídico.

Para Kelsen, enquanto a ciência física formula leis concernentes ao ser, a ciência do direito formula leis concernentes ao dever social, passando assim a “teoria pura do direito” a ser uma verdadeira ciência normativa da sociedade.

Mas tal ciência deve não só ser apolítica como avaliativa, abstendo-se de modo absoluto de formular qualquer juízo de valor. A “teoria pura do direito” não pode, portanto, ocupar-se da justiça. No fundo, a ordem jurídica e a ordem estatal são absolutamente idênticas, identificando-se por isso a ordem jurídica e a própria ordem da força.

É verdade que toda e qualquer norma tira em última instância sua validade normativa de uma norma fundamental que se pressupõe para que se constitua normativamente a ordem jurídica. A função dessa *Grundnorm* é tão-só fundamentar a validade objetiva da ordem jurídica positiva. Em última análise, tal norma fundamental prescreve o nosso comportamento de acordo com as prescrições do autor da ordem jurídica. No fundo, na exegese da norma fundamental não se encontra nenhuma afirmação de qualquer valor que transcenda o direito positivo. Isto é tão-somente, isto é, o que se depreende da cuidadosa análise da teoria pura do direito.

Isso levou Welzel, em “*Naturrecht und Rechtspositivismus*”, a dizer que um sacerdote que pregue algo contra suas convicções é um homem desprezível, mas o juiz que não se deixa influenciar por seu senso de justiça merece eucômios, dentro da filosofia positivista.

5. Com os eventos da época nazista, a verdade, porém, ressurgiu. E o próprio Radbruch, antes positivista dos mais eminentes, afirmou peremptório em 1947 “que as ciências jurídicas deviam voltar a tomar em consideração as antigas e sábias afirmações de que há um direito superior à lei, um direito natural, um direito divino, um direito da razão, e de que a injustiça continua sendo injustiça aos olhos desse direito, ainda que adote a forma de uma lei”.(5)

Identificando o direito com a ordem jurídica, o positivismo jurídico retira da ordem jurídica o seu próprio fundamento.

O Direito que não se perfaz pelas instâncias valorativas não é direito para nós. Censuramos, portanto, Kelsen e seus seguidores por haverem distinguido o gênero lógico do Direito do seu caráter valorativo.

Não podemos considerar, como os kelsenianos, o Estado nazista como um Estado de direito. Para nós, o Direito tem dois fundamentos: um material, outro formal, não nos parecendo que somente o segundo elemento seja suficiente para caracterizá-lo.

Está claro que sem direito positivo não pode alcançar o homem o grau de humanização que dele se espera, mas é preciso não esquecer também que o próprio direito positivo pode caminhar para o inumano. Não é senão por isso que se faz necessário um fundamento para o direito positivo, capaz de dar-lhe validade e de submetê-lo a uma norma crítica. O mérito da escola axiológica, para a qual converge o próprio jusnaturalismo, está justamente na possibilidade de criar para a lei pressupostos que lhe dêem a última razão de existir.

Pelo método fenomenológico, atinge-se um procedimento especial de conhecimento que, em essência, consiste numa visão intelectual do objeto baseado na *intuição*. (6) Husserl e seus discípulos chamam “fenômenos” ao objeto da intuição e interpretação fenomenológica.

O sentido da justiça de que o homem se vê possuído emocional e intuitivamente leva-o a ser ou a deixar de ser justo. Tal sentimento é em última análise o fundamento da ordem jurídica. Coing e outros autores, alemães e não-alemães, passaram a defender hoje, mais do que nunca, depois dos tristes eventos políticos de nosso século, tal concepção, fruto de elucubrações essencialmente axiológicas.

6. Contudo, numa revivescência de Hobbes, passou o direito, em muitos lugares, a preocupar-se muito mais com a segurança do que com a justiça. Convenceram-se muitos homens de Estado de que a segurança é a única forma possível de justiça, uma vez que só a ordem jurídica sob a égide do poder pode vencer a barbárie contemporânea.

A expressão *segurança jurídica* (segundo valor fundamental da idéia de *direito*) parece haver aparecido em meados do século XIX, traduzindo, de modo geral, eficácia do sistema jurídico. A ordem jurídica há de ter vigência, validade intrínseca e eficácia. Deve, por isso, satisfazer a todos, na concretização por excelência da justiça, tão bem chamada por Rodolfo Stammler de “a estrela polar da realidade social”. A justiça é a fonte, aliás, da verdadeira segurança e sem ela só poderemos ter a ordem da compreensão, ao invés da ordem da persuasão. Direito e justiça são termos de mútua atração e mútua compreensão.

A justiça e a segurança jurídica são, como o bem comum, *valores fundamentais*. Alguns outros valores representam conseqüência imediata da harmônica realização dos valores fundamentais: dentre os mais importantes, contam-se a liberdade, a igualdade e a paz social. Esses são chamados *valores jurídicos consecutivos*. Finalmente, todas as garantias constitucionais e processuais valem instrumentalmente como meios de realização dos outros dois tipos de valores. São os chamados *valores jurídicos instrumentais*. (7)

7. Não importa que as concepções de justiça deixem de primar em toda a sua magnitude. Sabemos que o direito é construção humana e está, por isso

mesmo, sujeito a desvios da própria razão, levados, quase sempre, por uma experiência prenhe de interesse e de egoísmo humano. Obra humana, só pode ser compreendida, entretanto, “no círculo da conduta impregnada de valor”, como quer Radbruch.

Não há confundir-se valor com ato ou fato valioso. Os segundos possuem um sentido valorativo, não sendo, portanto, atos ou fatos indiferentes. Uma decisão justa é ato ou fato valioso, mas, por mais justiça que manifeste, não se identifica com a própria Justiça, que é valor a que se subordina o ato ou fato justo.

Nas regiões ônticas ou nas esferas de objetividade, além dos objetos naturais (físicos e psíquicos) e dos objetos ideais (lógicos e matemáticos), encontramos, como já dissemos, os valores, de que são portadores especialmente os objetos culturais.

Enquanto os objetos físicos, psíquicos e ideais *são*, os valores *devem ser*. O valor está no mundo do *dever ser*, mas acresce o próprio ser.

Se o homem fosse incapaz de valorar e se a vida humana deixasse de ser, ou bem ou mal, uma experiência de valores, como poderíamos falar em Ciência do Direito? Só com a valoração, que dignifica a espécie humana, pode passar o homem a ser realmente rei da Criação e agente ativo e operante do próprio drama do mundo.

Não é por outro motivo que certos autores afirmam que não só o ser como o conhecimento têm aspectos axiológicos, pois, se assim não fosse, a própria vontade seria uma ilusão.

A vida humana, pessoal e da sociedade, deve ser obviamente valiosa, e é isso que acarreta importantíssimas conseqüências na esfera do direito, como a sanção para quem mata ou ajuda o suicida a desvencilhar-se da vida. Inadmissível é, assim, a limitação subjetivista para a vigência do valor. Os valores essenciais do bem, do verdadeiro, do justo, do santo escapam à individuação e constituem categorias para toda a humanidade.

Ainda que o valor não possa ser alcançado, conserva-se ele como fonte inspiradora e incentivadora de nosso comportamento. Pelo valor e pela liberdade, como de outro lado pelo pensamento e pela ação, afirma-se o Espírito de maneira ímpar sobre o mundo inferior, inanimado e animal.

A investigação da justiça e de seus correlatos direitos naturais leva-nos a abandonar o positivismo jurídico, sempre mesclado com as mais extravagantes pretensões humanas, caracterizadas pela ânsia de poder, intolerância, inveja e cobiça.

8. Presentemente, superado já o positivismo com a corrente da filosofia da cultura, que, como diz Cossio, culmina com Rickert, Dilthey e Scheler e

com a metafísica existencial de Heidegger, passou a ser “verdade de ordem comum que a experiência jurídica, por ser precisamente experiência humana, não é uma experiência natural, isto é, neutra ao valor, mas uma experiência estimativa, valiosa”. (8) A experiência jurídica é, assim, uma experiência estimativa.

No templo muitas vezes aceitamos a doutrina do amor, porém no templo o homem não entra em relação conflitante com o próprio homem. Mas na Bolsa ou no Parlamento, onde os interesses dos homens entram em conflito, em vez de amor, encontramos o ódio e a destruição mútua.

O caráter normativo da ordem jurídica deve explicar o dever sem recorrer ao temor. Mesmo porque será difícil dizer por que devem observar a justiça os que nada têm para temer. O valor normativo da ordem jurídica só se coroará com bom êxito, se for demonstrado que cada homem tem deveres a cumprir para com seus semelhantes.

Se todo ser é ontologicamente bom, nem sempre é moralmente bom. O homem, sobretudo, como ser livre, tanto pode ascender como descer na escala moral. As ações do homem fazem parte de um padrão de comportamento que ele mesmo determina. A ação humana não é simples reação a estímulos internos ou externos, sendo uma criação própria que pressupõe todo um sistema de fins que, em última análise, dependem do homem e não do universo. Tal sistema se encontra na liberdade e na razão.

No caso dos valores morais, defrontamo-nos com um conhecimento racional implícito e preconsciente que, em vez de proceder por meio de razões ou de conceitos, age por intermédio de inclinação, promanada, embora, da razão ou da natureza racional do homem.

Tal inclinação é progressivamente fixada não só no indivíduo como na sociedade humana, no transcurso de sua existência histórica, podendo perverter-se como as próprias inclinações instintivas e manter-se estável enquanto a vida da razão prevalece. (10)

O homem, realidade originária, é essencialmente histórico. Onde haja um homem, haverá, necessária e conseqüentemente, História. (11)

Nossa inteligência não julga, entretanto, racionada e conceitualmente, mas de conformidade com as inclinações existentes em nós, de que procede assim o conhecimento natural dos valores éticos.

Contudo, com o desenvolvimento da cultura, um conjunto crescente de elementos conceituais auxilia decisivamente o conhecimento natural dos valores morais.

9. O primeiro princípio ético, sob a forma de preceito fundamental, é: “Faze o bem e evita o mal”, evidente por si mesmo para a razão, que tem o

conceito do bem e do mal. Todos os demais preceitos, inclusive os decorrentes da vida social, obrigam em virtude desse primeiro preceito.

Quando dizemos que o direito natural é imutável e eterno, apesar de ser de conteúdo variável, como disse Stammler, ou apesar de ser de conteúdo progressivo, como disse Renard, queremos dizer, sobretudo, que ele envolve certa imutabilidade e eternidade em virtude da imutabilidade e da eternidade da exigência essencial da justiça que têm os homens para com seus semelhantes.

Tal exigência, se deve corporificar pelo amor, não se deve reduzir, sem dúvida, a meras expressões de amizade, que se devem efetivar por meio de um hábil e eficaz sistema normativo. O que o amor dos melhores pode fazer em prol do próximo, pode-se, muitas vezes, exigir de todos, por imposição coercitiva da ordem jurídica.

O amor não conhece limites: nesse sentido, a ordem jurídica, informada por ele, jamais se pode dar como acabada. Apesar de não ocupar a justiça lugar mais alto que o amor, suas obrigações são mais urgentes e requerem prioridade de cumprimento. A justiça comporta um “mínimo estritamente necessário das obrigações do amor”. (12)

Como deixamos bem claro em nossa obra, *Introdução Axiológica ao Direito*, quando o amor, entretanto, é naturalmente mais abundante, a justiça não tem lugar para esparzir suas luzes. Em tal caso como diz Madinier, “o amor eclipsa a justiça, como o sol e as estrelas, só por a haver, por assim dizer, superado e consumado”.

E mais adiante: — A sociedade humana, hoje profundamente complexa e cheia de contradições, é uma arena de interesses múltiplos e contraditórios, em que o egoísmo e a cupidez, com todas as suas decorrências, vão criando verdadeiro estado de guerra, que transfunde aspereza e periculosidade à vida.

Nessa luta sem tréguas, só o amor, edificando também para o tempo, “constrói para a eternidade”. (13)

## NOTAS

(1) J. Cretella Júnior, *Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 217.

(2) Carlos Cossio, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Arayo, 1954, p. 124-5.

(3) Max Ascoli, *La interpretazione delle leggi*, Roma, Athenaeum, 1928, p. 10.

(4) v. F. Olgiatei, *La riduzione del concetto filosofico di diritto al concetto di giustizia*, Milão, Giuffrè, p. 105.

- (5) G. Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, em *Die Wandlung*, vol. II, 1947, p. 9-10.
- (6) I.M. Bochenski, *Los Metodos Actuales del Pensamiento*, noventa edición, Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1974, p. 40.
- (7) Eduardo Garcia Maynez, *Filosofia del Derecho*, México, Editorial Porrúa S.A., 1974, p. 439.
- (8) Cossio, ob. cit., p. 69-70.
- (9) Jacques Maritain, *Problemas fundamentales da Filosofia Moral*, trad., prefácio e notas de Gerardo Dantas Barreto, Rio de Janeiro, AGIR, 1977, p. 50.
- (10) Jacques Maritain, ob. cit., p. 64-5.
- (11) Lorenzo Carnelli, *Tempo e Direito*, trad. de Érico Maciel, Rio de Janeiro, José Konfino, 1960, p. 93.
- (12) Janssens, *Naestenliefde en rechtvaardigheid*, p. 12, *apud* W. Luypen, *Fenomenologia del Derecho Natural*, trad. por Pedro Martín y de la Cámara, Buenos Aires — México, Ediciones Carlos Lohlé, 1968, p. 245.
- (13) A. Machado Pauperio, *Introdução Axiológica ao Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 194.

--oOo--

*A liberdade é a faculdade de não obedecer a outra lei que não seja aquela a que o cidadão emprestou o seu consentimento.*

KANT, *Metafísica dos Costumes*.