

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*”.

