

# TEORIA GERAL

---

## A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO PARADOXOS TEÓRICOS DE UMA ROTINA PRÁTICA\*

ANDRES OLLERO TASSARA

Professor Catedrático de Filosofia do Direito da Faculdade  
de Direito da Universidade de Granada — Espanha

1. *Os paradoxos de um direito sem moral* — 1.a) Da racionalidade à arbitrariedade identificável — 1.b) No texto normativo não está posto o direito — 1.c) Legitimação política desfiguradora do processo de positivação. 2. *A paradoxal segurança do incerto* — 2.a) Fazer justiça ou saber o que se terá por justo — 2.b) Do positivismo indesejável ao positivismo inviável — 2.c) Não há “soberano instantâneo”. 3. *Ser e Dever. Uma invencível afinidade* — 3.a) Duas ciências positivas do direito contraditórias — 3.b) Ser e dever sempre interligados — 3.c) Coisa julgada como arbitrariedade incontrolada. 4. *Direito Positivo e Legalidade Histórica* — 4.a) Uma metodologia anti-histórica — 4.b) Relativismo Moral e jusnaturalismo disfarçado — 4.c) Querer progressista e despotismo ilustrado. 5. *Labor Judicial. Método Técnico ou Discricionariedade Política* — 5.a) Mecanismos técnicos sem momento criativo — 5.b) O aplicador decide o que diz a norma — 5.c) Uma discricionariedade inevitável. 6. *Normativismo Positivista e Princípios Jurídicos* — 6.a) A lógica como roupagem argumentativa do teleológico — 6.b) Protagonismo prático dos princípios e relevância teórica das normas — 6.c) A polêmica política sobre o ativismo judicial. 7. *Entre Voluntarismo Arbitrário e Prudência Razoável* — 7.a) Técnica jurídica como ideologia — 7.b) Reabilitar a razão prática — 7.c) Sem razões não há democracia. 8. *Nenhum direito natural sem democracia, nenhuma democracia sem direito natural* — 8.a) Qual relativismo? — 8.b) Direito Natural e processo de positivação — 8.c) Laicismo confessional e antidemocrático.

A mera identificação desse “positivismo jurídico” cuja crise se trata de submeter a estudo não deixa de ser problemática. Poderíamos classificar os “positivismos jurídicos” segundo se apresentam como:<sup>1</sup>

a) projeção jurídica de *teorias positivistas do conhecimento* e, por conseguinte, da ciência;

b) propósito de delimitar o objeto do saber jurídico (a *realidade jurídica*, portanto) reduzindo-a ao direito posto;

c) expressão de uma *opção ético-política* que considera o jurídico, não

como um peculiar conteúdo ético-material, mas como um conjunto de normas identificado graças a elementos formais e vinculado a um determinado conceito da soberania política e, inclusive, de sua legitimação democrática.<sup>2</sup> Ainda que esta terceira perspectiva se

\* Palestra proferida em 6.11.91 na disciplina de Direito Econômico no curso de pós-graduação em Direito Empresarial da Universidade Mackenzie, em São Paulo.

Tradução de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

apresente como conseqüência teórica das anteriores, histórica e praticamente atuará, no entanto, com freqüência como seu ponto de partida.

Não é possível articular tão variados ingredientes em torno a um eixo preciso, sem destrinchar os perfis de muitas de suas variantes. Mas, sem prejuízos de tais peculiaridades, no “positivismo jurídico” se detectam uma série de elementos relacionados por uma mútua sintonia lógica, histórica e cultural, relevantes para ressaltar os paradoxos de uma teoria de problemática viabilidade, mantida — de modo freqüentemente rotineiro e irrefletido — graças a seu contexto cultural e ético-político. Seleccionaremos oito:

1) Estabelecimento de uma fronteira cortante entre moral e direito, consolidada graças ao abismo epistemológico entre ser e dever.

2) Substituição da busca da justiça, de conteúdo inevitavelmente aleatório, por uma certeza que garantisse a segurança das expectativas individuais.

3) Elaboração de uma ciência positiva do direito, resgatando-o do âmbito de uma ética de questionada racionalidade.

4) Recuperação da historicidade do jurídico, longe das abstrações atribuídas ao jusnaturalismo.

5) Fixação de um dualismo entre a atividade política pré-jurídica e a aplicação estritamente técnica do direito positivo (plasmado dentro do direito codificado, na distinção *lege lata* — *lege ferenda*).

6) Eliminação de todo recurso ao metajurídico, mediante a obtenção de uma *plenitude do ordenamento* jurídico concebido como sistema unitário.

7) Abandono da atividade jurídica como exercício prudencial da *razão prática*, para entendê-la como aplicação dos ditames de uma *vontade legítima*.

8) Neutralização do jogo de *poderes sociais fáticos*, garantindo a exclusiva soberania da legítima *autoridade política*.

A realização desta multiplicidade de objetivos acaba tropeçando com um obstáculo comum: uma determinada concepção da linguagem e de seu papel dentro da dinâmica jurídica. O direito se serve da linguagem. A escassa impermeabilidade de sua textura arruinará o caráter delimitador que parece traço comum de todos os objetivos perseguidos. Porque quiçá se tenha que ir um pouco mais adiante. O direito não só se serve da linguagem mas se comporta ele mesmo como linguagem.<sup>3</sup> Daí seu duplo propósito de *descobrir-conferir* um sentido latente nas relações sociais, o peculiar dinamismo histórico-interpretativo de sua confrontação com a realidade e a plasticidade pragmática e polissêmica de suas fórmulas. Os “positivismos jurídicos” giram em torno a um duplo eixo: uma peculiar relação teoria-práxis — em que a segunda se subordina aplicativamente à primeira — e uma dimensão meramente instrumental da linguagem, a que se atribui uma impossível assepsia.

Sejam quais forem os paradoxos teóricos a que abocam cada um desses ingredientes, basta esboçar as implicações práticas de sua negação para aventurar que a invocação do “positivismo jurídico” poderá facilmente seguir convertendo-se em uma eterna rotina.

## 1. Os paradoxos de um direito sem moral

A separação entre *direito e moral* — clave distintiva do positivismo jurídico anglo-saxão — se entende como deslinde incisivo entre o que realmente é direito, em um lugar e momento determi-

nado, e o que cada qual entende que deve sê-lo.

*1.a) Da racionalidade à arbitrariedade identificável*

Uma teoria positivista do conhecimento repele o *déficit de racionalidade* que levaria consigo a admissão de um condicionamento “moral” do direito, como conseqüência da etérea definição de tais propostas. A identificação do direito positivo com o direito escrito reflete este afã de considerá-lo nitidamente posto, de um modo acabado. A pretensão entra em crise quando se constata que só a partir de determinadas perspectivas sobre o que deve e não deve ser chega a ler-se o que o direito é. A norma não tem um sentido preciso, nitidamente objetivado em seu texto. Este só resulta inteligível desde fora ou por debaixo de sua letra.

Se mantido o afã de racionalidade nos encontramos ante um difícil dilema. Teremos que situar o sentido do texto (o que é direito) em seu “espírito” e não em sua letra, o que nos levaria a postular a racionalidade do “espiritismo”. Kelsen afasta tão incômodo paradoxo abraçando outro: o tratamento racional do direito exige admitir que a norma não tem conteúdo racional algum; não porta um sentido que possa ser apreciado segundo um juízo. A norma não nos “diz” o que é direito, mas contém uma autorização para que o direito seja em cada caso o que alguém, por ela legitimado, “queira”.<sup>4</sup> Paradoxalmente, da repulsa da proposta moral, por exigências de *racionalidade*, passamos a um direito posto, entendido como *arbitrariedade identificável*.

*1.b) No texto normativo não está posto o direito*

Ainda que só reconheçamos como jurídicas as normas positivas, deve-se

admitir que *no texto normativo ainda não está posto o direito*. Se encontra, paradoxalmente, proposto ao leitor para que o interprete em um contexto valorativo.

Não se trata somente de admitir que em todo direito há uns elementos “morais”, cristalizados no momento em que se pôs a norma. Frente a esse arcaico “originalismo”, há que se reconhecer um contínuo fluir de valorações “morais” que vão desenvolvendo-se historicamente no sentido da norma.

Mais adiante devemos examinar se não se trata, em sentido estrito, de valorações propriamente “jurídicas”. Kelsen, optando por negar à norma um conteúdo preciso, considera que o direito é objeto de uma *posição em cadeia*, desprovida de todo sentido unitário. Se na recente teoria da ciência se anima a abandonar a busca por uma “racionalidade instantânea”, Kelsen havia abandonado de antemão a “positividade instantânea”<sup>5</sup> exigida por ela.

*1. c) Legitimação política desfiguradora do processo de positivação*

A separação de moral e direito leva consigo ao afastamento de uma autoridade (fonte ou magistério social autorizado) moral, paralela às fontes do direito vinculadas ao soberano político, com as que rivalizaria. Ainda aparecendo como conseqüência teórica do anterior, nos achamos na realidade ante o motor prático da manutenção rotineira de tais premissas. Esbarramos de novo com o paradoxo, ao constatar que tal problema político surge precisamente como conseqüência da cisão teoricamente estabelecida entre o mundo do ser e o do dever, que leva a postular fontes e instâncias soberanas contrapostas.

Em vez de situá-los somente em um de seus pólos, os esquemas de legiti-

mação política da criação do direito deveriam ser trasladados ao jogo ser/dever ser, inseparável de toda dinâmica jurídica real.

Precisamente quando se supõe que as valorações “morais” são alheias ao âmbito jurídico se marginaliza, por princípio, o delineamento de sua possível legitimação política. Em vez de abordar quando e como seriam politicamente legítimas tais valorações, sempre presentes no processo de realização do direito, se decide que — ao serem ilegítimas por princípio — não devem existir, seja isso viável ou não.

O *modelo de legitimação política* da criação do direito se condena ao paradoxo, ao converter em condição de seu funcionamento a *desfiguração do processo real de positivação do jurídico*.

## 2. A paradoxal segurança do incerto

Afirmar que o positivismo jurídico leva consigo uma substituição de valores, passando a *segurança — em lugar da justiça* — a ocupar o papel predominante, exigiria alguma precisão.

### 2.a) *Fazer justiça ou saber o que se terá por justo*

Para uma teoria positivista do conhecimento, seria precisamente a impossibilidade de se chegar a um conceito racional de justiça o que alentaria tal querer.

Assim ocorre efetivamente — de modo uma vez mais arquetípico — na proposição kelseniana, mas não parece ser o caso de figuras como Bentham, inafastável das fileiras do positivismo anglo-saxão. A dificuldade é, no entanto, só aparente.

Bentham, efetivamente, subscreve a possibilidade de um tratamento racional da ética, até o ponto de desenhá-la como uma “aritmética moral”, mas —

fiel à separação positivista entre ser e dever — coloca a teoria utilitarista da justiça em um nível pré-jurídico, como “ciência da legislação”; a função da ciência jurídica seria assegurar a obediência ao código, através do qual aquela deve converter-se em direito.

Inclusive quando se admite uma ética racional de base empírica, capaz de animar a criticar livremente a lei, o próprio do jurista será obedecê-la estritamente.<sup>6</sup> Semelhante jogo entre justiça racional pré-jurídica e segura obediência ao direito positivo deu-se entre os codificadores continentais que positivaram o jusnaturalismo racionalista. Em todo caso, tanto se considerarmos irracional a justiça como se a situarmos à margem do direito, o próprio deste não seria realmente *fazer justiça* mas permitir que o cidadão saiba a que se ater, a *saber*, de antemão, *o que se terá por justo*.

### 2.b) *Do positivismo indesejável ao positivismo inviável*

A quebra da “positividade instantânea” — que permitiria estabelecer quando começa ou termina de ser positivo um determinado conteúdo normativo — provoca a crise do modelo. Se receia que as invocações à justiça, ao olvidar a obediência ao direito posto optando por uma crítica que lhe proponha substituto, leve à arbitrariedade. Mas nenhuma arbitrariedade resulta mais abominável do que a que se camufla por detrás de uma segurança somente fictícia.

Pouco mais pode oferecer um direito positivo cujo conteúdo está meramente proposto, à espera da leitura valorativa que lhe “dá” sentido (ou que capta o que deriva de seu texto em um contexto histórico variável). Se segurança equivale a não retroatividade, a historicidade da interpretação jurídica

a fará impossível, por mais que se considere desejável.<sup>7</sup>

A crise do *positivismo* jurídico não se coloca já tanto por considerá-lo indesejável — como ocorreu no último pós-guerra — como por constatar que é *inviável* na prática. Não é desejável que a segurança substitua a justiça. O direito positivo não está paradoxalmente em condições de garanti-la nas doses pretendidas.

### 2.c) Não há “soberano instantâneo”

Quando se considera — hobbesianamente — que justo é o que ordena o soberano, pelo mero fato de havê-lo ordenado, na aparência a justiça se mantém como indiscutível valor supremo; só se modificará seu conteúdo ou a fonte de onde deriva. Na realidade tal não ocorre. O próprio Hobbes distingue moral e direito, recordando que os conselhos da primeira se assumem por seu razoável conteúdo, enquanto os imperativos do segundo se obedecem por proceder de uma vontade soberana, seja qual for seu conteúdo. Não é que tenhamos mudado de teoria da justiça, mantendo esta seu predomínio; ao tratar de uma justiça sem conteúdo, a única coisa que oferece é um saber a que se ater, sendo a obediência geral garantida a partir do que o soberano tenha por justo. Pretender desfrutar de segurança sem renunciar a que se nos faça justiça seria pedir demasiado.<sup>8</sup>

Se o que se pretende, com a opção ético-política pela segurança, é garantir ao cidadão que sua conduta estará juridicamente condicionada só pelo que o soberano tenha por justo, liberando-o de propostas polêmicas, resulta evidente a crise do propósito. Não há *soberano* “instantâneo”, nem sequer unipessoal. Isto dá margem paradoxalmente a uma multiplicidade de teorias da justiça, que irão orientando aleato-

riamente a progressiva positivação do jurídico.

### 3. Ser e dever. Uma invencível afinidade

O afã por chegar à elaboração de uma *ciência positiva do direito* aparece vinculado à filosofia positivista, arquetipicamente assumida na visão comtiana da história. A magia teológica, pseudosabedoria metafísica, há de dar margem à ciência positiva.<sup>9</sup> Liberado da credulidade e da fraude, o estudo dos fenômenos sociais (direito inclusive) nos permitirá racionalizar a convivência humana, com resultados práticos não menos espetaculares que os conseguidos no mundo físico. A revolução tecnológica encontrará como companheira, superando todo obscurantismo, a regeneração social.

#### 3.a) Duas ciências positivas do direito contraditórias

A projeção da teoria positivista da ciência ao âmbito do direito nos levará, uma vez mais, ao paradoxo. Se tal teoria do conhecimento acaba construindo uma peculiar realidade para seu particular uso e consumo, o surpreendente será que no âmbito jurídico — como nova conseqüência do forçado abismo ser/dever — acaba construindo duas...

Kelsen — sem dúvida, o mais ambicioso e coerente teorizador de uma *ciência* positiva do direito — opta por situar a realidade jurídica no mundo *do dever*.

Sendo-nos permitido o jogo de palavras, o direito que é (que deve, por ortodoxia positivista, deslindar-se de toda consideração sobre o que o direito deva ser) consiste em um dever peculiar. O que lhe presta coesão como ordenamento não é o conteúdo de suas normas (como ocorre nos estáticos sis-

temas morais) mas uma mera conexão formal, que encadeia atos de vontade outorgando-lhes sentido normativo (ou seja, transformando-os de ser fático em dever normativo).

A crítica dos “realistas” escandinavos a tal pretensão não deixa de resultar paradoxal. Para eles, a teoria kelseniana é pura metafísica, ao voltar as costas ao empirismo exigível a toda ciência positiva. Seu falso positivismo resultaria tão perturbador que acaba inutilizando tão prestigioso termo.

Os “realistas” optaram pela ciência positiva como *ciência de fatos* — jurídicos, neste caso. Mas, com isto, se fomos crer em Kelsen, acabarão delineando uma ciência tão positiva como pouco jurídica. Não se ocuparia, na realidade, do direito (situado no mundo do dever) mas de uns fatos que ocorrem na vida social, em paralelo a essas normas capazes (por uma propriedade comparável à do rei Midas) de atribuir-lhes sentido jurídico. Sua suposta ciência do direito, é, mais acertadamente, uma sociologia parajurídica.

O positivismo jurídico, em seu afã por chegar a delinear uma *ciência positiva do direito*, terminou paradoxalmente dando margem a *duas ciências contraditórias*, ou seja a nenhuma...

### 3.b) Ser e dever sempre interligados

Os dois conceitos de direito positivo, enfrentados dentro do âmbito positivista, remetem a duas proposições opostas sobre quando e *como se põe o direito*.

Para Kelsen, a conexão formal do “dinâmico” sistema jurídico outorga o sentido objetivo de norma jurídica a determinados atos de vontade, se o ordenamento goza, em seu conjunto, de um *mínimo de eficácia*. Os “realistas” contemplam, sem surpresa, como um elemento meramente fático se converte

em *conditio sine qua non* de validade.<sup>10</sup> Ser e dever aparecem identificados, ainda que a ortodoxia kelseniana convide a considerá-los meramente contíguos.

Para os escandinavos, o direito vai pondo-se ao ritmo das fluidas condutas sociais. Só *ex post facto* cabe constatar a positividade jurídica; isto traça um curioso paradoxo, já que o direito — por definição — aspira a governar o futuro e não a levantar ata do passado. O decisivo é poder identificar as normas jurídico-positivas, sem pretender um balanço do que a sociedade teve por norma considerar como direito positivo.

Os empiristas reconheceram, por sua vez — como “realistas” que são — que para que a simples vigência fática de uma norma se converta em validade jurídica deve entrar em jogo uma peculiar conduta: a *obediência desinteressada* do que atua cumprindo um dever.<sup>11</sup> Agora é Kelsen quem observa, deleitado, como os fatos se apoiarão (ou — por obrigado eufemismo — manter-se-ão vizinhos) em elementos metafáticos, que haviam sido precipitadamente repelidos como metafísicos.

A dupla versão do positivismo jurídico acaba insinuando, paradoxalmente, que *ser e dever acabam sempre interligados*, seja qual for a variante de positividade jurídica pela que se opte.

### 3.c) Coisa julgada como arbitrariedade incontrollada

Tudo isso nos afasta bastante da existência de uma vontade soberana, que dita por escrito imperativos destinados a ser aplicados com formosura técnica.

Kelsen parece respeitar o modelo, ao apresentar a norma como ato de vontade condicionado por outra norma; mas se trata de uma miragem. Não se

limita a substituir um sistema ético-material (“estático”) por outro formal e procedimental (“dinâmico”); o que levaria a substituir o direito como exigência de justiça pelo direito como arbitrariedade controlada. Para ele, as normas jurídicas não fazem aplicáveis diversos conteúdos; na realidade não se “aplica” conteúdo algum, porque isto exigiria admitir que se parte de um *juízo* sobre o que a norma disse, para acrescentar-lhe logo a seguir um aplicativo ato de *vontade*. Para Kelsen, a norma não diz nada; quer — ou melhor — faculta para querer. Por mais que se delineie a norma como um âmbito possibilitador de futuros atos de vontade com sentido normativo, tampouco cabe — coerentemente — perguntar-se que quer dizer a norma, ou que atos de vontade estaria disposta a respaldar.

Ainda que a proposição teórica pareça levar a um certo “cognitivismo” débil, que permitiria descrever cientificamente o conteúdo da norma, a dinâmica jurídica — que obriga a remissão à eficácia — acaba forçando considerar como direito um ato de vontade realizado fora do campo cientificamente descrito.<sup>12</sup> O ditame científico restaria falseado pela mesma prática do direito, capaz de demonstrar que — de fato — a norma não dizia o que parecia dizer ou acaba dizendo mais do que parecia querer. O direito como arbitrariedade controlada nos leva a um novo paradoxo: esse controle é, por sua vez, arbitrário. Desterrado o juízo do âmbito da dinâmica jurídica, a “coisa julgada” não seria senão uma *incontrolada arbitrariedade final*.

Os “realistas” se afastam ainda mais do modelo. A vontade do soberano penará na fogueira de seu desvario metafísico.<sup>13</sup> Não há tal vontade com conteúdo preciso e aplicável. Isto só é conciliável em positivismos codificadores (de raiz, paralela, racional-jusnaturalista ou empírico-utilitarista), que

levam em si os germens do “cognitivismo” ético que lhes serviu de origem. O direito parece funcionar por arte de *magia*, mas a ciência positiva ilustra o funcionamento real de uma *maquinaria social* sujeita a uma peculiar causalidade. O suposto soberano não é senão um antropomorfismo mágico, que atribui personalidade mística a um processo mecânico insuficientemente conhecido.<sup>14</sup> Aprofundando no funcionamento dessa maquinaria chegaremos, uma vez mais, ao paradoxo. A ciência positiva desvenda-nos que a máquina jurídica funciona graças a que os cidadãos não sejam suficientemente científicos para saber como funciona. Sem sua infundada convicção de que devem fazer desinteressadamente isto ou aquilo, o direito acabaria perdendo sua validade. A ciência positivista do direito nos leva, assim, a um paradoxo descobrimento: o direito só funciona *por força da ignorância social*. Se todos os cidadãos compreendessem que a norma jurídica é mera expressão de uma rotina, só lhes restaria um motivo de obediência, tão interessante como problemático: o convite de Olivecrona a não pôr em perigo o rotineiro funcionamento de um mecanismo de relojoaria cuja reconstrução poderia acabar sendo impossível.<sup>15</sup>

#### 4. Direito positivo e legalidade histórica

A invocação ao positivo arrasta sempre um tom de censura: do físico ao metafísico, do empírico ao imaginário, do concreto ao abstrato e — sobretudo — do fluir histórico ao cego aferrar-se a um passado imóvel.

##### 4.a) Uma metodologia anti-histórica

No âmbito filosófico, Comte é todo um sintoma do parentesco de *teorização positivista e filosófica da história*.

No âmbito jurídico será Savigny quem emparelha ciência do direito positivo e alegação histórica. Com isso abre novos paradoxos. Savigny está obviamente convencido de que só é direito o direito posto. Sendo a positividade do direito um produto histórico, o saber jurídico há de conceber-se como uma ciência histórica do direito,<sup>16</sup> em contraste com as abstrações do jusnaturalismo racionalista. A mordaz crítica que seus epígonos receberão de Ihering não é senão a antecipação de uma paradoxal constatação: a teoria positivista da ciência leva inevitavelmente a proposições anti-históricas da realidade jurídica.

Savigny entendia o direito como uma *realidade* por sua vez *objetiva e evolutiva*. O direito teria um conteúdo preciso, bem afastado da arbitrariedade<sup>17</sup> formalmente legitimada ou da mera rotina fática alheia a uma *opinio iuris*. Sua ênfase recairá sobre a historicidade evolutiva de tal conteúdo. No que sua proposição teria de *intuição ontológica* resultava notavelmente feliz. Sua tragédia foi querer aplicar-lhe uma metodologia radicalmente anti-histórica, a partir da qual acabaria vendo-se desqualificado pela promiscuidade de ser e dever que encobria seu “organicismo”.

Em Kelsen esta evolução orgânica se vê substituída por uma mera *mudança aleatória*. O direito é um sistema “dinâmico”,<sup>18</sup> em contraste com o fixismo estático que atribui aos sistemas morais; mas tal dinamismo não reflete o desdobramento histórico de uma realidade objetiva mas o mero suceder de atos arbitrários de vontade montados sobre um suporte formal comum. Escapando da foto fixa não vai mais além do que uma cadeia de *slides*, que se limita a oferecer uma seqüência, coerente ou não. O positivista deverá reconhecer que o direito é um peculiar ato de vontade, e deixar-se de histórias.

Os “realistas” cumprem a ordem comtiana, a seu modo. Partilham com ele a consideração do jurídico como mais um fenômeno da facticidade social. Entendem que o saber positivo capaz de explicá-lo há de ser sociológico, mas a sua proposta de ciência social prescinde — ao menos, confessadamente — de toda *filosofia da história*. Constatam que o direito “se move”, renunciando a adivinhar até onde. Desde perspectivas alternativas de *ciência social*, se sugerirá que constatar tal movimento não deixa de ser um modo, tão eficaz como interessado, de manter o *status quo* na contra-mão da história.

#### 4.b) *Relativismo moral e jusnaturalismo disfarçado*

O positivismo insiste na necessidade de ocupar-se do *direito positivo* negando caráter objetivo a qualquer suposto rival situado fora da *realidade social*. A historicidade desta, não obstante, converterá em problemática essa promessa de união indissolúvel.

Se direito e realidade social se identificam surge um paradoxal dilema. Ou o direito — como aquela — é mera facticidade, alterando com isso sua função normativa por outra meramente reprodutiva; ou o direito encontra na realidade social a fonte da clave normativa que lhe dá sentido. Se tal clave é aleatória, não haveria grande diferença entre o direito e o jogo de roleta; se for fática, a descrição da realidade social se revela em norma disfarçada e a sociologia se degenera em sociologismo.

Este tem sido, no mais das vezes, o resultado. A defasagem entre a historicidade social e as exigências de segurança jurídica substituem o discurso do direito *como* realidade social pela exigência de que suas normas se adaptem de modo contínuo a tal realidade. Seria ela a autêntica depositária do sentido do direito.

O *sociologismo* se converte em jusnaturalismo inconfessado, se em cada momento histórico a realidade social ditasse uma resposta fática obrigatoriamente adequada.

Quando, desde de uma perspectiva “crítica” se julga saber de antemão como acabará a história, surge esse peculiar “jusnaturalismo” que convida a um uso alternativo do direito. O sociólogo — que, negando-se a esquadriñar o futuro, se considera capacitado para decifrar o presente — acaba introduzindo nele sua própria teoria da justiça, aliviando-se de responsabilidades como fruto de sua opção pelo oportunismo.

O positivismo, que se apresentava como expressão de *relativismo moral*, acaba implantando paradoxalmente um *jusnaturalismo disfarçado*.

#### 4.c) *Querer progressista e despotismo ilustrado*

Estando de acordo que a norma jurídica deverá aplicar-se em todo momento de acordo com a “realidade social” de então, surge o problema de quem corresponde a *interpretação* autêntica dessa encoberta *normatividade social*, que — oferecendo-se como critério interpretativo da jurídica — acaba na verdade substituindo-a. É óbvio que os esquemas de legitimidade política respaldam o texto normativo, mas este, na medida em que deixou de ser o dono de seu sentido, é apenas uma parte do necessitado de legitimação.

Pedir ao sociólogo que nos esclareça o problema seria situá-lo ante uma incômoda disjuntiva. Pode, se é rigoroso, declinar o encargo; dificilmente poderá dizer ao jurista qual “realidade social” deve servir-lhe de critério ao interpretar a norma, quando sua função é esclarecer que tem por norma considerar como realidade social o próprio

jurista realizando sua função interpretativa. Pode, pelo contrário, investir — de modo mais ou menos dissimulado — como intérprete social autorizado junto a determinado núcleo de opinião, convertendo-se assim de fato em portador de poderes não legitimados.

Se consuma um novo paradoxo. A presumida fidelidade do positivismo aos mecanismos de legitimação política (obviamente democrática) se vê deslocada pelo *querer* “progressista” que lhe acompanha, encontrando formulação arquetípica em sua versão comtiana.<sup>19</sup>

Frente ao jusnaturalismo como filosofia reacionária da história, empenhada em conservar um passado imperfeito, o positivismo progressista, que aspiraria a adiantar o futuro, constata com impaciência que, um dia após o outro, a *norma jurídica tem permanecido sempre aquém*. Adaptar a norma jurídica à realidade social seria fazê-la chegar onde seu criador — timorato na origem ou tornado arcaico — não conseguiu chegar.

O recurso à realidade histórica se converte assim na mais eficaz estratégia para um *despotismo ilustrado*. Não somente havemos passado do relativismo moral à proposta de incumprimento compulsório, mas também bloqueamos as formas de legitimação democrática, atribuindo a um grupo minoritário (os deuses são tacanhos ao outorgar sabedoria) o direito de discernir, entre os fatos, germens do futuro e cadáveres do passado.

#### 5. Labor judicial. Método técnico ou discricionariedade política.

O afã por traçar uma separação incisiva entre atividade política e jurídica — *debate valorativo pré-jurídico* e *manejo* rigorosamente *técnico* do *direito posto* — não só expressa a tercei-

ra perspectiva proposta, mas se enlaça com as duas prévias. De pouco serviria centrar toda a atenção científica sobre o direito posto se em seu desdobramento dinâmico se acabasse inevitavelmente por colocar outro.

### 5.a) *Mecanismos técnicos sem momento criativo*

O positivismo jurídico — precisamente por seu empenho em não reconhecer como direito senão às normas positivas — reclamará uma ciência capaz de subministrar o instrumental metodológico adequado para garantir que tais normas não se verão desvirtuadas na sua aplicação prática.

Isto explica o duplo caráter da chamada “metodologia jurídica”. Sob tal rótulo se acolhem com freqüência dois tipos de contribuições: *uma metodologia da ciência do direito*, que assinala os requisitos a cumprir pelo saber jurídico para que possa ser considerado científico, projetando sobre ele “normativamente” uma determinada teoria do conhecimento e da ciência; e *uma metodologia para a práxis jurídica*, que analisa as incidências que acompanham a realização prática do direito, as possibilidades e limites das normas para dar-lhes resposta e o esboço dos modelos oportunos pretendendo que todo este processo resulte, na medida do possível, técnico, rigoroso, racional ou — ao menos — razoável.

Os principais postuladores de um saber jurídico científico se mostram especialmente atentos à capacidade de sua ciência jurídica para solucionar os problemas apresentados pelo manejo prático do direito. Aspiram a obter *mecanismos técnicos* que permitam resolver qualquer incidência prática, *sem restaurar o momento criativo* do direito, presumivelmente consumado no momento de sua criação positivadora.

A dificuldade do propósito é tal que se chegou a ironizar sobre a realidade histórica de tal intento,<sup>20</sup> mas não falta fundamento para detectar elementos definidores:

— delineamento da *prática* jurídica como uma operação “aplicadora” de normas previamente postas.

— configuração do ordenamento jurídico como um *sistema coerente e pleno*, livre de antinomias e lacunas.

— entendimento da *aplicação* da norma como uma tarefa *técnica*, na que não se incluíam valorações acrescidas às colocadas pelo legislador.

— função *excepcional* e terapêutica da *interpretação*, considerada como *remédio* saneador de uma *imperfeição* congênita ou de um envelhecimento superveniente detectado na norma.

— propósito de elaboração de *métodos interpretativos* capazes de converter também em técnico e científico esse labor, *evitando* assim — por supérflua — toda *discricionariedade*.

— apresentação, enfim, de toda a realização prática do direito como um *juízo* racional, considerando-se esgotada a intervenção da *vontade* política ao ser criada a norma. A afinidade entre a fronteira *lege lata/lege ferenda* e as estabelecidas entre “ser”/“dever ser”, “direito”/“moral” e vontade “soberana”/“crítica” não legitimada é evidente.

### 5.b) *O aplicador decide o que diz a norma*

A inviabilidade prática do modelo é tal que, com efeito, não é fácil hoje encontrar positivista algum capaz de defendê-lo. Kelsen, por exemplo, amplamente ilustrado pelas peculiaridades do judicialismo norte-americano, chegará a seu *abandono* absoluto. Reconhece o caráter criativo da suposta “aplicação” da norma, até chegar a apontá-la como “criação” de uma norma nova, se bem específica.

A dinâmica do direito deixa de conceber-se como um juízo, logicamente dependente de premissas positivadas, para colocar-se como encadeamento formal dos atos de vontade.

Dado seu não “cognitivismo” ético, cada ato de vontade acaba decidindo — por força da eficácia — qual era realmente o âmbito legitimador que lhe brindava o prévio, com o que o presumido processo de clarificação do “conteúdo” da norma se inverte na prática, recebendo caráter retroativo: paradoxalmente, o que *diz* realmente uma norma o *decide* ao final seu suposto “aplicador”.

Hart se esforça por conservar o modelo como mero postulado ideal; em excepcionais “casos difíceis” seria legítima uma inevitável discricionariedade. Este estratégico *positivismo repregado* chegará a uma curiosa situação de troca de papéis ao polemizar com Dworkin.

A peripécia põe de relevo a dupla raiz do *positivismo jurídico*: uma de caráter conceptualista, que não exclui o “cognitivismo” ético (de raiz racionalista ou empirista) se bem positivamente *codificado*; outra, que parte do *voluntarismo*, exclui todo tratamento racional da ética. Kelsen marca a fratura entre ambas, enquanto Hart se esforça desesperadamente por conciliá-las.

O positivismo entendia que o debate sobre a justiça restaria encerrado ao positivar-se a norma. Sua aplicação prática havia de garantir segurança, excluindo toda *discricionariedade*. Os “cognitivistas” intentam esboçar métodos interpretativos científicos, enquanto os voluntaristas se esforçam por mitigar o alcance de uma discricionariedade inevitável.

A polêmica entrada em jogo de Dworkin — reconhecendo a dimensão valorativa de toda interpretação da norma e admitindo, por seu turno, princípios cognoscíveis, que permitiriam

prescindir de uma arbitrária discricionariedade — leva ao paradoxo. O positivista Hart assume uma discricionariedade por via de exceção, enquanto o “jusnaturalista” Dworkin exclui toda discricionariedade em sentido forte, ao apoiar-se em critérios objetivos e cognoscíveis. Os positivistas acabam, pois, constatando a inviabilidade de seu modelo até o ponto de atribuí-lo a seus adversários polêmicos.

O dilema entre “cognitivismo” ou voluntarismo ético destrincha os perfis. O modelo positivista a que vimos aludindo procedia na realidade (tanto em Bentham como no continente) de jusnaturalismos positivados. Um voluntarismo coerente se vê obrigado a abandoná-lo (Kelsen) ou a mantê-lo com mais equilíbrio que coerência (Hart).

### 5.c) Uma discricionariedade inevitável

O desejo de delimitar o campo do político e o do jurídico, fazendo supérflua uma específica *legitimação política da tarefa judicial*, não se sustenta. Por mais que o tópico subsista — como peça de uma ideologia profissional — é difícil seguir acreditando na *neutra aplicação técnica* de uma norma previamente criada em sede política.

A aplicação da legítima vontade soberana se vê suplantada na teoria kelseniana pela mera vontade arbitrária do criador da norma particular, submetido ao filtro somente teórico da norma prévia, ativável ante as instâncias de controle.

A *interpretação científica* da norma delinearía o âmbito teórico de discricionariedade dentro do qual pode mover-se o criador da norma particular. Em vez de um núcleo nítido e uma periferia de casos difíceis (como em Hart), nos encontraríamos com um *âmbito de arbitrariedade* legítima demar-

cada e outro de arbitrariedade ilegítima extramuros da norma prévia. Mas, na realidade, a interpretação científica se limita a pretender solucionar uma polêmica teórica; em qualquer caso, *não* resulta *vinculante* para a instância de controle<sup>21</sup> — nem para o último criador de normas, se aquela não existe — com o que o presumido filtro resta na prática na contingência de que tal interpretação científica seja respeitada. Em caso contrário restará reduzida a jogo acadêmico, podendo ver-se inclusive teoricamente falseada pela força retroativa da *eficácia jurídica*.

Hart, ao admitir por via excepcional uma discricionariedade inevitável, está reconhecendo a necessidade de uma legitimação política da atividade judicial.

Ainda que tal extremo não gere problemas especiais no âmbito anglo-saxão, o caráter universal de sua reflexão teórica anula pretensões características do positivismo continental. O eco desta constatação resulta expressivo ante as tentativas de buscar respaldo legitimador a um Poder Judicial que antes não o precisava, na medida em que — como expressara Montesquieu — era considerado nulo, por seu papel de mero locutor das palavras da lei.

A fronteira entre *política jurídica* e *aplicação técnica* do direito resulta, pois, tão pouco sustentável como aquelas (ser-dever ser, direito-moral) em que pretendia apoiar-se.

## 6. Normativismo positivista e princípios jurídicos

O delineamento do *ordenamento jurídico* como *sistema coerente e pleno* aspira a converter em supérflua toda ilegítima tentação de recorrer a elementos metajurídicos. Nossas três perspectivas se unem de novo: (c) o afastamento de toda pretensão de re-

presália clandestina, por parte de *opções políticas* descartadas pelo *legislador*, (b) exige manter-se no âmbito de um direito posto, (a) cuja peculiar capacidade expansiva necessitará de modelos *ad hoc* apresentados pela *ciência jurídica positivista*.

### 6.a) A lógica como roupagem argumentativa do teleológico

O instrumento decisivo elaborado pela ciência positivista do direito, para facilitar uma indefinida *capacidade expansiva do ordenamento jurídico*, se traduzirá nos *princípios gerais de direito*.

Serão eles os que possibilitam a entrada em jogo de um dos critérios prioritários para um manejo supostamente técnico do direito: *a interpretação sistemática*. Quando nem a interpretação gramatical nem a histórica são capazes de apresentar um sentido da norma compatível com as exigências do caso, resulta inevitável ir mais adiante. Para que esta imprescindível expansão não nos condene a fugir ao metajurídico deverá *se dilatar o âmbito do positivo*.

Os princípios gerais de direito satisfazem duas radicais exigências positivistas. Por uma parte, ruminam conteúdos *jurídicos* já *postos*, evitando na aparência todo momento criador adicional. Por outra, atuam dentro do delineamento da prática jurídica como *operação lógica* e inclusive silogística. Oferecem uma premissa maior de emergência, ante a provada impossibilidade de conectar adequadamente com o caso concreto aquela encerrada no texto.

A *interpretação* sistemática assim promovida seria uma operação científica, que ampliaria o âmbito de manejo técnico do direito, marcando fronteira com a *integração* de conteúdos alheios ao direito posto. Nos encontraríamos

no âmbito de uma lógica aparentemente dedutiva, que estacionaria no âmago da pouco desejável integração toda *argumentação analógica*. Quando inclusive esta fórmula de expansão controlada resulte insuficiente, os princípios gerais permitirão ainda estabelecer uma nova delimitação de emergência, distinguindo entre os enlaces analógicos caprichosos e aqueles que permitiriam constatar a existência de uma *analogia iuris*.

As sucessivas revisões do modelo põem de relevo sua insuficiência. A historicidade do jurídico deixará evidentes, uma e outra vez, suas limitações. As tentativas de solucioná-las através de uma *interpretação sociológica* apresentam problemas já aludidos. É como se o tronco supostamente lógico da operatividade do direito se visse asfixiado por uma endêmica parasita *teleológica*. As tentativas positivistas de esboçar científica e tecnicamente este novo critério interpretativo fracassaram. A *jurisprudência de vantagens*, tão vinculada a Bentham e suas tentativas de chegar a um cálculo ponderador de magnitudes obtidas empiricamente, gerou um sociologismo particularmente opaco. Na realidade, o raciocínio jurídico é sempre mais teleológico que lógico.

A teleologia vibra sempre na captação da concreta solução exigida para o caso; a *lógica* não é senão a *roupagem argumentativa* mais convincente à hora de fazer valer tal proposta. Não recorreremos à teleologia como remédio extremo, esgotada a lógica; recorreremos à lógica para *fazer plausível uma exigência teleológica prévia*. Esta primazia do teleológico se traduz em um *protagonismo da analogia*,<sup>22</sup> como via adequada para a captação da historicidade do direito. Todo o *modelo* científico positivista de *uma metodologia para a práxis do direito* resultou paradoxalmente invertido.

### 6.b) *Protagonismo prático dos princípios e relevância teórica das normas*

Se queremos manter o razoável esforço de considerar direito somente ao direito posto, o fracasso do modelo leva a recolocar o que vamos considerar como tal. Agora será o *normativismo* a peça positivista que entra *em crise*. A artificialidade de uns princípios gerais, obtidos ruminando o conteúdo das normas positivas, levará a questionar se não haverá uns *princípios*, tão jurídicos como as normas, sem cuja presença nenhuma práxis do direito seria concebível.

A manutenção da idéia do ordenamento jurídico como sistema de normas (e do que delas caberia derivar cientificamente) se faz teoricamente insustentável.<sup>23</sup> Terá, ao menos, rentabilidade prática? A já provada funcionalidade da ignorância social poderá aconselhar a manutenção do normativismo, como fórmula destinada a gerar confiança, simulando um manejo aparentemente racional do direito.<sup>24</sup> Mas, ainda admitindo a prática rentabilidade "ideológica" de uma concepção falsa do jurídico, nada parece escusar da busca teórica de outra explicação mais próxima à realidade.

Frente ao modelo de ordenamento jurídico como sistema de normas surge a alternativa de um ordenamento constituído, por sua vez, por normas que se formam no jogo combinado de vários princípios em relação a uma hipótese fática, e por esses mesmos princípios atuando como critério de eleição entre normas de explicitação de seu sentido histórico. Tais *princípios* não surgiram já por desdobramento do material normativo mas se revestiriam de um nítido *caráter prévio*, oferecendo-se como elementos básicos a combinar no caleidoscópio desenvolvimento do ordenamento jurídico.

A aceitação prática do modelo não resultaria nada inovadora. Não faltam *textos constitucionais* nos que se recolhem tais princípios pré-legais, condicionadores da validade de qualquer norma. Por mais que o arraigado normativismo convide a considerá-los como *normas de ordem superior* e difusa delimitação,<sup>25</sup> a realidade é que são e atuam como *princípios*: oferecendo-se a uma *mútua ponderação*, sem obrigar à eleição disjuntiva própria da opção entre normas. O giro constitucional, desde um entendimento dos *direitos subjetivos* como *derivados das normas* legais a um entendimento das leis como normas de validade subordinadas ao respeito ao conteúdo essencial de uns *direitos fundamentais que funcionam como princípios*, pode dar-se por consumado. O que se verifica freqüentemente ausente é a compulsória rerepresentação teórica do normativismo que isso exige.

Se abordada com decisão, a *pergunta* impostergável é se tais princípios são *realmente jurídicos*. Atribuir-lhes um caráter “moral” pré-jurídico equivaleria a reconhecer que o direito é um sistema cuja dinâmica está protagonizada por elementos alheios ao mesmo.

Kelsen o faz com notória impassividade, consolando-se com a convicção de que tal protagonismo é irrelevante para um “jurista” (pelo caráter metajurídico de tais vizinhos incidentais das normas) e que sua análise resulta vedada ao científico (dado o caráter irracional de seus conteúdos). Admitir, como Hart, um certo tratamento racional de seus conteúdos, ainda que negando sempre seu caráter objetivo, nos levaria a um conceito nitidamente incerto do que possa entender-se por racional.

Reconhecer a tais princípios caráter jurídico obriga a recolocar duplamente *o conceito de direito positivo como direito posto*; perguntando-nos o que de-

vemos entender por direito e quando podemos considerá-lo posto.

A ruptura do normativismo leva a relativizar o papel do critério *formal* de *identificação do jurídico*. Não poderemos já entender por direito o que aparecendo formalmente como norma, se integra em um sistema peculiarmente cerrado. Parece necessária uma *identificação material* do jurídico, como conjunto de exigências que condicionam uma convivência social respeitosa com o “humano”. A fronteira entre o jurídico e o que não é viria dada por dita repercussão, sem prejuízo de que o critério para tal discernimento mereça — por umas ou outras razões — o qualificativo de “moral”.

Problema distinto é como se acaba pondo o direito. Desde um ponto de vista real são os *princípios* os *protagonistas práticos* de tal *positivação*, e não só como ingredientes informadores das normas. Atuam também como estimuladores da tarefa judicial — que busca interpretar a norma convenientemente — e, não cabe olvidá-lo, como protagonistas básicos do âmbito mais amplo da atividade jurídica: a conduta do cidadão, que julga como deve comportar-se, com tão escasso conhecimento dos labirintos normativos quanto nula afinidade pelo o que os juízes o ilustrarão a respeito.

Ainda sendo o jurídico algo tão pouco precisamente delimitável e positivando-se de modo tão versátil — e precisamente por isso — o protagonismo real dos princípios deve ver-se acompanhado pelo papel central da *norma* como ponto de *referência* de sua *análise teórica*.

Não sendo o direito um conjunto de normas, nelas encontramos uma indispensável plataforma para ir captando seu sentido. Ainda que a prática jurídica não consista em aplicar normas, o atuar como tal permite uma relativa previsão de suas conseqüências e faz

possível articular com relativa transparência o debate que sempre a acompanha.

O entrecruzar de perspectivas subjetivas sobre o que seja exigido por uma convivência “humana” exige instâncias de mediação entre as que a norma — sem arrogar-se exclusivismos desfiguradores ocupa um lugar de notável relevância. Mas o *debate jurídico* fundamental — cujo ocultamento seria de suspeitosa utilidade — será sempre o de os *princípios* jurídicos a se ter em conta na hora de resolver um conflito e o de sua ajustada ponderação.

A pretensão positivista de identificar o jurídico pela forma em que é posto obriga a simular um irreal processo de positivação. *As formas positivadoras não definem o jurídico*, permitindo uma tranquilizadora e nítida delimitação relativa ao moral. A sempre polêmica delimitação do jurídico (dentro das exigências morais de respeito ao humano ou das considerações de oportunidade ou eficácia política) encontrará nos mecanismos formais de positivação o campo argumentativo mais adequado para encaminhar a uma — sempre pretendida — “coisa julgada” e para intentar prever seu ditame resolutório.

### 6.c) A polêmica política sobre o ativismo judicial

Desde a perspectiva da legitimidade política da criação do direito, todo o exposto obriga a reperguntar *quem realmente põe o direito*. O *normativismo* simplificava notavelmente o problema, ao reduzir a indagação a quem está legitimado para pôr normas (dado que se excluía qualquer outra realidade jurídica).

Quando o normativismo se converte em *legalismo* a simplificação é ainda maior, ao converter-se a lei em fonte jurídica única (acompanhada, se acaso,

por um costume reduzido na prática a critério de interpretação e por uns princípios gerais destilados dela mesma).

Inviável o esquema positivista, resulta inevitável a *polêmica política*, por mais que procure disfarçar-se de debate científico. Política e *não doutrinal* é a polêmica sobre o “ativismo” *judicial*, ou seja sobre a renúncia a encobrir o relevante papel criador que o juiz — queira ou não — há de assumir.

A tensão entre lógica e teleologia, interpretação científica e integração política, silogismo e analogia, ressurgem agora.

Que não se trata de uma peculiaridade dos sistemas continentais codificados o põe de relevo a presença do problema — com peculiares conotações — no âmbito anglo-saxão. Ainda que a existência de uma específica legitimação política do juiz (diversa da competência técnica que se lhe presume no direito codificado) pudesse haver sombreado o problema, a relevância constitucional da Corte Suprema leva a colocá-lo em termos paralelos.

No âmbito norte-americano o “originalismo” que anima a interpretar a Constituição mantendo o sentido contemplado e querido por seus redatores, disfarça de debate metodológico uma polêmica de notável caráter político: se delineamentos socializantes, alheios — ideológica e historicamente — ao momento positivador podem ou não resultar admissíveis.<sup>26</sup> No direito codificado, pelo contrário, os juízes (graças a sua presumida neutralidade ou nulidade política) puderam realizar essa transmutação introduzindo por via jurisprudencial doutrinas tão relevantes como a de abuso do direito. Ao conceber-se, pelo contrário, direitos não só derivados das leis mas entendidos como escudos que “negam” a licitude de uma intervenção estatal, se afasta qualquer pretensão judicial de “afirmar” *direitos não* explicitamente *pre-*

*vistos* no texto constitucional, pela modificação da teoria de justiça subjacente que tal prática levaria consigo. O debate gira na realidade em torno à possível *positivação privilegiada* de uns *princípios* que passariam a ocupar um papel de vértice no jogo ponderativo que toda a atividade jurídica implica.

No âmbito europeu se experimenta uma freqüente repulsa ao “ativismo” do Tribunal Constitucional. Isto se vê facilitado pelo caráter de *legislação* “negativa” que Kelsen atribuiu a seu modelo de controle “concentrado” de constitucionalidade.

Se tal Tribunal for além de uma tarefa de mera anulação de leis para passar a positivar o direito, assumiria competências legitimamente atribuídas ao poder legislativo — de maneira não muito diversa a como juízes da Corte Suprema norte-americana, ao afirmar novos direitos, sacralizam opções políticas subtraindo-as ao jogo alternativo das maiorias parlamentares.

Mas, conjuntamente ao ascético convite kelseniano a uma atitude “negativa” meramente anuladora, entram em jogo, em não poucos casos, textos constitucionais assentados sobre um conjunto de *direitos fundamentais, sedentos de positivação*. Esta contraditória tensão denuncia a entranha política de tão freqüentes recursos doutrinários.

Tanto o recurso ao “originalismo” (especialmente plausível em textos constitucionais de escassa antiguidade<sup>27</sup>) como a repulsa a que o Tribunal Constitucional se converta em “terceira instância” judicial ou em “terceira câmara” parlamentar não fazem senão constatar a inviabilidade do modelo positivista. O que se discute não é se o juiz cria o direito (o fará sempre, queira ou não) mas se deve consolidar uma opção ou reformá-la.

O *legalismo* político resulta na prática ainda *menos sustentável que o normativismo* teórico-jurídico.

## 7. Entre voluntarismo arbitrário e prudência razoável

Os mais variados positivismos jurídicos coincidem na necessidade de abandonar toda colocação da atividade jurídica como exercício prudencial de uma suposta razão prática. Se a repele: (a) por irracional, na medida em que encobriria uma “falácia naturalista”,<sup>28</sup> ao enlaçar ser e dever ser, (b) por insegura, ao sombrear a fronteira entre direito posto e o meramente proposta e (c) por politicamente ilegítima, na medida em que tais tarefas estariam protagonizadas por cidadãos sem título habilitador para criar direito.<sup>29</sup>

### 7.a) Técnica jurídica como ideologia

A atitude mais estendida entre os defensores de uma ciência positivista do direito é a consideração da *prudência* como uma atividade *pré-científica*.

Não deixa de resultar sintomático que Bacon incluía aos *idola fori* no catálogo de inimigos da razão destinados a ser objeto de sua profilaxia iconoclasta.<sup>30</sup> Se Comte aparenta os juristas com a metafísica e anuncia sua rentável substituição por engenheiros sociais,<sup>31</sup> Bentham não duvida em assinalar os advogados como os principais boicoteadores de suas propostas, com um ar entre displicente e compreensivo: também os obreiros se opõem à instalação de novas máquinas.<sup>32</sup> Passar da prudência à ciência seria algo tão compulsório quanto fazê-lo da alquimia à química ou da astrologia à astronomia.

O paradoxo é — depois do já assinalado — que o que se apresentava como uma *substituição* acaba convertendo-se em mero *disfarce*.

Ainda que a metodologia para a práxis jurídica que modela o positivismo se apresente como alternativa à prudência, não a substitui senão que só lhe

serve de tentação para degenerar em arbitrariedade disfarçada.

Não se trata de negar a virtude de uma laboriosa “técnica jurídica”. É indubitável sua utilidade instrumental, como ponto de apoio ou de referência dentro do sempre problemático jogo da razão prática. Mas, quando se lhe apresenta como sua alternativa, *a técnica se converte* paradoxalmente em “ideologia” mascaradora da arbitrariedade.

### 7.b) Reabilitar a razão prática

O fracasso da técnica jurídica como substitutivo da prudência reabre em toda sua crueza o dilema fundamental sobre o caráter da *positivação* do direito: nos encontramos ante um *ato de vontade* ou ante um *prudente* exercício da *razão prática*? O afã de ater-se com fidelidade ao direito posto levava a um modelo intermediário: captação teórica da *voluntas* ou *mens legislatoris* (segundo a raiz voluntarista ou “cognitivista” da pretensão) e posterior aplicação técnica sobre a realidade concreta.

Certificada a ruína da pretensão, só resta propor um voluntarismo acumulativo, na linha kelseniana, ou reapresentar as possibilidades de um razoável exercício de atividades práticas como as que a positivação do direito exige.

Descartado o voluntarismo e o logicismo dedutivo, é preciso aprofundar nas peculiaridades de um processo que é, por sua vez, *captação racional* — das exigências dos princípios jurídicos — e *desenvolvimento prático* — dessas mesmas exigências — ante circunstâncias históricas concretas, é dizer, novas e irrepetíveis.

A analogia se converte no principal instrumento de razoabilidade, posta na correspondência de princípios valorativos e *circunstâncias* sociais, que iluminarão a positivação do direito com toda sua carga de historicidade. O *marco normativo* servirá instrumentalmen-

te como insubstituível ponto de referência de tão problemático processo e como pedra de toque de sua racionalidade. Não porque possa ser “aplicado” (a inviabilidade do propósito desculpa todo debate sobre sua desejabilidade), mas porque servirá de ponto de apoio argumentativo e exigirá — quando se opte por marginalizá-lo — a adequada justificação.

As tentativas de *reabilitar a razão prática* certificam com eloquência, pelos protagonistas que hoje alcançaram, dentro do debate meta-ético, o esgotamento da proposta positivista.

### 7.c) Sem razões não há democracia

A dupla raiz — voluntarista e “cognitivista” — dos positivismos jurídicos encontra, por outro lado, uma interessante pedra de toque quando contrastados com os esquemas de *legitimação política* em uso.

Hobbes nos mostra uma clara opção pelo voluntarismo mantendo, como um mínimo de direito natural indispensável, o princípio da *pacta sunt servanda*.

Mas seu voluntarismo leva a um coerente *absolutismo* político. Direito é o que quer o soberano, ou aquele a quem autorize a querer em seu nome.<sup>33</sup> Quando se passa a um voluntarismo colegiado o esquema não será muito diverso. Só recorrendo a uma “legislação oblíqua” consegue Austim disfarçar de vontade do soberano as tarefas judiciais.<sup>34</sup> Kelsen irradiará todo resto jusnaturalista, com sua norma fundamental básica, levando à plenitude o voluntarismo: na origem (substituindo sua norma fundamental como hipótese teórica por outra entendida como vontade simulada)<sup>35</sup> e no seu desenvolvimento (admitindo, sem circunlóquios, uma correlação de vontades soberanas sucessivas, sem obliquidade alguma que possibilite justificar a permanência de algo esgotado).

O abandono do querer absolutista do voluntarismo, como exercício inevitavelmente arbitrário (e só relativamente previsível) do poder, serve de matriz às fórmulas de legitimação política ainda vigentes, de inequívoca raiz “cognitivistista”.

Consciente disso, Kelsen se vê obrigado — para não abandoná-las — a tratá-las em paralelo,<sup>36</sup> incontaminadamente ilhadas de sua teoria pura do direito.

Aniquilada a conexão entre teoria do direito e legitimação política, será a eficácia que acabará preenchendo, na doutrina kelseniana, tão sensível vazio. Não faltam “kelsenianos” que ignoram tão decisiva peripécia, pretendendo eliminar o que tão coerente autor distinguiu com sensível detalhamento. A tópica concessão entre positivismo jurídico e democracia liberal (como forçado contraponto a um jusnaturalismo prejulgado como intolerante e autoritário) explica essa tentação de incoerência da que Kelsen — não dado aos simplismos — fugiu resolutamente.

O voluntarismo se vê marginado nas fórmulas de legitimação política próprias da Ilustração. A fonte de legitimação do poder não será tanto a vontade do soberano (que é o necessitado de legitimação) como a *opinião pública*: o debate racional dos cidadãos ilustrados que intercambiam opiniões (não opções, mas diagnósticos tolerantemente propostos) sobre os problemas da convivência social.

O *Parlamento* encarregado da criação das normas legais (únicas concebíveis pela variante positivista mais estrita e ortodoxa: normativista e legalista), será o cenário de um debate (intercâmbio de argumentos racionais e não choque entre forças discrepantes fechadas a todo consenso) entre os representantes dos cidadãos, que refletiriam em seu discurso racional as opiniões dos eleitores.

A repulsa do “mandato imperativo” não é um cheque em branco para que o parlamentar faça o que queira, mas o reconhecimento de que seu esforço racional não pode estar bloqueado por decisões prévias.

A partir desta perspectiva, *sem razões não há democracia*, porque esta não é soma de vontades mas pretensão intersubjetiva de acercar-se — razoável e tolerantemente — à solução de problemas sociais controvertidos. Retornar ao voluntarismo seria expor-se a um absolutismo disfarçado.

Rousseau denuncia a possível dimensão falseadora de uns mecanismos só aparentemente racionais, que — no melhor dos casos — serviriam de veículo a uma “vontade de todos”. Mas, ao subscrever uma primazia da práxis, segue dentro do voluntarismo e não pode obviar suas conseqüências. A “vontade geral” se converterá em matriz dos mais variados totalitarismos.<sup>37</sup>

Não é só a forma parlamentar a que pretende marcar o desapego de um voluntarismo de difícil legitimação. Também o *processo judicial* se atém a um lugar no palco “cognitivistista”. As partes litigantes apresentam argumentos, à espera de que um juízo autorizado lhes reconheça que a razão está de seu lado.

É um “positivismo” de raiz “cognitivistista” o que volta a impor-se. Poderá denunciar-se às formas processuais, por “ideologicamente” falseadoras,<sup>38</sup> ou poderá descrever-se com encantamento a rentabilidade funcional de tal coreografia.

De algo não há dúvida: assumindo o voluntarismo, as fórmulas legitimadoras vigentes restam despojadas de sentido. Só caberia repelir coerentemente as formas democráticas ou resignar-se a descrevê-las como umas indispensáveis técnicas de domesticação e aprendizagem social.<sup>39</sup> O problema surge quando as receitas metodológicas do positivismo deixam inservível o

modelo. Se pretendeu encerrar no debate político (presumivelmente pré-jurídico, realmente pré-legislativo) o jogo das razões, encapsulando seu resultado em uns suportes normativos suscetíveis de manipulação técnica.

Se chegou a subscrever, inclusive, o caráter supérfluo — e indesejável — da interpretação, ou se intentou reduzi-la a sua versão “autêntica”, realizada por seu próprio corpo legislativo.<sup>40</sup> O fracasso destas fórmulas leva — ao ser descartado um exercício da razão prática — a um resignado reconhecimento de que é preciso suportar âmbitos de “discricionariedade” só tacitamente legitimados.

Hoje é preciso reapresentar os modelos de legitimação do poder para fazê-los capazes de assumir o exercício de uma racionalidade prática, em vez de mantê-los esterilmente vinculados a uma aplicação lógico-dedutiva inviável, seja qual for sua funcionalidade para encobrir a arbitrariedade.

## 8. Nenhum direito natural sem democracia, nenhuma democracia sem direito natural

A *identificação* política das *opções positivistas* com valores como o pluralismo ou a tolerância e, como consequência, com a defesa das *formas democráticas* de legitimação política, atuou indubitavelmente como um dos fatores práticos consolidadores de um edifício com fendas teóricas indissimuláveis. Acrescente-se a isso a carga — especialmente rentável em países latinos — que as *invocações ao laico*<sup>41</sup> aportam a este quadro, para entender a capacidade de “eterna rotina” que — apesar de tudo — seguem fazendo gala as teorias positivistas no âmbito jurídico.

### 8.a) Qual relativismo?

A teoria do conhecimento e da ciência que serve de fundamento aos positi-

vismos jurídicos mais estritos convidava a sustentar a impossibilidade de um conhecimento racional de bens ou valores. *Positivismo e relativismo ético* se converteram assim em companheiros inseparáveis. Se, por sua vez, *tolerância e democracia* resultaram inteligíveis sem um ponto de partida relativista, se consumaria uma dogmática conexão entre positivismo e democracia. Basta ser positivista a sério para demonstrar tão curiosa correlação.

Se a tolerância e a democracia aparecem como valores ou como exigências éticas, o positivismo tem tanto que dizer racionalmente sobre elas como sobre qualquer outra colocação do mesmo gênero. Kelsen não hesita em registrar tal particularidade,<sup>42</sup> mas ser positivista a sério exige seu talante ascético, hoje pouco usual.

Ao abordar o relativismo nos encontramos com uma dupla acepção, paralela à que já analisamos ao enfrentarmos à discricionariedade; cabe entendê-lo em um sentido “forte” ou mitigado. O relativismo em sentido forte implica a *negação à existência* de todo *bem ou valor* captável racionalmente. Leva, portanto, ao interpretar a norma (seja habitualmente ou por ocasião de “casos difíceis”) a uma *discricionariedade* similar: opção arbitrária por uma decisão qualquer. Muito distinto seria um relativismo que não se movesse no plano ontológico mas no gnosiológico: o que se discutiria não seria então se existem realmente bens ou valores mas em que medida é possível um *conhecimento* razoável de seus *conteúdos ou exigências*. O mero fato de reconhecer certo grau de conhecimento dá por suposta sua existência, porque dificilmente se poderia conhecer, melhor ou pior, o que não tem realidade. Este relativismo levaria a uma *discricionariedade prudencial*, que — descartando a irracionalidade de tal operação — se esforça por obter o conhecimento mais

ajustado de um objeto duplamente problemático: não só por sua *dimensão ética* e valorativa mas também — convém não olvidá-lo — pelo *dinamismo histórico* que acompanha a essa conexão *captação-desenvolvimento* própria do conhecimento prático.

Ignora tal dimensão — à hora de enfrentar-se com o conhecimento ético ou ao de qualquer outro “sentido” do atuar humano — não só quem lhe nega todo caráter racional. A ignora também quem pretende esboçar ciências particulares, que projetem sobre este âmbito uma metodologia adequada para conhecer outras realidades (dando margem, por exemplo, a um direito natural *more geométrico*) ou quem propõe ciências particulares, baseadas em metodologias específicas, capazes de facilitar por vias inovadoras resultados equiparáveis aos da ciência positiva (postulando, por exemplo, umas ciências do espírito em paralelo a ela).

O *relativismo em sentido* “forte”, se assumido com rigor, não permite fundamentar racionalmente postura ética alguma, nem considerar objeto próprio da atenção do jurista os direitos humanos ou o recurso a outros princípios valorativos básicos, sem os que não é concebível o ambiente cultural graças ao qual as identificações acima mencionadas são de curso habitual.

Quando, urgido quicá por uma polêmica situação, se chega a ser rigoroso, se acaba certificando que o direito não é em realidade senão expressão do poder do mais forte,<sup>43</sup> o que nos situaria nos antípodas da tolerância democrática.

### 8.b) *Direito natural e processo de positividade*

A ênfase particular na hora de ressaltar que só se considera direito o di-

*reito posto*, resulta algo mais do que esvaziada redundância na medida em que se pretende repelir — como meramente suposto — a um *direito natural* apresentado como alternativa. Este rivalizaria com o direito positivo, atribuindo-se inclusive uma supremacia sobre ele. Como já tivemos ocasião de verificar, o problema não consiste em se além de um pretendido “direito posto” há outro pelo qual se optar, mas em determinar quando e *como se põe* o direito. O *adeus* a uma “positividade instantânea” arruína a possibilidade de identificar conforme a tal critério o único direito — melhor ou pior — realmente existente.

Se o que se pretende com isso é que o cidadão soubesse a que se ater à hora de submeter-se aos preceitos jurídicos, poupando-lhe um debate doutrinal sobre o que deva ou não ser considerado como tal, tão louvável propósito — tomando minimamente a sério — dista de ter êxito. Até que se confirme a “coisa julgada” o cidadão não saberá em realidade a que se ater, ainda que sem dúvida o marco normativo poderá ocasionalmente facilitar-lhe pistas a respeito.

Só uma *constatação* descritiva, produzida *ex post facto*, colocará o cidadão em condições de identificar corretamente qual é o direito posto.

O jusnaturalismo, por outra parte, não pode pretender que a sociedade abandone o ordenamento jurídico positivo para submeter-se a outro alternativo. O que se apresenta sem vacilar é uma dimensão “normativa” (não meramente descritiva) do jurídico, que implica uma exigência de comportamento para quem o maneja. O jurídico resta, por um lado, situado como *exigência real* (em uma dimensão pré-positiva) e projetado, por outro, inevitavelmente em direção a um *processo de positividade* sem o que restaria convertido em desejo piedoso. Suas exigências (jurí-

dicas por seu conteúdo) aspiram a realizar-se formalmente, positivando-se.

O *debate jurídico básico* é, pois, sempre *pré-positivo*, ainda que se prolongue posteriormente — ganhando perfis históricos e concretos — ao longo de todo o processo de positivação. O *direito natural*, enquanto conjunto de propostas realmente jurídicas que aspiram a ver-se positivadas, não pretende substituir a um direito positivo de problemática identificação, mas animar o *processo de positivação*. Poderá aportar-lhe uma dimensão de crítica interna à hora de propor-se como cabe solucionar com melhor sentido um determinado conflito ou qual é o sentido mais ajustado de uma relação social.

Precisamente porque não se duvida que, ao fim das contas, o que resulte posto como direito terá os efeitos práticos de tal, importa tanto esforçar-se por conseguir que se positivem as soluções que com maior acerto reflitam as exigências jurídicas.

Responder quais sejam em cada caso tais exigências é o objetivo de todo o debate jurídico, já se veja presente na polémica social pré-legislativa, no debate parlamentar ou na deliberação judicial. O direito natural, dada a historicidade de seu desenvolvimento, não interrompe tal debate (*ninguém dispõe*) tampouco de uma “naturalidade instantânea”) mas o mantém aberto e o alimenta. O mesmo processo de positivação lhe vai servindo de contraste, para corrigir o possível doutrinário de propostas apartadas da realidade concreta. Também o desdobramento histórico do *direito natural* (como o de todo o jurídico) é fruto de uma *deliberação prudencial e não da aplicação mecânica de uma norma alternativa posta em um mundo paralelo*.

Ignorar esta *mútua implicação do natural e o positivo no jurídico*<sup>44</sup> só tem uma conseqüência: a substituição do natural pelo puramente arbitrário, a fic-

ção formal de que tal arbitrariedade — desvinculada de toda exigência ética — está politicamente legitimada, a conversão a seguir das formas democráticas em vias do jogo incontrolado de poderes sociais fáticos, imunizados a toda crítica...

### 8.c) *Laicismo confessional e antidemocrático*

À hora de manter uma artificial identificação com as formas democráticas, como a de dissimular suas assinaladas carências básicas, as doutrinas positivistas tendem a apoiar-se na desqualificação das jusnaturalistas, pretendendo beneficiar-se de um dilema artificial. Os partidários do direito natural (ou de qualquer outra colocação que implique a existência de conteúdos jurídicos objetivos pré-positivos) estariam obrigados a fechar-se a todo debate tolerante.

As peripécias atuais do mundo islâmico oferecem um singular apoio retórico, ao convidar a esgrimir o desqualificador título de “fundamentalista” contra todo aquele que defenda realidades éticas com fundamento objetivo. O jusnaturalismo seria, inevitavelmente autoritário e teocrático, encontrando no Khomeini de turno sua mais paradigmática expressão.

Esta colocação exclui, interessadamente, a possibilidade de propostas jusnaturalistas que ressaltem a dignidade humana, como aspecto essencial das exigências éticas-sociais, e reconheçam os mecanismos de auto-obediência como sua expressão mais imediata.

Esquece também, não menos interessadamente, como no terreno moral o repelir de uma liberdade de consciência (entendida como desvinculação do critério subjetivo relativamente à toda instância alheia) resulta perfeitamente compatível com um reconhecimento da liberdade das consciências (que veda a

imposição coativa de qualquer critério e converte em sagrado o juízo de uma consciência a que se convida a captá-los com a maior retidão). Com as óbvias diferenças marcadas pelo foro interno e externo, o suposto dilema aparece como caprichoso.

Se admitida a existência de exigências objetivas ético-jurídicas (“morais” só no preciso sentido freqüentemente utilizado no âmbito anglo-saxão), e se reconhece entre elas — como a mais decisiva no âmbito da convivência social — a dignidade da pessoa humana; e se isso leva ao reconhecimento da necessidade de mecanismos de legitimação política baseado na auto-obediência, nos encontraremos ante um jusnaturalismo bem distinto do topicamente afrontado.

O caráter objetivo das exigências ético-jurídicas, ao incluir-se entre elas as de dignidade pessoal, há de apoiar-se necessariamente — ao projetar-se na prática — em uma tarefa argumentativa.

A objetividade ética, longe de escusá-la, exige obter uma convicção do destinatário da norma, presente implicitamente no jogo das maiorias democráticas.

As exigências objetivas dessa mesma dignidade pessoal justificaram o recurso a fórmulas de defesa das minorias, como a objeção de consciência, de forçada justificação desde uma colocação positivista. A situação se inverte. Basta analisar o nascimento histórico de recursos básicos do jogo democrático para encontrar sua origem em sustentações jusnaturalistas, de cujo espírito se consideram hoje paradoxalmente depositários únicos os mais bravos defensores do positivismo.

Parafraseando propostas utópicas de quem teve embaraço em deixar qualificar como jusnaturalista sua atitude crítica, caberia chegar a uma fórmula bastante distanciada do tópico: *nenhum direito natural sem democracia, nenhu-*

*ma democracia sem direito natural.* As conseqüências do segundo enunciado já foram postas de relevo: só atraíndo o ponto de partida positivista é possível defender racionalmente as formas democráticas, reconhecendo-lhe mais sólido fundamento que as meras efusões emocionais subjetivas. A democracia precisa de um fundamento ético objetivo e o recebeu historicamente de doutrinas jusnaturalistas. Detenhamos, pois, no primeiro enunciado.

O reconhecimento das formas democráticas como corolário dos conteúdos jusnaturalistas gera conseqüências no jogo já descrito de exigências ético-jurídicas pré-positivas e processo de positivação. No âmbito pré-positivo do debate jurídico, o fundamento objetivo das propostas jusnaturalistas (condicionado sempre pela falibilidade subjetiva, sejam quais forem os apoios de que possa gozar no foro interno) facilitará e dotará de convicção a esse desdobramento argumentativo que de modo algum tornam supérfluo. É neste âmbito — entre político e cultural — de formação da opinião pública de onde tais propostas hão de lograr autoridade social para converter-se logo em conteúdos normativos positiváveis. Toda pretensão que afaste este itinerário (fruto de exigências jusnaturalistas!) levaria a um autoritarismo intolerante e antidemocrático.

Tal sustentação não só esquiva os anátemas laicistas, que consideram obrigada a correlação entre magistério confessional e autoritarismo político, senão que denuncia o jogo paradoxalmente *confessional e antidemocrático* a que o *laicismo* impele. Tão absurdo como pretender que uma exigência jusnaturalista (seja qual for seu respaldo confessional) se converta sem referendo social em direito positivado, seria vetar a apresentação de propostas jusnaturalistas ao debate pré-positivo, por situá-las sob suspeitas de confessiona-

lidade. A identificação de laicismo e “neutralidade” social ante os problemas morais mais polêmicos, costuma traduzir-se na prática em uma operação de “neutralização” de consensos vigentes, que discrepam do laicismo convertido em credo. Também os “ilustradores”, se não querem protagonizar déspotas, hão de dotar de autoridade social as suas propostas antes de convertê-las em normas, sem se conceder a vantagem de poder formular anátemas excludentes desde o trono de seu “neutro” magistério.

Muito mais complexa resulta a manutenção destas exigências dentro do processo de positivação do jurídico. As invocações ao princípio da legalidade e as tentativas de excluir toda proposta “moral” distinta da juridicamente posta tropeçaram com os paradoxos já assinalados. A falta de uns mecanismos de legitimação política desta tarefa, inevitavelmente criadora de direito, se faria sentir especialmente. A partir das mais diversas teorias morais, se possibilitaria considerar liberada a adoção de qualquer “uso alternativo do direito” ao serviço da óvia ética de turno.

Não faltam esquemas formais que convidem à busca intersubjetiva das variantes positivadoras (colegialidade dos tribunais, debate processual, eleição popular dos juízes, jurados...) tão necessitados de revitalização e tão ameaçados de instrumentalização como os próprios procedimentos do trâmite legislativo.

Deveria se analisar se, neste aspecto, foi conseqüentemente assumida a ruína dos esquemas positivistas, para evitar uma proliferação de “casos difíceis” entendidos como cheque em branco ao serviço de arbitrariedades mais ou menos “alternativas”.

Os atuais delineamentos éticos de raiz consensual ou comunicativa, tam-

pouco podem excluir coerentemente o jogo de elementos jusnaturalistas neste processo de positivação, a não ser que — remendando os anátemas laicistas — os mantenham como bloqueadores de um discurso que contribuem realmente a alimentar. Resulta óbvio que a invocação ao consenso ou à comunicação como base do discurso ético repousa sobre um postulado prévio, inconfundivelmente jusnaturalista: a já aludida dignidade humana. Admiti-lo e negar sentido ou considerar perigosa a busca de outros elementos, não menos jusnaturalistas, capazes de orientar o processo de positivação, equivaleria a subscrever uma nova versão do “mínimo de direito natural”, que não teria demasiado que invejar — nem teórica nem praticamente — ao modelo hobbesiano. Se admitida uma realidade objetiva fundamentadora do procedimentalismo, resulta obrigado a aceitar também que o procedimento sirva de leito à argumentação de outras realidades não menos objetivas.

#### NOTAS

1. Esta tripla perspectiva recorda a proposta por N. Bobbio em “Giusnaturalismo e positivismo giuridico” no volume do mesmo título, Milão, 1965, pp. 133-134.

2. Significativa a respeito a postura de U. Scapelli no *Cos'è il positivismo giuridico*, Milão, 1965, pp. 49, 92 e, sobretudo, 145 a 153. H. Kelsen, pelo contrário, sublinha precisamente as duas primeiras perspectivas, deixando a terceira à margem das proposições científicas: *Was ist juristischer Positivismus?* *Juristenzeitung*, 1965 (XX), p. 465.

3. Sobre o particular A. Kaufmann “Die Geschichtlichkeit des Rechts in Licht der Hermeneutik” em *Festschrift für K. Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt, 1969, pp. 243-273, sobretudo 265. Cf. sobre o problema que nos ocupa, do mesmo autor, “Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica” *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1973 (4), pp. 712-722, sobretudo 718.

4. H. Kelsen *Reine Rechtslehre Wien* 1960 (citamos com base na reimpressão de 1967), pp. 20 e 241.
5. A respeito nosso trabalho “Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit in Recht” em *Philosophy of Law in the History of Human Thought* (ed. por S. Panou e outros), Stuttgart, 1988, pp. 150 e ss., sobretudo 151. (A versão original em espanhol foi publicada no *Anuário de Filosofia do Direito*, Madri, 1985 (II), pp. 285 e ss. sobretudo 287).
6. J. Bentham “A Fragment on Government”, Prefácio (editado conjuntamente a *A Comment on the Commentaries* por J. H. Burns e H. L. A Hart, Londres, 1977), pp. 399.
7. Cf. nosso trabalho citado, em nota 5, pp. 153 e 295 respectivamente das aludidas edições.
8. T. Hobbes *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (ed. de T. Ascarelli, Milão, 1960) p. 86.
9. Para K. Olivecrona a norma, tal como a entende Kelsen, estabelece uma “relação mística” entre os fatos. “Em uma ocasião Kelsen declarou paladinamente que isto é na realidade o Grande Mistério; isso é falar com clareza: é um mistério e sempre o será” *Law as Facto*, 1939 (citamos com base na edição em espanhol: *El Derecho como hecho*, Buenos Aires, 1959), p. 10. Mais tarde, após assinalar a dificuldade de distinguir entre jusnaturalistas e positivistas, acabará propondo o abandono do termo “direito positivo” *Law as Facto*, 1971 (citamos com base na edição em espanhol: *La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, 1980), pp. 43 e 78. Para A. Ross a concepção kelseniana do ordenamento como sistema fundado em uma norma básica é uma “idealização falsa”, que recorre inevitavelmente a “tautologias ocultas” — *Toward a realistic Jurisprudence*, 1946 (citamos com base na edição em espanhol: *Hacia una ciencia realista del derecho*, Buenos Aires, 1961), p. 115.
10. Para A. Ross “resulta claro que, na realidade, a efetividade é o critério do direito positivo” e que a norma básica “somente cumpre a função de outorgar-lhe a ‘validade’ que exige a interpretação metafísica da consciência jurídica” — *On Law and Justice*, 1958 (citamos com base na edição em espanhol: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963), p. 69.
11. A. Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho*, nota 9, pp. 89-90.
12. H. Kelsen *Reine Rechtslehre*, nota 4, p. 352.
13. Sobre o particular K. Olivecrona, “The Will of Sovereign. Some Reflections on Bentham’s Concept of ‘A Law’” em *The American Journal of Jurisprudence*, 1975 (20), pp. 95-111, e suas críticas a este aspecto da teoria kelseniana em “*La estructura del ordenamiento jurídico*”, nota 9, pp. 76-77.
14. K. Olivecrona *El derecho como hecho*, nota 9, pp. 38-41.
15. Assim termina a contribuição de K. Olivecrona em *Homenaje a Roscoe Pound (Interpretations of Modern Legal Philosophies*, New York, 1947), titulado igualmente *Law as Facto* (citamos com base na edição em espanhol, incluída no volume coletivo *El hecho del derecho*, Buenos Aires, 1956), p. 240.
16. Em clara contradição ao rótulo “direito natural”, em “Ueber den Zweck der Zeitschrift geschichtliche Rechtswissenschaft”, 1815 (em *Vermischte Schriften*, Aalen, 1968, t. 1), pp. 108-109. Da evolução de seu pensamento nos ocupamos em “Savigny: el legalismo aplazado”, incluído no volume da *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso) dedicado a *Savigny y la ciencia del derecho*, 1979 (14/2), pp. 543-586.
17. F. C. V. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2, Heidelberg, 1814 (citamos com base na edição em espanhol incluída no volume *La Codificación*, Madri, 1970), p. 58.
18. H. Kelsen *Reine Rechtslehre*, nota 4, pp. 198 e ss.
19. Já na segunda página de seu *Cours de philosophie positive*, 1830, assinala que para explicar sua verdadeira natureza é indispensável promover primeiro uma apreciação geral sobre a marcha “progressiva” do espírito humano. Duas páginas depois se refere à “perfeição do sistema positivo, em direção à que tende sem cessar” (citamos com base na reprodução anastática de Paris, 1968-1969, t. I).

20. R. Dworkin, por exemplo, que — das as peculiaridades do debate anglo-saxão — se vê paradoxalmente acusado de representar certo tipo de “jurisprudência mecânica” — *Taking Rights Seriously*, 1977 (citamos com base na edição em espanhol: *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984), p. 63.

21. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, nota 4, pp. 352-353.

22. A respeito A. Kaufmann *Analogie und “Natur der Sache”*, 1965 (citamos com base na 2ª edição revista de Heidelberg, 1982), p. 37.

23. É interessante a ênfase de Dworkin ao questionar o entendimento do direito como sistema de normas; cf. os capítulos 2 e 3 de *Los derechos en serio*, nota 20, pp. 61 e ss.

24. Provocantes a respeito as propostas de M. Luhmann. Cf. especialmente *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969. De sua obra nos ocupamos repetidamente; por exemplo, *Derecho y Sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madri, 1973, e os trabalhos atualmente publicados em *Derechos humanos e metodología jurídica*, Madri, 1989, pp. 63-98.

25. Sobre isso polemizamos com G. Peces-Barba na obra “Las Constitución: entre el normativismo y la axiología”, estudo atualmente incluído em *Derechos humanos e metodología jurídica*, nota 24 pp. 225-241.

26. Sobre as polêmicas recentes suscitadas em torno ao tema no âmbito norte-americano cf. a crônica de M. Beltran, *Originalismo e Interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madri, 1989.

27. Assim o reconhece, em seu Fundamento n. 5, a Sentença do Tribunal Constitucional espanhol 53/1985, de 11 de abril, que declarou, antes de sua entrada em vigor, “desconforme com a Constituição” o primeiro projeto de lei despenalizador do aborto.

28. Um interessante afastamento de tal acusação em S. Cotta, “Diritto naturale: ideale o vigente?”, em *Iustitia*, 1989 (2), pp. 119 e ss.

29. J. Bentham assinala que “o mal consiste na incerteza da lei não escrita”, após afirmar que, com “o que se chama direito comum, não há segurança para os direitos dos indivíduos”. Explica ainda que, quando

não há lei escrita, “o advogado e o juiz encontram por todas partes, neste sistema, vazios que encham como quiserem. A lei não escrita não faz mais do que emprestar um véu a decisões arbitrárias”. *De l'organisation judiciaire et la Codification*, secc. VI (edição de PEL Dumont, 1830, t. 3, reimpressa em Aalen, 1969), pp. 105 e 102.

30. F. Bacon, *Novum Organum*, aforismo LIX do livro I.

31. A identificação dos “juristas” com os metafísicos é contínua na obra de A. Comte. O processo de decomposição que o estado metafísico leva consigo se traduz em uma substituição dos juízes por advogados — *Cours de philosophie positive*, lecc. 46., vol. IV, 1839 (nota (19), t.IV), pp. 131-132 e 174; *Système de politique positive ou traité de sociologie*, v. III, cap. 7, 1853 (nota (19), t. IX), pp. 526-527; v. IV, Apêndice Geral 3ª parte (nota (19), t.X), p. 70. Os juristas cumprem sua função na passagem do estado militar para o industrial *Cours de philosophie positive*, lecc. 51 (nota (19), t. IV) pp. 576-577. “A maior parte dos sábios atuais se fundirá com os engenheiros” e “os mais eminentes dele se converterão, sem dúvida, no núcleo de uma verdadeira classe filosófica, diretamente reservada a conduzir a regeneração intelectual e moral das sociedades modernas” — *ibidem* lecc. 57 (nota 19, t. VI), pp. 411-412.

32. J. Bentham, *Traité des sophismes politiques*, primeira parte, cap. III (ed. de PEL Dumont, nota 29, t.1), p. 487.

33. Disso nos ocupamos em “Hobbes y la interpretación del derecho”, *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1977 (LIV-1), pp. 45-67, incluindo em nosso livro *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madri, 1982, pp. 5 e ss.

34. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, parte II, lect. XXVIII, 1874, (citamos com base na 11ª edição, Londres, 1909), p. 261.

35. H. Kelsen, “Das Naturrecht in der politischen Theorie”, *Oesterreiche Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1963 (XIII, 1-2), p. 120.

36. H. Kelsen não deixa de traçar pontes metacientíficas entre ambos os aspectos, que

o levam a apresentar respostas a questões tratadas em outros tópicos deste trabalho. Assim confessa, em pé de página, que “opta” pela democracia baseando-se nas “relações entre a forma democrática de Estado e uma concepção filosófica relativista” — *Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1920 (citamos com base na edição em espanhol: “*Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, 1977), p. 123. Afirmará que “na democracia, a segurança jurídica reclama a primazia sobre a justiça, sempre problemática; o democrata propende mais ao positivismo jurídico que ao direito natural” — *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen, 1933 (citamos com base na edição em espanhol: *Forma de Estado y Filosofía*, publicada conjuntamente com a anterior), p. 144. Dentro do que qualifica como :“pugna de concepções metafísicas”, assinala finalmente que “se pensarmos que o valor e a realidade são coisas relativas e que, portanto, hão de achar-se dispostas a todo momento para retirar-se e deixar o posto a outras igualmente legítimas, a conclusão lógica é o criticismo, o positivismo e o empirismo” — *ibidem*, p. 153.

37. Disso nos ocupamos em “La utopía rousseauiana: democracia y participación”, em *Equality and Freedom* (ed. por G. Dorsey), New York, 1977, t. I, pp. 367-377; incluído em *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, nota (34), p. 117 e ss.

38. K. Marx, comentando a expressão *Recht geben*, assinala “o emprego astuto da sinonímia”: “se identifica aqui o dar a razão o sentido usual de uma conversa e o declarar o direito o sentido jurídico da palavra. E ainda é mais admirável a fé capaz de mover montanha com que as pessoas ‘acodem aos tribunais’ pelo gosto de sair-se com a sua, fé que explica os tribunais partindo do empenho em ter razão” — *Die deutsche Ideologie*, 1845 (citamos com base em *Marx-Engels Werke*, Berlim, 1969, t. 3), p. 298.

39. Como seria o caso do já citado M. Luhmann. Aos títulos aludidos na nota 24 poderia somar-se, entre outros, “Komplexität und Demokratie” (incluído em *Politische Planung*, Köln-Opladen, 1971), pp. 35 e ss.

40. Cf. a alusão de Montesquieu, em *De l'esprit des lois*, XI, 6, justamente depois de

sua já tópica caracterização do juiz como boca que pronuncia as palavras da lei. À autoridade suprema do Legislativo corresponde “moderar a lei em favor da própria lei, falando com menos rigor que ela” (citamos com base nas *Oeuvres complètes*, Paris, 1966, t. II), p. 404.

41. Se H. Kelsen concretiza a “pugna de concepções metafísicas” na “posição que se adota frente ao absoluto” — *Forma de Estado y Filosofía*, nota 36, p. 153; K. Olivecrona recebe com nitidez a mensagem. A “norma fundamental converteu-se na hipótese última do positivismo jurídico”. “Dita hipótese não é necessária para aqueles que crêem que Deus concedeu aos pais da primeira Constituição o direito de estabelecê-la. Mas é necessária desde o ponto de vista do positivismo jurídico, porque tal teoria permite prescindir de uma justificação religiosa do ordenamento jurídico” — *La estructura del ordenamiento jurídico*, nota 9, p. 111. Para U. Scarpelli, em seu fogoso tom divulgativo, o problema liberal encontrou uma solução no Estado moderno, um Estado que é laico, ou seja não vinculado definitivamente às opções de uma igreja ou de um partido com os caracteres de uma igreja” — *Cos'è il positivismo giuridico*, nota 2, p. 152.

42. Sem prejuízo das pontes metacientíficas, já apontados na nota 36, a colocação científico-jurídica de H. Kelsen resulta eloquentemente contrastada quando analisa a oposição agostiniana entre comunidade jurídica e bandos de ladrões — *Reine Rechtslehre*, nota 4, pp. 50-51.

43. O filósofo do direito Peces-Barba, atuando como porta-voz socialista no debate sobre o art. 15 da Constituição espanhola, relativo ao direito à vida, acolheu assim a mudança da expressão “toda pessoa” pela alusão a “todos”, com a possível despenalização do aborto como pano de fundo: “desenganem-se suas Senhorias; todos sabem que o problema do direito é o problema da força que está por detrás do poder político e da interpretação” — *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madri, 1980, t. II, p. 2.038.

44. Resulta especialmente ilustrativo o termo “direito natural vigente” utilizado em contexto similar por S. Cotta *Diritto naturale: ideale o vigente?*, nota 28, p. 133.

# REVISTA DOS TRIBUNAIS

ANO 1 — OUTUBRO-DEZEMBRO DE 1992

**1**

**CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO  
E FINANÇAS PÚBLICAS**

---