

FUNDAÇÃO DE ENSINO EURÍPIDES SOARES DA ROCHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

ALAN IBN CHHRUR

**AS PERSPECTIVAS DO CONHECIMENTO JURÍDICO A PARTIR DE
KELSEN E HERVADA**

MARÍLIA
2012

ALAN IBN CHAHRUR

AS PERSPECTIVAS DO CONHECIMENTO JURÍDICO A PARTIR DE
KELSEN E HERVADA

Dissertação apresentada à banca de defesa pública do curso de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração:
Teoria do Direito e do Estado

Orientador:
Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Júnior

MARÍLIA
2012

CHHRUR, Alan Ibn

As perspectivas do conhecimento jurídico a partir de Kelsen e Hervada / Alan Ibn Chahrur; orientador: Prof.Dr. Oswaldo Giacoia Júnior. Marília, SP: [s.n], 2012.

130 f.

Dissertação de Mestrado (Pós-Graduação em Direito) – Curso de Mestrado em Direito Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2011

1. Natureza 2.Cultura 3.Direito



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO
Reconhecido pela Portaria MEC nº 524, de 30 de abril de 2008

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestrando: Alan Ibn Chahrur

Título: "As Perspectivas do Conhecimento Jurídico a partir de Kelsen e Hervada".

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Aos dez dias do mês de fevereiro de dois mil e doze, com início às 14h, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Dr. Oswaldo Giacoia Junior, orientador (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília), Dr. Edinilson Donisete Machado (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília) e Dr. Marcelo Souza Aguiar (docente da Pontifícia Universidade Católica – PUC / SP), arguiu o candidato, tendo o examinado sido aprovado, com nota 10 (Dez). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

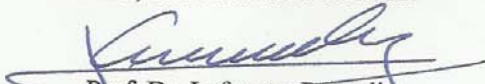
PROF. DR. OSWALDO GIACOIA JUNIOR (Orientador)
(Centro Universitário Eurípides de Marília)

PROF. DR. EDINILSON DONISETE MACHADO
(Centro Universitário Eurípides de Marília)

PROF. DR. MARCELO SOUZA AGUIAR
(IES: Pontifícia Universidade Católica – PUC / SP)

MESTRANDO: ALAN IBN CHAHRUR

Marília, 10 de fevereiro de 2012.


Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM



Ao prof.Dr.Oswaldo Giacoia Jr.

Que o melhor dos mestres encontre nestas singelas considerações algo não inteiramente indigno de sua generosidade e de sua fé .

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Amin e Ana Maria pelo estímulo do amor incondicional com que sempre me agraciaram, prova viva da benevolência da espiritualidade superior na concessão de bênçãos que em muito excedem o nosso merecimento.

À minha querida Nádia com as devidas desculpas pelo excesso na ausência ao longo da conclusão deste trabalho. Saiba que todo o esforço também objetiva algum dia proporcionar-lhe tanto orgulho quanto o que sinto hoje de tê-la ao meu lado.

A todos os inestimáveis colegas de curso que nos deram a honra de acompanhá-los ao longo desta conquista, suportando as inconveniências deste colega mais novo sem qualquer recriminação. A cada um de vocês o meu muito obrigado e que os caminhos nos cruzem muitas vezes mais.

Às inestimáveis Leninha e Taciana, pelo carinho e atenção com que sempre nos receberam e orientaram, ainda que muitas vezes em meio ao assombroso volume de obrigações da Secretaria. Na pessoa destas companheiras dedicadas nos permitimos saudar todos os demais funcionários do UNIVEM ao qual nos orgulhamos de pertencer.

Por fim, meus agradecimentos à CAPES pelo investimento no presente trabalho, uma oportunidade de crescimento pessoal e profissional inestimável cujo resultado, agora, faço votos auxiliie tanto quanto possível qualquer interessado no campo da Teoria Geral do Direito e da Filosofia Jurídica.

“A Ciência vê alargar-se sem cessar o seu campo de exploração. Todos os dias, com o auxílio de seus poderosos instrumentos de observação e análise, descobre novos aspectos da matéria, da força e da vida; mas o que estes instrumentos verificam já muito tempo havia o espírito o discernira, porque o vôo do pensamento precede sempre e excede os meios de ação da ciência positiva. Os instrumentos nada seriam sem a inteligência, sem a vontade que os dirige.”

Leon Denis

CHHRUR, Alan Ibn. **As perspectivas do conhecimento jurídico a partir de Kelsen e Hervada**. 2012. 133 f. Dissertação de Mestrado. Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

O presente estudo pretende investigar os impactos das relações entre natureza e cultura no campo da Filosofia e da Teoria Geral do Direito, que no mais das vezes se defrontam com a problemática em questão a partir da dicotomia entre algo que *é* e algo que *deve-ser*. Para tanto, parte-se de dois autores paradigmáticos do positivismo e do realismo jurídico, quais sejam, Hans Kelsen e Javier Hervada, com fito de demonstrar que mesmo estes dois sistemas teóricos tão distintos divergem precisamente em razão do modo com que acabam por trabalhar esta questão comum, cujo enfrentamento ambos os lados reconhecem como necessário e inevitável, visto que capaz de condicionar mesmo a compreensão do direito enquanto tal. Doravante, após uma breve análise como intuito de delimitar conceitualmente as distintas esferas do natural e do cultural, buscaremos demonstrar como a impossibilidade de qualquer dependência entre ambos marca todo o sistema desenvolvido pelo teórico de Viena, ao passo que a complementaridade propugnada pelo mestre espanhol aparece como condição de possibilidade de sua construção realista. Pretende-se assim reconhecer como inevitável o enfrentamento da questão exposta em toda a sua extensão, impondo que o pensamento jusfilosófico da atualidade em especial venha a se debruçar sobre ela, sobretudo após os horrores do holocausto nazista que elevou a tensão entre a legalidade e a Justiça a níveis sem precedentes, conforme buscamos investigar ao longo do capítulo final.

Palavras-chave: 1. Natureza; 2. Cultura; 3. Direito.

CHHRUR, Alan Ibn. **The perspectives of juridical knowledge according to Kelsen and Hervada**. 2011. 133 f. Dissertação de Mestrado. Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

ABSTRACT

The present work intends to investigate the impacts of the relations between nature and culture in the fields of the Philosophy and the General Theory of Law, which usually face said issue through the standpoint of the dichotomy established between something that *is* and something that *ought* to be. In order to do so, the main reference is placed on two author representative of Law's positivism and Law's realism - respectively Hans Kelsen and Javier Hervada - as a way to demonstrate that even such distinctive theoretical systems diverge in fact due to the peculiar manner in which both sides end up elaborating a common question that, in spite of the different responses, configures an inquiry that is recognized as essential and necessary, considering the fact that it determines the very comprehension of Law itself. That way, after a brief analysis where we intent to conceptually delimitate the natural and cultural realms, we will attempt to demonstrate how the impossibility of communication between the two established itself as the main mark of Kelsen's work, as well as the complementary nature of both aspects of the reality is recognized as an essential condition to the realistic theory elaborated by the Spanish author. At the end, we believe that the aforementioned theoretical reference can demonstrate that facing the question of something that *is* and something that *ought* to be is, no matter the way, inevitable, demanding that the contemporary philosophy and jurisprudence manifest themselves about it, especially after the horrors of the nazi holocaust which has taken the tension between legality and Justice to a whole new level we will analyze along final chapter.

Keywords: 1. Nature; 2. Culture; 3. Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I	
ENTRE O SER E O DEVER-SER: SITUANDO A PROBLEMÁTICA	
1.1 Natureza e Cultura	12
1.2 Breve evolução histórico-conceitual do positivismo jurídico	21
1.3 Breve evolução histórico-conceitual do jusnaturalismo	30
CAPÍTULO II	
KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO	
2.1 O autor e sua obra	41
2.2 O conceito de norma	46
2.2.1 A validade	52
2.3 O ordenamento jurídico	58
2.3.1 A norma fundamental	61
2.4 Avaliação crítica	65
CAPÍTULO III	
HERVADA E O DIREITO NATURAL	
3.1 O autor e sua obra	69
3.2 A Justiça e o ofício do jurista	74
3.2.1 O título e a medida do direito: a norma como um conceito auxiliar	79
3.3 O direito natural como núcleo do sistema jurídico-positivo	84
3.3.1 A pessoa como fundamento do direito natural	89
3.4 Avaliação crítica	93
CAPÍTULO IV	
O SER E O DEVER-SER NO PLANO DA AÇÃO	
4.1 Um breve estudo de caso: a injustiça legal	97
4.1.1 O problema do sujeito de direito	103
4.2 A decisão à luz do pensamento de Kelsen	106
4.3 A decisão à luz do pensamento de Hervada	110
4.4 A possível dinâmica de uma conexão	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS	125

INTRODUÇÃO

As relações entre natureza e cultura constituem o objeto do presente trabalho que pretende a par das evidentes implicações epistemológicas, ético-políticas ou mesmo metafísicas do tema, enfatizar fundamentalmente o seu aspecto jurídico, centrando a atenção naquele campo temático que se convencionou denominar de Teoria Geral do Direito ou simplesmente Teoria do Direito, disciplina esta cujo objetivo primordial visa justamente à identificação de um conceito de direito, como bem destaca Barzotto (2007, p.27).

A parte expositiva pretende demonstrar então que nesta tentativa de delimitação do fenômeno jurídico os conceitos de natureza e de cultura compõem um problema permanente quando manejados segundo os operadores *ser* e *dever-ser*, tão familiares a este ramo da ciência do direito. Nesse sentido, ainda que sem mascarar as diferenças que marcam as duas históricas possibilidades de tratamento do assunto, conseqüências do positivismo jurídico e do jusnaturalismo, buscar-se-á delimitar essencialmente uma identidade funcional entre ambas, reconhecendo que na base de suas divergências encontra-se a tentativa de resolução desta questão comum.

Estas discordâncias em última instância convergentes vêm a lume na oposição teórica entre Hans Kelsen e Javier Hervada, dois autorizados representantes contemporâneos do juspositivismo e do jusnaturalismo respectivamente. O primeiro praticamente dispensa apresentações no cenário nacional, sendo que em publicação recente um ministro do Supremo Tribunal Federal reiterou que: “*Não há um Prêmio Nobel para o direito. Mas, se ele existisse, seu primeiro ganhador deveria ter sido o jurista Hans Kelsen, (...)*”. (TOFFOLI, 2011, p.2). Paradoxalmente, contudo, muitos daqueles que debatem apaixonadamente o trabalho do antigo professor de Viena transitam apenas de forma superficial por sua densa produção, tendendo à crítica rasteira e inconsistente. Daí a necessidade de revisitá-lo na tentativa de desmistificar alguns preconceitos cristalizados no curso de nossa tradição jurídica.

Hervada por sua vez, apenas há pouco ingressou em nosso meio jurídico, quando do lançamento das primeiras edições de suas principais obras há pouco mais de três anos atrás. Nada obstante, o jurista espanhol especializado em direito canônico, catedrático da Universidade de Navarra, emerge de há muito na tradição continental européia como uma reconhecida autoridade no campo do direito romano e um cultor ortodoxo da doutrina que compõe a oposição mais intransigente ao positivismo de Kelsen, qual seja, o jusnaturalismo da antiguidade.

Tanto que obras como o compêndio *Historia de La Ciencia Del Derecho Natural* (HERVADA, 1996), ainda sem tradução para o português, pretendem depurar a teoria dos clássicos tanto quanto possível das distorções que o autor postula ter-lhe imposta a modernidade, em um repúdio ao sincretismo metodológico que rivaliza talvez apenas àquele que Kelsen maneja com objetivo oposto em sua *Teoria Pura do Direito* (2006), justificando assim a análise comparativa que ora se propõe acerca de ambas as posições.

De início, portanto, buscaremos em um capítulo inicial delimitar conceitualmente as distintas esferas do natural e do cultural, bem como a influência destas representações na teoria jurídica via o dístico operacional *ser/dever-ser*, que marca a evolução histórico-conceitual das correntes jusfilosóficas anteriormente mencionadas. Ao cabo desta primeira e breve abordagem de cunho genealógico pretende-se em suma situar a relevância e a peculiaridade das propostas formuladas por Kelsen e Hervada no contexto de cada uma daquelas correntes teóricas, precisando as influências que determinaram o sentido de suas respectivas sistematizações.

Ademais, este arcabouço teórico nos permitirá em um segundo momento empreender uma exposição particularizada do pensamento de ambos os autores, conforme um método dito dogmático na definição de Barzotto (2007, p.24). Isso porque em momento algum se pretende uma exegese exaustiva da portentosa produção dos juristas e sim um exame da consistência de seu empreendimento, aprendendo as posições de cada qual a partir daquilo que os próprios afirmaram em algumas de suas obras mais significativas.

Assim é que o capítulo II vem dedicado à investigação da obra de Kelsen e, mais especificamente, da *Teoria Pura do Direito* (2006), o núcleo conceitual de toda a expressiva produção do jurista germânico. À oportunidade, buscamos elencar os principais conceitos que estruturam a obra e, conseqüentemente, toda a compreensão do fenômeno jurídico desenvolvida pelo arauto do positivismo ao longo de sua produção posterior, que valeu a Kelsen grande influência e, em que pesem as críticas, o justo título de um dos maiores juristas do século XX, consoante disposição assente na doutrina mais autorizada.

O capítulo III restringe-se à análise da obra de Hervada, que o modesto canonista insiste em classificar como mera “releitura” de um conceito de direito que, embora jamais formulado expressamente pelos pretores da Roma antiga, subjaz implícito às pragmáticas teorizações dos jurisconsultos dos Césares e do mundo antigo, visto que o teórico de Navarra apenas se dignara a “desvelar” esta sistematização e explicitá-la ao longo de suas didáticas *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito* (2008).

Por fim, no curso do capítulo IV busca-se enfatizar a relevância prática do tema considerando os impactos do binômio *ser/dever-ser* no plano da ação. Para tanto, nos valem de um precedente da jurisprudência alemã do qual Robert Alexy (2009, p.7/8) lança mão em seu *Conceito e Validade do Direito*, tratando-se de uma decisão datada de 1968 na qual o Tribunal Constitucional Federal alemão foi provocado a se manifestar acerca da juridicidade da Lei de Cidadania promulgada quando da vigência do totalitarismo nacional-socialista entre os anos de 1933 a 1945.

A tensão latente entre o legalismo de uma norma posta em plena conformidade com a constituição então vigente e o valor absolutamente arbitrário do anti-semitismo que esta mesma normativa congrega, reavivou num golpe brutal de nossa história recente a reflexão desde sempre necessária em torno das relações entre o Direito e a Justiça. Desta forma, colocando entre parênteses a problema político do inegável apoio popular que o Estado nazista obteve de início, graças a uma bem estruturada propaganda ideológica que angariou alguns dois mais altos índices de aprovação de que se tem notícia (COMPARATO, 2006, p.371), pretendemos investigar o tema unicamente sob o prisma da Teoria do Direito a fim de determinar se o conceito de Justiça à luz do pensamento de Kelsen e Hervada compõe ou não o conceito de Direito, bem como quais são as conseqüências práticas da questão em um caso concreto tal qual o exposto e igualmente no mais fundamental elemento da teoria jurídica, a saber, o sujeito de direito. Como veremos o binômio *ser/dever-ser* reverbera sobremaneira nestes pontos em particular, pelo que nos permitimos então registrar a via de acesso que entendemos como capaz de abarcar o problema em toda a sua complexidade.

E derradeiramente, cumpre salientar que a toda a proposta aqui exposta será estudada segundo uma abordagem eminentemente qualitativa, visto que se trata de uma pesquisa exploratória quanto ao objetivo geral e de diagnóstico quanto ao propósito. Por sua vez, o procedimento técnico será o da pesquisa bibliográfica.

CAPÍTULO I – ENTRE O SER E O DEVER-SER: SITUANDO A PROBLEMÁTICA

1.1 – Natureza e Cultura.

Como bem salienta o professor Javier Hervada em uma de suas didáticas *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito* (HERVADA, 2008, p.42) existem, no que tange à filosofia jurídica propriamente dita, certos problemas teóricos fundamentais que se relacionam diretamente com a configuração da disciplina, uma vez que acabam por delimitar a diretriz de qualquer estudo filosófico acerca do direito.

Um destes problemas preliminares essenciais diz respeito ao questionamento acerca das relações entre ser e dever-ser, problemática esta que encontra correspondência na questão maior das relações entre natureza e cultura. Assim, a todo aquele que busque tratar do assunto cabe distinguir ao menos brevemente entre estes dois últimos elementos (REALE, 2002a, p.243).

Nesse sentido, Paulo Hamilton Siqueira Jr (SIQUEIRA JR, 2009, p.309) relembra a etimologia da palavra “natureza”, que remonta ao termo latino *natura*, de *natus*, particípio passado de *nasci*, significando literalmente nascer. Desta forma, podemos compreender as referências da literatura a um “mundo natural” como uma remissão a tudo aquilo que nasce alheio à intervenção humana, ou seja, tudo que é simplesmente dado ao homem e não construído por ele, a exemplo dos elementos componentes dos reinos vegetal, mineral e animal.

Por outro lado, fala-se também em um “mundo da cultura”, termo ambíguo que, segundo o mesmo autor, pode significar tanto a formação da personalidade de um indivíduo (gosto, sensibilidade, inteligência, etc.), quanto o: “(...) o conjunto de representações e dos comportamentos adquiridos pelo homem enquanto ser social. Em outras palavras, é o conjunto histórica e geograficamente definido das instituições características de determinada sociedade, (...)” (SIQUEIRA JR, 2009, p.309, grifo nosso).

No que diz respeito à etimologia, a palavra *cultura* constitui por si um termo genuinamente latino que designa o ato, efeito, ou modo de cultivo, aludindo à fertilização da terra pelo trabalho. (SIQUEIRA JR, 2009, p.311). Porém, já na antiguidade logrou obter fama a distinção terminológica entre *cultura agri*, a designar o cultivo específico da terra, e *cultura animi*, sintetizando o cultivo do espírito. Tal é a preleção do professor Miguel Reale:

A agricultura dá-nos bem a idéia da interferência criadora do homem, através do conhecimento das leis que explicam a germinação, a frutificação, etc. Ao lado da cultura do campo, viam os romanos a cultura do espírito, o aperfeiçoamento espiritual baseado no conhecimento da natureza humana. (REALE, 2002b, p.25).

Ademais, insta salientar o grande diferencial do mundo cultural em relação ao mundo natural, a saber, o caráter eminentemente teleológico e axiológico do primeiro. Isso significa dizer que toda construção cultural é sempre afeita a valores (axiologia) que correspondem, por sua vez, a uma determinada finalidade (teleologia). Nas lições do criador da teoria tridimensional do direito:

Não vivemos no mundo de maneira indiferente, sem rumos ou sem fins. Ao contrário, a vida humana é sempre uma procura de valores. Viver é indiscutivelmente optar diariamente, permanentemente, entre dois ou mais valores. A existência é uma constante tomada de posição segundo valores. Se supirmos a idéia de valor, perderemos a substância da própria existência humana. Viver é, por conseguinte, uma realização de fins. O mais humilde dos homens tem objetivos a atingir, e os realiza, muitas vezes, sem ter plena consciência de que há algo condicionando os seus atos. O conceito de fim é básico para caracterizar o mundo da cultura. A cultura existe exatamente porque o homem, em busca da realização de fins que lhe são próprios, altera aquilo que lhe é “dado”, alterando-se a si próprio. (...) A afirmação feita de que a cultura implica a idéia de valor e de fim dá-nos o critério distintivo entre as duas esferas de realidade que estamos analisando. (REALE, 2002b, p.26/27, grifo nosso)

Conseqüentemente, uma vez que passamos a trabalhar com duas esferas distintas da realidade, por óbvio que não podem existir senão duas ordens de relações igualmente diferenciadas, pautadas em categorias lógicas e metodológicas igualmente distintas, sendo correspondente, cada qual, à dinâmica interna do mundo natural e do mundo cultural respectivamente. Daí exsurge a diferenciação fundamental entre *explicação* e *compreensão*, bem como a distinção entre juízos de realidade e juízos de valor, seu maior corolário.

Aqui Wilhelm Dilthey vaticina em síntese expressiva que: “(...) a natureza se explica e a cultura se compreende.” (*apud* SIQUEIRA JR, 2009, p.315) ou, em outras palavras, *explicamos* um fato natural mediante o estabelecimento de conexões de causa e efeito, ao passo que *compreendemos* um fato cultural a partir do reconhecimento das conexões de sentido que a totalidade de seus fins pressupõe.

Assim é que qualquer adepto das ditas “ciências naturais”, seja um físico ou um biólogo, por exemplo, pretende reproduzir a natureza sem qualquer deformação oriunda do elemento humano, o que significa dizer, tal como ela é. Objetividade e neutralidade plena são

os ideais máximos destes pesquisadores, podendo-se lhes aplicar o adjetivo *especulativo* em seu sentido literal, o do radical latino *speculum*, a significar aquilo que reflete o mundo como um espelho. (REALE, 2002a, p.246)

No que diz respeito ao mundo da cultura, por sua vez, este deve ser *compreendido* menos por nexos de causalidade que por conexões de sentido, de forma a tentar envolver a totalidade de seus fins – sua teleologia. Adequando meios a fins, o cientista social busca como que enquadrar o universo cultural: “(...) numa trama congruente e coerente de enlaces e conexões.” (REALE, 2002a, p.246).

Neste diapasão, se considerarmos que toda relação do homem para com o mundo que o cerca necessariamente se exprime por meio de um *juízo*, entendendo este último basicamente como o ato mental pelo qual atribuímos certa qualidade (predicado) a um determinado ente (sujeito), podemos concluir que as relações entre os fenômenos naturais e culturais, por conseguinte, serão expressas necessariamente por meio de enunciações distintas, a saber, os sobreditos juízos de realidade e de valor.

Podemos distinguir as duas espécies de juízo em comento tendo em vista o verbo copulativo que une o sujeito e o predicado da proposição. No que tange aos juízos de realidade a união é feita em razão do verbo *ser*, segundo a fórmula “S é P”, enquanto no que diz respeito aos juízos de valor a união é feita pelo verbo *dever ser*, conforme a fórmula “S deve ser P”. Lembrando que em ambos os casos “S” corresponde ao sujeito e “P” corresponde ao predicado que lhe é atribuído, tudo consoante a doutrina de Miguel Reale. (2002b, p.34).

Comentando a distinção, a lição de Bobbio é irreparável:

(...) o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual a minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: “o céu é rubro”, formulo um juízo de fato; se digo “este céu rubro é belo”, formulo um juízo de valor). A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade. (BOBBIO *apud* SIQUEIRA JR, 2009, p.318).

Em suma, enquanto a lei física da gravidade busca retratar o mundo como quem diz, grosso modo, que a “a realidade é assim”, o direito, à maneira das demais ciências culturais

como a sociologia e a história, prevê que uma determinada sociedade, quando muito, “*deve(ria) ser* assim”, implicando uma tomada de posição frente ao real a partir da qual podemos dizer, por exemplo, que a tipificação do crime de homicídio denota um juízo de valor segundo o qual a vida humana *deve ser* preservada – eis a finalidade ou valor específico que a norma visa inculcar em seus destinatários.

A título de comparação com o excerto de Bobbio, outra não é a intenção daquele que atesta a beleza do céu rubro, porquanto a assertiva necessariamente pressupõe que todos os outros que por ventura contemplem o mesmo céu *deve(ria)m* considerá-lo igualmente belo.

Mas no âmbito da dialética que se estabelece entre algo que *é* e algo que *deve-ser*, a estrutura lógica deste último juízo merece ser melhor explicitada, porquanto envolve um paradoxo que permeia a construção de qualquer arcabouço normativo, tanto de ordem ético-moral quanto de ordem jurídica. Tal significa dizer, com Miguel Reale (2002b, p.35), que toda norma é marcada obrigatoriamente pela possibilidade de seu descumprimento, exatamente porque se limita a enunciar algo que *deve ser* e não algo que inexoravelmente *tenha de ser*.

Logo, a conclusão inescapável é que toda prescrição normativa, ou em outras palavras todo dever-ser, ainda que proibitivo, invariavelmente acaba formulado sob o pressuposto essencial da *liberdade* que tem o destinatário de obedecer ou não aos ditames propostos, constituindo aquilo que poderíamos denominar com acerto de “paradoxo da liberdade”, onde, em síntese, o indivíduo não é proibido porque é livre, mas é livre exatamente porque lhe são impostas proibições e punições, de maneira a resguardar-lhe sempre a (livre) opção de respeitar a primeira ou suportar as conseqüências da segunda.

Afinal, mesmo a sanção que via de regra é atrelada à norma jurídica não atesta senão a impossibilidade de um ato de coação que vise ao cumprimento *específico* da conduta “desejada” pelo legislador. Quando muito este poderá demandar, respeitados os tramites legais, a supressão do patrimônio ou da liberdade do indivíduo, conseqüências estas geralmente conectadas à ocorrência da ação ou omissão contrária à norma, mas que, no entanto, dificilmente podem ser tomadas como correspondentes equivalentes àquela conduta que o ordenamento buscava assegurar inicialmente.

Torna-se possível apreender, portanto, o teor de nossa afirmação inicial no sentido de apontar como um dos principais objetos de reflexão da Filosofia do Direito a problemática acerca das relações entre o ser e o dever-ser, sobretudo cotejando a mesma com o pando de fundo formado pelos conceitos de natureza e cultura. Qual a legitimidade de uma interface entre o natural e o cultural, se é que ela existe? Há alguma possibilidade de relação que

implique dependência entre um juízo de realidade, ou a descrição do mundo tal como ele é, e um juízo de valor, ou a descrição do mundo tal como ele deve(ria) ser? As escolas jus filosóficas mais respeitáveis divergem no que tange às respostas, mas é fato que nenhuma ignora as perguntas.

Pode-se dizer, ainda, que o problema proposto corresponde à histórica distinção entre razão prática e razão teórica, dicotomia especialmente célebre na obra de Kant (1724-1804), como anota Miroslav Milovic:

Verificamos que Kant começa a própria Filosofia discutindo assuntos teóricos. Ele não se confronta imediatamente com a idéia da Filosofia como conhecimento. Por isso, a ciência acompanha todo o caminho da *Crítica da Razão Pura*. Mas, nas últimas páginas deste livro, nos limites da Teoria Kant coloca a questão decisiva: podemos pensar teoricamente sobre tudo? A questão da liberdade, por exemplo, é uma questão teórica? A resposta kantiana é negativa. (MILOVIC, 2009, p.500, grifo nosso).

Esta cisão entre teoria e prática propugnada pelo filósofo de Königsberg ecoa até os dias atuais influenciando gerações de filósofos e teóricos do direito em especial, sendo que encontraremos no austríaco Hans Kelsen, de quem trataremos melhor adiante, um dos mais exponenciais componentes deste último grupo. E muito embora não objetive o presente estudo uma incursão aprofundada na obra de Kant, impende notar a propriedade com que o renomado positivista explicita os impactos da dicotomia ser / dever-ser no âmbito do criticismo transcendental:

O caminho aqui seguido para a solução do problema do conflito entre a causalidade da natureza e a liberdade da imputação normativa aproxima-se da solução tentada por Kant na medida em que também ele pressupõe estas duas diferentes ordens (*Kritik der reinen Vernunft*, Akademie-Ausgabe, III, p.373, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, IV, p.458), a saber, uma causal, constituindo a necessidade natural, e outra normativa ou moral, constituindo a necessidade do dever-ser, sobre cuja base se produz a imputação, que pressupõe a liberdade. Porém, como ele vê a liberdade numa causa não efetivada e, portanto, num plano em que a lei por força da qual toda causa tem que ter um efeito e todo efeito tem que ter uma causa não tem validade, mas tem de admitir, no entanto, que essa lei vale sem exceção no mundo empírico, o mundo dos sentidos ou dos fenômenos, é obrigado a deslocar a liberdade – e, com ela, no fundo, a ordem normativa, e bem assim a imputação, que nela se baseia – para um outro mundo, o mundo da coisa em si, por ele chamado mundo inteligível. (KELSEN, 2006, p.411/412)

O excerto torna claro de que maneira a clivagem entre teoria e prática se estabelece como marco teórico fundamental da filosofia kantiana, uma vez que ambos os elementos

acabam radicados em esferas distintas da realidade e passíveis, quando muito, de uma mera correspondência que por si dispensa qualquer possibilidade de uma conexão *necessária*. Eis a herança conceitual que marcará profundamente Kelsen e muitos de seus contemporâneos adeptos da vertente teórica tradicionalmente designada como *positivismo jurídico*, escola marcada fundamentalmente pelo repúdio à metafísica que se encontra na base da cisão entre teoria e prática concretizada por Kant.

Contudo, não se pode olvidar, com Luis Fernando Barzotto (2009, p.643), que o positivismo jurídico foi construído em oposição consciente e deliberada ao jusnaturalismo, também chamado escola de Direito Natural. Portanto, encontra-se neste último a contraparte conceitual do primeiro, especialmente no que diz respeito à abordagem relativa às relações entre natureza e cultura consubstanciadas na tensão existente entre o que *é* e o que *deve-ser*.

E muito embora o jusnaturalismo se trate com segurança da mais antiga tentativa de compreensão teórica do fenômeno jurídico, ecoando desde a Grécia antiga até a atualidade, o fato é que do interior mesmo de seus mais variados matizes emerge um núcleo conceitual comum, a saber, a noção de que o Direito (o *dever-ser*) *necessariamente* tem sua validade condicionada por uma ordem superior e imutável de Justiça, sendo que esta última encontrará três eixos básicos de atribuição, consoante lição de Gilmar Antonio Bedin:

Dessa forma, o que pode ser observado, independente das particularidades de cada tipo específico da doutrina do Direito Natural, é que há algo de comum entre as proposições das três propostas: a validade do Direito Positivo está condicionada a uma ordem superior de justiça, que pode ser o cosmos, Deus ou direitos naturais inatos. (BEDIN, 2009, p.242, grifo nosso)

Desta feita, resta claro o forte contraponto que o Direito Natural opõe ao Positivismo. Este, enquanto herdeiro da tradição kantiana, desloca especificamente a ordem normativa (o *dever-ser*), bem como todas as demais conceituações da esfera da cultura, para o plano categorial de transcendentais encapsulados no interior do aparato cognitivo do sujeito, onde a validade não depende senão de pressupostos lógicos em detrimento de quaisquer elementos oriundos da facticidade do plano da natureza (leia-se: do *ser*), que necessariamente se encontra para além da mera cognição individual. Por outro lado, o tríplice eixo de fundamentação que perpassa as concepções jusnaturalistas, seja enquanto cosmos, Deus ou os ditos direitos naturais, objetiva precisamente a apreensão de uma categoria fundamental e contrária - o *ser* imutável do Direito, em oposição ao *dever-ser* transcendental.

A título de exemplo, outra não é a posição do jusnaturalista contemporâneo Javier Hervada que define a Filosofia Jurídica exatamente como: “(...) o conhecimento da realidade jurídica em suas causas íntimas e em seu mais íntimo ser.” (HERVADA, 2008, p.19, grifo nosso). E filiando-se abertamente àqueles que buscam fundamentar uma ordem superior de Justiça na existência de Direitos Naturais ou inatos, prossegue o canonista de Navarra:

Desde a alvorada da reflexão humana e, portanto, desde o início da civilização, o homem percebeu que existem exigências de comportamento em sociedade, bem como deveres de justiça nas relações humanas, que não provêm da vontade do homem. Em princípio, falava-se das leis dos deuses e depois, de forma mais depurada, de direito natural. A distinção entre componentes do ordenamento jurídico cuja origem é a liberdade do homem com sua consequente faculdade de autoregulação e aquelas outras disposições que são naturalmente dadas ao homem é praticamente universal. As exceções, como o positivismo jurídico extremo, são relativamente poucas, considerando-se globalmente a história do pensamento jurídico. Mesmo que existam autores modernos que neguem que esse núcleo natural seja uma parte do ordenamento jurídico, como é o caso do objetivismo jurídico, ainda assim se falará, neste caso, da natureza das coisas, de condicionamentos reais, de normas de moral, da idéia de justiça, da idéia de direito, etc.. (HERVADA, 1996, p.18, grifo e tradução nossa)

Não há que se negar, doravante, o caráter essencialmente metafísico do *Naturrecht*, porquanto o mesmo busca aprofundar-se intimamente nas causas do *ser* do direito, em uma postura teórica e metodológica que remonta claramente à ontologia (*ontos* = ser) da Grécia antiga e, mais especificamente, ao pensamento de Aristóteles. Tanto que Miguel Reale relembra aos leitores de sua *Introdução à Filosofia* o fato de: “(...) *ter Aristóteles afirmado que Ser é o problema fundamental da Filosofia primeira, ou Metafísica, compreendendo todas as questões que de maneira imediata e necessária nele estão implícitas*”. (REALE, 2007, p.262)

E mesmo a sobredita distinção de Hervada entre os deveres de justiça naturais e legais deita raízes na doutrina do estagirita, que retoma dos físicos pré-socráticos do século VI a.C o binômio da *physis* contraposta ao *nomos*, ou seja, da natureza contraposta às normas de conduta convencionadas entre os membros de uma determinada sociedade e correspondentes ao modo de agir daquele indivíduo cuja conduta é tomada como “normal”, leia-se: conforme a norma.

Nesse sentido, a etimologia do termo *physis* torna-se, aqui, extremamente significativa, de vez que, a exemplo de seu correlato latino, – o radical *natus* que dará origem a *nasci* e *natura* – a expressão remonta ao grego *phyein*, significando igualmente emergir, nascer ou crescer. Em suma, tudo aquilo que naturalmente *é* ou vem a *ser*. Tal é a lição de

Maura Iglésias que destaca, ainda, o modo com que o problema das relações entre natureza e cultura se apresenta aos olhos dos gregos:

O contraste que os gregos vão descobrir é entre *physis* e *nomos*, que se poderia entender, grosso modo, como o contraste entre ordem natural e ordem humana. Para nós, esse contraste parece óbvio: de um lado leis naturais – eternas, imutáveis, inexoráveis, leis que os homens podem descobrir, mas não constituir ou alterar, que podem usar em seu proveito, mas a que não podem deixar de submeter-se; e, de outro lado, leis humanas, escritas ou orais, costumes, regras de conduta, a própria linguagem – toda uma realidade que parece constituída pelo homem e depende dele. (IGLÉSIAS, 2008, p.20).

Mas se esta noção do mundo natural contraposto ao mundo cultural ostenta um caráter ancestral, o mesmo não pode ser dito em relação à compreensão deste último como um patrimônio objetivo de bens materiais, ideais e éticos, fruto de uma permanente (re)construção por parte de toda a humanidade.

A tomada de uma posição consciente em face do desenvolvimento cultural, bem como a problematização desta distinta esfera de realidade em sua relação com a natureza por meio de categorias lógicas próprias, é fenômeno historicamente recente, cujas primeiras manifestações retroagem ao século XVIII, quando do advento da obra do italiano Giambattista Vico (1668-1744). Desenvolvendo concepções de certa forma preparatórias, como aquela que a antiguidade registrou sob humanismo incipiente de Cícero (MENDONÇA, 2009, p.124/125), o filósofo napolitano engendrou de forma precursora aquilo que poderíamos denominar, com Miguel Reale (2007, p.217), de uma filosofia da cultura.

A obra fundamental de Vico, intitulada como *Principi di Scienza Nuova*, ou Princípios de uma Ciência Nova, registra dentre outras a seguinte passagem oriunda do item X de seu *Libro Primo*:

138. A filosofia contempla a razão, de onde advém a ciência da verdade; a filologia observa a autoridade do arbítrio humano, de onde advém a consciência daquilo que é certo.

139. Na segunda parte desta definição, a filologia é compreendida como o conjunto dos elementos gramáticos, históricos e críticos de que se ocupam aqueles que buscam compreender tanto a comunicação quanto os “fatos do povo”, sejam estas ocorrências domésticas, como o costume e a legislação, sejam ocorrências externas como a guerra, a paz, a aliança, a viagem e o comércio.

140. Esta mesma definição também demonstra que restarão sempre incompletas tanto a filosofia cuja razão não é lapidada pela autoridade da filologia, quanto a filologia cuja autoridade não é controlada pela razão da filosofia; tal constitui uma informação privilegiada e útil à organização do

estado e da república, enquanto elemento de mediação de sua ciência. (VICO, 1997, X, § 138/140, tradução nossa).

Esta bela dialética de uma ciência ou filosofia da verdade (*il vero*), a existir em íntima correlação com uma (cons)ciência ou filologia daquilo que é certo (*il certo*), mas que com ela não se identifica, começará a por em termos, talvez pela primeira vez na história, a concepção atual acerca das relações entre natureza e cultura exposta inicialmente.

No entanto, cabe sublinhar a acepção específica que Vico confere a certas expressões como o termo filologia, que recebe do parágrafo 139 uma significação muito próxima àquela que a contemporaneidade confere ao conceito de cultura, qual seja, o conjunto de diversas interpretações e constituições de conjuntos de leis, costumes, práticas comerciais e outros *fatti de popoli* – formas de organização estabelecidas socialmente que, enquanto parâmetros de como uma comunidade *deve-ser*, permitem à consciência individual julgar entre o certo e o errado.

Por outro lado, à análise filológica restrita ao plano fenomênico, Vico contrapõe a racionalidade de uma filosofia que intenta perquirir em profundidade aquilo que a realidade tem de universal e imutável, a par da contingência inerente às construções culturais. Eis aí uma vez mais a busca metafísica pelo *ser*.

Nesse sentido, a singular advertência do parágrafo 140 vem corporificar de forma poética o questionamento que anima o presente trabalho, onde buscaremos expor uma breve evolução histórico-conceitual tanto do positivismo jurídico quanto do jusnaturalismo, a fim de justificar a análise posterior de dois autores contemporâneos que entendemos como representações paradigmáticas de ambos os seguimentos, a saber, Hans Kelsen e Javier Hervada respectivamente. De tal maneira, poder-se-á demonstrar que ambos os lados divergem em decorrência do tratamento diferenciado conferido a um questionamento que, no entanto, é comum, inescapável e preliminar a qualquer tentativa de elaboração de uma filosofia do direito: as relações entre ser e dever-ser.

Com efeito, assim pretendemos lançar à dita contemporaneidade “pós-positivista” a indagação acerca de como trabalhar esta dicotomia na atualidade. Reside a razão em um dos lados do possível abismo existente entre a natureza e a cultura ou, para falar com Vico (1997, X, 140), não de apresentar-se como eternamente incompletos tanto o *ser* cuja racionalidade não é lapidada pela autoridade do *dever-ser*, quanto o *dever-ser* cuja autoridade não é controlada pela racionalidade do *ser*?

1.2 – Breve evolução histórico-conceitual do positivismo jurídico

Como buscamos delinear inicialmente, o positivismo, enquanto corrente filosófica, descende conceitualmente de Immanuel Kant, e mal se poderia exagerar a monumental influência do professor de Königsberg. No entanto, a honestidade intelectual deste último muito ganhou em fama devido à histórica passagem dos Prolegômenos (KANT, 1974, p.104) onde o próprio Kant atesta que o despertar de seu “sono dogmático” deveu-se à obra de David Hume (1711-1776).

A revolução que a filosofia kantiana provoca no âmbito da metafísica tem início, portanto, com a ofensiva que o céptico escocês empreende em face de um dos mais fundamentais conceitos desta disciplina, qual seja, aquele que descreve a conexão *necessária* entre causa e efeito como princípio regente do mundo do *ser*. Esta “lei” causal seria fruto de uma indução cuja validade é alicerçada sob o problemático pressuposto de caracterizar-se a natureza por uma uniformidade que Hume toma por indemonstrável, precisamente porque oriunda de uma reflexão acerca da regularidade das operações de nossa própria mente na percepção do real e não das características do real em si (MARCONDES, 2001, p.182).

O próprio Kant não lhe poupa elogios ao consignar que o filósofo demonstrara a impossibilidade da razão: “(...) pensar esta conexão a priori a partir de conceitos, pois ela encerra necessidade; não é, pois, possível conceber que, pelo fato de uma coisa ser, outra coisa deva ser necessariamente (...)” (KANT, 1974, p.103, grifo nosso).

Desta feita, a independência entre ser e dever-ser, arcabouço conceitual do positivismo jurídico enquanto tal, já se encontra discriminada na chamada “lei de Hume”, constante do clássico excerto de *A treatise of human nature*:

Em todo sistema de moralidade com o qual me defrontei, era perceptível a forma com que o autor pretendia sempre, de início, considerar argumentos ordinários relativamente à existência de um Deus ou estabelecer certos pontos acerca de assuntos humanos para, a partir de então, surpreender-me com a supressão de proposições até então concatenadas pela cópula “é” (ou “não é”), que eu agora encontrava ligadas pelo conectivo “deve” (ou “não deve”). Esta mudança é imperceptível, porém de suma importância. Afinal, a medida que este “deve” (ou “não deve”) expressa uma nova relação ou afirmação, esta merece destaque e demanda explicação, uma vez que é necessário justificar de que maneira esta nova relação pode ser – algo inconcebível – deduzida a partir de outras que com ela não se identificam. Os autores freqüentemente não se dão ao trabalho de efetuar semelhante análise e eu recomendo que o leitor atento não desconsidere esta omissão. Tenho a firme convicção de a atenção a este pequeno detalhe há de subverter todos os sistemas vulgares de moralidade, engendrando a consciência de que a distinção entre o vício e a virtude não é baseada apenas na relação entre

objetos e tampouco é percebida pela razão. (HUME, 2008, p.241/242, tradução nossa).

A clareza do autor é contundente, a medida que o mesmo afirma ser simplesmente inconcebível qualquer raciocínio que busque inferir um juízo de valor a partir de um juízo de realidade, ou seja, que busque deduzir algo que *deve ser* a partir de algo que *é*. Precisamente neste “erro” teriam incidido todos os *vulgar systems of morality* que o filósofo busca subverter.

Mas se Kant por um lado considerou integralmente a advertência de Hume acerca da impossibilidade de desenvolvimento da causalidade a partir do mundo natural, por outro também buscou revalidar a conexão de causa e efeito ancorado em um fundamento *a priori*, o que significa dizer, independente de qualquer dado empírico (KANT, 1974, p.12/13). Era o início da revolucionária conceituação que deslocou o eixo dos questionamentos filosóficos da busca ontológica pelo *ser*, para a busca gnosiológica do *conhecer*, objetivando desvelar as estruturas do aparato cognitivo do ser humano.

Isso se deve ao fato de que o arauto do criticismo transcendental legou à posteridade, acima de tudo, a idéia de um papel ativo do sujeito no processo de conhecimento, entendendo que este não se limita a figurar como mero receptáculo das impressões sensoriais, sobretudo em razão das estruturas condicionantes da sensibilidade e do entendimento humanos cuja função consiste, basicamente, em organizar o feixe de percepções empíricas até o limite da “forma” com que um determinado objeto de fato se apresenta à consciência cognoscente.

É precisamente o estudo destas estruturas anteriores a toda experiência sensível, mas condicionantes dessa mesma experiência, que Kant denominará “transcendental” e que, como assinala Valério Rohden: “(...) *nada tem a ver com “transcendente”, mas com aquelas condições que, de parte do sujeito, contribuem constitutivamente para a possibilidade da experiência.*” (ROHDEN, 2008, p.131).

E se não nos cabe aqui discorrer em profundidade sobre a filosofia kantiana, releva notar que o professor de Königsberg estende o transcendental tão longe a ponto de abarcar conceitos fundamentais como o espaço e o tempo, até então majoritariamente concebidos como instâncias plenamente objetivas, detentoras de um estatuto ontológico capaz de situá-las em um plano externo à consciência. Aqui a didática de Miguel Reale é irreparável:

Kant diz que nós nos iludimos pensando que as coisas se desenrolam no espaço ou que os fatos se desenrolam no tempo. Tempo e espaço não existem fora de nós, mas ao contrário, são forma de nossa sensibilidade interna ou externa; tempo e espaço são condições do conhecimento humano.

É o homem que não pode perceber as coisas senão no espaço e no tempo, que são, assim, de ordem transcendental. Para tornar mais clara esta noção, imagine-se uma pessoa que, desde o nascimento, tenha usado óculos vermelhos ou azuis, e que jamais tenha sido privada, por um instante sequer, de tais lentes. Este indivíduo terá uma visão especial do mundo, na plena convicção de que as coisas têm um tom vermelho ou azul. (REALE, 2007, p.84. grifo nosso).

Portanto, no âmbito da perspectiva crítica inaugurada pelo kantismo, mesmo o crivo espaço-temporal constitui-se como elemento originário e característico do aparato cognitivo de todo ser humano, sendo este último incapaz de apreender qualquer objeto senão por meio destas assim denominadas *intuições puras da sensibilidade*, como o próprio Kant as descreve na primeira parte da Doutrina Transcendental dos Elementos que abre a *Crítica da Razão Pura* (KANT, 1974, p.41).

E como não bastasse, o autor prosseguirá em sua detalhada anatomia do pensamento, para falar com Will Durant (1996, p.256), dissecando não apenas os transcendentais oriundos da *sensibilidade*, mas também aqueles que advêm do *entendimento* humano, cuja complexa série de categorias molda e classifica conceitualmente as percepções de espaço-tempo segundo quatro eixos fundamentais de qualidade, quantidade, modalidade e relação, todos dispostos na tábua de categorias do §10 da Crítica, sub-intitulado sem falsa modéstia de *Terceira Seção do Guia para a Descoberta de Todos os Conceitos Puros do Entendimento* (KANT, 1974, p.70).

Eis aqui, não se pode olvidar, a resposta do filósofo ao dissolvente ceticismo de Hume: a plena possibilidade de uma fundamentação *a priori* do princípio da causalidade, agora consubstanciado em uma categoria transcendental passível de ser classificada sob o eixo da relação, juntamente com as noções de substância e de comunidade.

Para além destas específicas concepções da *sensibilidade* e do *entendimento*, estudadas respectivamente pela Estética e pela Analítica transcendental (KANT, 1974, p.39 e 60), o criticismo encontrará, agora no âmbito da chamada Dialética dos transcendentais, somente o uso especulativo da razão e de seus conceitos puros, desligados por completo de tudo que existe para além do sujeito. E como Kant jamais negou a existência da “matéria” externa à consciência, que confere a base para o trabalho comum tanto da sensibilidade quanto do entendimento (DURANT, 1996, p.261), a razão não poderia enredar-se aqui senão em antinomias e paralogismos - dilemas insolúveis como, por exemplo, a “causa primeira” ou a “eternidade”, ambos idéias vazias resultantes de um uso exacerbado da categoria da

causalidade e da intuição do tempo respectivamente, em uma vã tentativa de divorciá-los de qualquer objeto específico.

Por fim, é de posse de sua colossal diagramação da subjetividade (e por meio dela) que Kant postulará aquilo que alguns (DURANT, 1996, p.262) consideram como um de seus maiores méritos, a saber, a distinção entre o plano *fenomênico* de uma realidade já submetida às condicionantes transcendentais do sujeito, ou seja, o mundo tal como ele aparece para aquele que o conhece; e o plano *noumenico* da coisa-em-si, a realidade incognoscível correspondente à estrutura dos objetos anteriormente à “distorção” operada pelo ato de conhecer.

Um excerto consideravelmente esclarecedor dos Prolegômenos, onde o filósofo responde àqueles que lhe atribuem a alcunha de idealista, merece destaque:

O idealismo consiste apenas na afirmação de que não existe outro ser senão o pensante; as demais coisas, que acreditamos perceber na intuição, seriam apenas representações dos seres pensantes, às quais não corresponderia, de fato, nenhum objeto fora deles. Eu afirmo, ao contrário: são-nos dadas coisas como objeto de nossos sentidos, existentes fora de nós, só que nada sabemos do que eles possam ser em si mesmos, mas conhecemos apenas seus fenômenos, isto é, as representações que produzem em nós ao afetarem nossos sentidos. Com isto admito, portanto, existirem fora de nós corpos, isto é, coisas que, embora sem dúvida nos sejam de todo desconhecidas no tocante ao que em si mesmas possam ser, são-nos conhecidas pelas representações suscitadas em nós por sua influência sobre nossa sensibilidade, e às quais denominamos corpos, termo este que designa apenas o fenômeno do objeto que nos é desconhecido, mas que nem por isso é menos real. Poderá isto ser chamado idealismo? Trata-se exatamente do contrário disto. (KANT, 1974, p.125, grifo nosso)

Mal se poderia exagerar a importância desta distinção, não por acaso análoga àquela do *ser* contraposto ao *dever-ser*. Senão toda, ao menos boa parte da filosofia ocidental posterior à Kant transitará entre os conceitos do *fenômeno* e da *coisa-em-si*, sendo que a presença de ambos no âmbito do positivismo em geral apresenta-se como especialmente significativa.

Afinal, enquanto o kantismo reconhece e postula a existência do *noumenon*, limitando-se a atestar sua incognoscibilidade, como bem registra a referência anterior, o positivismo, por sua vez, restringirá sua compreensão ao plano estritamente fenomênico do real, renunciando a qualquer busca pela coisa-em-si de Kant. Em síntese:

Para tais correntes, pois, o fenômeno é a realidade última: - não há outra coisa senão “fatos”, nem é possível investigar algo que não sejam “relações”

entre fatos. Perante o de Kant, este é um fenomenalismo empírico, ou objetivo, que exclui o problema da “coisa em si”, reduzindo o real ao que nos revela a experiência numa atualização progressiva. (REALE, 2007, p.104, grifo nosso).

Com efeito, o francês Auguste Comte (1798-1857), reconhecido como sendo o fundador e um dos maiores cultores do positivismo na lição de Maria Célia Simon (SIMON, 2008, p. 144), tem seu nome freqüentemente associado àquela que ele denomina “lei dos três estados”, princípio dedicado a explicar o desenvolvimento individual e social do homem segundo o trânsito de um primitivo estado *teológico* para um estado *metafísico* que, por sua vez, apresenta-se como ponto intermediário em relação a um terceiro e último estado classificado como *positivo*. Quanto a este último a preleção do autor é salutar:

Enfim, no estado positivo, o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia a procurar a origem e o destino do universo, a conhecer as causas íntimas dos fenômenos, para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude. A explicação dos fatos, reduzida então a seus termos reais, se resume de agora em diante na ligação estabelecida entre os diversos fenômenos particulares e alguns fatos gerais, cujo número o progresso da ciência tende cada vez mais a diminuir. (COMTE, 1973, p.11)

E conquanto Comte restrinja sua esfera de investigações à contingência do plano fenomênico, o mesmo também adverte acerca de errôneas interpretações que porventura tomem o positivismo como mero retorno ao empirismo puro dos séculos XVII e XVIII. Conforme nos relembra novamente Simon:

Todavia, diz Comte, o verdadeiro espírito positivo está tão afastado do *empirismo* – que permanece apenas em uma “estéril acumulação de fatos” – quanto do *misticismo* – que se limita a uma interpretação sobrenatural dos fatos. Ao contrário, inspirando-se nas escolas racionalistas, ele afirma que só existe ciência quando se conhecem os fenômenos por suas relações constantes de concomitância e sucessão – isto é, pela lei – advindo daí a possibilidade de previsão racional. (SIMON, 2008, p.147)

O positivismo comteano, portanto, invariavelmente pressupõe a existência de leis que regulam tanto os *fenômenos* naturais quanto sociais, conferindo-lhes uma invariabilidade – uma ordem - que compete à ciência conhecer e explicitar, de forma a possibilitar a previsão de ocorrências futuras. Porém, sob a ótica do mesmo positivismo, todas as possíveis “leis” que a ciência pretende desvelar serão sempre - vale repetir - normas regentes do plano

estritamente *fenomênico* e contingente do real, dele derivando sua validade a revelia de toda e qualquer relação com o mundo tal como ele eventualmente venha a ser “em-si-mesmo”. Nesse ponto, a renúncia ao *noumenon* é patente.

Por óbvio que tal concepção do real acabaria cedo ou tarde por reverberar no âmbito da Filosofia do Direito, com fito de influenciar a compreensão da experiência jurídica nesses mesmos moldes, a partir de uma postura teórica e metodológica convencionalmente denominada de *positivismo jurídico*. Com acerto, este resta definido por Luis Fernando Barzotto (2009, p.643) como um sistema que se recusa sistematicamente a derivar o direito de outras fontes que não as sociais.

Daí falar-se (DIMOULIS, 2006, p.81) na classificação do juspositivismo como uma teoria *monista* do direito, em franca oposição ao *dualismo* característico daqueles que postulam, por exemplo, a validade de um direito natural passível de plena coexistência com aquele direito dito *positivo*, termo aqui empregado no sentido de uma norma *posta* pelo poder político de uma determinada sociedade situada em um contexto histórico específico.

Em suma, a partir da distinção kantiana entre uma esfera contingente do fenômeno que é dado ao nosso conhecimento e o reduto incognoscível da coisa-em-si, o positivismo em geral não pretende senão tomar como válido apenas aquilo se situa naquele primeiro momento, malgrado a mutabilidade que lhe é inerente. Para falar em termos de nossa dicotomia inicial, poderíamos dizer que boa parte dos teóricos desta escola jusfilosófica concebe o direito como puro *dever-ser*, uma construção cultural originada integralmente da vontade dos seres humanos e dela totalmente dependente.

No âmbito da teoria geral do direito, podemos dizer com o professor Miguel Reale (REALE, 2002a, p.416) que o paradigma positivista começou a se delinear a partir do século XIX – não por acaso o século de Comte - fruto do trabalho dos civilistas europeus adeptos à chamada Escola da Exegese francesa e dos estudiosos da Analytical School na Inglaterra.

Consoante o exposto, o jusfilósofo da teoria tridimensional do direito relembra ainda que a tese fundamental dos intelectuais franceses, à época, consistia precisamente em conceber o direito por excelência somente como aquele consubstanciado nas normas escritas emanadas pelo Estado, ou seja, o verdadeiro jurista deveria partir única e exclusivamente do direito positivo; da norma *posta* pelo poder político.

E no que tange aos esforços da ciência jurídica da comunidade britânica do mesmo período não foi diferente, haja vista que não obstante o valor normativo do precedente jurisprudencial no direito anglo-saxônico, a Escola Analítica de Jurisprudência também buscou compreender o direito segundo estritos esquemas lógico-formais, tudo sob o

argumento de que mesmo o costume não possui qualificação jurídica até e enquanto não é consagrado pelo órgão judicial do Estado. (REALE, 2002a, p.418)

Posteriormente, não faltaram propulsores do positivismo jurídico que levaram sua doutrina às últimas conseqüências, bastando lembrar por exemplo o nome de John Austin (1790-1859), que na síntese de Alexy define o direito como a totalidade dos comandos de uma soberano que são reforçados por sanções, sendo: “(...) *praticamente impossível existir uma orientação para normatização mais forte do que essa.*” (ALEXY, 2009, p.21).

Na mesma linha poderíamos elencar mais recentemente a figura um tanto polêmica de Hart (1907-1992), cuja definição do direito como um sistema de regras que pode ser identificado por meio de uma regra de reconhecimento, vem mitigada apenas pelo reconhecimento desta última como um *fato social*, correspondente por sua vez à prática unificada de como decidem os Tribunais. (HART, 2009). E vale também a menção à alta autoridade de Norberto Bobbio, que chegou a pregar em tom assertivo a separação entre um juízo de fato e um juízo de valor, como relembra Francesco D’Agostino:

Dizer que um certo evento é natural, é ou deveria ser uma juízo de fato, extraído daquilo que acontece, na maior parte das vezes entre os homens; matéria dir-se-ia hoje, de pesquisas empíricas como a Antropologia ou a Sociologia. Que aquele mesmo evento deva ser aprovado como justo e condenado como injusto é, pelo contrário, um juízo de valor. Mas como é possível deduzir um juízo de valor a partir de um juízo de fato? Pedi, em vão, aos jusnaturalistas uma resposta satisfatória para esta pergunta. (BOBBIO *apud* D’AGOSTINO, 2009, p.309)

Porém, Kelsen foi a toda evidência quem conduziu esta perspectiva às suas conseqüências mais extremas, tendo a Teoria Pura do Direito reinado soberana por décadas no repúdio a toda e qualquer abordagem jusfilosófica calcada em elementos não-normativos. A “pureza” de seu sistema, estruturado a revelia de qualquer elemento político, moral ou sociológico, foi sustentada em temas incisivos e tão conceitualmente consistentes que ainda hoje o autor apresenta-se como sólida referência para gerações de teóricos do direito. A título de exemplo, ao comentar a possibilidade do conceito de uma norma imediatamente evidente no Capítulo V da 2ª edição da *Reine Rechtslehre*, o autor é taxativo:

Dizer que uma norma é imediatamente evidente significa dizer que ela é dada na razão, com a razão. O conceito de uma norma imediatamente evidente pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora; e este conceito é – como se mostrará – insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento das normas é uma ato de vontade. (KELSEN, 2006, p.218, grifo nosso)

A singular originalidade da Teoria Pura – sua concepção de validade normativa – advém precisamente deste distanciamento do direito em relação ao mundo factual, o mundo do *ser* representado pelo querer: a vontade que tanto o magistrado quanto o legislador necessariamente manifestam no momento da decisão e que não é passível de experimentação senão por parte da consciência individual daquele que impõe a norma, tal qual uma coisa-em-si que não se permite transpor o plano incognoscível do *noumenon*.

Por conseguinte, quando Kelsen chega a afirmar que “O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma” (KELSEN. 2006. p.215), ele o faz, antes de tudo, como forma de manter a cisão entre a razão pura e a razão prática, tornando o dever-ser (a norma) dependente exclusivamente de outro dever-ser obrigatoriamente situado, enquanto tal, em um mesmo plano fenomenológico de validade, de maneira a permitir uma livre experimentação por parte de qualquer indivíduo.

Tanto, que sua síntese fundamental é retomada em mais de um ponto da obra, nos seguintes termos: “Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser se não pode seguir que algo é” (KELSEN. 2006. p.215).

A própria norma fundamental, artifício metodológico que evita um regresso infinito enquanto ponto axiomático de fechamento e validade do sistema, acaba teorizada kantianamente como um pressuposto lógico-transcendental (KELSEN, 2006, p.224), o que significa dizer que mesmo a *Grundnorm* ainda permanece como condição de possibilidade da razão teórica (dever-ser), nunca da razão prática.

Em face do exemplo exposto, pode-se compreender a afirmação do autor (KELSEN, 2006, p.225) segundo a qual uma interpretação do Direito positivo alheia a toda metafísica somente seria possível sob a condição de pressupormos uma norma fundamental consubstanciada na seguinte máxima apriorística: “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve”.

Ora, esta norma jamais poderia ser *posta* pelo poder constituinte originário, pois neste caso ela seria apenas mais uma norma constitucional que, enquanto tal, não teria o condão de fundamentar todas as demais prescrições constituintes. Assim, deve ela permanecer no âmbito do pensamento e funcionar como condição de possibilidade da compreensão do direito – algo como a “disposição mental” ou um transcendental hipotético cuja existência todos devem pressupor a fim de tornar o ordenamento inteligível.

E não se pode olvidar o campo onde Kelsen suportou as críticas mais incisivas, a saber, sua conceituação acerca da interpretação jurídica, estruturada no capítulo VIII da Teoria Pura do Direito. Em excerto característico o autor dispõe:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigida ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, a extrair as únicas leis corretas através de interpretação; não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas. (KELSEN, 2006, p.393, grifo nosso)

Ou seja, advogando em favor da impossibilidade de um “fechamento semântico” do Direito, bem como reconhecendo o fenômeno da decisão acima de tudo como um ato de vontade, vinculado enquanto tal ao agir e à razão prática, Kelsen jamais poderia admitir a interpretação como um problema afeito à teoria do direito, uma vez que isso significaria negar seu postulado fundamental segundo o qual o fenômeno jurídico rege-se pelo princípio da imputação – o dever-ser e não o ser.

Uma vez mais a coerência do autor evidencia de fato uma posição extrema, mas que não chega a obscurecer a plena consciência de Kelsen acerca das implicações de seu sistema no trato com nosso problema principal: a interpretação, enquanto ato de vontade, *é*, ao passo que o Direito *deve-ser*, não podendo o segundo derivar sua validade do primeiro, porquanto isto implicaria a peculiar afirmação de que algo que conhecemos, a saber, o *dever-ser* normativo enquanto expressão fenomênica de uma vontade, deriva de algo que não conhecemos e que jamais poderemos delimitar com precisão - a vontade-em-si-mesma, o *ser* (KELSEN, 2006, p.215).

Logo, a Teoria Pura do Direito enquanto paradigma positivista explicita sobremaneira a “aposta” desta vertente teórica, qual seja, conceber como uma fatalidade do sistema a discricionariedade legislativa e judicial. Ambas, enquanto exteriorização da razão *prática*, não poderiam ser controladas por mecanismos puramente teóricos, de vez que independente a natureza (ser) da cultura (dever-ser). Doravante, a alternativa não poderia ser outra senão relegar a interpretação a “uma questão menor”, para usar a expressão de Streck (2010, p.92); algo por definição alheio ao mundo jurídico.

Neste diapasão, torna-se legítimo dizer que a questão hermenêutica passa a ser o grande dilema destes estudiosos, notadamente quando a contemporaneidade conhece, em

momento posterior ao segundo pós-guerra do século XX, a força normativa da Constituição. Após julgamentos históricos como o *Marbury vs Madison* pela Suprema Corte americana, o ordenamento constitucional será concebido não apenas como formalmente superior, mas também (e principalmente) como materialmente primordial – o “filtro” por meio do qual se deve ler todo o Direito infraconstitucional, na síntese do magistério de Luis Roberto Barroso (2009, p.147/148).

Desta forma, acaba posta “a questão positivista” da contemporaneidade, aqui sintetizada na verve cáustica de Streck:

Uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade. E isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem conseqüências drásticas para a concepção do direito como um todo.

Quero dizer: saltamos de uma legalismo rasteiro que reduzia o elemento central do direito, ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na idéia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal – e me lembro aqui de Elias Dias -, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional.

Eis o “ovo da serpente”. Obedecer “à risca o texto da lei democraticamente construída” (já superada - a toda evidência – a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com “exegese” à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. (...) A legalidade reclamada, neste caso, é uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional. Simples, pois! (STRECK, 2010, p. 81/82)

Diante do exposto, alinhavados os termos em que Kelsen interpreta as relações entre ser e dever-ser, bem como algumas conseqüências do paradigma positivista que a Teoria Pura do Direito pretende incorporar, de forma a justificar nossa opção pela *rechtslehre*, passaremos agora a um estudo sucinto da evolução da concepção jusnaturalista acerca do binômio “natureza X cultura”.

1.3 – Breve evolução histórico-conceitual do jusnaturalismo

Ao longo do panorama anterior, buscamos situar a questão gnoseológica na modernidade a partir de Kant, colocando em termos o dilema filosófico do fenômeno e da

coisa-em-si, no sentido de distinguir em nosso conhecimento aquilo que lhe é *dado* pelo estatuto *noumenico* da ordem natural (do ser) daquilo que nele é *posto* por nossos próprios transcendentais quando da conformação da realidade à “moldura” (o dever-ser) no interior da qual ela se lança à nossa percepção.

E se tanto o positivismo filosófico quanto o jurídico corporificam uma postura que reconhece como válida apenas a apreciação particular do fenômeno, nele buscando suas fundamentações últimas, o jusnaturalismo já se pretende uma postura dual que, no mais das vezes, atesta a plena existência do direito *posto* por um poder político situado em um contexto sócio-cultural específico, desde que este ordenamento conforme-se a um critério decisivo de validade que reside necessariamente para além daquilo que é constatado empiricamente - junto ao plano *noumenico* de Kant poder-se-ia dizer.

Outra não é a definição esposada por Gilmar Antonio Bedin em sua didática preleção referenciada anteriormente:

Dessa forma, é possível definir o Direito Natural como uma doutrina jurídica que defende que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas ou princípios (direito ideal) que lhe condicionam a validade. Em consequência dessa definição, é possível identificar as seguintes características na Doutrina do Direito Natural: a) A legislação em vigor deve ser analisada a partir de determinados conteúdos superiores; b) Esses conteúdos possuem como fonte uma determinada categoria universal e imutável (ideal de justiça); c) Esses conteúdos devem sempre prevalecer sobre as disposições da legislação formal em vigor.

(BEDIN, 2009, p.241)

E por mais controvertida que seja a atualidade da doutrina, sua influência patenteia-se diante de uma singela constatação: dentre os vértices de configuração do *Naturecht* delineados pelo autor, à exceção do segundo, os demais correspondem com exatidão às características comumente atribuídas ao poder constituinte na atual configuração do Estado moderno, quais sejam, a de um conteúdo superior que deve prevalecer no eventual conflito com as disposições da legislação vigente. A originalidade dos arautos da força normativa da constituição na atualidade, não reside senão em transpor este “poder maior” de um plano metafísico e ideal para a pura esfera fenomênica, na forma de uma constituição contextualizada histórica e socialmente, porém interpretada à maneira de uma fundamentação transcendente.

Com efeito, qualquer semelhança do papel atribuído a este “direito ideal” com aquele reservado a *Grundnorm* enquanto ápice da pirâmide normativa de Kelsen é salutar, pois

denota que o intérprete não encontrará a grande divergência que separa positivistas de jusnaturalistas na forma com que ambos trabalham a legislação, sempre buscando reconduzi-la a uma conceituação elementar, mas sim nos distintos planos de realidade em que cada qual situa este fundamento último do ordenamento e, conseqüentemente, seu critério definitivo de validação e determinação (onto)lógica.

E se o positivismo conhecerá os dilemas inerentes à justificação da norma fundamental, (o puro dever-ser de Kelsen), os teóricos do direito natural enfrentarão de um modo geral as agruras de delimitar conceitualmente um “ideal de justiça” que se afigura cada vez mais evanescente em meio à pluralidade de valores do mundo atual. Historicamente, a configuração deste princípio axiológico encontrará ao menos três eixos básicos de atribuição, que situamos anteriormente no cosmos, em Deus ou nos direitos naturais inatos, sendo que cada qual registrará sua preponderância no jusnaturalismo da antiguidade, da idade média e da modernidade respectivamente, dando prova do caráter ancestral da perspectiva ora analisada (BEDIN, 2009, p.241).

Afinal, a advertência que o gênio grego de Platão (428/427 a.C – 348/347 a.C) põe na fala de um peculiar estrangeiro que se dirige ao jovem Sócrates já antecipava em mais de vinte e quatro séculos uma contundente crítica às limitações da experiência jurídica quando restrita à esfera das experimentações contingentes. Assim registra o diálogo *Político*:

ESTRANGEIRO

- É que a lei jamais seria capaz de estabelecer, ao mesmo tempo, o melhor e o mais justo para todos, de modo a ordenar as prescrições mais convenientes. A diversidade que há entre os homens e as ações e, por assim dizer, a permanente instabilidade das coisas humanas, não admite em nenhuma arte, e em assunto algum, um absoluto que valha para todos os casos e para todos os tempos. Creio que estamos de acordo sobre esse ponto.

SÓCRATES, O JOVEM

- Sem dúvida.

ESTRANGEIRO

- Ora, em suma, é precisamente este absoluto que a lei procura, semelhante a um homem obstinado e ignorante que não permite que ninguém faça alguma coisa contra a sua ordem, e não admite pergunta alguma, mesmo em presença de uma situação nova que as suas próprias prescrições não haviam previsto, e para qual este ou aquele caso seria melhor.

(PLATÃO, 1972, p.251)

Portanto, se é fato que malgrado a instabilidade das “coisas humanas” o legislador ainda assim busca um absoluto, este somente poderá encontrá-lo para além de toda a contingência característica do plano fenomênico no interior do qual Kelsen o expõe, por exemplo. Daí a orientação premente do legendário discípulo de Sócrates, bem como de seus

contemporâneos, em favor de uma compreensão menos *transcendental* e mais *transcendente* do Direito, rumo à imutabilidade daquilo que a modernidade kantiana conheceu como a coisa-em-si.

Este *ser* essencial o homem grego encontrará no *cosmos*, a ordem universal e harmônica da natureza, a qual a humanidade não deve senão limitar-se a imitar e seguir (PLATÃO, 1972, p.228). Oportunamente, a lição de Danilo Marcondes expõe com clareza a questão:

O significado do termo *Kosmos* para os gregos desse período liga-se diretamente às idéias de ordem, harmonia e mesmo beleza (já que a beleza resulta da harmonia das formas; daí, aliás, o nosso termo “cosmético”). O cosmo é assim o mundo natural, bem como o espaço celeste, enquanto realidade ordenada de acordo com certos princípios racionais. A idéia básica de cosmo é, portanto, a de uma ordenação racional, uma ordem hierárquica, em que certos elementos são mais básicos, e que se constitui de forma determinada, tendo a causalidade como lei principal. O cosmo, entendido assim como ordem, opõe-se ao *caos*, que seria precisamente a falta de ordem, o estado da matéria anterior à sua organização. É importante notar que a ordem do cosmo é uma ordem racional, “razão” significando aí exatamente a existência de princípios e leis que regem, organizam essa realidade. É a racionalidade deste mundo que o torna compreensível, por sua vez, ao entendimento humano (MARCONDES, 2001, p.26)

Esta concepção do direito como uma tentativa de reprodução de uma ordem cosmológica primária perpassa um significativo período da antiguidade e, não por acaso, a *Historia de la Ciencia del Derecho Natural* de Javier Hervada principia com a seguinte citação de Aristóteles, a distinguir o direito natural do direito legal: “*É natural o que, em todas as partes, tem a mesma força e não depende das diversas opiniões dos homens; é legal tudo o que, em princípio, pode ser – indiferentemente – de um modo tal ou do modo contrário (...)*” (HERVADA, 1996, p.17, tradução nossa).

E mesmo com o advento da assim chamada Idade Média, entre os séculos IV e V, esta dualidade de um “justo” natural e outro legal/convencional não será de todo abandonada, porquanto grandes autoridades eclesiásticas, como Aurélio Agostinho (354-430) e posteriormente Tomás de Aquino (1225-1274), buscarão interpretá-la segundo os cânones da teologia judaico-cristã. Como destaca José Silveira da Costa (2009, p.825), o frade de Roccaseca em especial acrescenta ainda um terceiro elemento ao binômio, consubstanciado agora na lei divina: preceitos eternos ou expressões da vontade de Deus a partir dos quais a própria lei ou ordem natural é derivada e legitimada, em uma dependência análoga àquela que o direito positivo, por sua vez, mantém com a ordem cosmológica:

Santo Tomás deu ao Direito Natural seu maior prestígio e desenvolvimento ao afirmar que, acima de todas as leis, existe uma *lei eterna*, de essência divina, que serviu para a ordenação do universo. Da lei divina decorre a Lei Natural, pela qual o homem participa da razão eterna. A lei humana é definida como a ordenação da razão para o bem comum, promulgada pela autoridade competente. (...) Ainda segundo Tomás de Aquino, o Direito Natural está na essência do Direito Positivo, como fonte imprescindível do mesmo. Seu princípio básico é estabelecido pela razão a partir da experiência e seu conhecimento é alcançado graças ao princípio teleológico que rege o universo, segundo o qual todos os seres estão articulados para realizar a finalidade estabelecida pela razão e vontade divinas. (COSTA, 2009, p.825, grifo nosso)

Em continuidade, a reflexão em torno do direito natural manteve-se firme mesmo em face da secularização operada pela modernidade pré-Kant, que logrou dissipar apenas os aspectos teológicos da questão infundidos pela escolástica medieval, enquanto autores do renome de Locke (1632-1704) e Rousseau (1712-1778), perfilavam-se ao lado dos assim chamados contratualistas, desenvolvendo a compreensão geral do meio social como algo fruto de um acordo de vontades celebrado deliberadamente por homens que, oriundos de um “estado de natureza”, tem como único objetivo na consecução desta transação resguardar ou otimizar certos direitos anteriores ao pacto fundamental, a exemplo da liberdade e da igualdade em Rousseau (DALLARI, 2007, p.12/19).

Porém, dados os devidos méritos à reflexão da modernidade, o sistema jusnaturalista que será objeto do presente estudo corresponde à construção contemporânea estruturada pelo professor Javier Hervada em duas de suas principais obras, a saber, *O que é o Direito? A moderna resposta do realismo jurídico* (HERVADA, 2006) e *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito* (HERVADA, 2008).

A opção se justifica, como veremos, em razão da abordagem do mestre espanhol, que empreende uma (re)leitura das relações entre natureza e cultura segundo uma estrutura conceitual de cunho aristotélico-tomista aberta a temas diametralmente opostos ao positivismo kelseniano, como um núcleo natural de juridicidade da pessoa, o direito natural e a noção de justiça do direito romano, ou seja, a arte de dar a cada um o que é seu (HERVADA, 2008, p.65).

No entanto, todas estas questões são caudatárias do problema principal que o catedrático de Navarra enfrenta de maneira incisiva. Nesse sentido:

Abismo entre o mundo da natureza e o mundo do espírito, entre realidade natural e pensamento, entre ser e pensar? Digamos antes de mais nada que não pode existir, no homem, uma fissura insuperável entre natureza e pensamento, em virtude do princípio da unidade do ser. Como se sabe, um

dos transcendentais do ser é a unidade: o ser é, por definição, uno; impossível que não seja assim. Um ser dividido já não é um ser, mas dois ou múltiplos seres. Sendo o homem um ser composto de espírito e matéria, de natureza e espírito, de realidade natural e pensamento, é necessariamente uno em sua composição; nele há composição, mas não divisão – o que implica uma necessária comunicação (fruto da unidade) entre natureza e espírito, entre pensamento e realidade natural. (HERVADA, 2008, p.45, grifo nosso)

Porém, o autor ainda considera necessário delimitar até que ponto e em que condições é possível o trânsito do ser para o dever-ser, de vez que a perspectiva positivista, seja do ponto de vista lógico ou ontológico, não se afiguraria de todo infundada.

De fato, do ponto de vista estritamente lógico não se pode deduzir que algo *dever-ser* simplesmente porque *é*. O atual estado das coisas, ou seja, o *ser* dos objetos, necessariamente se estabelece como um presente, ao passo que a própria estrutura de um juízo de valor – o *dever-ser* - denota um futuro ser de alguma coisa que ainda não é. Portanto, se o dever-ser implica não ser ainda, qualquer transição *lógica* forçosamente constitui uma falácia. (HERVADA, 2008, p.46)

Tampouco a perspectiva ontológica nos conduzirá à solução melhor, vaticina o canonista (HERVADA, 2008, p.46). Do fato não se pode passar ao direito, a exemplo do seguinte raciocínio igualmente vicioso: isto é assim, logo tem o direito de ser assim, tal é lei. Nas palavras do espanhol:

O fato, o que acontece ou é, pode ser lícito ou ilícito, justo ou injusto; isso está implícito na própria noção de dever-ser, de direito, de lei. O que é pode não ter devido ser ou ter devido ser: do fato de ser não se pode deduzir que deve ser. (HERVADA, 2008, p.46).

A princípio, portanto, podemos concluir que a tese positivista acerca do *hiatus* intransponível entre um fato natural (*ser*) e uma construção cultural (*dever-ser*) procede, sendo inegável, por exemplo, o caráter insidioso de um raciocínio que pretenda atribuir qualificação jurídica a determinada prática de uma comunidade apenas em razão da disseminação desta no meio social. Nesta hipótese, qualquer costume largamente difundido seria alçado à categoria de lei.

Hervada buscará a solução, como visto anteriormente, em uma concepção de cunho aristotélico-tomista que se vale, especificamente, dos conceitos de ato e potência desenvolvidos pelo legendário discípulo de Platão. É a partir deste arcabouço teórico que o

catedrático de Navarra fundamenta sua noção de direito natural, bem como estabelece uma conexão conceitual entre ser e dever-ser.

O raciocínio parecerá estranho a mentes contemporâneas, de vez que remonta a uma concepção de mundo mais antiga pautada, sobretudo, no conceito chave de uma teleologia universal. Aqui, em um momento de ironia, faz-se esclarecedora a lição de Hart, o grande positivista:

A doutrina do Direito Natural faz parte de uma concepção mais antiga de natureza, na qual o mundo observável não é um mero cenário dessas regularidades, e o conhecimento da natureza não consiste apenas no conhecimento delas. Ao contrário, nessa visão mais arcaica, cada espécie nomeável de coisa existente, humana, animada e inanimada, é concebida como algo que tende não só a continuar existindo, mas a avançar em direção a um estado ótimo final que consiste no bem ou fim (*telos*, *finis*) específico que lhe é apropriado. (HART, 2009, p.244)

Ou seja, se cada objeto detém uma finalidade intrínseca, seu desenvolvimento natural buscará esta meta, a exemplo da semente que, na terminologia aristotélica, é uma semente em ato (*ser*) ao passo que também é uma árvore em potência (*dever-ser*), pois deve se desenvolver para tornar-se especificamente *esta* árvore e não *aquela*, ou mesmo uma flor ou outro objeto qualquer. Portanto, a semente é e concomitantemente *deve-ser*.

À luz deste “estágio final” – o *telos* - dos objetos, as diversas fases intermediárias deste procedimento natural de maturação podem ser efetivamente compreendidas e julgadas como boas ou ruins segundo o correto desenvolvimento de suas funções. E no que diz respeito ao ser humano não poderia ser diferente – esta é a proposta de Hervada:

Há, no entanto, um trânsito do ser para o dever ser que não é falaz, nem lógica nem ontologicamente. Isso ocorre no âmbito do homem quando se compreende que seu ser é dinâmico e perfectível, ou seja, que contém em si uma potencialidade de perfeição, de modo que o *esse* do homem se orienta para um *plenum esse*. Dado que o ser do homem está entitativamente imerso em um processo de realização no que se refere a alguns fins, cuja consecução o leva a um modo mais pleno e enriquecedor de ser, cabe o trânsito do ser para o dever-ser. (HERVADA, 2008, p.46/47).

Doravante, ao contrário do sistema kelseniano, aqui não mais se trata de um dever-ser apriorístico, sem qualquer realidade substantiva, mas sim de uma exigência de desenvolvimento enraizada na própria ontologia dos objetos e, por conseguinte, do homem. Essa “realização na plenitude” significa, basicamente, conceber o dever-ser como expressão

de um ser “exigente”, que demanda seu desenvolvimento rumo a uma finalidade (eis o ponto) natural.

E não se pode olvidar que o dever-ser em questão não é declarado completamente sobre um futuro, de vez que ele já se encontra no ser presente como uma exigência intrínseca de sua própria constituição. Logo, “*Não é o que é que deve-ser, mas sim dever-ser o que, podendo ser, ainda não é*” (HERVADA, 2008, p.47), o que afasta qualquer vício inerente à perspectiva puramente lógica.

Tampouco incidiríamos na falácia ontológica, pois:

(...) não é o puro fato o que se eleva a dever-ser, sendo dever-ser uma possibilidade do ser humano que aparece como normativa, por exigência intrínseca do ser. E isso é possível porque pertence por definição à dignidade da pessoa humana. Que a pessoa humana seja digna, não por declaração extrínseca, mas por entidade intrínseca, não significa outra coisa senão um ser *normativo*, um ser que não pode ser tratado de qualquer modo, mas que deve ser tratado e deve se desenvolver de acordo com *o que é devido a ele*. E é devido a ele sua intrínseca e constitutiva entidade, que é dinâmica, porque o homem é um ser de fins, aos quais tende para realizar-se em plenitude. (HERVADA, 2008, p.47, grifo nosso).

Ora, não acarretará maiores dificuldades compreender o impacto de uma tal perspectiva para qualquer conceito de direito, afinal se o dever-ser constitui um componente intrínseco do ser, torna-se possível sustentar a impossibilidade de um fato cultural que não se encontre ancorado em uma base natural. Não por acaso, o axioma do mestre espanhol reside precisamente no postulado segundo o qual *todo fato cultural depende de dados naturais* ou, em outras palavras, a busca pelo *dever-ser* já pressupõe a exigência metafísica do *ser* (HERVADA, 2006, p. 75).

Neste diapasão, considerar que o direito positivo prescinde de uma base natural de validade, à moda do convencionalismo positivista, significaria compreendê-lo como uma *criação* humana no sentido literal do termo, implicando algo que exsurge do nada (*ex nihilo*), quando o homem, em verdade, apenas *inventa* objetos segundo a etimologia desta expressão, qual seja, a de encontrar ou construir algo sempre a partir daquilo que já existe. Importa sublinhar, por exemplo, que mesmo a postura anti-metafísica por excelência de Kant, na tentativa de responder à acusação de idealismo puro em que fora situada sua doutrina, não logrou evitar a polêmica em torno da determinação do sentido lógico ou ontológico da “coisa-em-si”, dando ensejo respectivamente às chamadas interpretações neo-idealistas e crítico-realistas da filosofia transcendental (REALE, 2007, p. 270), ao ponto de um teórico como

Kelsen, claramente adepto da segunda vertente, ter afirmado que: “*O papel que a “coisa em si” desempenha no seu sistema revela muito de transcendência metafísica.*” (KELSEN, 1995, p.432).

Desta forma, dado o axioma enunciado, negar a existência de um direito natural constituiria uma contradição em termos, pois: “*se existe o fato jurídico positivo (cultural), deve apoiar-se em uma juridicidade natural. Se nada houvesse de jurídico natural, nada haveria de jurídico cultural. Por isso, a melhor demonstração de que existe o direito natural é que existe o direito positivo.*” (HERVADA, 2006, p.76, grifo nosso).

Tal é a grande conclusão do canonista. Assim como necessitamos, por exemplo, de olhos para ver e, conseqüentemente, edificar a pintura, a escultura, o cinema e uma série de outros bens culturais relacionados ao sentido da visão, necessitamos igualmente de uma juridicidade natural capaz de possibilitar a construção do direito positivo, o ordenamento efetivamente “posto” pela mão humana.

À oportunidade, devemos apenas salientar que a máxima proposta em nenhum momento busca negar reconhecimento à norma positiva. Ao cabo de sua obra intitulada precisamente *O que é o Direito? A moderna resposta do realismo jurídico* (HERVADA, 2006, p.155), o jurista espanhol adverte os leitores sobre como a função do direito natural consiste em ser a base ou alicerce da ordenação jurídica e política, sem jamais afirmar, no entanto, que o mesmo constitui a *totalidade* desta ordem. Em uma analogia esclarecedora, a relação do direito natural com o direito positivo é comparada àquela que a contemporaneidade pós-positivista estabelece entre a constituição e o ordenamento que lhe é inferior, qual seja, a de base do sistema legal enquanto critério inspirador e, sobretudo, de validação.

Antecipando as objeções positivistas em excerto que merece transcrição, Hervada doutrina:

Diante do fato que a lei natural é critério de validade das leis positivas, os positivistas costumam se escandalizar. Dizem que, se fosse assim, o sistema legal viria abaixo, a insegurança jurídica se apoderaria dele e não sei quantas catástrofes mais. Essa atitude tem muito de escândalo farisaico; sério, o que dizem a sério não se pode acreditar. Em primeiro lugar, é obvio que analisar e definir – em um sistema jurídico evoluído como o nosso – o possível contraste entre a lei natural e a lei positiva cabe aos juízes; pois bem, os juristas romanos – assim aparece nas referências -, e com eles os juízes, usaram essa regra e não só o direito romano não fracassou, mas até ficou como exemplo de um sistema jurídico de grande perfeição. Em segundo lugar, os juízes já fazem isso mesmo (em parte) sob outros rótulos – valores ou princípios gerais do direito, direitos humanos, etc. – e nada de ruim está acontecendo, ao contrário, está sendo obtida uma justiça melhor. E, em terceiro lugar, com o direito constitucional segue-se essa mesma técnica e também não está sendo produzida nenhuma catástrofe, pelo contrário. (HERVADA, 2006, p.156/157)

Aqui percebemos o quanto o sistema de Hervada tem de atual, não obstante o classicismo de suas fontes teóricas. Sua base aristotélico-tomista não o afasta da discussão contemporânea em torno dos direitos humanos, nem tampouco do questionamento acerca da necessidade de um critério de validação capaz de traçar os limites do direito positivo, cuja regulação se faz imperiosa desde os fenômenos historicamente recentes do nazi-facismo e do stalinismo.

Ao final, a grande questão restaria por conta daquele mínimo jurídico que o direito natural representa e que não é passível de definição sem uma remissão à síntese do conceito de direito do espanhol, qual seja, o fato natural de que as coisas estão *naturalmente* repartidas – atribuídas a sujeitos diferentes. Explica o autor: “Por exemplo, mesmo que houvesse superabundância de alimentos, e todos pudessem pegar o quanto quisessem, cada homem se *apropriaria* de uma determinada quantia – logo, os alimentos estariam distribuídos” (HERVADA, 2006, p.16).

Assim, se as coisas estão repartidas, por óbvio que *nem tudo é de todos*, sendo que isso é uma necessidade social, podendo-se perceber, neste contexto, a importância do conceito de justiça como a arte de dar a cada um o que é seu – a imortal lição de Ulpiano que atravessou séculos cristalizada na fórmula *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (HERVADA, 2008, p.74).

Ora, se o conceito de direito em Hervada corresponde à divisão/atribuição dos objetos, a distinção entre direito natural e direito positivo, por sua vez, nada há de significar senão que existem certos objetos naturalmente atribuídos ao homem ao passo que outros lhe são devidos em razão da convenção de normas positivas.

A rigor, na esfera das atribuições naturais (HERVADA, 2006, p.68) podemos enquadrar os fatores de delimitação próprios das potencialidades que são inerentes ao ser do homem, a saber, seus olhos, membros, corpo, enfim sua *pessoa*. A título de contra-exemplo, dá o tom à questão a radical hipótese de um sujeito que venha a ser capturado por uma ambulância para, contra a sua vontade, ter as córneas removidas e doadas a um enfermo. Este infeliz personagem, por certo, bradaria injustiçado que seus olhos são – exatamente isso – *seus*, e que ninguém tem o direito de privá-lo deles.

Eis precisamente o conteúdo mínimo do direito natural: a pessoa do homem, o ser que o caracteriza enquanto tal. Essa “posse” do seu ser também torna o homem sujeito de direitos, dada a impossibilidade de alguém possuir algo, ou seja, ter algo *efetivamente*

atribuído como seu, antes de possuir o seu próprio ser. A pessoa constitui o fato natural do qual depende o fato cultural do direito. Logo:

Se lembrarmos que direito é a coisa sua, fica evidente que o mínimo de jurídico natural que deve existir é a condição de sujeito de direito própria do homem. Eis aí algo que é impossível vir do direito positivo. A condição de sujeito de direito é a *potência natural* necessária para que o homem possa atribuir a si mesmo ou atribuir a outros alguma coisa como direito seu. Dizer que a condição de sujeito de direito é dada pela lei humana é uma afirmação vazia por sua radical impossibilidade: o homem daria a si mesmo a potência (a capacidade para o fato cultural) e o ato (o fato cultural), o que suporia nele um poder criador em sentido estrito (tirar algo do nada), coisa impossível. (HERVADA, 2006, p.76/77, grifo nosso)

Desta feita, como demonstra o excerto em destaque, a natural juridicidade que Hervada atribui ao ser humano, bem como todo o seu conceito de direito natural, não decorrem senão da conexão conceitual que o mesmo estabelece inicialmente entre o ser e o dever-ser o que, em última análise, significa conceber uma complementaridade entre o mundo natural e o mundo cultural.

É apenas em razão desta abordagem (e a partir dela) que o catedrático de Navarra consegue estabelecer seu axioma fundamental segundo o qual todo fato cultural necessariamente depende de dados naturais, daí derivando toda sua arquitetônica conceitual. E assim, exposto em breves traços as origens tanto do positivismo de Kelsen quanto do jusnaturalismo de Hervada, poderemos adiante nos aprofundar mais detalhadamente em ambas as perspectivas, de forma a perscrutar algumas das principais conseqüências que seus paradigmáticos sistemas apresentam.

CAPÍTULO II – KELSEN E A TEORIA PURA DO DIREITO

2.1 O autor e sua obra

Os registros de Paulo Antonio de Menezes (ALBUQUERQUE, 2009, p.504) levam Kelsen à cidade de Viena, na Áustria, já aos três anos de idade, logo após seu nascimento aos 11 de outubro de 1881 no seio de uma família de comerciantes judeus germânicos até então estabelecida em Praga, atual República Tcheca. A religião da família, vale sublinhar, já nos permite redimensionar de plano muitas das infundadas críticas que atribuem a pecha de anti-semita a um autor formado e informado nos preceitos do judaísmo, malgrado o agnosticismo declarado. Tanto que Dias Toffoli e Otávio Luiz destacam em estudo introdutório que precede a edição brasileira da autobiografia do teórico, o fato de que, vivendo sob jurisdição do antigo Império Austro-Húngaro, Kelsen deveria tecnicamente ostentar em seus primeiros documentos a qualificação de *súdito de sua Majestade Imperial e Real de fé mosaica*. (TOFFOLI, 2011, p.20)

Será então na Áustria que, após suportar um revés econômico da família e concluir na escola pública a formação básica que iniciara em colégio particular, o jovem Kelsen ingressará no curso de Direito da Universidade de Viena no ano de 1900, aos 19 anos de idade, bacharelando-se precisamente seis anos depois.

As dificuldades financeiras do início da vida acadêmica seriam ainda mais acentuadas após a morte do pai em 1907, o que traz Kelsen de volta à Viena ao cabo de uma breve estada que uma bolsa de estudos lhe proporcionara em Heidelberg na Alemanha, onde freqüentou os seminários de Georg Jellinek, outro grande expoente do direito germânico. Porém, não obstante o trabalho entrecortado, o ano de 1910 em especial é marcado pelo advento de sua primeira obra de vulto, a tese *Hauptprobleme der Staatslehre, entwickelte aus der Lehre vom Rechtssatze* (Principais Problemas da Teoria do Direito e do Estado, desenvolvida a partir da Teoria das Normas Jurídicas), que viabilizará a habilitação do autor, no ano seguinte, à cátedra de Direito do Estado e Filosofia do Direito da Universidade de Viena (KELSEN, 2011, p.45/46)

É no âmbito deste trabalho preliminar que o teórico estabelece inicialmente a nota característica de toda a sua obra, a saber, a busca incessante e explícita por um conceito autônomo de Direito (BARZOTTO, 2007, p.57). Tanto que o próprio Kelsen reconhecerá, no prefácio à segunda edição da *Teoria Pura do Direito*, que os primeiros esboços desta sua *magnum opus* já se encontravam na *Hauptprobleme* publicada em 1911 (KELSEN, 2006).

Os anos vinte, por sua vez, irão intensificar a influência do pensamento comteano, especialmente devido ao contato de Kelsen com o assim chamado Círculo de Viena, um grupo de intelectuais cuja ascendência teórica remonta em grande parte à doutrina do autor do *Curso de Filosofia Positiva*. Quanto a estes a descrição de Danilo Marcondes é deveras expressiva:

O **Círculo de Viena** consistiu em um grupo de filósofos e cientistas que se reuniram regularmente em Viena desde o séc.XX, sob a liderança de Moritz Schlick (1882-1936), Otto Neurath (1882-1945) e Rudolph Carnap (1891-1970), com o objetivo de desenvolver um projeto de fundamentação das teorias científicas em uma linguagem lógica, e de discutir questões filosóficas através de uma análise lógica rigorosa que levasse à solução, ou melhor, à *dissolução* dessas questões tal como formuladas tradicionalmente. Assim como os filósofos analíticos, os pensadores do Círculo de Viena combatiam o pensamento metafísico especulativo originário do idealismo alemão. Seu propósito era fundamentar na lógica uma ciência empírico-formal da natureza e empregar métodos lógicos e rigor científico no tratamento de questões de ética, filosofia da psicologia e ciências sociais, sobretudo economia e sociologia. (...) Uma teoria deveria consistir assim em **princípios** estabelecidos pela lógica, de caráter analítico, ou seja, verdadeiros em função de sua própria forma lógica e de seu significado; e em **hipóteses** científicas, a serem verificadas através do método empírico. (MARCONDES, 2001, p.262)

No entanto, o contato com a confraria vienense não demora a gerar atritos, dando testemunho à assertiva de Durant segundo a qual: “(...) os gênios combinam entre si com a mesma harmonia com que a dinamite combina com fogo.” (DURANT, 1996, p.70). Afinal, também ganhou lugar nos registros históricos a incompatibilidade do empirismo lógico do Círculo de Viena com as concepções neokantinas que Kelsen emprega a fim de determinar a natureza lógica da norma jurídica (ALBUQUERQUE, 2009, p.505).

Mas se o início do século XX por um lado é marcado pelo afastamento de Kelsen da intelectualidade local, por outro ângulo o período também conhecerá a aproximação do autor com a política da época, mediante seu envolvimento em discussões e atividades do Partido Social Democrata Austríaco. Esta experiência em particular engendrará um dos pontos altos da biografia do teórico, quando em 1918, com a ascensão dos sociais-democratas ao poder, o mesmo é nomeado por Karl Renner, então chanceler de Estado, como redator de uma nova Constituição para a Áustria (KELSEN, 2011, p.79).

Neste diapasão, como destaca Sérgio Sérvulo da Cunha ao prefaciar a versão brasileira da coletânea *Jurisdição Constitucional* (KELSEN, 2007, p.8), insta salientar que à época se iniciava o turbulento período do armistício de 1918, com a cessação dos conflitos da primeira grande guerra e a criação da república austríaca no território da antiga Áustria alemã

– um desmembramento do Império Austro-Húngaro impedido de unir-se à Alemanha após os tratados de Versalles e de St.Germain.

É neste período de instabilidade que vem a lume no interior da novel constituição austríaca, fruto do trabalho do autor, uma das maiores inovações que a teoria do direito contemporâneo conheceu: o conceito por ele idealizado de uma Corte Constitucional, poder este descrito por Sérgio Sérvulo como, “(...) o único competente para exercer o controle de constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo, segundo um modelo exclusivo de “controle concentrado” que depois se estendeu a várias Constituições Européias.” (KELSEN, 2007, p.8).

Antes desta inovação, não se pode olvidar, os tribunais austríacos somente poderiam controlar a constitucionalidade das leis no tocante à sua adequada publicação, questionando quando muito sua existência, mas jamais sua validade em face do texto constitucional. Tudo segundo uma jurisdição dicotômica, cindida entre o Tribunal Administrativo e a Corte Imperial – o *Reichsgericht*, posteriormente alçado ao posto de guardião da constituição (KELSEN, 2007, p.20).

Nesse sentido, o próprio criador já registrava em sua autobiografia de 1947 não apenas o ineditismo de sua criação, mas também a influência das instituições da antiga Áustria:

Minha tendência própria era codificar do modo mais irrepreensível possível do ponto de vista da técnica jurídica os princípios políticos que me eram dados e construir, assim, garantias eficazes para a constitucionalidade da atividade estatal. Considerei como o núcleo jurídico da Constituição a seção sobre as garantias constitucionais e administrativas. Nesse sentido, pude referir-me a instituições da antiga monarquia: a Corte Imperial e o Tribunal Administrativo. Este último pode ser incorporado sem modificações substanciais. A Corte Imperial foi transformada em verdadeira corte constitucional – a primeira deste tipo na história do direito constitucional. Até então, nenhuma corte havia recebido competência para revogar leis por motivo de inconstitucionalidade com efeito geral e não restrito ao caso particular. (...) Um dos projetos elaborados por mim foi efetivamente adotado pela assembléia nacional constituinte com relativamente poucas alterações. A seção que me era mais cara e que eu considerava minha obra mais pessoal, a jurisdição constitucional, não sofreu alteração alguma nos debates parlamentares. (KELSEN, 2011, p.80/81)

O autor ainda registraria em outro escrito intitulado *A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920* (KELSEN, 2007, p.17/18), que a aceitação da nova Corte no cenário político da nascente República Austríaca deveu-se muito à possibilidade de uma influência

proporcional dos partidos políticos em sua composição, ao passo que a reserva do Tribunal Administrativo aos juízes de carreira tornava inviável tamanha ingerência.

Tão logo a Corte Constitucional viu a luz com o advento da nova Carta Política, o próprio Kelsen foi nomeado membro vitalício do Tribunal por ele idealizado, dando início a uma turbulenta e relativamente breve carreira na Magistratura que, segundo Albuquerque (2009, p.504), culminou em uma crise política marcada pela incisiva atuação do teórico no reconhecimento da dissolução de casamentos católicos, o que lhe valeu a hostilidade do partido social-cristão que ascendera ao poder em 1929.

O fato foi que a já citada jurisdição dicotômica vigente a época, defrontou-se com o contexto de repartições administrativas que reconheciam validade a um novo casamento após o divórcio, ao passo que perante os Tribunais da incipiente república austríaca daquele período tal situação era nula, dando ensejo a incomoda constatação de que indivíduos poderiam estar juridicamente casados ao mesmo tempo com pessoas diferentes.

E se este não se apresenta como o maior dos problemas relativos ao imenso leque de questionamentos teóricos e práticos que a conceituação do controle concentrado de constitucionalidade nos impõe, especialmente no que tange à eventual desnaturação da função jurisdicional, tradicionalmente afeita à subsunção de um fato concreto à norma vigente e não à fixação de um juízo diretamente sobre o conteúdo desta mesma norma; o conflito acerca do divórcio então suscitado perante a corte constitucional, seguido da manifestação do Tribunal capitaneado por Kelsen em favor do reconhecimento da dissolução administrativa da sociedade conjugal, acabou por ensejar tumultos e protestos generalizados que culminaram na revogação dos cargos vitalícios da corte, forçando o autor a buscar abrigo agora nas atividades docentes da cidade alemã de Colônia (ALBUQUERQUE, 2009, p.505).

Chegamos assim aos anos trinta quando, ainda no ambiente docente da Alemanha, Kelsen trava a histórica polêmica com Carl Schmitt acerca de *Quem deve ser o Guardião da Constituição?* (KELSEN, 2007, p.237/398), título de um famoso libelo de sua autoria publicado no ano de 1931, em réplica ao igualmente célebre *O Guardião da Constituição* de Schmitt, datado de 1929. Este histórico debate, como destaca Oswaldo Giacoia Jr (GIACOIA, 2010, p.155) determina, sob múltiplos e decisivos aspectos, os trilhos e rumos do pensamento jusfilosófico e filosófico-político do século XX, com profunda repercussão em nossa atualidade, dada a discussão principal de ambos em torno do conceito de soberania.

Se de um lado o renomado positivista austríaco busca “purificar” a noção de soberano, tratando de inseri-la no âmbito do dever-ser (o plano puramente normativo do direito), a ponto de identificar como soberana somente a norma suprema, cuja validade não é

derivada de nenhuma outra; a *Teologia Política* de Schmitt, por sua vez, vem corporificar o extremo contraponto teórico, a partir do qual a soberania não pode ser compreendida segundo a regularidade da norma, mas sim conforme a instabilidade da exceção. Comentando excerto de autoria do teórico do *Reich*, a lição de Giacoia é deveras esclarecedora:

A longa transcrição se justifica, na medida em que ela permite compreender, de maneira apropriada, o sentido da célebre fórmula que resume o decisionismo jurídico de Schmitt, assim como o dístico de sua confrontação com a teoria do estado de direito: *o soberano é quem decide sobre o estado de exceção*, ou seja, soberano é aquele a quem o ordenamento jurídico confere a prerrogativa de decidir sobre a suspensão total ou parcial dos direitos fundamentais e liberdades públicas, ou ainda, de decidir sobre a suspensão total ou parcial da constituição. Isso significa que o estado de exceção – que nesse sentido tomo como sinônimo de estado de emergência e de estado de sítio – constitui aquele vácuo normativo, que não é nem deve ser considerado pelo jurista como um pressuposto, ou como uma condição lógico-transcendental da teoria constitucional, mas como a situação excepcional que precede a ordem, que deve ser antes criada e garantida para que justamente não se configure um caos, posto que nenhuma norma pode ser aplicada ao caos (GIACOIA, 2010, p.159).

Em suma, a soberania de Schmitt, ao contrário de ser atribuída a um órgão colegiado como o Tribunal Constitucional de Kelsen, acabaria personificada naquilo que poderíamos chamar com Dias Toffoli (2011, p.38) de “poder moderador” do presidente do *Reich* alemão, cuja chancelaria foi assumida em 1933 por ninguém menos que Adolf Hitler, indubitavelmente a mais concreta expressão de anti-semitismo que o mundo já conheceu.

A partir de então a permanência de um professor judeu como Kelsen na Alemanha nazista tornou-se insustentável, como não poderia deixar de ser. O teórico foi sumariamente demitido de suas atividades docentes naquele mesmo ano, tendo registrado inclusive que: “(...) nos jornais nacional socialistas, exigia-se que meu passaporte fosse confiscado para impedir minha saída para o exterior – pois ali eu faria propaganda difamatória contra a Alemanha.” (KELSEN, 2011, p.95). A fuga somente foi possível graças a um funcionário subalterno da administração da universidade, cujo nome o próprio Kelsen desconhecia, mas que mantinha contatos no quartel-general da polícia, de maneira a possibilitar a autorização de saída.

O asilo foi encontrado inicialmente em Genebra e Praga, dois centros dentre os quais o autor alterna sua atividade docente no período de 1933 a 1938, quando então a ideologia nazista também se espraiava até a atual República Tcheca e fomenta a hostilidade aos judeus, a ponto de uma das primeiras aulas de Kelsen em Praga dar-se sob proteção policial a fim de

resguardar sua pessoa das reiteradas ameaças de atentados proferidas pela juventude hitlerista que então se fortalecia (ALBUQUERQUE, 2009, p.505).

Mas a intensa perseguição que teve lugar devido ao contexto político da época também marca de forma indelével a consagração de Kelsen como um dos maiores nomes do pensamento jurídico da contemporaneidade. Isso porque no ano de 1934 vem a lume a 1ª edição daquela que pode ser considerada o núcleo conceitual de toda sua extensa produção: A Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), onde o autor define as estruturas cardinais de seu sistema, a exemplo das noções de norma e ordenamento, bem como se dedica a desenvolver um conceito específico e paradigmático do fenômeno jurídico, que tornou-se talvez a expressão mais bem acabada da escola jusfilosófica conhecida como positivismo jurídico.

Por fim, avaliando (erroneamente) que tampouco a Suíça permaneceria neutra no conflito da 2ª grande guerra que então se encontrava em ebulição, o já famoso jurista vê-se obrigado a emigrar com a família para os EUA, refugio final onde manterá residência e ativa produção até a morte em 19 de Abril de 1973, na cidade de Berkeley, Califórnia, pouco mais de seis meses após a fundação do Instituto Hans Kelsen da Áustria. Importa destacar que deste período de farto contato com a cultura norte-americana advém outro de seus clássicos: A Teoria Geral do Direito e do Estado (*General Theory of Law and State*), datada de 1945 e considerada por muitos uma adaptação do sistema exposto na Teoria Pura ao modelo jurisdicional dos EUA (KELSEN, 1995).

Diante de amplitude da obra de Kelsen - o espólio do autor abrange cerca de cinquenta e oito mil páginas, segundo estimativas de Matthias Jestaedt do Centro de Estudos Hans Kelsen da Alemanha (KELSEN, 2011, p.5) - jamais pretenderíamos empreender uma análise exaustiva de seu pensamento, pelo que as considerações a seguir têm como principal referência 2ª edição da Teoria Pura publicada em 1960, cuja tradução de João Batista Machado atingiu a 7ª edição brasileira em 2006.

2.2 O conceito de norma

Poucos conceitos já dominaram tão completamente uma obra a ponto de atingir a preponderância que a Teoria Pura do Direito atribui ao conceito de *norma*, amplamente reconhecido como a pedra de toque que delimita e unifica o abrangente sistema condensado ao longo desta produção que, como é notório, constitui o ponto culminante de todo o pensamento de Kelsen registrado em escritos anteriores e posteriores.

Neste diapasão, a autoapresentação do teórico, redigida a pedido do jusfilósofo húngaro Julius Moór (1888-1950) em 1927 e somente agora publicada no Brasil, nos traz um precioso excerto onde, comentando os *Hauptprobleme* de 1911, o próprio Kelsen expõe um raro panorama acerca desta noção primordial:

Cheguei à perspectiva decisiva para esse trabalho por meio da idéia de que a essência do direito é ser norma e de que, portanto, toda teoria jurídica deve ser uma teoria das normas, uma teoria das proposições normativas, uma teoria do direito objetivo. A assim chamada “vontade do Estado”, como o direito objetivo costuma ser caracterizado, não poderia ser uma vontade fisicamente real como a vontade dos indivíduos, mas apenas uma expressão antropomórfica do dever-ser do ordenamento estatal. Foi assim que depreenhi o significado não psicológico e exclusivamente normativo do conceito de vontade específico para a teoria jurídica. Da idéia de que o direito ‡ é necessariamente norma depreenhi que todo direito subjetivo baseia-se em um direito objetivo, e que o dualismo entre direito objetivo e subjetivo, tão funesto para nossa sistemática jurídica, deve ser abolido. A oposição entre dois sistemas – o do direito objetivo e o dos direitos subjetivos – deve tornar-se uma diferença intra-sistemática. Também depreenhi uma necessidade plenamente análoga para o dualismo entre direito público e privado. Durante meu trabalho nos *Hauptprobleme*, ainda não estavam claras para mim as tendências políticas que se escondem na teoria tradicional por trás do dualismo entre direito objetivo e subjetivo, privado e público. Minha crítica, dirigida à pureza do método jurídico, ainda não ia tanto de encontro à mistura de conhecimento juspositivo com postulados políticos, mas, antes, ao sincretismo entre uma visão jurídica voltada para as normas jurídicas e seu conteúdo e uma visão sociológica ou psicológica que abrangia o comportamento das pessoas e seu fim jusnatural. A pureza metodológica imprescindível para a ciência do direito me parecia ser garantida pela oposição entre ser e dever-ser, que nenhum filósofo ressaltou tão nitidamente quanto Kant. Portanto, desde o início a filosofia kantiana foi minha estrela-guia. (KELSEN, 2011, p. 25, grifo nosso).

Mas a longa transcrição se justifica menos por destacar a relevância do aspecto normativo no tratamento que Kelsen confere aos dualismos tradicionais da teoria jurídica, como público/privado e objetivo/subjetivo, do que pela exposição apropriada da aguda visão do teórico relativamente àquela díade fundamental que é objeto do presente estudo: a distinção entre ser e dever-ser. Quanto a este dualismo, o autor será sempre incisivo a fim de encontrar na separação entre o plano fático (ser) da sociedade política e o plano normativo (dever-ser) do direito, algo como uma petição de princípio da Teoria Pura – um “dato imediato” cuja negativa por si só constituiria uma contradição (KELSEN, 2006, p.6).

Daí exsurge a importância do conceito de norma primeiramente como um prévio *esquema de interpretação* (KELSEN, 2006, p.4), capaz de evidenciar a cisão radical entre as sobreditas esferas da natureza e da cultura. Isso porque como o próprio Kelsen destaca já no

início da obra - em capítulo não por acaso intitulado *Direito e Natureza* - toda teoria jurídica que se pretenda válida enquanto tal deve reconhecer necessariamente dois elementos componentes do ato de vontade em geral e do ato jurídico em particular, a saber, (a) uma determinada ocorrência ou “estado de coisas” fático, sensorialmente perceptível e circunscrito espaço-temporalmente; e (b) uma significação ou um “sentido” que é atribuído àquela ocorrência tanto pelo indivíduo que põe o ato segundo um significado *subjetivo*, quanto por terceiros que dele venham a tomar conhecimento e interpreta-lo conforme uma significação dita *objetiva* (KELSEN, 2006, p.2).

O autor se concentra particularmente nestes dois últimos elementos com fito de extrair deles o seu conceito de norma, porquanto se todo ato pressupõe um sentido que no mais das vezes apenas *corresponde* ao seu aspecto fático, mas com ele não se identifica propriamente, a normatividade não consistirá senão no elemento caracterizador desta significação particular, ou seja, naquela prescrição constitutiva do sentido. Em última análise, portanto, o objeto por excelência da ciência jurídica reside no *sentido que atribuímos a um ato de vontade e não no ato em si*, uma vez que mesmo a não efetivação deste último no plano fático de modo algum anula o sentido com que o mesmo foi posto inicialmente ou, em outras palavras, a prescrição de que o mesmo *deveria* ocorrer.

Alguns exemplos esclarecem a elaborada abstração:

(...) um indivíduo, de hábito talar, pronuncia, de cima de um estrado, determinadas palavras em face de outro indivíduo que se encontra de pé à sua frente. O processo exterior significa juridicamente que foi ditada uma sentença judicial. Um comerciante escreve a outro uma carta com determinado conteúdo, à qual este responde com outra carta. Significa isto que fecharam um contrato. Certo indivíduo provoca a morte de outro em consequência de uma determinada atuação. Juridicamente isto significa: homicídio. (...) O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a este ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. (KELSEN, 2006, p. 2/4, grifo nosso).

Neste diapasão, torna-se possível compreender adequadamente a assertiva segundo a qual: “Com o termo “norma” se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira” (KELSEN, 2006, p.5), bem como a relação desta proposição com os termos de nossa dicotomia inicial, uma vez

que a mesma denota claramente a maneira com que a Teoria Pura do Direito prescinde de qualquer conexão entre a construção cultural do *dever-ser* normativo e o *ser* fático cujo sentido ela constitui. Ambos são de fato passíveis de equivalência, afinal algo *pode ser* da maneira como *deveria ser*, porém o fato e a norma mantêm-se como ocorrências de existência distinta e jamais como uma mesma entidade.

Esta significação jurídica, por óbvio, não é percebida pelos sentidos, tal como nos apercebemos das qualidades naturais de qualquer objeto (cor, peso, dureza, etc.). A apreensão do sentido é obtida sempre pela via *racional*, enquanto construção cultural que o próprio ser humano, em última instância, *opta* por atribuir a um determinado fato, na forma de um elemento adjetivo que em nada descaracteriza a ocorrência empírica se lhe for suprimida. A atitude de um indivíduo que causa a morte de outrem, por exemplo, será sempre a mesma ainda que não classificada juridicamente ou discriminada segundo as mais diversas (e mutuamente excludentes) qualificações do direito positivo - o homicídio, a legítima defesa, a eutanásia, etc.

Mas a norma jurídica em especial não se resume simplesmente à prescrição de que algo deve-ser ou acontecer, o que significa dizer também que, muito embora o sentido de um ato de vontade apresente-se sempre como um dever-ser, este somente pode ser reconhecido com uma norma quando o ato: “(...) *que subjetivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objetivamente esse sentido,*” (KELSEN, 2006, p.9).

A exigência vem perfeitamente na esteira do rigor metodológico tão característico de Kelsen, haja vista que a possibilidade de *efetiva* apreciação do sentido subjetivo de um ato de vontade naturalmente é facultada somente aquele que “põe” o ato, ao passo que a partir do momento em que esta volição incognoscível exterioriza-se, a mesma é submetida à livre apreciação de terceiros que podem *objetivamente* reconhecer ou negar a significação que o autor da ocorrência aduz ter-lhe atribuído.

Nesse sentido, podemos compreender com precisão a seguinte passagem da *Rechtslehre* kelseniana:

No entanto, é preciso distinguir o sentido subjetivo do sentido objetivo. O “Dever-ser” é o sentido subjetivo de todo ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como “norma”. A circunstância de o “dever-ser” constituir também o sentido objetivo do ato exprime que a conduta a que o ato intencionalmente se dirige é considerada como obrigatória (devida) não apenas do ponto de vista do

indivíduo que põe o ato, mas também do ponto de vista de um terceiro desinteressado (...) (KELSEN, 2006, p.8, grifo nosso)

A “avaliação” da norma por um terceiro desinteressado é necessária para o estabelecimento deste sentido dito *objetivo* porque, como o autor reconhece (KELSEN, 2006, p.8), a construção normativa deve prosseguir em sua existência, ou seja, continuar válida, mesmo que a vontade cujo sentido ela constitui tenha deixado de existir ou a pessoa obrigada pela norma desconheça esta obrigação. Como a significação que é atribuída a qualquer fato natural há de ser sempre uma *construção cultural* que tem sua existência condicionada à aceitação do espírito humano que lhe dá origem, a mesma necessita igualmente do “reconhecimento externo” que um terceiro desinteressado proporciona a fim de que sua existência também não cesse, por exemplo, diante da hipótese extrema da morte daquele que inicialmente atribuiu significação ao fato bruto oriundo do âmbito do ser.

Ademais, merece destaque também o conteúdo amplo que mesmo a expressão *dever-ser* assume no âmbito da Teoria Pura, considerando que o termo designa sim a prescrição propriamente dita - a determinação de que um indivíduo se conduza de determinada maneira - , mas igualmente refere-se à permissão que autoriza uma determinada conduta, bem como à delegação de competência ou atribuição de um “poder” que reconhece a outrem a capacidade dele próprio estabelecer normas. Portanto, a significação do dever-ser em Kelsen (mais ampla do que o usual) corresponde ao tríptico conteúdo da prescrição/permissão/autorização (KELSEN, 2006, p.5/6).

Nestes termos, a norma cumpre essencialmente a função de conezionar dois elementos estabelecendo que, diante de certos pressupostos, uma determinada consequência *deve(ria)* ocorrer ou, mais detalhadamente: uma prescrição externada por uma pessoa física ou jurídica e reconhecida por terceiros alheios àquela entidade, impõe que a ocorrência X seja interpretada como um antecedente ao qual *deve* seguir-se a situação Y, o que não reflete a obrigatoriedade de que esta última de fato venha a ocorrer, mas sim a obrigatoriedade de que todos ao menos interpretem que a mesma *deveria* ter ocorrido. Daí a analogia que Kelsen (2006, p.86) estabelece entre esta conexão por ele denominada *imputação* e o princípio causal, este um simples modo distinto de conectividade que liga os dois elementos X e Y a partir de uma relação necessária cuja existência prescinde do assentimento da vontade de qualquer indivíduo que estabeleça ou legitime esta conexão.

Diante do exposto, podemos reconhecer com segurança que, em termos de nossa dicotomia principal, a Teoria Pura do Direito não admite como norma senão *o sentido de um*

ato de vontade que é distinto deste mesmo ato e que, subjetivamente, corresponde a um dever-ser que coincide com o dever-ser que lhe é reconhecido objetivamente, com fito de prescrever, permitir ou autorizar alguém a realizar ou deixar de realizar algo ainda que este algo não se realize.

Porém, o referido conceito poderia com acerto ser aplicado tanto à descrição de uma norma jurídica quanto à descrição de uma norma moral. A problemática em torno da diferenciação entre estas duas espécies de regramento da conduta de forma alguma era desconhecida de Kelsen, muito embora tenha de fato merecido poucas páginas da Teoria Pura (KELSEN, 2006, p.67/76), que encontra na coação o elemento particularmente característico do Direito.

A norma jurídica vem assim marcada como uma prescrição coativa, no sentido de que exige uma determinada conduta humana a medida que liga à conduta oposta um ato de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz, sendo que esta consequência pode ser-lhe aplicada ainda que contra sua vontade (KELSEN, 2006, p.36). Mas se nem toda norma registra esta sanção, bastando considerar a existência de certas prescrições que, por exemplo, apenas outorgam poderes, Kelsen argumenta que neste caso o intérprete encontra-se diante de normas ditas “não-autônomas”, uma vez que as mesmas somente detêm sentido e validade quando a competência por elas delegada é de fato exercida mediante a criação de outras normas que prescrevem (estas sim) alguma sanção (KELSEN, 2006, 60/65).

No entanto, em mais de uma oportunidade (KELSEN, 2006, p.36, 56 e 71) o autor vale-se da expressão segundo a qual as normas jurídicas “estatuem *atos* de coação”, assertiva esta que entendemos particularmente problemática. Afinal, após dissociar o ato de vontade do dever-ser que apenas lhe constitui o sentido, como outorgar ao segundo (dever-ser) a capacidade de “estatuir” o primeiro (ser)?

Doravante, a coatividade do Direito em Kelsen quando muito compreende, a nosso ver, a capacidade inerente às normas jurídicas de estatuir apenas a autorização ou, em outras palavras, a *possibilidade* de que certos atos de coação venham a ocorrer, sem jamais estatuir, no entanto, o próprio ato, posto que ao mero sentido de um ato de vontade (o dever-ser) não pode ser reconhecida a capacidade de constituir, por si, outros atos de vontade (ser), sob pena de violarmos a cisão entre natureza e cultura imposta pela própria Teoria Pura (KELSEN, 2006, p.216).

2.2.1 – A validade

Conquanto a criação do dever-ser normativo relacione-se diretamente com um ato de vontade, não se pode olvidar que sua finalidade também ostenta íntima relação com a volição humana, porquanto – eis outra máxima característica de Kelsen (2006, p.80) – *o dever-ser estabelecido por um ato de vontade implica que a prescrição imposta há de ser observada sempre por outro ato de vontade*. Assim, toda norma jurídica é sempre, em última instância, dirigida a uma conduta humana.

Muito embora certos fatos naturais possam aparentemente compor o conteúdo de algumas normas, esta ocorrência somente é possível a medida que o dever-ser em questão prescreve que diante de determinado fato natural, como uma enchente, por exemplo, certas pessoas devem conduzir-se de forma a auxiliar os possíveis feridos e desabrigados. Ao final, portanto, ainda é a conduta humana que acaba enquadrada como conteúdo da norma e não o fato natural em si.

Raciocinando em termos de antecedente e conseqüente, podemos afirmar que o primeiro pode apresentar-se tanto como um fato natural quanto como um ato humano, porém o segundo há de conter sempre a prescrição de uma determinada conduta que *deve-ser* exercida por parte de um ou mais indivíduos:

(...) a conseqüência não é imputada apenas a uma conduta humana, ou – expresso na terminologia usual – a conseqüência não é somente imputada a uma pessoa, mas também a fatos ou circunstâncias exteriores. **Mas é sempre a conduta humana que é imputada.** (KELSEN, 2006, p.111)

Assim, tendo na vontade humana tanto sua origem quanto sua finalidade, o dever-ser normativo de Kelsen também se torna dela integralmente dependente, conforme a necessidade já analisada do sentido objetivo – o reconhecimento externo – que qualquer permissão/prescrição/autorização demanda a fim de constituir-se enquanto norma; este “aval” externo já condiciona qualquer ato de criação jurídica à existência de um ato de vontade anterior que ao menos reconheça na manifestação posterior a legítima criação de uma norma. Nesse sentido, qualquer dever-ser subjetivo depende do reconhecimento externo de terceiros desinteressados que lhe outorgam um sentido objetivo, de maneira a garantir sua existência independentemente da real vontade daquele “legislador primário”. Na síntese contundente do professor de Viena: *“Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser “objetivo”, é uma norma “válida” (“vigente”), vinculando os destinatários”* (KELSEN, 2006, p.9).

Daí começamos a divisar o amplo espectro que a Teoria Pura atribui ao termo validade, abrangendo ao menos quatro significados que se implicam mutuamente, em concordância com os comentários de Barzotto à lição de Carlos Santiago Nino (BARZOTTO, 2007, p.34). De início, se por um lado a validade é compreendida como a maneira particular com que a norma vem a existir de modo completamente independente do fato natural, enquanto sentido de um ato de vontade alheio ao ato em si; por outro ela também descreve a norma que foi estabelecida em consonância com outra norma preexistente e que vem a ser, por isso, válida. (KELSEN, 2006, p.11).

Na primeira hipótese a validade (aqui sinônimo de vigência) corresponde à existência e, como tal, distingue-se da eficácia, ou seja, do “(...) *fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada*” (KELSEN, 2006, p.11). Como a existência da norma enquanto dever-ser independe da efetiva configuração da conduta que lhe é correspondente no plano empírico (ser), dizer, sob este aspecto, que uma norma “vale”, traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, o que indica, quando muito, que a conduta dos indivíduos no plano fático *corresponde* ao dever-ser normativo, o que, porém, não influencia em absoluto a existência deste último.

Este conceito por si só já impõe um desafio colossal ao sistema de Kelsen e à concepção corrente de nulidade, uma vez que a equiparação da validade de uma norma à sua existência enquanto dever-ser torna qualquer consideração de uma “norma inválida” uma contradição em termos. A perda da validade, sob esta ótica, acarretaria a perda da existência, pelo que a “norma nula” (ou inválida) simplesmente não existiria enquanto norma e tampouco poderia ser objeto de um eventual processo de anulabilidade. Posteriormente, veremos como esta problemática vem impactar, sobretudo, o conceito de ordenamento jurídico com o qual a Teoria Pura trabalha.

Com efeito, a anulação de algo pela via do Direito pressupõe ao menos que este objeto já “ingressou” no mundo jurídico, ou seja, que já existe enquanto dever-ser, de tal forma que o pleno reconhecimento da existência de uma norma (ainda que “inválida”) já reside implícito na mera tentativa de sua anulação, que não objetiva senão expurgar do mundo jurídico algo que justamente lá já reside. Até mesmo porque anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é sentido (o que implicaria a capacidade de um dever-ser anular algo que é), mas, quando muito, designa a criação de uma nova norma com fito de retirar da “norma inválida” o seu sentido objetivo, sob a justificativa de que este diverge do sentido previsto pela norma anterior que permitia/prescrevia/autorizava a criação da norma inválida (KELSEN, 2006, p.298).

Esta noção de uma norma antecedente que prevê a criação de outra norma nos leva, por sua vez, à segunda perspectiva da validade, que corresponde à adequação da norma a outro dever-ser objetivo que lhe outorga validade enquanto prescrição anterior e “superior”. Sob esta ótica, portanto, a validade implica a possibilidade de recondução de uma norma à outra norma, esta última posta por um ato de vontade anterior cujo sentido corresponde (ao menos) à outorga de competência ou autorização para que um indivíduo ou órgão estabeleça a segunda norma de forma “válida”.

Eis o exemplo clássico e altamente instrutivo de Kelsen no que se refere a esta hipótese:

A ordem de um gangster para que lhe seja entregue uma determinada soma de dinheiro tem o mesmo sentido subjetivo que a ordem de um funcionário de finanças, a saber, que o indivíduo a quem a ordem é dirigida deve entregar uma determinada soma em dinheiro. No entanto, só a ordem do funcionário de finanças, e não a ordem do gangster, tem o sentido de uma norma válida, vinculante para o destinatário; apenas o ato do primeiro, e não o do segundo, é um ato produtor de uma norma, pois o ato de um funcionário de finanças é fundamentado numa lei fiscal, enquanto o ato do gangster não se apóia em qualquer norma que para tal lhe atribua competência. Se o ato legislativo, que subjetivamente tem o sentido de dever-ser, tem também objetivamente este sentido, quer dizer, tem o sentido de uma norma válida, é porque a Constituição empresta ao ato legislativo este sentido objetivo. O ato criador da Constituição, por seu turno, tem sentido normativo, não só subjetiva como objetivamente, desde que se pressuponha que nos devemos conduzir como o autor da Constituição preceitua. (KELSEN, 2009, p.9)

Esta perspectiva da validade enquanto conformidade com uma norma anterior e igualmente válida também engendra conseqüências de grande impacto no sistema da Teoria Pura, tendo em vista que tal compreensão impede que qualquer norma seja concebida como algo isolado, mas sim como um elemento componente de um “sistema normativo”. Este segundo aspecto da validade, passível de uma equiparação à noção de legitimidade, pode ser condensado na paráfrase de que uma norma será válida sempre que “criada no modo previsto no sistema”.

Aqui a presença do binômio ser/dever-ser como pano de fundo é igualmente inegável, devido à clara coerência que o teórico mantém com este postulado ao condicionar a validade de uma norma sempre à outra norma sob pena de, caso contrário, derivarmos algo que *deve-ser* de algo que *é*. Neste caso, a ofensa ao postulado maior da Teoria Pura seria patente, pois: “*Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato*

de algo dever ser se não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma". (KELSEN, 2006, p.216, grifo nosso).

Porém, esta noção de que uma norma é válida quando criada de acordo com outra norma anterior cuja validade, por sua vez, advém de uma terceira norma que precede a ambas, e assim sucessivamente; se por um lado legitima a concepção de sistema cuja relevância para Kelsen mal pode ser exagerada, de outro ângulo também induz o intérprete a considerar a possibilidade de um regresso infinito, que a Teoria Pura enfrenta por meio de uma de suas mais polêmicas criações: a norma fundamental, que posteriormente também será objeto de análise juntamente com a noção de sistema ou ordenamento jurídico, tampouco isenta de contradições.

Ademais, a par das concepções expostas, que poderíamos denominar de validade-vigência e validade-legitimidade, merecem algumas sucintas considerações os princípios estático e dinâmico, que Kelsen desenvolve ao longo de dois densos capítulos da Teoria Pura (KELSEN, 2006, p.121/306) e que, juntamente com as perspectivas anteriores, compõem aquilo que poderíamos descrever como uma *quádrupla dimensão da validade normativa*, cujos diferentes aspectos se implicam mutuamente como já referido.

Segundo o professor de Viena, alterna-se entre um princípio estático e dinâmico de validade: *"Conforme o acento é posto sobre um ou sobre o outro elemento desta alternativa: as normas reguladoras da conduta humana ou a conduta humana regulada pelas normas"* (KELSEN, 2006, p.79).

Quanto às normas de um ordenamento do primeiro tipo (estático), onde temos por fundamento de validade as normas reguladoras da conduta humana, estas são tomadas como devida – devendo ser – por força de seu conteúdo, de tal forma que a prescrição/permissão/autorização normativa pode ser deduzida do conteúdo de uma norma válida que lhe é anterior e superior. Kelsen nos traz como exemplo (KELSEN, 2006, p.217/218) as normas: "não devemos mentir", "não devemos fraudar", "devemos respeitar os compromissos tomados" e "não devemos prestar falso testemunho"; que podem todas, por sua vez, serem deduzidas de uma norma anterior e superior que prescreva a veracidade.

Obviamente, portanto, se o conteúdo de uma norma já se encontra de certa forma "contido" em uma norma anterior, dele sendo apenas deduzido, todo o sistema normativo pode ser reconduzido, por via de uma inferência lógica, ao conteúdo de uma única norma fundamental tomada (ou pressuposta) como imediatamente evidente. Porém esta exigência, reconhece a Teoria Pura (KELSEN, 2006, p.218), atende apenas aos requisitos dos sistemas morais em geral que, no mais das vezes, partem de conteúdos pressupostos como

imediatamente claros e inquestionáveis, tal qual a vontade de Deus ou qualquer outra ordenação supra-humana.

Ocorre que, como o conceito de uma norma imediatamente evidente: “(...) *pressupõe o conceito de uma razão prática, quer dizer, de uma razão legisladora;*” a Teoria Pura não pode avalizá-lo por completo, uma vez que “*este conceito é – como se mostrará – insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer (...)*” (KELSEN, 2006, P.218). Enquanto pura teoria jurídica, a *Rechtslehre* jamais poderia manter-se sob o alicerce de um sistema puramente estático sem violar seu postulado fundamental, considerando que a valoração ou o “querer” um determinado conteúdo - ato de vontade por excelência, vinculado enquanto tal ao plano do *ser* - acabaria, em última análise, condicionando um sistema normativo que reside integralmente no plano do *dever-ser*.

A possibilidade de uma fundamentação dita *dinâmica* será a resposta de Kelsen à problemática em questão. Aqui a validade das normas ainda encontra-se vinculada a uma norma anterior, mas unicamente em relação ao aspecto formal deste dever-ser prévio e não mais em relação ao seu conteúdo. Isto significa dizer que a norma “anterior” limita-se a conferir poder a uma determinada autoridade legisladora, atestando que as prescrições normativas eventualmente impostas por esta entidade devem ser consideradas válidas independentemente de seu conteúdo.

Encontraremos o exemplo que aclara este conceito no pai que dirige as mais diversas ordens ao filho como “vá à escola”, “faça a lição” e “arrume seu quarto”. Ora, não obstante o conteúdo distinto, o caráter vinculante de todos estes imperativos pode ser adequadamente reconduzido a um único fundamento de validade correspondente à prescrição de que “o filho deve obedecer às ordens do pai”. Esta norma evidentemente não fixa qualquer conteúdo prévio que as determinações do genitor devem respeitar, mas apenas estabelece o dever formal de respeito às regras ditadas “sejam elas quais forem”.

Este princípio dinâmico de validação corresponde primordialmente à sistemática de produção das normas jurídicas, bastando lembrar que aquela que poderíamos denominar de “norma fundamental dinâmica” limita-se em síntese a delegar a uma autoridade legisladora o poder de estabelecer outras normas válidas desde que criadas em conformidade com esta primeira prescrição, tal qual a Constituição dos Estados Modernos autoriza o estabelecimento de normas pelo legislador infraconstitucional a medida que concomitantemente estabelece um procedimento legislativo a ser respeitado por este mesmo legislador. Em suma, segundo o princípio dinâmico: *Uma norma pertence ao ordenamento jurídico de um Estado em*

particular, se foi criada pela forma determinada no processo legislativo fixado pela Constituição daquele Estado (KELSEN, 2006, p.219/221).

Assim, como a normativa específica de qualquer Estado, em última instância, é dinâmica e não vale por força de seu conteúdo, o que também implicaria a existência em tese de uma autoridade constituída (ainda por outra norma) como apta a “fixar conteúdos”, chegamos à gênese de uma das mais polêmicas assertivas de Kelsen:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito. (KELSEN, 2006, p.221, grifo nosso).

Em resumo, o critério final de validação do direito - que valeu ao autor a hostilidade e incompreensão de muitos dos teóricos contemporâneos - é puramente formal. Porém, não devido à mera opção caprichosa do ex-magistrado da Corte Constitucional de Viena, mas sim à coerência intra-sistemática da Teoria Pura, valor maior que Kelsen defendeu com maestria inigualável.

Vimos que a valoração ou “opção” por um determinado conteúdo – poucos hão de negá-lo – constitui manifestação subjetiva que, muito embora passível de exteriorização, não se submete a qualquer tipo de “controle” externo em razão da absoluta impossibilidade de ingerência direta no íntimo de terceiros, cuja vontade existe independentemente de qualquer consenso; ela apenas *é*. Ora, a Teoria Pura logo de início promoveu uma separação asséptica entre o ato de vontade e seu sentido (KELSEN, 2006, p.2/3), cindindo propositadamente as distintas esferas de realidade do *ser* e do *dever-ser*. Como poderia então encontrar no fundamento último de validade do direito (um sistema normativo que por excelência *deve-ser*) o ato subjetivo de uma vontade que mais do que tudo *é*?

De tal forma, avulta-se a inconsistência da conhecida “retórica anti-positivista” tão bem denunciada por Dimoulis, porquanto teses simplistas que retratam os adeptos desta escola jusfilosófica (e Kelsen em especial) como meros “(...) partidários de visões equivocadas que se preocupam com o “invólucro” das normas e não com o seu conteúdo” (DIMOULIS, 2006, p.45/46), atém-se à crítica superficial da consequência de um sistema, sem enfrentar porém o eventual equívoco ou correção do complexo problema teórico que lhe serve de base e que possibilita suas conclusões, a saber, a separação entre ser e dever-ser.

Doravante, afastadas algumas das críticas mais precipitadas, passaremos agora a analisar o conceito de Kelsen acerca do ordenamento (ou sistema) jurídico, bem como a noção de uma norma fundamental, duas conceituações de importância capital que se estabelecem como corolários da visão multilateral que a Teoria Pura desenvolve em torno da noção de validade já explicitada.

2.3 – O ordenamento jurídico

Aquela que denominamos anteriormente de validade-legitimidade, por condicionar a criação de uma norma aos ditames impostos por outra norma anterior e superior cujo sentido subjetivo indica que as prescrições determinadas pela autoridade legislativa devem ser interpretadas como tendo também um sentido objetivo, induz à idéia já vista de que nenhuma norma existe de forma isolada, posto que o dever-ser passa a depender sempre de outro dever-ser (KELSEN, 2006, p.216). Eis a gênese do conceito kelseniano de ordenamento jurídico: um sistema de normas estruturado segundo a disposição espacial de uma pirâmide, onde as normas superiores validam as inferiores.

Por óbvio que, a fim de não incidir em um regresso infinito, este sistema de normas somente pode existir sob a condição de um fundamento último de validade; um dever-ser que não depende de norma alguma porque o sentido subjetivo deste ato de vontade deve ser também tomado (ou ao menos pressuposto) como seu sentido objetivo. Este expediente de validação é constituído pela norma fundamental que, a toda evidência, mantém estreita relação com o conceito de sistema, porquanto lhe confere o ponto de recondução comum que permite correlacionar todas as normas de um determinado grupo.

Mas se é suficientemente conhecida a visão piramidal do sistema jurídico de Kelsen, cujo ápice é a norma fundamental, talvez o mesmo já não possa ser dito das dificuldades impostas por um conhecido vício de qualquer sistema jurídico: a possibilidade de conflito entre normas de graus diversos. À eventual divergência entre normas de um mesmo grau hierárquico, aplica-se quase que intuitivamente o princípio da *lex posterior derogat priori*, porém diante do conflito entabulado entre duas disposições de hierarquia diversa o intérprete não pode olvidar a problemática que advém da conjugação daquelas que denominamos anteriormente de validade-existência e validade-legitimidade.

Nesse sentido, se uma determinada norma X é criada em desacordo tanto com aspecto material quanto com o aspecto formal que a norma superior Y lhe prescreve a fim de garantir um sentido objetivo, esta norma X ou é (a) juridicamente inexistente em razão da

invalidez que vem macular o ato de sua criação, tornando-se incapaz de gerar qualquer efeito ou mesmo de ser objeto de um recurso ou outro processo tendente a anulá-la; ou (b) é juridicamente existente e passível enquanto tal de ser anulada; o que, no entanto, aparentemente contradiz a noção de que a validade se equipara sob um primeiro aspecto à existência da norma, tomada como dever-ser válido e vigente somente se criado em conformidade com o sistema composto pelas normas que lhe são anteriores e superiores.

Esta é a dificuldade que Kelsen enfrenta em dois casos específicos, a saber, o da sentença ilegal, que deve ser reapreciada por um tribunal em sede de recurso, e o da lei inconstitucional, objeto maior do controle concentrado criado pelo teórico (KELSEN, 2006, p.295/308).

Em ambos os casos a genial coerência do autor se mantém, porquanto o mesmo jamais abdica de equiparar a validade de uma norma à sua existência, sempre considerando que o dever-ser que “nasce” em desacordo com o sistema nem mesmo é uma norma. De início, portanto, a sentença ilegal e a lei inconstitucional serão igualmente válidas ou juridicamente existentes:

Mas uma “norma contrária às normas” é uma contradição em termos; e uma norma jurídica da qual se pudesse afirmar que ela não corresponde à norma que preside a sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida – seria nula, o quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica. O que é nulo não pode ser anulado (destruído) pela via do Direito. Anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é sentido. Algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em algo não acontecido. Anular uma norma significa, portanto, retirar de um ato que tem por sentido subjetivo uma norma, o sentido objetivo de uma norma. E isso significa por termo à validade desta norma através de outra norma. Se a ordem jurídica, por qualquer motivo, anula uma norma, tem de – como o mostrará a análise subsequente – considerar esta norma primeiramente como norma jurídica objetivamente válida, isto é, como norma jurídica conforme o Direito. (KELSEN, 2006, p.296, grifo nosso).

A solução que harmoniza esta afirmação com a assertiva anterior de que uma norma existe e é válida somente se criada em conformidade com o dever-ser anterior que lhe outorga um sentido objetivo, reside em considerar que órgãos de criação do direito como os parlamentos e os tribunais: *“(...) recebem da ordem jurídica poder para criar, ou uma norma jurídica individual, cujo conteúdo se encontra prefixado na norma jurídica geral, ou uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não encontra predeterminado mas é estabelecido por este mesmos órgãos (...)*” (KELSEN, 2006, p.298).

Em suma, Kelsen reconhece por meio de uma manobra engenhosa que todo dever-ser que prescreve a forma com que outra norma deve ser criada, implicitamente também reconhece (e até mesmo autoriza) que esta norma seja criada em desacordo com o procedimento proposto, limitando-se o ordenamento jurídico à possibilidade de prescrever que, nestes casos, a validade do dever-ser seja provisória e condicionada à eventual instauração de um processo (um recurso ou declaração de inconstitucionalidade) ao cabo do qual a mesma deve cessar por força da nova norma criada com o objetivo de anulá-la. Mesmo um tribunal que decide em última instância tem resguardada pela norma constitucional a possibilidade de que a corte decida em desacordo com as prescrições deste dever-ser maior, tendo como único diferencial o fato de que, nesta hipótese, o sistema não prevê o procedimento de anulação seja qual for a decisão – a validade desta é definitiva e não provisória (KELSEN, 2006, p.298).

O mesmo raciocínio é aplicado à hipótese da lei inconstitucional, justificando o caráter refratário da Teoria Pura à possibilidade de uma declaração de inconstitucionalidade com força retroativa:

As chamadas leis “inconstitucionais” são leis conformes à Constituição que, todavia, são anuláveis por um processo especial. Também nestes casos as determinações constitucionais que regulam a legiferação tem a natureza alternativa acima caracterizada, pelo que o órgão legislativo detém a possibilidade de opção entre duas vias: a determinada diretamente pela Constituição e a que há de ser determinada pelo próprio órgão legislativo. A diferença, contudo, reside em que as leis criadas pela segunda via, sendo embora válidas, são anuláveis por um processo especial. (KELSEN, 2006, p.304).

Daí advém também o modo particular com que Kelsen interpreta os direitos fundamentais como, por exemplo, a liberdade de imprensa e de opinião que são resguardadas por boa parte das Constituições dos Estados modernos. Estes direitos não constituem propriamente “proibições” impostas ao poder legislativo com fito de que o mesmo se abstenha de editar leis que contrariem as garantias fundamentais, mas objetivam apenas assegurar que *quando tais leis sejam postas em vigor* (e elas serão), possam as mesmas ser anuladas com fundamento em sua inconstitucionalidade, ao cabo de um procedimento especialmente previsto para tanto (KELSEN, 2006, p.157).

Deste modo, ante o estratagema kelseniano referente à possibilidade de toda norma prescrever/permitir/autorizar diretamente uma determinada conduta humana, bem como assegurar de forma concomitante e implícita a possibilidade da conduta oposta, não há que se

falar da “norma inválida” como um dever-ser criado em desacordo com a norma anterior que lhe outorga o sentido objetivo, porquanto o sistema jurídico também regulamenta a conduta oposta, “prevendo” a possibilidade de sua ocorrência.

No entanto, a inviabilidade do artifício de Kelsen é patente, em face da estrutura lógica de um juízo de valor que buscamos expor inicialmente. Segundo a síntese supra-referida de Miguel Reale (2002b, p.35), este juízo específico descreve justamente algo que *deve-ser* e não que inexoravelmente *tenha de ser*, o que fixa como nota característica de toda norma a possibilidade de seu descumprimento. Porém, quando passamos a admitir que esta norma prescreve/permite/autoriza uma determinada conduta, bem como o seu oposto, aquele a quem a norma se dirige jamais poderá desobedecê-la, posto que (paradoxalmente) até ao descumprir a norma estará dando-lhe cumprimento!

Ironicamente, o próprio Kelsen vem a consignar em sua Teoria Geral do Direito e do Estado que:

Não se exige que a conduta efetiva dos indivíduos esteja em conformidade absoluta com a ordem. Pelo contrário, deve ser possível certo antagonismo entre a ordem normativa e a conduta humana efetiva à qual se referem as regras. Sem tal possibilidade, uma ordem normativa seria completamente destituída de significado. (KELSEN, 1995, p.124, grifo nosso).

Assim, em que pese o prodigioso esforço de articular os conceitos de ordenamento e validade, não é por acaso que autores como Barzotto (2007, p.59), expressando posicionamento de que comungamos, consideram que o artifício do qual Kelsen se vale acaba anulando por completo o conceito de norma com que a Teoria Pura trabalha.

2.3.1 – A norma fundamental

A noção elementar de qualquer sistema pressupõe ao menos a consideração de um conjunto de elementos orientados para uma determinada finalidade ou um “ponto comum” com o qual todos possam se relacionar, o que confere unidade ao conjunto e, conseqüentemente, identifica todos os componentes não como um agrupamento esparso de objetos e sim como “membros de um mesmo grupo”.

Vimos como a abordagem que Kelsen desenvolve em torno da validade de uma norma pressupõe que esta, enquanto construção cultural, apenas subsiste com base no reconhecimento de terceiros que, por meio de um ato de vontade cujo sentido subjetivo consiste em atribuir à norma recém criada um sentido objetivo, “aceitam” interpretá-la como

uma norma válida. Em suma, todo dever-ser depende de outro dever-ser anterior e, por assim dizer, “superior” (KELSEN, 2006, p.216)

A norma fundamental não consiste senão no ponto de recondução final, que impede a cadeia de validação de prosseguir *ad infinitum*. Enquanto legitimação de um deve-ser, este limite por certo não pode residir no âmbito do mundo natural, apresentando-se, por conseguinte, sob a forma peculiar de um dever-ser cuja validade, no entanto, independe de qualquer outro juízo de valor, posto que seu sentido subjetivo é *pressuposto* também como um sentido objetivo (KELSEN, 2006, P.224).

Desta forma, a pergunta acerca do fundamento de validade de uma norma, bem como acerca da pertinência desta em relação a um determinado ordenamento, passa necessariamente por uma recondução à norma fundamental: “(...) *quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental.*” (KELSEN, 2006, p.222).

Esta base de todo e qualquer ordenamento, por óbvio, estrutura-se segundo um princípio dinâmico e puramente formal de validade, porquanto a eventual prevalência de um princípio estático implicaria a admissão de um conteúdo havido como imediato e evidente. Como este “querer” um determinado conteúdo não exclui a possibilidade do conteúdo contrário, representando apenas a opção de uma vontade que *é*, o mesmo não pode fundamentar uma ordem jurídica que em última instância *deve-ser*.

Daí a síntese oportuna da norma fundamental pressuposta como: “(...) *a regra [forma] básica de acordo com a qual devem ser criadas as normas do sistema.*” (KELSEN, 1995, p.118). Regra esta cuja mera possibilidade de sua positivação já remete à inviável existência de uma autoridade constituída ainda por outra norma como apta a positivar a norma fundamental, que com isso perderia sua qualidade de dever-ser primordial. Uma interessante analogia de Kelsen esclarece a questão:

Com efeito, uma ética teológica que considera Deus como a mais elevada instância legisladora não pode afirmar o fato de que qualquer outra pessoa ordenou que obedecemos à vontade de Deus. Esta seria na verdade uma autoridade supra-ordenada a Deus. E se a norma: devemos obedecer às ordens de Deus, é aceite como posta por Deus, não poderá ser fundamento de validade das normas postas por Deus, pois que também ela é uma norma posta por Deus. (...) A norma: devemos obedecer às ordens de Deus, não pode, portanto, como norma fundamental, ser o sentido subjetivo do ato de vontade de qualquer pessoa. Se, porém, a norma fundamental não pode ser o sentido subjetivo de um ato de vontade, então apenas pode ser o conteúdo de um ato de pensamento. Por outras palavras: se a norma fundamental não pode ser uma norma querida, mas sua afirmação na premissa maior de um silogismo é logicamente indispensável para a fundamentação da validade

objetiva das normas, ela apenas pode ser uma norma pensada. (KELSEN, 2006, p.226/227)

De igual maneira, a Constituição positivada de um determinado Estado pode a toda evidência derivar sua validade de uma Constituição anterior pela via da alteração constitucional prevista expressa ou implicitamente em seu sistema normativo, porém o regresso cronológico forçosamente deve ter limite em uma Constituição que é historicamente a primeira. O ato que estatui esta “regra” inicial enquanto Constituição não pode prescrever igualmente a norma segundo a qual “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve” (KELSEN, 2006, p.224), pois tal qual o exemplo anterior, uma prescrição desta natureza não seria nada mais que uma dentre várias normas constitucionais e, enquanto mera parte do todo, não se prestaria a fundamentar o conjunto.

Não que o ato de vontade cujo sentido é representado por esta primeira Constituição inexistia enquanto dever-ser. Este ainda apresenta-se como um juízo de valor que expressa o sentido real e concreto de um ato de vontade, mas um sentido exclusivamente subjetivo eis que ausente qualquer normativa anterior que lhe outorgue um sentido objetivo, muito embora o ato que estatui esta norma seja interpretado (pressuposto) pela maior parte dos indivíduos como vinculante, ou seja, como detentor de uma significação objetiva.

Tampouco Kelsen pretende sustentar que não exista qualquer ordenamento antes da primeira Constituição histórica. Primeiro porque, em última instância, a Teoria Pura mantém que a norma fundamental não permanece vinculada a um Estado determinado e sim ao sistema de normas internacionais que jurídico-positivamente reconhece o estabelecimento de Estados particulares, bem como as respectivas Constituições que lhe dão origem. A norma fundamental de Direito Internacional é que de fato representa o fundamento de vigência último, correspondendo ao cumprimento daquelas regras que costumeiramente vinculam o comportamento dos Estados entre si através da celebração de tratados e acordos - o que inclui o reconhecimento de novos Estados. Em resumo trata-se do princípio de que os acordos celebrados devem ser cumpridos: a pressuposição do *pacta sunt servanda* (KELSEN, 2006, 239/242).

Em segundo lugar, mesmo sob a ótica de um Estado específico, o positivismo kelseniano por certo avaliza a possibilidade de ordenamentos anteriores à Constituição primeira, bastando a ressalva de que mesmo com a mudança de um governo monárquico para uma república, por exemplo, pela via da revolução, a pressuposição fundamental simplesmente se altera, pois: “*Não é mais a norma segundo a qual a velha constituição*

monárquica era válida, mas uma norma segundo a qual a nova constituição republicana é válida, uma norma que investe o governo revolucionário de poder legal.” Sendo que “*Agora, é de acordo com essa nova ordem que a conduta dos indivíduos é considerada como sendo lícita ou ilícita.*” (KELSEN, 1995, p.123).

Por fim, resta perquirir a natureza desta norma fundamental seja enquanto pressuposto último do sistema internacional ou como norma de interpretação atinente à primeira Constituição histórica, duas hipóteses em que esta prescrição primordial interpreta como ato criador de direito respectivamente o costume e a elaboração de um estatuto constitucional que devem, em qualquer caso, ser *eficaz em termos globais* - algo particularmente problemático (KELSEN, 2006, p.235).

O ponto nevrálgico da questão reside menos na analogia com o criticismo kantiano, que permite a Kelsen equiparar a norma fundamental a uma condição de possibilidade do conhecimento jurídico enquanto *pressuposto lógico-transcendental* (KELSEN, 2006, p.225), do que na manutenção da separação inicialmente estabelecida entre ser e dever-ser. É fato que a norma fundamental, enquanto dever-ser, somente pode referir-se a outra norma ou sistema de normas, o que não implica senão conexionar um dever-ser a outro dever-ser. Porém, condicionar a referência da norma fundamental a um ordenamento *válido e eficaz*, entendendo como tal aquele que tem suas normas: “*(...) globalmente e em regra, aplicadas e observadas.*” (KELSEN, 2006, p.234), significa atrelar toda a esfera das prescrições de dever-ser à ocorrência fática (ser) do ordenamento ser ou não aplicado. Em última instância, o dever-ser passa a depender daquilo que é!

Aqui reside a invariável fratura do sistema, que Kelsen tenta contornar por meio de uma conceituação bastante paradoxal:

A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe [ato de vontade], se não identifica com este ato, assim a validade do dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição de validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. (KELSEN, 2009, p.236)

Esta tentativa derradeira de dissociar a validade do dever-ser de sua eficácia na ordem do ser, se não acaba por obliterar a separação entre ser e dever-ser ao menos fragiliza

sobremaneira suas bases, porquanto a eficácia global do ordenamento ainda permanece, incompreensivelmente, como condição necessária (muito embora não suficiente) de validade. Em suma, antes de avaliar, por exemplo, se a norma imposta por um governo revolucionário é válida, o intérprete deve primeiro dirigir-se ao plano dos fatos (ser) a fim de investigar se ela é respeitada e aplicada para, somente então, questionar sua validade. Porém, se os indivíduos de fato já se conduzem segundo prescrições reconhecidas como vinculantes, forçoso admitir que estas já *existem* enquanto dever-ser e, portanto, são válidas, a medida que Kelsen também equipara a validade à existência.

Ao final a circularidade que envolve o sistema nos parece inevitável, pois neste diapasão a norma fundamental é válida desde que seja eficaz, ao passo que é eficaz somente quando já é válida, ou seja, conforme o princípio da validade-existência, quando já existe enquanto dever-ser que regulamenta a conduta de determinados indivíduos. Dessa forma, a Teoria Pura jamais consegue recepcionar adequadamente o postulado descritivo da eficácia – a máxima quase instintiva segundo a qual “(...) *não se considera como válida uma norma que nunca é observada e aplicada.*” (KELSEN, 2006, p.237).

Oportuna, portanto, a conclusão de Losano no prefácio de *O problema da Justiça* de Kelsen, salientando que, depois de construir toda uma estrutura hierárquica calcada na distinção entre o mundo do ser e do dever-ser: “(...) *a teoria pura do direito encontra-se diante de uma dificuldade: a coerência com seu pressuposto metodológico é inconciliável com a realidade jurídica que ela quer descrever.*” (KELSEN, 1998, p.19).

2.4 – Avaliação Crítica

Que dizer de um clássico como a Teoria Pura do Direito que já não tenha sido dito? Quando muito poderemos pagar nosso tributo ao gênio de Kelsen reafirmando a assertiva de Losano acerca deste monumento positivista: se a controvérsia que pesa sob o “início” e o “fim” do sistema (a eficácia e a norma fundamental) não lhe permite apreender por completo a realidade jurídica, o fato é que o corpo central da *magnum opus* do professor de Viena constitui uma das mais refinadas e atuais análises da estrutura conhecida dos ordenamentos jurídicos em geral (KELSEN, 1998, p.21).

Objetivando cumprir o programa proposto, pretendemos apenas destacar a relevância que o binômio ser/dever-ser adquire no pensamento do teórico. Se a problemática em questão se encontra na base de praticamente todos os pontos de conflito que constam da fundamentação exposta anteriormente, tal fato não demonstra senão a permanente

preocupação de Kelsen com este dilema, bem como sua convicção mais recôndita de que uma adequada compreensão do Direito depende de elucidarmos satisfatoriamente as relações entre natureza e cultura.

Como consta de um excerto datado de 1947:

Um dos problemas mais difíceis de teoria do direito – mesmo que até agora nunca tenha sido formulado claramente por falta de fundamentação metodológica – consiste desde sempre em saber como o sentido indubitavelmente normativo por meio do qual o ordenamento jurídico se refere ao comportamento humano regulado por ele pode ser ligado ao fato igualmente indubitável de que um acontecimento factual que corresponde até certo grau a esse ordenamento jurídico constitui a única condição mediante a qual se pode falar de um ordenamento jurídico válido como *dever-ser*. É o problema da relação entre *ser* e *dever-ser* no conceito de direito. Quando descrevo o direito como norma e sua forma de existência como *dever-ser*, e, conseqüentemente, promovo uma separação asséptica entre a ciência normativa do direito e a sociologia, voltada para a explicação do *ser*, nunca perco de vista a relação entre o conteúdo de um ordenamento jurídico válido e o conteúdo do *ser* social que lhe corresponde. (KELSEN, 2011, p.29/30)

Tal passagem da autobiografia do teórico destaca também aquela que entendemos como a maior tensão de seu pensamento: a dialética entre uma apreciação estanque do real oriunda da herança neokantiana que insiste em manter a cisão entre *ser* e *dever-ser*, contraposta à noção quase instintiva de que a validade do Direito depende em primeiro lugar de que os indivíduos *de fato* se conduzam conforme as normas, porquanto: “(...) *não se considera como válida uma norma que nunca é observada e aplicada.*” (KELSEN, 2006, p.237).

Porém, ao admitir a eficácia como condição necessária ainda que não suficiente do ordenamento (KELSEN, 2006, p.236), Kelsen indiretamente vincula todo o espectro do *dever-ser* ao contexto fático da ordem do *ser*, a medida que a Teoria Pura somente permite aferir a validade de uma norma ou de um sistema normativo *já eficaz*, assim como a validade da Constituição imposta por um governo revolucionário, por exemplo, depende primeiramente *do fato* de que esta nova organização política seja eficaz. Em resumo, a aferição da validade da estrutura jurídica vem sempre em segundo plano, caudatária do contexto fático, o que, a nosso ver, torna insustentável o postulado maior de que algo que *é* não pode *dever-ser* (KELSEN, 2006, p.216).

Por sua vez, a equiparação entre a validade da norma e sua existência enquanto *dever-ser* – corolário natural da interpretação que transforma natureza e cultura em esferas independentes - apenas torna a questão ainda mais problemática, tendo em vista que a Teoria

Pura enfrenta com dificuldades o “paradoxo” da norma inválida, bem como passa a ter que lidar com o argumento vicioso de que se a norma é válida sob a condição de ser eficaz, deve concomitantemente ser eficaz somente quando já é válida, uma vez que a obediência ao dever-ser no plano fático não significa senão que certos indivíduos já consideram esta prescrição como uma norma existente e, portanto, válida.

A própria estrutura lógica do juízo de valor parece em certo momento também querer se rebelar contra o postulado separatista de Kelsen, pois se algo que *deve-ser* não necessariamente *tem que ser*, o mesmo deve ao menos poder *vir a ser*, posto que uma ordem jurídica (dever-ser) que jamais pudesse em certa medida impor condutas (vir a ser) no plano fático seria igualmente ineficaz:

O que necessariamente acontece sob as leis da natureza não tem de ser prescrito por normas: a norma fundamental de uma ordem social à qual se conforma, sempre e sem exceções, a conduta dos indivíduos seria a seguinte: “Os homens devem se conduzir como efetivamente se conduzem” ou “você deve fazer o que efetivamente faz”. Tal ordem teria tanto sentido quanto uma ordem à qual a conduta humana não se conformasse de modo algum, mas que a contrariasse sempre e em todos os aspectos. Por conseguinte, uma ordem normativa perde sua validade quando a realidade não mais corresponde a ela, pelo menos em certo grau. A validade de uma ordem jurídica depende, desse modo, de sua concordância com a realidade, da sua “eficácia”. A relação que existe entre a validade e eficácia de uma ordem jurídica – por assim dizer, a tensão existente entre o “dever-ser” e o “ser” – pode ser determinada apenas por um limite superior e inferior. A concordância não deve nem exceder um limite máximo, nem cair abaixo de um limite mínimo. (KELSEN, 1995, p.124/125, grifo nosso).

No entanto, certas passagens como o excerto anterior denotam que o autor sempre se manteve consciente acerca dos limites de seu postulado, o que nos permite concluir que, para um positivista de escol como Kelsen, a descrição das relações entre natureza e cultura ainda encontrava na separação entre ser e dever-ser sua caracterização mais adequada, não obstante a conexão inevitável.

Ao final, se o teórico não logrou estruturar uma Teoria do Direito integralmente *pura*, o mestre de Viena ainda assim obteve em parte seu intento, chegando talvez ao máximo de objetividade que a Ciência do Direito poderia jamais aspirar. Para além deste limite, considerando que a relação entre validade e eficácia coincide com a relação entre direito e força, o jovem Kelsen já profetizava em 1927 acerca do destino daquele que ousasse “cruzar o abismo”. Nos limites do dever-ser este “infeliz” pesquisador: “(...) encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem

levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder.” (KELSEN, 1998, p.20)

CAPÍTULO III – HERVADA E O DIREITO NATURAL

3.1 – O autor e sua obra

Aqueles que desconhecem o trabalho científico de Javier Hervada nos campos da Filosofia do Direito e do Direito Canônico encontrarão no sítio eletrônico da Universidade de Navarra, na Espanha, (HERVADA, 2011) uma primeira fonte de informações básicas sobre o autor. Lá descobrirão que o mesmo, cujo nome completo é Francisco Javier Hervada Xiberta, atualmente é professor honorário e catedrático emérito daquela Universidade, responsável pelas disciplinas de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito Canônico junto às Faculdades de Direito e de Direito Canônico respectivamente.

No que tange aos dados pessoais, consta da mesma fonte que o jurista espanhol, hoje com 77 anos, nasceu em Barcelona aos 7 de Fevereiro de 1934. A formação superior adveio da licenciatura em Direito cursada entre os anos de 1951 e 1956 na Universidade de Barcelona e foi, posteriormente, complementada em 1958 pelo Doutorado em Direito obtido junto a então Universidade Central da capital, atual Universidade Complutense de Madrid.

A relevância do trabalho acadêmico do professor Hervada foi reconhecida principalmente pela outorga, em 1962, do título de Doutor em Direito Canônico pela Universidade de Navarra, em reconhecimento aos trabalhos do autor no campo da jurisprudência eclesiástica, bem como pelo título de Doutor Honoris Causa conferido pela Pontificia Università della Santa Croce em Roma, em novembro de 2002.

Por fim, a par dos cargos acadêmicos ocupados ao longo de extensa atividade docente que culminou na produção de uma obra científica composta por trinta e três livros e mais de noventa artigos, Hervada também foi diretor responsável pela publicação de diversos periódicos científicos como *Persona y Derecho* (1974/1992) e seus suplementos *Humana Iura* (1992) e *Fidelium Iura* (1993), bem como coordenou o CERSIP – *Centro de Estudios sobre la responsabilidad Social de La Iniciativa Privada* (1976-1980) e sua divisão sobre direitos humanos e direito natural.

No entanto, é fato que a obra do eminente canonista ainda permanece relativamente desconhecida no Brasil, haja vista que a primeira edição nacional de suas *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*, por exemplo, conta apenas com pouco mais de três anos desde seu lançamento em 2008 pela editora Martins Fontes, com tradução de Elza Maria Gasparotto e prefácio de Gilberto Callado de Oliveira.

A crítica séria e isenta que um trabalho científico de vulto como a proposta de Hervada demanda, dificilmente haveria de frutificar em um intervalo tão breve, pelo que o presente trabalho, se intenta primordialmente pôr em relevo as nuances teóricas da relação entre o ser e o dever-ser no âmbito jurídico, também visa por via de consequência ofertar uma pequena contribuição ao estudo desta nova e vibrante releitura contemporânea do jusnaturalismo clássico.

Nesse sentido, algumas desmistificações são necessárias em razão da esfera de especialização do doutrinador espanhol, qual seja, o já citado campo do Direito Canônico. Aqui, como em tantos outros pontos, aquelas que denominaremos doravante de as “Releituras” (IVARS, 2008, 2009a, 2009b) de Javier Escrivá Ivars, advogado e catedrático da Universidade de Valência, mostrar-se-ão como uma substancial fonte de esclarecimentos, porquanto seus três volumes, editados pela Universidade de Navarra, versam precisamente sobre os diálogos mantidos entre o autor e o próprio Hervada, com o objetivo de revisitar toda a trajetória do canonista.

Consta da transcrição destas conversações que, considerando a existência de canonistas clérigos que se dedicam ao estudo do Direito Canônico como um Ministério Eclesiástico, o próprio entrevistado julgou prudente direcionar a conversa logo de início no sentido de uma advertência basilar: tal *não* é o caso de Hervada. A formação do professor de Navarra corresponde acima de tudo àquela de um jurista laico (ou “secular” como prefere o autor), cuja graduação em Direito foi dedicada ao estudo do sistema jurídico-positivo do Estado Espanhol juntamente com tradicionais disciplinas formativas, a exemplo da História do Direito, do Direito Romano, da Economia Política e da Filosofia do Direito (IVARS, 2008, p.18/19).

De tal maneira, com fito de antecipar as objeções daqueles que por ventura já esperam sistematizações teológicas, vale insistir na ressalva: Hervada não é um clérigo com interesses esporádicos pelo direito secular, o autor é fundamentalmente um jurista especializado (isso sim) no Direito Canônico, com o qual o mesmo busca trabalhar segundo os mais estritos princípios teóricos e metodológicos da ciência do direito.

A dedicação à canonística, portanto, vem somente em um segundo momento, precedida sempre pela sobredita personalidade jurídica cunhada em um setor: “(...) *do que se convencionou chamar sistema jurídico continental europeu, para distingui-lo do sistema anglo-saxão*” (IVARS, 2008, p.19, tradução nossa). Ademais, posto que esta ancestral configuração continental sofreu forte influência (hoje talvez pouco perceptível) do *utrumque ius*, o “direito comum” romano-canônico, constitui algo não muito extraordinário que um

jurista formado na condição de herdeiro deste sistema opte justamente por defrontar-se com ambas as tradições, quiçá como forma de investigar cientificamente as bases de seu próprio contexto jurídico.

Não por acaso Hervada também dedica uma parte significativa de sua produção ao Direito Romano e, mais especificamente, à problemática em torno do Direito Natural, conforme o desenvolvimento que lhe deram os gregos e, posteriormente, os pretores e magistrados do império de César. E ainda que o próprio doutrinador reconheça (IVARS, 2009^a, p.551) que a jurisprudência romana surge em seus trabalhos iniciais por simples “osmose” dos canonistas em geral, que mantêm vivo muito da prática clássica, o foco do presente trabalho objetiva incidir tão somente sobre este Hervada jurista e jusnaturalista.

A opção se justifica em razão da posição crítica e original que o teórico rapidamente assume em relação a seus pares, buscando desconstruir uma interpretação que desde a muito tende a considerar as linhas mestras com que Aristóteles e os romanos compreendiam o Direito Natural a partir de concepções cunhadas pelo jusnaturalismo moderno de Thomasius, Pufendorf e Wolf, autores que engendraram a perspectiva do *ius naturae* como um sistema absoluto de normas racionais que não mantêm qualquer relação direta com o direito positivo e pode ser, até certo ponto, oposto a ele (HERVADA, 2008, p.25). Ocorre que, segundo Hervada (IVARS, 2009^a, p.552), este anacronismo é insustentável, porquanto obscurece a significativa ruptura que a modernidade impõe em relação ao caráter fundamentalmente pragmático da jurisprudência clássica, marcada pela noção de que tanto o direito positivo quanto o direito natural correspondem a elementos complementares de – eis a questão - um único sistema jurídico.

Somente o arraigado vício de compreensão anteriormente referido poderia induzir à insustentável assertiva tão contemporânea de que o Direito, tal como concebido por Kelsen, por exemplo, seria passível de uma sistematização restrita ao plano cultural, ignorando que o mesmo nasce do e para o plano fático do ser.

Neste diapasão, salutar a consideração do interlocutor de Ivars:

Creio honestamente que a minha contribuição na esfera do direito natural não é a de um inovador e sim a de um modesto restaurador. A confusão referida pode ser já detectada, ao menos em certos aspectos, a partir do século XVIII (que talvez poderíamos adiantar aos últimos anos do século XVII) com a Escola Moderna de Direito Natural, mas se consuma com Kant e, em nossos dias, já constitui algo generalizado. No entanto, esta não corresponde à forma de entender o direito natural desde Aristóteles e os juristas romanos até o século anteriormente mencionado. Me refiro ao que chamam comumente de tradição clássica que, se praticamente desaparece na

ciência jurídica secular, mantém-se com os canonistas (os quais em razão de sua decadência não influenciaram em nada a ciência jurídica secular e tampouco a filosofia jurídica, mesmo em sua vertente de inspiração escolástica). Diante deste estado de coisas, o que pretendi foi contribuir com a restauração da tradição clássica do direito natural no âmbito da ciência jurídica secular e da filosofia do direito. (IVARS, 2009^a, p. 553, tradução nossa).

É imbuído deste espírito de renovação que Hervada se propõe a empreender uma sistematização teórica daquele jusnaturalismo extremamente prático da antiguidade, de forma a reforçar a estrutura científica que São Tomás de Aquino em especial logrou conferir-lhe. Tanto, que em discurso proferido quando da outorga do título de Doutor *honoris causa* pela Pontifica Università della Santa Croce, posteriormente publicado sob o sugestivo título de *Confissões de um Canonista*, o doutrinador enfatiza particularmente a influência do doutor angélico: “Sou tomista até a medula, de pura cepa, e sigo a teoria do direito do Aquinate sem as variações introduzidas pelo neotomismo” (HERVADA, 2002, p.65, tradução nossa).

De todo modo, a conversão ao jusnaturalismo ou “realismo” jurídico clássico não foi isenta de dificuldades, completando-se apenas em 1979, período descrito (IVARS, 2009^a, p.576) como aquele em que Hervada finalmente compreendeu de que maneira a “coisa justa” (*res iusta*) que o Aquinate toma dos antigos não se confunde com a lei/norma, bem como também descobriu que a rígida distinção entre Direito e Justiça não pode ser tomada integralmente como conquista da era moderna.

A partir daí, surge a necessidade que explica o nascimento das *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*, a exposição mais didática e consistente de todo o seu sistema. Um excerto das Releituras de Ivars merece transcrição, a medida que o mesmo, não obstante sua extensão, expõe um claro panorama acerca dos objetivos do autor nesta peculiar sistematização de uma teoria cuja novidade consiste “paradoxalmente” em sua antiguidade:

Eu estava acostumado ao fato de que as distintas teorias do direito e da justiça contavam sempre com uma monografia, um manual ou uma série de estudos que permitiam uma visão completa dessas teorias. A título de simples exemplos, elencaria o pensamento kelseniano exposto na conhecida *Teoria Pura do Direito*, Rawls que compôs sua *Teoria da Justiça*, de Hart temos *O Conceito de Direito*, de Ross possuímos *Sobre o Direito e a Justiça*, de Reale – entre outras obras – a *Introdução ao Direito*, de Kantorowicz *A Definição do Direito* e assim sucessivamente; os exemplos poderiam multiplicar-se. Cada corrente de teoria sobre o direito e a justiça conta com uma suficiente exposição em livros como aqueles citados ou em tratados ou manuais de filosofia do direito. De nada parecido dispunha o realismo jurídico clássico, como já busquei destacar. Esta situação me pareceu anômala e por isso impus a mim mesmo a tarefa de remediá-la na medida de

minhas modestas forças. Certamente modestas, mas que ainda assim traria atrás de si uma tradição de filósofos e juristas, como Aristóteles, os juristas romanos, Tomás de Aquino, sobre os quais eu poderia apoiar-me de forma a suprir minhas deficiências. Ademais, encontrei-me em uma situação paradoxal: a teoria que busquei desenvolver era clássica, mas pelas razões históricas já assinaladas acabaria por aparecer com um toque de novidade a chocar com o positivismo e o normativismo tão em voga. Nestas condições me lancei à tarefa. Claro que, para tanto, estava condicionado por compromissos editoriais aos quais tive que me acomodar; somente as *Lições Propedêuticas* foram compostas sem a imposição de qualquer diretriz que não aquela de confeccionar um manual para meus alunos. (IVARS, 2009^a, p.581, tradução nossa).

Ao final, insta salientar que, suspenso qualquer juízo acerca do mérito da proposta, o fato é que poucos se encontravam tão preparados quanto Hervada para a consecução de uma empreitada desta ordem, porquanto mesmo a formação básica do teórico foi igualmente marcada pelo contexto cultural do sistema romano-canônico da Europa continental. Basta considerar, a título de exemplo, que dos 10 aos 17 anos Hervada já cursava aulas de Latim, disciplina obrigatória no segundo grau do Colégio de San Antonio Abad de los PP Escolapios de Barcelona, destacando-se como tradutor de Julio Cesar e Cícero (IVARS, 2008, p.43).

Como não bastasse, o ensino das letras clássicas desde então foi também complementado pelas aulas e estudos de filosofia, mais especificamente nos campos da metafísica, da lógica e da ética, que engendraram a gênese do contato do jovem estudante com o tomismo, bem como possibilitaram o curioso registro de um inominado professor cuja obstinada tentativa de ensinar aos alunos a “contradição” inerente aos juízos sintéticos a priori de Kant marcaria para sempre as lembranças do teórico (IVARS, 2008, p.44).

Em suma, este é o autor – o jurista e jusnaturalista – que analisaremos a seguir, partindo da edição brasileira das *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito* (HERVADA, 2008) como o referencial teórico principal de sua abordagem acerca do realismo jurídico clássico. A título de complemento, nos valeremos também sempre que necessário do extremamente prático *O que é o Direito? A moderna resposta do realismo jurídico* (HERVADA, 2006), um opúsculo que, lançado originalmente em uma edição posterior às *Lições*, representa apenas a editoração de um guia de estudos rascunhado muito antes deste último trabalho (IVARS, 2009^a, p.627).

3.2 – A Justiça e o ofício do jurista

A par da polissemia inerente ao termo, o conceito de Justiça, tão fundamental ao pensamento do Hervada, não pode ser compreendido senão a partir da perspectiva realista no interior da qual o autor busca situá-lo. Nesse diapasão, cumpre delimitar inicialmente de que forma o professor de Navarra classifica-se como um realista no campo da Filosofia do Direito.

Quanto a este ponto, o mesmo esclarece a certa altura das Releituras que: “*Eu sou realista no sentido de que não parto de uma idéia, de uma filosofia ou de uma ideologia como é tão comum. Meu ponto de partida é a realidade (...)*” (IVARS, 2009^a, p.586, tradução nossa). Esta assertiva deveras significativa obviamente já estabelece por si só a oposição integral ao subjetivismo de Kant e, conseqüentemente, de Kelsen, haja vista a maneira com que este último particularmente se mantém - em clara oposição - restrito àquele que denominamos antes de plano cultural das construções humanas; o dever-ser descrito ao longo da exposição do capítulo II.

Hervada, de outro ângulo, sintetiza no excerto em questão a base ou princípio de seu pensamento, calcado no postulado condicionante de que toda e qualquer teorização, ou seja, cada uma das construções que o gênio humano logra estabelecer no plano cultural, adquire um caráter meramente secundário quando confrontada com a estrutura da realidade no plano fático (ser), porquanto este naturalmente há de prevalecer em caso de conflito, funcionando como um juiz impiedoso que anula toda e qualquer reflexão que se furte a laborar com aquilo que é.

De todo modo, defensores do normativismo contemporâneo de cariz kelseniano poderiam objetar ainda assim que no caso do fenômeno jurídico em particular este não pode ser apreendido senão intelectualmente, o que, se não demonstra, ao menos reforça sobremaneira a tese de uma origem puramente cultural do Direito. Porém, Hervada mantém (HERVADA, 2006, p.16) que o dever-ser abstrato constitui apenas o pálido reflexo de uma situação real e determinada, a saber, aquele aspecto do plano fático que corresponde à constatação fundamental de que a realidade é composta por coisas (materiais e imateriais) que se encontram naturalmente repartidas entre os diferentes sujeitos, impondo *necessariamente* que nem tudo é de todos (HERVADA, 2008, p.57).

Esta importante consideração vem assim descrita na edição do opúsculo que resultou dos rascunhos de seu guia de estudos:

Alguns afirmaram que esse fenômeno consiste, sim, na *escassez das coisas*, que faz com que os homens as disputem, ou que haja necessidade de designá-las a certas pessoas e não outras. Mas essa posição não nos parece correta. Por exemplo, mesmo que houvesse superabundância de alimentos e todos pudessem pegar o quanto quisessem, cada homem se *apropriaria* [de fato, somente] de uma determinada quantidade – logo, os alimentos estariam distribuídos – o fato de ninguém disputar sua parte indica unicamente que não haveria brigas e, no plano geral das coisas, quer dizer que os tribunais não existiriam, assim como não existiriam os advogados etc.(...) Em outros termos, o homem é finito e a sociedade humana implica uma divisão de funções e tarefas (nem todos podem ser ao mesmo tempo Chefe de Estado, governador, coronel, juiz, padeiro, encanador etc.). A vida humana exige que as coisas – bens, funções, obrigações etc. – estejam repartidas e, conseqüentemente, atribuídas a diferentes sujeitos; é de onde nasce o meu, o seu, o dele. (HERVADA, 2006, p.16/17)

No entanto, se partindo do princípio de que nem tudo é de todos (corolário do fato primordial e “expeiciável” da separação das coisas) surge o “meu, o seu e o dele”, também surge igualmente a necessidade de determinar com precisão, ante eventuais conflitos, exatamente o que é o meu, o que é o seu e o que é o dele, de modo a cumprir com a repartição que a natureza social da vida humana exige. Atender a esta necessidade foi desde sempre o ofício de juízes, advogados, notários, doutrinadores, etc. Em uma palavra, foi e ainda hoje é o ofício dos *juristas* (HERVADA, 2008, p.53).

Logo, como esta repartição das coisas apresenta-se como uma necessidade fática fundamental na vida do homem, um *ser* para falar com Kelsen, insta salientar igualmente que, segundo Hervada, o jurista jamais supriria esta exigência natural de distribuição simplesmente *conhecendo* o “seu de cada um” e sim quando, concomitantemente, se preste a *efetivar* a distribuição na realidade, de tal modo que a cada um seja *de fato* entregue aquilo que é seu. O intérprete logo encontra aqui uma velada crítica à pureza metódica de Kelsen, cuja abordagem eminentemente descritiva do fenômeno jurídico acaba por afastar a noção de que o conhecimento do Direito enquanto tal: “(...) *não se trata de saber por saber, mas de saber para fazer, para agir – ciência prática*”. (HERVADA, 2008, p.54, grifo nosso).

Ademais, ante a concepção do ofício do jurista como a atividade daquele que se dedica a analisar a distribuição de objetos e funções sob a perspectiva do cumprimento ou da satisfação desta, infere-se que em última instância não compete ao mesmo “criar” a repartição, até porque esta de início já lhe é posta em parte pela própria natureza. Ao jurista compete a função mais restrita, porém não menos importante, de *identificar* a distribuição e mantê-la, até mesmo sob o uso da força se necessário. Releva notar que a alteração parcial da repartição em si não se afigura de todo impossível, desde que se compreenda a distinção

metodológica de que esta mudança constitui por excelência o papel dos políticos e já não mais dos juristas (HERVADA, 2006, p.129).

Doravante, não por acaso o jurista é descrito pelo professor de Navarra como o *técnico da justiça* (HERVADA, 2006, p.10) sem que isso signifique qualquer idealismo de sua parte, porquanto aqui não se faz referência alguma ao justo como aquele ideal que a diversificação dos tratados de filosofia e política da modernidade transformou em um valor evanescente capaz de desafiar as mais rigorosas tentativas de enquadramento teórico. Aqui, aflora o viés pragmático do Hervada romanista que encontra entre os jurisconsultos de César uma ancestral definição cuja simplicidade reconhece a justiça exatamente na arte de determinar aquilo que compete a cada qual:

A justiça dos juristas romanos – a justiça em sentido clássico – é uma justiça realista. Não é uma idéia, nem um ideal – arraigado portanto no intelecto, na razão -, mas uma virtude da vontade. Essa é a clássica definição de Ulpiano, contida em D.1,1,10: “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.” A constante e perpétua vontade de dar a cada um seu direito. A justiça é uma qualidade da vontade consistente em um hábito – constância e perpetuidade -, algo totalmente alheio a ser idéia ou ideal. E o que quer a vontade justa? O que quer é dar a cada um seu direito. Não um ideal, mas o direito concreto e real de cada um, o que cabe às pessoas nas relações jurídicas (...) A descrição romana do ofício de jurista – que aceitamos como correta – está longe de ser pretensiosa, porque a justiça da qual fala não é nenhum ideal social ou político, e sim a modesta justiça realista, a que faz com que proferir sentença seja designado “fazer justiça”, que recorrer aos tribunais seja designado “recorrer à justiça”, etc. (HERVADA, 2008, p.56)

A definição de fato encontra-se em perfeita adequação com as constatações iniciais do autor, posto que a justiça e o justo não são equiparados senão ao “seu” de cada um, que compete ao jurista conhecer e determinar no exercício de um ofício por isso descrito, adequadamente, como a técnica ou arte da justiça.

A plausibilidade da sinonímia é reforçada pela interpretação conjunta da definição em questão com outra célebre prescrição do Digesto: “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” a significar que “estes são os preceitos do direito: viver honestamente, não prejudicar o próximo e dar a cada um o seu” (HERVADA, 2008, p.57). Ora, o sutil acréscimo do mandamento de Ulpiano, que alude, praticamente sem qualquer alteração de significado, ao *ius suum cuique tribuendi* e não meramente ao *suum cuique tribuendi*, torna claro que determinar o justo não consiste senão em determinar o seu (*suum*) de cada um.

Ademais, lembrando a conceituação que Kelsen estabelece acerca da norma jurídica como o *sentido* de um ato de vontade distinto do ato em si, que por sua vez permanece afeito ao plano fático em razão da vontade que *é* e não que *deve-ser* (KELSEN, 2006, p.2); podemos identificar o esforço que Hervada depreende na tentativa de situar-se de maneira intencional e definitiva no pólo oposto, entendendo a justiça acima de tudo (e a expressão vem mesmo do original de Ulpiano) como a *vontade* constante e perpétua de dar a cada um o que é seu. Desta forma, o direito enquanto ciência prática pressupõe sim o conhecimento racional como condição necessária, mas não suficiente, posto que o justo se efetiva com a vontade ou o exercício da ação, não encontrando fundamento enquanto tal senão no plano do *ser* (HERVADA, 2008, p.58).

Por fim, relativamente a este conceito clássico, resta ainda analisar a antecedência do direito em relação à justiça descrita nestas linhas. Afinal, se os juristas como os advogados, os juízes e os cartorários exercem seu ofício identificando e determinando à sua maneira o justo de cada um, é fato que todos estes experts pressupõem a existência de uma distribuição prévia das coisas, pelo que vale retomar a ressalva de que mesmo os juízes, juristas por excelência, não atribuem algo a alguém no sentido de *criar* esta conexão. Em verdade, a pretensão dos magistrados, tal qual a das demais funções direta ou indiretamente relacionadas à judicatura, corresponde à “devolução” de algo que já se encontrava atribuído àquela pessoa e que, não estando em sua esfera de domínio, lhe era, portanto, devido.

Esta distinção capital denota o equívoco daqueles que tomam por uma conquista da modernidade a separação entre direito e justiça, porquanto a clara independência entre os conceitos já se afigura nítida mesmo na antiguidade clássica. Nesses termos:

A proposição mencionada é a seguinte: *a justiça sucede ao direito*, não o antecede, é posterior a ele, no sentido de que age em relação ao direito existente. Por que essa proposição é evidente por si só? Pelo motivo de toda proposição ser evidente: porque está contida na fórmula da justiça. Se a justiça é a virtude de dar a cada um o que é seu, seu direito, para que possa agir é preciso que exista o seu de alguém, seu direito; do contrário, como dar o seu, seu direito? Daria outra coisa. Portanto, onde não há um direito existente a justiça não é invocável. (HERVADA, 2006, p.25)

Resta saber como então conceituar o direito, termo este tão polissêmico aos olhos da contemporaneidade quanto a justiça. Hervada, como não poderia deixar de ser, busca uma definição realista que agora é encontrada menos na jurisprudência romana do que nas objetivas diagramações da escolástica de Tomás de Aquino, partindo, mais especificamente, de uma passagem da *Summa Theologica* onde o frade de Roccasecca elenca que as diversas

acepções do termo direito – a arte de discernir o justo, o local onde se exerce esta arte, etc. – decorrem de derivações e analogias construídas a partir de um significado primário, qual seja, aquele da *ipsa res iusta*, a própria coisa justa (HERVADA, 2008, p.125).

Como é notório, o conceito em tela já pretende estabelecer uma evidente distinção entre os termos direito e lei, a medida que o primeiro vem compreendido como a coisa justa (o objeto ou a função) já atribuída a alguém e o segundo, nos termos da própria lição do Aquinate comentada por Hervada, “(...) não é o próprio direito – *ipsum ius* -, mas certa regra ou medida – *ratio* - do direito. O direito é então, o justo, isto é o *suum* (*ipsa res iusta* ou coisa justa) das definições romanas de justiça”. (HERVADA, 2008, P.126).

Tampouco a equivalência entre o direito e o justo é acidental. O seu de cada um, o justo e o direito enquanto *res* justa correspondem a três expressões perfeitamente equivalentes no pensamento do espanhol, sendo correta a descrição do direito como *o objeto da justiça*, posto que esta deve dar a cada um o que é seu e este “seu” somente pode corresponder aquele objeto ou função que já se encontra atribuída à um sujeito segundo uma regra (a lei) que, por sua vez, não se confunde com a coisa que é atribuída e que corporifica, esta sim, o direito do devedor. (HERVADA, 2008, p.137).

Ademais, a acepção do direito como a *res* sobre a qual incide a justiça (a “coisa” a toda evidência concreta e determinada) denota a oposição frontal de Hervada à noção atualmente tão difundida do *direito subjetivo*, compreendido enquanto faculdade moral de perseguir judicialmente uma determinada pretensão. Basta lembrar que enquanto Kelsen (2006, p.193) afirmava que o conceito jurídico de pessoa física não corresponde diretamente àquele ser humano concreto e determinado que tem direitos e deveres, mas sim ao *conjunto de prescrições normativas* que tem por conteúdo a conduta deste indivíduo, outros normativistas contemporâneos freqüentemente desenvolvem o argumento de que a *res* constitui quando muito o *objeto do direito*, a exemplo do imóvel “sobre o qual” incide o direito de propriedade ou o carro “sobre o qual” incide o direito de uso em decorrência da locação.

Ocorre que Hervada pretende justamente declarar a insuficiência desta abordagem que, segundo seus estudos (HERVADA, 2008, p.163/167), remonta ao nominalismo do frade Guilherme de Ockham. A fim de justificar a pobreza extrema imposta pelos votos dos franciscanos, o teórico argumentava já no século XIV que mesmo o uso que estes faziam dos bens necessários à subsistência não implicava o *direito* sobre estes bens, porquanto os seguidores de São Francisco de Assis careciam de *ius fori*, a capacidade de vindicar e defender algo no foro, sem a qual todo e qualquer direito em sentido estrito seria

incompreensível, possibilitando apenas a discussão do caráter *moralmente* lícito ou ilícito da conduta de qualquer indivíduo.

Porém: “(...) *se o direito de uma pessoa é, radicalmente, o direito subjetivo, existe o direito à medida que se tem a faculdade moral, independentemente de que na realidade se tenham ou não coisas sobre as quais exercê-la.*” (HERVADA, 2006, p.43, grifo nosso). No entanto, como aqui o direito é a *res iusta*, a justiça somente se realiza quando *de fato* a coisa é entregue ao seu titular e não somente quando lhe é assegurada a possibilidade de perseguição do bem em juízo. Eis o realismo radical de Hervada:

Se a ação justa consiste em dar a cada um seu direito, ou o seu, o direito é o objeto da justiça ou, melhor dizendo, o objeto da ação justa. É por isso que o objeto da arte do jurista, o que esse determina e declara. Porém, como a ação justa consiste em dar (no múltiplo sentido desse verbo), o que dá são coisas: a propriedade rural a seu dono, a conduta prescrita pela lei à sociedade (o cumprimento da lei é direito dessa; coisa devida a ela pelo cidadão), o preço ao vendedor, a casa alugada ao inquilino, os bens de herança ao herdeiro etc. O direito é uma coisa. Naturalmente, o direito não é a coisa em si, mas a coisa enquanto está relacionada com alguns sujeitos na situação complementar atribuição-dívida: a coisa atribuída a um titular, que é devida por quem interfere na situação de pacífica posse, uso e gozo. O direito é então, a coisa em relação social, a coisa relacionada com duas ou mais pessoas como atribuída-devida. (HERVADA, 2008, p.136, grifo nosso)

Mas como se estabelece esta relação? Quem ou o que pode atribuir algo a alguém e torná-lo seu, o seu direito? A fim de solucionar a indagação, passaremos a analisar a seguir de que forma exatamente este direito ou, em outras palavras, o objeto concreto e determinado que a Justiça objetiva restituir ao seu titular, pode ser atribuído a alguém.

A partir de então, poderemos compreender adequadamente a fundamentação de Hervada acerca do direito natural como componente de um sistema jurídico que engloba, concomitantemente, o direito positivo.

3.2.1 – O título e a medida do direito: a norma como um conceito auxiliar

Encontra-se entre as mais mezinhas noções jurídicas a idéia de que qualquer indivíduo que tem algo efetivamente atribuído como seu ostenta a qualificação de *titular* deste objeto, de forma que a primeira coisa que um jurista deve fazer quando pretende “dizer o direito” consiste em determinar quem exatamente é o titular do bem litigioso.

Logo, toda atribuição implica necessariamente a existência de um *título*, ou seja, daquilo em virtude do que identificamos algo como atribuído a alguém e, conseqüentemente,

reconhecemos neste alguém o seu legítimo titular. Em suma, o título enquanto gênero não descreve senão o ato de atribuição da *res*, passível de concretizar-se segundo diferentes maneiras ou espécies:

O que é o título do direito? Por título entendemos aquilo em cuja virtude o direito pertence ou é atribuído a seu titular (ou seja, ao credor em uma relação de justiça), e portanto é devido a ele. Por exemplo, a compra e venda ou a doação para a propriedade, ou o depósito ou a empréstimo para a devolução da coisa. (...) Título pode ser tudo o que é capaz de produzir a atribuição das coisas e, portanto, contém um poder ou domínio de fato. Na realidade, como já destacamos, a repartição ou atribuição das coisas é causada por um domínio ou poder, e, portanto, pode haver tantos tipos de títulos quantas formas de manifestação do domínio ou poder existirem em relação às possíveis formas de atribuição. Reduzidos a suas linhas gerais, os títulos podem ser: o contrato, a lei, o costume, os atos de governo e a natureza humana. (HERVADA, 2008, p.141, grifo nosso)

Imperioso sublinhar a significativa disposição da natureza humana enquanto título de direito, já explicitando a noção de que existem bens *naturalmente* atribuídos a todo indivíduo e que, portanto, existe algo que é naturalmente “seu” – o seu direito (natural) sobre o qual discorreremos mais adiante.

Por ora é digno de destaque o enquadramento da legislação como apenas uma dentre as diversas espécies de título a revelar de qualquer privilégio, reforçando a forma com que Hervada compreende a lei como algo distinto do direito (a *res* de fato atribuída) e renega por completo a natureza absoluta que o positivismo normativista pretende conferir à prescrição de dever-ser. Aqui, trata-se da lei apenas como um conceito auxiliar, tal qual o costume, o contratos, etc., que permitem identificar o justo de cada um, o “seu” direito.

A lei corresponde, portanto, à *regra ou estatuto do direito*, conforme já definia a tradição clássica desde a *De Legibus* de Cícero e, posteriormente, da *Summa Theologica* de Tomas de Aquino (apud HERVADA, 2008, p.217 e 219). Afinal: “*Se o direito é a coisa justa, a coisa devida a seu titular, a norma estabelece o estatuto do direito: atribui coisas a um titular, concede faculdades, delimita o uso, etc. Em poucas palavras, regula o direito, é sua regra*” (HERVADA, 2008, p.217).

Certo é que o papel da norma jurídica como regra social de conduta ou orientação do agir humano em nenhum momento permanece desconhecido de Hervada que, ciente das conseqüências nefastas que o sincretismo metodológico já impôs à ciência jurídica em mais de uma oportunidade, postula simplesmente que o estudo da norma enquanto fenômeno de poder ou de ordenação social há de ser sim o ponto de partida dos estudos da sociologia e da

política respectivamente, porém não deve jamais legitimar as sistematizações da ordem da filosofia ou da teoria jurídica. O jurista deve ocupar-se da norma somente enquanto regra constitutiva de uma atribuição, ou seja, enquanto estatuto do direito que constitui certo objeto como *res iusta* em relação a determinado indivíduo. Se esta atribuição, por exemplo, atende ou não aos fins sociais de uma determinada comunidade, compete ao político dizê-lo e já não mais ao jurista, que tampouco detém qualquer obrigação de emitir juízos acerca da influência desta atribuição na estrutura social em geral ou na moralidade dos indivíduos em particular (HERVADA, 2008, p.219).

Por óbvio que, diante deste quadro conceitual, Hervada jamais poderia emprestar ao fenômeno jurídico a natureza de um juízo de valor nos moldes da estrutura a partir da qual Kelsen o concebe de seu lado, por exemplo. Primeiro porque, fundamentalmente, o professor de Navarra reconhece (HERVADA, 2008, p.223) o caráter meramente descritivo de um juízo de dever-ser, que se limita a postular determinada prescrição sem, no entanto, exigir sua realização, ao passo que tanto a norma jurídica quanto os costumes, os contratos e os atos de governo em geral, claramente criam e delimitam ocorrências no plano fático. E segundo porque, reconhecendo a capacidade inerente aos *títulos* de criar, modificar, adquirir ou extinguir relações jurídicas, Hervada não pode descrevê-los senão como momentos da realidade jurídica, ou seja, fatores dinâmicos de ordenação e estruturação da realidade.

Nesse sentido: “*A norma jurídica é, então, estrutura da vida social e, enquanto estrutura não é outra coisa que a distribuição ou disposição ordenada de alguns elementos em função do todo (...)*” (HERVADA, 2008, p.226)

De todo modo, ao longo de sua busca pela determinação daquilo que pertence a cada qual, não basta ao jurista reconhecer apenas o título do direito, se de fato pode haver tantas formas de título quantas são as formas de manifestação do domínio sobre um determinado objeto, tratando-se o rol exposto – lei, contratos, costumes - de uma ordenação que demanda mesmo diversas subdivisões, a exemplos dos decretos, regulamentos, leis ordinários e complementares que compõe algumas das possíveis espécies de lei.

Constitui truísmo, por exemplo, que a propriedade compreende mais faculdades que o usufruto ou o uso, ambos abrangendo distintas possibilidades de atribuição de um eventual bem imóvel, por exemplo, o que leva o jurista a laborar tanto na identificação do título quanto na identificação da *medida* do direito, ou seja, seu ofício visa determinar não apenas a quem a *res* se encontra atribuída, mas igualmente *de que forma e exatamente que partes* do objeto de fato se encontram atribuídas.

Eis a lição de Hervada:

Para a declaração do direito, tão importante como a determinação do título é a determinação de sua medida. O que é a medida do direito? É a caracterização e delimitação intrínseca e extrínseca do direito; a delimitação da coisa: sua quantidade, qualidade, natureza etc...; o modo como a coisa é do titular: proprietário, arrendatário, usuário, etc.; as faculdades jurídicas que cabem ao titular; os pressupostos e requisitos de uso do direito etc. Por medida do direito entendemos, então, um conjunto de aspectos do direito, que corresponde a o que, quanto, como, quando e onde deve ocorrer para satisfazer o direito, e igualmente que se relaciona ao correto uso e exercício dele. (HERVADA, 2008, p.141/142)

A *medida* compreende, portanto, dois momentos distintos. Primeiro, pressupõe a exata delimitação do objeto que se apresenta como direito, seja este um bem pré-determinado como no caso do empréstimo de cem unidades monetárias que implica a devolução de exatas outras cem unidades equivalentes; seja ainda um objeto apenas passível de determinação, a exemplo dos bens componentes de um espólio cujo valor exato é precisado somente ao fim do processo de inventário. (HERVADA, 2008, p.142)

Especificado o objeto a medida do direito abrange ainda, como um segundo momento, a forma com que a *res iusta* é atribuída ao seu titular. Assim, devemos reconhecer também como medida do direito a especificação acerca de que classe ou tipo é esta atribuição (propriedade, uso, etc.), eventual tempo ou prazo de duração da mesma, bem como as diversas maneiras do titular exercer ou utilizar o seu direito ou de tê-lo restituído em caso de interferência (HERVADA, 2008, p.142).

Desta feita, conhecendo o título e a medida do direito, o jurista encontra-se apto a determinar aquilo que pertence a cada um e, por conseguinte, detém condições de finalmente dar cumprimento ao ditame de Ulpiano, conferindo a cada aquilo que é seu; nada mais, nada menos.

Como última ressalva (HERVADA, 2006, p.54/58) o operador do direito deve cuidar apenas de não tomar por título aquilo que o autor descreve mais apropriadamente como o fundamento do direito, porquanto este corresponde ao *motivo* da atribuição, aquilo em cuja virtude o indivíduo pode ser sujeito de um determinado direito. Um interessante exemplo é tomado da atual Constituição Espanhola, segundo a qual: “(...) *para ser rei da Espanha, segundo o artigo 57 da atual Constituição, é preciso ser sucessor, de acordo com a ordem regular de primogenitura e representação de S.M Dom Juan Carlos I de Borbón*” (HERVADA, 2006, p.54/55). Ora, por óbvio que a condição de sucessor constitui o

fundamento do direito daquele que é Rei, mas não o *título* deste direito que vem a ser a própria constituição.

A ressalva é oportuna visto que, primeiro, implica reconhecer o fato de que aquele que detém um possível fundamento de direito não necessariamente possui algo realmente atribuído como seu, posto que somente o título correspondente concretiza a atribuição e possibilita o efetivo exercício do direito.

Em segundo lugar porque, cindindo esta noção de fundamento de uma atribuição entre as distintas espécies do fundamento próximo e mediato, já poderemos antever as bases sobre aos quais Hervada busca estruturar a conexão entre direito natural e direito positivo. Afinal, se o fundamento próximo encontra-se obviamente naquela motivação ou justificativa em que o título se baseia de forma mais imediata, como ocorre com a característica da sucessão no exemplo anterior, o fundamento mediato, por sua vez, já consiste em parte na estrutura ontológica do ser humano (HERVADA, 2008, p.160/161).

Aqui transparece a influência da teleologia Aristotélica quando Hervada afirma que: “*Para que um ser possa algo, é preciso que isso esteja em potencial em sua natureza ou estrutura ontológica*” (HERVADA, 2008, p.161), de tal forma que cada direito atribuído a um indivíduo pressupõe, como fundamento mediato, aquela estrutura do ser do homem que possibilita o efetivo exercício desta atribuição. Daí que a referência à estrutura ontológica do ser humano de início é apenas parcial, uma vez que o direito de contrair matrimônio, por exemplo, encontra seu fundamento mediato não no homem como um todo, mas sim na distinção sexual e na complementaridade entre os sexos, tal qual o direito ao trabalho encontra seu fundamento mediato em outra parte específica da ontologia do ser humano, a saber, sua capacidade para o trabalho enquanto *homo faber* (HERVADA, 2008, p.161).

No entanto, a simples idéia de que todo direito subsiste enquanto tal graças a uma potência natural e específica que lhe serve de base, já demanda antecipadamente a idéia de uma potência natural geral que possibilite ao homem, em virtude de sua própria natureza, ser titular de direitos. Este fundamento principal, que analisaremos melhor adiante, Hervada (2008, p.161) encontra no que ele denomina de *índole dominadora do homem*, tendo em vista que este, enquanto ser que domina a si próprio e é também capaz de dominar o seu entorno, atribui coisas como suas e conseqüentemente cria esferas autônomas de apropriação, ou seja, o mesmo efetiva por si (e naturalmente) a necessária repartição de objetos referenciada anteriormente, o que fundamenta a atribuição de bens ou encargos que corresponde, em última instância, ao processo de titularidade de todo e qualquer direito. Assim, posto que toda ordem jurídico-positiva vem estruturada sobre esta capacidade de apropriação inerente ao

homem, ela necessariamente pressupõe que todo indivíduo ostenta a condição de sujeito de direito, independentemente de esta lhe ser expressamente reconhecida ou não.

Em suma, este aparato conceitual materializado na tríade *título-medida-fundamento*, constitui a perspectiva formal a partir da qual Hervada propõe que tanto a filosofia quanto a teoria do direito devem identificar seu objeto, a saber, aquela “coisa” ou *res* material ou imaterial que se encontra, em razão de certo *fundamento* e de conformidade com uma *medida* determinada, atribuída a alguém por um *título* específico. E muito embora o próprio autor trabalhe com a hipótese de direitos “mistos” (HERVADA, 2006, p.72), a saber, aqueles cujos identificadores são em parte configurados naturalmente e em parte determinados culturalmente pelo direito positivo, o fato é que buscaremos analisar a seguir as prescrições “puras” do direito natural.

3.3 – O direito natural como núcleo do sistema jurídico-positivo

Tratando-se o direito natural daquele conjunto de bens que é naturalmente atribuído a todo e qualquer indivíduo, ou seja, daqueles direitos cujo título, a medida e o fundamento encontram-se não na vontade do homem, mas sim na natureza humana e na natureza das coisas (HERVADA, 2006, p. 65), a primeira questão que se impõe consiste em saber se o direito natural corresponde a um sistema ou uma ordenação de bens que subsiste de maneira totalmente independente do direito positivo ou por ventura mantém com ele algum grau de relação e dependência, compondo assim um único sistema jurídico.

A resposta das *Lições* é objetiva e direta:

(...) o direito natural não é um sistema jurídico, mas o núcleo básico, primário e fundamental de cada sistema de direito ou ordenação jurídica. Nesse sentido, em relação a cada contexto social não existem dois sistemas de direito, a ordenação jurídica natural e a ordenação jurídica positiva, sendo o sistema jurídico *único*, um sistema jurídico constituído pelo direito natural e pelo direito positivo, ou, em termos mais exatos, formado por fatores jurídicos naturais e fatores jurídicos positivos. (HERVADA, 2008, p.352/353)

Este reconhecimento do direito natural como um verdadeiro direito vigente constitui, por excelência, o principal traço da teoria clássica do direito natural, delimitando o ponto de contato entre Aristóteles, os juristas romanos, Tomás de Aquino e a Escola espanhola de Direito Natural da qual o próprio Hervada se considera tributário (HERVADA, 2008, p.24).

Tanto que ao longo das *Releituras*, onde o autor esquadrinha os quatro principais vértices de sua abordagem, encontramos logo de início que:

A primeira idéia é que o direito natural constitui verdadeiro direito sendo, portanto, norma vigente inclusive no que tange à positivação e formalização, como já busquei expor em meu *Derecho Del Pueblo de Dios*. Daí se deduz a segunda idéia: o tratadista de direito natural é por excelência um jurista, de modo que a forma mais apropriada de tratar seu objeto de estudo é com perspectiva e métodos jurídicos. Uma terceira idéia: existe a ciência do direito natural, disciplina jurídica distinta da filosofia do direito, a qual é uma disciplina filosófica. Quarta idéia: o nível de conhecimento da ciência do direito natural – aplicando-se a teoria dos níveis do conhecimento jurídico – é o nível ontológico ou fundamental, pois esta ciência busca deduzir o *quid iuris* natural da dimensão jurídica ou de justiça da pessoa humana, aquilo que esta tem como essência de sua natureza humana, sem olvidar, no entanto, que o indivíduo é também histórico, ou seja, que tem uma dimensão de historicidade.. (IVARS, 2009. p.552, tradução nossa).

Hervada mantém ainda (HERVADA, 2008, p.25 e 353) que este viés específico do realismo jurídico clássico acabou obscurecido em razão da transposição anacrônica da perspectiva engendrada pela Escola Moderna de Direito Natural que floresceu entre os séculos XVII e XVIII e culminou em Kant, condicionando uma série de pressupostos a partir dos quais muitos ainda pretendem (equivocadamente) reler o direito natural clássico.

Dentre os pensadores que antecederam o autor da *Crítica da Razão Pura*, como Pufendorf, Thomasio e Wolff, este último merece especial destaque como defensor da idéia de que: “(...) o sistema de direito natural era um conjunto de regras lógicas, deduzidas – com exclusão de todo elemento indutivo ou empírico – por uma série contínua de raciocínios.” (HERVADA, 2008, p.25).

Ora, a mera alusão à dedução de regras lógicas independentes da experiência já denota o quanto o próprio Kant e seus juízos sintéticos *a priori* devem a estes precursores que, influenciando o giro definitivo promovido pelo arauto do criticismo transcendental, incentivaram também o estudo daquilo que a antiguidade conheceu como a ciência do direito natural, porém agora sob a égide dos princípios teóricos e metodológicos do racionalismo subjetivista da filosofia moderna.

Neste diapasão, o direito natural realista acabou transformado ou “intelectualizado” a ponto de que, mesmo tendo a tradição germânica conservado provisoriamente a terminologia *Naturrecht*, esta de um modo geral já não mais falava da busca por regras objetivas de um direito natural defensável judicialmente, a exemplo do *ius gentium* em relação ao *ius civile* dos romanos. Tanto que, ao final do século XVIII a expressão alemã já se encontrava

integralmente substituída pelo termo *Philosophie des Recht* ou mais usualmente *Rechtsphilosophie*.

Como escreve Hervada:

Nasceu assim a idéia dos dois sistemas jurídicos, um destinado a ser exemplar do outro (que deveria ser reformado), cada um com sua obrigatoriedade própria e suas peculiares formas de aplicação. Com isso, o direito natural ficava separado da vida do foro e do sistema de garantias, que seriam próprias apenas do direito positivo – o oposto típico da doutrina clássica -, e reduzido a um conjunto de normas mais morais que jurídicas. De fato, o jusnaturalismo moderno, de modo implícito ou explícito, transformou com frequência – há exceções – o direito natural em moral e a ciência do direito natural em filosofia moral. (HERVADA, 2008, p.353).

Porém, antes mesmo de qualquer análise crítica em torno desta perspectiva moderna, vale destacar que a advertência do autor (HERVADA, 2008, p.21) pretende, sobretudo, evitar aquilo que entende como o grave “erro histórico” consistente em interpretar toda a história de mais de vinte séculos do realismo jurídico clássico à luz do ocorrido desde a segunda metade do século XVII até fins do século XVIII.

É preciso considerar, como insiste o professor de Navarra (HERVADA, 2008, p.28/34), que no âmbito da tradição aristotélico-tomista o direito natural vem a lume como um verdadeiro direito vigente de caráter vinculante, cujo estudo cabe primordialmente à disciplina específica e dogmática da ciência do direito natural -a *ius naturalis scientia* – sem qualquer prejuízo das investigações filosóficas sobre o direito de um modo geral, ou seja, sobre aquele sistema único que é em parte positivo e em parte natural.

Nesse sentido:

Em contrapartida, dado que o direito natural é uma parte do direito vigente, cabe uma especialidade da ciência jurídica cujo objeto seja o estudo do direito natural e o sistema de direitos naturais enquanto direito vivo: a ciência do direito natural. Aqui o estudo do direito natural e dos direitos naturais não tem que ser feito no nível filosófico, mas no nível da ciência jurídica: um estudo do direito natural como direito vigente, feito por juristas, conforme método jurídico. É preciso distinguir então entre o estudo científico do direito natural e o estudo filosófico dele. Esse segundo estudo cabe à filosofia do direito, enquanto o primeiro é próprio da ciência do direito natural. Isso é o que a ciência do direito natural pretendia ser em suas origens, embora logo tenha se desenvolvido – de modo alterado – como ética. (HERVADA, 2008, p.30)

Portanto, o realismo jurídico clássico parte de uma premissa talvez incompreensível para as mentes positivistas da contemporaneidade, a saber, o reconhecimento - implícito na assertiva que toma o direito natural como parte do direito vigente - de que o *ius naturae* apresenta-se como um *dado* natural, uma experiência geral da humanidade que foi compartilhada e estudada pelas mais variadas escolas filosóficas e jurídicas desde as origens conhecidas do pensamento até o século XIX.

Isto, porém, tampouco significa dizer que o justo natural prescinde de qualquer relação com a norma posta, tratando-se ambos de elementos distintos, mas complementares, sendo que não fosse a disseminação da mentalidade positivista: “(...) corresponderia a cada intérprete da lei encontrar aquilo que há de direito natural em cada uma das disposições positivas que o mesmo deve estudar e trabalhar segundo a natureza própria do direito natural existente em cada qual” (IVARS, 2009, p.557/558, tradução nossa).

A tese moderna que postula a coexistência de dois sistemas jurídicos distintos vê-se, assim, contraposta em duas frentes. Primeiro porque se afigura como uma evidente impossibilidade o fato de que sobre um mesmo contexto social conflua, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, mais de um sistema jurídico. A partir do momento em que duas normas incidem sobre uma mesma relação jurídica, ou o conteúdo destas prescrições é o mesmo, o que supõe a inutilidade de uma delas, ou o intérprete encontra-se diante de determinações distintas que hão de anular-se mutuamente caso uma não acabe por se impor sobre a outra (HERVADA, 2008, p.354).

Assim, torna-se compreensível que o pensamento moderno, quando confrontado com este dilema, tenha buscado progressivamente restringir o antigo *ius naturae* ao campo da ética e da moral, onde o mesmo - agora não mais como um sistema jurídico - restaria incapaz de se impor ao direito positivo, eliminando doravante qualquer contradição. Desta forma, consagrou-se a opção pelo sistema positivo como o único capaz de efetivar regulamentações *jurídicas* legítimas, posto que determinações de outra ordem, sejam éticas ou morais, aqui carecem da força vinculante do direito em relação aos destinatários.

Ocorre que – eis a segunda grande objeção de Hervada – não obstante sua grande influência, a solução proposta pela modernidade a toda evidência é insustentável face ao que o autor denomina de *aporia positivista* (HERVADA, 2008, p.355 e 2006, p.77), segundo a qual a norma posta constitui a maior prova de existência do direito natural, precisamente porque ambos correspondem a elementos inseparáveis de qualquer sistema jurídico.

A lógica do argumento vem em perfeita consonância com a perspectiva realista que Hervada se propõe desde o início:

Está ao alcance de todos compreender que é impossível um fato cultural sem que tenha uma base natural. Tudo o que o homem faz ou inventa requer uma capacidade natural, o que os filósofos chamam de *potência*. Para ver, o homem precisa ter olhos. Com base neste fato natural, o homem pode edificar uma série de fatos culturais: escrita, pintura, escultura, televisão, cinema, etc. Porém, se o homem não tivesse visão, todos esses fatos culturais não existiriam. O homem é incapaz de voar por si mesmo; por mais que tente nunca terá asas (não existe em seu corpo a capacidade de tê-las). Pode, isso sim, com base em uma série de dados naturais (peso e resistência dos materiais, leis da aerodinâmica, etc.), construir alguns aparelhos (desde as asas-deltas até o mais complicado reator) com as quais voar. É axiomático que *todo fato cultural depende dos dados naturais*. Por isso se diz que o homem *inventa* (palavra que significa achar, encontrar algo que já existia pelo menos em potencial) e não *cria* (tira algo do nada). O homem é inventor e não criador. Dado o axioma enunciado, pretender que só exista o direito positivo, ou seja, que todo direito seja estabelecido pelo homem, contradiz o mais elementar bom senso, pois se há algo jurídico cultural (positivo), tem que partir necessariamente de algo jurídico natural. (HERVADA, 2006, p.75/76)

A longa transcrição se justifica pela possibilidade de confrontarmos a interpretação do teórico exposta em seus próprios termos com a questão central do presente trabalho, qual seja, os impactos jurídicos da relação entre natureza e cultura. Afinal, o excerto em tela por si só denota o quanto a concepção jurídica de Hervada é tributária de uma abordagem específica que concebe estes dois planos de conhecimento como esferas distintas de uma única realidade, ao contrário de Kelsen, por exemplo, cuja veia kantiana invariavelmente transparece a todo momento na tentativa incansável de manter a cisão entre ser e dever-ser.

Ademais, a sobredita transcrição também responde indiretamente as objeções daqueles que supõe equivocadamente que o reconhecimento do direito natural por qualquer motivo significaria a negação do direito positivo, posto que (vale insistir) o fato natural de Hervada não se identifica e tampouco nega a existência do fato cultural, funcionando o segundo simplesmente como uma atualização contínua e dinâmica das potencialidades inerentes ao primeiro.

Portanto, enquanto base ou fundamento de todo sistema jurídico-positivo: “(...) *há um núcleo jurídico que não procede da invenção, do poder ou da decisão humanas, sendo sim inerente ao homem. E isso e não outra coisa, é o direito natural, o qual, pelo que foi dito, é verdadeiro direito, o núcleo natural do direito vigente*”. (HERVADA, 2008, p.355).

Considerando que já aludimos anteriormente ao fato de que todo direito corresponde, em síntese, a uma atribuição de objetos, bem como ao fato de que o homem somente encontra-se em condições de atribuir algo como seu porque primeiro domina a si próprio,

podemos agora finalmente delimitar este núcleo natural de juridicidade a partir da constatação de que o homem, para que possua algo como “seu”, *deve antes de tudo possuir seu próprio ser, isto é, sua pessoa*. Em outras palavras, o ser de cada indivíduo já se lhe encontra naturalmente atribuído, pelo que sua pessoa constitui algo naturalmente “seu” – o seu direito natural. (HERVADA, 2006, p.77).

Assim, a *pessoa* em última instância constitui o núcleo natural de todo ordenamento jurídico, posto que, somente porque domina o seu ser, a mesma é capaz de atribuir algo a outrem ou a si própria. Doravante, a capacidade de titularizar direitos positivos pressupõe a própria titularidade daquele direito natural que cada indivíduo detém em relação ao seu próprio ser.

3.3.1 – A pessoa como fundamento do direito natural

Como vimos, Hervada encontra no núcleo de todo sistema jurídico-positivo a pessoa enquanto fundamento de direito, ou seja, enquanto base natural que possibilita toda a dinâmica inerente a qualquer dos sistemas judiciais em geral. Mas em que sentido exatamente o autor vale-se do termo *pessoa*? A conclusão destas considerações forçosamente demanda alguns esclarecimentos acerca da questão.

Muito embora a origem do termo seja controversa, os historiados que encontram a genese do termo tanto no grego *prósopon* quanto no latino *persona* concordam de um modo geral que a expressão nasceu com fito de designar a função social que um determinado indivíduo ocupava em sua comunidade. Daí falar-se em Roma, por exemplo, da *persona senatoris* em referência ao papel social exercido pelo senador (HERVADA, 2008, p.293).

Ocorre que Hervada utiliza-se do termo segundo um significado dito filosófico ou ontológico, que remonta, sobretudo, às disputas trinitárias e cristológicas da teologia judaico-cristã da antiguidade. A ortodoxia católica, na tentativa de expressar em termos precisos o dogma do Verbo Encarnado, acabou por equiparar a locução grega *hypóstasis* (subsistência) ao antigo *prósopon*, afirmando reconhecer em Cristo uma única pessoa ou *hypóstasis* (daí o termo união hipostática) e duas naturezas: “*Com isso – embora sem pretender -, criava-se a acepção filosófica da palavra pessoa: uma substância ou ser subsistente de natureza intelectual ou espiritual*” (HERVADA, 2008, p.295).

Desta feita, a utilização do termo no sentido de algo externo ao indivíduo acaba totalmente abandonada, dando azo à designação daquele referencial que diz respeito justamente à *essência* de cada ser humano, aquele âmbito do ser que a par de todos os

possíveis acidentes (para usar a terminologia aristotélica) permanece inalterado e identifica cada um dos indivíduos como componentes de uma mesma espécie.

Não por acaso, esta perspectiva ontológica corresponde talvez ao significado mais corrente do termo na atualidade, especialmente em documentos de incomensurável relevância jurídica como os tratados e pactos internacionais de direitos humanos e as constituições estaduais, onde a referência à “dignidade da pessoa” tanto quanto aos direitos da “pessoa humana” já constitui praticamente um lugar-comum que perde sentido quando afastado da idéia de que este direito da *pessoa* diz respeito àquela prescrição - ou conjunto de prescrições - atribuída a todo indivíduo em razão da natureza (essência) do homem (HERVADA, 2008, p.296).

Assim, Hervada encontra na conceituação de Boécio uma das definições mais consentâneas com este viés ontológico:

Quem é a pessoa ou, em outras palavras, que ser é a pessoa? A definição mais antiga – e universalmente aceita – de pessoa em sentido ontológico é a exposta pelo filósofo considerado o último da Antiguidade: Boécio. A pessoa é *uma substância individual de natureza racional*. Percebe-se facilmente que, nessa definição, o constitutivo da pessoa reside na substância – em sentido filosófico, como substrato primário e fundamental do ser que é sujeito dos acidentes, das potências, do histórico do ser ou mudança e do movimento -, uma substância de algumas determinadas características. (HERVADA, 2008, p.296)

A definição merece duas ressalvas. Primeiro, no que tange à correlação entre pessoa e indivíduo, porquanto a substância individual à que a definição alude designa algo particular e não um universal. Quando se fala do homem e sobre ele são declaradas determinadas características, está se falando de um gênero e de uma espécie, porém quando algo é atribuído à *pessoa* o discurso refere-se a cada um dos indivíduos humanos em particular (HERVADA, 2008, p.298).

Em segundo lugar, como consequência do que foi sinalizado, o intérprete deve compreender que a pessoa ou a substância individual não se confunde com sua natureza, pelo que não devemos declarar de uma aquilo que é próprio da outra. Tal significa dizer que a natureza humana, se a princípio pode ser descrita como algo “universal”, não possui uma existência real para além de cada indivíduo, de forma que:

(...) os direitos e deveres que emanam do ser do homem não tem por fundamento ou por título os atributos da pessoa humana, e sim a natureza do homem; por isso recebem a denominação de direitos naturais (mais

impropriamente direitos essenciais, como indicam alguns documentos internacionais). A pessoa é o sujeito de tais direitos – é seu titular -, porém não é o título nem o fundamento. Em outras palavras, o título e o fundamento dos direitos inerentes à pessoa humana são a “condição de pessoa”, o que há na pessoa de natureza racional, não de sua singularidade comunicável. (HERVADA, 2008, p.299, grifo nosso)

Confundir ambos os conceitos, tornando absoluta e universal a natureza racional do homem, que somente adquire estas características no plano teórico após um processo de abstração do ser individual, significaria incidir na deificação da consciência-de-si, seguindo na esteira das correntes subjetivistas de cariz cartesiano que reconhecem no fluxo de consciência do *cogito* o elemento característico da natureza racional da pessoa.

No entanto, uma tal postura mostra sua esterilidade, segundo Hervada (IVARS, 2009, p.715), se considerarmos não apenas que qualquer ato de consciência não pode existir sem a correlata potência cognoscitiva intelectual e natural, mas também – e principalmente – que esta linha de pensamento possibilita a conclusão extrema de que quanto maior o grau de “consciência” da pessoa, os direitos naturais também lhe devem ser atribuídos em maior escala, ao ponto de um feto que, por exemplo, não detém qualquer consciência de si, haveria de ser desprovido de toda e qualquer proteção jurídica.

Neste diapasão, o autor insiste em sublinhar, como destacamos no excerto anterior, que a pessoa é o sujeito de um direito natural que tem por título e fundamento sua natureza racional, porém não a racionalidade “geral” de toda a humanidade e sim aquele *quantum* de racionalidade que cada indivíduo detém por si só pelo simples fato de ser pessoa, independentemente do contexto particular de cada qual.

Esta natureza racional que é inerente a toda pessoa, muito embora no plano histórico e sócio-cultural desenvolva-se de forma diferente em cada indivíduo, eleva o homem a outra *ordem de ser* que segundo Hervada não faz do humano apenas um animal posto que: “(...) não há continuidade de grau de perfeição entre o animal e o homem, e sim um salto qualitativo, um abismo. Justamente por isso, o homem é e se chama com propriedade pessoa” (HERVADA, 2008, p.302, grifo nosso).

Esta singularidade ou eminência de ser do homem deriva do fato de que sua substância individual (sua pessoa) engendra até no ser humano mais debilitado, ao contrário dos componentes dos reinos vegetal e animal que coexistem como simples partes de um ecossistema, sem um ser-para-si (HERVADA, 2008, p.304), aquela consciência que adquire um grau de individuação tal que a torna comunicável, no sentido de que o sujeito apreende o mundo exterior de modo tão particular que é capaz apenas de expressá-lo ao outro via

linguagem, mas este jamais poderá de fato experimentar a maneira com que aquele indivíduo percebe a realidade – o estar-no-mundo da consciência alheia (IVARS, 2009, p.717/718).

Esta incomunicabilidade torna a pessoa, em síntese, dona de seu próprio ser enquanto o rege e o domina, pelo que o mesmo lhe pertence inteira e inalienavelmente, tornando a natureza racional da pessoa o bem primeiro que é atribuído a todos indistintamente como seu direito natural, para que cada qual o desenvolva segundo suas potencialidades particulares. Em razão desta dupla característica de um ser eminente porque incomunicável, que ostenta a possibilidade de ter algo de fato atribuído como seu justamente por ser o único que verdadeiramente rege a esfera de seu próprio ser, o homem é um ser digno.

Daí a descrição que Hervada promove acerca da dignidade humana nos seguintes termos:

A pessoa, por sua eminência de ser, tem uma razão de bem *a se*, não derivada dos fins, nem do serviço, nem da utilidade; por isso – com fundamento na incomunicabilidade –, a pessoa não admite ser considerada meio ou instrumento: é um bem *a se*, de modo que a finalidade e o serviço são resultado do fato de que o bem – e a pessoa – é difuso. A finalidade e o serviço são expansões da pessoa, embora sim de modo tão intrínseco quanto, até certo ponto, parcial. Então os fins são fatores de dignidade do ser humano, mas não esgotam sua dignidade, que tem um fundamento mais profundo: a eminência constitutiva de seu ser, da qual os fins são apenas a dimensão com tendência operante. (...) O que significa, então, a dignidade da pessoa humana? Em síntese, podemos dizer que a dignidade humana consiste na eminência ou excelência do ser humano, mediante uma intensa participação no mais alto grau de ser, que o constitui como um ser dotado de debitude e exigibilidade em relação a si mesmo e em relação aos demais homens. Em outras palavras, trata-se de um ente cuja ordem do ser compreende a ordem do dever-ser. (HERVADA, 2008, p.311, grifo nosso)

Por fim, retomando a idéia de que todo direito é atribuído em virtude de um título e de acordo com uma medida determinada, podemos concluir que enquanto substância individual que detém uma natureza racional que lhe é naturalmente atribuída, o homem torna-se um ser incomunicável que ostenta o direito natural e inalienável de simplesmente *ser*, a fim de desenvolver-se como o ser dinâmico que é e de acordo com as potencialidades inerentes a cada qual. Em suma: “(...) *o direito natural fundamental pode ser descrito assim: o direito da pessoa humana a seu ser, a sua liberdade e ao desenvolvimento de sua personalidade (os fins naturais do homem)*”. (HERVADA, 2008, p.361).

Aplicar o direito natural segundo Hervada, em termos modernos, nada mais significa que interpretar o direito positivo a luz destas determinações. Dar a cada um o que é seu, por exemplo, significa dar a todo trabalhador o salário estipulado em lei a não ser quando este corresponda ao salário de fome que não atende as necessidade vitais do trabalhador, ou seja, quando o salário nega a este e sua família o direito fundamental de *ser*. (HERVADA, 2006, p.53)

Como já destacado, não fosse a nefasta disseminação do positivismo: “(...) corresponderia a cada intérprete da lei encontrar aquilo que há de direito natural em cada uma das disposições positivas que o mesmo deve estudar e trabalhar segundo a natureza própria do direito natural existente em cada qual” (IVARS, 2009, p.557/558, tradução nossa).

3.4 – Análise Crítica

Como escreve Cláudio Michelin aos prefaciá-lo os *Conceitos da Tradição Jusnaturalista* de Luis Fernando Barzotto (BARZOTTO, 2010, p.3), o primeiro e talvez o maior desafio daquele que procura explicar o direito contemporâneo a partir da tradição clássica é demonstrar como pode ser o caso que algo escrito muitos séculos atrás pode ser mais útil para compreender nossa experiência do direito do que explicações contemporâneas a essa experiência. O caso de Hervada não é exceção.

Talvez por isso o espanhol insista tanto em se colocar como um modesto renovador, que objetiva em verdade confrontar o positivismo em voga a partir de uma perspectiva integralmente oposta que chocando com o absolutismo normativista há de engendrar, ao menos, uma escrupulosa análise acerca dos limites e das deficiências desta que constitui a posição majoritária da teoria jurídica da atualidade.

A título de exemplo, basta lembrar (BARZOTTO, 2010, p.4) que a tradição kantiana da contemporaneidade tende a considerar o controverso conceito da dignidade humana ou bem pelo prisma do indivíduo, enfatizando a indignidade das limitações à autonomia privada, ou bem sob o ponto de vista universalizante daquelas regras de comportamento que engrandecem a “humanidade” presente em cada indivíduo. Porém, a tradição clássica que com Boécio compreende a pessoa como a substância individual de natureza racional abre caminho para uma compreensão concomitantemente individual e universal, que induz por si a problemática em torno de uma possível integração entre os pólos da dicotomia kantiana.

Sob outro viés, não se pode ignorar atualmente que ao tornar absoluta a esfera cultural, bem como a dinâmica que lhe é inerente em decorrência do constante processo de (re)construção a que a mesma é submetida pelo gênio humano, a contemporaneidade possibilitou também a relativização igualmente absoluta de todos os valores, renegando a idéia de um critério objetivo de moralidade. Assim: *“Um padrão social de comportamento é uma norma de conduta, indiferente em si, mas aceita por consenso da maioria”* (HERVADA, 206, p.66).

Ocorre que mesmo esta extrema relativização axiológica, no entanto, não foi capaz de suprir o anseio geral da humanidade por um critério objetivo de validação, ou seja, o homem ainda busca em meios às efêmeras construções culturais de nossa época um referencial absoluto que neste plano, por definição, não pode residir (SIQUEIRA JR, 2009, p.361). Em síntese, é de certa forma a questão deste absoluto que Hervada nos propõe ao postular que:

Constitui algo elementar distinguir a realidade daquilo que são interpretações acerca desta realidade. As coisas são como são e não nós interpretamos que elas sejam. Pois bem, o direito natural pertence à realidade, é algo inerente à pessoa humana em sociedade – um direito verdadeiro e vigente, em grande parte positivado e formalizado. Que o imaginário positivista e relativista não enxergue este direito e proporcione uma interpretação do jurídico e do moral cega à realidade, isso é outra coisa. (IVARS, 2009, p. 556, tradução nossa).

Dada a palpitante discussão em torno dos direitos humanos na atualidade e a clara insuficiência da teoria dos direitos subjetivos no tratamento desta questão, quando restritos à condição de simples faculdade de exigir de outrem um determinado comportamento previsto em uma ordem jurídico-positiva, o fato é que mais do que uma inovação teórica a obra de Hervada nos induz a redimensionar os limites do pensamento atual e, principalmente, o modo com que efetivaremos o trânsito quiçá inevitável em direção ao obscuro sistema dito “pós-positivista”, que se por um lado, aparentemente abranda o relativismo axiológico de um Kelsen, por exemplo, por outro parece ainda refratário a um referencial mais rígido que as generalizações da dinâmica histórica e cultural.

De todo modo, como bem reconheceu um dos maiores nomes do positivismo contemporâneo (HART, 2009, p.244), tem-se por notório que o critério de validação eminentemente teleológico da antiguidade parece estranho quando expresso de forma abstrata, postulando que cada espécie nomeável de coisa existente constitui algo que tende não só a continuar existindo, mas a avançar também em direção a um estado ótimo final que

corresponde ao seu bem ou fim (*telos*) específico. No entanto, muitos elementos deste ponto de vista finalístico ainda sobrevivem em algumas das formas como pensamos o ser humano e falamos dele.

Basta lembrar que se por um lado a razão moderna repudia a assertiva de que ao cair no chão uma pedra esteja realizando um “fim” que lhe é apropriado, tal qual a semente de carvalho que encontra na árvore madura seu estágio final e padrão de desenvolvimento, de outro ângulo nos aparece quase como um truísmo a identificação de certas coisas como *necessidades humanas* cuja satisfação constitui algo “bom”, a exemplo da alimentação e do descanso consubstanciado no sono regular.

Ora, o mais extravagante raciocínio não poderia negar a existência de casos limítrofes em que certas pessoas podem se recusar a comer ou descansar por desejarem morrer, mas nem mesmo esta possibilidade extrema poderia autorizar alguém a negar que *de um modo geral* concebemos o ato de comer e o ato de descanso como algo mais do que simples atividades que os homens fazem regularmente ou simplesmente desejam. Salutar que o raciocínio em questão venha formulado por uma autoridade como Herbert Hart, que tratou em profundidade dos limites da perspectiva positivista:

Por isso, dizemos não apenas que comer e dormir são coisas naturais para todos os homens, mas também que todos os homens têm às vezes que comer e descansar, ou que é naturalmente bom fazer essas coisas. Nesses juízos sobre o comportamento humano, a força da palavra “naturalmente” visa diferenciá-los tanto das opiniões que refletem simples convenções ou prescrições humanas (como “Você tem que tirar o chapéu”), cujo conteúdo não pode ser descoberto pelo pensamento ou pela reflexão, quanto dos julgamentos que se limitam a indicar o que é exigido para a consecução de qualquer objetivo específico que um homem pode ter e outro não, num momento dado. (HART, 2009, p.246/247).

Em suma, esta força específica do termo “naturalmente” não visa senão designar princípios e condutas básicas que denotam a assunção, em última instância, da sobrevivência como aquela finalidade primeira para qual tende toda atividade humana, objetivo este que Hervada propõe - como o grande mote de sua obra - seja interpretado *juridicamente*, na forma do direito *a ser* de todo indivíduo. Talvez ao menos aqui – compete à atualidade dizê-lo - o direito natural e o direito positivo finalmente encontrem o terreno comum que a rigidez metodológica de Kelsen jamais pode admitir, mas que aparece, por exemplo, sinalizado já na posição mitigada de Hart, segundo o qual: “(...) enquanto homem e mundo subsistam, haverá

determinadas normas de conduta que qualquer organização social que se pretenda viável precisa incluir” (HART, 2009, p.249).

CAPÍTULO IV – O SER E O DEVER-SER NO PLANO DA AÇÃO

4.1 – Um breve estudo de caso: a injustiça legal

A partir das divergências expostas entre Kelsen e Hervada, cabe agora considerar a relevância prática da polêmica entabulada entre a concepção positivista do primeiro e a abordagem jusnaturalista do segundo. Trata-se, em síntese, de uma discussão acerca dos limites do fenômeno jurídico-positivo o que, como anota Robert Alexy (2009, p.6), invariavelmente redundará em um debate sobre o que exatamente é o direito, ou seja, em uma polêmica acerca do próprio conceito de direito.

A esse respeito bem destaca o autor alemão que todo jurista já detém uma idéia mais ou menos clara que se exprime em sua prática cotidiana, de tal forma que nos casos ditos “comuns” um conceito de direito é postulado como evidente e a princípio considera-se mesmo desnecessário delimitar em que plano de realidade (natural ou cultural) de fato situa-se o fenômeno jurídico. Porém, o mesmo não acontece nos chamados *hard cases*, os casos “difíceis” cuja complexidade traz à lume a radical insuficiência daquela noção preliminar que subjaz à *praxis* do foro.

A grande maioria – quando não a totalidade – destes casos limítrofes constituem desdobramentos daquele que poderíamos denominar com acerto de *dilema da lei injusta*, que a mais de vinte séculos mobiliza gerações de pensadores do direito ora na tentativa de negar e ora na tentativa de reconhecer caráter coercitivo a uma lei que se encontre em manifesta contrariedade com os princípios de justiça, ainda que posta em total conformidade com os cânones do direito positivo. Um dos mais antigos registros de que se tem notícia a esse respeito remonta ao século VIII a.C, quando a dramaturgia grega de Sófocles lança no grito que Antígona dirige ao tirano Creonte a possibilidade de critérios de validação jurídica que se encontrem para além do sistema positivado:

ANTIGONA – Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tais decretos entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses. (SÓFOCLES, 2008, p.96, grifo nosso)

E nada obstante os milênios que nos separam do autor grego, o fato é que a questão que foi por ele trabalhada transcendeu épocas, ganhando os contornos relacionados a cada uma delas e, na contemporaneidade em especial, toda uma nova força oriunda dos horrores perpetrados pelo nazi-facismo no curso da segunda grande guerra (1939-1945). As inegáveis convulsões deste período histórico, que levaram mesmo um teórico como Gustav Radbruch (1878-1949) a redigir sua célebre fórmula da justiça após as perseguições que culminaram na perda de sua cátedra em Heidelberg na Alemanha (SCHOLLER, 2009, p.686), invariavelmente insuflaram a retomada das reflexões em torno dos limites do direito positivo, haja vista a nítida preocupação dos líderes nacional-socialistas em imprimir o máximo de legalidade às posições abertamente anti-semitas do *Reich* alemão.

Daí a origem do objeto de estudo do presente capítulo, qual seja, uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão datada de 1968, quando a Corte foi provocada a manifestar-se acerca do caso de um advogado judeu que emigrara para Amsterdam pouco antes da Segunda Guerra, devendo o tribunal decidir se o mesmo deveria ou não perder a cidadania alemã de acordo com o § 2 do 11º Decreto da Lei de Cidadania do *Reich*, de 25 de Novembro de 1941 (*Reichsgesetzblatt* I, p.722), que por motivos evidentemente racistas privava de nacionalidade alemã os judeus emigrados. A decisão judicial, conforme nos é trazida por Robert Alexy em seu *Conceito e Validade do Direito* (ALEXY, 2009, p.7/8), acabou vazada em termos muito semelhantes àqueles que marcaram a personagem de Sófocles, e a toda evidência transbordam a mera interpretação de textos legais. Eis a fundamentação do julgado:

O direito e justiça não estão à disposição do legislador. A idéia de que um legislador constitucional tudo poderia ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas. Foi justamente a época do regime nacional-socialista na Alemanha que ensinou que o legislador também pode estabelecer a injustiça (BVerfGE [Bundesverfassungsgericht, Tribunal Constitucional Federal] 3, 225 (232)). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional Federal afirmou a possibilidade de negar aos dispositivos “jurídicos” nacional-socialistas sua validade como direito, uma vez que eles contrariam os princípios fundamentais da justiça de maneira tão evidente que o juiz que pretendesse aplicá-los ou reconhecer seus efeitos jurídicos estaria pronunciando a injustiça e não o direito (BVerfGE 3,58 (119); 6,132 (198)). O 11º Decreto infringia esses princípios fundamentais. Nele, a contradição entre esse dispositivo e a justiça alcançou uma medida tão insustentável que ele foi considerado nulo *ab initio* (cf. BGH, RzW [Bundesgerichtshof, Rechtsprechung zur Wiedergutmachungsrecht, Decisões do Supremo Tribunal de Justiça alemão sobre o direito de reparação], 1962, 563; BGHZ [Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Decisões em matéria cível do Supremo

Tribunal de Justiça alemão] 9, 34 (44); 10, 340 (342); 16, 350 (354); 26, 91 (93)). Esse decreto tampouco se tornou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos ou porque algumas pessoas atingidas pela “desnaturalização” declararam, em seu tempo, estarem resignadas ou de acordo com as medidas nacional-socialistas. Pois, uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada. (ALEXY, 2009, p.7/8, grifo nosso)

Os excertos em destaque na longa transcrição nos permitem compreender adequadamente a amplitude e a relevância deste precedente tanto na tradição alemã quanto na esfera do direito comparado, porquanto antes de tratar-se de um juízo fixado sobre a lei de cidadania nazista, trata-se primordialmente da decisão de um tribunal que nega de forma expressa o caráter jurídico de uma lei, ou seja, sua validade e eficácia, exclusivamente sob o argumento - anti-positivista por excelência - de que o referido dispositivo ofende aos “princípios fundamentais da justiça”.

No entanto, se a falta de critérios objetivos na fixação dos aludidos princípios pesa contra o posicionamento da Corte Constitucional Alemã, que em última instância possibilitou a revogação da normativa nazista com base em nítidas avaliações subjetivistas de seus magistrados, o fato é que a decisão tampouco seria menos polêmica tivesse o julgamento tomado rumo diverso, posto que a decisão contrária significaria o reconhecimento de plena validade e aplicabilidade a um decreto que regulamentava uma das leis mais abertamente racistas que o mundo já conheceu.

E ainda que a o Tribunal já tivesse à sua disposição os §§ 1º e 3º do artigo 3 da atual Lei Fundamental alemã, a resguardar respectivamente o princípio geral da igualdade e a proibição de discriminação, de forma a impedir o reconhecimento de qualquer grau de eficácia à lei de desnaturalização nazista, tornando talvez desnecessário o recurso ao argumento extremo então veiculado, esta possibilidade em nada diminui a relevância geral do argumento anti-positivista. Primeiro porque o próprio Alexy (2009, p.8/9) já destaca, ao levantar esta hipótese, que nem toda situação em que devem ser julgadas as consequências jurídicas de um regime injusto pode receber a aplicação de uma constituição como a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. E em segundo lugar, há que se considerar necessariamente a existência de casos nos quais importa saber se a norma era nula desde o início, uma decisão que a toda evidência não pode ser tomada com base exclusivamente em uma constituição que lhe seja posterior.

Nesse sentido, basta lembrar em episódio recente de nossa história a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem

dos Advogados do Brasil junto ao Supremo Tribunal Federal em 21 de Outubro de 2008, com fito de revisar a Lei nº 6683/79, popularmente conhecida como a Lei da Anistia relativa aos crimes perpetrados no curso da ditadura que assolou o País a partir do golpe militar de 1964. Tem-se por notório que, nada obstante os preceitos expressos da Constituição Federal de 1988 que a amparavam, a decisão final da Corte pela improcedência do pedido, ao afirmar a impossibilidade de revisão judicial de um acordo pactuado segundo as leis de uma época pregressa, não deixou de suscitar acirradas polêmicas, ventiladas dentre outros pelo prof. Fábio Konder Comparato, para quem a decisão ofendeu expressamente princípios de direitos humanos cuja origem: “(...) *não reside na lei positiva ou na convenção internacional, mas na consciência ética da humanidade.*” (COMPARATO, 2010, grifo nosso)

Desta feita, a busca pela fundamentação última do direito enquanto algo que *é* ou algo que *deve-ser*, ou seja, a definição do fenômeno jurídico enquanto a pura construção cultural descrita por Kelsen ou a dinâmica inerente àquele núcleo natural de juridicidade em favor do qual Hervada advoga, ostenta uma importância prática capital, porquanto há de influenciar diretamente no proceder do jurista quando este se veja tal qual o Tribunal Alemão na contingência de aplicar uma lei estabelecida segundo o processo legislativo ordinário, porém contrária a certos valores fundamentais amplamente reconhecidos pela humanidade no curso de seu desenvolvimento histórico e social.

E como não bastasse, a atualidade da discussão patenteia-se no âmbito da Teoria do Direito contemporâneo em razão do fortalecimento de um novo modelo de compreensão e aplicação do jurídico, que vem se estruturando nos dias atuais sob a rubrica do assim chamado *neoconstitucionalismo* ou *pós-positivismo*. Ressaltando-se que o posicionamento doutrinário mais autorizado (DINIZ, 2009, p.650) concede que enquanto categoria terminológica esta expressão padece de um caráter ainda provisório e excessivamente genérico, haja vista que seu emprego suscita divergências mesmo entre autores que partilham das teses comumente atribuídas a esta “nova escola” da teoria jurídica.

É certo que a diversidade das fontes, no entanto, em nada impede que sejam apontadas as linhas mestras sobre as quais transita o novel ideário, como faz com propriedade o prof. Humberto Ávila em artigo intitulado precisamente “*Neoconstitucionalismo*”: *entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência*”:

(...) podem ser apontadas algumas supostas mudanças fundamentais – ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou menor intensidade – desse movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional denominado de “neoconstitucionalismo”: princípios em vez de regras (ou mais princípios

do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que justiça geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei). (ÁVILA, 2009, p.2)

Levando em consideração o posicionamento do teórico, insta salientar que a nosso ver, das cinco características por ele elencadas, as últimas quatro não constituem senão desdobramentos da primeira e fundamental distinção entre *regras e princípios*, binômio este deve seu reconhecimento a dois nomes do mais alto relevo no panteão pós-positivista, a saber, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Esse último em especial sintetiza de forma esclarecedora a nova perspectiva (ALEXY, 2009, p.85), postulando serem tanto as regras quanto os princípios espécies que compõe o gênero das normas jurídicas, ou seja, toda norma haveria de corresponder necessariamente à estrutura lógica ou de uma *regra* ou de um *princípio*.

No que tange à formação das primeiras, o autor dispõe que a *regra* caracteriza-se pela prescrição de uma consequência definitiva em face de determinados pressupostos, sendo aplicada a um caso concreto por subsunção somente quando este atenda às exigências do dispositivo legal, como no caso das penas do artigo 121 do Código Penal Brasileiro que serão aplicadas somente àquele indivíduo que comprovadamente matar alguém.

A estrutura lógica de um *princípio*, por sua vez, determina que algo seja realizado na maior medida possível frente às possibilidades fáticas e jurídicas, de tal forma que sua aplicação vem marcada não pela subsunção, mas pela *ponderação* entre princípios diversos que deverão ser sempre aplicados tanto quanto possível em face das determinações de cada caso concreto. Nesse sentido os princípios hão de nortear a busca pela interpretação mais adequada das regras, a exemplo do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988 cuja locução “todos são iguais perante a lei” postula que o sistema normativo nacional deve efetivar o tratamento igualitário de todos os indivíduos *na medida das possibilidades inerentes* ao nosso contexto sócio-cultural, sendo que algumas distinções inevitáveis, como o tratamento diferenciado conferido a minorias hipossuficientes, constituíram exceções a serem mantidas no limite do necessário e somente mediante razoável justificação.

O nó górdio desta distinção tão em voga na atualidade, como o próprio Alexy (2009, p.84) faz notar, reside no fato de que a estrutura “aberta” dos princípios, cuja aplicação constante no caso concreto varia apenas em razão do seu grau de incidência, vem não apenas colmatar as lacunas do sistema normativo, possibilitando a decisão em casos onde regra por si

só é deficitária, mas acaba também por criar uma inquestionável conexão entre o direito positivo e os valores morais que os princípios forçosamente congregam. Daí o passo distintivo desta abordagem em relação ao positivismo normativista de cariz kelseniano, posto que o autor da Teoria Pura do Direito e seus correligionários pretendem, como já visto, uma separação dita “asséptica” entre o direito e qualquer sistema de moralidade, ou seja, entre a construção cultural do puro *deve-ser* normativo e os valores morais que representam em última instância a opção particular de uma vontade que existe primordialmente enquanto elemento do mundo natural – enquanto algo que *é*.

Nas palavras do autor alemão:

(...) o argumento dos princípios diz que o juiz também está legalmente vinculado no âmbito de abertura do direito positivo, ou seja, do direito estabelecido e eficaz, e isso de uma maneira que cria uma vinculação necessária entre direito e moral. Isso condiz com a afirmação do Tribunal Constitucional Federal na decisão sobre a formação do direito mencionada no início: “O direito não é idêntico à totalidade das leis escritas. Quanto aos estatutos positivos do poder estatal, pode existir, sob certas circunstâncias, uma excedência de direito”.
(ALEXY, 2009, p.84, grifo nosso)

Ainda assim, como Diniz (2009, p.653) faz questão de destacar, a corrente mais autorizada do pós-positivismo repudia com igual veemência os “excessos metafísicos” do jusnaturalismo, bem como a firme convicção que seus adeptos mantêm em favor de um sistema jurídico situado ainda que em parte no plano do *ser*. Eis um dos pontos onde Dworkin (2009) manifesta-se como uma referência exponencial da atualidade na defesa de sua famosa tese da *one right answer*, segundo a qual toda decisão judicial busca de fato uma única resposta correta existente para cada caso ou em outras palavras uma decisão “justa”. Esta, porém, não se encontra vinculada a qualquer conteúdo determinado, correspondendo isso sim àquele julgamento que aplique certa lei segundo a interpretação que *melhor justifique o sistema jurídico como um todo*.

Vale notar, com Chueiri (2009, p.261), que este princípio não é para Dworkin um artifício metafísico e sim algo construído, de modo consciente e articulado, pelas práticas jurídicas e sociais de qualquer comunidade. Assim, o autor defende que um juiz é capaz de interpretar e julgar os casos que lhe são submetidos porque, em última instância, outros juízes já interpretaram e julgaram ocorrências oriundas daquele contexto social, de tal forma que cada novo julgador deve funcionar como um parceiro nesta cadeia de direito (*chain of law*), buscando sempre harmonizar suas decisões não apenas com o dispositivo legal a ser aplicado,

mas sobretudo com os valores consolidados pela tradição que lhe precedeu, ainda que por ventura não positivados.

Portanto, se existe consenso em torno do pós-positivismo, este reside por certo na agenda consubstanciada em seu nítido intento de constituir-se como uma via de superação tanto do modelo positivista clássico, que a seu turno não comporta a conexão entre direito e moral que invariavelmente advém da distinção lógica entre regras e princípios; quanto das mais variadas vertentes do jusnaturalismo, haja vista que o absolutismo metafísico que norteia os adeptos do direito natural não encontra ressonância entre seus teóricos contemporâneos, a exemplo de Dworkin para quem a juridicidade inerente a valores morais supra positivos, como visto, não significa torná-los absolutos se advindos de uma prática social reiterada que marca um contexto cultural específico.

Desta feita, a par da alta relevância do problema da lei injusta explicitado inicialmente, a questão central do presente trabalho – as relações entre ser e dever-ser – insere-se com igual importância no debate contemporâneo da Teoria do Direito, visto que a pretensão de superação que marca a vertente pós-positivista invariavelmente tem sua viabilidade condicionada à elaboração de um conceito de direito que é debatido atualmente com o claro objetivo de conferir uma possível solução a esta questão, com fito de possibilitar que os adeptos deste novo sistema de compreensão jurídica não mais incorram naquilo que consideram as aporias e reducionismos de seus antecessores.

Ademais, uma vez que se discute a própria delimitação do jurídico, não por acaso a eventual integração do Direito pelo valor Justiça repercute com igual intensidade no mais fundamental elemento da teoria jurídica, como veremos a seguir.

4.1.1 – O problema do sujeito de direito

Ademais, como desdobramento da questão anterior referente à lei injusta, a análise do *decisium* proferido pela Corte Constitucional alemã em 1968 justifica-se ainda por aventar a possibilidade de investigação acerca das repercussões que a tensão entre ser e dever-ser vem incutir naquele que consideramos como um conceito nuclear da teoria do direito, a saber, o conceito de sujeito de direito.

Afinal, o 11º Decreto então posto sob o juízo daquele tribunal não representava senão a mera regulamentação de uma lei que condicionava à concessão de um certificado administrativo tanto a cidadania alemã quanto o *simples status de sujeito do estado*. Em síntese, antecedendo o decreto em questão, a Lei de Cidadania do *Reich* já partia da premissa

no mínimo controversa de que somente alguns indivíduos da espécie humana merecem o status de sujeito e que - premissa ainda mais controversa - cabe ao Estado discriminar, segundo seus próprios critérios, quais são ou devem ser estes indivíduos.

A *Reichsbürgergesetz*, também conhecida como uma das Leis de Nuremberg, dado que sua promulgação sucedeu à Conferência do Partido Nazista que teve lugar naquele local, veio a lume aos 15 de Setembro de 1935 basicamente com a seguinte redação:

Os representantes do *Reich*, de forma unânime, estatuem a seguinte Lei, a qual doravante tem-se como promulgada:

§ 1º

a) – Um sujeito do Estado é uma pessoa que pertence à união protetora do *Reich* alemão e que, conseqüentemente, tem obrigações particulares com o mesmo.

b) – o status de sujeito do Estado será conferido de acordo com as provisões do Reich e a Lei de Estado da Cidadania.

§ 2º

a) – Um cidadão do reich é aquele sujeito que é alemão ou que é de sangue alemão e que provar, por sua conduta, que deseja servir fielmente ao povo alemão e ao *Reich*.

b) – O direito de cidadania é conseguido pela concessão dos documentos de cidadania do *Reich*.

c) – Somente o cidadão do Reich desfruta de direitos políticos completos e de acordo com as determinações legais.

§ 3º O Ministro do Interior do Reich e o emissário do Führer emitirão os decretos legais e administrativos necessários para executar e completar esta lei.

(DEUTSCHLAND, 2011b, grifo e tradução nossa)

E ainda que ao contrário da tradução inglesa o original em alemão utilize a expressão *Staatsangehörigkeit*, literalmente “nacionalidade” e não sujeito de estado, a divergência em nada diminui a força do argumento, tendo em vista que por expressa disposição do § 2, c, somente os “cidadãos do regime” (os *reichsbürger*) e não os *Staatsangehöriger* gozavam de algum direito político legalmente estabelecido. Aqueles que engrossavam as fileiras dos supostos “nacionais” sem pertencer ao restrito grupo dos *reichsbürger* suportavam apenas obrigações para com o regime (§1º, a) e ainda assim sob as condições impostas com base no § 1º, b, ou seja, quando muito eram escravos de deveres, integralmente privados da condição de sujeitos de direitos.

Diante de uma normativa desta ordem cabe perguntar, em sintonia com nossa discussão principal, se o status de sujeito de direito corresponde à mera concessão do Estado ou a um estatuto de direito natural inerente a todo indivíduo. Em suma, devemos tratar a condição de sujeito como pura construção cultural – um dever-ser que em nada anula a

possibilidade de uma abordagem contrária – ou como uma estrutura concreta residente no plano do ser, onde a mesma permanece inalterada qualquer que seja seu eventual contexto sócio-cultural?

Tal discussão impõe-se na atualidade em razão de certas situações limite que marcaram e ainda marcam o mundo pós-11 de setembro, no interior do qual a suspensão da ordem jurídica passou a ser encarada em nível mundial com uma naturalidade cada vez mais alarmante, a ponto de caracterizar aquilo que o filósofo Giorgio Agamben (2004) descreveu tão apropriadamente como *o paradigma de governo do estado de exceção*. Nas palavras do autor:

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de forma muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo. (AGAMBEN, 2004, p.13)

Um dos mais expressivos exemplos desta nova conjuntura encontra-se, a toda evidência, na agressiva política de segurança pública norte-americana que sucedeu o ato patriótico (*USA Patriot Act*) promulgado pelo senado em 26 de outubro de 2001, apenas poucos dias após o atentado perpetrado no *World Trade Center*. O dispositivo excepcional permitia, dentre outras medidas condicionadas ao juízo das autoridades policiais, a detenção de qualquer indivíduo meramente “suspeito” de atividades contra a segurança nacional, sendo que no prazo de sete dias após o encarceramento a pessoa deveria ser expulsa do país ou acusada de violação à lei de imigração e eventualmente de algum outro delito. (AGAMBEN, 2004, p.14).

Porém, o ponto mais alarmante de tais práticas consiste primordialmente na radical anulação de todo o estatuto jurídico do indivíduo que é, de súbito, transformado em um ser inominável e inclassificável. No âmbito dos referidos decretos, por exemplo, não se fala mais em prisioneiros ou acusados, titulares de garantias fundamentais mesmo em face do poder punitivo do Estado, mas sim em simples detentos objetos de uma pura manifestação de força material. Agamben relembra que: “*Os talibãs capturados no Afeganistão, além de não gozarem do estatuto de POW (prisioneiro de guerra) de acordo com a Convenção de Genebra, tampouco gozam daquele de acusado pelas leis americanas (...)*” (2004, p.14).

O filósofo mostra ainda que a recorrência com que o governo americano se utilizou de tais medidas não apenas demonstra a completa descaracterização da natureza excepcional das mesmas, como também permite um paralelo entre o campo de concentração de Auschwitz e a base militar de Guantanamo ao sul de Cuba, a fim de constatar tanto na instituição nazista, quanto na base norte-americana, um paradigma de controle que se impõe justamente mediante a anulação total da situação jurídica daqueles indivíduos que o sistema busca subjugar. Com o agravante de que o modelo americano vai ainda um pouco além do alemão, pois os judeus vítimas do nazismo, se por um lado perdiam toda identidade jurídica, ao menos conservavam a identidade social de judeus, ao passo que no tocante aos detentos de Guantanamo: “(...) *a vida nua atinge sua máxima indeterminação.*” (AGAMBEN, 2004, p. 14 e 15).

Doravante, incumbe à Teoria do Direito, sobretudo porque confrontada com um contexto desta ordem, esclarecer se a condição de sujeito de direito encontra-se ou não condicionada à concessão do estado, mediante a prescrição de um *dever-ser* que pode ser suprimido a qualquer tempo. Da resposta a esta questão depende a legitimidade de práticas como as medidas de controle supracitadas.

4.2 – A decisão à luz do pensamento de Kelsen

Neste ponto, não se torna difícil antever que a Teoria Pura do Direito jamais poderia abarcar uma decisão como aquela proferida pela Corte Constitucional Alemã, bastando lembrar a lógica cortante que marca o pensamento de Kelsen, para quem o pleno reconhecimento da juridicidade (e conseqüente aplicabilidade) inerente às normas injustas vem mesmo como uma questão de honestidade intelectual:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados. (KELSEN, 2006, p.44, grifo nosso)

A Justiça do ordenamento, enquanto problema valorativo que envolve em última instância a consideração de certas preferências subjetivas (o *ser*) da vontade humana, que não admite uma análise efetiva senão por parte da consciência daqueles indivíduos que de fato mantêm estas inclinações, situa-se claramente à margem do corte epistemológico que a Teoria Pura efetua de início ao restringir seu plano de investigação conceitual à esfera do *dever-ser*.

Tanto que o mestre de Viena já alertava ao final do prefácio à segunda edição de sua obra (KELSEN, 2006, p.18), que nada obstante a importância da questão do justo no âmbito da política jurídica, pouco haveria que dizer a seu respeito do ponto de vista científico da *Reine Rechtslehre*.

Ademais, reconhecer a Justiça como legítimo critério de validação jurídica significa também incutir na ciência do direito algo mais do que a simples pretensão de apreender e descrever o seu objeto, tal qual a maioria dos sistemas de conhecimento tradicionais. Significa, isso sim, conferir-lhe um caráter em essência *prescritivo*, outorgando-lhe o impositivo papel de delimitar não apenas qual *é*, mas qual *deve ser* a estrutura de seu objeto de estudo, a saber, o sistema jurídico. Contrariamente, por sua vez, Kelsen postula que à ciência do direito compete descrever seu objeto segundo o máximo de neutralidade e isenção, à medida que inclinações subjetivas (*ser*) não devem conformar a estrutura de uma construção cultural (*dever-ser*) que se situa em distinto plano do real, conforme dispõe a cisão propugnada pela Teoria Pura.

Assim, se toda norma corresponde à estrutura lógica de um juízo de valor (um *dever-ser*) emitido pela autoridade política, o teórico que investiga o sistema formado pelo conjunto destas manifestações deve eximir-se de formular um novo juízo de valor sobre a norma (um *dever-ser* sobre outro *dever-ser*), limitando-se apenas e tão somente a descrever este objeto mediante um juízo realidade, com quem diz não que a norma (o *dever-ser*) deveria ser deste ou daquele modo, mas que simplesmente *é* assim, a exemplo da constatação de que “*segundo o ato de vontade da autoridade X deve ocorrer a situação A quando verificada a constituição do pressuposto B*”.

Daí advém a conhecida distinção formulada pelo teórico (KELSEN, 2006, p.80) entre a *proposição* e a *norma* jurídica, onde as primeiras correspondem aos enunciados a partir dos quais a ciência do direito descreve as relações que são produzidas pelas autoridades judiciárias com base nas segundas. Portanto, a proposição formulada pelo jurista que simplesmente descreve o *dever-ser* normativo, não se identifica em absoluto com a autoridade que constitui ou aplica esta norma:

Mas – e esta é a dificuldade que se nos depara na representação desta realidade –, com o emprego da palavra “*dever-ser*”, a proposição jurídica formulada pela ciência do Direito não assume a significação autoritária da norma jurídica por ela descrita: o “*dever-ser*” tem, na proposição jurídica, um caráter simplesmente descritivo. Porém, do fato de a proposição jurídica descrever algo, não se segue que esse algo descrito seja um fato da ordem do ser, pois não só os fatos da ordem do ser mas também as normas de *dever-*

ser (*Soll-Normen*) podem ser descritos. Particularmente, a proposição jurídica não é um imperativo: é um juízo, a afirmação de um objeto dado ao conhecimento. E também não implica qualquer espécie de aprovação da norma jurídica por ela descrita. O jurista científico que descreve o Direito não se identifica com a autoridade que põe a norma jurídica. A proposição jurídica permanece descrição objetiva – não se torna prescrição. Ela apenas afirma, tal como a lei natural, a ligação de dois fatos, uma conexão funcional. (KELSEN, 2006, p.89, grifo nosso)

Eis o porquê Kelsen se permite discordar de uma lei injusta e condená-la com veemência ainda que convicto de sua configuração jurídica, haja vista que esta discordância reflete unicamente sua opinião acerca de como o direito deve(ria) ser. Porém, se ao jurista compete descrever o direito tal qual este lhe aparece, o mesmo não há de perquirir como o sistema *deve ser* e sim como ele de fato *é*, de tal forma que nada existe de contraditório na atitude do teórico que afirma a coercibilidade de uma lei injusta (entenda-se: reconhece o seu caráter jurídico) ainda que discorde pessoalmente do conteúdo veiculado por aquele dispositivo. Afinal, nunca é demais lembrar que se a proposição jurídica corresponde à descrição de um *dever-ser*, a vontade humana que discorda desta prescrição, por sua vez, corresponde a um *ser*, dois elementos situados em distintas esferas de realidade que Kelsen entende como absolutamente independentes.

Por fim, não se pode olvidar que à luz da pirâmide normativa estruturada pela Teoria Pura do Direito, a Lei de Cidadania do *Reich* tampouco haveria de merecer qualquer reprimenda, uma vez que a suspensão dos direitos fundamentais na Alemanha da década de trinta, encontrava-se autorizada por previsão expressa contida no Capítulo Terceiro da Constituição da República de Weimar vigente à época. Nesse sentido:

Art.48 – (...) Na eventualidade de sérias ameaças ou distúrbios à segurança pública, o Presidente do Reich poderá tomar as medidas necessárias ao restabelecimento da lei e da ordem, até mesmo sob o uso de força armada caso necessário. Na consecução deste objetivo, o presidente poderá igualmente suspender de forma parcial ou integral os direitos civis descritos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154 (DEUTSCHLAND, 2011a, grifo e tradução nossa)

Logo, mesmo a chamada “Lei para sanar a miséria do Povo e da Nação” (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*) que outorgou ao chanceler Adolf Hitler plenos poderes para a administração do Estado em 1933, a muito custo suportaria a classificação de *inconstitucional*, posto que esta dispositivo de habilitação veio corporificar justamente uma medida excepcional cujo objetivo, nos moldes do artigo 48 da Lei Fundamental, residia em

combater a ameaça que se acreditava pairar sobre o país após o incêndio supostamente criminoso que dilapidou o parlamento naquele mesmo ano (DEUTSCHLAND, 2011c).

Não por acaso, todo o Terceiro *Reich* alemão (1933-1945) pode ser designado juridicamente como um estado de exceção, marcado sim pela suspensão dos direitos e garantias fundamentais, porém *constitucionalmente autorizado* a tanto. Em conclusão, sob a ótica do direito positivo todas as Leis de Nuremberg, dentre as quais se inclui a Lei de Cidadania que o Decreto apreciado pela Corte Constitucional em 1968 visava regulamentar, encontram-se em perfeita consoância com o ordenamento de sua época, nada obstante seu caráter abertamente anti-semita, uma vez que tanto o procedimento (o estabelecimento de um estado de exceção) quanto o conteúdo destas normas (a suspensão dos direitos civis de uma parcela da população) advinham diretamente da previsão expressa gestada pela Constituição então vigente.

Quanto à caracterização do sujeito direito no âmbito teoria jurídica, o posicionamento do autor não é menos incisivo. Aqui, não há exagero em dizer que Kelsen “desconstrói” por completo o próprio conceito de sujeito, a ponto de designá-lo apenas como uma mera representação auxiliar que é de todo desnecessária na compreensão do direito, muito embora se preste a cumprir uma mínima função didática.

Esta interpretação radical decorre do fato de que a noção tradicional de sujeito jurídico acaba integralmente subjugada pelo conceito de norma, a pedra angular de toda a Teoria Pura. Partindo do princípio de que em uma teoria dirigida às normas jurídicas não devem ser tomados em consideração os indivíduos como tais, mas apenas suas ações/omissões *que constituem o conteúdo das normas que compõe a ordem jurídica*, Kelsen chega a afirmar (2006, p.189/190), de forma cáustica, que a idéia de um sujeito jurídico como o portador ou “suporte” de certos direitos serve apenas à função ideológica de manter a idéia de que capacidade de se apropriar juridicamente de certos bens ou direitos, que dá origem à propriedade privada, é uma: “(...) *categoria transcendente em confronto com o Direito objetivo positivo, de criação humana e mutável, e é uma instituição na qual a elaboração de conteúdo da ordem jurídica encontra um limite insuperável.*” (KELSEN, 2006, p.190/191).

A partir de então, o teórico postula (2006, p.192) que a única compreensão compatível com a objetividade que uma ciência jurídica digna deste nome requer, consiste em conceber o sujeito jurídico, até então equiparado ao conceito de pessoa da doutrina clássica, não mais como aquele ente que porta um número determinado de direitos e deveres (suporte) e sim como estes próprios direitos e deveres, ou seja, *nada além de um conjunto de normas jurídicas*.

A ofensiva é dirigida abertamente ao clássico conceito metafísico de pessoa, que Kelsen toma como um ideário excessivamente “substancializador”:

A pessoa, como “suporte” de deveres jurídicos e direitos subjetivos, não é algo diferente dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos dos quais ela se apresenta como portadora – da mesma forma que uma árvore da qual dizemos, numa linguagem substantiva, expressão de um pensamento substancializador, que tem um tronco, braços, ramos, folhas e flores não é uma substancia diferente deste tronco, destes braços, ramos, folhas e flores mas apenas o todo, a unidade destes elementos. A pessoa física ou jurídica que “tem” – como sua portadora - deveres jurídicos e direitos subjetivos é estes deveres e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão somente a personificação desta unidade. (KELSEN, 2006, p.192/193, grifo nosso)

Por sua vez, a unidade deste complexo normativo a partir do qual o teórico compreende a pessoa decorre simplesmente do fato de ser a conduta de um e o mesmo indivíduo que constitui o conteúdo destes direitos e deveres (KELSEN, 2006, p.194). Logo, concebida enquanto mero agrupamento de normas, a “pessoa” da Teoria Pura perde mesmo o status de uma realidade natural e não impressiona a sinonímia que o autor estabelece entre os tradicionais conceitos de pessoa natural e pessoa jurídica, uma vez que no plano estrutural ambas compõem complexos normativos perfeitamente equivalentes (KELSEN, 2006, p.194).

Ao final, a conclusão da Teoria Pura consiste em reconhecer, quase que em resposta direta ao questionamento formulado ao longo do item 4.1.1: “(...) *que a ordem jurídica empresta ao homem personalidade, e não necessariamente a todos os homens. Os escravos não são pessoas, não tem qualquer personalidade jurídica.*” (KELSEN, 2006, p.192). De tal sorte que à luz do pensamento de Kelsen, medidas de exceção como o *Patriotic Act* do governo norte-americano ou a Lei de Cidadania do *Reich* alemão revestem-se de juridicidade inquestionável, ainda que objetivem a supressão da esfera jurídica de alguns indivíduos, pois enquanto ente que “empresta ao homem personalidade” o ordenamento, por conclusão lógica, igualmente detém a capacidade de revogá-la.

4.3 – A decisão à luz do pensamento de Hervada

De outra sorte, tem-se por inquestionável a plena receptividade da decisão em comento no sistema de Hervada, sobretudo porque a exemplo do mestre espanhol a Corte alemã claramente não concebe o direito como a totalidade das leis escritas, mas sim enquanto

um sistema onde a norma posta vem complementada em suas inevitáveis lacunas por critérios supra positivos de determinação do jurídico.

A questão consiste em conceber a lei como um possível componente auxiliar do direito, mas não de *todo* o direito, porquanto este surge para o professor de Navarra, como visto, com base na constatação fática fundamental de que “as coisas encontram-se naturalmente repartidas”, ao passo que o princípio regente da legislação, por sua vez, corresponde não à repartição de bens e sim à *ordenação de condutas* (HERVADA, 2006, p.19). Esta regulamentação do agir humano com base em critérios racionais não descreve a função própria do jurista e sim do político, a quem compete formular, pela via dos órgãos legislativos competentes como os Parlamentos e os Governos, toda a estrutura legal. A lei somente mantém relação com o direito na medida em que a mesma funcione secundariamente e a par desta função precípua de ordenação, também como um parâmetro na efetivação e manutenção da repartição de bens – este sim o objetivo primordial do jurista.

O autor concede ainda que no mais das vezes esta função auxiliar da legislação fornece um critério capaz de nortear o jurista de forma concreta e razoável na consecução de seu ofício. No entanto, justamente porque o conceito chave do direito é a *repartição* e não a *ordenação*, a legislação não se configura como um elemento imprescindível à atividade judiciária, principalmente devido à divisão natural de certos bens que também compete ao jurista assegurar. Neste diapasão, se a lei com freqüência é tomada como direito, tal não decorre senão de uma simples translação da linguagem, que em um excesso de conveniência pretende designar com a mesma palavra dois objetos relacionados entre si ainda que nitidamente distintos, a exemplo daquele indivíduo que emprega a expressão “uma televisão” para descrever tanto a empresa que emite programas televisivos quanto o aparelho receptor (HERVADA, 2006, p. 19/20).

Portanto, a lei pode eventualmente possibilitar a efetivação do direito, mas não é propriamente direito, uma vez que este vem definido de forma restritiva por Hervada (2008, p.136) como a *coisa devida*, ou seja, como um objeto devolvido a determinado indivíduo em respeito a uma repartição anterior de bens que pode ser tanto natural quanto convencional. À oportunidade, vale notar que esta insistência do autor na distinção exposta obviamente não é gratuita, porquanto visa fundamentar uma conclusão capital de sua proposta, a saber, a assertiva de que a justiça visa em última instância o cumprimento do direito e não da lei.

Em capítulo dedicado ao tema, vaticina o teórico:

Pretender definir a justiça a partir da norma – como valor ou dimensão original da lei – é tempo perdido. Cada vez que se procurou definir a justiça sob a perspectiva da lei – e algumas tentativas vêm da antiguidade grega -, caiu-se em uma nova torre de Babel. Nos últimos tempos aparecerem mais de duzentas definições de justiça, a ponto de ser possível observar uma crescente dose de ceticismo sobre a noção de justiça. Isso porque se errou na perspectiva. A justiça não é *originariamente* um efeito da norma, não nasce da lei, e, por isso, não é uma dimensão originária – nascida – da política. À política e, portanto, à lei, é *dada* justiça. E é dada pelo direito (as coisas justas). Não é algo *disposto* originariamente pela lei e pela política. Por isso, fazer todo direito derivar da lei impede entender a justiça. Porque a justiça depende do direito e, portanto, apenas quando se admite algum direito preexistente à lei e à arte da política, pode-se introduzir a justiça na lei e na política. (HERVADA, 2006, p.21, grifo nosso)

Em síntese, a justiça concebida enquanto vontade constante e perpétua de dar a cada um aquilo que é seu - o *ius suum cuique tribuendi* que Hervada adota (HERVADA, 2008, p.74) – ostenta a função precípua de manter uma repartição de bens (leia-se: um direito) que lhe é preexistente, no que tange àqueles objetos repartidos em razão de uma divisão natural das coisas. A legitimidade ou a “justiça” da lei decorre, por conseguinte, do eventual respeito conferido a esta divisão preliminar quando da elaboração (via legislação) daquela repartição convencional de outros bens que já não se encontrem naturalmente divididos, perfazendo o que poderíamos denominar de âmbito de “atuação discricionária” do legislador. Todo dispositivo legal que objetiva a transposição deste limite, na tentativa de alterar a distribuição natural de certos objetos, invariavelmente carrega a mácula da injustiça oriunda do desrespeito à divisão precedente (HERVADA, 2006, p.22/24).

Assim, classificando a repartição natural e a repartição convencional de bens sob a rubrica do direito natural e do direito positivo respectivamente, o teórico de Navarra manifesta-se então de forma expressa acerca da problemática da lei injusta, ofertando sua resposta ao dilema com que se defrontou a Corte Constitucional alemã em 1968:

Indubitavelmente há leis injustas, há coisas atribuídas (podemos chamá-las de direitos para entender) injustamente. Mas isso significa apenas que a justiça preexiste ao direito positivo, ao direito dado pelos homens, não que simplesmente preexiste ao direito. Em outras palavras existem – e como existem! – leis injustas; mas são injustas *porque lesam o direito natural*, ou seja, porque atribuem coisas a pessoas diferentes daquelas as quais foram atribuídas anteriormente por direito natural, ou negam a titularidade de algo a quem o tem por direito natural, ou atribuem coisas a quem por direito natural é negado. Em suma, se existe um direito injusto não é porque a justiça antecede o direito, mas sim porque existe um direito natural anterior ao direito positivo que este não pode debilitar ou anular. (HERVADA, 2006, p.27)

Por conseguinte, no que concerne à decisão que nega aos dispositivos nacional-socialistas o seu status como direito, não há que se falar nem mesmo em um precedente calcado em critérios meta-jurídicos, porquanto a repartição natural de certos bens constitui segundo Hervada um direito natural equivalente à norma posta, que deve respeitá-lo a fim de garantir a justiça de suas determinações. Desta forma, urge reconhecer o embasamento da Corte Constitucional alemã primeiro como fundamentalmente *jurídico*, na medida em que os “princípios de justiça” a que alude o Tribunal são tomados pelo canonista espanhol na conta de verdadeiras prescrições de *direito*, ainda que não positivadas.

Todavia, cabe perguntar qual vem a ser o conteúdo deste direito natural que mesmo a lei positiva não pode desrespeitar ou anular, ou seja, quais são exatamente os bens que já se encontram repartidos de uma forma tal que o direito posto pelo homem não é capaz de alterar senão por meio de uma injusta ficção? Hervada lança a questão a partir de um dito humorístico da cultura britânica, segundo a qual o Parlamento de seu país goza de poderes para fazer tudo: “(...) à exceção de tornar um homem em uma mulher e uma mulher em homem;” (HERVADA, 2006, p.62).

A índole jocosa do adágio por certo não se refere ao fato físico de um homem ser transformado em mulher, tendo em vista que a austera tradição inglesa jamais diria algo semelhante de seu Parlamento, apenas quiçá de seus médicos. A anedota simplesmente postula com humor que o poder daquela casa legislativa restringe-se à possibilidade de fazer tudo *que é possível ao homem fazer*, restando o órgão incapaz, por exemplo, de promulgar um *bill* em virtude do qual um homem seja tratado socialmente como mulher e vice-versa. Uma determinação desta ordem constituiria uma injustiça porque fiada em proposta claramente antinatural, posto que um ser humano do sexo masculino naturalmente há de receber em qualquer contexto social o tratamento reservado aos homens e não às mulheres.

Hervada postula que este dentre outros exemplos nos permite aferir a presença nítida de um parâmetro objetivo que existe a nortear a repartição de certos bens, conferindo particular ênfase àqueles elementos responsáveis pela individuação de cada ser humano. Tal significa dizer que se o direito corresponde à repartição de bens, todo homem é o titular natural dos bens que compõe as características específicas de sua pessoa, a exemplo de seu corpo, de sua consciência e dos bens minimamente necessários à subsistência de ambos. Tendo em vista que lei alguma é capaz de efetivamente privar um indivíduo de si mesmo, podendo o poder público quando muito coagir-lhe o corpo sem jamais invadir o reduto imperscrutável da consciência que compõe também a subjetividade de cada qual, somente o

homem vem a ser de fato o dono integral de seu ser, constituindo este o bem primeiro que lhe é naturalmente atribuído e que todos devem respeitar.

Daí segue-se a capacidade tipicamente humana da apropriação de bens, uma vez que apenas um ser que é dono de si poderia apoderar-se de algo a ponto de reconhecê-lo como um objeto verdadeiramente seu, tornando-se o titular deste bem ou – o que significa o mesmo – deste direito. Nesse sentido:

Dissemos antes: pessoa é o ser que é dono de si. Portanto, não é apenas capaz de dominar seu entorno, mas também já é, por natureza, dono e possuidor de si. Pelo menos tudo aquilo que constitui seu próprio ser *esta atribuído ao homem* em virtude de ser pessoa. É evidente por isso que o homem tem direitos naturais. (HERVADA, 2006, p.69).

Logo, o direito enquanto repartição de bens forçosamente pressupõe a existência de pessoas (sujeitos) aptas a apropriarem-se destes objetos, o que responde ao questionamento proposto acerca da posição do sujeito de direito no âmbito do jusnaturalismo do teórico espanhol. Este a toda evidência reconhece a condição de sujeito de direito como o principal conteúdo componente de um direito natural que toda lei positiva deve obrigatoriamente respeitar sob pena de flagrante injustiça, a exemplo do 11º Decreto que regulamentava a Lei de Cidadania do *Reich* com o nítido intuito de negar aos judeus então residentes no país justamente o reconhecimento deste status natural.

Não por acaso, vale lembrar que mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas aos 10 de Dezembro de 1948, na cidade de Paris, já determinava logo em seu artigo 6º que: “*Todos os indivíduos tem direitos ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica.*” (UNITED NATIONS, 2011, grifo nosso), o que reforça a tese de que mesmo a contemporaneidade tende a compreender a condição de sujeito de direito não como a concessão do ordenamento jurídico de um Estado particular e sim como um fato ou potência natural, um *ser* que permite ao homem atribuir a si e a outrem algo como seu, criando assim um *dever-ser*.

Dizer que esta capacidade advém de uma concessão do ordenamento jurídico, finaliza Hervada, significa ignorar que todo fato cultural depende de um fato natural, admitindo-se contraditoriamente que o homem pode dar a si mesmo: “*(...) a potência (a capacidade para o fato cultural) e o ato (o fato cultural), o que suporia nele um poder criador em sentido estrito (tirar algo do nada), coisa impossível.*” (HERVADA, 2006, p.77).

4.4 – A possível dinâmica de uma conexão

Demonstrada a relevância do tema proposto tanto para filósofos e humanistas em geral quanto para os juristas em particular, resta reconhecer ao final que o mesmo ainda permanece como uma incômoda questão em aberto, a exemplo do que comprovam as teorias que Kelsen e Hervada constroem a partir de interpretações diametralmente opostas acerca das relações entre ser e dever-ser, formalizando duas sólidas leituras que operam respectivamente em chave negativa e positiva no que tange à interdependência destes pólos do real.

A influência prevalente de Kelsen, sobretudo no cenário jurídico nacional, é inegável, bastando lembrar que em levantamento compreensivo dos últimos 10 anos encontram-se nada menos do que 26 livros e 51 artigos dedicados direta ou indiretamente ao exame e ao debate dos postulados fixados pela Teoria Pura do Direito. Ademais, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o pensamento do professor de Viena também marcou época, sendo que o período de 1977 a 2010 registrou 52 julgamentos colegiados cujos fundamentos invocam obras do autor (TOFFOLI, 2011, p.14/16).

Porém, conquanto a volumosa produção acadêmica e jurisprudencial demonstre a permanência das teses veiculadas pelo teórico, não se pode olvidar que muito desta disseminação de seu positivismo normativista deveu-se à onda crítica que se formou na última década contra a Teoria Pura do Direito, impulsionada primariamente pelo movimento contestador do neoconstitucionalismo, afeito de tal maneira à principiologia do ordenamento que alguns ainda o tomam em parte como um abuso que objetiva em verdade justificar posições de clara afronta à literalidade do texto normativo (TOFFOLI, 2011, p.16).

A oposição constante e ordenada, no entanto, apenas reforça aquele que entendemos como o grande mérito da teoria do autor, a saber, o fato de ter o mesmo contribuído para aquilo que João Baptista Machado classifica no prefácio ao opúsculo de Kelsen intitulado *A Justiça e o Direito Natural*, como o amadurecimento de um “erro”, um preconceito que ainda se encontrava indistintamente formulado pelo psicologismo e pelo sociologismo que enfermavam a Teoria do Direito quando do advento de sua obra, e que Kelsen conduziu: “(...) com inteiro rigor lógico, àquela sua extrema conseqüência em que uma exigência de superação se torna patente. Ponto é que se logre desconectar a sua obstinada maquinaria lógica e escapar de seu sortilégio redutor” (MACHADO, 2009, p.39).

Este vício, como bem destaca o autor português (MACHADO, 2009, p.7), obviamente não poderia se encontrar na estrutura lógica da arquitetônica conceitual elaborada pela Teoria Pura, que é em suas linhas gerais praticamente irrefutável. O preconceito de

Kelsen (que é também o preconceito de sua época) refere-se sim a uma determinada concepção do conhecimento científico calcada no reducionismo de um positivismo filosófico segundo o qual toda e qualquer ciência se reconduz a um destes dois tipos: as ciências naturais que como a biologia e a física buscam sistematizar o complexo de dados do mundo empírico, e as ciências formais ou hipotético-dedutivas, dedicadas em seu turno ao estudo das estruturas condicionantes de toda conceituação elaborada pelo espírito humano (caso da lógica e da matemática).

Nada mais natural que se buscasse então enquadrar a dogmática jurídica neste dístico classificatório, o que resultou em um primeiro momento na concepção extrema que equiparou o Direito à ciência natural da sociologia, esta sim afeita ao estudo isento das ocorrências empíricas consubstanciadas nos fatos sociais, ainda que dedicada simplesmente a descrevê-los e não a ordená-los a maneira da teoria jurídica. Contra esta situação insurgiu-se Kelsen, buscando depurar a jurisprudência: “(...) de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural.” (KELSEN, 2006, p.XI, grifo nosso), porém sem dissociar-se em absoluto daquele eixo bimembre de classificação, o que o leva necessariamente a concluir que não sendo o direito uma ciência natural, o mesmo deveria por conseguinte enquadrar-se na definição de uma ciência formal lógico-dedutiva ou ser relegado à condição de um conhecimento não científico – algo inadmissível para o professor de Viena.

Portanto, a cisão entre os planos do *ser* e do *dever-ser* conforme foi proposta e defendida pelo autor reflete, em última instância, o conceito de *ciência* que é pressuposto pela Teoria Pura ao postular que todo conhecimento minimamente objetivo deve restringir-se de maneira análoga a um dos distintos pólos da ciência natural ou da ciência formal respectivamente.

Ocorre que conforme buscamos demonstrar ao longo do Capítulo II, a perspectiva puramente conceitual do autor nos parece incapaz de abarcar a totalidade do fenômeno jurídico, porquanto sua análise ancorada com exclusividade no conceito de norma – uma pura estrutura cultural - acaba por olvidar deliberadamente o ato de invenção que dá origem ao seu objeto de estudo, bem como toda a intencionalidade do espírito que subjaz a este ato de criação. Para tanto, basta lembrar que a Teoria Pura logo de início descreve a norma como o sentido de um ato de vontade que, no entanto: “(...) *é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui.*” (KELSEN, 2006, p.6).

Ora, esta leitura lógico-estrutural somente se torna possível a partir do momento em que certas manifestações de vontade já se encontrem cristalizadas na forma de construções lógicas ou conceitos globalmente reconhecidos por uma dada comunidade, o que significa

dizer, trata-se de uma leitura *ex post facto*. Precisamente por isso cabe a pergunta: mais do que considerar a vontade já solidificada na construção cultural normativa, não incumbe à ciência do direito justamente selecionar as intencionalidades autorizadas a manifestarem-se no plano cultural de uma determinada sociedade, sobretudo determinando a institucionalização da forma com que deve se dar esta exteriorização de vontade a fim de merecer a anuência do corpo social?

Conforme Machado sintetizou de forma brilhante no já citado estudo introdutório que serve de prefácio à obra de Kelsen, cremos seguramente que:

(...) a jurisprudência tem por tarefa organizar (estrategicamente, isto é, com “prudência”) a passagem de uma intencionalidade espiritual para o efetivo processo histórico, pelo que pretende conhecer o Direito para o realizar – ou conhecer e realizar o Direito – e não conhecer “o direito realizado”, transformado em “facto” ou “dado” inerte. (MACHADO, 2009, p.14)

Logo, na condição de uma instância humana que pretende viabilizar a intervenção de intencionalidades individuais no curso de um processo histórico-cultural cujo movimento é constante, o Direito por certo não se coaduna com sistemas de atuação rígidos que, a exemplo das teorias de Kelsen e Hervada, considerem respectivamente (e de forma estática) ora a vontade já cristalizada na estrutura lógica do *dever-ser* normativo, ora a intencionalidade não exteriorizada que compõe a subjetividade ou o *ser* de cada qual. Em ambos os casos torna-se inviável a compreensão abrangente, a nosso ver essencial, de que o Direito compõe o mediador imprescindível que impulsiona o desenvolvimento de um sistema cultural (o *dever-ser*) ao permitir que nele intervenham as subjetividades (o *ser*) que o compõe, ainda que estas jamais se deixem absorver por completo. Sob esta ótica a conexão entre os planos da natureza e da cultura se torna viável justamente porque a realidade universal do fenômeno jurídico e a dinâmica que lhe é inerente passam a ser reconhecidos como o elemento de ligação fundamental.

Deixa então o Direito de merecer o fidalgo qualificativo de ciência? Tudo vai do que se entenda por pensamento científico e, neste particular, o sobredito binômio que contrapõe as ciências naturais às ciências formais, tal qual o *ser* ao *dever-ser*, se nos afigura igualmente como uma formalização lógica parcial e limitada. Afinal, todos os sistemas de conhecimento tradicionalmente “científicos” visam logo de início uma redução conceitual da realidade, seccionando ou abstraindo apenas e tão somente um fragmento daquilo que compõe a totalidade de nossa experiência, a exemplo da física e da química que podem estudar respectivamente o movimento e a composição de um determinado corpo sem que suas

considerações esgotem em absoluto a totalidade deste objeto, que nada impede seja utilizado de formas completamente distintas pelas sociedades X e Y ou que até mesmo venha a compor o mero vértice de uma estrutura biológica qualquer que por si ambas as ciências desconhecem.

Daí a alusão de Miguel Reale ao problema dos pressupostos científicos, aquelas conceituações primárias e parciais do real que todo cientista deve em última instância simplesmente *pressupor* que representem de maneira adequada a manifestação de uma totalidade da experiência imediata que há de vir descrita apenas e tão somente de maneira parcial pelas diagramações de seu sistema, haja vista que mesmo a comprovação empírica de uma hipótese científica: “(...) *pressupõe a validade da pesquisa experimental como produtora ou reveladora de “assertivas garantidas” (warrant assertibility) para empregarmos expressões características de John Dewey em sua Lógica*” (REALE, 2002a, p.11/12).

E se esta validação indemonstrável da empiria compõe a perspectiva padrão das ciências naturais, no que diz respeito às humanidades a necessária influencia bem como a parcialidade destas conceitualizações axiomáticas patenteiam-se ainda mais, de modo que a muito custo se poderia discordar da investida que Hervada acertadamente dirige à metodologia kelseniana, malgrado os reducionismos também inerentes ao próprio sistema do espanhol:

Essa função é mais imediata e evidente nas ciências do homem, porque todas elas implicam diversos postulados filosóficos sobre a natureza do homem e os fins que são próprios dele. (...) Trata-se de pressupostos filosóficos implícitos, que determinam a orientação e algumas vezes as conclusões das ciências humanas. Por exemplo, a interpretação da história pode estar muito condicionada pela formação filosófica do historiador, como é o caso dos hegelianos e marxistas. Este fato, bastante conhecido, levou diversos autores a tentar construir ciências puras, independentes de toda implicação filosófica. Exemplo bem conhecido em direito é a teoria pura de Kelsen. Porém, tais tentativas contêm um sofisma, porque estas mesmas posturas não são propriamente científicas, mas filosóficas, pensáveis apenas de acordo com alguns pressupostos ontológicos e gnoseológicos, de modo que os postulados filosóficos nos quais cada um desses autores se baseia são evidentes e bem conhecidos. O próprio marxismo que pretende ser ciência e não filosofia (a filosofia é uma alienação, afirma), entrou, com toda razão, na história do pensamento filosófico. O que é a teoria pura de Kelsen senão uma corrente de filosofia jurídica? (HERVADA, 2008, p.6)

Ocorre que a partir do instante em que tornamos absolutos estes pressupostos parciais e contingentes, enrijecendo-os segundo a estrutura apriorística de um transcendental enclausurado de todo o sempre na composição de nosso aparato cognitivo, por certo que um

conhecimento científico do normativo se torna inviável, tendo em vista que a significância plural de nossa experiência acaba neutralizada pela imutabilidade de conceituações supostamente inalteráveis a serem estudadas pelas ciências formais ou, de outra sorte, termina reduzida à mera descrição da percepção empírica dirigida por esta estrutura conceitual prévia nos moldes com que a mesma vem explicitada pelas ciências naturais. Eis a perspectiva no interior da qual Kant acomodou toda uma época que, ao menos até Kelsen, deixou deliberadamente de considerar uma dinâmica entre ambos os pólos, voltando às costas a coisa-em-si.

Ora, mas tanto esta perspectiva pode ser considerada redutora do papel dinâmico que aqui se propõe que o Direito ocupa em meio aos planos da natureza e da cultura, que mesmo o eventual reconhecimento da existência de uma estrutura cognitiva prévia e supostamente imutável não exclui de modo algum a consideração de que este “equipamento”, longe de mascarar a realidade, se presta justamente a nos relacionar dinamicamente com ela, possibilitando sua penetração e manipulação. Nesse sentido que Machado (2009, p.23) recorre à noção de um transcendental dinâmico, asseverando que a tão propalada rigidez do *a priori* kantiano não foi capaz de esconder que o homem encontra-se em contato fundamentalmente operatório com o mundo, de maneira que toda conceituação científica, em maior ou menor escala, vem subordinada diretamente a uma perspectiva de ação, tornando a contingência das abstrações de ciência o reflexo da plasticidade que marca o Ego transcendental autêntico.

Por óbvio que o conhecimento científico se encontra então na dependência da intervenção de uma consciência cognoscente capaz, por si, de visualizar as estáticas e contingentes estruturas lógicas do conhecimento científico a partir de um plano externo que lhe permita avaliar se a sistematização destes fragmentos cristalizados do real atende ou não à prática racional e organizada de determinada comunidade no plano da ação. Esta experiência conceitual habilita o intérprete a partir de então a manejar os esquemas operatórios deste setor de realidade, inventariando e atualizando as potencialidades operacionais do sistema na eventualidade de um problema novo ou mesmo diante da necessidade da adaptação de sua estrutura lógica às diferentes perspectivas de ação mantidas por comunidades distintas.

Ao final importa concluir que segundo a perspectiva proposta as disciplinas comumente catalogadas sob a rubrica da ciência comungam dos três elementos definidores que Machado (2009, p.28) lhes reconhece, a saber, um *procedimento* marcado pela abstração ou redução conceitual de determinadas secções do real que certa(s) intencionalidade(s) – *a consciência cognoscente* – pressupõe como aptas a atender às necessidades funcionais de organização da práxis ou do *plano de ação* de uma comunidade específica. Têm-se aí os

vértices que acreditamos serem capazes de colocar o direito em um plano de objetivação que estruturalmente equivale até mesmo àquele mantido pelas ciências naturais, guardadas as devidas alterações no grau de universalidade com que certos pressupostos são estabilizados pelo reconhecimento geral neste e naquele caso.

Desta feita, mais do que apreender de um golpe o sistema pronto e acabado das possibilidades já conceitualizadas em um todo normativo, o Direito coloca-se um passo atrás, visando determinar com que critérios haveremos de agir no sentido de abstrair e sistematizar, por exemplo, a particularidade desta conduta X e não daquela conduta Y. A título de exemplo a descrição aplica-se igualmente à física e outras ciências naturais, bastando retomar a ressalva de que a “segurança” comumente atribuída às assertivas destes discursos reflete apenas um estágio mais elevado de organização da práxis na assunção ou estabilização do pressuposto (reitere-se: indemonstrável) de validação do empírico.

Doravante a ciência jurídica, mesmo enquanto o proposto elo dinâmico do *ser* e do *dever-ser*, não deixa aqui de ser menos ciência, posto que mais do que conceitualizar visa institucionalizar aquela experiência parcial que corresponde ao conjunto das práticas com base nas quais uma dada sociedade reconhece e admite a intervenção das intencionalidades individuais no curso de seu desenvolvimento histórico-cultural. Eis respectivamente um *procedimento redutor*, aprovado por um conjunto de *intencionalidades individuais* e que atende a um *plano de ação*, sendo o jurista aquele que se dedica a atualizar permanentemente as construções dogmáticas a fim de mantê-las em harmonia com a dinâmica inerente aos demais vértices deste triplo arcabouço de compreensão.

Daí o contraponto tão fundamental que Hervada formula à teoria de Kelsen quando de início vem radicar-se em pólo oposto ao do antigo professor de Viena. Neste diapasão, conquanto o sistema do autor espanhol represente uma perspectiva igualmente estática do real, posto que focada no *ser* de uma intencionalidade não exteriorizada com a mesma rigidez com que Kelsen trabalha o *dever-ser* normativo, julgamos que ainda assim Hervada soube precisar com acerto o papel da pessoa, do ser humano enquanto ponto de sustentação que compõe o sistema normativo sem deixar-se jamais absorver completamente por ele, funcionando justamente por isso como o motor primeiro da dinâmica conectiva que a nosso ver o fenômeno jurídico articula entre os planos do *ser* e do *dever-ser*.

Nas palavras do próprio autor:

O homem está no universo e, em certo sentido, é parte dele. Porém ao mesmo tempo, o transcende; não é uma simples peça da engrenagem do

universo, não é uma mera parte do ecossistema. É parte do universo no sentido de que está nele, mas goza de uma posição singular; não está a serviço do sistema do universo porque o transcende. (...) A simplicidade do espírito, que o torna incomunicável, supõe uma plenitude do ser, em cuja virtude a pessoa (corpo e espírito) possui seu próprio ser, de tal modo que não é absorvível, dominável, apreensível pelos demais. Por isso, no caso do homem, no qual, por sua dimensão corpórea, podem ocorrer além disso ações que por meio do corpo tentem dominar a pessoa, tais ações são violência ou injúria, opressão, isto é, ações *contra natura*. Esse fenômeno de dominação violenta necessitam da mediação da dimensão corpórea, porque não podem ocorrer diretamente no espírito, já que o espírito é por si só indominável, é sempre livre. (HERVADA, 2008, p.305)

Em conclusão, cremos que dentro de uma compreensão abrangente do fenômeno jurídico como aquela que buscamos propor no limite destas linhas, a conexão entre os planos da natureza e da cultura, do *ser* e do *dever-ser*, não se afigura apenas possível, mas também necessária. E o reconhecimento desta possibilidade tampouco significa privar a dogmática jurídica da qualidade de um conhecimento científico que, se ostenta a sistematização e o rigor lógico manejados com maestria por Kelsen, também requer a perene intervenção do elemento humano em torno do qual Hervada erige sua sólida teorização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Jamais pretendemos esgotar um dissenso teórico desta magnitude no âmbito do presente trabalho, objetivando apenas e tão somente formular uma possível via de acesso ao problema capaz de fomentar a reflexão acerca deste palpitante tema cuja alta relevância mal pode se exagerada. Afinal, se os sistemas paradigmáticos de Kelsen e Hervada ostentam divergências inconciliáveis como vimos, tal se deve, sobretudo, ao fato de que ambos não se furtam a trabalhar com as relações entre *ser* e *dever-ser* ainda que a partir de perspectivas distintas, de tal maneira que a resolução específica que cada qual desenvolve em torno deste dilema preliminar acaba por refletir diretamente em suas respectivas construções teóricas.

O fato de que dois exponenciais jusfilósofos de nosso tempo partem de um mesmo ponto comum em suas divergências, demonstra por si só a relevância das relações entre natureza e cultura para os humanistas em geral e para os juristas em particular, mas também atesta igualmente o quanto ainda caminhamos ao longe de qualquer resolução consensual do problema. Trata-se de uma questão até o momento em aberto tanto no âmbito da Filosofia quanto da Teoria do Direito contemporâneo, conforme buscamos salientar oportunamente.

Por certo que existe um dualismo assente que marca toda a dogmática jurídica tradicional por meio dos conhecidos operadores do direito objetivo/subjetivo, público/privado e positivo/natural, reverberando assim o binômio maior que remete ao *ser/dever-ser*. No entanto, não nos parece que a juridicidade inerente aos primeiros autorize de qualquer modo o tratamento puramente jurídico deste último (e esta foi de certa forma a proposta de Kelsen), porquanto o dualismo que contrapõe a natureza à cultura emerge acima de qualquer conceituação parcial da experiência humana para por em relevo, antes disso, a forma com que o ser humano se relaciona com o real. Permanece, em síntese, o fundamental binômio da questão transcendental que Kant propõe acerca das condições de possibilidade da apreensão do *objeto* cognoscível pela consciência do *sujeito* cognoscente.

Daí que por mais que alguns pareçam querer evitá-lo, o confronto mesmo que indireto com o filósofo da Crítica da Razão Pura é inevitável, impondo-se a toda pretensão de superação que almeja uma alternativa minimamente consistente aos termos da questão proposta, com fito de furtar-se à consequência maximalista de Hume, pela qual todas as proposições normativas seriam totalmente arbitrárias eis que desprovidas de qualquer fundamentação objetiva face à suposta incomunicabilidade entre os distintos planos do *ser* e do *dever-ser*.

Considerando ser esta a pretensão maior do *pós-positivismo* que possibilitou palpáveis evoluções no campo da hermenêutica em especial, sob a égide do resgate dos valores manejado segundo a distinção qualitativa entre princípios e regras, o fato é que pouco nos parece ainda ter sido abordada a questão sob o ponto de vista da natureza rígida ou dinâmica dos transcendentais, por exemplo.

Uma consideração desta ordem descortina algumas alternativas claramente dignas de análise, tal qual aquela que buscamos expor ao longo do item 4.4, lembrando que a suposta impossibilidade de extrairmos qualquer conclusão preceptiva de uma série de asserções pode bem ser devida a um procedimento de redução conceitual que pressupõe, em última instância, uma comunidade cujas intencionalidades ou vontades particulares pretendam estabilizar os conceitos de liberdade e de responsabilidade individual como norteadores de um plano de ação ideal marcado conseqüentemente – eis sua origem – pela arbitrariedade na produção das normas.

De outro modo, se jamais podemos conceitualizar a totalidade de nossa experiência (atesta-o a incognoscível coisa-em-si de Kant), mesmo um juízo de realidade transforma-se em uma redução parcelar do real, um fragmento do qual se transmite muito pouco da experiência, a exemplo da assertiva *X vai para o trabalho*. Deste mínimo *flash* do empírico nada se reconstrói, ao passo que ampliando a esfera de cognição segundo a perspectiva mais abrangente da fórmula *X vai para o trabalho toda segunda-feira*, e complementando-a por meio da partícula igualmente descritiva *hoje é segunda-feira*, torna-se razoavelmente plausível asseverar de forma prescritiva que *X deve ir para o trabalho*.

No entanto, a possibilidade vem claramente condicionada à necessária intervenção do elemento humano que Hervada soube bem destacar, porquanto somente este constante movimento de integração daquelas conceituações descritivas e parcelares do real nos parece capaz de fundar uma transição possível ao *dever-ser*. Ora, a consecução deste objetivo depende, sobretudo, da intervenção de uma consciência cognoscente apta a considerar este conjunto de fragmentos a partir de um plano externo que lhe permita unificar então tanto a rígida estrutura lógica dos conceitos científicos, quanto a intencionalidade individual que lhes dá origem, nos moldes de um plano de ação que capaz de refletir as possibilidades inerentes à práxis que impera em uma dada comunidade.

Ao final, cremos que a proposta implica reconhecer com acerto que, como já se escreveu, a normatividade vista enquanto busca por uma compreensão abrangente das possibilidades operatórias de um sistema conceitual no plano da ação, contrapõe-se à leitura científica do real e não à experiência natural do *ser*, ou seja, o *dever-ser* ombreia em verdade

não com o fato natural em si, mas com aqueles conceitos estruturados e solidificados que buscam refletir simplesmente uma parcela deste fato, de todo intraduzível em termos de lógica rigorosa.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. 1ªed. Trad: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009

ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: entre a “**ciência do direito**” e o “**direito da ciência**”. In: **R.E.D.E – Revista Eletrônica de Direito do Estado nº 17**. Salvador/BA: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>> Acesso em 20 de Dezembro de 2011

BARRETO, Vicente de Paulo (Cord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2009

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição**. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Cord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo/RS: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar, 2009

BARZOTTO, Luis Fernando. **Positivismo Jurídico**. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Cord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo/RS: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar, 2009

_____. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**. 2ªed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

_____. **Filosofia do Direito: Os conceitos fundamentais da tradição jusnaturalista**. 1ªed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Direito Natural**. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Cord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo/RS: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar, 2009

CHUERI, Vera Karam de. **Ronald Dworkin**. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Cord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo/RS: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar, 2009

COMPARATO, Fábio Konder. **A Balança e a Espada**. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – Publicações, 2010. Disponível em <<http://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/21>> Acesso em 20 de Dezembro de 2011

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Política e Religião no mundo moderno**. 3ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2006

COSTA, José Silveira da. **Tomás de Aquino**. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Cord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo/RS: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar, 2009

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. Trad. Arthur Giannotti. In: **Pensadores, Vol. XXXIII: Comte e Durkheim**, 1ªed, São Paulo: Abril, 1973

D'AGOSTINO, Francesco. **Falácia Naturalista**. Trad. Frederico Bonaldo. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Cord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo/RS: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar, 2009

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27ªed, São Paulo: Saraiva, 2007

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político**. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Antonio Carlos et al. **Pós-positivismo**. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Cord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo/RS: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar, 2009

DEUTSCHLAND. **Die Verfassung der Weimarer Republik**. In: **Deutsches Historisches Museum: Lebendiges virtuelles Museum Online** – Berlin. Disponível em <<http://www.dhm.de/lemo/html/weimar/verfassung/index.html>> Acesso em 20 de Dezembro de 2011a

DEUTSCHLAND. **Reichsbürgergesetz vom 15 September 1935**. In: **Deutsches Historisches Museum: Lebendiges virtuelles Museum Online** – Berlin. Disponível em <<http://www.dhm.de/lemo/html/nazi/antisemitismus/nuernberg/index.html>> Acesso em 20 de Dezembro de 2011b

DEUTSCHLAND. **Gesetz zur Behebung der Not Von Volk und Reich (Ermächtigungsgesetz) vom 23.3.1933**. In: **Deutsches Historisches Museum: Lebendiges virtuelles Museum Online** – Berlin. Disponível em <<http://www.dhm.de/lemo/html/dokumente/ermaechtigungsgesetz/index.html>> Acesso em 20 de Dezembro de 2011c

DURANT, Will. **História da Filosofia**. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1996

DWORKIN, Ronald. **Is There Truth in Interpretation?** – Palestra proferida em 26 de Outubro de 2009 no auditório da Biblioteca do Congresso norte-americano. Disponível em <<http://loc.gov>> Acesso em 20 de Dezembro de 2011

GIACOIA JR, Oswaldo. **Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica**. In: **Gramática dos Direitos Fundamentais**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. 1ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O que é o Direito? A moderna resposta do realismo jurídico**. Trad. Sandra Martha Dolinsky. 1ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____ **História de la Ciência del Derecho Natural.** 3ªed. Pamplona: EUNSA – Ediciones Universidad de Navarra S.A, 1996 – Disponível para download em <<http://www.javier.hervada.org>> Acesso em 20 de julho de 2011

_____ **Universidad de Navarra:** Faculdade de Direito e Faculdade de Direito Canônico. Espanha. Disponível em <<http://www.unav.es/canonico/javierhervada/>> Acesso em 21 de Outubro de 2011

_____ **Confesiones de um Canonista.** Discurso proferido em 26 de Novembro de 2002 por ocasião da concessão do título de Doutor *honoris causa* pela Pontificia Università della Santa Croce. Disponível em <<http://www.javier.hervada.org/cc.html>> Acesso em 25 de Outubro de 2011

HUME, David. **A Treatise of Human Nature.** Em: <<http://www.earlymoderntexts.com/pdf/humetre3.pdf>> e <<http://www.davidhume.org>> Acesso em: 28 de Fevereiro de 2011.

IGLÉSIAS, Maura. **Pré-Socráticos: Físicos e Sofistas.** In: **Curso de Filosofia.** Org. Antonio Rezende. 14ªed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

IVARS, Javier Escrivá. **Relectura de La Obra Científica de Javier Hervada: Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte I.** Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra S.A. – España, 2008. Disponível para download em <<http://www.javierescriva.com>> Acesso em 21 de outubro de 2011.

_____ **Relectura de La Obra Científica de Javier Hervada: Preguntas diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte II – Derecho Natural y Filosofía del Derecho.** Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra S.A. – España, 2009a. Disponível para download em <<http://www.javierescriva.com>> Acesso em 21 de Outubro de 2011.

_____ **Relectura de La Obra Científica de Javier Hervada: Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada. Parte III – Derecho Canônico y Afines (1975-2004).** Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra S.A. – España, 2009b. Disponível para download em <<http://www.javierescriva.com>> Acesso em 21 de outubro de 2011.

KANT, Immanuel. **Prolegômenos.** Trad. Tânia Maria Bernkopf. In: **Pensadores, Vol. XXV: Crítica da Razão Pura e outros textos filosóficos.** Seleção: Marilena de Souza Chauí Berlinck. 1ªed, São Paulo: Abril, 1974.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** Trad. Valério Rohden. In: **Pensadores, Vol. XXV: Crítica da Razão Pura e outros textos filosóficos.** Seleção: Marilena de Souza Chauí Berlinck. 1ªed, São Paulo: Abril, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, 7ªed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____ **Teoria do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges, 2ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1995

_____ **Autobiografia**. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto, 2ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011

_____ **O Problema da Justiça**. Trad. João Batista Machado, 3ªed, São Paulo: Martins Fontes, 1998

_____ **A Justiça e o Direito Natural**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra - Portugal: Edições Almedina, 2009

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**. 6ªed, Rio de Janeiro: Zahar, 2001

MACHADO, João Baptista. Estudo Introdutório. In: KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra - Portugal: Edições Almedina, 2009

MENDONÇA, Paulo Roberto S. **Cícero, Marco Túlio**. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Cord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo/RS: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar, 2009

MILOVIC, Miroslav. **Kant Emmanuel**. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Cord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo/RS: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar, 2009

PLATÃO. **Político**. Trad. Jorge Paleikat e João Cruz Costa. In: **Pensadores, Vol. III: Diálogos**. 1ªed, São Paulo: Abril, 1972

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ªed. São Paulo: Saraiva, 2002 a.

_____ **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2002b.

_____ **Introdução à Filosofia**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROHDEN, Valério. **O Criticismo Kantiano**. In: **Curso de Filosofia**. Org. Antonio Rezende. 14ªed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

SCHOLLER, Heinrich. **Gustav Radbruch**. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Cord. Vicente de Paula Barreto. São Leopoldo/RS: Unisinos e Rio de Janeiro: Renovar, 2009

SIMON, Maria Célia. **O positivismo de Comte**. In: **Curso de Filosofia**. Org. Antonio Rezende. 14ªed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SÓFOCLES. **Édipo Rei / Antígona**. Trad: Jean Melville. 2ª Ed. São Paulo: Martin Claret, 2008

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOFFOLI, José Antonio Dias et al. **Estudo Introdutório**. In: KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Trad. Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto, 2ªed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**. Office of the High Commissioner for Human Rights – Switzerland. Disponível em <<http://www.ohchr.org/en/udhr>> Acesso em 20 de Dezembro de 2011

VICO, Giambattista. **Principi di Scienza Nuova**. Northern Illinois University: College of Liberal Arts & Sciences, Department of English. Em <<http://www.3.niu.edu/acad/english/vico/intro.htm>> Acesso em 20 de julho de 2011