

FILOSOFIA DO DIREITO: UMA QUESTÃO PRELIMINAR

**LAW PHILOSOPHY:
A PRELIMINARY ISSUE**

Alan Ibn Chahrur¹

RESUMO

Tomando os autores Hans Kelsen e Javier Hervada como paradigmas das escolas jusfilosóficas do positivismo e do realismo jurídico respectivamente, o presente artigo tem por objetivo investigar de que forma os principais pontos destes sistemas teóricos tão distintos decorrem, basicamente, do enfrentamento de um problema teórico comum, a saber, o questionamento acerca das relações entre ser e dever-ser, correspondente ao problema maior das relações entre natureza e cultura. Dora-vante, após uma breve análise com o intuito de delimitar conceitualmente as distintas esferas do natural e do cultural, buscaremos demonstrar como a impossibilidade de dependência entre ambos marcará todo o sistema desenvolvido pelo teórico de Viena, ao passo que a complementaridade propugnada pelo mestre espanhol permanece como condição de possibilidade de sua construção realista. Segundo acreditamos, tal procedimento poderá demonstrar, ao final, como se faz imperioso o enfrentamento da questão exposta, uma vez que dela depende grande parte da problemática relativa à filosofia do direito.

PALAVRAS-CHAVE

1. Natureza; 2. Cultura; 3. Ser e Dever-Ser.

¹ Mestrando em Direito pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília. Bolsista CAPES.
Graduado em Direito pelo UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília.
Graduado em Filosofia (Licenciatura Plena) pela UNESP - Marília/SP.
E-mail: chahrur@uol.com.br

ABSTRACT

Taking the authors Hans Kelsen and Javier Hervada as two theoretical models representative of the conception of Law's positivism and Law's realism respectively, the present article intends to investigate how does such distinct systems derive their main principles out of one and the same problem's engagement, which is, the inquiry about the relations established between something the is and something that ought to be. As such, after a brief analysis that intends to conceptually outline the natural and cultural realms, we will try to demonstrate how the impossibility of the dependence among the aforementioned dichotomy marks the whole system developed by Vienna's philosopher, while the complementary character of the distinction is fundamental to the Spanish master's construction. We believe that such a procedure can demonstrate, at its end, how essential the engagement of this central question is, since a greater part of the challenges of Law's philosophy depends of it.

KEYWORDS

1. Nature; 2. Culture; 3. Is And Ought to Be.

1 O SER E O DEVER-SER

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 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* já 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. Assim ensina o professor Miguel Reale:

A agricultura dá-nos bem a ideia 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 suprimirmos 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 ideia 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)

Consequentemente, 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.” (DILTHEY *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, ou seja, 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).

Nessa toada, 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 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 preleção do professor Miguel Reale. (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 socie-

dade “deve 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 implica um juízo de valor segundo o qual a vida humana deve ser preservada - eis a sua finalidade/valor específico.

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 como o pano 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 (algo que *é*) e um juízo de valor (algo que *deve-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, como anota Miroslav Milovic:

Verificamos que Kant começa a própria Filosofia discutindo assuntos teóricos. Ele não se confronta imediatamente com a ideia 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. (BARRETO, 2009, p.500).

Esta cisão entre teoria e prática propugnada pelo filósofo de Königsberg ecoa até os dias atuais perpassando, senão todas, ao menos boa parte das vertentes da filosofia jurídica que voluntária ou involuntariamente se subsumem ao rótulo do dito “positivismo jurídico”, sendo que este último tem talvez em Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito uma das expressões mais maduras e influentes de toda a contemporaneidade.

Por outro lado, autores há, como o espanhol Hervada ou os realistas norte-americanos, que se opõem ferrenhamente à abordagem positivista, de vez que consideram a própria essência do direito incompreensível senão pela unidade dos pólos da natureza e do espírito/cultura - do ser e do dever-ser.

Desta feita, conforme intentaremos demonstrar a seguir, as divergências que separam realistas de positivistas refletem um problema teórico comum que, dada sua importância capital, não pode ser ignorado, especialmente pelo assim chamado “pós-positivismo” que, na atualidade, se pretende uma superação dialética das duas correntes anteriormente citadas.

2 A ABORDAGEM POSITIVISTA

Qualquer análise da perspectiva positivista acerca das relações entre ser e dever-ser restaria incompleta sem uma menção a David Hume, filósofo inglês que formulou a tese lógica não por acaso cognominada “lei de Hume”. Na obra *A treatise of human nature*, encontramos seu clássico excerto a respeito:

In every system of morality I have met with I have noticed that the author proceeds for some time reasoning in the ordinary way to establish the existence of a God, or making points about human affairs, and then he suddenly surprises me by moving propositions with the usual copula “is” (or “is not”) to ones that are connected by “ought” (or “ought not”). This change is imperceptible but is highly important. For as this “ought” (or “ought not”) expresses some new relation or affirmation, it needs to be pointed out and explained; and a reason should be given for how this new relation can be - inconceivably - a deduction from others that are entirely different from it. Authors don’t ordinarily take the trouble to do this, so I recommend it to you; and I am convinced that paying attention to this one small matter will subvert all the vulgar systems of morality and let us see that the distinction between vice and virtue is not based merely on the relations of objects, and is not perceived by reason. (HUME, 2008, pg.241/242)

A clareza do autor é contundente, a medida em 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 *dever-ser* a partir de algo que *é*. Neste “erro” teriam incidido todos os *vulgar systems of morality* que Hume busca subverter.

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, fruto do trabalho dos civilistas europeus adeptos à chamada Escola da Exegese francesa e dos estudiosos da Analytical School na Inglaterra.

O jusfilósofo da teoria tridimensional do direito relembra ainda que a tese fundamental dos intelectuais franceses, à época, era a de que o direito por excelência é somente 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, por sua vez, não foi diferente, sendo que não obstante o valor normativo do precedente jurisprudencial no direito anglo-saxônico, a Escola Analítica de Jurisprudência também buscou compreender o direito segundo 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 consequências, sendo que, dentre estes, o austríaco Hans Kelsen é talvez o maior exemplo, uma vez que sua teoria pura do direito reinou soberana por décadas repudiando qualquer abordagem jusfilosófica calcada em elementos meta-jurídicos.

A “pureza” de seu sistema, estruturado à revelia de qualquer elemento político, moral ou sociológico, foi sustentada em termos incisivos e tão conceitualmente consistentes que ainda hoje é referência para gerações de teóricos do direito. No capítulo V da *Teoria Pura do Direito*, ao comentar a possibilidade do conceito de uma norma imediatamente evidente, por exemplo, 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)

A singular originalidade da Teoria Pura - sua concepção de validade normativa - advém precisamente deste distanciamento do direito em relação ao mundo factual, representado pelo querer e pela vontade que o magistrado necessariamente manifesta no momento da decisão. Afinal, se 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.

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).

Mesmo a norma fundamental, artifício metodológico que enquanto ponto axiomático de fechamento e validade do sistema evita um regresso infinito, acaba teorizada kantianamente como um pressuposto lógico-transcendental (KELSEN, 2006, p.224), o que significa dizer que ainda a *grundnorm* 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, como tal, não teria o condão de fundamentar todas as demais prescrições constitucionais. Assim, ela deve permanecer no âmbito do pensamento - algo como a “disposição mental” que teria norteados todos aqueles que referendaram a elaboração de uma nova constituição - estabelecendo-se como condição de possibilidade da compreensão do fenômeno jurídico.

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. 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, 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)

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 a 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, portanto, a coerência do autor evidencia sua posição acerca do problema que é objeto do presente estudo. Em resumo: a interpretação é, ao passo que o Direito *dever-ser*, pelo que a primeira não poderia derivar sua validade do segundo. (KELSEN, 2006, p.215).

Logo, a Teoria Pura do Direito enquanto paradigma positivista deixa clara a aposta desta vertente teórica, qual seja, conceber como uma fatalidade do siste-

ma a discricionariedade judicial. Esta última, enquanto exteriorização da razão *prática*, não poderia ser controlada 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).

Neste diapasão, torna-se legítimo dizer que a discricionariedade passa a ser o grande dilema destes estudiosos, notadamente quando a contemporaneidade conhece, posteriormente 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, como sintetiza o magistério de Luis Roberto Barroso (BARRETO, 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 consequências 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 ideia 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 as consequências do paradigma positivista consubstanciado em sua posição, passaremos agora a analisar a concepção realista acerca do binômio “natureza X cultura”.

3 A POSIÇÃO REALISTA

Contemporaneamente, a alusão ao gênero do “realismo jurídico” remete, no mais das vezes, a um movimento doutrinário que se desenvolveu nos EUA e nos países escandinavos, basicamente rechaçando a ideia (positivista) de que o Direito se define pela norma ou que pode ser compreendido apenas como um conjunto normativo.

Tomando por base a lição de Fernando Galvão de Andréia Ferreira, podemos afirmar que a corrente norte-americana do realismo reconhece como direito real apenas aquele constituído pelas normas efetivamente aplicadas pelos tribunais, ou seja, pela conduta *prática* dos magistrados. Já o realismo escandinavo, se por um lado comunga desta postura empirista, diferencia-se por ser “(...) mais especulativos e menos psicologizante” (BARRETO, 2009, p.700/701).

Não obstante, o sistema realista que será objeto do presente estudo corresponde à construção estruturada pelo prof. 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 falacioso: 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, na ideia 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 mesmo tempo em 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”.

Isso porque, do ponto de vista lógico, não se pode olvidar que o dever-ser em questão não é declarado completamente como 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), pelo que tal interpretação acabaria por afastar a falácia anteriormente citada.

Também, tampouco haveria falácia ontológica:

(...) 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).

Ora, não acatará 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*. (HERVADA, 2006, p. 75)

Neste diapasão, considerar que o direito positivo prescindir 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.

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 de Hervada, 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 quantidade, logo, os alimentos estariam distribuídos” (HERVADA, 2006, p.16).

Assim, se as coisas estão repartidas, por óbvio que nem tudo é de todos, sendo isso é uma necessidade social, pelo que se pode 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 fenômeno jurídico 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.

Na esfera das atribuições naturais, segundo 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, de vez que a ninguém é dado 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.

Apenas em razão desta abordagem que o catedrático de Navarra consegue estabelecer seu axioma fundamental segundo o qual todo fato cultural necessariamente depende de dados naturais, a partir do qual então todo o sistema se desenvolve.

CONCLUSÃO

Ao cabo das considerações anteriores, insta salientar a forma como tanto o positivismo quanto o realismo, aqui representados respectivamente por Hans Kelsen e Javier Hervada, têm seus sistemas teóricos dependentes de abordagens específicas acerca de uma mesma questão comum: as relações entre ser e dever-ser.

Independentemente da eventual filiação a qualquer das correntes jusfilosóficas expostas, o fato é que a solução de problemas essenciais da Filosofia e da Teoria Geral do Direito, como a validade normativa, a interpretação jurídica e o próprio conceito de direito decorrem diretamente da maneira como este questionamento preliminar é trabalhado, não sendo possível furta-se à discussão.

Tudo porque positivismo e realismo não correspondem simplesmente a diferentes perspectivas sobre um mesmo objeto - o direito - mas sim a distintas concepções acerca do que é este objeto, ou seja, trata-se sobretudo de duas ontologias opostas e inconciliáveis, como bem anotou a exigência do prof. Dimitri Dimoulis:

Essas afirmações [positivistas e realistas] se realizam em nível *descritivo* expressando aquilo que os jusmoralistas acreditam efetivamente ser o direito. Trata-se de afirmações sobre a realidade (definição) do direito que não podem ser descartadas liminarmente como pertencentes à esfera do dever-ser. Só podem ser aceitas ou rejeitadas após uma argumentação substancial sobre o *ser* do direito (que é sempre um *dever-ser*). (DIMOULIS, 2006, p.195)

Portanto, no âmago da discussão contemporânea em torno da vertente teórica do dito “pós-positivismo”, marcado principalmente pela influência da força normativa da constituição como critério de validação do ordenamento, a engendrar intrinca-

dos problemas teóricos na esfera da hermenêutica em especial, impõe-se que os agentes do direito enfrentem também os reflexos jurídicos deste dilema teórico precedente.

Ao final, se conseguimos colocar a questão em evidência de forma cientificamente fundamentada, consideraremos cumprido o objetivo deste escrito e oferecemos nossa diminuta contribuição à comunidade acadêmica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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