

Carlos Campos, Kelsen e o jusnaturalismo

Introdução — Histórico do DIREITO NATURAL — Conteúdo do DIREITO NATURAL — Pensamento de KELSEN e de CARLOS CAMPOS — Conclusões.

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

INTRODUÇÃO

O estudo e exame das questões tocantes ao direito natural não vêm logrando satisfatória evolução, no sentido de situar-se com nitidez suas zonas fronteiriças de apalpabilidade e absorção, nas relações objeto de regulamentação jurídica.

Aliás, o fenômeno da incompreensão do direito natural, como fonte de aplicação do direito, origina-se, exatamente, dessa incapacidade de equacionamento social de seus princípios, que se diluem em conceitos esmaecidos de fundo impreciso.

A idéia do direito natural, como a conceberam e firmaram as escolas do mais realçado proselitismo, apresenta-se dominada de excessiva (ou *natural*) fluidez, o que lhe impossibilita a menor assimilação às pesquisas jurídico-científicas.

Essa fluidez mesma — esbatida em ondeantes movimentos de crepúsculo conceitual — vem obstando uma elucidação de seu conteúdo (conteúdo fluido, de uma quase volatilidade incessante), e é ela, talvez, o maior escolho ao estudo e à apropriação do jusnaturalismo no campo da ciência do direito. E, por isso, é, ao direito natural, essa imprecisão, o grande segrêdo de sua sobrevivência até nossos dias, e, ainda mais, de sua preeminência no debate jurídico, a que o colocam autores da mais larga nomeada.

A norma, o sentido normativo, em que se constroem tôdas as edificações do direito positivo, apresenta-se, aqui, numa como aparência de disfunção, como que apreendendo, apenas, os dados valorativos de verdade de determinada relação jurídica, sem, contudo, definir ou precisar o índice de incidência da regra e sua percussão no meio social.

E outra não é a sensação experimentada pelos aguerridos adversários do direito natural, que a de combatentes da sombra, açoitando fantasmas e duendes. Dançante, informe, a imagem arranca-lhes, no lusco-fusco, a exclamação melancólica dos vãos combates. E hão de concluir: impossível ao analista dissecar o ser, a célula, fissionar o átomo sem, antes, agarrá-los, dominá-los ou, mormente, ao jurista apreender algo de algo, a que falte contôrno, contato, lucidez, posição mínima de referência.

A crítica, pois, da posição jurídica das escolas do direito natural, a que nos propomos, condicionar-se-á, como não poderia deixar de ser, às contingências próprias da matéria estudada, a despeito dos lances de aproximação do problema, a que chegaram os juristas-filósofos a serem por nós examinados.



Outra indagação, de caráter substancial, que nos fazemos e que, certamente, comprometerá as bases dêsse estudo é o sentido de accidentalidade que emprestamos ao direito como objeto de filosofia. O pensamento filosófico contribuiu exaustivamente para o amadurecimento dos conceitos jurídicos, mas êsse amadurecimento, de sua tradição filosófica, só haverá de guardar as linhas mestras que apropriou na dinâmica e na técnica de aplicação das regras de direito.

O conteúdo de abstração, pois, que susteve o liame entre direito e filosofia do direito, cede terreno dia a dia à circunscrição que os juristas marcam ao estudo da fisiologia do direito, com marcante advento do pensamento sociológico.

ESCÔRÇO HISTÓRICO

O direito natural, tal como frutificou mais tarde e se disseminou no pensamento racional, parece haver colhido suas raízes no sentimento psicológico de “justiça”, como atributo pessoal ou instância de reparação.

As escolas pré-socráticas, ligadas às elaborações cosmogônicas dos seres e das coisas, mantiveram traços nítidos de preocupação com o “justo” ou o “injusto” do mundo, conceito arrancado às concepções fundamentais, em que explicavam as origens e a permanência da vida. Nos quatro elementos primordiais — água, ar, fogo e terra — ou na figura ideativa de ANAXÁGORAS, através do espírito universal ordenador, o “nus”, pelo processo de interação que chamou “homeomerias”, ou pelo “número”, deificado na escola pitagórica, dever-se-ia procurar a solução para todos os problemas que se deparassem no mundo daquele tempo. A essas fontes ligaram-se não apenas os sentimentos e influxos religiosos da época, mas, também, deduções de fundo racionalista da mais alentada complexidade.

Aliás, a origem do conceito “justiça” parece estar vinculada, antes, ao seu oposto “injustiça”, empregado, em várias passagens, por ANAXIMANDRO, como que significando desarmonia entre as coisas corpóreas. Sua fonte é material e encontra-se na dissociação, na luta que se declarava entre os elementos básicos que constituíam o mundo e a vida. O entrarem em conflito tais elementos resultava em “injustiça”, quando qualquer deles predominasse. Ou mais a caracterizaria a vitória de um sobre o outro.

À concepção aproveitou HERÁCLITO, que chamou “justiça” o equilíbrio entre os elementos (*vide* J. BURNET, “L'Aurore de la Philosophie Grecque”, p. 56 e 72). O conceito “justiça” arinhava-se, permanentemente, na idéia dos elementos primordiais, em sua suposta realidade substancial à vida,¹ che-

1 — J. BURNET — “L'aurore de la Philosophie Grecque”, p. 56 e 72 e 164.

gando a alcançar os movimentos do equilíbrio orgânico, a saúde, quando “injustiça” eram os desequilíbrios do corpo (doença), como o afirmara ALCMÉON, o primeiro psicólogo de que dá notícia a história da filosofia.²

A posposição de uma figura teológica, que explicasse o princípio e o fim de tôdas as coisas, seja de fundo abstrato, monoteísta ou politeísta, fêz para ela convergir o apêlo às fontes da “justiça” ou da “injustiça”, resguardando-se, porém, os remanescentes dos naturalistas, pròpriamente, que não abandonaram a paternidade da natureza. Nesse passo, encontramos obra literária, de ressonância imortal, a que autores os mais variados vão beber alentos de jusnaturalismo puro — na “Antígona”, de SÓFOCLES.³

ANTÍGONA, a KREON — que é o edito, a lei dos mortais, — contrapõe a lei eterna, de ZEUS, de DIKÉ, dados de elaboração abstrata, notando-se o conceito “diké” — *justiça, causa, pena* —, de raiz ligada ao de “dikaiosine” — *justiça, equidade* —, ao de “dikaiosis” — *direito, justiça, multa* —, valendo por si, como desprendido de qualquer antessuposto universal.

ARISTÓTELES, depois de PLATÃO (na “República”), na mesma “Moral a Nicômaco” já distingue a justiça natural — *“qui a partout la même force, et qui ne dépend ni des opinions ni des décrets des hommes, et la justice légale, qui regarde les actions indifférentes en elles mêmes, mais qui cesseront de l'être dès que la loi vient a les prescrire ou à les défendre”*⁴ e a justiça legal. Percebe-se, claramente, o sentido antinômico, em que se colocam já as duas justiças, a “legal” e a “natural”, preconceito êsse que varou os séculos, até nossos dias.

Não n’o desmentiu CÍCERO, misto de jusnaturalismo racionalista e teológico, não n’o desmentiu ULPIANO, com seu jusnaturalismo biológico, ou melhor, pan-biológico — “o direito

2 — J. BURNET — Ob. cit. p. 228.

3 — G. B. MELO BOSON, “Curso de Direito Internacional Público”, p. 87 e PAUL ESMEIN, HENRY LEVY-BRUHL e GEORGES SCELLE, “Introduction à L’Étude du Droit”, tome I, p. 130.

4 PAUL ESMEIN, etc., ob. cit., p. 130.

natural é o que a natureza ensinou a todos os animais” —,⁵ refinando, depois, suas concepções com admitir, no homem, ser racional, um direito natural especial. Verdadeira identificação do direito natural com o instintos individuais conservadores e afirmadores da vida!

Posteriormente, coube à Igreja Católica apossar-se da tradição jusnaturalista clássica e convertê-la no jusnaturalismo teológico, situado e sistematizado em linhas gerais por TOMAZ DE AQUINO. Às escolas ulteriores só restou partirem das primeiras sendas abertas. A idéia originária de validade do direito permanece vinculada a preceitos de natureza metafísica ou por ela enrijecidos, variando, apenas, a forma com que se apresentam.

Hoje em dia, esboçam-se várias escolas jusnaturalistas, salientando-se as de fundo religioso, a racionalista, a biologista, a humanista, a do “dado real” de GÉNY, e o sistema idealista pós-kantiano, com STAMMLER. Não se olvidando a obra de HELMUT COING, jurista tedesco, de recente projeção filosófica.

*
**

A idéia de direito natural é, pois, originariamente, e em essência, uma idéia de “justiça” e não, propriamente, uma idéia de direito. O direito, em sentido positivo e lato, compreende fenômeno mais complexo, que se não pode entender senão armado em linhas que, ou verticalmente ou horizontalmente, se entrecruzam e a que se pode titular “ordem jurídica”. Seria o conceito kelseniano se nos abstraíssemos do fato gerador da norma e a desprendêssemos depois de esgotados quaisquer influxos daquele no teor de aplicação desta.

Antes de tudo, porém, supõe-se o direito como prêso às suas fontes. O elemento criador do direito, quer naqueles dados da realidade social, a que chamam os juristas “fontes materiais”, quer na sua conformação interpretativa, de fun-

5 — Digesto, 1, 1 — “Da Justiça e do Direito”, 1 e 3.

ção aplicadora, como a lei, a jurisprudência, o costume, tida por “fontes formais”, o sentido, o conceito de “direito” amplifica-se, desdobra-se, escalona-se e se converte num orbe de realidade normativa, a que a contingência das próprias finalidades impulsiona num sistema organizado, hierarquizado, harmonizado.

Abstraimo-nos do elemento “estado”, no sentido de sociedade politicamente jurisdicizada, como criador único de normas jurídicas e fonte exclusiva de direito. É a corrente elaborada no pensamento alemão de VON IHERING, por KELSEN, e, na França, com juristas ilustres, quais CARRÉ DE MALBERG e GEORGES RIPERT.

À escola do positivismo estatal respondeu, na verdade, o jusnaturalismo com sua “*lei verdadeira, direito-razão, conforme à natureza*” (CICERO), desprezando, como precária, a lei criada pelo príncipe, opressora a criada pelo poder (Leviathan), limitada. A JELLINEK, corifeu do positivismo estatal, poder-se-ia, também, redarguir dentro nas afirmações do jusnaturalismo, eis que o “estado” não esgota as fontes do direito, e o provou HAURIUO, estabelecendo a teoria escalonada da instituição, até encontrar-se o “estado” e ser êle ultrapassado, como elemento criador do direito.

A contraposição, entanto, entre direito natural e direito positivo — considerado êste o editado exclusivamente pelo “estado” — é válida, porém, parcialmente. Não a ponto de considerarmos artificiais as regras jurídicas estabelecidas pelo Estado.

O problema da contraposição — admitido em alguns autores — nasce, ao que nos parece, de uma confusão metodológica, alcançada por VON IHERING, que bem situa: “*o critério ou medida que serve para julgar o direito não é um critério absoluto de verdade, mas um critério relativo de finalidade*”.⁶ Ora, se considerarmos o direito como sustentado num critério de *verdade*, estamos, tranqüilamente, penetrando o metafisi-

6 — LUIS RECASENS, “Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho”, p. 47.

sismo puro do jusnaturalismo. A *verdade*, aí, assenta-se na adequação ou inadequação entre a norma aplicável e o dado *a priori* — Deus, natureza, razão, etc. — criador do direito.

ESMEIN⁷ acha que, entre os romanos, inexistia essa contraposição e que o direito natural, para os peninsulares, era mais uma doutrina filosófica do que jurídica. Na ausência de princípios ou normas positivas, ou em conflitos entre elas, far-se-ia apêlo aos ideais de justiça e da razão. Não se esboçava, assim, jamais, um conflito entre direito natural e direito positivo.

Daqui, pois, nasce a concepção do próprio ESMEIN, que entende ser o direito natural “*um ideal de justiça*”,⁸ no que se faz acompanhar por CLAUDE DU PASQUIER, em magnífica obra,⁹ amparado em DE PAGE, HAESAERT e AILLET, quando diz: “*Le droit naturel n'est qu'une idée, une idéologie qui apparaît dans les civilisations déjà évoluées et qui revêt un caractère fonctionnel; c'est un levier que tend à modifier le droit et à introduire des institutions plus conformes aux aspirations de l'époque*”.

O conceito central, o núcleo da idéia de direito natural não compreende sentido de normatividade, mecanismo completo de reparação construído. Não nasce senão, pura e simplesmente, na idéia vaga de justiça, como fundo de aspiração individual. E definida, aliás, com precisão a idéia de *justiça*, encontramos-la em RODOLFO DE STEFANO: “*L'idea di giustizia è parsa una oscura idea metafisica*”.¹⁰ E a essa idéia de justiça — sentimento de justiça, elaborado na intuição — idéia de fundo metafísico, adicionou-se, por processos tradicionais de transposição psíquica, a outra idéia de *verdade*, formando-se, aí, o substrato afetivo-racional, que se traduziu no moderno conceito de direito natural.

7 — ESMEIN, ob. cit., p. 132.

8 — ESMEIN, ob. cit., p. 142.

9 — CLAUDE DU PASQUIER, “Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit”, p. 275.

10 — RODOLFO DE STEFANO, “Il Problema del Diritto non Naturale”, p. 33.

O conceito de *justiça*, porém, variou e muito, no decorrer de sua racionalização. Em PLATÃO, vemo-lo descer para o mundo político, chegando a identificar-se, a princípio, com a palavra "lei" — "*a cidade está no ponto exato, quando cada qual faz o que lhe compete, sem interferir com o trabalho das outras classes*".¹¹ No pensamento platônico, a "justiça" presuppõe um Estado organizado ou um Estado que realize ideais éticos.¹²

Já com ARISTÓTELES, a justiça implica não uma igualdade, mas "proporção correta, o que somente algumas vêzes é igualdade".¹³

Enquanto, no direito positivo, o sentimento de justiça (fundo intuitivo) aparece como sombra, esbatida no quadro do comércio normativo-jurídico, as escolas do direito natural não abandonaram aquêle primitivo conceito (*sentimento*) de justiça, o interior, o individual, precário, procurando nêle firmar a incidência do direito sem norma, do direito em si, uma como pirâmide de cabeça para baixo. E compreendemos bem a elaboração das sociedades evolutivas, quando o direito natural ali compareceu e se firmou para preencher os claros deixados no direito positivo, então restrito, de experimentação incompleta.

É a função histórica do direito natural, além da de natureza política, de realizar as aspirações culturais do pensamento metafísico predominante em cada época.

Sòmente mais tarde, nessa fase de amadurecimento jurídico-positivo, é que vimos emprestar, na análise de uma lei, o seu caráter de *justa* ou *injusta*. A lei há de medir-se pelo seu conteúdo de sociabilidade. Seu caráter genérico não é senão o teor de realização dos fins econômicos-sociais do grupo, a que se destinou. Há, sim, maior ou menor adequação ao fenômeno social, que visa a disciplinar. A lei ajuda o fato a realizar-se, não o destrói ou suprime, senão harmoniza as

11 — BERTRAND RUSSEL, "História da Filosofia Ocidental", t. 1º, p. 132.

12 — BERTRAND RUSSELL, ob. cit., p. 133.

13 — BERTRAND RUSSELL, ob. cit., p. 202.

pessoas ante a relação fática surgida, contaminando de juridicidade ou de antijuridicidade o ato decorrente. É o critério de relações constantes, produzindo adequações normativas constantes. Daí, vemos inexistir, no direito natural, critério normativo e de aplicação do direito.

*
**

CONTEÚDO

Como esclarecemos, a princípio, a matéria constituída pelo direito natural não se apresenta elaborada com nitidez e pouco se presta a uma elucidação satisfatória. Contudo, *princípios gerais, de fundo básico*, há e que poderão ser perfunctòriamente examinados.

A relação filosófica entre o direito natural e a sociedade — nela compreendendo-se o homem como ser social — esbarrou, a princípio, em dois dados antinômicos: de um lado, a regra imutável, eterna, absoluta, que substancia o ordenamento natural e, do outro, o mundo humano, das coisas, dos seres, vário, convulsionado, instável, onde deveria ser observada aquela regra.

Outro recurso não restou às escolas racionalistas senão firmarem princípios e postulados o mais genéricos possíveis, a fim de alcançarem um maior número de situações ou relações concretas. Explicam-se assim os três aforismas de *ULPIANO*, como ponto de partida para qualquer construção jurídico-positiva: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Mais tarde, *SANTO TOMAZ DE AQUINO* procurou um denominador comum, para a fundamentação do direito natural e de todo o ordenamento jurídico: “o primeiro princípio do direito se funda na razão do bem. O primeiro preceito da lei natural será êste: procurar o bem e evitar o mal”.¹⁴

Ainda que mais limitado o campo do direito natural na atualidade, a conciliação entre o vário social e o imutável da

14 — *SABOIA DE MEDEIROS*, in “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, v. 16, p. 367 e segs.

lei originária insiste-se, através de sistemas racionalmente depurados, através de agudas penetrações no campo da abstração jurídico-filosófica.

STAMMLER elaborou uma dualidade de fundo no mecanismo do direito natural, em fórmula que outros juristas tornaram célebre: "*le droit juste est un droit naturel à contenu variable*".^{14A} Ainda que se modifiquem as formas de criação jurídica, que variem os limites de incidência da regra e até se invertam, ainda assim, no fundo, algo permanecerá imutável "*au coeur de l'homme, c'est la nostalgie du droit et de la justice*", ou, como mais objetivamente o chama, — *c'est l'idéal de justice*".

FRANÇOIS GUI SAN e PHILIPPE MEYLAN, de tradição católica, situam o conteúdo do direito natural em uma "*ordre juridique préétablie, immuable, destiné a régler les relations humaines*". E procurando distinguir o direito natural do direito positivo, entende GUI SAN ser o primeiro declaratório e não constitutivo, acrescentando que "*le droit naturel se révèle à la fois par l'instinct du juste et par les maximes où se condense la sagesse juridique des siècles*".¹⁵

A revivescência do direito natural no pensamento de GIORGIO DEL VECCHIO revela-se salutar, quando o antigo professor da Faculdade de Direito de Roma logra contribuir com excelente identificação do conceito de direito natural em face da moral. Aliás, muito interessante a aproximação do jurista italiano, quando examinarmos o pensamento de KELSEN, que chega, textualmente, a declarar "que será difícil diferenciar el Derecho natural de la Moral",¹⁶ o que se compreende perfeitamente, dada a posição exclusivamente normativista do mestre da Escola de Viena. A falta de normatividade do direito natural levou-o a confundi-lo com a moral, pela mesma razão.

14-A — CLAUDE DU PASQUIER, ob. cit., p. 272; PAUL ROUBIER, "Théorie Générale du Droit", p. 190.

15 — CLAUDE DU PASQUIER, ob. cit. p. 266.

16 — HANS KELSEN, "La Idea del Derecho Natural y Otros Ensayos", p. 24.

DEL VECCHIO, entanto, sùtilmente, define o direito natural como a “*ética objetiva*” ou “*inter-subjetiva*”, pressupondo a participação de mais de uma pessoa e, a moral, de “*ética subjetiva*”, cuja sanção nasce e se extingue na própria consciência individual.

Para os dedicados às correntes do pensamento jusnaturalístico, a distinção tem sabor capitoso de axioma válido, com reflexos de larga evolução nas lindes do pensamento filosófico. Os demais, de origem e formação realístico-positivista, não deixam de admirar a quanto anda a abstração do pensamento racional em sutilezas, de fundo aparentemente lógico.

Finalmente, na conceituação do conteúdo do direito natural, depois de caracterizadas as suas raízes, como aspiração de justiça, com enorme repercussão no aprofundamento da filosofia dos valores, pequena transcrição da contribuição de HELMUT COING, citado por LUIZ LEGAS LACAMBRA,¹⁷ situar-nos-á, com muita atualidade, no que se pensa a respeito do jusnaturalismo, em nossos dias: “*el Derecho natural es una suma de principios jurídicos supremos que constituyem el fundamento del Derecho cultural positivo. Estos principios derivan del contenido ético de la idéa del Derecho, con referencia a determinadas situaciones y estructuras fundamentales de la vida social. Apriorísticos en sus fundamentos éticos contienen ciertos elementos empíricos en tanto que se refieren a situaciones determinadas y proceden de ciertos dados de la naturaleza humana o de la naturaleza de las cosas. Pertenecen al mundo del hombre y a él limitan su validez. No constituyen un sistema o un orden cerrado, puesto que la idea del Derecho no es nun cognoscible de modo exhaustivo*”.

Se, por um lado, como afirmam os jusnaturalistas, os fundamentos éticos do direito são apriorísticos; se imutáveis e eternas suas regras; se originários de dados da natureza humana ou da natureza das coisas, o fato é que a sua elaboração traz, em qualquer época ou lugar, a marca indisfarçável, indiscutível, inarredável, de seu criador: o homem.

17 — LUIS LEGAS LACAMBRA, “Filosofia del Derecho”, p. 148.

Eis aí, atirado pelos jusnaturalistas, o homem como estabelecendo algo de imutável, de *válido em si*, de perene. A criatura, do pensamento metafísico-teológico, transformada em criador.

*
**

KELSEN E CARLOS CAMPOS

Do ponto de vista pròpriamente filosófico, no plano geral da filosofia do direito, torna-se difícil a tomada de uma posição equidistante, no exame, crítica e cotejo das doutrinas jusnaturalistas e das doutrinas que, no polo oposto, as combatem.

A matéria, na realidade, não comporta o *medio da virtus*. Ou se é jusnaturalista ou se é anti-jusnaturalista. Inexiste teor conciliatório e se pode dizer, não no plano da realidade, mas no plano institucional-filosófico, que há duas verdades. Duas verdades em permanente luta.

Honra seja feita, entretanto, aos positivistas-materialistas: não se apropriam de elementos do jusnaturalismo para enriquecer sua caudal doutrinária, o que, pesarosamente, se não dá com as escolas do direito natural, as mais recentes, que vêm buscar, no rico veio da sociologia, estruturas concepcionais de explicação jurídica, recapando-as, porém, com aquelas obnubilosas *verdades* da metafísica idealista.

Tornou-se de hábito e tal se pode ver no vigoroso pensamento de FRANÇOIS GÉNY — que, com melancolia para nós, chega a exclamar "*Irreductible droit naturel*"! — a supervalorização de dados de fato, na formação do direito, através de processos de depuração racional, de fundo estritamente metafísico.

Ao procurarmos, pois, no pensamento normativista de KELSEN e no pensamento realista de CARLOS CAMPOS, duas escolas de crítica ao jusnaturalismo, paradoxal ser-nos-ia interpretada tão desencontrada escolha.

Aparentemente, porém, desencontrada a escolha. Antes de tudo, podem-se situar ambos os autores no terreno do positivismo jurídico. Pelo menos, no sentido de contraposição ao

metafisismo jusnaturalista. Ainda que partindo de fontes diversas e chegando a soluções, também, por caminhos diversos, em ambos, CARLOS CAMPOS e KELSEN, não encontramos laivos de idealismo concepcional, senão o agarramento a realidades filosóficas conversíveis, de onde ergueram seus edifícios doutrinários.

KELSEN parece-nos, todavia, haver permanecido no ar. Sustentou-se na norma, e a norma, aqui, compareceu como verdadeira teia de aranha, enfeixando-se num sistema rígido, límpido, de contextura global, sôbre que apoia todo o seu pensamento filosófico-jurídico.

Despercebeu-se, é verdade, do recôsto, onde se firmasse sua grande teia normativa. E aí está ela, perfeita, bela, explicando-se, mas despida do elemento vivo da sustentação social.

Já o então eminente professor da Universidade de Minas Gerais, que lhe ilustrara por anos inúmeros a cátedra de "Introdução à Ciência do Direito", atirou a sistematização do seu pensamento jurídico-filosófico para o fenômeno da *coexistência* e, nessa *coexistência*, não omitiu o elemento *homem*, como fator e fautor de elaboração institucional, a que filiou o direito. Vê-se que os planos de elaboração jurídico-filosófica, de um e de outro, situam-se em níveis qualitativamente diferentes e sua harmonização, entre si, só se torna possível até certo ponto, quando ambos assestam suas baterias contra tôda a ordem estrutural e formal do jusnaturalismo, onde, em aspectos diversos, ambos os pensadores se encontram.

E nos servimos, ainda mais, dêsses autores, porque entendemos que as críticas de ambos alcançam não só o fundamento, mas, ainda, tôda a estrutura do direito natural, nos únicos planos realmente concebíveis, em que se pode apresentar êsse direito: na sua relação formal, através do mecanismo normativista de qualquer sistema de direito e na sua fonte orgânica, como elemento criador da norma jurídica.

Achamos, mais, que a presença das obras dos dois escritores, na crítica ao jusnaturalismo, esgota os planos de análise dêsse chamado direito. Por isso, entretanto, não deixa-

rá de haver jusnaturalistas...! como no-lo explicará, mais adiante, por via de consequência, a doutrina de CARLOS CAMPOS!

**

HANS KELSEN encontra antecessores diretos, na sua teoria do "direito puro", em EDMOND PICARD, que se firmou em sua conhecida obra "*Le droit pur*", em ERNEST ROGUIN, todos enveredando para a concepção de um direito alheio a qualquer vinculação de natureza valorativa, seja a filosófica, seja a política, seja a ideológica.

No pensamento kelseniano, "*el derecho es una técnica social que está al servicio de determinadas finalidades humanas y sociales...*", por outro lado, o direito "*solo puede ser considerado como un deber ser; su estructura es la de la normatividad*".¹⁸ Direito é norma. E norma está no vértice tanto da criação como da aplicação do direito. Lei e sentença não se diferenciam, em que caracterizam a norma. Depois de profligar a dicotomia *direito-objetivo X direito-subjetivo*, entendendo ser êste irrelevante e, aquêle, o único realmente existente, desdobra a contextura de seu pensamento, no sentido de escalonar apenas quantitativamente o fenômeno criador e aplicador do direito, cuja realidade única está na norma — criada na sentença, como norma individual; criada na lei, como norma geral, até chegar-se na base do que chamou *pirâmide jurídica*, onde está a Constituição.

Em última análise, identifica o direito com o Estado.

A só inexistência de conteúdo normativo bastaria a KELSSEN para negar ao direito natural a qualificação de *direito*. Mas, nas raízes mesmo de sua teoria pura, quando despe o ordenamento jurídico de qualquer fundo ou finalidade valorativa, já aí, exclui a conceituação de direito do *direito natural*, impregnado êste com fôrça dogmático-axiológica.

18 — LUIS LEGAS LACAMBRÉ, ob. cit., p. 95.

KELSEN, com grande aproximação, chega mesmo a lembrar que na filosofia dos valores se encontram aninhados, ocultos, interêsses políticos e sociais. Aqui, anda êle a mãos dadas com CARLOS CAMPOS, quando afirma o sentido *político-teleológico* das instituições humanas, entre as quais a filosofia, o direito, etc., impregnados de valoração, respondendo a fins humanos, fins sociais, interêsse dos grupos dominantes. O axioma, de grandes proporções, reelaborado por MANHEIN, já vem da sociologia, da análise psicológica, tendo como precursor a escola *teleológico-jurídica*, de VON IHERING.

O fim *em si* da metafísica sofreu essa análise perturbadora da filosofia realista, de aplicação direta no pensamento jurídico positivo.

Di-lo, expressamente, KELSEN: "*El Derecho Positivo, como ordenación que amenaza coactivamente, es un medio específico técnico-social, para "alcanzar fines" cuya determinación queda fuera del Derecho Positivo*".¹⁹

Para KELSEN, depois de analisar o conceito de *ordenamento natural*, como aquêle criado por si mesmo, e não pelo homem, mas a êle, tão sòmente, dado a conhecer e acessível, não importa o faça originar a teoria do Direito Natural de Deus ou da Natureza. Em última análise, completamos, a fonte criadora do direito natural, de que tratamos linhas acima, como sendo Deus, na escola teológica; a sociedade, na escola sociológica do jusnaturalismo; na natureza, pela escola biológica ou na razão, pela escola racionalista, não importa no sentido de fundamentação dêsse direito, tão pouco no modo de analisar-se seu conteúdo.

Há perfeita consonância entre o ponto de partida kelseniano e o de CARLOS CAMPOS, ao afirmar êste: "*Entendemos como jusnaturalista tôda teoria de fundamentação do direito que conserve o resíduo metafísico ou teológico, o valor em si e por si, em qualquer domínio da elaboração teórica. Também pouco importa a natureza dêsse resíduo, se êle é formal ou material, isto é, se o seu ponto de integração no absoluto*

19 — KELSEN, ob. cit., p. 21.

é deduzido racionalmente ou pôsto como sentimento, ideal, intuição indeterminada, ou outro elemento, mesmo quando êle seja objetivo, se supervalorizado afetivamente, como, por exemplo, o bem comum de *LE FUR*, que afinal se resolve no sentimento de valor em si, do bem comum, supervalorizado na sua apreensão acientífica, do domínio do espiritual".²⁰

Depois de aclarar a contraposição entre direito positivo e direito natural, sôbre que muito se enrijeceram os naturalistas, para afirmar que a validade do direito positivo, de suas normas, haveria de condicionar-se à sua maior adequação aos princípios de direito natural, KELSEN reafirma a validade do direito positivo, sem qualquer atinência com preceitos do direito natural. Enquanto a validade da norma do direito natural assenta-se ou em *Deus*, ou na *razão*, ou *natureza*, ou em qualquer princípio imanente, a da norma de direito positivo provém da vontade humana, distinguindo-se, aí, as razões de validade "*por sua essência*". E conclui que "*la fuente de una norma no es otra cosa que su razón de validez específica*".²¹

Elemento outro, que caracteriza a diversidade de natureza do direito natural e do positivo é o elemento *coação*. A *coação*, no pensamento do ilustre mestre da escola de *Viena*, pressupõe a existência de homens conduzindo-se de maneira diferente daquela permitida ou prescrita na lei. Já no direito natural, suas regras estão revestidas de tal evidência — como procedentes de *Deus* ou da *razão* — que não necessitam coação alguma, a fim de que delas sofra ação o homem. A isso chama KELSEN "*necessidade interior*", que marca as normas do direito natural. Há relação de imediatidade entre o comportamento e a sanção.

Nesse rumo, chega KELSEN à justificação do Estado, o detentor, por excelência, do sentido coativo do direito, a ponto de definir "*el Estado como la forma perfecta del derecho*".²² E chega a apontar como mais perfeita forma do direito

20 — CARLOS CAMPOS, "Sociologia e Filosofia do Direito", p. 273.

21 — KELSEN, ob. cit., p. 19.

22 — KELSEN, ob. cit., p. 22.

natural a *anarquia*, não como ausência completa de ordenamento não estatal, livre de coações. Seria o encontro de MARX com os jusnaturalistas!

Depois de identificar, tanto na norma de direito natural como na de direito positivo, a característica do *dever ser*, procura, entretanto, penetrar-lhe certa divergência na procedência dêsse *dever ser*, oriundo, no primeiro, ou da *natureza* ou de *Deus* ou da *razão* e, no segundo, porque legislado por “*un cierto hombre*”.

Objecção primeira, e de grande percussão no desenvolvimento de sua teoria, é a de que, depois de admitir-se “*la existencia de un derecho natural objetivo, esto es, de un ordenamiento “natural”, no creado por el hombre, independiente de todo humano arbitrio, habrá que reconocer que la individualización de sus normas, que por lo pronto sólo son dadas con carácter general, no es posible sino mediante un acto humano, y que para la realización del Derecho natural es indispensable el humano pensar, sentir y querer.*”²³ E, por via de consequência, só admite (no plano hipotético) o direito natural como “*norma general, principio abstracto de justicia*” e que o segundo grau do direito natural “*tiene que ser obra humana, y en este estrato su ordenación no puede ser “natural” en el estricto sentido de la palabra, tiene que ser “artificial”.*”²⁴

Mas quando êsse direito natural principia a descer àquele plano a que êle chama *segundo grau*; quando passa a ser aplicado a um caso concreto; quando se toma de relação processual, ou deve ser aplicado por homens empíricos, passa, outrossim, a depender dos homens empíricos, e verificada divergência fática, em tórno de um princípio de direito natural (KELSEN exemplifica com o *pacta sunt servanda*), essa querela desnatura a aplicação do conceito como tal, eis que, diante da idéia pura do direito natural, qualquer figura litigiosa está excluída e “*este supuesto se da bajo la idea de que las partes poseen las condiciones de entendimiento y vo-*

23 — KELSEN, ob. cit., p. 35.

24 — KELSEN, ob. cit., p. 35.

luntad exigibles, que son sabias y buenas, y ambas en el mismo grado; en una palabra, que son perfectas".²⁵ A isso, chama, agudamente, de utopia do direito natural.

O desvincular o direito natural de sua dinâmica de aplicação *imediate*, mas através de homens, e o afirmar, daí, que se trata, apenas, de ordenamento de natureza geral, que se revela em seu próprio conteúdo de verdade originária, e, daí, que ao direito positivo compete a aplicação das leis e princípios seus, nas relações humanas, estar-se-á reconhecendo a necessidade irremovível do direito positivo e sua insubstituível existência no plano social.

A crítica de KELSEN não logrou fugir de uma apreciação mecanicista do direito natural, o que se explica pela formação mais jurídica do que filosófica do eminente professor vienense. Na realidade, a índole cultural do analista influi sobremaneira na condução dos problemas a se solucionarem e sua individualidade intelectual marca rumos muita vez imperceptíveis do delineamento das equações e na ordem de questões levantadas.

Contudo, a elucidação da problemática do direito natural é manifesta, no que diz respeito à atuação desse direito. E fê-lo KELSEN em análise minuciosa, exaustiva, porque, na realidade, o problema não se forma senão de ângulos diversos, para estender-se num plano conceitual de enorme complexidade. Sua contribuição, entretanto, alenta-nos, sobretudo pela afirmação e revelação de escaninhos antes pertinazes, onde se escondiam grandes reservas de força do direito natural. Conhecidos, sua exaustão impor-se-á, gradativamente.

O ponto de partida da filosofia jurídico-realista de CARLOS CAMPOS encontra-se explicado em sua obra "Sociologia e Filosofia do Direito", onde, em vários dos capítulos, esponta sua fundamentação pormenorizada dos princípios vitais básicos, que informam o pensamento político ou filosófico do homem.

25 — KELSEN, ob. cit., p. 37.

Formulando crítica aguda à teoria de KARL MAX, o eminente filósofo expuzera sua contrariedade à planificação estrutural do socialismo, para concluir: *“Temos para nós que a explicação geral, o princípio compreensivo está no que desprendemos já em outros capítulos dêste trabalho, onde estabelecemos que o surto biológico afirmativo adaptativo, que no humano e social se resolve pela afirmação concordante da personalidade dentro do grupo e em sua adaptação à realidade externa, através da elaboração das energias instintivas e realização delas em face do princípio de realidade, conciliadas na consciência e também na afirmação coletiva, como tendência irreprimível, com base nas tendências da personalidade, é o verdadeiro princípio geral”*.²⁶

A técnica usada, no indivíduo, é a da reelaboração dos instintos afirmadores da vida e sua compatibilização não só *“no domínio do biológico, como no individual humano, como no social coletivo”*.²⁷ E nega, com isso, seja o fato econômico a infra-estrutura, pois esta reside no homem, na afirmação do homem junto do princípio vital individual ou coletivo. E conclui, com muita clareza: *“A vida tende a realizar-se em sentido afirmador. A vida humana, porém, se encontra diante do fato irremovível da coexistência, e a sua afirmação só se torna plenamente possível se ela coincide com êsse fato. As instituições morais, jurídicas, políticas, em que a coexistência se organiza, são aqui pròpriamente leis irremovíveis de vida ao serviço da vida”*.²⁸

Voltando-se, porém, para um dos meios de realização e afirmação humanas, de fundo institucional, CARLOS CAMPOS deixa manifesto que *“o direito não é um sistema científico. Não é ciência mas um fato, uma técnica ao serviço da realização dos interêsses humanos essenciais”*.²⁹

Na elaboração dêsse pensamento, notamos, de início, a posição inversa do jurista, face ao jusnaturalismo. De fato,

26 — CARLOS CAMPOS, ob. cit., p. 391.

27 — CARLOS CAMPOS, ob. cit., p. 392.

28 — CARLOS CAMPOS, ob. cit., p. 423.

29 — CARLOS CAMPOS, ob. cit., p. 90.

nestes, com afirmar a existência de princípios eternos, imutáveis (de fundo teológico, ou biológico, ou racional, etc.) que governam o ordenamento da vida humana, o homem está a serviço do direito, isto é, vive em função da maior ou menor adequação àqueles princípios superiores do direito natural. Na doutrina realista de CARLOS CAMPOS, o direito é que está a serviço do homem, como técnica de realização de fins individuais, no fato irremovível da *coexistência*.

À sua escola aplica-se a definição de PAUL ROUBIER, ao tratar da "técnica do realismo": "*Le réalisme juridique suppose que l'autorité du droit ne vient pas d'une source formelle, c'est-à-dire ne s'appuie pas sur la raison d'autorité, ni non plus d'un idéal de justice, c'est-à-dire ne s'appuie pas sur l'autorité de la raison; cette autorité vient des besoins sociaux, c'est-à-dire s'appuie sur l'autorité de l'expérience*".³⁰

O realismo implica o teleologismo imediato e nos conduz ao pensamento precursor de JHERING, através da experiência.

O assentamento, porém, de uma escola de pensamento jurídico já partindo de "necessidades sociais" ou na "autoridade da experiência" não alcança toda a complexidade da criação das normas jurídicas. O problema principia com o indivíduo, ante o fato externo, o outro indivíduo, num jogo entre o princípio de prazer (afirmação individual) e o princípio de realidade (mundo externo), como expuzera vezes repetidas CARLOS CAMPOS.

JEROME HALL situa essa questão em termos lípidos, de uma simplicidade, aliás, alentadora: "*O ponto de referência é o indivíduo, especificamente, o caráter de seu estado interno na medida em que este é um componente objetivo do direito*".³¹ É a conversibilidade das estruturas psíquico-somáticas em entidades universais de direito positivo, o que de perto se explicaria no jusnaturalismo, ao erigir verdadeiras manifestações do instinto individual em lei eterna, imutável, regendo a vida (conservação da vida, instinto da vida).

30 — PAUL ROUBIER, ob. cit., p. 102.

31 — JEROME HALL, "Democracia e Direito", p. 106.

Define CARLOS CAMPOS o direito natural: "*Entendemos como jusnaturalista toda teoria de fundamentação do direito que conserve o resíduo metafísico ou teológico, do valor em si e por si, em qualquer domínio da elaboração teórica. Também, pouco importa a natureza desse resíduo, se ele é formal ou material, isto é, se o seu ponto de integração no absoluto é deduzido racionalmente ou pôsto como sentimento, ideal, intuição indeterminada, ou outro elemento, mesmo quando que afinal se resolve no sentimento de valor em si do bem ele seja objetivo como, por exemplo, o bem comum de LE FUR, comum supervalorizado na sua apreensão acientífica do domínio do espiritual*".³²

A identificação, pois, do resíduo metafísico atira para a conceituação do jusnaturalismo qualquer jurista que o tenha elaborado, classificando CARLOS CAMPOS entre jusnaturalistas VANNI, MICELI, que falsos positivistas e falsos psicologistas, ou os jusnaturalistas sociologistas, historicistas, que adotam o caminho da valoração de um dos dados de tais ciências, e aí erigem o sistema de fundamentação do direito natural, para, depois, negarem qualquer validade àquelas ciências particulares em si.

A crítica de CARLOS CAMPOS ao jusnaturalismo está prêsa à elaborada ao pensamento metafísico kantiano, como o próprio jurista afirma à página 276, de sua citada obra. Mas, antes, resume o processo levado a efeito pelo direito natural, no plano da realidade jurídica, que se traduz em que "*a técnica metafísica de supervalorização, essencialmente política, é a mesma em todos os metafísicos. Ela consiste em transmutar o sentir e o pensar em ser objetivo. LE FUR mesmo usa e abusa da palavra objetivo, já em SANTO TOMAZ utilizada, para exprimir a coisa em si, existindo não simplesmente fora do homem, mas, também, acima dêle*".³³

32 — CARLOS CAMPOS, ob. cit., p. 273.

33 — CARLOS CAMPOS, ob. cit., p. 276.

Portanto, partindo da crítica do pensamento kantiano, dos seus elementos primordiais, as formas puras — espaço x tempo — em que entende CARLOS CAMPOS ser êste modo de ser, de experiência removível e, aquêle, ser, de experiência irremovível, para chegar ao próprio pensamento abstrato, terreno onde o pensamento metafísico se aninha, vive e se multiplica, como impossível sem a experiência.³⁴

E conclui, baseado em experiência psicológica: “A psicologia sugere, entretanto, que no sentimento de coisa que ainda não é do dever ser, o que há é uma projeção da realidade, do material de nossa experiência, na aspiração com que substituímos a coisa, supervalorizando-a afetivamente e preenchendo com a afetividade a falta de experiência da coisa.”³⁵

Na verdade, êsse preenchimento do inexperiente, do inexperimentado, com dados diversos da experiência, porém, afetivamente supervalorizados, é muito comum no mundo do direito, quando impulsos meramente subjetivos, de natureza concensual ou concepcional, impõe-se em soluções, cuja aplicação do direito objetivo faz-se omissa ou desconhecida.

A transmutação de dados, de ângulos, na visão dos problemas filosófico-jurídicos, é, na verdade, o caminho à persecução da realidade política existente nas instituições, através das quais se afirma e se realiza o homem, em sociedade. O dizer que determinado filósofo ou pensador apenas mudou as palavras de tal ou qual sistema filosófico lhe desnatura a obra é preconceito de limitação mental, pois que, no plano do conhecimento abstrato, outra coisa não há e não haverá senão permanente transmutação de ângulos de visão dos fenômenos culturais e científicos, com tendência à maior aproximação do pensamento aos dados da realidade externa.

Nesse sentido, entendemos haver dado um grande passo a filosofia realista de CARLOS CAMPOS, despida de ilusões, de afagos, de sonhos. Seu sistema foi elaborado no plano cien-

34 — CARLOS CAMPOS, ob. cit., p. 291.

35 — CARLOS CAMPOS, ob. cit., p. 319.

Belo-Horizonte, dezembro/1958.

tífico, de apropriação da técnica científico-filosófica, assumindo universalidade imponente e respeitável, eis que traduzido em obra de grande compreensão da contribuição das ciências físicas, naturais e sociais, para a formação de uma concepção filosófica da vida e do homem.

Negou, com isso, autoridade científica ao direito natural, nas mesmas aproximações de **KELSEN**, que o qualifica como obra do homem, sujeito, portanto, à mesma análise e crítica a que se subordinam tôdas as coisas feitas pelo homem.