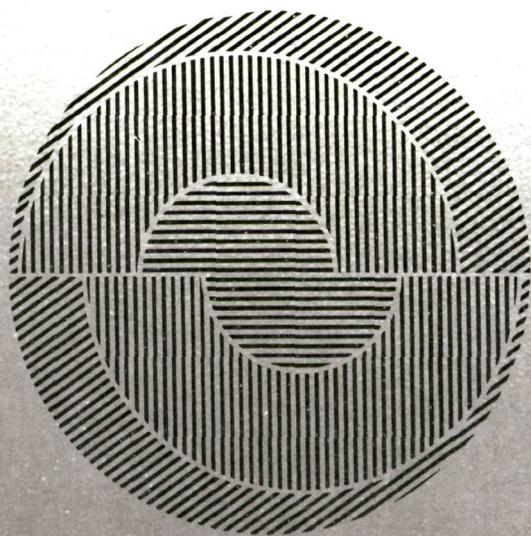


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

ABRIL A JUNHO 1990
ANO 27 • NÚMERO 106

As diversas correntes do pensamento jurídico

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MACALHÃES

Pesquisador do CNPq. Professor de Direitos Humanos da APM/MG. Mestrado em Direito Constitucional da UFMG

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O Direito Natural.* 2.1. *O ressurgimento do Direito Natural.* 3. *O positivismo na ciência do direito.* 3.1. *Hans Kelsen.* 3.2. *Outras correntes do pensamento positivista na ciência do direito.* 4. *O marxismo no direito.* 5. *Conclusão.*

1 — *Introdução*

O objetivo do presente trabalho é de se fazer questionamento em relação às principais correntes do pensamento jurídico, para que finalmente possamos introduzir uma proposta de reflexão sobre um novo caminho a ser seguido pelos juristas da atualidade.

Para alcançarmos este objetivo, estudaremos as duas principais correntes de pensamento que se formaram e evoluíram através dos tempos, que são o positivismo e o jusnaturalismo nas suas principais formas através da história da filosofia do Direito.

Posteriormente, faremos uma breve análise da teoria marxista de direito. Sua contribuição é fundamental, e o seu estudo é necessário, seja para adaptá-lo, seja para se fazer uma crítica desta maneira de interpretação; ignorar o pensamento marxista significa passar à margem boa parte da história contemporânea da humanidade.

Finalmente, na quarta parte de nosso estudo, enfrentaremos então as novas propostas que surgem para uma nova escola de Direito. Não temos a pretensão, em momento algum, de esgotar tão rico e vasto tema. São

inúmeras as contribuições para um novo pensamento do Direito que surgem no mundo inteiro. O que faremos será analisar uma nova escola que surge no Brasil, introduzindo o tema, para que se desperte o interesse para novas indagações críticas, que venham contribuir para o enriquecimento do pensamento filosófico de Direito que sem dúvida caminha para uma nova era.

Portanto, após percorrermos todo o caminho traçado pelo pensamento jusnaturalista, positivista e marxista, podemos desvendar novos caminhos da filosofia de direito, alicerçados nesta sólida base, não esquecendo que é através do questionamento corajoso e científico de tudo que o pensamento humano evolui. DANTE escreveu que nas portas do inferno encontram-se as seguintes inscrições: "Convém deixar aqui todo preconceito, convém que se mate aqui qualquer medo." MARX colocará esta mesma inscrição na porta da ciência (1).

2 — O Direito Natural

Será desde tempos muito antigos que os filósofos e pensadores políticos "vão sustentar a crença de que deve haver um Direito baseado no mais íntimo da natureza do homem como ser individual ou coletivo. Estavam convencidos de que existia um Direito Natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem (2).

Quanto ao conteúdo destes direitos, eles serão vários no decorrer da história, entretanto, a convicção da existência de normas fundadas na natureza humana de caráter obrigatório para todos os homens em todos os tempos mostrou ter muita vitalidade no decorrer dos séculos (3).

Os primeiros a discutirem o problema do Direito Natural foram os pensadores gregos. Eles se deram conta de que existia uma grande variedade de leis e costumes nas diversas nações e povos, e muitas vezes o que uma nação aprovava a outra condenava. Começam então os pensadores da época a se questionarem se não existiam determinados princípios gerais que eram válidos para os vários povos em todos os tempos, ou se a questão de justiça e de Direito era uma mera questão de conveniência (4).

Alguns filósofos gregos adotaram uma opinião contrária à existência de princípios eternos e imutáveis.

(1) GONZALEZ, Horácio. "Karl Marx". Editora Brasiliense S.A., São Paulo, 1984, *Encanto Radical* nº 63, p. 54.

(2) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica. México, 1942, p. 127.

(3) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 127.

(4) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 128.

“O sofista TRASÍMACO” — ao qual se pode considerar como uma espécie de precursor da interpretação marxista do Direito — “ensinava que as leis eram criadas pelos homens ou grupos que estavam no poder, com objetivo de fomentar seus próprios interesses”. Afirmava ele que a justiça não é senão o que convém ao mais forte (5).

“O sofista PROTÁGORAS” (481 (?) — 411 antes de Jesus Cristo) — antecipando as opiniões dos positivistas modernos — “sustentava que as leis feitas pelos homens eram obrigatórias e válidas sem considerar o seu conteúdo moral”. Entretanto, a maioria dos mais destacados filósofos gregos reconhecia a existência de certos elementos que são os mesmos em todos os tempos e para todos os povos, o que estes elementos encontravam sua expressão no Direito (6).

Para OLIVEIROS LITRENTO, Homero foi o primeiro tratadista (através dos seus grandes poemas *A Iliada* e *A Odisséia*) de Direito e Política. O grande poeta Homero, nascido na Ásia Menor, no século VIII a.C., idealiza *A Iliada* o mito da Deusa Themis. Conhecedora das leis da sociedade, que atribui de origem divina, Themis veio se tornar esposa de Zeus e também sua conselheira jurídica. “Os reis e juizes humanos, instruídos por Zeus, aplicaram para cada caso concreto o Direito pertinente. Assim, a conduta intrinsecamente justa era só, aparentemente, uma inspiração de Zeus. No fundo uma determinação de Themis. Já o reconhecimento pelo juiz, de que em Direito se chama *facultas agendi*, ou seja, a pretensão jurídico-subjetiva de uma pessoa, vem a ser encontrada em Homero como “é Dike”. Daí por que em grego o ato de julgar é chamado Dikazein! (7)

HESÍODO (poeta de período heróico grego — século VIII nos fins do século VII a.C.) dará melhor caracterização jurídica, simbolizando Dike como a filha de Themis (entenda-se: Themis — deusa da justiça com vistas à norma *agendi* e Dike, deusa da justiça com vistas à *facultas agendi*). No poema *A Teogonia*, Dike governa com suas duas irmãs: a Eumonia (boa ordem) e Eirene (a paz), todas filhas de Themis e Zeus. Dike, que tem a missão de realizar a concretização do intrincamento justo através dos juizes, combate três opositores: Eris (como a *pendência*, que subverte a ordem) Bia (como a *força* que desafia o Direito) e Hybris (como a *incontinência*, que transforma o *justo* em *injusto*, uma vez ultrapassando os limites do Direito). “Portanto, não apenas os homens cometem delitos. Os juizes também erram quando suas sentenças não refletem o pensamento de Dike. Logo, a ordem jurídica pode ser afetada pelos *ethos*, ou seja, pelo caráter de uma pessoa, que pode ser o juiz. Quando Dike é desprezada, a subversão pela injustiça destrói o Estado” (8).

(5) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 128.

(6) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 129.

(7) LITRENTO, Oliveiros Lessa. *Curso de Filosofia de Direito*, Rio de Janeiro. Ed. Rio, 1980, p. 30.

(8) LITRENTO, Oliveiros Lessa. *Curso de Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 31.

Com TALES, a Cosmologia se separa da Teogonia, passando a primeiro plano da meditação filosófica o problema da substância, fazendo-se assim de fetichismo mítico-religioso, delineando a idéia de um existencialismo ligado à indestrutibilidade da matéria. ANAXIMANDRO (610-547 a.C.), discípulo de TALES, escreveu num poema intitulado *Sobre a Natureza*, também chamado *Da produção de Coisas*. "Considerando tanto o nascimento quanto a morte das coisas uma injustiça (adikia), somente Dike, que se realiza no tempo, pode restabelecer a harmonia no Cosmos através da justiça. E a justiça, para ANAXIMANDRO, é a reintegração na unidade no Cosmos, restabelecendo-se, como consequência, a lesão sofrida pela natureza. Outro não é o motivo da harmonia do Cosmos em face da indeterminação da natureza (9).

HERÁCLITO será o melhor expositor da doutrina panteísta da razão universal, considerando todas as leis humanas subordinadas à lei divina do Cosmos. "HERÁCLITO assinala que Dike (a justiça) assumia também a face do Eris (a discórdia ou litígio), (daí se compreendendo que Dike-Eris não apenas governam os homens, mas o mundo), a verdade é que o grande filósofo traduz a justiça como resultado de permanente tensão social, resultado jamais definitivo porque sempre renovado. HERÁCLITO transmitiu para Aristóteles às primeiras especulações em torno de uma *justiça-tensão*, *revolucionária* porque sempre renovada, mas sem opor, antes submetendo e integrando a lei positiva ao *Direito Natural*. Outro não é o motivo por que a lei dos homens (Nomos) é sempre injusta quando contraria a lei de um *Logos* natural e divino (Physis) (10).

"ARISTÓTELES considera que no direito há uma parte que é justa por natureza e outra por determinação da lei positiva." (11) Coloca ARISTÓTELES que "o justo por natureza é mutável na medida que mudam as realidades a que se refere este critério de justiça. Para ele o natural não é a expressão de uma realidade fenomênica regida por leis casuais imutáveis; antes, o natural significa um conceito teológico valorativo, aquele que se adequa a seu fim, aquele no qual a forma, como princípio finalista, triunfa sobre qualquer resistência da matéria. Cabe dizer que uma das consequências dessa concepção teleológica do natural como forma podia ser a que, enquanto vai se realizando progressivamente, os fins brotam novas e diversas exigências da justiça natural" (12).

Na opinião de RECASÉNS SICHES, esta interpretação pode ser correta se se levar em conta que Aristóteles afirmou a mudança não

(9) LITRENTO, Oliveira Lessa. *Curso de Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 33.

(10) LITRENTO, Oliveira Lessa. *Curso de Filosofia de Direito*, ob. cit., p. 41.

(11) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 6ª edição, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, p. 428.

(12) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, ob. cit., p. 428.

somente do justo por lei ou por Convenção, mas também o justo por natureza (13).

Assim como Aristóteles, PLATÃO está convencido de que o Direito e as leis (*nomos* e *nomoi*) são essenciais para a estruturação da *Polis*. Aliás, com relação à expressão *Polis*, CARL J. FRIEDRICH ressalta que muitas vezes ela é traduzida como *Estado*, o que é uma “expressão moderna que é bastante enganadora quando aplicada à ordem política grega” (14). De acordo com a convicção dos dois grandes filósofos da antiguidade, “qualquer espécie de positivismo legal segundo o qual a ordem arbitrária de um tirano pudesse ser considerada lei” — uma opinião que tem sido frequentemente sustentada sob modernas ditaduras — “é por eles completamente excluída” (15). Com esta afirmação surge uma questão fundamental: qual a origem, a fonte da lei, se esta não está na vontade daquele que possui o poder efetivo no Estado? A difícil resposta pode ser encontrada na doutrina platônica de idéias. A própria palavra “idéia” tem sido, muitas vezes, considerada imprópria para representar o que constitui a essência da doutrina socrático-platônica de *idéia* ou *eidós*. Palavras como “forma” têm sido sugeridas para satisfazer ao fato de que essas idéias não são, para Sócrates e Platão, algo criado pelo espírito subjetivo do homem, mas uma realidade objetiva e transcendente, estranha ao homem. O problema do bem estava no centro da meditação filosófica de Platão e Sócrates, e a idéia de justiça e de lei estava intimamente relacionada com a idéia de justiça e de lei. PLATÃO pensava que a tarefa do reformador é de tentar criar um Estado que participe, tanto quanto possível, da idéia, pois esta é eterna e imutável. “Quando PLATÃO escreveu seu famoso diálogo intitulado *Politeia* ou *Constituição* (não República!), pensou estar a braços com um problema muito difícil, mas não insolúvel. PLATÃO acreditava que a solução seria ou os filósofos se tornarem governantes ou os governantes se tornarem filósofos, isto é, homens buscando a sabedoria através de um entendimento real das idéias”.

Entre os estóicos, uma escola de filosofia fundada pelo pensador de origem semita Zenon (350-250 a.C) colocava o conceito de natureza no centro do sistema filosófico. Para eles o Direito Natural era idêntico à lei da razão, e os homens, enquanto parte da natureza cósmica, eram uma criação essencialmente racional. Portanto, enquanto este homem seguisse sua razão, libertando-se das emoções e das paixões, conduziria sua vida de acordo com as leis de sua própria natureza. “A razão como força universal que penetra todo o “Cosmos” era considerada pelos estóicos como a base

(13) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 428.

(14) FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica de Filosofia do Direito*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1965, pp. 30-31.

(15) FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, p. 31.

do Direito e da Justiça. A razão diversa — diziam — mora em todos os homens, de qualquer parte do mundo, sem distinção de raça e nacionalidade. Existe um Direito Natural comum, baseado na razão, que é universalmente válido em todo o Cosmos. Seus postulados são obrigatórios para todos os homens em todas as partes do mundo” (16). Esta doutrina foi confirmada por Panécio (cerca de 140 a.C), sendo a seguir levada para Roma, para ser finalmente reestruturada por Cícero, “de um modo que tornou o direito estóico utilizável, dentro do contexto do Direito Romano, e propício à sua evolução” (17).

Para o professor EDGAR GODOI DA MATA-MACHADO, há uma certa indiscriminação exagerada entre os estóicos, que confundem “lei geral do universo” com o direito natural que se aplicará a todas as criaturas: plantas, animais e homens. Entretanto, salienta o professor que, já entre eles e mais tarde entre os romanos, mas sobretudo entre os filósofos cristãos, se realçará o aspecto humano do Direito Natural (18).

Muitas das formulações encontradas entre os estóicos são semelhantes às estabelecidas por PLATÃO e ARISTÓTELES. Entretanto, a obscura doutrina dos estóicos fez explodir a estrutura da pólis, o que para os dois filósofos gregos era algo indiscutível. Os estóicos proclamaram a humanidade como uma comunidade universal (19).

Como já afirmamos, o estoicismo influenciou sobre a jurística romana, e Cícero será o maior representante na Antiguidade Clássica da noção de Direito Natural, real, objetiva. Esta concepção pode ser encontrada no plano do diálogo *De Legibus* (I, 17-19): “O que nos interessa, neste discurso, não é o modo de prevenir cautelas processuais ou a maneira de despachar uma consulta qualquer... , devemos abraçar, nesta dissertação, o fundamento universal do direito e das leis, de modo que o chamado direito civil fique reduzido, diríamos, a uma parte de proporções bem pequenas. Assim haveremos de explicar a natureza do direito, deduzindo-a do pensamento do homem...” (20).

O que interessa a CÍCERO é o direito e não a lei. Para ele os homens nasceram para a justiça e será na própria natureza, não no arbítrio, que se funda o direito (21).

(16) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 131-132.

(17) FRIEDRICH, Carl. J. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 44.

(18) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, 3ª edição, Editora UFMG/PROED, Belo Horizonte, 1988, pp. 62-63.

(19) FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 44.

(20) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 63.

(21) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 64.

O pensamento cristão primitivo, no tocante ao Direito Natural, é herdeiro imediato do estoicismo e da jurídica romana. A noção objetiva do Direito Natural pode ser encontrada muito bem figurada no famoso texto de São Paulo: "... quando os gentios, que não têm lei, cumprem naturalmente o que a lei manda, embora não tenham lei, servem de lei a si mesmos; mostram que a lei está escrita em seus corações" — Rom. 2, 14-15 ⁽²²⁾.

Os padres da Igreja vão pegar dos estoicos a distinção entre Direito Natural absoluto e relativo. Para eles o Direito Natural absoluto era o direito ideal que imperava antes de a natureza humana ter se viciado com o pecado original. Com este Direito Natural absoluto todos os homens eram iguais e possuíam todas as coisas em comum, não havia governo dos homens sobre homens nem domínio de amos sobre escravos. Todos os homens viviam em comunidades livres sobre o império do amor cristão.

O Direito Natural relativo era, ao contrário, um sistema de princípios jurídicos adaptados à natureza humana após o pecado original. Portanto, como nos explica BODENHEIMER: "Do pecado original derivou a obrigação do trabalho e com ele a instituição da propriedade. A aparição da paixão sexual depois do pecado exigiu as instituições do matrimônio e da família. Do crime de Caim surgiu a necessidade do Direito e da pena. A fundação do Estado por Nemo foi o começo do governo.

A confusão de línguas que se produziu quando os homens construíram a torre de Babel motivou a divisão da humanidade em nações distintas. O ultraje de Caim serviu como justificação da escravidão. Desta forma, a propriedade privada, o matrimônio, o Direito, o governo e a escravidão se converteram em instituições legítimas de Direito Natural relativo. Mas os padres da Igreja ensinavam que era preciso tentar sempre se aproximar o Direito Natural relativo ao ideal de Direito Natural absoluto" ⁽²³⁾. Esperava-se que a hierarquia da Igreja vivesse desta forma, entretanto os fiéis poderiam se limitar a cumprir o Direito Natural relativo. Com esta solução aristocrática a Igreja conseguiu manter os ideais cristãos longe da realidade ⁽²⁴⁾.

A doutrina de SANTO AGOSTINHO (354-430 d.C) tem um importante papel nos postulados do Direito Natural absoluto. Ele considerava o governo, o Direito, a propriedade, a civilização toda como produto do pecado, e a Igreja, como guardiã da lei eterna de Deus, poderia intervir nestas instituições quando julgasse oportuno. Para SANTO AGOSTINHO, se as leis terrenas (*lex temporalis*) contêm disposições claramente contrárias à lei de Deus, estas normas não têm vigência e não devem ser obedecidas ⁽²⁵⁾.

(22) MATA-MACHADO, Edgar de Godol da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit.

(23) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 143-144.

(24) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 144.

(25) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 144-145.

Novecentos anos mais tarde, a doutrina de SÃO TOMÁS DE AQUINO (1226-1274) mostra em maior grau a necessidade da realidade mostrada através do conceito de Direito Natural relativo expressar os ideais cristãos (26).

“As opiniões de SÃO TOMÁS DE AQUINO sobre questões jurídicas e políticas mostram especialmente a influência do pensamento aristotélico adaptado às doutrinas do Evangelho e dos Padres da Igreja integrado em um importante sistema de pensamento” (27).

O papel da Igreja, em sua relação com o governo, levará São Tomás de Aquino, assim como a grande parte dos pensadores medievais, a colocar o Direito Natural como de importância decisiva, pois só com uma norma de caráter mais geral, colocada acima do Direito Positivo, poderia haver alguma esperança de realização da justiça cristã (28).

A doutrina do representante máximo da filosofia cristã é um primeiro passo para a autonomização do Direito Natural como ciência, pois se a lei natural exprime o conteúdo de direito natural como algo devido ao homem e à sociedade dos homens, esta adquire, no tocante à criatura racional, características específicas (29).

São Tomás distingue quatro classes de lei:

a) a lei eterna, que é a razão do governo universal existente no Governante Supremo. Esta lei dirige todos os movimentos e ações do Universo;

b) a lei natural, que é a participação da criatura humana na lei eterna, uma vez que nenhum ser humano pode conhecer a lei eterna em toda sua verdade. A lei natural é a única concepção que tem o homem dos interesses de Deus. Dá ao homem a possibilidade de distinguir o bem e o mal, e por esta razão deve ser guia invariável e imutável da lei humana;

c) a lei divina: uma vez que a lei natural consiste em princípios gerais e abstratos, elas devem se completar com direções o mais particulares dadas por Deus, acerca de como devem os homens se conduzirem. Esta é a função da lei divina que é revelada por Deus nas Sagradas Escrituras;

d) a lei humana — finalmente, a lei humana é um ato de vontade do poder soberano do Estado, mas para ser lei deve estar de acordo com a

(26) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 145.

(27) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 145.

(28) FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 59.

(29) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 65.

razão. Se esta lei contradiz um princípio fundamental de justiça, não será lei e sim uma perversão da lei. O governante temporal deve observar os princípios da lei eterna refletidos na lei natural⁽³⁰⁾.

Após esta fase do Direito Natural, passamos para o que BODENHEIMER chamará de Direito Natural Clássico, que para ele será dividido em três períodos: o *primeiro* após o Renascimento e a Reforma, que corresponde à teoria de HUGO GROTIUS (que preparou o terreno para a doutrina clássica), HOBBS, SPINOZA, PUFENDORF e WOLFF, onde o Direito Natural residia meramente na prudência e automoderação do governante; o *segundo* período começa com a Revolução Puritana de 1649, e é caracterizado por uma tendência para o capitalismo livre na economia e o liberalismo na política e na filosofia, onde encontraremos as idéias de LOCKE e MONTESQUIEU (nesta época a preocupação era garantir os indivíduos contra as violações por parte do Estado); e finalmente o *terceiro* período, que está marcado por uma forte crença na soberania popular, na democracia. O Direito Natural estava confiado à vontade geral do povo. O representante mais destacado desta época foi ROUSSEAU, que exerceu influência sobre KANT⁽³¹⁾.

LEO STRAUSS⁽³²⁾ vai se referir a esta fase do Direito Natural como sendo a fase moderna e colocará JOHN LOCKE como o mais célebre. Com relação à classificação, a de BODENHEIMER sem dúvida nos dá uma idéia melhor da evolução do Direito Natural; vamos recorrer aos ensinamentos de LEO STRAUSS, quando este analisa o pensamento de HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, aos quais faremos uma breve referência antes de estudarmos o ressurgimento do Direito Natural na atualidade.

Assim como todos pensadores que citamos aqui após os próprios gregos, também HOBBS aprendeu muito com os filósofos gregos. PLATÃO ensinará a HOBBS que a matemática será a mãe de toda a ciência da natureza. Entretanto HOBBS considera a filosofia antiga mais um sonho que uma ciência, o conjunto do pensamento hobbesiano nos mostra uma combinação tipicamente moderna feita de idealismo político e de uma concepção materialista e atéia do universo⁽³³⁾.

HOBBS será o continuador do pensamento de HUGO GROTIUS (1583-1645), a quem se atribui a origem do jusnaturalismo, que sustentava a imutabilidade do direito natural comparando-a às dos axiomas matemáticos ("nem Deus poderia modificar as normas oriundas da conformidade ou não conformidade dos atos humanos com a natureza, tal como não po-

(30) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., pp. 146-147.

(31) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., pp. 152-153.

(32) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*. Livrarie Plon, Paris, Traduit de l'anglais por Monique Nathan et Eric Dampiere, 1954, p. 180.

(33) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., p. 185.

deria fazer com que dois e dois não fossem quatro” (34). Como bem observa o professor EDGAR DE GODOI DA MATA-MACHADO:

“Racionalizado, reduzido o conceito inventado pelo espírito, sem qualquer referência às circunstâncias e às situações concretas, históricas e fáticas, existenciais da condição humana, o Direito Natural dos jusnaturalistas estava fadado, em breve, apenas iniciado o século XIX, a ser completamente elidido pelos que não vêem outro objeto para o Direito senão o estudo de normas originárias da vontade estatal expressa sob as mais diferentes formas” (35).

É a época do jusnaturalismo abstrato, a explicação de tudo é encontrada no próprio homem, na própria razão humana, nada de objetivo é levado em consideração, a realidade social, a história, a razão humana se torna uma divindade absoluta.

Outro importante representante de racionalismo ou, como chamamos anteriormente, do jusnaturalismo abstrato será JOHN LOCKE. “Individualista como HOBBS, o filósofo inglês JOHN LOCKE (1632-1704) sustentou teoria jurídico-política sob muitos aspectos diferentes e oposta à de seu compatriota igualmente famoso” (36). Enquanto HOBBS era politicamente favorável a extensão do poder real e com isso contribuiu para reforçar teoricamente o absolutismo do Estado, LOCKE era um partidário da supremacia do Parlamento (37).

Para LOCKE a lei natural é uma regra eterna para todos, sendo evidente e inteligível para todas as criaturas racionais. A lei natural, portanto, é igual à lei da razão. Para ele o homem deveria ser capaz de elaborar “a partir dos princípios da razão um corpo de doutrina moral que seria seguramente a lei natural e ensinaria todos os deveres da vida, ou ainda formular o enunciado integral da lei da natureza, a moral completa, ou ainda um ‘código’ que nos dê a lei da natureza ‘integral’. Este código compreenderia, entre outras coisas, a lei natural penal” (38). Podemos notar que com este pensamento está aberto o caminho para o positivismo.

Outro grande pensador que não podemos deixar de fazer referência é ROUSSEAU.

Para LEO STRAUSS, a primeira crise deste espírito moderno se manifesta com o pensamento de ROUSSEAU. ROUSSEAU pensa que a aventura

(34) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 77.

(35) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 81.

(36) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 81.

(37) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 82.

(38) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., p. 215.

moderna era um erro radical e procura um remédio para isso no retorno ao pensamento antigo. Ele atacava esta modernidade em nome de duas idéias da antigüidade: em nome da cidade e da virtude, de um lado, e em nome da natureza, de outro. "Os antigos políticos falavam sempre dos modos e da virtude; os nossos só falam do comércio e do dinheiro" (39). "O comércio, o dinheiro, as luzes, a emancipação do desejo de adquirir o luxo e a crença na onipotência das leis, estas são as características do nosso Estado moderno, quer se trate de uma monarquia absoluta, ou de uma República Parlamentar" (40).

Existe um claro conflito no pensamento de ROUSSEAU, que defende duas posições diametralmente opostas: em um momento ele defende ardentemente os direitos do indivíduo contra toda a opressão e autoridade; no momento seguinte, não menos ardentemente, ele defende a submissão total do indivíduo à sociedade ou ao Estado, e defende a disciplina moral ou social, a mais rigorosa. Os estudiosos de ROUSSEAU dizem que no seu período de maior maturidade ele finalmente conseguiu superar esta hesitação temporária. ROUSSEAU acreditará até o fim que o bom tipo de Estado, ele mesmo é uma forma de escravidão. Logo ROUSSEAU não pode considerar sua solução do problema do conflito entre indivíduos e sociedade como além de uma aproximação passável que está exposta a dúvidas legítimas. Se libertar da sociedade, da autoridade, da opressão e da responsabilidade, em uma palavra, retornar ao Estado da Natureza, é para ele uma possibilidade legítima. Logo a questão que se coloca é como ROUSSEAU compreendeu este insolúvel conflito (41).

No "Discurso sobre a Ciência e as Artes", ROUSSEAU ataca as ciências e as artes que sustentam os poderosos, e por isso são incompatíveis com a virtude. Para o filósofo a virtude é a única coisa que importa. "ROUSSEAU mostra a significação da virtude bem claramente ao se referir aos exemplos do cidadão-filósofo Sócrates, de Fabricius e sobretudo de Caton: Caton era o maior dos homens. A virtude é principalmente a virtude política, a virtude do patriota ou a virtude do povo inteiro. Ela pressupõe uma sociedade livre, pressupõe a virtude: a virtude e a sociedade livre são ligadas entre si (42).

Antes de seguirmos adiante, para estudarmos o ressurgimento do Direito Natural na época atual, é oportuno transcrever dois trechos do "Discurso sobre as Ciências e as Artes", de JEAN-JACQUES ROUSSEAU:

"Enquanto o governo e as leis provêm a segurança e o bem-estar dos homens reunidos, as ciências, as letras e as artes, menos despóticas e quiçá mais poderosas, estendem guirlandas de flores às cadeias de ferro a que os homens estão presos, neles sufocam

(39) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., p. 263.

(40) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., p. 263.

(41) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., pp. 264-265.

(42) STRAUSS, Leo. *Droit Naturel et Histoire*, ob. cit., p. 265.

o sentimento dessa liberdade original para a qual pareciam ter nascido, fazem-nos amar a própria escravidão, e criam o que se costuma chamar de povos policiados. A necessidade ergueu os tronos; as ciências e as artes os consolidaram. Poderosos da Terra, amai os talentos, e protegei os que os cultivam! Povos policiados, cultivai-nos! Venturosos escravos, deveis a eles esse gosto delicado e fino com o qual vos picais, essa doçura de caráter e essa urbanidade de costumes que correspondem entre vós o comércio tão afável e tão fácil; numa palavra, as aparências de todas as virtudes sem que haja alguma” (43).

Neste trecho ROUSSEAU combate as artes que sustentam o Poder opressor do Estado. No trecho que se segue, ROUSSEAU coloca a virtude como a base de tudo:

“Como seria agradável viver entre nós, se a continência exterior fosse sempre a imagem das disposições do coração, se a decência constituísse a virtude, se nossas máximas nos servissem de regra, se a verdadeira filosofia estivesse separada do título de filósofo! Mas tantas qualidades raramente caminham juntas, e a virtude nunca marcha em meio a própria pompa. A riqueza do adorno pode anunciar um homem opulento, e sua elegância um homem de gosto. O Homem são e robusto se reconhece por outras marcas; é sob o hábito rústico de um trabalhador, e não sob os enfeites de um cortesão que encontraremos a força e o vigor do corpo. O adorno não é menos estranho à virtude, que é a força o vigor da alma. O homem de bem é um atleta que se compraz em combater nu; despreza todos esses vis ornamentos que prejudicariam o uso de suas forças, a maior parte dos quais foi inventada para ocultar alguma deformidade” (44).

2.1. *O Ressurgimento do Direito Natural*

Da metade do século XIX até começar o século XX a teoria do Direito Natural dá lugar ao historicismo e ao positivismo jurídico. Os historicistas negaram o Direito Natural e explicavam o direito a partir da sua origem e desenvolvimento histórico. Os positivistas limitaram o campo da teoria jurídica a uma análise técnica de direito positivo, estabelecido e aplicado pelo Estado. No século XX, no entanto, assistiremos o ressurgimento das velhas teorias do Direito Natural com nova roupagem. Os novos jusnaturalistas consideram o direito como um instrumento para a proteção e manutenção dos interesses individuais, como também meio para fomentar e promover o bem comum. Aparece um direito com maior conteúdo social, em-

(43) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. Editora Coltrix, São Paulo, 1987, tradução de Rolando Roque da Silva, pp. 210-211.

(44) ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*, ob. cit., p. 211.

bora se defendam valores tradicionais do ataque revolucionário do marxismo, buscando as raízes filosóficas no passado (45).

RUDOLF STAMMLER (1856-1938) foi o fundador da nova filosofia jusnaturalista alemã. Em suas diversas obras, STAMMLER assinalou ser necessário, além de estudar o direito positivo, refazer uma teoria do "direito justo" (46).

Para RECASÉNS SICHES, Stammler empreende a tarefa de restaurar a Filosofia do Direito proscrita pela tirania do positivismo e do naturalismo. Para o autor havia dois tipos de posições doutrinárias: "de um lado, as diversas expressões do racionalismo (que negavam beligerância à história), notoriamente o Direito Natural do iluminismo; e, de outra parte, historicismo romântico, o historicismo hegeliano e o naturalismo, os quais, embora diferentes entre si, coincidiam em rechaçar como impossível ou pelo menos como ocioso ou inútil toda estimativa ideal ou racional" (47). Agora estas duas correntes estavam desacreditadas. O jusnaturalismo clássico racionalista fracassou, uma vez que pretendeu elaborar uma construção puramente racional, colocando indevidamente elementos históricos que foram absolutizados como supostas construções *a priori*. As normas eram consideradas como criações puramente racionais e de validade universal e absoluta. Esqueceu-se que esta era na verdade uma criação histórica condicionada à realidade do momento.

Querida suplantarse o direito positivo recebido historicamente pelo direito absoluto e eterno. O que acontece será que estas construções elaboradas com este fim resultavam insuficientes, uma vez que ignoravam os novos problemas surgidos da evolução da vida social (48).

Do outro lado o positivismo também fracassava, como também as correntes naturalistas (materialismo, evolucionismo etc.). Entretanto, desta doutrina, para STAMMLER, pode-se retirar uma verdade: a de que, no historicismo, e mesmo no positivismo e no naturalismo, se acentuou a consciência da existência de uma realidade social, como magnitude efetiva, como dado histórico que não pode ser substituída por construções da razão. O problema, portanto, consiste em saber o que corresponde à razão e o que compete à história, para a elaboração dos programas jurídicos (49). STAMMLER, portanto, nos trará a concepção de que se pode formular o

(45) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 193-194.

(46) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 194.

(47) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 453.

(48) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 453.

(49) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 453.

ideal jurídico de um tempo e lugar concreto, sem por isso estabelecermos uma carta absolutamente válida para todos os povos em todas as épocas.

STAMMLER buscará o equilíbrio entre duas posições antagônicas, pois, como acabamos de ver, retirando características de cada corrente, ele elaborará uma nova doutrina. Para STAMMLER, se queremos encontrar algo absoluto, não podemos colocar dentro dele elementos relativos. Para exemplificar: se queremos ordenar papéis, não se tomará como critério um desses papéis, mas, sim, se deverá criar um método que sirva para ordenar qualquer classe de papéis⁽⁵⁰⁾. Esta é, na teoria de STAMMLER, a contribuição do positivismo. De outro lado, encontramos o conteúdo do Direito Natural, ou a contribuição jusnaturalista, quando STAMMLER diz que a justiça não pode consistir em nenhum conteúdo concreto e sim em uma forma universalmente válida para ordenar todos os conteúdos existentes e por existir. Deverá ser, portanto, um método que represente harmonia absoluta e incondicionada de todas as matérias sociais. Para STAMMLER, a harmonia absoluta é uma "idéia", entendida esta palavra no seu sentido kantiano, ou seja, STAMMLER, seguindo neste aspecto Kant, distingue "conceito" como determinação unitária e comum de uma série de objetos análogos, enquanto a "idéia" significa a representação da unidade harmônica de todos os objetos possíveis⁽⁵¹⁾.

BODENHEIMER ressalta no ressurgimento do Direito Natural o movimento do direito livre que surge na Europa no começo do século XX:

"Os partidários do direito livre negavam que as normas e disposições do direito positivo constituíssem uma base suficiente para a decisão dos casos reais. Sustentavam que há e haverá sempre, no direito, lacunas que o juiz tem que preencher. Sua tese geral era a de que, ao preencher essas lacunas, o juiz tem que levar em conta as convicções éticas e as opiniões sociais predominantes no lugar e na época em que viver"⁽⁵²⁾.

O movimento de direito livre foi encabeçado na Alemanha por HERMANN KANTOWITZ (1877-1940) e ERNST FUCHS (1859-1929), que defendiam uma liberdade de decisão judicial de largo alcance. O juiz deverá na sua atividade criadora livre levar em consideração as convicções sociais do povo e especialmente considerar as circunstâncias de cada caso. Este movimento do direito livre que pode inicialmente despertar simpatias deve ser estudado na sua repercussão na realidade alemã da época. Este movimento pode trazer perigos como este que nos cita BODENHEIMER:

(50) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, ob. cit., p. 455.

(51) SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofia del Derecho*, ob. cit., p. 455.

(52) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 201.

“A administração da justiça do Terceiro Reich de Adolf Hitler é “livre” no sentido de que as bases jurídicas formais não são consideradas como as fontes únicas do direito. O juiz nazista ao ditar a sentença tem que atuar de acordo com os princípios gerais da concepção nacional-socialista do mundo” (53).

Finalmente, antes de concluirmos este capítulo, devemos fazer referência ao neotomismo e à teoria da instituição.

O neotomismo ou neo-escolasticismo é uma filosofia do direito metafísico, de caráter devidamente católico, derivado do pensamento de São Tomás de Aquino. Homens como GENY, SALEILLES, CHARMONT, HAURIU, RENARD e LE FUR, embora não concordando entre si em aspectos importantes de suas concepções jurídicas, têm em comum a crença em um Direito Natural, anterior e superior ao direito positivo. Os neotomistas aceitam o conceito de Direito Natural de São Tomás de Aquino; já visto anteriormente, descartam a idéia da escola jusnaturalista clássica de que o Direito Natural é uma ordem imutável de regras jurídicas definidas e concretas, contidas em alguns princípios gerais e abstratos (54).

“RENARD diz que o Direito Natural é idêntico à idéia de bem comum e de justiça e que compreende aqueles princípios que derivam diretamente da natureza do homem enquanto ser de razão. LE FUR sustenta que existem três princípios do Direito Natural: observar os pactos brevemente concluídos, reparar os danos injustamente impostos a outra pessoa e respeitar a autoridade. GENY identifica o Direito Natural com aquelas regras racionais que emanam da natureza das coisas. Um neotomista holandês, CATHREIN, considera o princípio *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu) como o postulado fundamental do Direito Natural. Todas estas normas de Direito Natural se parecem muito com as do próprio São Tomás de Aquino (55).

Antes de estudarmos o positivismo na Ciência do Direito, vamos citar uma esclarecedora passagem da obra de RECASÉNS SICHES, *Introdução ao Estudo do Direito*. O tema objeto de estudo é muito vasto e o objetivo aqui é o de simplesmente traçar as linhas gerais de pensamento filosófico do Direito. A riqueza e profundidade do tema podem nos levar muito além, o que, entretanto, ultrapassaria os limites deste pequeno estudo. Para encerrar esta primeira parte relativa aos Direitos Naturais, ficamos com as palavras de SICHES sobre a importância das doutrinas de Direito Natural:

“As doutrinas de Direito Natural nos ensinaram que o Direito não é idêntico ao poder e a força. O que os governantes, os grupos dominantes ou os indivíduos privados fazem não é necessa-

(53) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 205.

(54) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 210.

(55) BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 210.

riamente Direito. O Direito surge somente quando os homens se submetem a restrições no exercício de sua vontade arbitrária.”

“Outro mérito do enfoque de Direito Natural consistiu na clara consciência da íntima relação que existe entre o Direito e a idéia de Justiça. Todo Direito aponta em direção à justiça. Mas nossos recursos limitados, nossa inteligência limitada e o uso incompleto de nossa razão determinam que seja extraordinariamente difícil a realização de uma ordem complementar justa. Esta dificuldade não é motivo de desesperança, e não nos dá nenhuma desculpa para abandonar nossos esforços dirigidos ao estabelecimento de uma “sociedade boa” (56).

3 — O positivismo na ciência do Direito

No capítulo anterior estudamos a evolução do pensamento jurídico sobre o Direito Natural. É muito importante, neste momento, chamar atenção para o fato de que será justamente a partir da corrente que chamamos jusnaturalismo abstrato que começará a se formar o pensamento positivista na ciência do Direito.

Como bem salienta o professor EDGAR DE GODOI DA MATA-MACHADO, “a chamada Escola do Direito Natural e das Gentes é muito pouco das Gentes e menos ainda do Direito Natural” (57).

De GROTIUS até KANT, procurava-se na verdade uma teoria do Direito positivo. GROTIUS procurava um Direito *voluntário*, constituído ou legítimo. HOBBS se desvencilha do direito da natureza, para dar lugar às leis civis que são únicas, permanentes e eficazes. PUFFENDORF esmera-se em balizar o campo do Direito Civil, que em linguagem atual significa Direito positivo, cuja fonte é a vontade estatal. O Direito Natural de THOMASIUS constitui-se apenas de conselhos que só obrigam moralmente. LOCKE dizia que, para a existência do Estado jurídico, deveria, apenas, existir um superior comum dotado de autoridade para julgar as ações e omissões dos homens. SPINOZA diria que o pacto que resultaria no Estado Civil transferia ao Poder Público e à sociedade a soberania antes pertencente à natureza. EMMANUEL KANT (1724-1804), que representa o auge da Escola, concentra sua atenção no *jus structum* que não se mescla com a moral, considerando o *jus naturae* simplesmente como um direito em sentido lato (*jus latum*) ou ainda direito equívoco (*jus aequivocum*).

Portanto, a teoria jurídica de KANT representará o ápice da Escola de Direito Natural e da Filosofia do Direito; marca o início das novas tendências e de novos métodos aplicados ao estudo do direito. A partir daí

(56) SICHES, Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., 4ª edição, México, 1977, pp. 295-296.

(57) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., p. 87.

as preocupações serão com o estudo do *direito escrito*. A idéia central do jusnaturalismo ou jusracionalismo que coloca a razão como fonte do Direito Natural leva à crença de que o jurista, através de um esforço de sua razão, poderia elaborar leis positivas perfeitas, contendo o Direito Natural. Poder-se-ia então forjar o código perfeito que deverá por esse motivo ser aplicado mecanicamente pelos juizes. É a época do surgimento dos grandes códigos modernos e entre eles o Código de Napoleão (Código Civil Francês) redigido em 1800 e promulgado em 1804⁽⁵⁸⁾. Assistimos portanto o início da redução do Direito a expressão da vontade estatal através dos documentos de origem legislativa. A partir daí é fácil entender a negação do Direito Natural.

BODENHEIMER considera como precursores do positivismo o filósofo e reformador do Direito, Jeremias Benthan (1748-1832), na Inglaterra, e o alemão Rudolf Von Ihering (1818-1892). IHERING assim como BENTHAM negavam o Direito Natural através de um pensamento realista do Direito como política da força, e o Estado é o portador da força organizada e disciplinada, sendo portanto a instituição que tem o monopólio absoluto do direito de obrigar⁽⁵⁹⁾.

JOHN AUSTIN (1790-1859) foi na Inglaterra o fundador da escola analítica. Em contraste com BENTHAM, AUSTIN estabelece uma ligação entre a Ciência do Direito e a Ciência da Ética. Para ele "a ciência da jurisprudência se ocupa das leis positivas, ou simplesmente de leis em sentido estrito; sem considerar bondade ou maldade".⁽⁶⁰⁾ De outro lado, a Ciência da legislação, como um ramo da ética, tinha como função estabelecer um padrão para se medir o Direito positivo assim como os princípios nos quais deveria embasar a lei para merecer aprovação. Esta separação da teoria do Direito da ética, defendida por AUSTIN, é uma das características da jurisprudência analítica. Seguindo esta atitude, o jurista só se ocupa do Direito, enquanto que o legislador ou o filósofo, mais interessados em problemas éticos, se ocupam do Direito que deve ser. Este pensamento de Austin terá repercussão mais tarde no pensamento dos tratadistas ingleses Thomas Erskine Holland, William Markby, Sheldon Amos e John Salmond, assim como no pensamento dos alemães Bergbohm e Berling, do Húngaro Felix Somló e dos russos Korkunov e Petrazhitski, defensores do positivismo jurídico⁽⁶¹⁾.

(58) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., pp. 87-88.

(59) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, ob. cit., pp. 99-100.

(60) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., pp. 297-299.

(61) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit.

3.1. Hans Kelsen

Sem dúvida, o mais importante e mais polêmico pensador do positivismo jurídico será KELSEN. KELSEN irá purificar a Ciência do Direito de toda e qualquer outra influência. Na *Teoria Pura do Direito*, ele estabelecerá com clareza e lógica o objeto do estudo do Direito:

“A *Teoria Pura do Direito* é uma teoria do Direito positivo — do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo fornece uma teoria da interpretação” (62).

Mais adiante, KELSEN critica a ciência jurídica tradicional no decurso dos séculos XIX e XX, que para ele estão de um modo inteiramente acrítico se confundindo com a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política. Explica o jurista que esta confusão mistura metodologias diversas que obscurecem a essência da ciência jurídica. Entretanto o autor, ao purificar a ciência jurídica estabelecendo os limites impostos pela natureza do seu objeto, não ignora ou nega a conexão do direito com estas outras ciências. (63)

O conhecimento jurídico deve se dirigir às normas que possuem o caráter de normas jurídicas e que por este motivo conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos ou antijurídicos. O Direito é, portanto, “uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ quer-se significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que o homem se deve conduzir de determinada maneira”. (64)

A obra de KELSEN, com uma lógica extraordinária e uma linguagem extremamente clara, traz importante contribuição para o estudo do Direito positivo.

Na obra *Teoria Geral das Normas*, KELSEN explicará que a validade de uma norma fundamenta validade da outra. Portanto, uma norma superior será o fundamento de uma norma inferior, uma vez que esta foi produzida de acordo com o estabelecido pela norma superior. É o mesmo que dizer que a legislação infraconstitucional tem fundamento na Constituição, que é a norma superior. Da mesma forma a Constituição deve ter origem em outra norma. Qual seria esta norma? Para KELSEN, esta norma é uma ficção, puramente racional, que dá realidade à Constituição, sem entretanto

(62) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Armênio Amado. Editor Sucessor — Coimbra, 1979, 5ª edição, tradução do Dr. João Baptista Machado, p. 17.

(63) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, ob. cit., pp. 17-19.

(64) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, ob. cit., p. 21.

estabelecer o conteúdo desta. Convém destacar aqui um importante trecho da obra de KELSEN, que agora reproduziremos:

“Que a validade de uma norma fundamenta a validade de uma outra norma, de um modo ou de outro, constitui a revelação entre uma norma superior e uma inferior. Uma norma está em relação com uma outra norma; a superior em relação com uma inferior, se a validade desta é fundamentada pela validade daquela. A realidade da norma inferior é fundamentada pela validade da norma superior pela circunstância de que a norma inferior foi *produzida* como prescreve a norma superior, pois a norma superior em relação com a inferior tem o caráter de Constituição, pois que a natureza da Constituição existe na regulação da produção de normas. Então, a lei, a qual regula o processo, em que o órgão aplicador do Direito, especialmente os tribunais, produzem normas individuais, é a ‘Constituição’ na relação com o processo desses órgãos, como a ‘Constituição’ no sentido específico mais restrito da palavra, isto é, na relação com o processo legislativo de produção de leis, e a Constituição no sentido lógico transcendente na relação com a historicamente primeira Constituição, com a Constituição no sentido jurídico positivo.

Assim o conceito da Constituição é relativo. Visto a partir da Constituição, tanto uma ordem moral positiva quanto um *ordenamento jurídico* são um *concatenamento da produção*, porquanto a norma fundamental só determina por quem as normas da ordem moral ou jurídica devem ser estabelecidas, quer dizer, apenas a suprema autoridade componente de norma é determinada, sem fixar o conteúdo das normas que devem ser estabelecidas.” (65)

Importante ressaltar que KELSEN, nesta obra *Teoria Geral das Normas*, retificará sua posição anterior com relação à Norma Fundamental. Após este trabalho, tudo o que foi dito sobre a Norma Fundamental foi revogado. A Norma Fundamental neste tratado recebe uma nova conceituação, corrigindo KELSEN o que ele mesmo havia afirmado, quando a tratava como uma hipótese. A Norma Fundamental, aquela que fundamenta o *ordenamento jurídico*, passa a ser vista neste trabalho como uma norma *fictícia meramente pensada, produto de um simples ato de vontade também fictício.* (66)

Contrário a este pensamento de KELSEN está a teoria sociológica que afirma ser “contrário à experiência um sistema de normas jurídicas, fundado numa Norma Fundamental, sem contrapartida de uma realidade social

(65) KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)*, Tradução e revisão de José Florentino Duarte, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, RS, 1986, pp. 329-330.

(66) KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*, ob. cit., p. VIII.

subjacente. Sem a infra-estrutura social da conduta inexistem normas, valores, Direito positivo enfim”. (67)

ALF ROSS, em seu livro *Lógica das Normas*, no capítulo referente à lógica Deontica, discorda de Kelsen com relação à Norma Fundamental, explicando que “as ficções nada significam no conhecimento. Uma vez que está claro que a idéia de norma básica não pode manter-se como pré-requisito cognoscitivo necessário, como postulado do ‘pensamento jurídico’ e que não corresponde tampouco a nenhuma realidade, há que ir-se até o final; deve abandonar a doutrina da norma básica”. (68)

Pensamos que a norma fundamental deve ser negada, pois acreditamos que não pode o Direito se fechar à realidade social como não pode se separar nunca do seu valor fundamental, ou seja, o conceito de justo.

Vamos recorrer às palavras da Professora ELZA MIRANDA AFONSO para encerrarmos esta pequena passagem pelo rico pensamento de Hans Kelsen:

“Embora reconhecendo as grandes contribuições de Kelsen para o pensamento jurídico, grandes nomes da doutrina do Direito têm apontado a insuficiência em si mesma, a insuficiência de se reduzir o estudo da validade a um plano exclusivamente formal. E tem sentido a necessidade de renovar a discussão desses temas em uma nova visão crítica, considerando que o Direito positivo é pleno de conteúdos valorativos e não pode ser dissociado dos valores éticos da comunidade humana, à qual se destina.” (69)

3.2. Outras correntes de pensamento positivista na ciência do Direito

KELSEN terá vários seguidores, e sua obra, cerca de 604 títulos entre originais e traduções, será amplamente divulgada. A Escola Vienense da Teoria do Direito foi objeto de estudos em 1968 por parte de KLECATSKY, MARCK e SCHAMBECK, e após o Seminário de Viena inicia-se o prestígio da *Teoria Pura do Direito* com juristas como CHARLES ESEUMANN, na França, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, na Espanha, TOMOO ITAKA, no Japão, e WIKTOR SUCKIENICKI, na Polônia. (70)

(67) VILANOVA, Lourival. *Teoria da Norma Fundamental* (Comentário à margem de Kelsen) in *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, 1977, Universidade Federal de Pernambuco, p. 132.

(68) BURITY, Tarcísio de Miranda. “Kelsen e o Direito Internacional Consuetudinário” in *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen* / coordenação geral Munir Karam, Luis Regis Prado, conferencistas ..., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 123.

(69) MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais, 1984, p. 296.

(70) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Aspectos da Teoria de Kelsen”, *Revista da Faculdade de Direito*, maio de 1979, V. 27, n. 21, pp. 9-489, UFMG, p. 14.

Nos Estados Unidos, em Berkerley, foi formado por KELSEN um grupo de alunos que teria como objetivo aperfeiçoar uma ciência jurídica livre de ideologias, o que teve repercussão na América Latina e Ásia Ocidental. Hoje, as correntes da Filosofia do Direito, principalmente a jurisprudência analítica de H. L. A. HART e a Escola Realista Escandinava de ALF ROSS, este último já citado, puseram dúvidas ao pensamento kelseniano. (71)

Outras teorias surgiram, e faremos referência a algumas destas, como, por exemplo, Positivismo Sociológico na Ciência do Direito Européia. A doutrina do sociólogo austríaco LUDWIG GUMPLOVITZ (1838-1909) deu uma base sociológica à teoria positivista, afirmando que o Direito é essencialmente um exercício de poder do Estado. O Direito, para ele, aspira estabelecer e manter o domínio do grupo mais forte sobre os mais fracos, empregando para ele o poder do Estado. "A finalidade e a idéia diretriz do Direito são a manutenção e a perpetuação da desigualdade política, social e econômica." (72)

BODENHEIMER ressalta a inconseqüência da teoria de GUMPLOVITZ, pois, enquanto apresenta este como um meio de manter e perpetuar a desigualdade, de outro lado, caracteriza o Direito como uma arma importante empregada pelas classes oprimidas na sua luta de emancipação a caminho da liberdade e da igualdade. GUMPLOVITZ podia ter razão quando afirmava ser impossível atingir a total e absoluta igualdade e liberdade na vida social, o que mesmo assim é uma afirmação complexa que deve ser objeto de uma prolongada reflexão. Entretanto, ele foi incapaz de compreender a idéia inerente ao Direito de que não se pode realizar este sem um certo grau de liberdade e igualdade na vida social humana. (73)

JOSEF KOHLER (1849-1920) comete um erro semelhante. Para KOHLER, toda forma de civilização deve encontrar o Direito mais adequado. Não há, para ele, um Direito eterno, o Direito deve adaptar-se a uma cultura que avança constantemente, e a sociedade deve modelar o Direito de tempo em tempo de acordo com as novas condições. Para KOHLER não é certo que seu Direito seja totalmente inconcebível à vida humana em sociedade. "O instrumento de controle em uma determinada sociedade pode ser o poder, a administração, a moral ou o costume. Não tem que ser necessariamente o Direito. Além disto, mesmo que uma ordem social reconheça uma forma determinada de Direito, pode muito bem tratar-se de uma forma não desenvolvida ou francamente desenvolvida. Um realitivismo sociológico que vê tantas formas de Direito quantas formas de civilização humana existem está tão exposto a objeções como o positivismo analítico

(71) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Aspectos da Teoria de Kelsen*, ob. cit. p. 14.

(72) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 321.

(73) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 323.

de KELSEN. Conduz a uma extensão indevida do termo 'Direito', que se emprega para indicar qualquer classe de regulamento social-humano." (74)

Podemos afirmar que o Direito sofre influências do meio, e com este meio deve evoluir, mas não podemos esquecer que determinados valores não podem nunca ser retirados do Direito, pois, isto acontecendo, estaríamos praticando o mesmo erro daqueles que reduzem o Direito e a sua validade à norma produzida pelo Estado, o que pode justificar regimes cruéis e desumanos, que tudo fazem em nome da lei.

Para encerrarmos este item do nosso estudo, e antes de conceituarmos de forma genérica o Positivismo, vamos estudar ainda a escola sociológica do Direito nos Estados Unidos da América do Norte.

A diferença, ou o contrato, entre racionalismo e empirismo foi o grande confronto da filosofia jurídica norte-americana no século XX. No século passado, o pensamento jurídico norte-americano era basicamente racionalista e idealista, sendo que a filosofia do Direito Natural dominava o pensamento dos advogados, juizes e tratadistas. Considerava-se o *Common law* como um sistema racional que encarnava a razão transcendental. A função do juiz era simplesmente a de encontrar e reconhecer a norma aplicável através de um processo de dedução. A decisão judicial não é Direito, mas sim a manifestação de um Direito Natural eterno (75).

A aparição dos antagonismos sociais e econômicos no início do nosso século levou a uma incredulidade crescente com relação à existência de uma lei natural eterna que permitisse aos homens o controle da vida social através de um processo meramente racional. Na Ciência do Direito e na Filosofia jurídica surge o ataque à doutrina tradicional pela escola sociológica que terá como principal representante ROSCOE POUND, que pretende substituir o racionalismo pelo empirismo e o pragmatismo. (76)

ROSCOE POUND realmente, em sua obra *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, (77) ressalta a importância do filósofo do Direito, KOHLER, que, como já vimos anteriormente, representa a escola positivista sociológica do Direito europeia, a qual já fizemos uma breve análise crítica onde pudemos destacar suas falhas principais.

ROSCOE POUND assinala a importante contribuição de KOHLER quando este afirma que a formulação metódica dos postulados jurídicos corresponde à civilização de cada tempo e lugar. Para o autor é de fundamental importância o reconhecimento do elemento na história do Direito, evitando o menosprezo do passado e a excessiva fé em esquemas de razão abstrata, como ocorreu no Direito Natural do século XVIII, o que

(74) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., pp. 324-325.

(75) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 329.

(76) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, ob. cit., p. 330.

(77) POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Ediciones Avrii, Barcelona, 1950, Tradução de José Prig Brutan, p. 187.

representou o seu fracasso. Para ROSCOE POUND, pode-se considerar a jurisprudência como uma ciência de engenharia social. “A engenharia é uma atividade que deve ser considerada como um processo, uma atividade, e não simplesmente como um conjunto de conhecimento ou como uma estrutura já fixada antecipadamente.” (...) “A tarefa que nos incumbe é a de estudar a ordem jurídica e não a de discutir sobre a natureza do Direito. Pensamos em interesses, pretensões e demandas, não em Direito subjetivo”. (78)

Para o jurista e professor de Harvard, pode-se enumerar seis tendências deste pensamento jurídico: “estudo dos efeitos sociais que realmente se derivam das instituições e doutrinas jurídicas; estudo das maneiras de conseguir que as regras de Direito tenham efetividade; estudo sociológico como preparatório da legislação; estudo do método jurídico; uma história do Direito de base sociológica e a importância que se reconhece a que os casos individuais possam resolver-se de uma maneira razoável e justa, enquanto que a última geração se contentava com a justiça abstrata que emanava de regras abstratas”. (79)

MACHADO PAUPERIO, analisando a obra de POUND, afirma que, como adepto da jurisprudência dos interesses, ROSCOE POUND “deu-lhe a feição de um humanismo social. Tal humanismo transforma o Direito numa verdadeira *engenharia social*, dando ao jurista, por missão, o papel de engenheiro ou do construtor social do Direito, com a tarefa de atuar em nome e em benefício da sociedade”. (80)

Nos parece que este pensamento, embora levando em consideração a influência da sociedade e sua evolução histórica no Direito, comete o erro de ignorar determinados “Direitos” que devem sempre permanecer. É um pensamento extremamente prático que pode ter bons efeitos práticos, mas que reduz o Direito a um instrumento, retirando dele todo o conteúdo ético que o Direito deve ter. Corremos o risco de, segundo este pensamento, nos tornarmos essencialmente práticos, rápidos e até mesmo eficientes, mas sem nenhuma consistência, o que pode com o tempo colocar tudo a perder, quando a máquina de resolver problemas, que se tornará o Direito, cair em mãos erradas.

Deixando o professor de Harvard, podemos ainda encontrar uma rica bibliografia de autores positivistas. O professor JOSÉ ALFREDO BARACHO nos mostra outros modelos alternativos ao positivismo kelseniano como as teorias de ALF ROSS (On Law and Justice) ou de H. L. A. HART

(78) POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, ob. cit., pp. 200-201.

(79) POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, ob. cit., pp. 201-202.

(80) PAUPERIO, A. Machado. *A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes*. Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1980, p. 124.

(The Concept of Law) que se orientam filosoficamente na direção do positivismo ou empirismo lógico e da filosofia analítica. (81)

Entretanto, não pretendemos aqui fazer referência, o que seria difícil, a todos os principais pensadores do positivismo. Vamos apenas citar uma pequena passagem do livro de H. L. A. HART, quando este afirma que “parece plausível a ocorrência de ações imorais pela aceitação de padrões, sem que, no entanto, sejam tais ações prejudiciais a outros”. (...) É naturalmente possível admitir-se a coerção legal, pela sociedade, da moral aceita, independente de argumentos de justificação, uma vez que se trata de moral coativa.”

Moral pela moral, lei pela lei, em nome da preservação da sociedade tal qual ela está estabelecida. O Direito reflete a moral existente na sociedade.

Finalmente, para encerrar este capítulo sobre o positivismo jurídico, vamos citar o grande jurista italiano NORBERTO BOBBIO no livro *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, onde este explica que, no “plano de conhecimento, o positivismo jurídico apresenta-se como aquela teoria que separa o estudo do Direito que é do estudo do Direito que deve ser, convidando o jurista a considerar Direito aquele que é efetivamente praticado como tal em uma sociedade, independente do fato que seja moralmente apreciável. No plano da aplicação, o positivismo jurídico apresenta-se como aquela teoria que afirma a existência de um dever de fidelidade e de obediência ao Direito positivo, independentemente do ou ainda a prejuízo do dever de obediência à norma moral, convida o cidadão e o juiz a obedecer, incondicionalmente, à lei enquanto tal.” (82)

Em terceiro lugar, sob o plano da produção jurídica, o positivismo jurídico apresenta-se como aquela teoria que nega modelos obsoletos de conduta na qual possa inspirar-se o legislador, em outras palavras, à possibilidade de conhecer e determinar racionalmente o valor. (83)

BOBBIO explica que se pode dizer ainda sobre o positivismo o seguinte:

“1) no primeiro sentido, por positivismo jurídico se entende a proposta de um método para estudar o Direito, ou melhor, um certo tipo de *approach* (caminho) para o estudo do Direito; 2) no segundo sentido, o positivismo jurídico é uma verdadeira e própria ideologia, ou a proposta de um critério por distinguir o bem do mal, isto que deve fazer daquilo que não se deve fazer, ou se não agrada a palavra ideologia, o positivismo jurídico é um tipo de moral; 3) no terceiro sentido, o positivismo jurídico é, ou melhor, se acompanha com, ou é fundido sobre uma

(81) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Aspectos da Teoria de Kelsen*, ob. cit., p. 47.

(82) BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*.

(83) BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, ob. cit., pp. 149-150.

teoria filosófica, em particular sobre aquela teoria filosófica que é conhecida com o nome de relativismo ético. . . .”

4. *O marxismo no Direito*

MARX, na sua obra *Crítica à Filosofia do Direito de Hegel*, acentuou bastante o contraste entre idealismo e materialismo. O conceito de lei como expressão do poder é de central importância. “O Direito é visto por MARX e ENGELS, como por todo o movimento marxista, essencialmente como parte componente da superestrutura ideológica que se segue acima da realidade material do controle dos meios de produção.” (84)

KARL KORSCH, no preâmbulo do livro de PASHUKANIS, *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, salienta que mesmo os melhores teóricos materialistas marxistas sempre interpretaram as teses de MARX em um único sentido: “que o ‘conteúdo’ de todas as relações jurídicas com existência histórica é, ele próprio, fixado pelas relações econômicas que as fundamentam, sendo assim o direito economicamente determinado no seu conteúdo. Esta tese representava para todos marxistas a diferença essencial entre a sua concepção ideológica dos filósofos idealistas do direito e dos juristas positivistas”. (85)

Entretanto, é importante ressaltar que no estudo posterior a MARX não há, salvo duas exceções, (86) nenhuma obra que se refira ao ponto de partida que MARX fixou para a crítica dialético-materialista do Direito. Não encontramos neste período uma crítica da forma jurídica e sem uma análise da modificação de função da norma jurídica e a alteração das normas. Isto significa que, de forma não-crítica, este pensamento se situa no mesmo terreno “positivo” da concepção universalmente dominante entre os juristas burgueses, que o autor chama de “ideologia da propriedade privada”. (87)

KARL KORSCH nos mostra, pois, que será o marxista e jurista soviético Pashukanis que enfrentará a questão a este nível, afirmando este que não será somente os conteúdos variáveis de todas as relações e normas jurídicas em vigor um fetiche, mas a própria forma do direito que tem um caráter tão fetichista quanto a forma de mercadoria em matéria de economia política. Portanto, com este tipo de pensamento, pode-se concluir que o Direito só pertence à época histórica da produção mercantil capitalista, refletindo o conjunto de relações sociais existentes no interior da sociedade capitalista e do seu Estado. Nesta mesma linha de raciocínio, pode-se então concluir que, na futura sociedade comunista, com a destruição do capi-

(84) FRIEDRICH, Carl J. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, ob. cit., p. 161.

(85) PASHUKANIS. *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, Centelha, Coimbra, 1977, 2ª edição, p. 9.

(86) PASHUKANIS. *A Teoria Geral do Direito e do Marxismo*, ob. cit., p. 13.

(87) PASHUKANIS. *A Teoria Geral de Direito e o Marxismo*, ob. cit., p. 15.

talismo do “Estado” burguês, das suas classes e dos seus antagonismos de classes, o Direito não só será transformado no seu conteúdo como também “desaparecerá” como forma.

KORSCH, no seu importante texto que foi colocado a título de apresentação na segunda edição do livro de PASHUKANIS já citado, coloca que este, em determinados aspectos, representa um retrocesso em face das idéias de MARX e ENGELS. Pashukanis, por exemplo, se nega a falar em desaparecimento da moral na sociedade comunista. Ele afirma que as formas específicas da consciência e da conduta moral própria à atual realidade histórica, após desempenharem o seu papel, cederão o seu lugar a outras formas superiores. Da mesma maneira, PASHUKANIS, ao examinar o problema do Direito e da violação deste, se refere a um novo sistema de política criminal após a abolição de classes, não entrando no mérito se nestas circunstâncias seria ainda necessário um sistema penal, contentando-se apenas em suprimir o caráter jurídico e a denominação “Direito Penal”.

Neste momento, convém abrir um espaço nesta crítica ao pensamento de PASHUKANIS feita por KORSCH para esclarecer o seguinte: a crítica é voltada para o Direito positivo existente nas sociedades capitalistas que o autor chama de Direito positivo burguês. Portanto, o Direito por ele considerado é o Direito produzido pelo Estado, que seria pois produto das relações econômicas e sociais existentes na sociedade neste momento histórico. Até este momento tudo está claro, e mais óbvio ainda é a compreensão de que, acabando o Estado burguês, acaba também este Direito. Nos parece porém que esta idéia de extinção de Direito do Estado não deve significar a extinção do Direito propriamente dita se entendermos este como algo mais amplo do que o simples Direito positivo. Obviamente, como teoria materialista, esta não aceita a concepção idealista ou transcendental do Direito presente nos defensores do Direito Natural. Entretanto este pensamento marxista vem sendo utilizado para se descobrir e explicar novas formas de Direito, que não aquele produzido pelo Estado, mas isto não cabe ser debatido agora.

PASHUKANIS afirma, na sua obra, que o “direito radica nas condições materiais da vida, o direito não tem história independente, o direito positivo pode e se deve às suas divisões de acordo com as necessidades do desenvolvimento social, isto é, econômico”.⁽⁸⁸⁾

Quando estudamos o marxismo no Direito, devemos estudar a expressão deste em uma sociedade estruturada a partir dos moldes do pensamento marxista. JACQUES BELLON em estudo sobre o Direito soviético nos explica que:

“O que é necessário compreender bem, no momento de abordar o estudo de Direito soviético, é que ele não tem outro valor aos olhos dos juristas soviéticos senão o de um instrumento (. . .) A originalidade da concepção soviética do Direito reside, pois, em

(88) PASHUKANIS. *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, ob. cit., pp. 256-257.

negar-lhe todo o valor em 'si mesmo'. Em oposição à maioria dos sistemas jurídicos clássicos ocidentais que colocam o direito acima das instituições que desejavam vê-lo aproximar-se cada vez mais de um direito ideal — que outros qualificam de 'natural' —, válido para a humanidade inteira, o sistema soviético do direito reduzindo-se a um conjunto de normas às quais nada mais se pede além de serem as mais aptas para facilitar o advento progressivo mais completo do comunismo, esclarecendo e ordenando as relações econômicas e sociais e educando os cidadãos." (89)

5 — Conclusão

Mais uma vez afirmamos que o nosso objetivo não é, e nem poderia ser, o de encerrar o tema. O que fazemos aqui é uma mera introdução a um riquíssimo campo de pesquisa.

O Direito está em constante evolução. Já estudamos o Direito Natural e suas diversas correntes e deles tiramos a importante lição de que o Direito é um conceito muito mais amplo do que aquilo a que os positivistas querem reduzi-lo: as normas produzidas pelo Estado. Os positivistas, principalmente com Kelsen, nos dão subsídios para estudarmos as normas jurídicas, o Direito positivo, o que não significa que concordemos com a redução do Direito a estas normas.

Com as correntes sociológicas entendemos que o Direito não pode ser somente o Direito ideal, universalmente válido e imutável. O Direito muda com a realidade social, é produto desta. Entretanto, o Direito não é também somente o reflexo das sociedades em lugares e tempos diferentes. Apesar de necessariamente dever representar a evolução desta sociedade, existem certos princípios inseparáveis do conceito do Direito que devem instruir estas novas normas. O Direito é o justo, e se esquecermos isto estaremos prontos para aceitar o poder legal de tiranos que em determinados momentos possam ser aceitos por uma sociedade como seu valor supremo.

O marxismo nos oferece meios científicos para a crítica do Direito positivo das sociedades capitalistas, abrindo uma perspectiva para a descoberta de um novo tipo de direito, apesar de os marxistas, na sua maioria, anunciarem o fim do Direito, o que entretanto só pode ocorrer para eles na sociedade comunista.

A aceitação da contribuição marxista na crítica do Direito positivo existente não significa que concordemos com tudo, o que seria incoerente com a posição anteriormente adotada. Há um valor superior no Direito, o que não significa que, através de métodos materialistas, o histórico do Direito independe do Direito positivo. Este método não se confunde com aquele método sociológico positivista, pois este não propõe modificações nas estruturas sociais, ele é apenas reflexo desta, o que transforma em Direito quase tudo. O Direito que propomos é aquele social e economicamente justo.

(89) BELLON, Jacques. *O Direito Soviético*. Livraria Almedina, Coimbra, 1975, p.

BIBLIOGRAFIA

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. "Aspectos da Teoria de Kelsen". *Revista da Faculdade de Direito*, maio, 1979, v. 27, n. 21, p. 9.489, UFMG.
- BELLON, Jacques. *O Direito Soviético*, Livraria Almedina, Coimbra, 1975.
- BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, Edizioni di Comonista Milano, 1977. 3ª edição, 1ª edição, 1965.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1942.
- BURITY, Tarcísio Miranda. "Kelsen e o Direito Internacional Consuetudinário" in *Estudos de Filosofia do Direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen / coordenação geral Munir Karan, Luis Régis Prado, conferencistas ...*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1965.
- GONZALEZ, Horacio. *Karl Marx*. Editora Brasiliense S.A., São Paulo, 1984, Encanto Radical nº 63.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie des Normen)*, Tradução e Revisão de José Florentino Duarte, Sérgio Antônio Fabris, Editor, Porto Alegre, RS, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Armênio Amado. Editor Sucessor — Coimbra, 1979, 5ª edição, tradução de Dr. João Baptista Machado.
- LITRENTO, Oliveiras Lessa. *Curso de Filosofia de Direito*. Rio de Janeiro. Ed. Rio, 1980.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, 3ª edição, Editora UFMG/PROED, Belo Horizonte, 1986.
- MIRANDA AFONSO, Elza Maria. *O Positivismo na Epistemologia Jurídica de Hans Kelsen*. UFMG, Belo Horizonte, MG, 1984.
- PASHUKANIS, A. *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*. Centelha, Coimbra, 1977, 2ª edição.
- PAUPERIO, A. Machado. *A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes*. Livraria Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro, 1980.
- POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1950, Tradução de José Luiz Brutan.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros Escritos*, Editora Cultrix, São Paulo, 1987, tradução de Rolando Roque da Silva.
- SICHES, Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 6ª edição, Editorial Porrúa S.A., México, 1978.
- SICHES, Recaséns. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa S.A., 4ª edição, México, 1977.
- STRAUSS, Leo. *Droit Naturel e Histoire*. Librairie Plon, Paris, 1954, Traduit de l'anglais par Monique Nathan et Eric Dampiere.
- VILANOVA, Lourival. "Teoria da Norma Fundamental" (Comentários à margem de Kelsen), in *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife 1977, Universidade Federal de Pernambuco.