

Sôbre a problemática da Filosofia do Direito nos meados do século XX (*)

Josef L. Kunz
(Berkeley, E. U. A.)

*To ask the right question,
is the half of knowledge*
FRANCIS BACON.

I

A crescente importância da Filosofia do Direito é extraordinariamente característica do nosso tempo. Mais e mais aparece ela, como disciplina de ensino, nas Faculdades Jurídicas e nos “political science departments”. Assistimos à fundação de associações nacionais e internacionais e à realização de congressos. Numerosas revistas, em tôdas as línguas capitais, são dedicadas, no todo ou em parte, a problemas filosófico-jurídicos. Numerosos juristas preocupam-se com êsses problemas. Um número crescente de boas obras, frequentemente até de notáveis obras de Filosofias do Direito, são publicadas em tôdas as línguas. Considerações jurídico-filosóficas influenciam amplamente a

(*) *Zur Problematik der Rechtsphilosophie um die Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts.* Trad. pelo Dr. Genesio de Almeida Moura, da separata da “*österr. Zeitschrift für öffentliches Recht*” (“Revista Austríaca de Direito Público”), Springer-Verlag Viena. vol. IV, cad. 1.º, 1951.

discussão de problemas pedagógicos sobre o ensino do Direito (1).

Esse grande interesse atual pela Filosofia do Direito existe em todos os países da cultura do Ocidente, não só na Europa continental, mas também, em alto grau, na América Latina (2) e até nos países da “Common Law”. Se considerarmos que não há muito tempo um jurista tão famoso como DICEY pôde escrever a sua cidadíssima obra “Jurisprudence stinks into the nostrils of the practising barrister”, haveremos de, mais facilmente, fazer justiça a essa mudança. E é precisamente em língua inglesa que foram recentemente publicadas algumas notabilíssimas

(1) Para a Inglaterra, cf. L. C. B. GOWER: English Legal Training. A Critical Survey (In: “The Modern Law Review”, vol. XII, n. 2, abril de 1950, págs. 137 a 205.) É enorme a discussão a respeito nos Estados Unidos. A primeira pergunta é esta: é a Ciência do Direito uma ciência auto-suficiente, ou deve ser estudada em conexão com as outras ciências sociais? No último sentido teríamos já a LEIBNIZ. Hoje, essa mesma opinião é sustentada principalmente pelos juristas sociólogos americanos. Assim escreveu o Juiz O. W. HOLMES: “If your subject is law, the roads are plain to anthropology, the science of man, to political economy, the theorie of legislation, ethics. To know anything, you must know all”. [The Law as a Profession in: “American Law Review”, vol. 20. (1886), p. 742]. Dêsse modo, Roscoe POUND requer, para a Ciência do Direito, um “team work the other social sciences”.

Uma outra pergunta predominante na discussão é esta: que há de ser dado pelo estudo do Direito: conhecimento teórico, ou apenas, praticamente, a “lawyer’s skills” ou a “policy-making?” (Cf. Harry W. JONES: Objectives and Insights in University Legal Training. In “Ohio State Law Journal”, vol. XI, n. 1 (Inverno 1950), págs. 9 a 18). O Professor McDUGAL, da Faculdade de Direito de Yale, vê o “ultimate aim” do estudo do Direito em um “conscious, efficient and systematic training for policy-making” [Cf. LASSWELL and McDUGAL: Legal Education and Public Policy. In “Yale Law Journal”, vol. 53 (1943), p. 203 e segs.].

(2) V. o meu livro: Latin-American Philosophy of Law in the Twentieth Century. New York, 1950. (A seguir citado assim: KUNZ.)

obras filosófico-jurídicas (3). E' característico que, em congresso da "Association of American Law Schools", há alguns anos, a mesa redonda sôbre Filosofia do Direito tenha, mais do que tôdas, atraído o maior número de participantes e despertado vivíssimo interêsse.

Essa importância ascencional da Filosofia do Direito tem a sua razão de ser. Expor a problemática da Filosofia do Direito nos meados do século XX, eis a missão dêste trabalho.

II

As questões filosóficas, teóricas e práticas, propostas à Filosofia do Direito nos meados do século XX, indicam a conveniência de se começar a investigação com algumas palavras sôbre o conceito de Direito, de Ciência e de Filosofia do Direito, bem como sôbre as suas relações entre si.

Direito e Ciência do Direito não são idênticas. O Direito, que é objeto da Ciência do Direito, é mais velho que esta. Há Direito sem Ciência do Direito, não só nas culturas prehistóricas e nas primitivas dos nossos dias, mas também nas antigas culturas mais elevadas. O Direito Romano é mais antigo que a Ciência do Direito Romano. E' até possível que, mesmo em seu apogeu, uma cultura muito alta não possua uma Ciência do Direito. Na Grécia clássica não havia uma Ciência do Direito; todos os gregos eram leigos juristas; a mentalidade grega chegava até a encarar sobranceiramente, com um certo desprezo, os problemas especificamente filosófico-jurídicos. Nos países da "Common Law", a qual se desenvolveu a partir da conquista da Inglaterra,

(3) Cf. JEROME HALL: *Readings in Jurisprudence* (Indianapolis, 1938). W. FRIEDMANN: *Legal Theory*. London, 1949. HUNTINGTON CAIRNS: *Legal Philosophy from Plato to Hegel*. Baltimore, 1949. JULIUS STONE: *The Province and Function of Law. Law as Logic, Justice and Social Control. A Study in Jurisprudence*. Sydney, 1946. (Nova edição pela Harvard University Press. Cambridge, Mass. 1950.)

terra pelos normandos, havia, sem dúvida, a profissão de juristas — juizes, advogados — mas nenhuma Ciência do Direito pròpriamente dita. A profissão jurídica era aprendida praticamente, em serviço, como “apprentice” junto a um “barrister”. A abertura de “Law Schools”, o aparecimento de uma classe especial de jurisconsultos, que não sejam meros práticos, é um fenômeno talvez dos últimos cem anos, nos países da “Common Law”.

A Ciência do Direito é não só mais jovem que o Direito, mas também históricamente mais recente que a Filosofia do Direito. E' que, históricamente, esta última foi fundada pelos gregos clássicos, que não possuíam uma Ciência do Direito. Contrariamente, em Roma, que nos deu o magnífico Direito Romano, e, mais tarde, a Ciência do Direito Romano, não havia uma Filosofia do Direito verdadeiramente romana. Isso provém, talvez, do facto de terem sido os gregos um povo de pensadores e os romanos um povo de homens de ação. A chamada Filosofia Romana do Direito é completamente importada da Grécia. Em seu maravilhoso latim, CÍCERO fornece-nos um ecletismo composto de idéias platônicas, aristotélicas e estoicas; e êle, o grande jurista, o maior prático do seu tempo, herdou também dos gregos, conforme acentua CAIRNS, o desprezo pelos problemas especificamente científico-jurídicos. Apesar de tudo, parece-me que a recepção de idéias filosófico-jurídicas gregas por jurisconsultos romanos não é pouco mais que um ornamento dos seus escritos.

Hoje há por tòda parte, no seio da cultura ocidental, uma Ciência do Direito. E' verdade que, desde KIRCHMANN até LUNDSTEDT (4), não faltaram vozes que negaram carácter científico à Ciência do Direito, perguntando mesmo se ela seria possível como ciência. Essa última indagação é frequente dentro do âmbito da língua inglesa, em que a Ciência do Direito é antes tida como arte ou técnica, en-

(4) Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. 2 vols. 1932 a 1936.

quanto que uma “science of law”, uma “legal science”, chega a ser tida, por vezes, como uma contradição em si mesma. Todavia, essa redução da noção de ciência ao domínio das ciências naturais é completamente injustificada. Há também ciências de cultura.

Assim, pois, se, em meu entender, pode ser considerada dirimida a contenda relativa ao carácter científico da Ciência do Direito, discute-se sôbre se é uma ciência prática, ou teórica, no sentido de ARISTÓTELES, isto é, se é uma ciência tendo por fim a ação, ou uma que é um fim em si mesma. Nesse particular, a Ciência do Direito é predominantemente tida como ciência prática. Dêsse modo é que HECK lhe assinala duas tarefas: a de auxiliar o juiz, bem como o legislador. Também nesta última pode o jurista, como tal, auxiliar na clara formulação das normas jurídicas a criar, cuja finalidade e cujos valores são determinados pela Política e não pela Ciência do Direito; a sua ajuda se faz, igualmente, através da crítica do Direito vigente, sob o ponto de vista da técnica jurídica (5). E' livre também ao jurista escrever *de lege ferenda*, ou de criticar, quanto ao conteúdo, o Direito em vigor. Aí, porém, êle não atua como jurista em sentido estrito, mas como político ou crítico do Direito. Ao contrário, é de todo em todo insustentável, cientificamente falando, apresentar como Direito vigente propostas *de lege ferenda*, como acontece tão a miude, principalmente por parte de escritores de Direito das Gentes.

A primeira dessas tarefas é, sempre, a tarefa propriamente dita e essencial da Ciência Jurídica, que não é fonte de Direito (6). Como na Teologia, o material lhe é for-

(5) A isso sô se limita KELSEN em sua obra monumental: *The Law of the United Nations* London, 1950.

(6) Porisso é que KELSEN distingue agora rigorosamente entre “prescriptive legal norms, products of the law-creating process”, e as “legal rules” da Ciência do Direito, tão só descritivas e que apenas reproduzem o Dever-Ser das “legal norms”. (*General Theory of Law and State*. Harvard University Press. 1945. p. 163.)

necido autoritativamente. A sua missão consiste na coleta, na interpretação e na sistematização de um Direito Positivo vigente ou de uma parte do mesmo. Está na essência da cousa que, como na Teologia, nós falemos de uma Dogmática do Direito. É natural que uma exposição dogmática dessas se possa fazer também de um Direito Positivo não mais vigente; uma explanação jurídico-dogmática, digamos do Direito da Roma Republicana, é de se distinguir, rigorosamente, de uma explanação histórico-jurídica.

Assim como é claro que Direito e Ciência do Direito não são idênticas, parece-me evidente que Filosofia do Direito não é Ciência do Direito. Já pela etimologia, é ela uma parte da Filosofia. CAIRNS insiste em que, desde PLATÃO a HEGEL, todos os grandes filósofos juristas eram filósofos; só dois deles — BACON e LEIBNIZ — eram propriamente juristas. Desde HEGEL, no entanto, os filósofos negligenciaram o terreno do Direito e quase todos os filósofos do Direito foram juristas e não filósofos. Daí decorrem vastas consequências: o filósofo procura subordinar o Direito à íntegra do seu sistema filosófico; o jurista procura, na Filosofia do Direito, principalmente a solução dos problemas que lhe interessam como jurista.

Se a Filosofia do Direito é tida como parte da Filosofia, surge naturalmente a pergunta: que é Filosofia? Aí, dividem-se as opiniões dos filósofos. Para só citar duas posições modernas e opostas: para HUSSERL, a Filosofia, “ciência rigorosa”, cujos resultados são obrigatórios para todos os pensadores; para DILTHEY, no entanto, a Filosofia, que está intimamente ligada à Religião, à Poesia, à Arte, é a investigação dos ensinamentos do mundo e da vida; para êle, a Filosofia como ciência pura é impossível. O filósofo mexicano JOSÉ VASCONCELOS insiste em que a Filosofia deve fornecer soluções definitivas; mas Nikolai HARTMANN pensa que a Filosofia pode apenas valer-se do método “aporético”; que pode tão só discutir, e não resolver os problemas.

Se a Filosofia do Direito não é Ciência do Direito, surge ainda a questão das suas relações. CAIRNS, para o qual a Jurisprudência é “a branch of philosophy” (7), pondera que a Filosofia do Direito tem como objeto e finalidade a compreensão da função do Direito na sociedade humana e não a reforma da praxe; êle vê, em sua orientação no sentido da prática, uma das razões do seu malôgro. Carlos COSSIO, contudo, sustenta que a Filosofia do Direito deve andar sempre próxima da prática jurídica; na circunstância de não o ter feito, está o por quê do seu malôgro e do pouco interêsse despertado junto aos juristas.

III

A problemática da Filosofia do Direito nos meados do século XX consiste, em parte, em perguntar, com cepticismo, se problemas discutidos sem solução desde os pressocráticos, e cujo debate não denotou nenhum progresso sensível desde os antigos tempos da Grécia, devem continuar em exame, ou ser postos à margem, como “pseudo-problemas” insolúveis. A resposta é, naturalmente, que, já por motivos prático-sociais, não se podem eliminar as questões da valoração do Direito Positivo.

Uma outra pergunta dessa problemática: qual o objeto da Filosofia do Direito? Como a colocação do tema é o resultado de um desenvolvimento histórico, é recomendável traçar, antes, um brevíssimo esbôço da progressão histórica da Filosofia do Direito em nossa cultura ocidental.

Quando, no século VI a. C., os gregos perguntaram se o Direito era um *δίκαιον κατὰ φύσιν* ou apenas um *δίκαιον νόμιμον* (8), propuseram o problema do Direito Natural, inaugurando uma discussão que até hoje perdura. Desde

(7) *Loc. cit.*, v. X.

(8) Os romanos exprimiam êsse contraste nesta questão: se *jus vem de jubere*, ou de *justitia: justum, quia jussum*, ou *jussum quia justum?*

o século VI a. C. até o início do século XIX da nossa era, tôda a Filosofia do Direito era Direito Natural; os dois conceitos eram idênticos. E' certo que se podem distinguir, uns dos outros, vários rumos, como o Direito Natural cosmológico da Antiguidade, o Direito Natural católico e o Direito Natural protestante, "clássico", dos séculos XVII e XVIII, ou ainda, o Direito Natural conservador e revolucionário de KELSEN. Todavia, por mais que divirjam umas das outras as diferentes escolas, afirmam em comum — e isso permite designar a tôdas como sendo do "Direito Natural" — que, acima do Direito Positivo, admite-se a existência de uma ordem "mais elevada", a saber, de uma ordem mais elevada de Direito, e que essa admissão repousa sôbre a crença em determinados valores absolutos e sôbre o primado da razão (9).

Nos começos do século XIX assistimos a uma forte reação contra o longo predomínio do Direito Natural, e notadamente contra as extravagantes pretensões do Direito Natural clássico. Filosoficamente, essa reação tomou a forma da Filosofia Positivista de Comte.

No campo do Direito, segue-se o império do positivismo jurídico. Este está de acôrdo em que o Direito Positivo, criado pelos homens, é tido como o único objeto da Ciência do Direito, repelindo-se severamente o Direito Natural, como um Não-Direito, e excluindo-o como objeto da Ciência Jurídica. Como a Filosofia do Direito e o Direito Natural andaram entre si identificados por tanto tempo, viu-se na negação dêste a rejeição daquela, sendo que STAMMLER é designado como o recriador, como o renovador da Filosofia do Direito. Mas também o positivismo jurídico do século XIX não podia operar tão sòmente com a Dogmática do Direito. Nasceu não só a chamada "Teoria Geral do Di-

(9) O Direito como expressão da razão, em PLATÃO e ARISTÓTELLES, o λόγος, ὁρθός λόγος dos estoicos, a "vera ratio", de CÍCERO, a "rationis ordinatio ad bonum commune", de Santo Tomás, "le droit de la raison", do Direito Natural clássico.

reito”; a reação positivista despontou também sob duas formas antijusnaturalistas, na Jurisprudência Sociológica e na Analítica.

À primeira corrente pertencem a “escola histórica do Direito” (10) e as recentes escolas sociológicas. Com Roscoe POUND, podemos graduar estas últimas como sendo a “psicológica” (11), a “mecânica” e a “biológica-etnológica”. Tôdas são rigorosamente anti-metafísicas e inspiradas pela Filosofia de COMTE, o evolucionismo de Herbert SPENCER e a teoria de DARWIN e HAECKEL (12).

A segunda corrente é fundada com a “Analytical Jurisprudence”, de AUSTIN (13).

Com o retôrno a KANT, começa na Alemanha, por volta de 1870, a reação contra o longo predomínio de COMTE; mais ou menos até a primeira Guerra Mundial, a chefia ficou com a escola neo-kantiana de Marburgo, a qual inspirou também notáveis realizações no terreno da Filosofia do Direito. Seguiu-se um retôrno à Filosofia, a superação da “Teoria Geral do Direito”, a do positivismo jurídico do século XIX pelo normativismo do século XX. Tem entrada

(10) Na Alemanha: SAVIGNY, PUCHTA, EICHHORN, DAHN, GIERKE; na Inglaterra: Sir Henry SUMNER MAINE, BRYCE, VINOGRADOFF (Outlines of Historical Jurisprudence, vol. I. 1920. Vol. II. 1922). Na América: CARTER (Law, its origin, growth and function. 1907).

(11) PETRAZYCKI, cuja obra capital aparecerá, em tradução do russo, em um volume da “XXth Century Legal Philosophy Series”.

(12) Precursor: MONTESQUIEU. Aí pertencem por exemplo, a “scuola positiva” italiana, fundada por Roberto ARDIGÒ; representante de maior significado, ICILIO VANNI; a “Luta pelo Direito”, de IHERING; GUMFLOWICZ; Herm. POST; tôda a Filosofia do Direito latino-americana, de 1875 a 1920: o maior representante na América Espanhola é o argentino Carlos Octavio BUNGE; no Brasil, a “escola sociológico-jurídica” de Pernambuco (Tobias BARRETO, Clóvis BEVILACQUA, Sylvio ROMERO, Pedro LESSA (cf. KUNZ, *op. cit.*, págs. 13 a 36).

(13) Lectures on Jurisprudence. Tôda a “Austinian School”, na Inglaterra. Cf., no séc. XX: E.P. HOLLAND: Jurisprudence. 11.ª ed. 1906. J. SALMOND: Jurisprudence. 9.ª ed. 1934.

uma nova onda de jurisprudência analítica, que também tem notáveis representantes nos Estados Unidos (14): a doutrina de STAMMLER sôbre as “formas puras” do Direito, a de DEL VECCHIO, a “Teoria Pura do Direito” de ROGUIN (15) e principalmente a “Teoria Pura do Direito” de Hans KELSEN.

Posto que também anti-jusnaturalista, a “Teoria Pura do Direito” de KELSEN foi principalmente desenvolvida anti-sociolôgicamente. Em contrário, as modernas escolas sociológicas, embora também infensas ao Direito Natural, despontam como rebelião contra a jurisprudência analítica. Essas modernas escolas sociológicas assumiram variadas formas e se fundam sôbre Filosofias mui diversas. Cito a escola neo-hegeliana (16), a da “interpretação econômica” (17), a Filosofia do Direito marxista (18), o solidarismo

(14) Menciono ai particularmente: John Chipman GRAY: *Nature and Sources of the Law*. 1909. 2.^a ed. 1921. W. H. HOHFELDE: *Fundamental Legal Conceptions*. 1923. Alberto KOCOUREK: *An Introduction to the Science of Law*. 1930. MORRIS R. COHEN: *Law and the Social Order*. 1933.

(15) E. Rouguin: *La règle de droit*. 1889. *La science juridique pure*. 3 vols. 1923.

(16) Cf. Josef KOHLER: *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. 1908. Julius BINDER.

(17) Cf. Benedetto CROCE: *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell' economia*. 1907. LORIA: *Le basi economiche della costituzione sociale*, 1902. Na América: ADAMS: *Centralization and the Law*, Boston. 1906. [The dominant class, whether it be priests or usurpers, or soldiers or bankers, will shape the law to favor themselves, and that code will most nearly approach the ideal justice of each particular age which favors most perfectly the dominant class” (págs. 63/64).]

(18) Naturalmente na União Soviética, mas também entre socialistas anticomunistas. Cf. Harold LASKI: “I suggest that the law of any given age is a function of the way in which economic power is distributed in that age. The substance of law, broadly speaking, will be determined by the wants and needs of those who dominate the economic system at any given time. What the courts do day by day is to apply rules the object of which is to protect the

social de Léon DUGUIT (19), a moderna Sociologia Jurídica (20), a escola alemã da Jurisprudência dos Interesses (21) e a sua ala esquerda, a “escola do Direito Livre”; a moderna Filosofia do Direito brasileira (22), a moderna “sociological jurisprudence” americana (23) e a sua ala esquerda, a “American Realist School” (24); independente delas, embora bem próxima quanto ao conteúdo, a “Filosofia do Direito Realista escandinava” (25).

De outro lado, no último quartel do século XIX, como reação contra o predomínio do positivismo, tanto de orientação analítica como sociológica, começa um constante e poderoso renascimento do Direito Natural, que dura até hoje (26). Esse renascimento teve lugar, primeiramente, com fundamento na encíclica “Aeterni Patris”, de Leão XIII, de 4 de agosto de 1879, sob a forma do neo-tomismo (27).

interests of the existing order. In a bourgeois State you will get bourgeois justice; in a communistic State will get communistic justice” (Studies in Law and Politics. 1932, p. 278).

(19) Les transformations générales du droit privé. 1912.

(20) Eugen EHRLICH: Soziologie und Jurisprudenz. 1903. — Grundlegung der Soziologie des Rechts. 1913. Max WEBER: Rechtssoziologie. B. HORVÁTH: Rechtssoziologie. 1934. N. S. TIMASHEFF: Introduction to the Sociology of Law. 1939. G. GURVITCH: Sociology of Law. 1942.

(21) IHERING: Der Zweck im Recht. 8.^a ed. 1923. HECK e a “escola de Tübingen”.

(22) Eusébio de QUEIRÓS LIMA e principalmente Francisco PONTES DE MIRANDA (cf. KUNZ, *op. cit.*, págs. 17 a 19).

(23) Representante principal: Roscoe POUND.

(24) Um dos mais antigos representantes: Jos. W. BINGHAM [What is the Law? In “Michigan Law Review”, vol. 11 (1912), p. 1]. Maiores representantes: ARNOLD, Herm. OLIPHANT, Underhill MOORE, W. W. COOK, Max RADIN, Karl N. LEWELLYN, Jerome FRANK.

(25) Fundadores: HÄGERSTRÖM; os suecos LUNDSTEDT, OLIVECRONA; o dinamarquês Alf ROSS.

(26) Cf. KUNZ, *cit.*, págs. 21 a 35.

(27) Jacques MARITAIN; Heinrich ROMMEN, “Die ewige Wiederkehr des Naturrechts”. 1936.

A Filosofia do Direito neo-tomista está representada em todos os países da Europa e da América Latina, mas também nos Estados Unidos. François GÉNY (28) e a “École des Institutions” francesa (29) estão próximas do neo-tomismo. Jean DABIN (30) é neo-tomista. Todavia, o renascimento do Direito Natural é geral e de modo algum se limita ao neo-tomismo (31). O Direito Natural desponta em meio da escola de Marburgo (STAMMLER, DEL VECCHIO) e da de Viena (VERDROSS, LAUTERPACHT); nos Estados Unidos, Lon FULLER e Jerome HALL, que estão completamente distanciados do neo-tomismo, inclinam-se fortemente para o Direito Natural.

O renascimento do Direito Natural está em íntima conexão com a revolta contra o neo-kantismo de Marburgo. Há fortes laços entre o Direito Natural e tôdas as Filosofias “intuitivas”: BERGSON, Fenomenologia, Axiologia, Existencialismo. Essas Filosofias exercem marcada influência sôbre a moderna Filosofia do Direito, na Europa e na América Espanhola, sendo muitas vezes declaradas bem-

(28) Méthode et interprétation du droit privé positif. Duas edições. Dois vols. 1919. Science et technique du droit privé positif. Quatro vols. 1913, 1915, 1921, 1924.

(29) HAURIOU, RENARD, DELOS.

(30) La philosophie de l'ordre juridique positif. Paris. 1929. La technique de l'élaboration du droit positif. Paris. 1933. Doctrine générale de l'Etat. Paris. 1939. Théorie générale du droit. Bruxelas. 1944.

(31) CHARMONT: La renaissance du droit naturel. 1910. VIERKANDT: Der sittlichgeistige Gehalt des neueren Naturrechts. 1927. EBERHARD: Modernes Naturrecht. 1934. MANIGK: Wie stehen wir heute zum Naturrecht? (Archiv für Rechts — und Wirtschaftsphilosophie, vol. XIX). PETRASCHKE: System der Rechtsphilosophie. Freiburg 1932. DIETZE: Naturrecht in der Gegenwart. Born. 1936. RICHARD: Le droit naturel et la philosophie des valeurs (Archives de Philosophie du Droit et de la Sociologie Juridique. 1934). HAINES: The revival of natural law concepts. 1939. GUIBAN: Note sur le droit naturel. 1940. MARCHELLI: Razionalità del diritto e diritto naturale. 1948. Helmut COING: Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts. Heidelberg. 1949.

vindas também pelo neo-tomismo (32). A nova tendência para a metafísica é alimentada por muitas fontes. O moderno Direito Natural surge como “Teoria Jurídica dos Valores”. Mas, em contraposição com as escolas jusnaturalistas de outrora e o seu primado da razão, o moderno Direito Natural Axiológico, o qual, em suas origens, se liga ao Romantismo, está construído sobre a intuição irracional.

IV

Vemos, pois, que, baseadas no desenvolvimento histórico exposto, cristalizaram-se três correntes principais, que ainda agora estão umas ao lado das outras, nesta metade do século XX: a jusnaturalista, a analítica e a sociológica, sob a qual se pode também contar a histórica. A orientação jusnaturalista é bem mais velha que todas; a sociológica, a mais nova, é hoje, em certo sentido, a mais agressiva, sendo dominante em alguns países, como o Brasil e os Estados Unidos. É certo que há também lutas dentro de cada uma dessas três orientações principais, lutas essas que, como tão frequentemente nas contendas de família, são às vezes bem acerbadas. Os neo-tomistas repelem enérgicamente o Direito Natural “protestante”, dos séculos XVII e XVIII. Kelsen dá pouco pela Teoria do Direito de Stammler; ele reconhece a Austin como a um precursor, rejeitando-lhe, contudo, a doutrina, desde que este não conseguiu nunca emancipar-se de todo elemento sociológico, e, em virtude de sua tese imperativa: “Law is a command by a political superior”, nunca chegou à compreensão da noção fundamental da norma jurídica (33). No seio da corrente sociológica, a “escola de Tübingen” não quer ter

(32) Cf. Erich Przywara, S. J. : Die Problematik der Neu-Scholastik (Kant-Studien, vol. 33, Berlim, 1928, págs. 73 a 98).

(33) Hans Kelsen: Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence (in: Harvard Law Review, vol. 40 [1941], págs. 44 a 70).

relações com a “escola do Direito Livre”; em paralelo perfeito com ambas, a “sociological jurisprudence” americana está em vivo contraste com a “realist school”.

Mas também os representantes dessas três correntes principais são muitas vezes extremamente intolerantes para com as demais. Cada corrente julga que as outras são insustentáveis, exigindo para si a posse única da exatidão e mesmo exclusividade. Juristas analíticos repelem a orientação sociológica, posto que também admitam a possibilidade de u’*a* metajurídica Sociologia Jurídica (34). Êles condenam também a orientação jusnaturalista como anti-científica, como sendo ideologia política (35). Sociólogos juristas, principalmente da “realist school”, vêm no jusnaturalismo apenas “tolices” (36); do mesmo modo, condenam a orientação analítica, por ser “vazia”, “estranha à vida”, malograda, vendo nela apenas “a delightful intellectual discipline, called formal law”, cujos “results need have no practical consequences whatever” (37). Até sociólogos juristas moderados, como o brasileiro Eusébio de QUEIRÓS LIMA, ou o inglês HAROLD LASKY (38) reconhecem, sem dúvida, a maravilhosa coerência lógica da teoria de

(34) Hans KELSEN, *loc. cit.*, nota 6, págs. 162 a 178.

(35) KELSEN, *loc. cit.*, págs. 391 a 446 e *passim*; cf. também o último trabalho de KELSEN, que é particularmente incisivo: “The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science” (in: The Western Political Quarterly, vol. II, n. 4 [dez. de 1949], p. 481 e segs.).

(36) Cf. FELIX COHEN: Transcendental nonsense and the functional approach (in: Columbia Law Review, vol. 35 [1935], p. 809 e segs.).

(37) Jerome FRANK: What Courts do in fact (in: Illinois Law Review. Vol. 26 [1932], p. 645).

(38) LASKY escreve: “Granted its postulates, i believe the Pure Theory to be unanswerable; but i believe also that its substance is an exercise in logic and not in life”. Todos os juristas sociólogos estão com a observação do Juiz Oliver W. HOLMES: “The life of the law has not been logic, but experience”; como se a Ciência do Direito, como ciência, pudesse operar sem lógica.

KELSEN, duvidando, porém, que possa contribuir em algo para a solução dos prementes problemas jurídicos contemporâneos. O inglês GOODHART (39) escreve que a Teoria Pura do Direito é “in many points simply Austinianism in 20th century garb”. O jurista sociólogo americano Sydney Post (SIMPSON vê, na “Teoria Pura do Direito”, apenas uma “jurisprudence of escape” (40).

De outro lado, rejeitam os juristas neo-tomistas a orientação sociológica (41) e a analítica. Principalmente nos Estados Unidos a corrente neo-tomista é extremamente intolerante; assim é que o Juiz Oliver W. HOLMES, êsse grande americano, magistrado e cientista, é ferreteado como “a totalitarian”, por sua posição de cepticismo filosófico; e assim Miriam Therese ROONEY (42) ataca a teoria de KELSEN, sôbre uma “Jurisprudência sem Justiça”, como sendo “não-americana”.

Apesar de tudo, parece-me que presentemente estamos no caminho de um julgamento mais justo e de maior tolerância para com essas três correntes principais. Isso se deve, em primeiro lugar, às investigações que, nos últimos decênios e por tôda parte, se fizeram sôbre as Filosofias do Direito de todos os tempos e de tôdas as nações. Tais estudos se construíram sôbre os originais, não foram to-

(39) Arthur L. GOODHART: English Contribution to the Philosophy of Law. New York. 1949.

(40) Ele crê que a fôrça de atração da “Teoria Pura do Direito” se explica pelo facto de permitir aos seus adeptos “to escape from the painful reality of actual concrete law and its relations to actual concrete life in a painful world” (New York University Law Quarterly Review, vol. XXIII, n. 3 [julho 1948], págs. 398/99).

(41) Cf. a réplica ao estudo de COHEN (nota 36), cuja tendência aparece já na inversão dos adjetivos do título da dissertação de COHEN: KENNEDY: Functional nonsense and the transcendental approach (in: Fordham Law Review, vol. 5 [1936], p. 272 e segs.).

(42) Law without Justice? (in: Notre Dame Lawyer, jan. de 1948).

mados de segunda mão, não se tendo descurado de compreender cada autor em conexão com o seu tempo. Mostram esses estudos que os ataques mútuos, mesmo quando de boa fé, bastas vezes decorrem da má compreensão ou mesmo do desconhecimento da corrente ou do autor atacado. E' o que se dá no caso de muitos ataques a KELSEN (43). Por outro lado, a crítica que KELSEN faz da orientação sociológica visa quase que exclusivamente a "realist school"; quando critica o Direito Natural, volta-se também contra o Direito Natural "clássico", sem nem sequer considerar o jusnaturalismo de Santo Tomás (44).

Essas pesquisas críticas e de fontes mostram mais que, às vezes, alguns autores que se confessam integralmente adeptos de uma das três correntes pertencem, em verdade, a corrente diversa. Há escritores jusnaturalistas que rejeitam severamente o Direito Natural. E' o caso de Léon DUGUIT, Georges SCELLE, G. GURVITCH, que figuram como juristas sociólogos. Inversamente, supondo transmitir Direito Natural de colorido neo-tomista, os autores da "Escola das Instituições" erigem, na realidade, uma Sociologia do Direito.

Esses últimos estudos revelam mais que autores pertencentes a uma das três direções estão também fortemente

(43) Como protótipo de um ataque assim, com recursos completamente ineficazes, é de se citar a monografia de Otto WEINBERG (nesta Revista, vol. III, cad. 1.º, 1950, págs. 102 a 113). Mal cremos em nossa própria vista, ao ler que o autor procura refutar a fórmula da norma jurídica como juízo hipotético, de KELSEN, com a formulação linguística dos artigos dos códigos, escrevendo depois, fundado nessa ingênua ignorância, que "se pode asseverar tranquilamente que essa tentativa é de ser tida como insustentável". O autor não vê também que KELSEN naturalmente nada tem a alegar contra a História do Direito ou a especulação metafísica, e que êle se restringe conscientemente ao que é lógico e formal. Cf. o meu artigo: Was ist die Reine Rechtslehre? (nesta Revista, vol. I, cad. 3.º [1948], págs. 271 a 290).

(44) Cf. nesse sentido o neo-tomista argentino Manuel RIO: *Perspectivas actuales del derecho natural*. Buenos Aires. 1939.

influenciados por pensamentos de uma outra. A Filosofia não consegue nunca resolver em definitivo os seus problemas, que têm de ser postos sempre de novo em discussão. Tenho a impressão de que o progresso da Filosofia consiste em que certas posições, cuja discussão perdurou desde os tempos da Grécia, foram, em definitivo, reconhecidas como insustentáveis, devendo, assim, ser tratadas mais pela História da Filosofia. Entre essas posições insustentáveis deve estar, em meu entender, o Direito Natural cosmológico dos antigos, o romano “*jus naturae quod natura omnia animalia docuit*”. O Direito regula a conduta humana e não pode regular mais nada. Assim também me parece que estão superadas de vez algumas extravagâncias do Direito Natural clássico, como a da idéia de códigos de Direito Natural a regular tudo pormenorizadamente, e, além do mais, com a pretensão de imutabilidade e eterna validade, em todos os tempos e para todos os povos. A inanidade da teoria do “*Volksgeist*”, da escola histórica de Direito, é em geral reconhecida. Finalmente, parece-me que já entou o seu canto de cisne a “*realist school*”, seja do cunho americano, seja do escandinavo, que ensina um Direito sem normas preexistentes; que define o Direito como um “*set of behavioristic patterns*”; que, numa redução tipicamente anglo-americana do fenómeno jurídico à “*judicial decision*”, vê o Direito apenas na decisão judicial concreta, isto é, naquilo que os juizes fazem (45), no “*observable behavior of judges*” Justamente as extravagâncias dos sequazes mais radicais, como Jerome FRANK, fizeram, com apoio em argumentos irrefutáveis, que a insustentabilidade dessa direção fôsse geralmente reconhecida.

(45) Com o que a “*realist school* sempre invoca a infeliz observação do Juiz O. W. HOLMES: “*The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretensions, are what I mean by the law*” (*The Path of Law*, in: *Harvard Law Review*, vol. 10.º [1897], p. 457 e segs.).

Nisso convêem pensadores jusnaturalistas (46), analíticos (47), mas também sociológicos (48). O mesmo se dirá da escola escandinava (49).

Os estudos mais recentes patentearam finalmente que cada corrente deve ser compreendida à luz do seu tempo; também, que dentro de uma delas há de se fazer distinção entre autores por vezes bem diversos; que mesmo posições reconhecidas como insustentáveis não são de ser tidas necessariamente como sem valor, desde que muitas vezes trouxeram a sua contribuição ao progresso: pois, como observou PLÍNIO, o Moço, “nullum librum esse tam malum, ut non aliqua parte prosit”.

V

A coexistência atual das três orientações principais — da jusnaturalista, da analítica e da sociológica — é admitida pelos representantes de qualquer delas; e frequentemente é também defendida a necessidade da combinação dessas três correntes.

Assim acentua o moderno neo-tomismo a imprescindibilidade do Direito Positivo, tomando posição contra o dualismo e a rivalidade entre o Direito Positivo e o Natural (50) e procurando aproximar um do outro (51). A rejei-

(46) P. e. KENNEDY. Cf. também L. FULLER: American Legal Realism (University of Pennsylvania Law Review, vol. 82 [1934], p. 429 e segs., endereçado principalmente contra Underhill MOORE).

(47) Assim, já A. KOCOUREK e MORRIS R. COHEN.

(48) P. e. Roscoe POUND. Uma crítica particularmente exata foi feita por Hermann KANTOROWICZ: Some rationalism about realism (in: Yale Law Journal, vol. 43 [1943], p. 1240 e segs.).

(49) Cf. Alf ROSS: Toward a Realistic Jurisprudence (v. a minha resenha nesta Revista, vol. II, cad. 1.º [1949], págs. 383 a 385).

(50) Cf., nesse particular, a obra tomista-ortodoxa do mexicano Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ: Lecciones de Filosofía del Derecho, México. 1947 (KUNZ, *op. cit.*, págs. 33 a 35).

ção do Direito Natural clássico pelos neo-tomistas funda-se precisamente no argumento de que ignora completamente os dados social-históricos e necessariamente contingentes da realidade. O “realismo crítico” do moderno brasileiro MIGUEL REALE (52), a quem se deve contar entre os adeptos do Direito Natural, apenas pode compreender o Direito como uma síntese do Ser e do Dever-Ser. Êle critica a unilateralidade tanto do “formalismo” como do “sociologismo”. Enquanto que, para êle, o último fundamento do Direito está na natureza do homem, que se destina a viver em sociedade e a realizar a sua elevada missão, acentua expressamente que o Direito tem também um substrato sociológico e uma forma técnico-jurídica.

Essa tricotomia é plenamente reconhecida por ROSCOE POUND; e sobre ela se erige tôda a grande obra de STONE. Também CAIRNS julga necessário encarar o Direito sob êsses pontos de vista — o sociológico, o lógico e o filosófico (53). Do mesmo modo, está essa tricotomia como base da obra de KELSEN, na qual êle delimita a sua “Teoria Pura do Direito” perante uma Teoria da Justiça e uma Sociologia Jurídica.

E’ de se frisar ainda que nenhuma das três orientações capitais é capaz de se restringir exclusivamente a sua própria posição. Já mencionei a moderna acentuação neo-tomista da imprescindibilidade do Direito Positivo e a fórmula de REALE, de que o Direito consiste de normas, cuja compreensão não é possível sem se ter em vista a sua vinculação social e os valores que nelas se realizam.

(51) Assim, JEAN DABIN.

(52) Cf. KUNZ, *op. cit.*, págs. 30 e 31.

(53) V. as suas três obras: *Law and the Social Sciences*. 1935. *Theory of Legal Science*. 1941. *Legal Philosophy from PLATO to HEGEL*. 1949.

Como já demonstrei há muito (54), até os juristas sociólogos da “realist school” trazem consigo, veladamente, tôda a normatividade. Pois, quando vêem o Direito no “observable behavior of judges”, aflora naturalmente a indagação de como sabem que determinados indivíduos são juizes — o que só pode ser através de normas jurídicas que lhes dão essa competência. Juristas sociólogos moderados, como POUND e STONE, reconhecem de modo completo que, já praticamente, a jurisprudência analítica é indispensável à Ciência do Direito.

A escola de Tübingen, a qual, como HECK afirmou muitas vezes, não se baseia em Filosofia alguma e não considerou que era missão sua erigir uma escala de valores, teve de se expor à justa crítica de que tôda a sua “ponderação de interêsses” está suspensa no ar; pois essa ponderação pressupõe uma valoração, e esta, por sua vez, um estalão valorativo. O mesmo se dirá da “legal theory of interests”, de ROSCOE POUND; apenas êste, consciente ou inconscientemente, introduz, no sentido de Josef KOHLER, um Cripto-Direito Natural, circunscrito a um determinado espaço e a determinada época (55).

Também a “Teoria Pura do Direito” de KELSEN tem de, finalmente, entrar alhures em contacto com o império dos valores e o império dos factos. KELSEN mesmo vê nas normas jurídicas “a standard of valuation” (56); suas normas de Direito são “value judgements”, E’ claro que, por motivos lógicos, não pode êle, como crê Jerome HALL, ser

(54) V. o meu trabalho: *The Vienna School and International Law* (in: *New York University Law Quarterly Review*, 1934, págs. 370 a 421).

(55) Concede-o STONE francamente. E CAIRNS escreve (*loc. cit.*, p. 338): “Pound’s jural postulates of civilized society in our time and place” (V. R. POUND: *Social Control through Law*, 1942, p. 113), “are really natural law doctrines, intentional framed as the necessary presuppositions of a particular system or systems”

(56) *General Theory*, cit., p. 47 e segs.

adepto da escola neo-positiva de Viena, cujo chefe, CARNAP, enuncia breve e simplesmente: “Value judgements are nonsense”. Sem dúvida, uma tomada de posição dessas tiraria o fundamento da “Teoria Pura do Direito”, que está construída sobre o Dever-Ser jurídico. A “Teoria Pura do Direito” não pode ser “isenta de valores” (*wertfrei*) no sentido de se conceber que o Direito, como um Dever-Ser, não tivesse de, necessariamente, conter valores, mas tão somente no de que ela se põe em atitude de neutralidade, diante dos valores realizados pelo Direito Positivo. (57).

Ainda: apesar de toda a precisa e fundamental distinção entre Ser e Dever-Ser, KELSEN não consegue evitar entrar em contacto com o mundo dos factos. Isso se dá no reconhecimento da criação revolucionária de normas jurídicas (58); idem, na fórmula de que a efetividade de toda uma norma jurídica é, em conjunto, a condição de validade das normas singulares que a constituem; igualmente, na confissão de que até uma norma singular, pertencente a uma ordem jurídica geralmente atuante e porisso mesmo vigente, perde também a sua validade, se houver ineficácia total; mais — e isso se refere aos fundamentos de toda ordem jurídica — pela declaração de KELSEN, de que a “basic norm is not the arbitrary product of juristic imagination. Its content is determined by facts” (59); finalmente, de que a norma fundamental produz “the transformation of power into law” Para terminar, seja dito que a asserção capital de KELSEN, de que “regarded

(57) Quanto a isso, parece-me que COSSIO trouxe uma contribuição esclarecedora, ao distinguir nitidamente os valores *positivos* de uma ordem jurídica, os quais, como as outras partes do Direito, são fornecidos ao jurista, como *dados positivos*, autoritativamente, dos “verdadeiros valores”, que constituem o objeto da Axiologia.

(58) “The principle of legitimacy is restricted by the principle of effectiveness” (General Theory, *loc. cit.*, p. 119).

(59) General Theory, *loc. cit.*, p. 120.

from the point of view of rational cognition, there are only interests and hence conflicts of interests” (60), e a de que o Direito é uma “specific technique of social organisation” (61) — confunde-se, nesse ponto, com a jurisprudência sociológica e funcional de Roscoe POUND.

A investigação mais recente demonstrou ainda que as tendências de tôdas as três correntes principais devem ser compreendidas sob a luz da situação histórica particular da nossa época; que em tôdas elas aparecem certas idéias peculiares destes tempos.

O positivismo jurídico pôde resolver os problemas do século XIX, mas não conseguiu fazê-lo quanto aos que nos afligem hoje, tanto no Direito Nacional como no Internacional. A reação contra a Filosofia lógico-formal-metodológica do neo-kantismo de Marburgo; o renascimento do Direito Natural; o forte pendor metafísico da Filosofia contemporânea; a revolta jusnaturalista e sociológica contra a jurisprudência analítica; a “ética material de valores” de SCHELER e o predomínio da Axiologia (62) — tudo isso é consequência da confusão e do desespero desta época, da grande crise atual de tôda a nossa cultura cristã-ocidental; do mesmo modo, o Existencialismo ateu-nihilista, principalmente de SARTRES, é um resultado dessa crise, é um fenômeno da “décadence”. Em dias de tão profunda crise, é compreensível a volta a ideais platônico-cristãos, o brado de SCHELER por um “Saber de Salvação” (*Wissen der Erlösung*). Tais tendências filosófico-gerais refletem-se também, como é natural, na Filo-

(60) *loc. cit.*, págs. 18, 438.

(61) *loc. cit.*, págs. 5, 15 e segs.

(62) “A História da moderna Axiologia é, em certo sentido, a História de uma cultura, da européia —, que luta por sua existência”, escreve o cientista americano Wilbur M. URBAN (*Axiology*, in: *Twentieth Century Philosophy*. New York. 1947, p. 71). É claro o paralelismo com a época em que Sócrates se insurgiu contra os sofistas.

sofia do Direito. Devemos insistir também em que o renascimento do Direito Natural tem de ser compreendido, em grande parte, como um protesto contra as terríveis experiências desta época, isto é, contra os inimagináveis excessos e deshumanidades do Direito Positivo de regimes totalitários.

Em tôdas as três correntes principais encontram-se certas idéias próprias da época. Uma dessas idéias atuais é a conversão do individualismo para o coletivismo. Nós encontramos no Direito Natural católico a acentuação do elemento social. DUGUIT constroi o seu sistema com base na solidariedade social; o traço em prol da socialização do Direito evidencia-se em suas “transformations du droit privé”, na transmutação da propriedade, a qual, de um direito subjetivo, que era, passa a ser uma “função”. STONE ensina que, enquanto AUSTIN edificou sôbre o utilitarismo individualista de BENTHAM, as idéias de IHERING repousam sôbre o utilitarismo social; que o individualismo metafísico de KANT e de FICHTE cedem lugar, em STAMMLER, ao idealismo social. A necessidade da solução de problemas juspolíticos é que leva POUND a aconselhar ao jurista que passe do método “analítico” para o “funcional”. Apesar de tôda afirmação de factos sociológicos, a “sociological jurisprudence” de POUND sustenta-se de forte emoção ética; daí o seu cruzamento com idéias de Direito Natural, a sua enérgica defêsa da “socialisation of the law”, o seu desêjo de que o Direito realize a “social justice”.

Por outro lado, em contraposição com o absolutismo filosófico, é indisfarçável, nas três correntes, a influência do moderado relativismo filosófico. A relatividade do Direito aflora em pensadores das mais variadas orientações. Aí está o relativismo histórico de DILTHEY, bem como o relativismo cultural, preso no espaço e no tempo, de KOHLER e POUND. Nem falta à Teoria dos Valores de SCHELER uma nota relativista. O “perspectivismo” de ORTEGA Y GASSET

é uma tentativa de conciliar entre si a verdade e a vida, o racionalismo e a História, tanto no terreno teórico-cognoscitivo como no terreno ético. Os neo-tomistas acentuam que o Direito Natural se resume em poucos princípios (63). STAMMLER prega um “Direito Natural de conteúdo variável”; RENARD, um “Direito Natural de conteúdo progressivo”. Porisso é que, visando Kelsen, Luiz Legaz y Lacambra pôde escrever (64) que tôda a Filosofia do Direito desta geração tem de ser, em essência, “um diálogo com Kelsen”.

Tôdas essas convicções preparam o caminho para u’a maior tolerância entre os representantes das três correntes. Modernos jusnaturalistas admitem a necessidade da preocupação com o substrato social e as formas técnicas do Direito. Kelsen reconhece a razão de ser da Sociologia do Direito, bem como a obrigatoriedade da especulação metafísica, para o homem rodeado de enigmas por tôda parte. A sua “Teoria Pura do Direito” não nega outras orientações, mas restringe-se apenas à parte lógico-formal. Pound não é tolerante para com as duas outras correntes, afirmando, antes, a sua imprescindibilidade (65).

(63) A réplica sobremodo fraca de Edgar Bodenheimer a Kelsen (“The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science: A Reply to Hans Kelsen”, in: “The Western Political Quarterly”, vol. III, n. 3 [setembro de 1950], págs. 335 a 363) consiste, em suas duas terças partes, de plenas concessões ao relativismo de Kelsen.

(64) Situación presente de la filosofía jurídica en España (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1946, págs. 381 a 425).

(65) Cf. a “General Introduction”, de Pound, a Sidney Port Simpson e Julius Stone: *Cases and Readings on Law and Society*. St. Paul, Minn. 1949: “A well-rounded science of law cannot neglect the analytical nor the philosophical approach. Each is needed for an effective body of knowledge”, p. XV).

VI

Se hoje vai se evidenciando mais e mais a conclusão de que as três correntes são necessárias à completa compreensão do Direito (66), aparece êste problema: qual a relação entre as três, e qual a que cada uma delas e tôdas em conjunto mantêm com a Ciência do Direito?

Há duas tendências, no tocante à resposta a essa questão. Uma delas pretende definir estritamente a Filosofia do Direito, separando dela, como disciplinas particulares, a Teoria do Direito e a Sociologia Jurídica; a outra vê nas referidas correntes três ramos de uma única e só Jurisprudência.

Tratemos a seguir da primeira dessas tendências. Historicamente, a Filosofia do Direito foi identificada pelo mais largo espaço de tempo com o Direito Natural. O contraste Direito Natural — Direito Positivo não se restringe, ao demais, ao campo do Direito. Há também uma Ética e u'a Moral Positiva; há uma Religião Positiva, revelada, e uma Religião "Natural". Assim como a *lex naturalis* se define como "participatio creaturae rationalis in lege aeterna", podendo-se descobrir os seus princípios pela "recta ratio", sem auxílio da revelação, assim também se ensina que as verdades da Religião "Natural" — a existência de Deus, a imortalidade da alma, o livre arbítrio, humano, posto que não incondicionado — são achados pela pura

(66) POUND, *ib.* (nota 65): "There are a number of possible approaches to the science of law" (p. XV). "Each school and sect of jurists has seized on some particular aspect of the truth. The besetting sin has been to take some one aspect for the whole. We can be cautious in anathemas at those who look at different aspects from those we look at" (p. XVIII). Assim escreve VERDROSS: "A uma integral contemplação do Direito... só se pode chegar através da combinação d'esses três modos de observação" (Zur Klärung des Rechtsbegriffes, in: Juristische Blätter, Viena, ano 72, n. 54 de março de 1952, págs. 97 a 99).

meditação filosófica. Também as três correntes principais não se encontram só no Direito. Também a Moral Positiva, a Religião, ou as Ideologias Políticas podem ser expostas dogmáticamente, analisadas lógicamente, explicadas em face da Sociologia e ponderadas à luz de valores absolutos (67).

Se a Filosofia do Direito e o Direito Natural forem identificados entre si, conforme aconteceu historicamente, a Filosofia Jurídica, que não é Ciência do Direito, dispõe de um terreno limitado. A Teoria, a História e a Sociologia do Direito não incidem, então, sob a Filosofia Jurídica e formam disciplinas à parte. Exatamente como a Filosofia do Direito é entendida como sendo parte da Filosofia, essas últimas se entendem como sendo parte da História, ou da Sociologia; a Teoria do Direito fica pairando mais ou menos no ar.

Essa redução da Filosofia do Direito ao Direito Natural, ou, para falar de modo mais moderno, à Axiologia Jurídica, é frequente na Europa continental; mas também para CAIRNS (68) é a “jurisprudence a part of philosophy”, sendo que êsse autor lhe circunscreve o domínio à Valoração mais à Ontologia Jurídica (“What is law”? (69). Sob êsse ponto de vista é que se há de explicar a tendência atual, de separar a Teoria do Direito (Jurisprudência Analítica) da Filosofia do Direito (Direito Natural, Teoria dos Valores Jurídicos). Em escrito anterior (70), mostrei como KELSEN, em épocas diversas, assumiu diferentes posições quanto ao caráter de sua “Teoria Pura do Direito”, desig-

(67) Frede CASTBERG: Problems of Legal Philosophy, p. 16.

(68) *loc. cit.*, p. X.

(69) Para CAIRNS, o objeto da Filosofia do Direito consiste na “formulation and valuation of jural hypotheses”, uma vez que os “fundamental principles of law turn deeply on metaphysical presuppositions”; mais: nos problemas da Ontologia e da Estimativa Jurídica (*loc. cit.*, págs. 561 a 563).

(70) Was ist die Reine Rechtslehre? (Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht, vol. I, cad. 3.º [1948], págs. 271 a 290).

nando-a uma vez como Filosofia do Direito, “se é que se quer denominar assim o tratamento dos conceitos jurídicos fundamentais”, e, em outra oportunidade, opondo a sua Teoria do Direito, como Teoria do Direito Positivo, à Filosofia do Direito, como “Teoria da Justiça”. Mesmo nesse trabalho anterior (70) eu sustentei a necessidade da distinção entre Teoria e Filosofia do Direito, o que agora é também feito por VERDROSS (71).

Neste passo, parece-me antes de mais nada importante acentuar que, em meu parecer, a moderna investigação resolveu o velho dissídio entre o Direito Natural e o Positivo. KELSEN demonstrou que duas ordens normativas, que muitas vezes substancialmente se repelem, não podem, ao mesmo tempo, subsistir como ordens jurídicas independentes uma da outra. Pois o Direito Natural foi ensinado como sendo *Direito*, isto é, em face do Positivo, um “Direito mais alto” “O Direito Natural não só forneceu o critério para se saber se o Positivo é justo, mas também se, em absoluto, o Direito Positivo é Direito. A justiça é não só uma predicado que o Direito pode conter, ou não, mas um elemento constitutivo de sua definição” (72). Por isso é que o Direito injusto é “non lex, sed legis corruptio”, é um Não-Direito, e, nessas condições, não obrigatório. Nesse sentido, leiam-se a “Antígona” e os conhecidos versos de SCHILLER, no “Guilherme Tell”, ou as palavras de Thomas MORE, no cadafalso: “I die the King’s good servant, but God’s first”. Daí um *jus resistendi*, embora ordinariamente restrito aos casos extremos, doutrinando-se, porém, ao demais, que devemos também obedecer ao injusto Não-Direito, “per evitare scandalum vel turbationem”. Contudo, sob êsse aspecto ainda é possível uma outra solução, isto é, a de que justamente o “Direito mais alto” intima a que obedecemos ao Direito injusto: vide Sócrates.

(71) Zur Klärung des Rechtsbegriffes (Juristische Blätter, Viena, ano 72, n. 5, 4 de março de 1950, págs. 97 a 99).

(72) STONE, *loc. cit.*, p. 226.

O Positivismo Jurídico tem como conceito próprio de Justiça a “justice under law”. Para êle, todo Direito Positivo é justo, enquanto que, para o Direito Natural, só o Direito justo é pròpriamente Direito. Essa última concepção é não só teòricamente insustentável, mas leva também, na prática, ao perigo da anarquia. Qual o critério para saber se o Direito Positivo é justo? E quem decide? Cada qual? Conduz-nos igualmente essa concepção à necessidade de negar o caráter de Direito a tôda norma e a tôda ordem jurídica que não seja julgada justa. Dêsse modo, numerosas ordens jurídicas, que efetivamente regularam ou regulam a conduta humana, teriam de ser tidas como Não-Direito. Nesse caso o Direito Romano, bem como o Direito Americano anterior a 1865 seriam Não-Direito, por sancionarem a escravidão; e Não-Direito seria o Direito de Estados totalitários.

A recente doutrina do Direito Natural, tanto a neo-tomista como a axiológica, trouxe nesse particular, ao que entendo, esclarecimento definitivo. Ela rejeita o Direito Natural clássico, os códices jusnaturalistas, afirma a necessidade do Direito Positivo, e limita o Direito Natural a pouquíssimos princípios supremos e necessariamente vagos. Esses princípios têm grande flexibilidade, podendo ser realizados de vários modos pelas diferentes épocas e nações. São idéias que já se encontram em Santo Tomás, e, mais nitidamente ainda, em SUÁREZ. VERDROSS (73) contrapõe a definição jusnaturalista e material do direito, que tem conteúdo determinado e é uma ordenação racional e ética da comunhão social, à definição nominalista-voluntária e formal, do Direito como coerção de uma ordem impositiva. Êle distingue a validade do Direito Positivo da vinculabilidade e em consciencia, do Direito justo. Porisso diz VERDROSS (74) que, com os seus recursos, o sociólogo

(73) *loc. cit.*, nota 71.

(74) De modo característico, escreveu há pouco VERDROSS, ao fazer a crítica de um livro: “uma ordem normativa sem san-

jurista pode apreender tão somente a eficácia do Direito, o teórico jurista só a sua forma e os nexos íntimos das normas positivas, enquanto que o ético (o jusnaturalista) só se interessa pela exatidão moral das normas jurídicas e pela sua obrigatoriedade em consciência. Para mim, o que há de mais importante na exposição de VERDROSS é a equação: ético = jusnaturalista. Com efeito, o resultado mais importante das últimas investigações é o de que o chamado Direito Natural existe, sem dúvida, e é obrigatório, mas não é Direito, mas Ética. Nisso convêm VERDROSS, o neo-tomista mexicano Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ, o neo-tomista belga Jean DABIN (75), Luiz LEGAZ Y LACAMBRA (76) e COING (77); também GARCIA MÁYNEZ (78) é agora dessa opinião.

Acertadamente, portanto, diz Luis RECÁSENS SICHES, em sua obra “Vida Humana, Sociedad y Derecho”, que o Direito tanto pode ser justo como injusto, sem cessar de ser Direito, o que não há de forçosamente significar um relativismo filosófico; esses problemas pertencem, todavia, não à Teoria do Direito, mas à dos Valores Jurídicos (“Estimativa Jurídica”). Esta não se preocupa com a cognição, e sim com a justificação do Direito Positivo, é natural que não perante um tribunal, mas *in foro conscientiae*. Sob esse exato ponto de vista, resolve-se também a questão da “Antígona”. Não se trata de um conflito entre duas ordens jurídicas, ou entre duas ordens normativas diferentes — entre Direito e Ética. Mas como tôdas as ordens normativas regulam o proceder humano, pode acontecer — e aí

ções não é uma ordem jurídica positiva” (österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht, vol. III, cad. 1.º [1950], p. 132).

(75) *Théorie Générale du Droit* (Bruxelas, 1944, págs. 207 a 222).

(76) *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Barcelona. 1943, págs. 254 a 274.

(77) COING, *loc. cit.*, nota 31.

(78) *La Definicion del Derecho*, México. 1949.

está, desde priscas eras, uma fonte das criações dos grandes trágicos — que no coração da criatura portadora, a um tempo, de diversas ordens normativas, venha a deflagrar-se um conflito. Em tal hipótese, o individuo há de decidir, sob a sua própria responsabilidade, se deve obedecer ao Direito expondo-se à sanção da consciência e à transcendente sanção religiosa, ou às normas da Ética e da Religião. Neste último caso, deve estar pronto a suportar a sanção jurídica da pena de morte. Isso do perecimento ter sido acarretado por sua própria decisão, é justamente o que forma a tragédia, a qual se opõe, assim, a um simples infortúnio.

Compreendida dêsse modo, a Teoria Jurídica não é Filosofia do Direito, no sentido da Estimativa Jurídica. Ambas, porém, em seu âmbito, são justas e indispensáveis. Entretanto, a Filosofia do Direito assim encarada não é Ética Social, Estimativa Jurídica, e também não apenas Teoria da Justiça, mas de todos os valores jurídicos, desde a segurança jurídica até a Justiça. Mui acertadamente observa VERDROSS que a contenda em tórno dos problemas do chamado Direito Natural tem de se travar no terreno da Filosofia dos Valores. Nesse terreno, gira a discussão em tórno de se saber se os valores são *a priori*, ou não; se são apenas reconhecidos, ou produzidos pelo homem; se absolutos, ou relativos; imutáveis, ou mutáveis; objetivos, ou subjetivos.

Também BRUSHIN (79) é de parecer que, “nos últimos decênios, uma pura preocupação teórica com o Direito se tem destacado da mãe-comum, que é a Filosofia, constituindo-se como ciência autônoma; e que a investigação teórico-jurídica chegou a um ponto em que tem de se tornar independente, se quiser continuar a frutificar”. Esse autor

(79) Otto BRUSHIN: Über die Objektivität der Rechtssprechung. Helsinki. 1949, págs. 17, 8.

remete principalmente para os trabalhos de KELSEN. Êle acentua que KELSEN dá à sua obra de 1945 o nome de “general theory of law” (80). No entanto, a concepção de BRUSIIN sôbre a Teoria do Direito é, mesmo assim, uma outra, o que decorre já do facto de indicar, ao lado de KELSEN, como o mais importante teórico do Direito da actualidade, AXEL HÄXERSTRÖM, o fundador da “escola realista” escandinava. Na doutrina de BRUSIIN, a Teoria do Direito é a doutrina das “constantes sociológicas”, das “invariantes”, pelo que uma Teoria Jurídica só é possível, se houver uma formação social sempre em retôrno, o “Direito”, no qual se pode observar, através dos mais variados acontecimentos históricos, um número suficiente de concordâncias com a lei (*Gesetzmassigkeiten*), estruturais e social-psicológicas e sempre a se repetir. Isso, entretanto, mal é uma Teoria do Direito no sentido da Jurisprudência Analítica; há de ser, antes, uma Sociologia Jurídica Geral; contudo, o autor fala igualmente em uma “combinação de formas jurídicas”. Êle vê, quando se exige objetividade nas decisões jurídicas, uma constante sociológica, limitada ao mundo do homem ocidental.

VII

Enquanto que, pela tendência examinada no último capítulo, identifican-se a Filosofia do Direito e a Estimativa Jurídica, e, assim, a Teoria do Direito — e a Sociologia Jurídica — se desprendem da Filosofia, pela segunda tendência há, nas três correntes principais, apenas três ramos diferentes de uma só e única jurisprudência. Sem dúvida, o problema da Ontologia é também muitas vezes atribuído à Filosofia do Direito. Para STAMMLER, tem a Filosofia do Direito dupla missão: o estudo dos valores

(80) Também DABIN chama à sua última obra de “théorie générale du droit”.

jurídicos e o do estudo dos conceitos jurídicos fundamentais *a priori*. Giorgio DEL VECCHIO (81) divide a sua Filosofia do Direito em uma parte ontológica, uma genética e uma deontológica. RECASÉNS SICHES trata da Ontologia do Direito, da Teoria do Direito e da Estimativa Jurídica.

Nas terras da “Common Law” fala-se também, por vezes, em “philosophy of law”; mais frequentemente, todavia, em “jurisprudence” (82). CAIRNS reduz a Filosofia do Direito, que chama de “legal philosophy”, à Ontologia e à Axiologia Jurídica. Quase sempre, porém, as três correntes principais são compreendidas como sendo ramificações da “jurisprudence”. Já o título da famosa obra de AUSTIN é “Lectures on jurisprudence or philosophy of law”; Jerome HALL traz, em “Readings in jurisprudence”, excertos de representantes das três orientações. A “XXth Century Legal Philosophy Series”, publicada pela “Association of American Law Schools”, contém obras de cunho analítico, sociológico e jusnaturalista. Roscoe POUND (83) vê, em tôdas as correntes, ramos da “jurisprudence”, a obra de STONE se ergue, tôda ela, no sentido de afirmar que as três correntes são ramificações de uma só “jurisprudence”, chegando a propor o banimento do “omnibus term” — Filosofia do Direito. De um lado — alega — não se compõe a Filosofia apenas de Ética; de outro, a Jurisprudência Analítica e a Sociológica frequentemente se erigem também sôbre Filosofias e trabalham com métodos filosóficos.

Mas êsse pensamento também desponta naqueles que

(81) Lezioni di Filosofia del Diritto (v. ed. Rom., 1946).

(82) A expressão “jurisprudence” tem, na América, três significados: 1.º, Ciência do Direito; nesse sentido, p. e., School of Jurisprudence; 2.º, como no Francês, a atividade dos tribunais ou de autoridades administrativas; nesse teor, digamos, a “jurisprudence of the U. S. Supreme Court”, a “Jurisprudence of the United Nations”; 3.º, como equivalente do “terminus continentalis”: Filosofia do Direito.

(83) Outlines of Lectures on Jurisprudence. V. ed. Cambridge. Harvard University Press. 1943.

limitam a Filosofia do Direito à Axiologia Jurídica. Assim é que, para uma completa contemplação do Direito e, assim, para uma concepção universal do conceito, VERDROSS requer a *ligação* das três correntes. Essa mesma característica fundamental surge no anseio, tão típico da moderna Filosofia do Direito, em prol de uma Filosofia Jurídica “integral” ou “integrada” (84).

No entanto, essa combinação, essa integração leva ao problema de se indagar se a Filosofia do Direito, a História do Direito, a Teoria do Direito e a Sociologia do Direito têm o mesmo objeto, ou objetos diferentes como alvo do seu conhecimento. Para responder à questão, apareceram duas posições contrárias. A primeira sustenta que as diferentes correntes lidam com objetos cognoscitivos *diversos* (85). GARCIA MÁYNEZ (86) parte da célebre observação de KANT, de que os juristas procuram ainda uma definição do seu conceito de Direito. No sentir do autor, está aí uma consequência do facto das várias definições de Direito *não*

(84) Assim em Rafael PRECIADO HERNÁNDEZ. Basta ver já o título da obra do jurista filósofo mexicano Juan José BREMER: *Teoría lógica, teoría axiológica y teoría integral del derecho*, México. 1933. Cf. também Miguel REALE; idem: Jerome HALL: “Integrative Jurisprudence” (in: *Interpretations of modern legal philosophies. Essays in honor of Roscoe POUND*. New York. 1947). O professor argentino de Filosofia do Direito, Ramón ALSINA, escreveu que o Direito Natural só se preocupa com os valores eternos e imutáveis e só sublinha o elemento da razão; em reação contra isso, o positivismo jurídico volta toda a sua atenção exclusivamente para os factos históricos e sociais; a reação neo-kantiana concentra-se tão só sobre os elementos lógico-formais do Direito, na suposição de que estamos em via de encontrar uma noção de Direito que transfunda em uma só unidade os três momentos — o lógico, o sociológico e o axiológico.

(85) Também CAIRNS escreve: “The task of law can no more be caught within the net of a single formula than its numerous and contradicting aspects can be confined within the limits of a single definition” (*loc. cit.*, p. 97).

(86) *La Definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*. México. 1949 (cf. KUNZ, *op. cit.*, págs. 98 a 100).

se referirem ao mesmo objeto (87), mas a *três objetos diferentes*: Direito Positivo, Direito Natural e Direito Vigente. Se isso fôsse verdade, todo o dissídio não passaria de um mal-entendido; e êste seria a consequência de se denominar com o mesmo vocábulo, erradamente e produzindo confusão, três objetos inteiramente distintos. O citado escritor supõe que assim aplica o “perspectivismo” de ORTEGA Y GASSET ao problema da definição do Direito. Engana-se, porém. O “perspectivismo” de ORTEGA pressupõe que três observadores, de três pontos diferentes, observam *a mesma* paisagem, enquanto que, em GARCIA MÁYNEZ, contemplam três paisagens *diferentes*. Isso não é o “perspectivismo” de ORTEGA, mas a “Lógica da Origem”, da escola de Marburgo, para a qual o conhecimento e o método geram o objeto.

Do mesmo modo diz VERDROSS (88) que “a análise mais pormenorizada das definições (jusnaturalistas e positivistas) do Direito demonstra que não se referem a *um só*, mas a *diferentes* objetos de conhecimento”. E’ uma interpretação que não me parece sustentável. Até VERDROSS e GARCIA MÁYNEZ dizem que êsses *diferentes* objetos de conhecimento “não se confundem, mas se cortam”. VERDROSS começa com três *diferentes* objetos de conhecimento e, contraditòriamente, termina com os “*diversos aspectos do Direito*”. Diz êle que êsses diferentes objetos de conhecimento têm um “âmago comum”. Se se trata de objetos *diversos*, como é que a *combinação* dos três sistemas de observação há de conduzir a um “conceito universal de Direito”?

Em minha opinião, é claro que êsses três sistemas têm por alvo *o mesmo* objeto, o Direito; referem-se a *um*

(87) Também CASTBERG (*loc. cit.*) escreve: “The objects of the normative-dogmatic and the social views are not identical at all”.

(88) *loc. cit.*, nota 71.

objeto só (89); só então é que será possível uma combinação, uma “Jurisprudência Integral”. Em interessante e recente artigo (90), Carlos Cossio indicou que o erro na definição puramente gnoseológica da ciência pela escola da Marburgo consiste em fazer com que o conhecimento e o método produzam o objeto; é a razão pela qual a mudança acarreta a do objeto cognoscendo. Ter-se-ia de insistir também na definição ontológica da ciência, como quer HUSSERL. O método não é tudo. Ao cientista se dá *algo* para observar. Esse algo é o objeto do conhecimento, independentemente do observador. É certo que o objeto requer um método adequado. Mas quando, como no caso do Direito — no sentido de uma definição ontológica da natureza do Direito — o objeto admite diversidade de tratamento, é possível aproximarmo-nos do *mesmo* objeto com métodos diferentes, de modo a chegar, sempre através dele, a espécies diversas de conhecimento, que representem, quiçá, sistemas radicalmente diferenciados de cognição, mas que se possam completar entre si, desde que todos têm em mira *um só e o mesmo* objeto.

O Direito tem uma forma técnica, um substrato sociológico, e, ontologicamente, refere-se a valores jurídicos. Não é que o Direito seja uma “tentativa para a efetivação da

(89) Cf. R. POUND, *loc. cit.*, nota 65, págs. XIV, XV: “Historical jurists postulate a continuous historical development. Philosophical jurists postulate that legal institutions and precepts are derived or have developed to express ideals of justice and of morals. Analytical jurists postulate a system of law which is a body of logically interdependent precepts made to a logical plan discoverable by analysis... The analytical method seeks to make a body of law knowable and teachable. The philosophical method, by promoting an understanding of the ideal element in law, gives us a needed critique of legal institutions and precepts from within a needed critique of legal institutions and precepts from without”.

(90) Ciencia de Derecho y Sociologia Juridica (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Vol. V, n. 19 [1950], págs. 421 a 457, e vol. V, n. 20 [1950], págs. 815 a 852).

Justiça”; mas o Direito regula a conduta humana, que não pode ser isenta de valores. As normas jurídicas são um estalão valorativo da conduta humana atual; cada sistema jurídico é a expressão de valorações jurídicas, dadas autoritativamente, ao jurista, como valores *positivos* (91). Não que um Direito “injusto” não seja Direito. A moderna Axiologia insiste na polaridade essencial dos valores. “Injusto” é também um juízo de valor, assim como uma sinfonia desagradável pode ser desagradável, mas não deixa de ser uma sinfonia.

Mais: tôdas as três correntes principais não são Ciência do Direito. É o que, em geral, é reconhecido pela Filosofia, pela Sociologia e pela História do Direito. Quanto à Teoria Jurídica, o problema não é muito claro. CASTBERG só examina as questões relativas a “what law really is” e os conceitos jurídicos mais fundamentais, como o da obrigação jurídica, como pertencente à Ontologia, a qual, para êle, é uma parte da Filosofia do Direito em sentido estrito, enquanto que, ainda em sua opinião, a noção de Direito subjetivo é da Teoria Geral do Direito. Para êle, a Filosofia do Direito não é nem uma “general legal dogmatics”, nem uma “general sociology of law”.

Vemos, pois, que a chamada Teoria do Direito é atribuída por alguns, ao menos em parte, como Ontologia, à Filosofia do Direito em sentido estrito, enquanto que outros vêem nela uma das três correntes principais da Jurisprudência — a analítica, ou, outros ainda, a encaram como sendo Ciência do Direito. KELSEN, cujas oscilações de julgamento de sua “Teoria Pura do Direito” como Filosofia Jurídica ou como Teoria dela destacada foram já por nós mencionadas, dá agora, contra a interpretação de COSSIO, para quem a “Teoria Pura do Direito” é Lógica

(91) Assim escreve, em analogia com COSSIO, também CASTBERG (*loc. cit.*, p. 7): “Legal dogmatics is a valuing science, but its valuations are bound by its postulates of validity”.

Jurídica, a maior importância em que seja uma “abstract, general science of law”.

Para STONE, a “jurisprudence” é “the lawyers extraversion. It is the lawyers examination of precepts, ideal and techniques of the law in the light derived from present knowledge in disciplines *other* than the law” (92); a Jurisprudência Analítica é, para o mesmo, “Law as Logic”, assim como AUSTIN já tanto se esforçara por transformar o caos da “Common Law”, criada pelos “judicial precedents”, em “a logically coherent sistem”. A Estimativa Jurídica é, para STONE, “Law as Justice”; a Sociologia Jurídica, “Law as Social Control”.

Pode-se perguntar se a “Teoria Pura do Direito” de KELSEN, em sua forma atual e definitiva, de 1945, é Teoria do Direito, talvez no sentido da de STAMMLER e ROGUIN, ou aquilo a que se chamou “Teoria Geral do Direito”, no século XIX. A “pureza” da teoria atual de KELSEN é de se distinguir da pureza das doutrinas de STAMMLER e ROGUIN. STAMMLER pretende reconhecer aquilo que se pode afirmar do Direito com absoluta universalidade; êle está interessado nas “formas puras” do pensar jurídico. De acôrdo com KANT, “puro” significa aquí libertação de quaisquer conteúdos adquiridos pela experiência, isto é, *a priori*. As formas puras do pensamento são necessariamente abstratas e formais.

Também a “Teoria Pura do Direito” de ROGUIN é uma Teoria Jurídica de possibilidades lógicas, em analogia com a Matemática; sua obra pretende ser “uma espécie de herbário” (93), pura e *a priori*, uma Ciência Lógica. Também KELSEN achava outrora importantíssima a circunstância da sua “Teoria Pura do Direito” ser uma aplicação do método transcendental de KANT; é uma afirmação à qual se atem

(92) *loc. cit.*, p. 25.

(93) Exatamente em contraste com isso, a “sociological jurisprudence” de POUND não pretende ser nenhum herbário do Direito; “quadros botânicos” aparecem frequentemente na Filoso-

ainda. Hoje, porém (94), define a sua doutrina como “resulting from a comparative analysis of the positive legal orders, furnishing the fundamental concepts by which the positive law of a definite legal community can be described”. Contudo, baseado apenas na análise comparativa da experiência, não se pode atingir a pureza de KANT, a qual está *não além* de toda experiência, mas *antes* dela, não é transcendente, mas sim transcendental (*nicht transzendent, aber transzendental*). A “pureza” da atual doutrina de KELSEN não tem a pureza em sentido kantiano, mas no de u’a mundificação de elementos éticos e sociológicos.

Tôdas as três correntes principais são ramos de *uma só* Jurisprudência, que se referem ao *mesmo* objeto, o Direito Positivo, isto é, ao único *Direito* que existe. Nenhuma delas é Ciência do Direito. Tôdas são importantes para o jurista. Representam três diversos sistemas de conhecimento, relacionados com o mesmo objeto; e cada uma deve ficar adstrita ao seu método próprio. O jurista sociólogo nada poderá dizer sobre a vigência e a construção, e o ético não poderá fazer depender a vigência do Direito dos seus juízos de valor. E’ pena que nem sempre essas três correntes se mantenham dentro dos seus limites. Apenas KELSEN é consequente. Êle restringe-se com propriedade ao que é lógico-formal; é um autor que ensina e segue o que ensina, ao dizer que a “Teoria Pura do

fia do Direito de POUND. Êle começou a sua carreira como botânico. Entretanto, mesmo em seu primeiro livro, “The flowers of Nebraska”, não andou interessado por um herbário, mas, se é que se pode dizê-lo, pela convivência sociológica das plantas em um determinado espaço, pela “vegetação” do Nebraska; os seus estudos botânicos eram “ecological”. Do seu interesse botânico, não pelas “flowers in the herbarium, but in the field”, é que provém a sua expressão jurídico-filosófica da “law not in books, but in action” [Cf. E. V. WALTER: Legal ecology of Roscoe POUND (in: Miami Law Quarterly. Vol. 4, n. 2. Fev. de 1950, págs. 198 a 207)].

(94) General Theory, *loc. cit.*, p. XIII.

Direito” nada pode adiantar quanto à origem histórica do Direito, nada quanto à proveniência do conteúdo jurídico, nada no que toca à valoração do Direito, à luz de valores absolutos.

A Sociologia Jurídica procura explicar causalmente o Direito; é uma ciência teórica, na acepção de ARISTÓTELES. A Teoria do Direito constroi o Direito de modo lógico-formal; portanto, apesar do nome, é uma ciência prática, na classificação aristotélica. A Estimativa Jurídica avalia o Direito metafisicamente. Cada uma das três é importante e tem a sua razão de ser, dentro dos seus limites. Tôdas as três contribuíram para resolver os problemas propostos à Filosofia do Direito nos meados do século XX — problemas teórico-filosóficos e problemas práticos, tanto no que tange à solução das mais prementes questões jurídicas da atualidade, como à defesa de valores sobre os quais repousa toda a nossa cultura cristã do Ocidente, em luta, hoje, pela existência.

Eis a convicção que há de preparar o caminho que conduzirá da intolerância mútua para um trabalho em comum. Pois, como ainda há pouco, parafraseando um texto bíblico, escreveu ROSCOTE POUND, que se vai transformando em velho patriarca.

“In the house of jurisprudence there are many mansions.”