

OS LIMITES DO POSITIVISMO JURÍDICO E A FUNÇÃO POLÍTICA DA IDEIA DE DIREITO NATURAL NA CRÍTICA DE ALESSANDRO P. D'ENTRÈVES

THE LIMITS OF LEGAL POSITIVISM AND THE POLITICAL FUNCTION OF THE IDEA OF NATURAL LAW IN THE CRITIQUE OF ALESSANDRO P. D'ENTRÈVES

MAÍSA MARTORANO SUAREZ PARDO¹
(UFSCar/Brasil)

RESUMO

O presente artigo investiga a abordagem ao direito natural e a crítica ao positivismo jurídico feita pelo filósofo italiano do direito e da política Alessandro Passerin d'Entrèves (1902-1985). O autor recorre a uma abordagem historicizada das ideias de lei e direito natural e identifica nelas uma função política. Longe de querer resgatar uma ideia arcaica de direito natural, ou tentar convencer da vantagem de um ou outro valor superior, o filósofo parece afirmar a necessidade de inclusão de cláusulas de valor no sistema jurídico-político. Por um lado, limitando o campo de atuação da ciência jurídica e política; por outro, imprimindo movimento ao sistema de valores ao direcioná-lo às perguntas perenes que as doutrinas do direito e lei natural pretenderam responder, indicando com isso a função política que desde sempre exerceram. Ao indicar a Filosofia Política como herdeira do debate acerca da autoridade, tenta superar quer as limitações do positivismo quanto do jusnaturalismo.

Palavras-chave: Positivismo jurídico; Jusnaturalismo; Filosofia política; Alessandro Passerin d'Entrèves.

ABSTRACT

This article investigates the approach to natural law and the critique of legal positivism made by the Italian philosopher of law and politics Alessandro Passerin d'Entrèves (1902-1985). The author resorts to a historicized approach to the idea of natural law and identifies a political function in them. Far from wanting to rescue an archaic idea of natural law, or trying to convince of the advantage of one or another superior value, the philosopher seems to affirm the need to include value clauses in the legal-political system. On the one hand, limiting the field of action of legal and political science; on the other, giving movement to the system of values by directing it to the perennial questions that the doctrines of natural law intended to answer, thus indicating the political function they have always exercised. By turning to Political Philosophy as the heir of the debate about authority, it tries to overcome both the limitations of positivism and jusnaturalism.

Keywords: Legal positivism; Jusnaturalism; Political philosophy; Alessandro Passerin d'Entrèves.

Introdução

Alessandro Passerin d'Entrèves era um *frontalier*, um homem da fronteira, habituado à convivência de culturas e idiomas diversos. Ele foi também um *frontalier* em sua carreira acadêmica: viveu em diversos países, quebrou algumas tradições e inaugurou novas perspectivas. Em sua obra, explorou as fronteiras do conhecimento das culturas nas quais participou – as diferentes abordagens, linguagens e objetos que distinguem analíticos e continentais, Ingleses, Americanos, Franceses, Italianos e Alemães. Seu interesse volta-se para a compreensão das relações de comando e obediência na história ocidental, para o conjunto de valores que determinam a legitimidade da ordenação social. Nesse desenvolvimento, enxerga uma função exercida pela ideia de lei natural (ou direito natural) na superação de conflitos, refundação ética e reconstrução da ordem quando a humanidade chega a impasses, fronteiras ou encruzilhadas.

Essa ideia de ligar e unir elementos, de buscar o comum, de reconciliação entre o velho e o novo, está muito presente na obra e na biografia do autor. É uma ideia à qual ele recorre frequentemente para se referir ao Direito Natural, e aos autores que formularam teorias jusnaturalistas. Embora possua essa função conciliadora, o Direito Natural não é invocado necessariamente para promover a paz, ou conservar antigos valores em novas roupagens. Ao contrário, porque é função do direito natural oferecer uma ponte entre o que *é* e o que *deve ser*, ele pode ser invocado para causar rupturas, revoluções e para legitimar a desobediência e intransigência diante de uma dada ordem. Importa destacar como ele interpreta e demonstra essa função conciliatória do direito natural e quais os diferentes modos através dos quais ele se manifesta nas relações sociais:

Prima facie, parece haver duas linhas de abordagem possíveis para nosso assunto. Eu chamaria um de histórico e o outro de filosófico. Podemos considerar a doutrina da lei natural como um produto histórico. Um motivo recorrente no pensamento e na história ocidentais, podemos tentar retrair seu desenvolvimento e enfatizar sua importância na definição dos destinos do Ocidente – e do nosso. Mas podemos, por outro lado, considerar a lei natural uma doutrina filosófica. Ideal ou engano, afirma ter um valor não meramente histórico, mas universal. Pode ser enfatizado como uma contribuição positiva

ou negativa para o conhecimento que o homem tem de si mesmo e de seu lugar no universo (D'ENTRÈVES, 1996, 14).

Nas encruzilhadas da história, manifesta-se como ponte entre diferentes correntes de pensamento, entre o ocaso de uma cultura e o alvorecer de outra, entre passado e futuro. Enquanto valor último da ação humana, manifesta-se como ponte entre o que *é* e o que *deve ser*, um parâmetro do qual emana a positividade de um ordenamento, para verificar se um determinado estado de coisas corresponde aos valores que o justificam. Para compreender em profundidade o papel exercido pela ideia de direito natural no ocidente, é necessário combinar as abordagens. O objetivo específico aqui é analisar como essa função de ponte, conciliação e resposta às tensões e conflitos aparece nas duas abordagens. Para isso, é necessário refazer o percurso argumentativo de *Natural Law*. Em seguida, analisar como isso se relaciona com a sua noção de Filosofia Política.

Sub Specie Historiae

Iniciando pelo aspecto histórico, destaca três momentos distintos. Na antiguidade, Justiniano combinou a tradição do direito romano antigo para refundar o Império Romano, agora sob o cristianismo que se organizava. Na Idade Média tardia, Tomás de Aquino combinou a doutrina cristã herdada de Agostinho, a doutrina aristotélica e do direito romano clássico para responder ao tumultuado tempo que anunciava o fim da unidade de poder entre Igreja e Estado – e outros teóricos cristãos ajudaram a delimitar as esferas de ação abrindo caminho para o Estado Moderno. Finalmente, a modernidade é efetivamente inaugurada com as grandes Declarações do século XVIII, a ideia de lei natural transformada numa doutrina dos direitos do homem, combinando racionalismo e o recém-criado *individualismo* para transformar a antiga ideia de democracia numa força revolucionária.

A primeira função da lei natural foi gerar o pressuposto para a criação de um sistema de leis universal, através da ideia de que os seres humanos, porquanto distintos entre si, podiam ser reduzidos à igualdade através de um conjunto de leis universalmente válidas que eram ao mesmo tempo um patrimônio da humanidade. Foi, portanto, uma contribuição aparentemente mais restrita ao campo jurídico. O impacto no ocidente do *Corpus Iuris Civilis*, ou *Codex Justinianus*, do imperador Bizantino pode ter sido tão grande quanto o da Bíblia. Justiniano (482-565) tinha um plano certamente ambicioso que buscava reestabelecer o Império Romano num tempo bastante tumultuado da história europeia. Muitos reinos distintos disputavam os espaços dentro de territórios antes unificados sob os romanos. A estratégia do imperador de Roma foi compilar todo o arcabouço

do direito romano num novo código, capaz de fornecer as bases para a reconstrução do império. Era necessário reestabelecer sua autoridade e a tradição do Direito poderia cumprir essa função enquanto as tropas de Justiniano avançavam fisicamente para retomar territórios como o norte da África, Roma e o sul da Espanha.

Mas essa noção de lei natural tinha expressões práticas e não meramente especulativas, segundo d'Entrèves. A recorrência a essa ideia foi um instrumento para justificar e estender o domínio da lei, especificamente no contexto do cosmopolitismo no Império Romano – um truque dos juristas para superar as limitações da lei romana, desafiada pelo constante intercâmbio entre povos estrangeiros e expansões territoriais. É necessário manter em mente esse aspecto prático que se dirigia a resolver os impasses entre uma sociedade em transformação e as leis que ordenam e mantêm o seu funcionamento. O grande mérito conquistado pelos romanos, através do *Codex Justinianus*, foi justamente o de atribuir à ideia de lei natural a função de estabelecer os parâmetros de justiça, dos quais as leis positivas em constante transformações poderiam extrair sua validade, e o Império legitimar sua autoridade. Resumidamente, o que importa é a coincidência entre a ideia de uma lei que serve como referência universal de justiça e a pretensão de criar um sistema fundamentado no seu valor intrínseco e não em mera compulsão. O legado da tradição romana, portanto, não estaria apenas no *Codex* em si, mas nas razões que levaram à sua criação e na função que o direito natural foi convocado a exercer. Importa compreender essa demanda pela justificação da ordem positiva em termos de justiça; parâmetros que fundamentem e legitimem a autoridade do ordenamento positivo.

O fim da unidade ética cristã

O segundo ponto na História, localiza-se nos problemas enfrentados pelos teóricos medievais para tentar controlar e reorganizar a tradição romana e cristã, diante de um novo estado de coisas e de novas correntes de pensamento que invadiram a Europa a partir do século XII. O grande mérito em questão aqui, é a atribuição à ideia de lei natural a função de prover um fundamento racional para uma ética que desse conta dos desafios desse tempo. Parece um mérito muito similar ao observado no caso anterior do *Codex Justinianus*. Aqui, a lei natural será invocada para fundamentação de uma ética cujo valor último não repousa inteiramente na autoridade da Igreja. Nesse momento a função exercida pela ideia de lei natural é garantir a sobrevivência da civilização cristã das ameaças de um mundo em transformação. Essa não é uma teoria revolucionária, mas

conservadora. Importa destacar que o mais relevante não é a essência ou conteúdo da teoria tomista, mas sua função. Essa função, tanto no interior da obra quanto em seu papel histórico, foi a de conciliar correntes de pensamentos contraditórios para dar conta da nova realidade social que ameaçava a existência da Igreja. O impacto deixado foi o da refundação ética que permitiu que uma nova forma de associação social, o Estado, não apenas tivesse sua existência reconhecida pela Igreja, mas estivesse em harmonia com a sua doutrina.

As Grandes Declarações do Século XVIII

Por fim, na última parte da análise histórica, d'Entrèves indica como a combinação entre o racionalismo moderno e a recém-inaugurada teoria individualista gerou uma teoria do direito natural revolucionária e radical. Ele comprime sua análise entre citações às Declarações dos Direitos do Homem (1789) e de Independência dos EUA (1776) para mostrar a grande novidade que elas representaram para a teoria do direito natural. Elas não somente inauguraram a era dos direitos "individuais", elas também tomaram o indivíduo em si como seu ponto de partida. E, no percurso de seu argumento, ele demonstra como os teóricos do direito natural foram gradualmente distanciando Deus de sua função de legitimador último da ordem política, para buscar essa legitimação em bases puramente racionalistas.

Mas o racionalismo aqui é distinto do racionalismo encontrado na obra tomista porque encontra-se renovado pelas concepções epistemológicas modernas acerca do indivíduo. Embora se pudesse rastrear inclinações individualistas desde a máxima de Protágoras segundo a qual o homem é a medida de todas as coisas, apenas na modernidade a ideia de indivíduo é invocada para criar uma doutrina de justificação do poder e da autoridade. E essa doutrina começou a ser construída quando os teóricos políticos do início da Idade Moderna recorreram à ideia de contrato para interpretar a nova relação entre o indivíduo e a comunidade. Os teóricos medievais instituíram e delimitaram a relação entre Igreja e o Estado. Agora, o Estado instituíria e delimitava a relação entre o indivíduo e a ordem social coletiva em si representada. E a sua inteira existência dependia da aliança entre diversos indivíduos. A ideia de contrato "é a marca distintiva da teoria política do individualismo". Ao contrário das outras doutrinas, a teoria moderna não invoca uma *lei* natural, mas um *direito* natural. O que importa é a ênfase que nas doutrinas anteriores repousava na ideia de *lei*, entendida no seu aspecto prático de estabelecer deveres e obrigações e ordenar as

ações da vida coletiva. Essa ênfase agora foi deslocada para ideia de *direito* com o intuito de preservar o indivíduo, com a função de resguardar ou proteger o indivíduo dos excessos da coletividade. Esse passo completou a transformação da teoria da lei natural em uma teoria do direito natural.

Sub Specie Aeterni

Pode-se reconhecer a transformação do Direito Natural com o desenvolvimento histórico e, ao mesmo tempo, reconhecer suas características constantes. Essas características, no entanto, não se encontram no conteúdo das doutrinas, mas num conjunto de problemas filosóficos que elas tentam resolver. O italiano aponta três problemas: a definição da essência da lei; a distinção entre lei e moral; e a determinação de uma lei ideal ou parâmetro absoluto de justiça.

O que é a lei?

O problema da essência da lei concerne a forma ou estrutura – é um problema de definição. “A lei é um ato da vontade ou do intelecto? A existência de um superior e inferior é o padrão necessário de experiência jurídica?” (D’ENTRÈVES, 1996, 65). As teorias do direito natural forneceram respostas a essas perguntas. Dentre elas, ressalta-se uma discussão que pode ser rastreada até o debate acerca da natureza de *ius*: “*se ius quia iustum ou ius quia iussum*”; i.e., se a lei equivale à justiça ou ao comando. As teorias que buscaram responder ao problema da essência da lei a partir da invocação da lei natural enfrentaram desafios e obstáculos ao longo da história do pensamento. D’Entrèves destaca três ameaças distintas: positivismo, nominalismo e a doutrina do Estado ético. Ele alerta para os limites de sua abordagem, que não implica “em sucessão cronológica. É antes uma descrição de tipos ou modos de pensamento que ocorreram em diferentes épocas. Estamos aqui preocupados apenas com o que eles têm em comum” (D’ENTRÈVES, 1996, 66).

O Positivismo é o desafio mais evidente e conhecido. Nele, os atributos essenciais da lei são obediência e comando. Essa perspectiva, embora presente e facilmente identificável no positivismo jurídico contemporâneo à d’Entrèves pode ser encontrada ao longo da história, repetida em obras dos mais diversos autores. Ele aponta que, nesse sentido, havia positivistas no campo jurídico muito antes de Austin. Na verdade, “há um compreensível viés positivista em todos os juristas”. O que

diferencia os jusnaturalistas é uma interpretação ampla do fenômeno jurídico, que pretende superar a noção da lei como mera expressão de uma relação de comando e obediência.

A primeira evidência apresentada é uma passagem no *De Legibus* (*De Legibus*, I, v, 17), na qual Cícero indica a necessidade de ir além da percepção do senso comum para compreensão da experiência jurídica. Essa, não pode ser reduzida a uma relação de comando e obediência. Ao investigar todo o alcance da “Lei e Justiça universal”, a lei civil e positiva é confinada a um “canto pequeno e estreito”. Os textos romanos indicavam que a lei deveria ser expressa e sancionada por uma vontade suprema. Para os antigos romanos, essa vontade suprema emanava do povo. À época de Justiniano ocorre uma mudança: o príncipe bizantino torna-se a fonte última da lei, sua encarnação – *lex animata*. Essa ideia de uma fonte última do poder da qual procedem todas as leis foi retomada na Idade Média pelos juristas de Bolonha ao recuperarem a tradição romana. A noção de *potestas legibus soluta* foi instrumental na reivindicação de domínio mundial do Papado medieval. E, por sua vez, essa doutrina medieval influenciou na formulação do conceito moderno de soberania, tal qual afirmado por Jean Bodin na obra *De la République* (1576).

Mas a ideia de soberano nas primeiras formulações do Estado Moderna é diversa da noção da vontade popular da tradição romana. Em sua versão moderna, as noções de soberania e lei natural pareciam contraditórias. Se a soberania é o atributo essencial da lei, então a lei é essencialmente uma relação de comando e obediência, de comandantes e comandados. O tema do direito natural parecia florescer nessa controvérsia. Alguns autores passaram a falar da *damnosa hereditas* da tradição romana. Todo o debate abriu as portas para novas interpretações dos textos romanos que indicavam que a função da lei natural não poderia ser ignorada. A lei positiva era para os romanos um veículo da lei natural, a doutrina da “soberania” da vontade do povo romano era circunscrita à lei positiva. Ela era estritamente legalista e não filosófica. No fim das contas, o atributo da soberania não exime seu detentor de responder à lei positiva. Ao contrário, a própria existência desse atributo e a determinação de quem o possui é uma determinação da legislação positiva. Isso só pode significar que há uma lei, um valor que está acima da soberania. D’Entrèves cita o jurista italiano do século XVI-XVII Albericus Gentilis, para demonstrar que nem mesmo no período do absolutismo a lei natural deixou de ser relevante. Para Albericus, o príncipe ‘absoluto’ está acima da lei positiva, mas abaixo da lei natural e da lei das nações (Albericus Gentilis, *Regales Disputationes Tres*, 1 605 (Disp. I, De Potestate Regia Absoluta, p. 1 7)).

Após examinar o contexto das ameaças nominalista e da doutrina do Estado ético, d'Entrèves encaminha sua conclusão encarando os desafios colocados. Ao tentar apresentar o lado positivo da teoria no que se refere à definição da lei e seus atributos, ele observa que no desenrolar da história os teóricos do Direito Natural recorreram a um conjunto de premissas. O Direito Natural era uma resposta ao problema da lei a partir de uma perspectiva que toma a lei num sentido mais abrangente do que o estritamente positivo. As relações sociais não são meramente relações de comando e obediência. Importa reconhecer e distinguir entre a *vis directiva* e a *vis coactiva* dos Escolásticos; que outros autores identificam na relação entre lei e moral. Outra característica comum no apelo à ideia de lei natural é a asserção de que a lei é um produto da razão. Na invocação da lei natural postula-se a ação racional – esse é o traço distintivo dos teóricos do direito natural, em oposição à visão de que a lei é produto da vontade de um soberano e tem no comando seu atributo essencial. Deixando de lado os diferentes sentidos que o termo 'razão' pode ter, os teóricos do direito natural oferecem uma definição: a essência da lei é qualificar as ações e relações humanas.

Qual a relação entre lei e moral?

Ao investigar o problema da essência da lei, d'Entrèves chega a um segundo problema que foi trabalhado de maneira característica pelos teóricos do Direito Natural. Se os "positivistas" buscavam eliminar da lei qualquer consideração ética e moral, o "jusnaturalista" reconhecia na lei os dois aspectos e procurava delimitar a função de cada um. Ao tratar do problema na relação entre lei e moralidade, a ênfase se desloca de um problema estrutural de definição para um problema acerca do conteúdo da lei. "O conteúdo da lei é moral. A lei não é apenas uma medida de ação. É um pronunciamento sobre seu valor. A lei é uma indicação do que é bom e mau. Por sua vez, o bem e o mal são as condições da obrigação legal." (D'ENTRÈVES, 1996, 79). A querela com os positivistas não diz respeito ao reconhecimento de que a lei é a representação de certos valores. A diferença está na concepção mesma desses valores. Enquanto para o positivista eles nada mais são do que a expressão de certos parâmetros sociais, para o jusnaturalista a mera "enunciação da lei natural é uma proposição moral". O primeiro preceito da lei natural é: "fazer o bem e evitar o mal". Essa foi a máxima enunciada por Tomás de Aquino da qual deduziu diversas regras práticas para a sociedade de seu tempo.

Essa era uma fórmula flexível, cujo significado poderia variar no tempo e no espaço. Ao contrário, a teoria moderna do Direito Natural é muito mais assertiva ao declarar que os direitos do homem eram “liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão” (Declaração de 1789) – um reflexo das dificuldades políticas que ela tenta superar. Mas há algo em comum entre as duas teorias: “... [são] uma ‘tabela de valores’ que fornece a base de toda a ordem jurídica. Em ambas, a suposição é que a validade da lei depende da medida em que esses valores estão incorporados nela. Somente boas leis são leis. E para que uma lei seja boa, deve ser baseada, de uma forma ou de outra, na lei natural.” (D’ENTRÈVES, 1996, 80). Mas, esse reconhecimento da lei como parte da moral, i.e. da relação entre as duas esferas, não deve ser tomado como uma *confusão* por parte dos teóricos dessa tradição. Duas críticas a essa relação devem ser enfrentadas.

A primeira delas atenta para o risco da moralização da lei, e é um dos principais argumentos contra a teoria da lei natural. A sua origem está ligada a uma antiga convicção, segundo a qual a lei não possui apenas o propósito de controlar ação humana e tornar os seres humanos obedientes, ela também deve ajudá-los a serem virtuosos. A segunda crítica parece a mera inversão da primeira, se refere ao problema da legalização da moralidade. Se a moralidade for apenas o respeito à lei, e se os deveres morais forem reduzidos a deveres legais, então a experiência moral é inteiramente circunscrita a categorias jurídicas: “A tarefa do moralista é, para todos os efeitos, idêntica à do jurista.” (D’ENTRÈVES, 1996, 82). Mas, para d’Entrèves, o engano dessas interpretações é o de assumir que o Direito Natural pretende unir esses dois campos, ou que busca neles uma identificação e equivalência. A verdade é que a história do Direito Natural é a história do esforço para “delimitar as duas esferas e chegar ao núcleo da diferença entre elas”. A diferença é que esse esforço reconhecia a relação entre moralidade e a lei, ao contrário da asserção segundo a qual a lei não tem qualquer relação com a moral.

Retomando os exemplos iniciais da máxima tomista e da proclamação dos direitos do homem, ele indica que os escritores medievais buscavam impedir que a moral invadisse o campo do direito e, ao contrário, os modernos pretendiam evitar que a lei se sobrepusesse à moral. No entanto, essencialmente, o problema é o mesmo: delimitar as esferas da moral e da lei. O problema do “caráter diferencial”² da moral e da lei são questões antigas. D’Entrèves lista três diferenciações recorrentes. A primeira é a do caráter “social” ou “objetivo” da lei contra o caráter “individual” e “subjetivo” da moral. O primeiro exemplo histórico dessa abordagem, citado pelo autor, é Del Vecchio. Mas ela também é encontrada nos teóricos medievais e nos autores neokantianos, segundo ele.

A segunda refere-se ao caráter “coercivo” dos preceitos legais, como marca distintiva da lei que a moralidade não possui. Essa discussão pode ser visitada em Austin, em Kant ou mesmo em Aquino e outros escritores medievais. Para Kant, a noção de ordenamento legal está intimamente ligada à possibilidade de coerção. Para os medievais, o caráter coercivo da lei humana parecia contradizer o princípio moral que elas supostamente deveriam expressar. Mas, o propósito dessa diferenciação não era eliminar o caráter moral, mas, criar um sistema no qual se podia verificar a unidade dessas esferas.

Finalmente, a terceira e mais importante diferenciação afirma o caráter “externo” da lei em contraste com o caráter “interno” da moral. Ele indica que para Kant a “externalidade” constituía a essência da experiência legal. Importa ressaltar, diz d’Entrèves, que diversas respostas ao problema da diferença entre lei e moral já haviam sido elaboradas sem que isso tivesse acarretado a completa rejeição da relação entre essas esferas. Ao contrário de ser responsável pela confusão dos dois aspectos, a tradição do Direito Natural foi responsável por ressaltar a diferença entre eles. O que separa a abordagem antiga da moderna é uma diferença da posição do Estado com relação à moral:

A teoria do caráter diferencial é, portanto, no fundo, nada mais que uma teoria política, uma teoria sobre a natureza e os limites da ação do Estado que foi o resultado de uma situação histórica particular ou a expressão de um ideal particular que reivindicou reconhecimento. O caráter diferencial do direito e da moral foi a transformação em programa político de um ideal inerente desde o início à civilização ocidental. (D’ENTRÈVES, 1996, 87)

As diferenças foram reorganizadas para atender às demandas de um tempo específico, em um novo programa político. Mas, se isso indica que as características elencadas são expressões históricas, então elas não podem servir como um “critério absolutamente válido” para distinguir lei e moral. Em primeiro lugar, enquanto uma “moralidade puramente individual” não pode ser pensada, a noção mais abrangente da lei, enquanto “medida para a ação”, está sempre presente na experiência prática. Também, o caráter coercivo da lei não é suficiente para dar conta dessa distinção, pois existem leis que são observadas mesmo quando não há risco de punições. Por fim, o problema da delimitação e dos perigos das distinções facilmente aceitas como finais é melhor representado pela afirmação do “caráter externo da lei”. Como é possível avaliar e chegar a uma concordância na avaliação do

que é externo ou interno? “Em nossos dias, o Estado exige o serviço militar de seus cidadãos e, na verdade, requer que sejam bons soldados”.

A conclusão de Passerin é que todas as questões levantadas pela teoria positivista do “caráter diferencial da lei” poderiam ser rastreadas na tradição do Direito Natural e, de fato, ser inteiramente reescrita utilizando a linguagem dos teóricos jusnaturalistas. Sobre o caráter social da lei e individual da moral, eles diriam que a vida em sociedade é um dever moral, e que os valores morais tendem a serem atualizados em termos sociais e legais: “...o objetivo comum tanto da velha escola da lei natural quanto da nova era enfatizar o fundamento moral da lei, bem como o papel que a lei desempenha na experiência moral. O escopo adequado da justiça é ‘promover uma ordem objetiva entre os homens’. Justiça é, portanto, essencialmente *ad alterum*” (D’ENTRÈVES, 1996, p. 89). A justiça só pode ser realizada face à alteridade, ou seja, socialmente. No caso do caráter coercivo da lei, havia um reconhecimento cuja importância era restrita. A preocupação dos teóricos era com o funcionamento das leis e não com os preceitos em si. Se a lei não é entendida como mera compulsão por medo de sanção, se ela é fruto da razão e, portanto, de uma escolha, então as boas leis são obedecidas por “consciência”.

Por fim, embora a noção de lei natural claramente indique a relação entre lei e moral, ela não implica numa confusão entre as duas coisas. O autor aponta ainda que a noção de “mínimo ético” invocada por Kelsen em sua teoria do direito puro (a maior marca positivista a que d’Entrèves se dirige) também é um reconhecimento dessa relação. A tradição do Direito Natural nada mais é do que a reivindicação desse mínimo.

O que torna válida uma lei?

Na última parte, o autor aborda o Direito Natural enquanto resposta para a busca por uma lei ideal, um “padrão absoluto de justiça”. Se anteriormente, d’Entrèves abordara o Direito Natural como resposta ao problema formal, “o que é a lei?”; e como resposta para a relação entre lei e moral, agora ele adotará a perspectiva de quem toma no DN uma solução na busca pela “última medida” à qual a lei se refere. Em conjunto com o dualismo, essa seria sua característica mais constante: “A lei natural é o resultado da busca do homem por um padrão absoluto de justiça. Baseia-se em uma concepção particular da relação entre o ideal e o real. É uma teoria dualista que pressupõe uma cisão, embora não necessariamente um contraste, entre o que é e o que deveria ser.” (D’ENTRÈVES, 1996, 93). Como concepção de um ideal-referência, pode ser invocado para fundamentar revoluções ou movimentos conservadores.

Analisando ainda a “ameaça positivista” contemporânea, d’Entrèves reconstrói o debate ao longo da história dos argumentos utilizados. Ele aponta que o abandono do estudo da lei natural marca a ascensão de uma jurisprudência moderna que se orgulha de poder construir um sistema a partir de qualquer matéria legal, sem necessidade de recorrer ao argumento “ilusório” da lei natural. Apesar das críticas gerais ao positivismo jurídico, o autor lembra constantemente que o termo positivismo não indica necessariamente uma crença filosófica determinada, antes, refere-se comumente a um tipo de atitude com respeito à lei. Para o cientista jurídico, apenas a lei positiva, um determinado ordenamento, pode ser objeto de estudos e reflexão. O positivista pode reconhecer o problema da justiça, mas não pode dar qualquer resposta a ele: não é sua competência. Uma vez que a questão da justiça é vista como um problema moral, o positivista só pode suspender seu juízo e apontar para o filósofo moral como o único estudioso que deve se ocupar do problema. Esse aspecto é ainda mais aparente entre os juristas ingleses, como Austin, para quem não era possível avaliar a experiência jurídica senão por uma abordagem ‘analítica’. “O problema da lei ideal não é negado nem declarado indissolúvel. Ele é simplesmente colocado entre colchetes como irrelevante para a tarefa do jurista”.

Uma atitude parecida pode ser reconhecida na “escola Histórica” continental. Ela foi ao mesmo tempo um aspecto e um resultado do Romantismo do século XVIII – que surge como contraproposta ao período revolucionário. Essa corrente apresentava argumentos contra a abstração racional atingida pelas teorias do Direito Natural, indicando que a origem do fenômeno jurídico não é o indivíduo, mas a vida coletiva.³ O autor italiano chama atenção para o paradoxo do nascimento paralelo da interpretação histórica da lei e do positivismo moderno. A escola Histórica colocou em perspectiva o desenvolvimento das leis, do Direito ao longo da História. Mas, também, inaugurou essa postura de tomar a lei sob um estudo científico, em si mesma. Ele retoma o exemplo de Savigny, que teria distinguido na vida histórica do Direito dois aspectos. Uma vida política, expressão das realidades de uma determinada sociedade; e, uma vida técnica que se inicia a partir do tratamento científico dado pelos juristas. Se a escola racionalista exaltava o legislador enquanto agente da justiça, a escola histórica exaltava o jurista como intérprete do Direito enquanto conjunto de leis e ordenamento. O foco específico está no desenvolvimento histórico do Direito.

A escola Histórica (representada por nomes como Savigny, Puchta e Stahl) não deve ser confundida com o hegelianismo. O historicismo era um método para eles, não uma filosofia. A ideia de lei natural é suspensa pra

dar lugar à jurisprudência. O que de fato importa a d'Entrèves é a reivindicação da jurisprudência moderna de ter eliminado inteiramente os problemas antes considerados sob a noção de uma lei ideal ou natural. O autor não acredita que essa declarada autossuficiência é capaz de prover ao estudante os instrumentos necessários para interpretação e entendimento do fenômeno jurídico. O foco principal da questão repousa na definição do que pode ser válido juridicamente, nos critérios que determinam a validade das leis. Quais leis são suficientemente "definidas" ou "obrigatórias" ou "positivas"? E, por quê? O "positivista" não declara inexistência desses problemas, apenas a sua irrelevância para o trabalho meramente técnico que cabe ao jurista. Ele pode apenas observar o aspecto estritamente jurídico, "formal", segundo o qual uma lei é válida simplesmente porque pertence a um sistema reconhecido como positivo e válido. Isso, para d'Entrèves, equivale a dizer que a validade das leis "depende da possibilidade de referenciá-la, direta ou indiretamente, a uma fonte comum da qual todos os preceitos procedem" (D'ENTRÈVES, 1996, 100).

Por essa razão, a ideia de Soberania se tornou um grande dogma na jurisprudência positiva. Do ponto de vista jurídico, ela é ao mesmo tempo um fato e um critério que torna possível o reconhecimento de uma ordem positiva. Mas, aos poucos, mesmo o conceito de Soberania foi deixado de lado na linguagem jurídica contemporânea. A "teoria pura do direito" de Kelsen teria consagrado uma apreciação da lógica intrínseca ao Direito, à ordem positiva, aos sistemas jurídicos. Aqui, até mesmo a "vontade" de um superior como fonte originária da validade das leis é abandonada e realocada dentro do ordenamento positivo. O termo "Soberania" torna-se impróprio. Declarar a vontade de um indivíduo ou grupo de indivíduos como fonte originária do direito é uma declaração de Direito Natural. E, de um ponto de vista unicamente formal e positivo, qualquer asserção sobre a fonte originária do direito é uma declaração jurídica. Isto é, apenas por determinações jurídicas, através da lei, a vontade desse ou daquele indivíduo ou grupo pode ser considerada superior e criadora do Direito, das leis e do ordenamento. Existe uma lei anterior que se coloca acima de qualquer "vontade soberana", mas essa lei é uma declaração positiva: uma constituição. Para o positivista, não há relevância nos problemas que não estão estritamente definidos em leis.

A conclusão parece ser que o atributo essencial da lei não é, afinal, o comando. É justamente na adoção do conceito de "norma" da teoria de Kelsen que transparece a ideia de que a função da lei é qualificar e prover referências para determinadas situações às quais a lei dá significado. A noção de "norma" carrega um valor de "dever" ao mesmo tempo em que

se apresenta como padrão, parâmetro ou modelo. Embora destaque as diferentes interpretações acerca do parâmetro da validade das leis nos países anglo-saxões de experiência analítica, e na Europa Continental, d'Entrèves aponta que a noção de "norma básica" da teoria pura do direito de Kelsen foi amplamente adotada. Essa noção indica o pressuposto essencial de uma construção jurídica, um ordenamento; sua condição de completude, autossuficiência e validade. Retomando o papel da noção de Soberania, o autor indica que a "norma básica" no Estado Moderno dita que o comando do soberano (seja um indivíduo ou grupo) deve ser obedecido. Mas ela permanece, todavia, uma premissa hipotética: "a hipótese necessária sobre a qual o jurista se põe a trabalhar". Mas, como em toda ciência empírica, a hipótese só tem validade se for confirmada em uma tese. Ou seja, deve-se escolher corretamente a hipótese que sustente a realidade verificada empiricamente. Igualmente, toda hipótese que deixe de funcionar num sistema científico deve ser rejeitada e substituída por uma mais adequada.

Assim, a norma básica de um ordenamento jurídico nacional ("que os comandos do soberano sejam obedecidos") só pode possuir validade para o jurista quando, de fato, a obediência aos comandos do soberano for observada. Se a premissa não pode ser verificada empiricamente, mas mantém seu estatuto de validade, só pode significar que sua validade deriva de uma norma que não é positiva, mas é antes um pronunciamento acerca da justiça. Nesse sentido, a jurisprudência moderna apenas deslocou e renomeou os problemas antes estudados sob o título de Direito Natural.

A noção de "norma básica" é o "tendão de Aquiles" do positivismo moderno. A prova pode ser encontrada na *Teoria Geral do Direito e do Estado* de Kelsen:

O fato de uma norma desse tipo que acabamos de mencionar ser a norma básica do ordenamento jurídico nacional não significa que seja impossível ir além dessa norma. Certamente, pode-se perguntar por que se deve respeitar a primeira constituição como norma obrigatória. A resposta pode ser que os pais da primeira constituição foram capacitados por Deus. A característica do chamado positivismo jurídico é, no entanto, que dispensa qualquer justificação religiosa da ordem jurídica. Essa norma básica é apenas o pressuposto necessário de qualquer interpretação positivista do material jurídico. (KELSEN, 1945, 116)

Na passagem, o autor alemão reconhece que não apenas é possível ir além da "norma básica", mas declara a dependência dessa a uma

proposição do Direito Natural. Não há nada de objetivo em afirmar que uma constituição deve ser respeitada, é obrigatória, pois os que a conceberam foram escolhidos por Deus. Essa afirmação reconhece que o “último teste de validade da lei está além da própria lei”. Isso significa que a abordagem ‘positivista’ só possui relevância quando os ‘fatos’ que a fundamentam e justificam não estão em discussão. Mas, a partir do momento em que os ‘fatos’ são questionados e a possibilidade de escolha se apresenta o Direito Natural pode ser invocado. O seu propósito é de avaliar os fatos e ‘direcionar’ a escolha:

O dilema tipicamente alemão da força cega ou da fé cega com que Kelsen nos deixa encahalados nunca pode ser inteiramente satisfatório. O positivismo pode, de fato, dispensar a busca pelo fundamento último da ordem jurídica. Mas isso o torna totalmente impotente quando uma questão vital está envolvida, como a defesa ou a destruição dessa ordem. (D’ENTRÈVES, 1996, 106)

O problema da validação da lei permanece, portanto. Mesmo a ideia de “norma básica” requer ulterior justificativa, e essa é fruto de uma escolha e orientação que possui elementos valorativos. Para o filósofo italiano, é inadequado que o positivismo lide com essas questões: o que antes era nomeado como direito natural ou lei natural passou a ser referenciado como “assuntos políticos”, e foi melhor substituído pela noção de “ideologia”. Talvez não seja possível eliminar os elementos valorativos da experiência jurídica e política nem mesmo no momento de maior adesão ao positivismo mais estrito já desenvolvido. Toda a experiência da guerra e do pós-guerra demonstra que não é desejável que os indivíduos obedeçam às leis sem antes ajuizar acerca do conteúdo delas. Na perspectiva do Direito Natural, a validade da lei não depende da sua ‘positividade’, i.e., de sua mera existência. Mas antes da adoção a um dado sistema implicar mera posição moral, na visão de Passerin ela é sempre, necessariamente, uma proposição política.

A Função Política do Direito Natural: O ponto no qual normas e valores coincidem

Na conclusão da obra, d’Entrèves reafirma a função do Direito Natural como resposta a problemas acerca da fundamentação do ordenamento das relações humanas. Essa resposta é essencialmente política: o “ponto no qual as normas e os valores coincidem”. Kant foi quem melhor entendeu

essa relação, tal qual expresso na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

Passerin inicia com uma referência a Otto von Gierke, jurista alemão da Escola Histórica e crítico do jusnaturalismo, que reflete a persistência e o "espírito imortal" do Direito Natural: "Se for negada a entrada no corpo da lei positiva, ela flutua pela sala como um fantasma e ameaça se transformar em um vampiro que suga o sangue do corpo da lei" (GIERKE, 1950, 226). A proposta do autor italiano é dar conta do fantasma, "e até mesmo exorcizá-lo".

O método histórico mostra que não há uma doutrina constante do direito natural e que a mesma expressão se refere a coisas diferentes e serve a propósito distintos através do tempo. Um exemplo é a noção de ideologia política que, de acordo com d'Entrèves, é usada pelos historiadores modernos no lugar que antes era ocupado pela ideia de direito natural. Do ponto de vista da função histórica, as duas ideias são equivalentes. Até mesmo o Marxismo, a corrente que mais reivindica uma interpretação científica da história, pode ser reconstruída em termos jusnaturalistas. A interpretação histórica é, portanto, limitada. Se fosse suficiente, bastaria o trabalho do historiador político para dar conta do fenômeno do recurso ao direito natural ao longo da história do pensamento político e jurídico. Ela pode ser complementada pelo estudo do filósofo, especificamente do filósofo do direito, que toma a questão *sub specie aeterni*.

Nesse sentido, é possível encontrar alguns elementos constantes entre os estudiosos do Direito. Em primeiro lugar, o problema sobre a essência da lei, expresso na pergunta: o que é a lei? Essa pergunta, como disse Kant, coloca o jurista na mesma situação desconfortável que o lógico diante da pergunta, "o que é verdade?". A ideia de direito natural nada mais é que as diversas tentativas de responder a essa pergunta. Isso explicaria por que ela é recorrente na história: "Como uma resposta... a lei natural é, antes de mais nada, uma rejeição de todas as soluções empíricas, como o propósito de derivar a noção de lei de um processo de indução cada vez mais generalizado e estendido. Kant comparou uma "teoria puramente empírica da lei" à fábula "a cabeça de madeira do Fedro, que pode ser linda, mas, ai de mim! Não tem cérebro" (D'ENTRÈVES, 1996, 10).

Para o autor italiano, Kant é o maior expoente do direito natural na modernidade. Ele também é um crítico coerente e persuasivo do empiricismo jurídico, cuja abordagem, limitada ao conjunto de leis válidas em um dado tempo e lugar, seria incapaz de definir o que a lei é. Já a abordagem neo-kantiana que distingue entre a *concepção* e o *ideal* da lei seriam rejeitados pelos teóricos do direito natural, de Cícero a Kant. O fato

é que para essa tradição os dois aspectos coincidem: o direito natural é para eles a “suprema categoria jurídica”. Ela ajuda a distinguir a lei dentre as diversas experiências humanas e, ao mesmo tempo, emite sobre elas um juízo de valor. “À pergunta *quid ius?* Os teóricos da lei natural responderam unanimemente *ius quia iustum*”. A lei é parte da ética.

Como resposta à pergunta acerca da essência da lei, a expressão *ius quia iustum* requer ulteriores qualificações. É necessário investigar *por que* as leis existem: para Kant a pergunta “o que é a lei?” significava, de fato, “como é possível a existência das leis?”. Contudo, o foco não é a dedução transcendental da ética kantiana, mas o teste da validade do direito natural à luz da crítica moderna. Se a doutrina do direito natural implica na admissão de que as leis são parte da ética, sua função primordial é a de mediar entre as esferas moral e estritamente jurídica. Na verdade, “direito natural” nada mais é que o nome dado para o ponto de intersecção entre esses dois aspectos das relações humanas. Isso significa que a doutrina jusnaturalista suporta a crítica jurídica moderna. Resta, porém, um último teste de validade: existe tal ponto de intersecção?

Da perspectiva da ciência jurídica, não é possível verificar essa relação. A legalidade do sistema jurídico deriva sua validade de uma norma reconhecida no próprio ordenamento positivo. O problema dos valores, pressupostos morais anteriores ao ordenamento são ignorados, mas não resolvidos. Ainda que uma abordagem empiricista e objetiva pretenda extrair a validade do sistema pelo reconhecimento da existência factual da soberania, ou de outras diretivas combinadas numa ideologia política, não pode emitir juízo acerca do *valor* desses elementos.

Por outro lado, da perspectiva da *filosofia moral*, o direito natural é uma tentativa de formular “normativas” jurídicas que transmita valores tomados como absolutamente válidos. A formação de proposições normativas é inevitável quando a experiência prática social está em questão. Em seu sentido mais amplo, “as leis nada mais são do que o resultado da busca por padrões claros e definidos de avaliação, sempre que houver ação envolvida” (D’ENTRÈVES, 1996, 112). Há dois aspectos que devem ser reconhecidos na lei, e foram bem expressos nas noções de *certum* e *verum* de Giambattista Vico. Por um lado, a lei possui sua verdade no preceito moral que ela incorpora. Por outro, no momento em que esses preceitos são traduzidos em lei, são positivados, passam a sustentar-se na autoridade da lei. “A certeza da lei envolve uma razão obscurecedora, na medida em que nelas a razão é apoiada apenas pela autoridade. E isso nos faz experimentar as leis como difíceis de obedecer, e ainda assim somos constrangidos a obedecê-las por estarmos certos” (VICO, *Scienza Nuova Seconda*, cxi, cxiii). Quando o *verum* é traduzido na forma de legislação

positiva torna-se o *certum*. Mas essa certeza da lei possui um limite comparativo. O jurista, o homem do *certum*, pode apenas dirigir-se aos preceitos já positivados, ao *verum* já acolhido no sistema positivos. Mas, é impotente diante da emergência de novos valores, do confronto com outros sistemas válidos que possuem preceitos morais distintos, e de outras emergências que possam vir a desafiar a ordem existente. Na perspectiva do direito natural, o jurista é confrontado com o movimento incessante da relação entre “valores” e “normas”, *verum* e *certum*.

Para d’Entrèves, o desenvolvimento a ele contemporâneo das teorias jurídicas indica que seus autores reconhecem um aspecto da lei que não é estritamente positivo. Por isso, o Direito Natural pode ser um instrumento para aperfeiçoar seu trabalho. De fato, não é possível ao positivista moderno negar que sua abordagem é também uma escolha, baseada na ideologia do século XIX que venera o Estado. A função primária da lei não é comandar, mas qualificar. A avaliação jurídica não possui apenas um aspecto lógico, mas também prático. Há um paralelo entre o trabalho do jurista e do linguista:

Ambos pretendem formular as regras gerais aplicáveis ao uso de certos símbolos ou sinais que os homens veem para qualificar certas situações. Ambos levam a um grau crescente de abstração e “formalismo” e, portanto, estão sujeitos à mesma falácia de esquecer que as regras que eles estabelecem têm um significado apenas na medida em que se referem a uma realidade viva. (D’ENTRÈVES, 1996, 114)

Assim, a real importância do direito natural é lembrar o jurista das suas próprias limitações. É possível reconhecer o aspecto lógico da lei e, simultaneamente, reconhecer que é parte de um sistema ético mais amplo. A validade da lei e dos preceitos éticos que a fundamentam só pode ser verificada pela sua observação efetiva. Retomando a analogia com o linguista, d’Entrèves afirma que a relação entre normas e valores é equivalente à relação entre linguagem e pensamento. “Em última análise, é com base nelas que o homem faz sua escolha e determina sua ação. A transformação de uma norma em um comando é essencialmente uma questão de apreciação subjetiva. Certamente não há comando onde não há obediência” (D’ENTRÈVES, 1996, 115).

Por outro lado, o filósofo moral busca encontrar valores absolutos. E, ainda que esses valores forneçam o fundamento da relação de comando e obediência, a contínua busca por justificação e o espírito inflexível dos seres humanos deve ser considerado. Eis o necessário equilíbrio entre as

considerações histórica e filosófica. De um lado, é uma questão de verificar os elementos comuns, eternos, no curso transformador da história; e, de outro, reconhecer elementos mutáveis na formulação dos valores absolutos. Eis, também, a maior contribuição da tradição da doutrina do direito natural: enfrentar a ambígua relação entre lei e moral, definir os limites de cada campo, entender os modos que se afetam entre si.

Conclusão: a Filosofia Política como estudo das condições de legitimidade da autoridade

O Direito Natural possui uma função histórica na superação de impasses, construção de sistemas e criação de novos valores. Possui, além disso, um valor geral – uma função normativa que atua sobre uma sociedade. É uma resposta dirigida aos problemas da justificação dos vínculos de obrigação nas relações sociais, dos direitos e deveres. Na contemporaneidade, o conceito de ideologia, bem como a noção de programa político, ocupa o espaço das doutrinas do direito natural após a “superação” do modelo a partir de Hegel. O principal argumento e crítica de Passerin d’Entrèves é justamente a impossibilidade dessa superação, uma vez que não é possível eliminar os juízos de valor da experiência jurídica – embora seja possível ao jurista limitar seu trabalho à análise dos valores atuados no sistema positivo. Esses valores, no entanto, não se dirigem a contemplar a moral individual, mas constroem uma ética coletiva e constitui-se propriamente como política.

O ponto no qual a lei positiva coincide com a moral é a política. Essa, pensada enquanto modo de concepção de valores válidos coletivamente, capazes de criar um vínculo coesivo e gerar leis positivas efetivas: i.e., capaz de justificar a obrigação, o dever de obediência tanto às regras positivas que ao sistema como um todo. Nesse contexto, emerge a noção de Filosofia Política de d’Entrèves. O foco principal do autor é o problema da rejeição das análises *valorativas* por parte das ciências jurídica e política, os excessos de sua pretensão de objetividade e imparcialidade. Não significa uma rejeição dessas abordagens, ao contrário, trata-se de admiti-las na tradição de estudos políticos, delimitando seu papel sem que se rejeite a contribuição da Filosofia. Por isso ele insiste tanto em demonstrar a impossibilidade de se eliminar os juízos de valor das considerações sobre a experiência jurídica, política e social.

Na ocasião do curso ministrado na Universidade de Notre Dame nos Estados Unidos, d’Entrèves reformula sua abordagem e fica mais clara sua crítica. Sua preocupação dirige-se à redução da lei a um fato. Essa negação da dimensão ética da lei, exatamente porque ignora a própria

impossibilidade dessa exclusão, se encerra na glorificação da força. Se a norma básica de Kelsen se justifica no próprio ordenamento positivo, então a lei nada mais é que uma expressão de força:

A forma refinada de positivismo de Kelsen mostra sua face real, a redução da lei a uma mera expressão de força - e mesmo esta é uma afirmação de "valor". De fato, houve - e sempre haverá - filosofias políticas baseadas no pressuposto de que a força é a base última da obrigação. Mas tais filosofias, pelo próprio fato de glorificarem a força, não podem deixar de atribuir a ela um valor ético (D'ENTRÈVES, 1996, 162).

A partir dessa nova abordagem em *Notre Dame*, vemos como o autor passa a considerar certos elementos que mais tarde serão plenamente utilizados na análise apresentada em *The Notion of State*. Aqui ele relaciona o positivismo de Kelsen ao elemento da força: o ponto principal é o pressuposto de que o ordenamento social é possível apenas numa relação de comando e obediência. Se a lei deve ser obedecida *porque é lei*, admitese uma relação na qual a vontade de um soberano comanda e as normas que dele emanam possuem obrigatoriedade compulsória. Não há espaço para questionamento, não há pressuposição de igualdade entre os indivíduos que compõem uma sociedade: não há, portanto, possibilidade de escolha e exercício da razão.

Embora existam diferentes tipos de positivismo⁴, o maior adversário contemporâneo a d'Entrèves é o normativismo de Kelsen. Essa teoria desenvolve um argumento circular acerca da lei ao declarar que a "validade" de cada norma se refere sempre a outra norma "válida", até que se chegue à "norma básica" que qualifica todas as outras e as conecta num sistema válido e reconhecido. O lado construtivo de todo positivismo é oferecer a habilidade técnica do jurista na determinação de leis válidas em um dado tempo e lugar, ao determinar os requisitos que atestam essa validade - é uma questão de verificação empírica. O lado destrutivo é a exclusão de todos os outros critérios de verificação que fogem a essa experiência empírica precisa. Para o positivista não é possível construir a ponte entre o que é e o que *deve ser* - sua atuação é sob o pressuposto da "neutralidade ética". Mas, no caso do normativismo especialmente, esse pressuposto pode esconder uma glorificação da força, uma admissão de que as relações sociais se regem por comandos de força e obediência apenas. O problema da validade da lei é diluído no problema da sua obrigatoriedade.

A questão principal é: pode uma doutrina determinar deveres a serem cumpridos sem considerar a dimensão ética que sustenta a obrigatoriedade desses mesmos deveres? Como uma proposição de dever pode desconsiderar o valor encarnado na lei que a determina? A noção de *norma* do positivismo de Kelsen revela esse problema de modo claro, pois ela representa uma proposição de dever. Em *Natural Law Re-examined*, d'Entrèves usa um exemplo extraído da obra *The Abolition of Man* (1943) de C. S. Lewis para ilustrar o papel dos valores na experiência jurídica, política e social. A obra foi escrita a partir da preocupação de Lewis com a nova abordagem encontrada em livros da escola média que, por sua vez, refletiam a tendência de eliminar juízos de valor como *subjetivos* ou *emotivos*. A passagem que Passerin recupera é exatamente a que Lewis utiliza para se referir e rejeitar esse estado de coisas.

Em um livro escolar, dois autores (apelidados por Lewis de Titus e Gaius) descrevem uma famosa passagem na qual o poeta inglês Coleridge (1772-1834) visita uma cachoeira e lá encontra dois turistas: o primeiro diz que a queda d'água é *sublime*, o segundo diz que é *bonita* – o poeta endossa a primeira expressão e despreza a segunda. Os autores do livro comentam que o adjetivo sublime não é objetivo, mas subjetivo: o sublime não se encontra no objeto, mas nos sentimentos do turista. Para os autores, “Essa confusão está continuamente presente na linguagem à medida que a usamos. Parece que estamos dizendo algo muito importante sobre algo: e, na verdade, estamos apenas dizendo algo sobre nossos próprios sentimentos”. Embora muitos problemas possam ser levantados nessa breve afirmação dos autores do *Livro Verde* que moveu a escrita de Lewis, ele aponta que o homem que afirma “Isso é sublime” não pode querer dizer “Isso me faz ter sentimentos sublimes”: “Os sentimentos que fazem um homem chamar um objeto de sublime não são sentimentos sublimes, mas sentimentos de veneração” (LEWIS, 2009, 3). A intenção do homem não podia ser simplesmente descrever suas emoções, e ainda que fosse, uma asserção sobre os sentimentos indica a apreciação de um objeto merecedor dessas emoções.

É essa relação que d'Entrèves vê, também, ao declarar que o fundamento da obrigação é necessariamente um ‘valor’ e o problema da lei natural é determiná-lo. Ele usa o termo *binding* em inglês o que indica que, para se pensar na obrigação como dever (e não mera compulsão), é necessário que se crie uma ligação entre o cidadão e aquilo que é representado na lei; i.e. o valor que a lei encarna. Ou, para usar a alusão a Lewis, a lei e o ordenamento devem provocar nos cidadãos não o medo e a subordinação, mas a veneração e o pertencimento. O objetivo do sistema deve ser criar uma sociedade boa para todos os indivíduos que a compõem.

E para definir e construir a *boa sociedade* é necessário um programa político. O problema da justificação da lei, da sua obrigação vinculante, da sua possibilidade mesmo de existência é um problema constante. O positivista, ao responder a esses problemas olha para os fatos e determina aquilo que *é*, mas ao não reconhecer suas limitações, extrapola a descrição do que *é* e prescreve aquilo que *é* como aquilo que *deve ser*. Ao contrário, o jusnaturalista ao se concentrar no que *deve ser*, numa *lei ideal* que representa a essência das relações jurídicas e políticas, perde a dimensão prática e empírica daquilo que *é*. As duas abordagens possuem valor e são necessárias para o estudo mais completo da política e do direito. O Estado é uma criação do Direito. Mas, para uma teoria política completa, não basta apenas incorporar o estudo do "ordenamento jurídico institucionalizado". É necessário, também, determinar se o Estado é um mero fato ou é também um valor.

Se o Estado, entendido como associação política, é um mero fato a ser computado então as leis não possuem qualquer obrigatoriedade intrínseca e tratam apenas do uso do monopólio da força pelo Estado, quando e onde ser usada, etc. As relações são reduzidas a uma questão de força legalizada, autorizada a coagir nesse ou naquele sentido de acordo com uma legislação que se autolegitima. Não é possível numa concepção do tipo pensar na lei como norma portadora de proposições de dever. Essa relação de dever só pode existir quando a lei não é entendida como compulsória por medo de sanção, coercivamente. Apenas admitindo que existe um 'valor' intrínseco nas relações sociais, no Estado, será possível pensar no ordenamento dessa relação como vinculante e na "norma básica" como imperativo categórico:

Para que esse poder seja vinculativo, para que as leis sejam verdadeiras proposições de dever e não meras descrições sobre o uso da força, devemos adicionar ao mero fato da existência do Estado uma cláusula de valor, devemos 'investir' seus comandos com um halo particular e talvez até mesmo conceber a norma básica como um imperativo categórico. Em outras palavras, devemos ser capazes de falar não apenas do poder do Estado, mas de sua autoridade (D'ENTRÈVES, 1996, 184).

Na teoria do Estado, ou na teoria Política, essa esfera da autoridade não pode ser competência nem da ciência política nem da jurídica. Se há um valor coletivo representado no Estado, a sua autoridade depende da atuação desse valor. Essa relação só pode ser avaliada da perspectiva da

Filosofia Política, cujo objeto é a obrigação política. Então, coloca-se a questão: o Estado representa um valor, ou é mero fato histórico? É necessário investigar e esclarecer o que se entende por Estado, sua correta definição. Para d'Entrèves, a investigação acerca da noção de Estado pode esclarecer diversos enganos na concepção da lei e na concepção das relações políticas. Mas é necessário combinar elementos das diferentes abordagens. A Ciência Política se ocupa dos elementos empíricos, de força; o Direito se ocupa da lógica interna do sistema que qualifica e ordena as relações de força; mas como determinar se o poder que qualifica o monopólio da força e determina seu uso é legítimo? Quando o tema da autoridade do comando, sua obrigatoriedade ou a legitimidade do sistema está em debate essas duas abordagens são insuficientes. Se o Direito Natural foi por muito tempo a resposta dada ao problema da legitimação da autoridade e, conseqüentemente, da obrigação política, então a competência para tratar essas questões não é do cientista político ou jurídico. A contribuição dessas áreas de pesquisa é imprescindível para uma teoria do Estado completa e abrangente. Mas, apenas através da inclusão do problema da autoridade e da obrigação política se poderá criar uma imagem clara das relações políticas. E, para d'Entrèves, a inclusão da Filosofia Política, como herdeira da tradição do direito natural, é condição para um estudo político que almeje essa completude.

Notas

¹ Doutora em Filosofia (Unicamp). O presente artigo é resultado de pesquisa de doutorado realizada com financiamento CAPES.

² A menção ao "caráter diferencial" feita nesse capítulo de *Natural Law* parece se referir à Teoria da Associação Diferencial de Edwin H. Sutherland, sociólogo e criminólogo estadunidense.

³ D'Entrèves aponta para o escritor germânico F. C. Von Savigny (1779 – 1861) como principal expoente dessa escola. Na "escola Histórica" se originam as disputas contra o individualismo no campo do Direito público e privado, especialmente, na "teoria orgânica do Estado" de Savigny.

⁴ D'Entrèves descreve a dificuldade em encontrar uma definição rígida para uma corrente tão diversa. Indica os trabalhos desenvolvidos na Itália através da Fundação Rockefeller em Bellagio, em que se buscou essa definição. Junto de Bobbio, distingue três principais tipos de positivismo: "(1) ...the best known type... *Imperativism*: Austin, Hobbes, Guilherme de Ockham. According to this theory, a 'valid' law is the command of a 'sovereign' endorsed by the fact of habitual

obedience; (2) *Realism*, [nome dado para diferenciar do normativismo], is the type of legal thinking which we in Europe most readily associate with America.... Law is here taken as a social phenomenon, a decision or a process of authoritative decisions; (3) ...the most complex... Kelsen. It styles itself with different names: I believe the most appropriate one is *Normativism*. According to this theory, law cannot properly be understood except as a set of normative propositions" (D'ENTRÈVES, 1996, 175).

Referências

- DAHL, R. A. The Concept of Power. In: *Behavioral Science*, 1957.
- D'ENTRÈVES, A. P. *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*. New Jersey, Transaction Publishers, 1996, 2ª edição.
- D'ENTRÈVES, A. P. *La Dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*. Torino: Giapichelli, 2009 3ª edição.
- D'ENTRÈVES, A. P. *The Notion of State. An Introduction to Political Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1967 1ª edição, e também, 1969 2ª edição.
- GIERKE, O. Von, *Natural Law and the Theory of Society I*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950.
- KANT, I. *A Metafísica dos Costumes*. 2ª. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008.
- KANT, I. *Crítica da razão prática*. 2ª. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2008.
- KELSEN, H. *O problema da justiça*. 3ª. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. Cambridge, EUA: Harvard University Press, 1945.
- LEWIS, C. S. *The Abolition of Man*. HarperCollins e-books, Maio de 2009.

Received/Recebido: 04/06/2022
Approved/Aprovado: 06/11/2022