

COLABORAÇÃO

A Propósito da Obrigatoriedade do Direito ()*

RUBEM NOGUEIRA

Titular de Teoria Geral do Direito na Faculdade de
Direito da Universidade Católica da Bahia.

SUMÁRIO

- Uma velha preocupação humana
- Diferentes faces do conteúdo da norma
- Necessidade de um padrão de justiça estimativa
- Supremacia da lei e supremacia do Direito
- Aceitação do Direito Natural

(*) Preleção feita na Faculdade de Direito da Universidade do Agreste, em Caruaru, Estado de Pernambuco, a 25-9-1970.

1. Uma das preocupações dominantes do jurisfilósofo consiste em clarificar a razão da obrigatoriedade da norma jurídica. Não há, observa Miguel Reale, questão mais controversa do que a expressa pela pergunta: "por quais motivos o Direito obriga?"

Desde tempos imemoriais a consciência humana se volta para o problema, não apenas do **como** é, mas do **porque** da obrigatoriedade do Direito; preocupa-se com a idéia valorativa do Direito, com o conteúdo das prescrições positivas, não se satisfazendo com a resposta dogmática de valerem tão só porque procedem da autoridade constituída. Exemplo, entre outros, temos na tragédia famosa de Sófocles. Antígona, filha de Édipo e Jocasta, descumprira decreto do tirano Kreonte, rei de Tebas, dando sepultura a seu irmão Polínicos, que deveria ficar insepulto por haver voltado do desterro com um exército estrangeiro para atacar sua pátria e submetê-la pela força. Quando Kreonte soube que, não obstante seu decreto, fôra cumprido o rito funerário com relação a Polínicos, o que sujeitava o transgressor à pena de pública lapidação, fêz vir Antígona à sua presença e entre os dois travou-se o seguinte diálogo:

Kreonte: — Tu, que inclinas a cabeça ao solo, confessas ou negas haver sepultado a Polínicos?

Antígona: — Confesso-o, não nego haver-lhe dado sepultura.

Kreonte: — Conhecias o edito que proibia fazer isso?

Antígona: — Conhecia-o... todos o conhecem.

Kreonte: — E ainda assim ousaste violar as leis?

Antígona: — É que ZEUS não fêz essas leis, nem a Justiça que tem seu trono no meio dos deuses imortais. Não creio que tivessem tanta força tuas ordens, que me permitissem, sendo mortal, transgredir as leis não escritas e imutáveis dos deuses. Imutáveis são elas, não de hoje nem de ontem; e eternamente poderosas, e ninguém sabe quando nasceram. Não quero, por medo às ordens de um só homem, merecer o castigo divino. Eu sabia que um dia tenho de morrer — como ignorá-lo? — mesmo sem tua vontade; e se morro prematuramente, ó! será para mim uma grande fortuna. Para os que, como eu, vivem entre misérias inumeráveis, a morte é um bem..."

Muitos séculos mais tarde — em 1955 — Carl Joachim Friedrich viria confirmar a contestação de Antígona. Proclamar — escreve êle — que uma lei é uma norma, só porque Hitler assim o quis, viola o mais elementar senso de Direito. A mesma coisa é igualmente verdadeira para as ações arbitrárias dos partidos totalitários. E conclui com esta sentença capaz de sensibilizar os jusnaturalistas: "Em face dêsse tipo de direito positivo, só um padrão válido fora e além do Direito pode proteger o Direito". (*Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito* — pág. 200).

2. O fundamento da obrigatoriedade do Direito tem de ser procurado fora do normativismo formalista de Kelsen, porquanto o genial criador da teoria pura do Direito exclui toda apreciação valorativa do Direito como matéria, a seu ver, totalmente estranha à ciência positiva do Direito.

Para Kelsen uma norma jurídica é válida porque chegou à existência pela maneira prescrita por outra norma. Assim é desde a norma individualizada (sentença) até a Constituição que deriva sua validade da norma hipotética fundamental (Grundnorm).

Na pesquisa dêsse fundamento, não basta verificar que no processo elaborativo da norma o legislador atendeu a todos os requisitos formais, desde a competência da iniciativa até o envio da lei para a sanção. Na sua fase gestativa a lei pode ficar, e normalmente fica, expungida de todo vício material, através do controle prévio de constitucionalidade exercido pela Comissão Técnica incumbida regimentalmente dessa tarefa. No nosso sistema todo o direito legislado, para ter validade, há de ser coerente com a Constituição. E o primeiro contraste dessa compatibilidade da norma com a lei fundamental é feita na fase de tramitação congressual do Projeto. Se ao legislador, mesmo assim, algo escapa, ainda resta o veto executivo baseado na inconstitucionalidade do Projeto ou em ser êste contrário ao interesse público. Depois de tornar-se obrigatória, não estará, ainda assim, acima de toda contestação, porquanto o regime político dá ao Judiciário a atribuição de desprezar, *in casu*, a lei incompatível com a Constituição e até mesmo a de apreciar a *tese* da lei afrontadora da Lei Magna, seja para produzir a intervenção federal num Estado-membro, *ex vi* da violação de princípios constitucionais enumerados no art. 10, item VII, da Constituição, seja para o efeito de determinar a suspensão de sua vigência pelo Senado (art. 42, item VII).

Entretanto, dado que a lei sobreviva a todas as provas de sua legitimidade formal e material, nem por isto estará definitivamente resolvido o problema essencial de sua obrigatoriedade em consciência. Qual o fundamento da obrigatoriedade do direito escrito, indagar-se-á, mesmo depois de apurado, que êle foi elaborado corretamente, do ponto de vista da observância dos procedimentos, e guarda plena conformidade com a norma fundante ou constitucional? O conceito *normativista* da lei (“norma, diz Kelsen, é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém” *in Teoria Pura do Direito*, vol. I — pág. 8/9, Coimbra, 1962, trad. de J. Batista Machado), assente o pressuposto da norma fundamental (Grundnorm), contenta-se com isso. Entende Kelsen que “se perguntarmos porque a Constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais antiga” e que, pois, “a validade dessa primeira Constituição é o último pressuposto, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas da nossa ordem legal”. Mas, como adverte Carl J. Friedrich, o desejo do homem de compreender o significado da obrigação legal não fica satisfeito com semelhante doutrina.

Todas as suas complacências pôs Kelsen na Grundnorm, que um dos seus seguidores considera a constituição em sentido lógico e Carlos Cossio reputa significar resumidamente o mesmo que se disséssemos: **obedece ao**

legislador originário. Esta norma, explica o argentino Abelardo Torre, é que dá coerência lógica a todo sistema, pois, como êle diz, se compreende sem dificuldade que se não se partisse dessa hipótese, isto é, se não houvera que obedecer ao legislador originário, tudo quanto afirma um jurista em qualquer ramo do direito se reduz a nada; a norma fundamental é uma engrenagem lógica para o Direito: mais exatamente, é uma condição que o sujeito cognoscente põe para tornar possível o conhecimento jurídico.

A norma hipotética fundamental, entretanto, como explicação última do Direito, não dá a resposta esperada. **Porque isso deve ser assim continua uma questão em aberto,** proclama desenganadamente Carl Friedrich, para quem todos os positivistas do Direito, no seu afastamento da Filosofia do Direito, desembocam na pronta aceitação do poder como criador fatural de normas, sem todavia lograrem eliminar a **necessidade de um padrão de justiça, pelo qual se avalie o direito positivo.** O direito sem Filosofia é como estátua antiga de lindos olhos sem pupilas (Maggiore).

3. Não haveria proteção para o Direito, isto é, ficaria êle exposto a tôdas as aberrações, se não encontrássemos, como quer Carl Friedrich, um padrão válido **fora e além do Direito.** Teríamos violado "o mais elementar senso do Direito", se assentássemos a obrigatoriedade da lei no só fato de ser assim porque o quis o detentor do poder.

Esse modo de ver o Direito foi também o de Marx, desde os tempos da Universidade de Berlim, quando se dedicou aos estudos de Filosofia do Direito e organizou a estrutura de seu pensamento que nega todo valor ontológico ao Direito. Êste não tem valor em si, é apenas uma criação do povo e como tal está subordinado aos interesses materiais da classe dominante, como demonstra Amoroso Lima, ao analisar profundamente as fontes do materialismo jurídico. (Cf. **Introdução ao Direito Moderno**, 2ª ed., Rio, 1961):

"A ordem jurídica não possui, nessas condições, qualquer valor normativo, pois o Direito é uma criação do homem e portanto pode ser livremente destruído pelo seu criador, como o fazem as sucessivas revoluções, destruidoras da legalidade antiga e re-construtoras da nova legalidade". (A. Amoroso Lima, ob. cit., pág. 30). Curioso é como os contrários se aproximam. Apreciando a teoria normativa do marxista Reisner, escreve Kelsen, em obra de 1955:

"A opinião de que o Direito é o resultado de relações econômicas, sem ser idêntico a estas, é perfeitamente compatível com uma ciência específica do Direito, diferente da uma teoria da economia, e com uma definição do Direito como sistema de normas ou ordem normativa". (**Teoria Comunista del Derecho y del Estado** — trad. arg. Alfredo J. Weiss, Buenos Aires, 1957, pág. 119).

O Direito, assim como não é tão só fato, não é tampouco puro fenômeno normativo, desvinculado da realidade social, pois como tal tornaria inadmissível um dos fenômenos mais sensíveis da hora, que é a criação do direito por movimentos revolucionários. O Direito, como ensina Miguel Reale, é

norma, valor e fato. Não há pois fugir à indagação do fundamento de sua obrigatoriedade. O próprio Duguit procura-o **numa lei superior e não escrita**, o que equivale a reconhecer que a supremacia da lei não se confunde com a **supremacia do direito**. Talvez por isto mesmo êle afirma, no seu *Traité de Droit Constitutionnel*:

“Haja ou não haja num país órgão encarregado de apreciar a conformidade das leis com o direito objetivo e de declarar sem força obrigatória as leis contrárias ao direito, não se deve hesitar em dizer que a recusa de obediência a uma lei contrária ao direito é perfeitamente legítima.” (3^{ème}. ed Paris, 1938, t. III, pág. 711).

Hans Kelsen, êle mesmo, elabora uma teoria do direito que ao cabo aponta um fundamento para o direito, embora hipotético; um como sucedâneo do Direito Natural, como já foi com razão apontado (cf. Miguel Sancho Isquierdo — “Principios del Derecho Natural”, Zaragoza, 1955, pág. 300). Para êle, Estado e Direito identificam-se, sendo êste um sistema de normas positivas, uma estrutura escalonada de normas, em forma de pirâmide, cujo vértice é ocupado pelo pressuposto de todo o sistema, a saber, a **norma hipotética fundamental**, ou “Grundnorm”. Para a teoria pura do direito, diz o seu próprio criador, essa norma fundamental tem o caráter de um fundamento hipotético. **Suposta a validade dessa norma, daí resulta a validade da ordem jurídica que sôbre ela se baseia.** (Hans Kelsen, “Teoria Pura del Derecho”, pág. 50, Madrid, 1933, trad. de Legaz y Lacambra).

Trata-se assim de uma concepção estranha ao exame de todo conteúdo da norma, questão esta por êle considerada meta jurídica, inadequada ao domínio do conhecimento positivo. Kelsen, enfim, como salienta Miguel Reale, na grande obra com que conquistou, em 1940, a cátedra de Filosofia do Direito da Faculdade Paulista, Kelsen, por pretender fundamentar a validade da norma jurídica sem usar um princípio de direito natural, acaba conferindo “um valor absoluto à validade do Direito Positivo, atribuindo-lhe uma qualidade que comumente se atribui ao Direito Natural: a de valer ainda e quando violado, ainda e quando desconhecido e postergado...” Aí é — insiste Reale — que reside precisamente o **ponto de impasse da doutrina kelseniana**. Êle repele o recurso ao Direito Natural para fundamentar a validade da norma jurídica, porque isso equivaleria a trocar a concepção positivista por um critério metafísico, mas também não admite basear a ordem jurídica num puro fato, porque inexistente a ponte entre o **dever ser** no sentido lógico e o **ser**, e um valor não se obtém da realidade.

Então, “ou Kelsen resolve o problema, ou deverá escolher entre estas duas soluções: ou reconhecer que os **fatos** criam o **ideal** , os valores; ou reconhecer que é o Fim que o homem objetiva que dá força normativa aos fatos”.

Reale revela, assim, o que denomina o **artifício da argumentação** do antigo mestre vienense. “No fundo, acrescenta Reale, Kelsen não faz mais do que mascarar a aceitação de um fundamento de fato pela referência a um **fato só**, ao fato inicial constituinte de toda ordem jurídica.” Isso levou o mestre paulista a encerrar sua vasta crítica ao **normativismo**, afirmando que quando Kelsen põe na base da ordem jurídica o princípio **pacta sunt servanda**, êle não faz mais do que assentar a positividade sôbre uma

idéia de valor, sôbre um princípio de Direito Natural, expressões múltiplas que traduzem a antiga verdade de que **não se pode compreender a ordem jurídica positiva sem o estudo dos valôres éticos que dirigem a atividade humana.** (Miguel Reale, "Fundamentos do Direito — Contribuição ao estudo da formação, da natureza e da validade da ordem jurídica positiva" — 1940 — São Paulo, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, págs. 162-170).

4. Inegável é a tendência do pensamento contemporâneo para a retomada dos caminhos que levam à amostragem das razões de validade essencial da norma jurídica, seja dos que a vinculam a uma concepção de direito natural de conteúdo variável ou de conteúdo progressivo, seja dos que identificam essas razões em algo inerente à natureza humana e deduzido pela razão natural do homem. Não se trata prôpriamente de um **renascimento do direito natural**, como explica Carl Friedrich, porque "êste, realmente, nunca desapareceu do conceito jurídico europeu e americano", mas "de um poderoso sentimento da necessidade que, no passado, provocou o aparecimento e a ascensão da doutrina do direito natural". E que vem a ser, no pensamento de Carl Friedrich, êsse **poderoso sentimento?** É, nada mais, nada menos, "a necessidade de um padrão de justiça pelo qual se avalie o direito positivo", matéria esta que a seu juízo envolve um vasto problema filosófico, para o qual só a tradição católica possui uma coerente resposta metafísica. (Ob. cit., pág. 207).

Em última análise, êsse "poderoso sentimento" já estava contido nas corajosas palavras de Antígona ao tirano Kreonte. De fato, o sentimento de um direito objetivo não editado por nenhuma autoridade transitória, sempre e por tôda a parte existiu. A tal respeito assim fala o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no notável livro com que em 1968 conquistou a cátedra paulista de Direito Constitucional:

"No mundo ocidental, entre os gregos e os romanos, no período medievo, no período renascentista, mesmo nos séculos do absolutismo monárquico e até no século dito das Luzes, sempre se aceitou sem maior hesitação a existência de um direito independente da vontade do homem e superior a essa vontade. Revelado pela divindade ou descoberto pela razão ou traduzido em usos imemoriais, êsse Direito impera sôbre a comunidade e sôbre as vontades individuais, sendo o critério último do justo e do injusto". (*Do Processo Legislativo*", pág. 47-48 — Edição Saraiva, São Paulo, 1968).

Declarar que todo homem sente a necessidade de um **padrão de justiça pelo qual avalie o direito positivo**, como faz Carl Friedrich, equivale a reconhecer que há Direito fora e acima do Direito Positivo. Juristas de posição filosófica insuspeita, como o Professor Pinto Ferreira, colocam-se, de certa maneira, nessa perspectiva. A concepção clássica do direito natural, diz êle, deve ser retocada e aprimorada, porém não de todo eliminada, pois quando menos temos de encará-lo "como um postulado de justiça ideal, aparecendo como uma fôrça atrativa de ordem jurídica positiva, encaminhando nobremente a sociedade para uma progressiva nobilitação da justiça". (Luís Pinto Ferreira, *SOCIOLOGIA* — 2ª ed., 1969, pág. 252).

Não estaremos assim reconhecendo o sentimento do justo como próprio e inseparável do homem, noutras palavras: a **supremacia do direito** sobre a **supremacia da lei**? O sentimento do justo, lembra-nos JEAN DABIN, é inato no homem, constitui nêle uma faculdade inerente à sua natureza e pela qual êle é levado a procurar o conteúdo da norma, dando-lhe o devido valor. Esta pode derivar do Estado, pela forma regular, mas o homem não confunde legalidade com justiça. O Direito será bom ou mau, justo ou injusto, benéfico ou inconveniente. E a sua conformidade com os ditames dêsse sentimento inato do justo é que tornará o direito digno de aceitação e consentimento. A razão faz, pois, do conteúdo da norma, de sua adesão aos princípios superiores da justiça a medida de seu valor”.

Êsses princípios são universais e imodificáveis, não derivados da vontade humana, vigentes em tôdas as épocas e em tôdas as latitudes, servem de inspiração ao legislador, senão de fundamento e limite de sua obra criadora.

Não podemos conceber uma vida coletiva, racional e ordenada que não tenha por fundamento êsses princípios e não seja por êles regida, escreve VICTOR CATHREIN. (“Filosofia Del Derecho”, trad. esp. de Alberto Jardón, 5ª ed., Madrid, 1945).

Nessa linha de pensamento realista engajou-se o nosso grande Pedro Lessa, que nos seus “Estudos de Filosofia do Direito” — (2ª ed., Rio, 1916, pág. 36) diz:

“O filósofo que indutivamente sobe de generalização em generalização é obrigado a reconhecer que tôda legislação, em qualquer país e em qualquer período histórico, repousa em princípios fundamentais, necessários, sempre os mesmos”.

5. O próprio Pontes de Miranda reconhece e proclama a existência de direitos fundamentais **absolutos, supraestatais, anteriores ao Estado, que não resultam das leis** — precedem-nas — embora entenda que recebam o seu conteúdo de um nebuloso “direito das gentes”.

Como, porém, conciliar êsses dois contrários? Ou bem o direito pode ter validade universal ou o valor da norma — como quer o positivismo jurídico — reside na “sua conformidade, formal e material, com uma outra norma, tomada para estalão dos valores jurídicos, num sistema jurídico dado, e que se chama norma jurídica fundamental”.

Não estaremos aí diante dos **direitos naturais** da pessoa humana cuja transgressão pelo direito positivo o torna inválido, ilegítimo e não merecedor da obediência do povo, conforme proclamava aos estudantes de Heidelberg, após a guerra, em 1945, GUSTAV RADRUCH? (V. sua “Filosofia do Direito”, trad. de Cabral de Miranda, Coimbra, 1961, vol. II, Apêndice, pág. 213).

Tais direitos **absolutos** e de validade **universal**, superiores e anteriores ao Estado, necessariamente pressupõem uma fonte criadora da mesma natureza, isto é, leis **universalmente válidas, independentemente do lugar e do tempo**, (VICTOR CATHREIN, ob. cit.), as quais “só são possíveis quando existe um legislador universal que está acima de todos os povos e Estados, independente de lugar e de tempo; um legislador com absoluta soberania sobre

a própria natureza das coisas e que aos homens, como às demais criaturas, ordenou para um fim". (VICTOR CATHREIN).

A uma conclusão semelhante chegaram dois eminentes jurisfilósofos franceses dos dias atuais, BRETHER DE LA GRESSAYE e MARCEL LABORDE LACOSTE, na obra que juntos escreveram (INTRODUCTION GÉNÉRALE A L'ÉTUDE DU DROIT, Recueil Sirey, Paris 1947). Ambos consideram o positivismo uma concepção jurídica **verdadeiramente estreita** e proclamam que o homem, quer individualmente, quer em sociedade, não pode encontrar em si uma certeza absoluta da verdade e do bem, porque "o homem não pode ser autor de sua própria lei, porque êle não é o criador de sua própria natureza." E concluem: "Esta é obra de Deus e a razão humana, reflexo da razão divina, não pode senão reencontrar, descobrir a ordem querida por Deus, legislador supremo da atividade dos homens". Quão longe estamos das concepções de Kelsen!

O pensamento jusfilosófico mais adiantado do mundo contemporâneo reaproxima-se, em matéria de conteúdo do Direito, das idéias de Santo Tomás, aquêle de quem Rudolf Von Ihering um dia disse que se há mais tempo lhe tivesse conhecido as obras não haveria escrito **O Fim no Direito**, porquanto as idéias principais nêle desenvolvidas já se continham na **SUMA TEOLÓGICA**.

A estrutura do Direito, aquilo que constitui a sua base de sustentação, ou sejam os princípios imutáveis e universais, derivados por sua vez de modos de ser igualmente imutáveis e necessários do gênero humano, os quais são logicamente demonstráveis e se impõem à nossa reflexão, tudo isso compõe o Direito Natural, de conteúdo também forçosamente imutável. Um Direito eterno e imutável — nas palavras de George Renard — enraizado na natureza específica do homem, revelado por sua reta razão, reflexo, ela própria, da razão divina. Direito imutável, fundamento único e universal de todos os direitos históricos, de todos os direitos nacionais, de todos os direitos especiais. (cit. por Miguel Sancho Isquierdo, "Princípios de Derecho Natural", Zaragoza, 1955, pág. 330).

O que dá valor pleno à norma jurídica e a torna inquestionavelmente obrigatória é a sua adesão aos princípios superiores de justiça, a sua absoluta conformidade com aquilo que Planiol, com felicidade, considera a **regra suprema da legislação**, simples e imutável, e da qual, se o legislador se afasta, fará **uma lei injusta e má**. (Marcel Planiol, "Traité Élémentaire de Droit Civil", 7^{ème} ed., 1915, t. I, pág. 3).

Ou o jurista aceita a existência e atuação do direito natural, ou o conceito preciso e bastante do direito **in genere** lhe escapará sem remédio, como a água entre os dedos. (Roberto Piragibe da Fonseca — "Introdução ao Estudo do Direito", pág. 221 — 2^a ed., Rio, 1964 — Liv. Freitas Bastos).

Prescindindo dêle não podemos ter uma visão perfeita da realidade jurídica. Antes, pelo contrário, arriscamo-nos a sujeitar a ordem jurídica a tôda sorte de deformações. O Direito tem, como afirma Alceu Amoroso Lima, uma fonte **transcendental** e desprendê-lo dessa fonte seria o **desmoronamento de tudo** (in **Mensagem de Roma**, Rio, 1950 — pág. 133).