

A POSITIVIDADE COMO EXPRESSÃO DO DIREITO

Emanuel Augusto Perillo

Professor da Cadeira de Introdução do Direito da
Faculdade de Direito de Goiás

A tese que iremos procurar focalizar, em linhas gerais, neste resumido trabalho, não deve comportá-la um simples artigo doutrinário, tal a sua magnitude, tal a transcendência de seus aspectos.

Temos para nós que, em doutrina de direito, um dos pontos de maior culminância é o de se saber a posição do positivismo jurídico. Este, a nosso parecer, é uma expressão do direito, porém, jamais a sua essência.

Não resta dúvida que o grupo dos que entendem consistir a ciência do direito no próprio direito positivo é grande e ousados tornam-se os que dêle tentam divergir.

É Kelsen que afirma: "a teoria jurídica pura é uma teoria do direito positivo." (1)

Neste assunto, é ainda o mestre de Viena que fixa o conceito de que nada mais deve haver além dos limites da norma, eis que esta constitui a cúpula de seu edifício doutrinário.

VANNI entende o direito como um fato das sociedades humanas. (2)

Ora, o fato se verifica na experiência colhida no convívio

(1) Hans Kelsen — Teoria Pura do Direito.

(2) Del Vecchio — Direito, Estado e Filosofia.

social, não se admitindo, pois, o direito sem a realidade dos fenômenos sociais. São êstes, em última análise, que legitimam, na expressão do filósofo jurista citado, a relação jurídica. O direito está aqui como decorrência de um evento social.

É, portanto, na sociedade que vamos encontrar a causa primária do desenvolvimento das relações jurídicas, sendo que o fenômeno do direito é muito mais profundo do que se pensa.

A coletividade primitiva não tinha a concepção do que seria uma norma. Mas ela possuía a compreensão de um *dever*, em cuja essência estava a ação, que não deveria ir além das lindes divisórias da liberdade de outro. *Conduze-te de modo tal que a tua liberdade possa coexistir com a liberdade de todos e de cada um*. É de KANT êste conceito geral de princípio jurídico, sob a forma de um preceito absoluto. Aí está a concepção universal de agir, como fundamento específico da ética.

O direito, segundo DEL VECCHIO, é uma modalidade da ética e esta um valor universal e absoluto!

É ainda do grande mestre italiano que colhemos a respeito o seguinte pensamento: "A Positividade não é senão uma imagem passageira e superficial de uma verdade mais profunda. Os primeiros princípios do direito são os da ética" (3).

Como sòmente a *positividade* poderá considerar-se direito?

Para STAMMLER o conceito de direito não pode derivar-se da indução, da experiência, pela simples razão de que a existência jurídica só é tal, graças ao conceito de direito, que a determina (4).

Realmente, não se pode e nem se deve negar que a idéia do direito é imutável e que à sua imagem se forma o direito posi-

(3) Del Vecchio — Obra cit.

(4) Fernando A. Raja Gabaglia — Problema do Direito Natural — Revista Jurídica 1.954 Vol. 10.

tivo. Dizemos se forma e não se formou, porque a positividade é, ao contrário, mutável, variando suas regras, de conformidade com o estado da sociedade.

Mas, o que aqui temos a ousadia de defender é que, mesmo acolhendo-se o ponto de vista atrás mencionado por VANNI, de que o direito é um fato das sociedades humanas, entendemos que êsse fato social é regido por normas que não foram criadas pelo homem. Em presença do fenômeno social, o elemento humano pode produzir regras de direito, que não são por êle ideadas, porém tão somente ditadas, tendo como fonte inspiradora princípios universais e imutáveis. É como afirmou a autoridade insigne de FILOMUSI GUELFÍ: "O direito verdadeiro, real, é o direito positivo; mas a força que o impulsiona é também ideal (5).

Como se vê, mesmo aqueles que admitem como verdadeiro, concreto, e real somente o direito positivo, condicionam a sua formação a uma força ideal.

O direito é uma verdade que paira muito acima da vontade dos homens, eis que esta não se efetiva senão impulsionada por determinações éticas normativas, se é que aquí tais expressões não se tornam extravagantes.

Quando as nossas leis positivas estabelecem, por exemplo, regras relativas à propriedade, não fazem outra coisa que não traduzirem um estado ideal preexistente.

A propriedade existiu quando ainda não havia o Estado politicamente organizado. Assim, pois, o legislador não criou direitos de propriedade; consagrou êle sim, em normas escritas ou não, um fato existente desde época primitiva.

O fenômeno da propriedade individual é de origem natural, tanto para os que defendem a sua existência, como constituição da vida civil, como para os que o negam. Vale, pois, di-

(5) Del Vecchio — Obra cit.

zer que a doutrina sobre a propriedade repousa nas primitivas coexistências dos povos, tanto para os que defendem a sua realidade como pelos que contra ela se insurgem.

O mesmo se dá com as leis positivas relativas ao casamento e à sua dissolução. As regras que se traduzem a respeito têm como base o fenômeno natural da família. Esta não se fez, primitivamente, na forma *matriarcal* e, posteriormente, na *patriarcal* porque existissem normas reguladoras, artificialmente erigidas pelo homem. A família foi um fato de origem biológica e, como todos da vida terrena, verificado sob a inspiração divina. Para só ficarmos nêstes exemplos — desde que o presente trabalho não tem a pretensão de uma tese doutrinária — o que seria, por ex., do nosso Código Civil, na matéria apontada, se amanhã, por uma nova organização política, viessem a ser abolidas essas atuais instituições de nossa vida civil?

É claro que o Código Civil viria a desaparecer nessa parte. Esse desaparecimento se daria porque a positividade de nossas leis é apenas a expressão de um direito ideal. Desde que, doutrinariamente, se condenam essas duas instituições, não teriam razão de ser as normas artificialmente produzidas para reger-lhes a permanência na vida coletiva.

É de muito realce o pensamento de MAX ERNST MAYER, sobre a idéia do direito, em sua *Filosofia Del Derecho*:

— “La idea del Derecho es el pensamiento en el que ha establecesse el valor juridico supremo, irreductible a qualquier otro, y, su médio, el sentido de eternidad de todo orden juridico positivo” (6).

O divórcio está regulado de modo diferente entre vários povos. Uns o adotam com a dissolução do vínculo matrimonial, outros, apenas, como meio de pôr termo à sociedade conjugal.

Ora, os povos, em si, nada criaram com relação à dissolu-

(6) Max Ernst Mayer — *Filosofia Del Derecho*.

ção do casamento. Este continúa tendo como fonte inspiradora a formação da família.

Os fundamentos científicos, seja este o vínculo, no sentido que lhe deu o Direito Romano, ou penas o *quo ad thorum et habitationem* do Direito Canônico que veio, mais tarde, legitimar a instituição do desquite, estão na idéia eterna da família. A legislação positiva nada mais fez, até hoje, do que traduzir, bem ou mal, normas que procuram reger essa instituição de nossa sociedade.

O que pretendemos dizer, em última análise, linhas volvidas, é que tanto o fato social da propriedade como o da família geraram, conforme a concepção doutrinária em que foram tidos, direito positivo variável. Isso é a demonstração inquestionável de que a positividade é apenas um caráter acessório do direito; é o modo dêle se exprimir.

Não queremos nos alongar em assuntos de tamanha transcendência. Embora esposando, modestamente, idéia própria, não temos a pretensão, que seria ousada, de dizer que estamos com a melhor doutrina. O presente trabalho é apenas um obscuro esboço sôbre ponto de vista relativo a assunto que, em futuro, pretendemos defender.
