



**ERIC VOEGELIN E A DESAGRADÁVEL QUESTÃO: O DIREITO
EXISTE?**

***ERIC VOEGELIN AND THE UNPLEASANT QUESTION: DOES THE
LAW EXIST?***

RUBENS BEÇAK

Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP. Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais do Campus de Franca da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Professor Visitante da Universidad de Salamanca no Master en Estudios Brasileños. E-mail: prof.becak@usp.br

KALEO DORNAIKA GUARATY

Mestre e Bacharel pela Universidade de São Paulo e Advogado.

RESUMO

Objetivo: O presente trabalho aborda o artigo “The nature of Law” do filósofo alemão Eric Voegelin, escrito originalmente como material de estudo para seus alunos de direito na Louisiana State University em 1957 e, posteriormente, publicado em forma editorial na reunião de trabalhos do autor em 1991. Tem por objetivo revitalizar a discussão sobre o tema do direito na obra do autor e revisitar as críticas feitas às teorias em voga na época.

Metodologia: Analisaremos o artigo a partir do método dialético e a técnica de pesquisa será bibliográfica e documental.

Contribuições: A análise de Voegelin aborda o direito sob uma perspectiva que se aproxima da metafísica, com o cuidado de não se distanciar do debate de sua época, em diálogo constante com as ideias em voga. A questão sobre a existência do direito,





mais do que mera provocação, revela as fragilidades do positivismo de Kelsen. Ao final, é apresentada uma avaliação crítica das ideias apresentadas pelo autor.

Palavras-chave: Eric Voegelin; Hans Kelsen; metafísica; teoria do direito; filosofia do direito.

ABSTRACT

Objective: *The present work addresses the article "The nature of Law" by the German philosopher Eric Voegelin, originally written as study material for his law students at Louisiana State University in 1957 and later published in editorial form at the author's work meeting in 1991. It aims to revitalize the discussion about law in the author's work and revisit the criticisms made of the theories in vogue at the time.*

Methodology: *We will analyze the article from the dialectical method and the research technique will be bibliographic and documental.*

Contributions: *Voegelin's analysis approaches law from a perspective that approaches metaphysics, careful not to distance itself from the debate of its time, in constant dialogue with the ideas in vogue. The question of the existence of law, more than mere provocation, reveals the weaknesses of Kelsen's positivism. At the end, a critical evaluation of the ideas presented by the author is presented.*

Keywords: *Eric Voegelin; Hans Kelsen; metaphysics; theory of law; philosophy of law.*

1 INTRODUÇÃO

O nome do filósofo Eric Voegelin tem aparecido nos meios políticos de direita como uma espécie de aliado. Se, por um lado, as críticas do alemão à Igreja Católica e aos protestantes durante o regime nazista sejam um assunto ignorado por aqueles que instrumentalizam suas ideias, por outro, a revalorização da metafísica nas ciências políticas tem surgido como uma resposta ideal para aqueles que se sentem exasperados com o materialismo nos meios acadêmicos. Porém, não se deve julgar as ideias de um filósofo como Voegelin pelo mal uso de seu trabalho e, naturalmente, deixar que o trabalho se defenda a si próprio. É o se propõe nesta breve exposição do artigo "*The nature of Law*", publicado em 1957.

Apenas a título de alerta, uma vez que este artigo não terá por objetivo expor a crítica geral do autor sobre o status da ciência política, é preciso apontar em breves linhas a postura de Voegelin sobre teorias em geral.





Tal como Aristóteles, ele acreditava que as teorias devem emergir das experiências, e jamais o contrário. Assim, não se deve esperar por uma teoria “voegeliniana”, no sentido moderno de um sistema de axiomas e postulados. A sociedade, segundo Voegelin, é constituída por autointerpretações de sua ordem e, por isso, em todos os tempos e espaços da humanidade emergem símbolos que buscam descrever esta ordem: mitologias, revelações, apocalipses, gnosticismos, teologias e, contemporaneamente, ideologias. Estas interpretações têm a característica comum de voltarem-se ao fundamento da ordem e, uma vez que ocorram simultaneamente, tornam-se rivais entre si. Assim, parecem fazer parte de um mesmo gênero os mitos cosmogônicos da Antiguidade, a refutação das heresias, os cismas teológicos e os embates de teorias políticas modernas.

O fato de uma “teoria política” do próprio Eric Voegelin ter se integrado ao conjunto de símbolos utilizados por certa vertente política para justificar posições anti-marxistas é, em primeiro lugar, irônico; porém, mais relevante, acaba por reforçar o quanto o filósofo esteve certo sobre o mal uso das “teorias políticas”.

Feito este alerta inicial, circunscrevemos este trabalho à análise do artigo “*The nature of Law*”, publicado por Voegelin quando era membro da faculdade de ciência política da Louisiana State University.

Após ter escapado da ocupação nazista de Viena, o filósofo foi recebido pela academia americana onde lecionou e escreveu boa parte de sua obra. O artigo em análise integrou parte de seu programa de ciência jurídica para os alunos do curso de direito, servindo de introdução à matéria. O material original foi mimeografado e distribuído para o estudo ao longo do semestre.

Embora o tema do direito apareça em várias ocasiões na obra do filósofo, este breve ensaio é a consolidação do pensamento do autor sobre o assunto e encontra-se publicado no Volume 27 do *The Collected Works*.

Adotando-se o método dialético, pretende-se expor a ideia central – que não foge ao estilo polêmico do autor – sobre a existência diferenciada do direito enquanto estrutura da sociedade.





2 O STATUS ONTOLÓGICO DO DIREITO

Iniciando sua abordagem, Voegelin questiona a ausência de uma “filosofia do direito” nos clássicos. Platão e Aristóteles escreveram, sem dúvida, sobre o tema, mas sob os títulos de “justiça” e *episteme politike*. Por isso a indagação inicial:

Assim, qualquer um que tenha alguma confiança na perspicácia e competência dos dois pensadores ficará preocupado, no início de tal indagação, com o pensamento de que talvez o direito não tenha natureza. Uma vez que a única razão para uma coisa não ter uma natureza é sua falta de status ontológico – o fato de que ela não é uma coisa autocontida e concreta em qualquer reino do ser – surge a desagradável questão de saber se o direito existe (VOEGELIN, 1991, p.1).

Voegelin busca a chamada natureza do direito, isto é, em que medida se pode falar na “essência” do direito? Em poucas linhas, a questão evoluirá para a dúvida retórica se, no limite, o direito existe. É uma pergunta estranha, pois retoma a antiga e esquecida tradição da *philosophia perennis*, baseada na metafísica, ou, mais precisamente, no subtópico da ontologia de questionar o que existe e como existe. É evidente que o direito exista, mas demonstrar esta existência não será trivial.

Se o ferramental metafísico pode parecer inadequado (ou antiquado) à primeira vista, não é por desconhecimento das alternativas. Cabe mencionar que o orientador de Voegelin foi o próprio Hans Kelsen. Longe de ser ignorado, o positivismo sofrerá críticas que apontam para a inadequação de seu método para responder questões mais profundas.

3 O USO DA ABORDAGEM CLÁSSICA

Embora a linguagem comum trate do “direito” como um objeto em si, há diversos “direitos” concretamente estabelecidos. Assim, Voegelin inicia sua reflexão pela constatação preliminar da existência de não um, mas vários “direitos” correspondentes a uma pluralidade de sociedades. Nesse sentido, se seguíssemos o paradigma clássico da conceptualização de determinado ente, recorreríamos a uma





abordagem comparativista na qual, uma vez selecionado um extenso agrupamento de regras jurídicas em diferentes modelos de sociedade, verificar-se-ia quais são constantes ou se repetem com a maior frequência.

Como se fosse uma espécie botânica ou zoológica, esta seleção de regras estáveis no tempo e no espaço permitiria formular um conceito que congregasse as propriedades principais de determinado ser. A “essência” do direito seriam aquelas regras e instituições que aparecem sempre ou com maior frequência nas sociedades humanas. A proposta não é inusitada: fez sua primeira aparição no período sofístico, no século V a.C. Em seu diálogo Protágoras, Platão apresenta o sofista Hípias como engajado nessa tentativa.

No entanto, Voegelin apontará motivos para rejeitar este paradigma das ciências naturais. Há uma particularidade que impede que afastemos as regras pouco frequentes, ou mesmo excepcionais: qualquer jurista rejeitaria a hipótese de que pode haver regras em seu ordenamento (i.e., aquele no qual está inserido) que não são consideradas pertinentes a essência do direito quando estão relacionadas ao caso concreto. De modo geral, a prática do advogado conduz a busca de todas as regras pertinentes ao caso, sejam elas fundamentais ou minúcias que colaborem no convencimento do juiz. Este, por sua vez, não ignora uma regra ao decidir alegando sua raridade.

Logo, o que justificaria a rejeição do jurista é o fato de tanto as regras frequentes e constantes quanto aquelas infrequentes e inusitadas partilharem de um mesmo valor dentro do ordenamento jurídico presente: ambas são igualmente *válidas*. Toda regra pertinente ao caso é “essencial” no sentido de que dela depende a comunidade jurídica para exercer sua função (VOEGELIN, 1991, p.9). Qualquer regra que estabeleça um fundamento razoável para uma decisão jurídica se torna imediatamente preciosa aos olhos do advogado em seu peticionamento ou do juiz em seu fundamento para a decisão. Assim, se identificamos o objeto do direito como um conjunto de regras será a validade que definirá seu *status* essencial ao objeto.





4 O PARADIGMA DA VALIDADE

Neste paradigma, teríamos as regras válidas dentro de determinado ordenamento restrito a um determinado processo legiferante atribuidor da validade a partir dos requisitos procedimentais elencados pela lei daquela determinada sociedade. Este conjunto de regras reuniria todas as regras válidas naquele instante da análise, adstritas ao local onde são produzidas (mais precisamente, ao Estado em questão). As regras válidas seriam como uma fotografia nítida do objeto que estudado, tão fiel a ponto de podermos nela nos basearmos durante a atividade jurídica sem nenhum transtorno, bastando mantermo-nos atualizados quanto a novas regras.

Porém, se considerarmos este conjunto como “o direito” enfrentaremos a dificuldade de lidar com uma estabilidade *meramente conceitual*. Apesar estabelecer quais os critérios de validade tornam determinada norma um elemento integrante do direito, teremos de admitir a fugacidade com que estas regras “vêm e vão”. O problema da estabilidade é realocado: a validade aparece e desaparece.

Segundo Voegelin, para trazer à consciência um conceito do direito deve-se correlacioná-lo ao *fluxo de procedimentos* de validade. No caso brasileiro, ao processo legislativo segundo a Constituição. Este paradigma satisfaz, acima de qualquer dúvida razoável, a questão sobre se o direito existe, pois correlaciona sua existência com um procedimento factual que lhe atribui validade. O direito existe, pois há uma ocasião factual em que ele é concebido, modificado, emendado, votado, aprovado e passa a aplicação judiciária.

A pergunta que se impõe é: se algumas regras são simplesmente descartadas como partes do objeto como um todo, isto é, do agregado de regras válidas, em que medida este se torna outra coisa quando são criadas novas regras? A experiência cotidiana sugere que uma simples mudança — como ocorre constantemente — em nada afeta o direito enquanto tal: por frequentes que sejam, a criação e modificação de normas em nada afetam a importância do requisito da validade, tampouco contradiz noção de ordem jurídica¹. Mas em que limite essas modificações podem ser

¹ Cabe aqui uma comparação com o paradoxo do Navio de Teseu. Plutarco relata que o navio utilizado por Teseu na viagem à Creta foi preservado durante muitos anos, permanecendo exposto como





levadas a cabo sem que elas transformem o objeto ora determinado “direito” em outra coisa?

Sabemos pela experiência e de modo evidente que, ao mudar, o direito não deixa de ser direito, permanecendo a mesma coisa. Há, portanto, a necessidade de apontar uma “essência”, algo que permanece intacto a despeito de quaisquer mudanças. Não podemos repudiar por completo o paradigma clássico de investigação do objeto por meio da verificação de suas propriedades mais evidentes para a construção do conceito porque ele nos sugere, corretamente, que devemos buscar algo de *permanente* no direito para afirmar sua existência. Se o direito muda e, mudando, permanece enquanto ordem jurídica, há algo que sustenta sua identidade através das mudanças.

Mas a pergunta que se impõe é: trata-se aí de do “direito” ou de apenas uma de suas manifestações? Cabe indagar: o que ocorre com as leis previamente válidas? E as leis propostas, pautadas, em discussão etc.?

Estas, afirma-se, precisam ser inclusas no conceito pois fizeram parte do objeto em um tempo anterior ao da análise, ou se mantiveram em disputa como possivelmente válidas durante certo período. Não é o mesmo que retomar a estratégia de reunir um número extenso de regras, pois aqui não estamos incluindo regras de outros ordenamentos, tampouco propostas de regras que sequer chegaram a ser discutidas, remanescendo na imaginação legiferante.

Poderíamos então nos dar por satisfeitos com esta inclusão: o fator de unificação e estabilidade do direito estaria no processo legislativo preconizado por regras enquadradas numa hierarquia superior apta a atribuir-lhes o sentido objetivo da validade que se encontra, somado aos processos fáticos de discussão e elaboração das leis.

Terminaríamos, assim, por fundamentar a ordem jurídica em uma teoria positiva, posto que com algumas combinações adicionais da história do direito e do direito constituindo (de lege ferenda). Não se trataria mais da fotografia estática do

símbolo da vitória do herói. Com o tempo, fora necessário que os atenienses trocassem diversas partes do navio para que ele não apodrecesse, suscitando, daí, a questão a respeito de até quanto se poderia substituir do navio sem que este não se transformasse em outro navio. O paradoxo toca no problema da identidade, e chamou atenção de grandes filósofos como Hobbes e Leibniz.





agregado de regras. Voegelin utiliza a metáfora de uma lanterna (simbolizando a validade) que ilumina um determinado agregado de regras, mas vai se arrastando ao longo do tempo; seu movimento não ignora os momentos anteriores, isto é, os agregados de regras anteriormente válidos, nem afasta a possibilidade de novos agregados com a expectativa de continuidade do movimento. O direito aqui é o objeto formado por um *continuum* de passado, presente e futuro, dispostos consoantes o requisito da validade que sustenta a série. O foco da luz estaria na validade, e uma zona de penumbra acompanharia seu movimento para frente (*lege ferenda*) e para trás (nas regras revogadas).

A suspeita de correlação com a teoria kelseniana é confirmada. Voegelin, no entanto, *não se contenta* com esta elaboração. Buscará mostrar que o recurso ao processo legislativo estabelecido pela Constituição como o elo entre a sequência de diversos agregados de regras que se prolongam no tempo não possibilita atribuir à ordem jurídica uma existência temporal. Para isso, recorre a um célebre paradoxo.

5 O PARADOXO DE ZENÃO: O DIREITO NÃO É UM AGREGADO DE REGRAS VÁLIDAS

Voegelin afirma que o direito sob o paradigma da validade depende em certa medida de sua realização por meio das decisões judiciais – ainda na esteira no pensamento kelseniano, ao afirmar a necessidade de uma “eficácia global” (2). Sendo assim, só existe na medida em que é válido, e só é válido na medida em que é aplicado. Argumenta Voegelin que, se é assim, a validade só remete a um futuro ainda não existente da efetivação judicial a qual, num processo minimamente sério, estará sujeita a certo grau de indeterminação. No instante seguinte à aplicação da norma também não se pode mais afirmar sua validade, pois nada garante que será futuramente aplicada.

²⁴As normas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) porque a norma fundamental que forma sua regra basilar de produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem se esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica é eficaz” – Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de J. B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 237.





A validade da regra sucumbe ao paradoxo zenónico. A estória é conhecida: a cada vez que Aquiles preenche o espaço concedido de vantagem à tartaruga, ela avança mais um pouco, de modo que o herói nunca a ultrapassa. Por ser um paradoxo, implica naturalmente uma nuance de contradição com a realidade escamoteada por um engodo semântico convincente. No caso, Zenão constrói a estória sob uma premissa errônea: a de que a infinita série de pontos estáticos completa um movimento contínuo; equivale dizer, o movimento contínuo da tartaruga é descrito como uma série de pontos estáticos demarcáveis. Aquiles precisa atingir cada um antes de se aproximar dela.

Uma vez compreendido como um agregado de regras válidas, temos a imagem de um direito estático, no qual sequer haveria movimento, apenas a sustentação de um sistema íntegro de normas ligadas pela validade. De outro lado, temos a ordem jurídica dinâmica como uma sequência de regras válidas se acumulando no tempo, no mesmo sentido do contínuo de pontos estáticos que Aquiles atravessa para chegar à tartaruga. Destas duas hipóteses que elencamos no subtítulo acima, Voegelin afirma que nenhuma é possível: a primeira pela franca contrariedade com a transformação paulatina do direito; a segunda por ser justamente a impossível sequência de pontos estáticos pretensiosamente completando o contínuo da realidade:

Nós compreendemos a ordem jurídica, primeiro, como um agregado de regras válidas e, depois, como uma série de tais agregados ligados pelo processo constitucional. A ordem jurídica no primeiro sentido é o ponto estático numa dimensão temporal criada pelo processo constitucional; e a ordem jurídica no segundo sentido é o continuum concebido como uma série de pontos estáticos sobre a linha. A sucessão dos pontos estáticos *nunca correrá simultaneamente com o continuum autêntico de uma coisa que existe realmente no tempo* (destaque nosso) (VOEGELIN, 1991, p.10).

A corrida das decisões judiciais aplicadas em grande número é representada por Aquiles correndo contra a tartaruga, tentando preencher o continuum da existência temporal através de pontos estáticos no tempo, isto é, o próprio conteúdo juridicamente válido das decisões judiciais. Mas ele falha por ser a validade uma categoria artificial de pensamento, desprovida de status ontológico.





O impasse do paradoxo zenónico se deve a um fato diagnosticado por Voegelin como pertinente a toda teoria que se disponha a tratar de entes segundo o domínio de seus significados, ou seja, sem fazer referência a objetos, ações ou eventos temporalmente existentes. A validade, enunciada como propriedade e ao mesmo tempo critério, não tem *status ontológico* para servir a uma análise com perspectiva temporalmente válida. Equivale dizer: a validade enquanto fundamento da ordem jurídica se revela como falsa abstração, pois não parte de um dado concreto, mas salta diretamente ao domínio de significados.

De nada vale aqui depositar as esperanças no processo legislativo como o dado factual dotado de existência temporal. Sua própria existência depende de uma constituição no sentido material que o descreva em termos de regras válidas. Em que pese a expectativa de uma continuidade indefinida das constituições — ainda que, na prática, nem sempre ocorra — e, mesmo admitindo a uniformidade dos processos que conferem validade às regras, nada disso preenche uma existência temporal concreta. Mesmo as constituições são, elas mesmas, agregados de regras válidas que podem desaparecer na história. O escalonamento normativo nada mais é do que a corrida de Aquiles contra a tartaruga, pois nada apresenta como causalidade intrínseca do direito, satisfazendo-se em construir complexos domínios de significados. Por não determinar a causalidade, teorias positivas explicam, mas não compreendem o direito³.

O paradoxo zenónico do direito é resultado desta limitação: uma vez encontrado o fundamento numa experiência concreta e temporal será possível compreender a continuidade do direito. Mas onde o direito existe, afinal, como uma experiência?

³ Kelsen admitidamente não busca estabelecer uma ciência jurídica baseada no conhecimento pelas causas — paradigma proposto por Aristóteles e jamais interrompido — mas um estudo sobre a interpretação dos atos jurídicos, a partir da construção de um sistema baseado no pressuposto epistemológico da norma fundamental. Sobre a orientação epistemológica de Kelsen na Teoria Pura do Direito Cf. S. GOYARD FABRE, *Philosophie Critique et Raison Juridique*, trad. port. M. Galvão, Filosofia crítica e razão jurídica, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p.233. Sobre a solução kelseniana de impor uma norma hipotética, Voegelin responde: “[Ela] confere validade jurídica à própria constituição e fecha o “sistema” jurídico. Esta construção deve ser rejeitada por ser analiticamente sem sentido. Ela não analisa nada mas mutila a indagação à natureza do direito. Em ciência, nós estamos interessados no estudo da realidade, não na construção de um sistema que preclui o seu estudo”. Id. p. 78.





7 O DIREITO E A SOCIEDADE

Sem o chamado estatuto ontológico não pode mais a validade servir como indicativo da “essência” do direito, nem sequer pode-se arriscar a afirmação de sua existência sem resvalar na suspeita dos significados meramente conceituais (num limite, meras figuras de linguagem). Não significa, porém, ser a validade uma pura abstração destituída de qualquer fundamento concreto.

Conforme veremos a seguir, o fato representado pelo paradoxo zenónico do direito é a incapacidade da validade funcionar como o fundamento no qual a investigação deve se basear inicialmente, mas ela não é descartada como elemento constitutivo. A análise deve prosseguir buscando o que há de anteriormente ontológico à validade, ou seja, no que de concreto ela se baseia. O problema da validade foi enfrentado anteriormente, mostrando-se necessário, mas não integrante de uma essência ontológica do direito. Resumindo sua análise até agora, Voegelin conclui que “O resultado é negativo. Nenhuma coisa com status ontológico poderia ser encontrada” (VOEGELIN, 1991, p.20) E assim ele se volta para uma análise dos “fenômenos contextuais que vieram à vista mais de uma vez à margem da análise, mas foram desconsiderados então no interesse de sua conduta ordenada” (Idem, *Ibidem*).

Essa ausência de um status ontológico não conduz a uma rejeição da abordagem metafísica, como veremos. Mas leva ao pressuposto de que há uma causa eficiente para a validade, algo no âmbito concreto que represente uma *condição pré-analítica do conceito*, ou seja, uma abordagem ainda despida de qualquer teorização.

A experiência sugere um momento propício ao aparecimento da validade como argumento quando determinada regra está na *iminência de ser concretizada*.

Conforme descrevemos acima, as decisões judiciais são o âmbito de aplicação do direito no qual a validade das regras ganha importância para a situação fática. A decisão, todavia, vai *além da declaração de validade*, mas desencadeia uma série de consequências sociais diretamente relacionadas ao que nos referimos quotidianamente por “direito”. A este fenômeno Weber chamara de “vigência fática” da norma, isto é, sua possibilidade de conseguir impor-se. Consequências sociais





surgem sob certo grau de previsibilidade no momento em que as regras são feitas e a validade é estipulada; há, portanto, um *determinado fim direcionado* em cada regra.

Embora Voegelin hesite em dizê-lo, ele introduz a *teleologia* em sua análise ontológica. São as sociedades, coletividades organizadas de pessoas individuais, através de seus governos, também coletividades organizadas de pessoas individuais, que particularizam “o direito” para fins ou *finalidades específicas*. E as regras são organizadas em uma hierarquia, também para um propósito.

8 A AÇÃO E A PARTICIPAÇÃO DE SERES HUMANOS PARTICULARES

Afirmamos acima a relação de escalonamento das regras como fator de validade e, afirmamos agora, não ser possível abrir mão deste dado. Ele é verdadeiro sob todos os aspectos. Mas de nada auxilia na compreensão dos fatores intrínsecos das regras que se entrelaçam com a realidade social. Em outras palavras, a ação legislativa (ou qualquer que seja o mecanismo de modificação do direito) requerida para a produção de regras válidas *não faz parte* em si mesma de uma normatização anterior, mas da *ação de seres humanos particulares*.

Ao descer a escala de regras para sua aplicação judicial o mesmo resultado se verifica: o raciocínio do juiz ao fundamentar sua sentença, ou os votos do júri, não são explicados pela lógica da hierarquia da ordem jurídica, mas apenas pelos atos concretos de sua criação e modificação.

Não são somente os profissionais do mundo do direito que estão presentes nessas ações. Ainda que tratássemos de sujeitos absolutamente alheios a qualquer transação econômica contratual e a qualquer circunstância de aplicação judicial, ainda assim apontaríamos sua *participação* na ordem jurídica. Um sujeito a quem chamamos cotidianamente de cidadão participa do direito em alguma medida ao pagar seus impostos, ao votar nas eleições e até mesmo a abstenção de praticar crimes indica algum grau de aderência das regras jurídicas. Diz o autor:





As relações entre os seres humanos em uma sociedade, portanto, em grande medida têm estrutura jurídica. O caráter jurídico da realidade social, no entanto, é ainda mais difundido do que parece se considerarmos nada mais do que as regras específicas criadas pelos membros da sociedade para si mesmos. (...) O homem que nada faz para atrair a atenção do 'direito', favorável ou desfavoravelmente, é o homem cuja conduta participa mais profundamente da natureza do direito (VOEGELIN, 1991, p.23).

A validade em si mesma não basta, e a finalidade das regras sugere haver algo além do conceito de direito enquanto mero “agregado de normas válidas”. Novamente, Voegelin se volta para a observação da linguagem cotidiana, na qual a linguagem da moral e a linguagem do direito se encontram e se entrelaçam.

9 A LINGUAGEM MORAL IMPREGNADA NA LINGUAGEM JURÍDICA

Nos referimos a "crimes" e "punições" no direito penal, ao padrão de "pessoa razoável" no direito civil, a "promessas" e "boa-fé" no direito contratual etc. O direito positivo é impregnado de linguagem moral. Por se tratar de um curso introdutório voltado a estudantes americanos, parece necessário que Voegelin destaque o papel dos leigos que compõem os júris em determinar nos casos particulares se o padrão legal/moral aplicável foi cumprido, usando seus próprios entendimentos das palavras morais comuns usadas nas instruções sobre direito dadas aos jurados pelos juízes. Mas ainda nos sistemas romano-germânicos, em que preponderam decisões pelos magistrados, as redações jurídicas dos dispositivos possuem um propósito moral que pode ser declarado em seus preâmbulos, e é geralmente aparente nos próprios diplomas normativos. Assim, segundo a análise do filósofo, não é trivial que a linguagem moral persista na linguagem jurídica. É um indicativo de que toda lei possui um grau de intenção. Esta finalidade em relação à ordem social é o que Voegelin reserva criteriosamente o adjetivo de “normativo”:

A linguagem comumente utilizada das normas jurídicas, portanto, deve ser sempre entendida como o texto da lei lido à luz de sua intenção normativa. É possível, em princípio, construir toda uma ordem jurídica por meio de





definições e proposições sem jamais utilizar vocabulário normativo (VOEGELIN, 1991, p.43).

Assim, mesmo que não fosse utilizado o vocabulário normativo (“Não se deve matar”), haveria um fundo moral em toda legislação. Este fundo moral poderá ser mais bem compreendido como uma “ordem do ser”.

10 O DIREITO COMO A SUBSTÂNCIA DA ORDEM DO SER

Talvez aqui seja o ponto em que Voegelin mais se aproxima de uma definição própria do direito ao enunciá-lo como “a substância da ordem em todos os reinos do ser”, citando o *maat*, *tao*, *nomos* e *lex* das civilizações antigas como exemplos:

Os fenômenos que acabam de ser introduzidos não levantam apenas mais uma ou duas questões, mas abrem todo um campo de investigação. Apenas um problema, no entanto, será apontado para o presente exame: o uso equívoco do "direito" no sentido de regras válidas feitas por órgãos de governo e "o direito" que, de alguma forma, permeia a existência do homem na sociedade. O que se conserva nesse pálido equívoco de nossa linguagem cotidiana é a profunda percepção, raramente encontrada na teoria jurídica contemporânea, de que "o direito" é a substância da ordem em todos os domínios do ser. De fato, as civilizações antigas geralmente têm em suas línguas um termo que significa a substância ordenadora que permeia a hierarquia do ser, de Deus, através do mundo e da sociedade, para cada homem. Tais termos são o *maat* egípcio, o *tao* chinês, o *nomos* grego e o *lex* latino [ius?]. O *maat* egípcio, por exemplo, significa a ordem dos deuses que, em virtude de seu *maat*, criam a ordem do cosmos. Dentro dessa ordem cósmica, o termo então se aplica especificamente à ordem do reino do Egito, cuja ordem é criada em virtude do *maat* divino que vive no Faraó. Desde o faraó que o *maat* flui pelo corpo social, mediado pela administração real e pela hierarquia dos oficiais, até o juiz que decide o caso individual. Uma vez que a mediação do *maat* requer sua compreensão e articulação inteligente, o termo adquire o significado de "verdade" sobre a ordem; e como o conhecimento dessa verdade não é monopólio da administração, a lei tal como administrada pode ser medida pelo conhecimento comum sobre a verdade da ordem, e os súditos podem protestar veementemente contra desvios do *maat* e criticar a conduta dos funcionários.

Voegelin resume sua análise até aqui dizendo que "o processo legislativo participa da natureza do direito na medida em que serve ao propósito de assegurar a





substância da ordem na sociedade; e a ordem na sociedade é a área em que temos que buscar a natureza do direito" (VOEGELIN, 1991, p.26).

Na filosofia clássica, Platão e Aristóteles enfatizaram a substância da ordem na sociedade, e assim estudaram o processo legislativo "sob o aspecto de se sua organização resultará em regras que garantirão a verdadeira ordem"(Idem, Ibidem).

No paradigma moderno, com a ascensão dos Estados nacionais, o processo legislativo desloca-se para o centro de interesse representado pela figura do príncipe. A soberania do legislador corresponde a soberania em si mesma. Mas o autor adverte que "permanece a consciência de que os legisladores soberanos têm que garantir uma substância de ordem que não é de sua autoria (...) A hierarquia das regras válidas tem como estrato superior a lei divina e natural (Idem, Ibidem)" e todas as outras leis estão sob esta lei. Tomando-o na ordem inversa, há os súditos, os magistrados e o rei e, finalmente, Deus. Essa ordem, observa Voegelin, foi substancialmente enfraquecida no século XVII pela construção hobbesiana, que desvincula Deus da ordem hierárquica.

O passo seguinte será a introdução do positivismo jurídico (posto que não necessariamente a teoria kelseniana):

Com o avanço da laicidade e a desintegração da filosofia nos séculos XIX e XX, o processo legislativo alcança total autonomia, ou seja, seus teóricos retiram da teoria jurídica a questão da ordem substantiva. Além disso, os teóricos mostram uma tendência a dividir o próprio processo legislativo em dois componentes, as regras válidas e os atos de sua criação, e a fazer de cada um dos componentes independentemente a base da construção teórica. O resultado é um desenvolvimento paralelo da jurisprudência normativa e sociológica. (Idem, p.27)

A crítica contra Kelsen será mais veemente. Ao introduzir o conceito de "norma hipotética fundamental", o sistema de normas kelseniano substitui o direito divino e o direito natural como estratos superiores da hierarquia. Assim fazendo, elimina quaisquer problemas de ordem substantiva da ciência jurídica, transferindo-os para outra ordem de conhecimento.

A responsabilidade do estudo da ordem ficaria no espectro de estudos sociais, aos quais Voegelin, talvez com alguma injustiça, julga incapazes de lidar: "A





investigação não é avançada a ponto de entrar em vista os critérios de ordem verdadeira no sentido filosófico. Em seu conjunto, refletem o mesmo estado de desintegração filosófica que se manifesta na jurisprudência normativa” (VOEGELIN, 1991, p.29).

Voegelin identificou o direito como parte da substância da ordem de uma sociedade, e mais que isso, afirmou que "o direito" é a substância da ordem em todos os reinos do ser. Mas isso não basta. A análise precisa chegar a algum ponto em que apareça a segurança “ontológica” que Voegelin acusou as teorias jurídicas de desprezarem.

11 O DEVER NO SENTIDO ONTOLÓGICO

O filósofo recorrerá ao uso técnico de dois termos: "tensão" e “Dever” (*Ought*).

A tensão em direção à transcendência no entremeio da existência humana é, para Voegelin, o próprio sentido da existência humana. A explicação fica mais clara em *Ordem e História*, obra principal do autor. Ele inicia a exposição do tema da ordem explicando o conceito de participação: “Existe uma experiência da participação, uma tensão reflexiva na existência, que irradia o sentido da proposição: o Homem, em sua existência, participa do ser” (VOEGELIN, 2014, p.50). E, adiante:

Este sentido, no entanto, se perderá se esquecermos que o sujeito e o predicado da proposição são termos que explicam uma *tensão da existência*, e não conceitos que denotam objetos. Não existe um objeto chamado ‘Homem’ que participa do ‘ser’ como se fosse uma atividade opcional a ele; existe, sim, ‘algo’, uma parte do ser, capaz de experimentar como tal, e também capaz de usar a linguagem e de chamar esta consciência experimentante pelo nome de ‘Homem’ (Idem, p.51).

No direito, a tensão é utilizada para descrever duas relações:

- 1) há uma tensão entre a ordem substantiva da sociedade e o processo legislativo, na medida em que o processo organizado de fazer o direito é aparentemente o meio inevitável para manter a ordem substantiva existente; e 2) há uma tensão entre a ordem substantiva da sociedade tal





como ela existe empiricamente e uma verdadeira ordem substantiva da qual a ordem empírica fica aquém (VOEGELIN, 1991, p.30).

A primeira relação foi abordada anteriormente. O processo legislativo é baseado em uma finalidade que se aclara mediante a superação do critério da validade. Conforme anteriormente apresentado, o processo legislativo busca assegurar a ordem na sociedade, não apenas validar um conjunto de regras.

A segunda relação é mais profunda, pois abarca a ordem substantiva empírica (o momento atual da sociedade presente) e a “verdadeira ordem substantiva”. A ordem substantiva empírica nada mais é que o direito positivo. Se há uma ordem perante a qual esta ordem fica aquém, há uma expectativa em atingi-la traduzida na tensão que Voegelin menciona. Esta tensão entre uma ordem superior à empírica não pode ser fruto de uma elocubração teórica, mas uma descoberta a partir do conjunto de experiências:

As sociedades dependem para sua gênese, existência harmoniosa e sobrevivência das ações dos seres humanos que as compõem. A natureza do homem e a liberdade de sua ação para o bem ou para o mal são fatores essenciais na estrutura da sociedade. A ordem de sua existência não é nem um mecanismo nem um organismo, mas depende da vontade dos homens em especificá-la e mantê-la. Além disso, a ordem de uma sociedade não é um projeto a ser traduzido, com boa vontade, em realidade. Deve ser descoberto – com uma amplitude de imaginação e experimentação, de tentativa e erro; exige melhorias e deve ser adaptado à evolução das circunstâncias. Há a já mencionada tensão na ordem social entre padrão e realização, entre realização e potencialidade de ficar aquém dela, entre tatear por conhecimento de ordem e a cristalização desse conhecimento em regras articuladas, entre a ordem como projetada e a ordem como realizada, entre o que deve ser e o que é. A fonte última e irredutível dessa tensão é um conjunto de experiências que, numa análise da natureza do direito, não podem ser mais do que esboçadas.





Ele não será simplório a ponto de construir todo um raciocínio para desaguar em construções semânticas vazias que justifiquem sua negação do positivismo. Pelo contrário, a existência de uma ordem substantiva é conectada ao “conjunto de experiências” indicando-as como símbolos que são concebidos historicamente.

O homem tem a experiência de participar, através de sua existência, de uma ordem de ser que abrange não apenas a si mesmo, mas também a Deus, ao mundo e à sociedade. Esta é a experiência que pode se articular na criação de símbolos da ordem generalizada do ser (VOEGELIN, 1991, pp.43-44).

Os símbolos da ordem são tais como o *maat* egípcio, mas não apenas. Em *Ordem e História* é apresentada esta articulação contínua que persiste em mitologias, filosofias e teorias modernas. O homem, portanto, anseia por esta ordem, e teme sua “queda”:

Além disso, o homem experimenta a ansiedade da possível queda dessa ordem do ser, com a consequência de sua aniquilação na parceria do ser, e, correspondentemente, experimenta a obrigação de sintonizar a ordem de sua existência com a ordem do ser. Finalmente, ele experimenta a possível queda e a sintonia com a ordem do ser como dependente de sua ação, ou seja, ele experimenta a ordem de sua própria existência como um problema para sua liberdade e responsabilidade. No âmbito da sociedade, a realização da ordem do ser é vivida como o fardo do homem. Quando nos referimos à “tensão” na ordem social, vislumbramos essa classe de experiências. Para vinculá-los mais estreitamente com o problema da “normatividade” nas normas jurídicas, podemos falar deles como o Dever no sentido ontológico (Idem, p.44)

O Dever, em maiúsculo, é resultado da tensão entre o direito positivo e o que o direito deve ser, no sentido de algo que o direito aspira a ser e contra o qual é violado. Voegelin passará a usar a terminologia “o Dever no sentido ontológico” para caracterizar sua busca ontológica.

Podemos pensar no “Dever no sentido ontológico” como a ponte entre o direito positivado e “o direito”. Embora Voegelin tenha concluído que o direito enquanto agregado de regras válidas e positivas não têm status ontológico e, portanto, nenhuma essência ou natureza, ele aponta que “o direito” tem status ontológico, pois reflete concretamente o anseio pela ordem substantiva e manifesta sua normatividade também concretamente como o Dever no sentido ontológico.





Voegelin distingue três componentes da normatividade: (i) a regra jurídica como uma verdadeira proposição sobre o Dever no sentido ontológico, isto é, a redação jurídica com a expectativa de ordem; (ii) a regra como “um apelo àqueles a quem se dirige que integrem a verdade sobre o Dever em suas vidas”; e (iii) a regra deve ser promulgada, isto é, comunicada de alguma forma àquelas cujas ações ela se destina a governar – o apelo da lei é público.

A criação de leis não é, porém, o único tipo de projeto destinado a criação e manutenção da ordem. Há esforços constantes que se refletem no debate sobre “o que o direito deve ser”. Embora alguns projetos não se efetivem, há propostas que buscam o estabelecimento de padrões (*standards*) da verdadeira ordem.

A análise buscou demonstrar um status ontológico do direito, demonstrando que ele existe. Poderíamos resumir a resposta de Voegelin como uma existência fundada na tensão entre o processo legislativo e a ordem empírica da sociedade. O direito, sob este olhar, possui um propósito de criação ou manutenção desta ordem. A própria ordem, porém, é um dos polos de outra tensão com uma ordem superior, conforme os símbolos permitem antever como um esboço. Finalmente, por trás destas tensões, o sustentáculo que permite afirmar a existência do direito é o conjunto de experiências voltadas ao Dever. Assim, o direito ganha seu *status* ontológico.

12 OUTRAS QUESTÕES ONTOLÓGICAS

A exposição sobre a natureza do direito continua. Serão detalhados alguns de seus aspectos mais relevantes. Serão abordadas questões como, por exemplo, a relação do Dever com a ordem política e a alma bem ordenada do filósofo, em correspondência à filosofia de Platão.

O filósofo seria responsável por identificar os padrões da verdadeira ordem, tornando-se um “legislador” que rivaliza com o legislador das leis positivas. A tensão anteriormente exposta entre ordem substantiva e a ordem das leis positivas se concretiza biograficamente, na conduta do filósofo e do legislador. Não significa que a aproximação da ordem substantiva corresponda ao legislador exercendo a filosofia,





nem cedendo a opinião acadêmica, mas sim de ouvi-la, no sentido de aproveitar a busca pela ordem feita pelo filósofo:

A análise do filósofo é motivada pela resistência da ordem substantiva em si mesmo à desordem na sociedade empírica. A obra do filósofo é um ato de julgamento sobre a ordem empírica, animado pela afirmação de que a ordem empírica deve se conformar mais estreitamente a tipos que expressarão adequadamente a verdade da ordem. O filósofo não está fora da esfera do legislar, mesmo sabendo que a sociedade empírica não dará ouvidos aos seus conselhos. Pelo contrário, como o Dever, no sentido ontológico, é a realidade da ordem, o processo legislativo empírico se afastou demais da realidade para ter todo o peso da normatividade. A responsabilidade de legislar recai sobre [o filósofo] quando os formuladores da lei empírica se tornam abandonados em seus deveres. Os modelos do filósofo, portanto, estão intimamente ligados à ordem empírica como padrões de sua normatividade (VOEGELIN, 1991, pp.54-55).

Assim, filosofia, política e direito se tornam um mesmo objeto inscrito na noção de Dever. Os problemas prosseguem como ao indagar como a sociedade pode ser *representada* ao emitir regras. O radicalismo ontológico de Voegelin não sustentaria afirmações como de Austin sobre o comando do soberano considerado de forma abstrata. Tampouco o sentido das regras válidas não pode amparar-se na verticalidade normativa que culmina na norma hipotética fundamental. Para Voegelin, a distinção entre pessoa e representante vale também para os casos de normas emanadas de um único ser humano, como, por exemplo, de um único juiz:

Aceitamos como válida a decisão do juiz singular em juízo, não pela sabedoria e justiça de sua decisão, mas por ser o representante da sociedade cuja posição deriva, em última instância, da Constituição. Cumprimos sua decisão, não porque concordemos com sua verdade – provavelmente teremos uma opinião diferente sobre a verdade quando a decisão tiver ido contra nós –, mas porque desempenhamos, em nossa qualidade de cidadãos, nosso papel representativo como membros da sociedade organizada que respeitam sua ordem (VOEGELIN, 1991, p.62).

Ele não é ingênuo quanto ao respeito e obediência perante a ordem, principalmente se estabelecidas leis arbitrárias. Mas pondera que o elemento da ordem fica acima de previsíveis erros, algo admitido dada a complexidade de assuntos com os quais o direito trabalha. Nesse sentido, em algum grau haverá necessidade da coercitividade veiculada por meio da força, sem a qual o debate se prolongaria





indefinidamente. Mas não apenas isso. O afastamento da noção de Dever também é uma justificativa para o uso da força, tornando esta ordem compulsória em alguma medida. É um reflexo da concepção mais abrangente de Voegelin sobre a natureza humana: é natural que o homem busque ordenar sua conduta pela razão e pela consciência, mas também é da natureza do homem afastar-se desta ordenação. Uma vez que a normatividade encontra seu status ontológico na noção de Dever do homem, a parte “desordenada” do homem reflete-se na necessidade do uso da força:

O uso da força na imposição da ordem jurídica, podemos resumir, traz à tona o caráter impessoal da norma jurídica: a impessoalidade da ordem jurídica tem sua fonte ontológica na impessoalidade da natureza humana (VOEGELIN, 1991, p.64).

As páginas finais da Natureza do Direito apontam para o projeto de maior envergadura que Voegelin executou nos anos seguintes: a obra *Ordem e História*. Para uma investigação sobre a natureza do direito, será necessário um aprofundamento histórico sobre a diferenciação das fontes normativas da autoridade, da razão e da revelação, das experiências compactas e dos símbolos do mito. Assim, haveria três tipos principais de direito: a) o direito no contexto de uma sociedade ordenada pelo mito cosmológico; b) o direito nos contextos das sociedades que experimentaram a Revelação (Israel) ou a Filosofia (helênica tardia, romana clássica); e c) o direito nos contextos do Império Romano e da civilização ocidental, nos quais tanto a razão quanto a revelação estão presentes como fontes autorizadas de ordem.

13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É bem possível que o curso de introdução ao direito de Voegelin tenha contado com poucos alunos após a entrega do material de estudo. Não se trata de um texto de difícil leitura, haja vista a fluidez com que o filósofo alemão atingiu na escrita em língua inglesa. Ainda assim, o obstáculo com que o leitor se defronta é, também, uma qualidade intrínseca da filosofia de Eric Voegelin: seus textos condensam ideias





sofisticadas, reunindo uma variedade de intuições que podem ser desenvolvidas amplamente por continuadores de seu trabalho.

O texto em questão possui nítida interlocução com a filosofia clássica, em especial Platão e Aristóteles, o que não representa uma peculiaridade do autor, mas sim a uma proposta de continuidade do método destes filósofos. Para os leitores contemporâneos, pode soar como um “outsider” da filosofia do direito, ou equivocadamente agrupado junto ao que se denomina “jusnaturalismo”. Voegelin certamente recusaria estas classificações. Sua formação em Viena, nos anos 30, colocou-o em sintonia com as principais ideias da época e sua comunicação com os filósofos da época foi constante, a exemplo de Hannah Arendt e Leo Strauss. A preferência por um modelo de reflexão ao modo clássico jamais significou uma continuidade ou mesmo uma aderência ao conteúdo das ideias jurídicas de nenhum filósofo. Voegelin construiu seu próprio modo de filosofar, que tampouco poderia ser tratado como um método, no sentido da possibilidade de repetição irrestrita e universal, tema que aprofundou na obra *Anamsnese*.

Este modo de filosofar faz dele um “insistente” na conexão do direito com a realidade, pois ainda que esta busca seja feita de modo sofisticado recorrendo-se ao jargão metafísica e a paradoxos, nada mais é que a descrição aprofundada de uma observação bastante evidente sobre o direito organizar a sociedade. Os termos utilizados para esta descrição possuem um fundamento na filosofia clássica, mas não é a mera nomenclatura ou o apelo à autoridade que os torna acurados: a ordem substantiva, por exemplo, surge como uma necessidade explicativa se quisermos elaborar qualquer consideração sobre o direito que não se perca em categorias abstratas. A noção ontológica de Dever, da mesma forma, é descrita como *ontológica* para forçar esta conexão com a concretude e se afastar de uma noção que, de qualquer outro modo, poderia ser uma categoria da lógica modal. Quando a filosofia platônica é ressaltada, o conjunto se fecha com a apresentação da alma ordenada como filósofo como local onde a ordem se encontra. Ainda que as noções metafísicas estejam presentes, elas não podem ser rejeitadas como incompreensíveis. Tampouco pode-se alegar que sejam inadequadas, frente a uma rejeição inicial da ausência de





cientificidade, termos como “alma” ou “ordem”, já que mesmo em sua condição pré-analítica sua utilização pode servir perfeitamente à descrição da realidade.

Em resumo, a estranheza com que o texto é lido não pode se confundir com a falta de contemporaneidade ou contextualização diante dos debates atuais. Antes, sua singularidade deve-se a sua profunda integração na tradição filosófica. Tradição esta que concentra na pessoa do filósofo, no caso Voegelin, o cerne de sua filosofia: um exilado alemão escrevendo em meio a culminância de ideias totalitárias e de ideologias. Não é por acaso seu cuidado em retomar noções elevadas, que parem acima das preferências políticas. Tampouco se pode desprezar o fato de escolher o processo legislativo como fator preponderante da análise, rejeitando um eventual papel legiferante do chefe do poder executivo ou do poder judiciário como estranhos a ordem substantiva.

Por fim, a preocupação em uma justificativa robusta para o *status* ontológico do direito, isto é, a afirmação segura de que o direito *existe*, não pode ser desconectada da dúvida generalizada que os horrores da Segunda Guerra Mundial despertaram. O papel do filósofo, tanto no texto exposto quanto, de forma presente, quando o próprio Voegelin escreve sua obra, é a luta para se fazer ouvido como portador da ordem.

É inescapável a conclusão de que ao escrever “A Natureza do Direito” Eric Voegelin descrevia sua própria missão e instruía tacitamente aos alunos acerca da necessidade da filosofia para a busca e manutenção da ordem substantiva, isto é, da real efetivação do direito na sociedade. Sem surpresas, abordar a incômoda questão sobre “se o direito existe” era a melhor forma de assegurar sua existência.

REFERÊNCIAS

VOEGELIN, Eric. "The Nature of the Law", cap. 1 in The Collected Works of Eric Voegelin, Volume 27: **"The Nature of the Law" and Related Legal Writings**, ed. Robert Anthony Pascal, James Lee Babin e John William Corrington (Baton Rouge, Louisiana: Louisiana State University Press, 1991), 1-69.

VOEGELIN, Eric. **"Order and History**, vol. 1: Israel and the revelation”, trad. Port. C. C. Bartolotti, Ordem e história, vol. 1: Israel e a revelação, São Paulo, Loyola, 2014.





Volume 3 nº33-2023

ISSN: 2316-7548

Páginas 707 - 730

ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS EM REVISTA

unicuritiba

GOYARD FABRE, Simone. ***Philosophie Critique et Raison Juridique***, trad. port. M. Galvão, Filosofia crítica e razão jurídica, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, tradução de J. B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.



REVISTA ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS UNICURITIBA.

[Received/Recebido: abril 20, 2023; Accepted/Aceito: maio 08, 2023]

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-Não comercial 4.0 Internacional.