

Gustav RADBRUCH

**INTRODUÇÃO
À
FILOSOFIA DO DIREITO**

tradução e introdução:
Prof. Jacy de Souza Mendonça

ÍNDICE

Introdução	4
Prefácios	8
Capítulo I – O conhecimento do Direito	
§ 1. A ciência do Direito em sentido estrito	12
§ 2. A História do Direito e o Direito Comparado	14
§ 3. A Sociologia Jurídica	15
§ 4. A Psicologia Jurídica	16
§ 5. Rudolf Jhering (1818-1892)	17
§ 6. Problemática d Filosofia do Direito	19
Capítulo II – A Idéia de Direito	
§ 7. A Justiça	24
§ 8. A conformidade aos fins	26
§ 9. A Segurança Jurídica	28
§ 10. A hierarquia das idéias de valor	29
Capítulo III – O Direito Positivo	
§ 11. O conceito de Direito	31
§ 12. A validade do Direito	32
Capítulo IV – O Direito e outras formas culturais	
§ 13. O Direito e a Moral	35
§ 14. O Direito e o Costume	36
§ 15. O Direito e a Religião	38
Capítulo V – As grandes culturas jurídicas	
§ 16. O Direito romano	41
§ 17. O Direito anglo-americano	42
§ 18. O Código Civil francês	45
§ 19. O BGB – Código Civil alemão	46
§ 20. O “Codex Juris Canonici”	48
Capítulo VI – As formas do Direito	
§ 21. Direito subjetivo e Direito objetivo	50
§ 22. Direito público e Direito privado	53
§ 23. Direito material e Direito formal	54
Capítulo VII – As tendências da ciência do Direito	
§ 24. Os períodos da ciência do Direito	56
§ 25. O positivismo jurídico	66
§ 26. O movimento do Direito livre	67
Capítulo VIII – A Filosofia da História do Direito	
§ 27. A Filosofia Jurídica da História	70

§ 28. A Filosofia da História Jurídica	70
Capítulo IX – A estética do Direito	
§ 29. Direito e linguagem	73
§ 30. Direito e imagem	75
§ 31. Direito e poesia	77
Capítulo X – Alguns problemas atuais da Filosofia do Direito	
§ 32. “Humanidade” como conceito jurídico	82
§ 33. O Direito social	83
§ 34. A idéia de democracia	87
§ 35. O Direito universal	89
§ 36. O Direito supralegal	93
Bibliografia Adicional	94

Introdução

Gustav Radbruch foi um dos mais importantes juristas do século XX, não só pelas magníficas obras que nos legou, mas, acima de tudo, por extraordinária carga de experiência existencial que acumulou e pela forma como a recolheu e assimilou em suas idéias.

Apontando apenas os dados mais importantes de sua biografia: nasceu a 21 de novembro de 1878, em Lübeck, e faleceu em Heidelberg, a 23 de novembro de 1949, dois dias depois de completar 71 anos de idade. Na vida acadêmica, foi aluno de Direito Penal de *Franz v. Liszt* e professor de Direito Penal e de Filosofia do Direito nas Universidades de Königsberg, Kiel e Heidelberg. Em 1922 divulgou seu projeto de Código Penal alemão. Na vida política, como membro de Partido Social Democrata Alemão (SPD), foi Deputado no *Reichstag* entre 1920 e 1924, constituinte de *Weimar* e Ministro da Justiça (de 1921 a 1923) no gabinete social-democrata. Em seus pronunciamentos políticos, manifestou-se sempre contrário ao Estado totalitário, que até muitos membros do governo de que participou defendiam. A chegada do *Partido dos Trabalhadores Alemães Nacional-Socialista* ao Poder deu início ao período de suas grandes dificuldades políticas. Em março de 1933, Hitler começou a editar medidas com força de lei, assemelhadas ao que conhecemos como Decretos-leis ou Medidas Provisórias; todas eram sistematicamente aprovadas pelo Parlamento e toleradas, por omissão, pelo Poder Judiciário, a ponto de Hitler ter dispensado o Parlamento sob o argumento de ser caro e inútil e com aplausos da população. A medida com força de lei promulgada em 7 de abril de 1933 tinha como objeto a “reestruturação do funcionalismo público” e, com base nela, no mês seguinte, Radbruch foi destituído de sua cátedra em Heidelberg pelos nazistas “por não ser confiável, em razão de sua personalidade de suas atividades políticas anteriores”. A readmissão no cargo deu-se apenas depois da guerra, em 1945, quando retomou as atividades de professor, assumindo também a condição de decano da Faculdade de Direito, encarregado de sua reestruturação. Desde a retomada das atividades docentes até a morte, viveu o período mais fecundo de sua vida no que diz respeito à divulgação de suas idéias.

Publicou inúmeras obras, dentre as quais devem ser destacadas: *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Introdução à Ciência do Direito), de 1910; *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Fundamentos de Filosofia do Direito), de 1914; *Kulturlehre des Sozialismus* (Cultura Socialista), de 1922; *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs* (Minuta de um Código Penal Alemão), de 1922; *P.J. Anselm Feuerbach, ein Juristenleben* (P.J. Anselmo Feuerbach, a vida de um jurista), de 1934; *Elegantiae Juris Criminalis* (Direito Penal da Elegância), de 1938; *Gestalten und Gedanken* (Forma e Pensamento), de 1945; *Theodor Fontane oder Skepsis und Glaube* (Teodoro Fontana, ou ceticismo e fé) de 1945; *Der Geist des Englischen Rechts* (O Espírito do Direito Inglês), de 1946; *Vorschule der Rechtsphilosophie* (Introdução à Filosofia do Direito), de 1947; *Geschichte des Verbrechens* (Histórias de Crimes), publicada em 1951; *Der innere Weg. Aufriss meines Lebens* (O Caminho interior. A trajetória de minha vida), publicada em 1951; *Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts* (O Homem no Direito. Obras escolhidas e Ensaio sobre questões fundamentais do Direito), publicada em 1957.

Suas reflexões foram marcadas pelos problemas filosóficos predominantes naquela época, principalmente a questão da validade do conhecimento científico e filosófico; e foram marcadas também pelas soluções a eles propostas pelo grande gênio filosófico de seu país e da cidade de Königsberg, onde ambos lecionaram – *Emmanuel Kant*.

Aceitou integralmente, e com vivo interesse, a proposta kantiana de justificação do conhecimento científico e de superação do positivismo empirista, assim como a rejeição ao conhecimento filosófico, a tal ponto que, mesmo se sentindo liberado para uma renovação criadora, principalmente depois das dramáticas experiências políticas, jamais se libertou das idéias de *Kant*.

O primeiro legado do genial filósofo ao grande jurista foi o relativismo, ao qual Radbruch afirma ter chegado e no qual permaneceu, segundo confessa, acima de tudo, por resignação. A leitura do capítulo a este respeito, já na *Filosofia do Direito*, deixa a impressão de que se tratava de algo mais profundo que resignação, ou seja, de verdadeira convicção. É a aceitação do *ignorabimus* de *Kant*. Como escrevera este, emparedados que somos em nós mesmos, jamais poderemos chegar ao objeto do conhecimento enquanto tal – a coisa em si – *das Ding an sich*. Por isso, precisamos nos conformar com o conhecimento dos fenômenos, da aparência das coisas, o que não impede o conhecimento científico – que tem por objeto os fenômenos e compensa esta limitação com a contribuição universalizante da razão humana – mas impossibilita a Filosofia, cujo objeto é exatamente a coisa em si. Daí a convicção ou a necessária resignação ao relativismo. Mas a impossibilidade de fundamentação objetiva do conhecer não conduziu nem *Kant* nem Radbruch ao ceticismo, porque ambos aceitaram, como compensação paralela, a apreensão dos valores como um ato de fé: embora ela não brote do objeto, emerge da natureza do sujeito que conhece.

O subjetivismo de *Kant*, ao qual Radbruch adere, gera necessariamente o dualismo metodológico. Para ambos estão irremediavelmente separados realidade e valor, ser e dever ser e, além disso, para Radbruch, por via de consequência, também Direito Natural e Direito Positivo. São mundos diferentes, que não se comunicam, que coexistem em órbita separadas que não se cruzam. Os valores, para eles, não são apreensíveis pela razão, mas precisam ser aceitos como pressupostos. Exatamente nesta *Introdução à Filosofia do Direito* Radbruch exalta o Direito Natural e reconhece nele o único caminho viável para a solução dos grandes problemas do Direito, fazendo até questão de encerrar a obra com a expressão *Direito Natural*. Entretanto, sua visão do Direito Natural é também kantiana. Nada tem de aproximado à objetividade de Aristóteles, pensador, por sinal, pouco citado por ele – trata-se de um Direito Natural subjetivista, de um conjunto de regras emanadas da razão humana e não apreendidas por ela a partir da natureza das coisas. É verdade que Radbruch faz freqüentes referências à *natureza das coisas* – e escreve mesmo um belo texto a respeito do assunto – mas dá a esta, outra vez, características meramente subjetivas (natureza humana) perdendo a grande oportunidade de encontrar o conteúdo justo objetivo para as normas positivas; conteúdo que tanto procurava. Este seria o caminho para superar o fato de as normas positivas poderem abrigar injustiças, o que ele critica com veemência, principalmente depois da experiência nazista.

Se em Filosofia esteve aprisionado a *Kant*, em política é manifesta sua inclinação pelo socialismo. Apesar de reconhecer a “necessidade do liberalismo” como única forma de preservar a liberdade do homem, é radicalmente social-democrata até o fim da vida. De um lado, repudia o totalitarismo do Estado, mas, de outro, reconhece a este o direito de intervir na sociedade através dos chamados direitos e ações sociais.

Também em nome da liberdade contesta o capitalismo, no qual enxerga apenas a possibilidade de desmandos, risco que em sua apaixonada miopia política não percebe no socialismo. Esta manifesta paixão socialista tinha mesmo que conflitar com os nazistas, cujo projeto político, ao menos em suas origens, estava hipnotizado pela necessidade de impedir a invasão da Europa pelas idéias marxistas implantadas no império soviético. Embora tenha sido esta paixão socialista a causa de sua demissão da cátedra universitária, mesmo assim, após o retorno a ela, manteve até o fim da vida a mesma opção, como se lê também nesta *Introdução*.

Adquiriu fama em todo o mundo quando, no alvorecer da carreira acadêmica, publicou sua *Filosofia do Direito*, então sob o pretensioso título *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (Fundamentos de Filosofia do Direito). Nesta obra, é clara a convicção de estarem sendo oferecidas respostas que pretendia fossem definitivas aos grandes problemas do Direito, seguindo o método recolhido exclusivamente em *Kant*. O relativismo aparece como confessado ponto de partida, enquanto o subjetivismo e o racionalismo são a pedra de toque das soluções. Não estava só, pois o mesmo caminho era trilhado, entre outros, pelos grandes pensadores da época, como *Stammler* na Alemanha e *Del Vecchio* na Itália, para citar apenas os mais destacados. Parece que o manto do prestígio de *Kant* estendeu-se sobre eles no campo jurídico e muito em particular sobre *Radbruch*. Sua primeira grande obra ganhou o mundo e foi traduzida em quase todas as línguas. Por isso, pode parecer estranho que, já no fim da vida, tenha escrito (mais precisamente: ministrado um curso e autorizado a publicação das notas a ele relativas) sobre os mesmos temas, sem encabeçar a nova obra com alguma expressão que sugerisse continuidade, complementação ou aperfeiçoamento. Ao contrário, fez questão de utilizar o título de *Introdução*. Lógica e cronologicamente, este título caberia na obra dos trinta anos e o título definitivo (*Filosofia do Direito*) na dos setenta anos. Jamais ao revés. Este fato tem, porém, grande significado. Pretendia ele, realmente, recomeçar. Não acreditava mais naquilo em que acreditara e encontrava coragem suficiente (o que é raro e elogiável entre os homens) para rejeitar as idéias que dele fizeram um jovem famoso, criticá-las e substituí-las por outras. Pretendia até não permanecer na *Introdução*, mas reescrever a *Filosofia do Direito* utilizando, na revisão, as idéias adultas plantadas na nova obra. A foice da morte colheu-o, todavia, antes que iniciasse este trabalho.

As duas obras principais de *Kant* (*Crítica da Razão Teórica* e *Crítica da Razão Prática*) revelaram-se sempre contraditórias, ao menos quanto a seus resultados. A primeira concluiu pela impossibilidade do conhecimento da essência das coisas e a segunda iniciou-se exatamente pela aceitação do conhecimento essencial dos principais objetos do conhecimento humano (a existência de Deus, a liberdade e a imortalidade da alma) como exigências, como postulados, como ato de fé, indispensáveis à Moral, ao Direito e à Religião. Desta dualidade resultaram, após sua morte, as duas escolas também contraditórias, embora ambas kantianas e a ele fiéis – a Escola de *Baden* e a de *Marburg* –, cada uma delas aprisionada a uma de suas grandes Críticas.

Na fidelidade de *Radbruch* a *Kant* percebe-se o mesmo conflito. Sua *Filosofia do Direito* inspirou-se principalmente na *Crítica da Razão Teórica*, com poucas concessões à *Crítica da Razão Prática*, motivo pelo qual parte do relativismo e nega tanto a possibilidade do conhecimento essencial do Direito quanto a existência de um necessário conteúdo justo para ele. Algo bem semelhante ao que doutrinava a Escola de *Marburg*. Na última obra, a *Introdução*, embora não rejeite as conclusões da *Crítica da Razão Teórica* relativamente ao conhecimento humano, preconiza, como propusera *Kant* na *Crítica da Razão Prática* e como entendia a Escola da *Baden*, a necessária

aceitação de um conteúdo no Direito ainda que sob a forma de postulado, de ato de fé, para que a regra positiva possa ser efetivamente aceita como jurídica. Não titubeou, então, em optar pela condenação dos guardas alemães (*Mauerschützen*) que, no estrito cumprimento do que lhes determinava a lei, atiraram contra seus irmãos que pretendiam fugir do “paraíso socialista”, desrespeitando o muro que dividiu o país em dois. Alegou, para justificar este posicionamento, que, se a lei é *extremamente* injusta, não pode ser considerada Direito. Deixa *in albis* a questão da possibilidade de quantificar esta injustiça. Fato é que, entre uma e outra obra, Radbruch vai da absoluta incognoscibilidade essencial do Direito à absoluta fé na justiça. De uma visão do Direito considerado como “tudo o que beneficia o povo” chega à convicção de que “somente o que é justo beneficia o povo”. A razão de ser desta radical transformação é encontrável a partir de seu sofrimento existencial. É dele mesmo o testemunho sobre a origem de seu aprendizado, a partir das monstruosidades do nazismo, todas elas praticadas em nome da lei. Uma lei sem conteúdo, uma lei que não precisava de conteúdo, uma lei que valia pelo simples fato de ser lei, pelo fato de representar a vontade do poderoso, a vontade do *Führer*. “O terror sob forma de lei”. Uma lei que não se preocupava em ser justa ou injusta, que levou seu filho ao campo de batalha e não permitiu que retornasse vivo; uma lei que lhe retirou a cátedra jurídica que tanto amava e na qual se realizava com tanto êxito. Assim, aquilo que ele não percebera com as extraordinárias forças de sua razão, com toda a sua genialidade, aprendeu pelo sofrimento pessoal e testemunhando o sofrimento de seus concidadãos. Foi assim que ele partiu do positivismo jurídico inicial à moda Hobbes (*auctoritas, non veritas facit legem* – é a autoridade, não a verdade, que faz a lei) em direção a um jusnaturalismo, ao menos em forma larvada, para o qual a injustiça extrema não pode ser considerada lei (*extremes Unrecht ist kein Recht*). Teve coragem e honestidade intelectual para reconhecer esta trajetória, este *caminho interior* (expressão com a qual intitulou sua autobiografia) e reuniu todas as suas forças para retomar o trabalho intelectual sob nova inspiração. Infelizmente, não se livrou da prisão intelectual na qual se envolvera inicialmente e buscou exclusivamente em *Kant* a superação dos problemas herdados de *Kant*. Sugestivamente, o final desta *Introdução* é mais um conjunto de perguntas, de interrogações, que de respostas, fato que reconhece em seu prefácio e identifica como temática para a anunciada revisão de sua *Filosofia do Direito*, propondo aos leitores que aproveitem as mesmas questões para a reflexão individual e formação de seu pensamento. São, todavia, questões irrespondíveis dentro dos estreitos limites do sistema kantiano. O que ele procura é um Direito supra-legal, um Direito situado acima da lei, trans-positivo, fundamentado na Moral, semelhante à Verdade, à Beleza e ao Bem; um Direito superior, ao qual o Direito Positivo seja obrigado a ceder quando os dois entrarem em colisão. Um Direito Natural. Mas este Direito Natural que Radbruch reconhece como indispensável à solução das grandes questões do Direito não é caminho seguro se e enquanto pensado, como em *Kant*, como meramente racional, se admitido apenas como um conjunto de regras editadas pela razão. Radbruch precisaria sair de *Kant*, conflitar com seu mestre, superar as antinomias de sua obra, para só então chegar às respostas que tanto buscava. Precisaria, mas não fez. Certamente porque, como escreveu em carta a seu amigo e colega Erik Wolf, quatro anos antes da morte, *a viragem das coisas tivesse chegado tarde demais para ele, só lhe permitindo fazer alguma coisa dentro de limites muito estreitos...*

prefácio da 1ª edição

Dois alunos de Filosofia do Direito pediram-me que autorizasse a reprodução dessas aulas e eu autorizei a impressão.

O texto foi revisado, mantendo, porém, as características de anotações de aula. Não me envergonho, por isso, em razão de algumas minúcias de certos parágrafos, de algumas lacunas na exposição, de repetições e divagações, da escolha aleatória da bibliografia citada, nem da indicação de minhas próprias exposições sobre o tema em outros locais.

Ao lado de seu objetivo inicial, este pequeno livro deixará claro também de que forma pretendo refazer e aperfeiçoar minha Filosofia do Direito (3ª edição, 1932). Aparentes contradições que possam ser aqui encontradas encontrarão então sua explicação – até lá, que elas sirvam como exercício mental para seus leitores. Escolhi (assim como fez o Professor Emge para livro assemelhado), a exemplo da “Introdução à Estética” de Jean Pauls, o título de “Introdução à Filosofia do Direito”.

No parágrafo relativo às “tendências da ciência jurídica”, aproveitei na íntegra a exposição, com o mesmo título, publicada por meu falecido amigo Hermann Kantorowicz. Desta forma, este livro, assim como minha Filosofia do Direito a ele dedicada, corresponde a um monumento a nossa amizade e uma demonstração de gratidão por seu precioso e decisivo estímulo científico.

Heildeberg, agosto de 1947

Gustav Radbruch

prefácio da 2ª edição

No dia 23 de novembro de 1949 faleceu Gustav Radbruch. Acabava de completar 71 anos de idade e pretendia manter-se em atividade até os últimos dias. A morte frustrou sua intenção de republicar a “Filosofia do Direito”, cuja 3ª edição aparecera em 1932. Restou-nos, por isso, esta “Introdução à Filosofia do Direito” como única publicação na qual ele expõe de forma organizada a evolução de seu pensamento filosófico-jurídico entre 1932 a 1949, razão pela qual a obra adquiriu significado originalmente não imaginado. Serve para entender a evolução de seu pensamento, serve como ponte entre a retrospectiva sobre o que ele foi e a previsão de seus trabalhos futuros.

Pretensão desta obra é muito mais lançar racionalmente os leitores atuais – como ocorreu com os alunos de 1946 – dentro de questões jurídico-filosóficas, do que propor respostas a elas; é conduzi-los pela mão e neles gerar curiosidades a respeito da “Filosofia do Direito” (cujas 4ª e, em 1956, 5ª edições são póstumas, por iniciativa de Erik Wolf), como instrumento para o desenvolvimento de seu pensamento. Pretende, finalmente, tornar evidente o modo como Gustav Radbruch pensava a evolução de seu filosofar.

Ele previu que este trabalho seria entendido como indício de contradição com o pensamento fundamental de sua Filosofia do Direito de 1932. Propôs, por isso, ao leitor, recebê-lo como exercício mental, para tentar resolver por si mesmo as aparentes contradições.

De fato, este exercício mental se mantém até hoje e não terá fim tão cedo, pois o núcleo destas reflexões e debates não diz respeito apenas ao filosofar de Radbruch, mas ao retorno à questão fundamental de toda Filosofia do Direito: se são possíveis princípios jurídicos objetivos que precedam a lei como Direito superior a ela e que fundamentem o pensamento crítico científico; ou de que forma o “Direito Natural” está ligado ao Direito Positivo.

A resposta de Radbruch a esta questão na “Introdução” leva necessariamente à propositura de outra questão preliminar: não estará ele abandonando os dois princípios fundamentais de seu pensamento – o dualismo metodológico de Kant e o relativismo axiológico a partir do conhecimento teórico – posições que sempre defendeu?

Em verdade, o dualismo entre valor e realidade, entre ser e dever ser, ponto de partida de seu pensamento filosófico-jurídico, foi retomado na “Introdução”, mas, em princípio, não tinha sido rejeitado em 1924, como elemento da “natureza das coisas”. Não era para ele a pedra fundamental no sistema da ontologia jurídica, mas era o pilar que suporta a abóbada, aliviando a tensão contrária entre a idéia de valor e a realidade, era a expressão conceitual do fato de que todas as normas do dever obrigam, em relação ao ser que pretendem ordenar, devendo, portanto, ser adequadas à natureza do homem; a avaliação e o ordenamento do ser não podem ser feitos levando-se em consideração apenas o próprio ser, mas faz-se necessário relacioná-lo a um dever. Esse novo elemento apenas significa, portanto, que dever e ser não são apenas radicalmente diferentes, mas também opostos e mantêm, ao mesmo tempo, um relacionamento dialético tenso entre si.

Radbruch nunca se sentiu obrigado a abandonar o relativismo ou mesmo refutá-lo como método tradicional do pensamento científico. Este relativismo resulta do fato de que os juízos de valor ou de dever são tão indispensáveis quanto cientificamente indemonstráveis, porque não se fundamentam no conhecimento, mas em alguma espécie de fé. Por isso expunha ele a crítica metodológica do pré-julgamento de todos os juízos de valor e, com ela, “a equivalência da decisão a respeito da própria justiça em relação ao posicionamento de terceiro”. Na Filosofia do Direito, para ele, chega-se diretamente, “a partir do relativismo, a conclusões absolutas, em particular à conclusão relativa à sobrevivência do Direito Natural clássico”, como já afirmara em uma conferência em Lyon, em 1934. “São indestrutíveis fundamentos dos quais podemos nos afastar, mas aos quais retornamos sempre” (Radbruch, *O Homem no Direito*, 1957 – Kleine Vandenhoeck-Reihe, págs. 80 e seguintes).

Muitos leitores solicitaram aos editores da “Filosofia do Direito” (prefácio da 5ª edição, pág. 16) publicar a “Introdução” como primeira parte daquela obra, para refletirem sobre as fecundas questões de tão rico trabalho e poderem formar o próprio juízo sobre a continuidade do pensamento filosófico-jurídico de Radbruch. Esta solicitação não pôde ser acolhida, em vista dos interesses financeiros dos leitores estudantes. Deve-se, por isso, festejar o fato de que a “Introdução” possa aparecer agora como parte das obras completas de Radbruch, e mais ainda a circunstância de que ela seja imediatamente traduzida para o japonês, o coreano e o italiano.

Este trabalho é recomendado à leitura de todos os juristas: dos jovens, que buscam o conhecimento do Direito além das leis; assim como dos experientes, que aplicam as leis ou declaram o Direito. É recomendado especialmente àqueles que dedicam sua atenção às questões fundamentais da ordem jurídica de nossa vida coletiva e preocupam-se com o conhecimento profundo das questões sobre sua validade.

Stuttgart, julho de 1959

Joachim Stoltzenburg

prefácio da 3ª edição

Esta terceira edição foi revisada e corrigida pelo Prof. Arthur Kaufmann e o pelo Assistente Leonhard Backmann da Universidade de Saarbrücken quanto a erros de imprensa e pequenos equívocos objetivos; a eles expresse meu cordial agradecimento. Em geral, porém, o texto foi mantido sem alterações. Ela é a derradeira exposição, embora resumida, da Filosofia do Direito de Gustav Radbruch; adaptá-la às condições atuais da pesquisa, reescrevê-la, não nos pareceu factível. Para facilitar aos leitores a conexão com a Filosofia do Direito atual, as referências bibliográficas foram complementadas (no final do livro), mas, tendo em vista a fartura de novos trabalhos desta natureza, foi necessária uma seleção – limitada às edições em língua alemã.

Heidelberg, junho de 1965

Lydia Radbruch

I

O conhecimento do Direito

§ 1º. A ciência do Direito em sentido estrito

I. A ciência jurídica em sentido estrito, dogmática jurídica, ou conhecimento sistemático do Direito tem por objeto a manifestação positiva do Direito.

A diferença que existe entre Filosofia do Direito e Política Jurídica consiste em que a primeira trata dos valores do Direito e esta dos instrumentos que possibilitam a realização destes valores. O Direito Positivo é objeto da História do Direito e do Direito comparado, enquanto a existência e os fatos da vida jurídica são objetos da Sociologia e da Psicologia jurídicas. (Sobre o significado objetivo, veja-se, abaixo, II, 1).

II. O tratamento científico do Direito Positivo desenvolve-se em três etapas: a interpretação, a construção e a sistematização.

1. A *interpretação* jurídica busca o significado objetivo do Direito Positivo, quer dizer, o significado incorporado à norma jurídica em si mesma, não no sentido subjetivo, ou seja, relativo ao pensamento das pessoas que participaram de sua criação. Esta é a distinção que existe entre a interpretação jurídica e a interpretação filológica. A interpretação filológica é sempre um repensar algo anteriormente pensado (um conhecimento do já conhecido, como disse August Böckh), enquanto a interpretação jurídica consiste em levar a reflexão cognitiva até um desfecho conseqüente. A jurisprudência, como ciência do Direito, é, assim, uma ciência prática que busca dar uma resposta imediata a cada pergunta jurídica, sem poder esquivar-se alegando a existência de lacunas, contradições ou ambigüidades da lei. Ela precisa conhecer e entender as leis melhor do que as próprias pessoas que participaram de sua elaboração e deve extrair da lei mais do que estas pessoas conscientemente nela puseram ao redigi-las ou aprová-las.
2. A *construção* jurídica segue a mesma metodologia da construção matemática, técnica, gramatical ou histórica: a reestruturação de cada instituto jurídico a partir de suas partes, previamente separadas pelo pensamento, ou seja, a síntese dos resultados da análise realizada. Ela é a comprovação da ausência de lacunas e contradições nas normas relativas a determinado instituto jurídico. Exemplificando: os fatos sancionados pelo Código Penal visam à proteção de um bem jurídico que determinada lei penal pretende proteger; a circunstancia de fato “abuso de confiança” constrói-se como o emprego abusivo de um poder jurídico de disposição ou como a violação de uma relação de confiança. A construção jurídica opera-se, a mais das vezes, a partir de determinados fins jurídicos (construção teleológica), todavia, existem também construções jurídicas não teleológicas como, por exemplo, a construção do processo como relação jurídica de desenvolvimento gradual.

3. Finalmente, enquanto a construção jurídica examina cada instituto jurídico especificamente, a *sistemática* jurídica examina a ordem jurídica sob seu aspecto geral ou universal: a evolução de cada norma concreta que a integra ou alguma de suas partes, enquanto idéia específica.

III. Existem, portanto, de acordo com o que foi acima exposto, duas espécies de conceitos jurídicos:

1. *conceitos juridicamente relevantes*, ou seja, aqueles dos quais se parte para construir as circunstâncias integrantes da base de fato das leis, como, por exemplo, *subtração*, *coisa móvel alheia* e *intenção de apropriar-se*, no caso do furto. Eles não são criados pela ciência jurídica, pois esta os recolhe de outras áreas do conhecimento ou da própria vida, embora sem deixá-los intactos, uma vez que lhes atribui por vezes maior rigor, sob o ponto de vista restrito ou amplo, segundo o caso, e outras vezes transforma-os para efeitos jurídicos, como ocorre, por exemplo, com o conceito de *posse*, tão diverso quando empregado em sua acepção usual ou em sua acepção jurídica.
2. *conceitos jurídicos genuínos*, *conceitos realmente jurídicos*, ou seja, aqueles cujo conteúdo é utilizado para a construção do objeto das proposições jurídicas: a eles pertencem os conceitos dos diversos direitos subjetivos, dos deveres jurídicos, das relações jurídicas e dos institutos jurídicos. Eles procedem diretamente do Direito Positivo (como o conceito de compra e venda e de hipoteca) ou logicamente do conhecimento científico do Direito Positivo e são as ferramentas cuja utilização é necessária à compreensão científica do Direito Positivo. Não pertencem, portanto, a nenhum Direito Positivo em particular, mas valem para todo Direito possível. Não se trata de normas jurídicas concretas ou de normas de Direito Natural, mas sim de conceitos puramente formais; não correspondem a respostas com validade universal a respeito de questões práticas do Direito, mas apenas a pergunta que podemos e devemos formular em relação a qualquer Direito, para poder reconhecê-lo como tal. Tais *conceitos jurídicos apriorísticos*, tais categorias do conhecimento jurídico incluem, por exemplo, os conceitos gerais de direito subjetivo e dever jurídico, de conduta conforme ou contrária ao Direito, de Direito Público e Direito Privado. São conceitos *a priori* – como todos os conceitos jurídicos gerais – são objeto do que se denomina a Teoria Geral do Direito (vide, em especial, a obra de *Adolf Merkel – Enciclopédia Jurídica*, de 1885). No período do positivismo, a Teoria Geral do Direito foi considerada como substitutiva da Filosofia do Direito, como a *Filosofia do Direito Positivo*.

BIBLIOGRAFIA:

Radbruch, Arten der Interpretation (Formas de Interpretação) – em Recueil d'études sur les sources du droit em honneur de Fr. Gény (Estudos sobre as Fontes do Direito, em homenagem a Fr. Gény), vol. 2; Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe in Rechtsdenken (Conceito de Classes e de Ordem no Pensamento Jurídico), em Zeitschrift für die Theorie des Rechts (Revista sobre a Teoria do Direito), ano 12, 1938.

§ 2º. A História do Direito e o Direito Comparado

- I. A *História do Direito* tem por objeto a realidade, a evolução e a eficácia do Direito. Pode limitar-se apenas ao estudo da evolução imanente do Direito, mas pode também investigar sua interação com outras manifestações culturais, ou buscar compreender seu significado histórico na cultura de determinada época.
- II. Enquanto a História do Direito tem como objeto a sucessão dos fenômenos jurídicos no tempo, o *Direito Comparado* ocupa-se com o relacionamento das diversas ordens jurídicas nacionais, em uma determinada época. Normalmente, a comparação dos ordenamentos jurídicos de povos civilizados é feita sob perspectiva política. Veja-se a monumental obra em 15 volumes *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts – Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform* – (Exposição Comparada do Direito Penal Alemão e Estrangeiro – Trabalhos Preliminares para a Reforma do Direito Penal Alemão). Por sua vez, o Direito Comparado, como “ciência etnológica do Direito”, como pesquisa relativa ao Direito dos povos primitivos, tem como objetivo construir, com fundamento nestes dados primitivos, a pré-história do desenvolvimento do Direito dessas civilizações; assim focado, o Direito Comparado desemboca na História Universal do Direito (*Montesquieu, Esprit des lois* – O Espírito das Leis, 1748; *Feuerbach*, 1775-1833; *Henry Sumner Maine*, 1822-1888; *Joseph Kohler*, 1849-1919; vide *Radbruch, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Revista Suíça de Direito Penal, vol. 54, 1940, pág. 22 e segs).
- III. A *História Universal do Direito* pretende estabelecer determinados tipos de processos históricos universais, dentre os quais:
 1. Do comunismo primitivo à propriedade privada.
 2. Do matriarcado à família patriarcal, da endogamia à exogamia (por raptos ou compra), da poligamia à monogamia (*J.J. Bachofen, Fr. Engels, A. Bebel*).
 3. Do *status* ao *contractus* (Henry Sumner Maine), ou seja, de um sistema jurídico fundado no *status* das pessoas a um sistema jurídico construído sobre o contrato, sobre a livre disposição de vontade dos indivíduos.
 4. Da “comunidade” à “sociedade” (*Ferdinand Tönnies*), isto é, das formas de convivência totalitária e orgânica às formas atomísticas e individualistas.
 5. No Direito Penal, a evolução da vingança do clã à pena pública (*Theodor Mommsen* e outros, *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker* – O Direito Penal Primitivo dos Povos Civilizados, 1905; vide também *Radbruch, Elegantie juris criminalis*, 1938, pág. 1 e segs).

A História Universal do Direito pretendeu, em certos momentos, substituir a Filosofia do Direito (vide *Kohlers*, Neohegelianismo).

§ 3º. A Sociologia Jurídica

- I. Diferentemente da História do Direito e do Direito Comparado, que tratam de uma ou diversas ordens jurídicas, de situações jurídicas e da evolução do Direito, a Sociologia Jurídica pesquisa as leis gerais e os processos típicos da evolução do Direito e a vida regida pelo Direito na sociedade. (Desta forma, podem enquadrar-se também na Sociologia Jurídica os processos evolutivos da História Universal do Direito apontados no parágrafo anterior).

- II. Entre as teorias da Sociologia Jurídica destaca-se como significativa a *concepção materialista da história* fundada por *Karl Marx* (1818-1883) e *Friedrich Engels* (1820-1895). Segundo *Karl Marx*, a estrutura econômica da sociedade forma “a base real sobre a qual se apóiam a superestrutura jurídica e política a que correspondem determinadas formas sociais de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida político-jurídica e da vida do espírito em geral”. Ao modificar-se a base econômica, “movimenta-se, lenta ou rapidamente, a imensa superestrutura erigida sobre ela. (Qualificam-se as idéias, enquanto desta forma socialmente condicionadas, de ideologias.) A teoria materialista da história é inversa, em relação à concepção de Hegel, segundo a qual toda evolução segue a evolução do espírito. Para este, o ser depende da consciência, o que equivale, para Marx, a “colocar as coisas de cabeça para baixo”. Marx pretende “colocá-las novamente sobre os pés”, ao conceber a consciência como derivação do ser. Identifica, no entanto, “o ideal com o material transferido para a mente humana e por ela traduzido”, o que importa admitir que o ideal, por exemplo o Direito, é sempre distinto do material: não se trata de uma questão de mera aparência, mas da transposição ou tradução do material sob nova forma, sob determinada forma cultural que é a forma jurídica. *Friedrich Engels* reconheceu mais tarde que tanto ele quanto *Marx* “desdenharam o aspecto formal do problema em relação ao conteúdo”. Reconheceu que o Direito, apesar de sua dependência da Economia, rege-se, em certa medida, por leis específicas e admitiu também “que fatores históricos, apesar de criados por outros que são sempre, em última instância, fatores econômicos, reagem e podem repercutir sobre o meio e sobre suas próprias causas”. Apesar da autonomia do Direito, há possibilidade de os fatos jurídicos interagirem com os econômicos. Somente em “última instância”, conforme Engels, as idéias, por exemplo, o pensamento jurídico, podem ser reduzidas a causas econômicas. Quando se acrescenta que a concepção materialista da história não pretende ser elevada a um dogma apriorístico, mas constitui apenas um método ou hipótese de manifesta *fecundidade*, fica ela reduzida a seu real significado.

Notável exemplo de interação, entre causas econômicas e Direito, encontramos na evolução da liberdade de coalizão. Em sua ascensão, a burguesia lutou, em seu proveito econômico, pela liberdade de associação. Lutou por esta liberdade e instaurou-a sob a forma de direito, isto é, sob forma universal, como liberdade para todos. Esta configuração jurídica fez com que a

liberdade de associação, originalmente um interesse econômico da *burguesia*, beneficiasse também o proletariado e lhe proporcionasse, sob a forma da livre associação sindical, um instrumento de luta contra a burguesia, que em seu interesse a havia instituído. Assim, neste caso, a forma jurídica repercutiu sobre a Economia, quando pretendia apenas servir-se dela (vide *Radbruch, Klassenrecht und Rechtsidee – O Direito de Classe e a Idéia de Direito – em Zeitschrift für soziales Recht – Revista de Direito Social*, 1929).

A obra jurídica mais valiosa relativa à concepção materialista da história é o livro de *Karl Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts in ihrer sozialen Funktion* (As Instituições do Direito Privado em sua Função Social), 1929. O materialismo histórico foi criticado principalmente por *Rudolf Stammler*, para quem nenhuma ordem econômica é concebível sem forma jurídica, portanto o Direito não pode ser apenas um produto da Economia.

Exemplo inverso relativo à influência da idéia sobre a Economia é proporcionado por *Max Weber* (1864-1920) em seu famoso estudo *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus – A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*.

- III. Também a Sociologia Jurídica pretendeu, na época do positivismo, ser considerada como Filosofia do Direito (*Paul Barth, Die Philosophie der Geschichte als Soziologie – A Filosofia da História como Sociologia*).

§ 4º. A Psicologia Jurídica

As causas sociológicas só podem atuar sobre o homem através de seu psiquismo. A psicologia da ilicitude, especialmente a psicologia criminal, está muito mais desenvolvida do que a psicologia do Direito, única que nos interessa neste trabalho. É necessário distinguir aqui a psicologia do Direito Subjetivo em relação à psicologia do Direito Objetivo e do julgamento judiciário.

- I. Ao definir-se *direito subjetivo* como interesse juridicamente protegido, são reunidos dois poderosos fatores que, fora dele, são sempre hostis: o próprio interesse e a consciência de aprovação jurídica e moral, a consciência do dever moral, pois, segundo *Ihering*, a luta pelo próprio Direito constitui um dever moral de auto-afirmação. Sentimento jurídico e consciência encontram-se psicologicamente em contradição: enquanto a consciência atrela-se ao egoísmo, o sentimento jurídico liberta dele. Por isso um e outro se personificam em caracteres essencialmente diversos: são evidentemente distintas as personalidades nas quais predomina a consciência e aquelas nas quais prevalece o sentimento jurídico: o homem doce e o colérico, o bom e o poderoso, o santo e o herói, a ovelha e o bode. Uns personificam o “tipo angustiado”, outros o “tipo colérico” (*Kornfeld, na Zeitschrift für Rechtsphilosophie – Revista de Filosofia do Direito – vol. I, págs. 135 e sgs*). O sentimento jurídico, em grande medida, corre os perigos da hipocrisia e da ilusão: o egoísmo, a inveja e o despeito, a teimosia, a mania litigante e a ânsia pelo poder, o espírito de vingança e a perversidade, disfarçam-se como sentimentos jurídicos. O sentimento jurídico inclina-se também à exaltação patológica, à psicose querelante. Ele está frequentemente ligado ao aspecto individual e descuida-se da generalização do caso concreto, essencial ao Direito. Acima de tudo, toma como seu objeto um Direito fictício, nem

sempre real. Finalmente, à lição de *Ihering* relativa à obrigação incondicional de lutar pelo Direito, deve-se opor que não somente o “bom direito” tem valor para o homem, mas também a “amada paz” (conf. *Riezler, Das Rechtsgefühl – O Sentimento Jurídico – 1928; Hoche, Das Rechtsgefühl – O Sentimento Jurídico – 1932; Radbruch na Zeitschrift Die Tat – Revista O Fato – julho de 1914.*)

- II. A obediência ao *Direito Objetivo* resulta de vários motivos: o temor em relação ao castigo, a previsão da penalidade, o interesse pessoal, a imitação, o hábito, o sentimento de ordem e de coletividade, a lealdade em relação ao poder estatal, a consciência e, por fim, também o sentimento jurídico. A obediência não decorre de um generalizado conhecimento popular do Direito, mas, muito mais, do fato de que é dado um cheque em branco (semelhante à “fé implícita” dos teólogos) à vontade do Estado. Nenhuma ordem jurídica perdura, todavia, se não houver no povo ao menos *um* grupo selecionado que conhece o Direito e espontaneamente o reconhece como obrigatório: os juristas. (Vide *Franz Klein, Die psychologischen Quellen des Rechtsgehorsams – Os Fundamentos Psicológicos da Obediência Jurídica – 1912.*)
- III. Diferentemente da obediência popular ao Direito, o *juízo judicial* embasa-se geralmente no conhecimento do Direito e na sujeição a ele. Mas também na psicologia do Juiz podem misturar-se motivos subjetivos incontroláveis que justificam as críticas à Justiça classista. Não se trata aqui de consciente deturpação do Direito, mas de influência inconsciente, decorrente do fato de o Juiz integrar a burguesia ou os segmentos mais cultos da sociedade. A forma de vencer esta influência consiste em reconhecer abertamente tais motivações, como se dá na Justiça do Trabalho, que coloca, ao lado de Juízes profissionais, Juízes paritários classistas, representantes de empregados e empregadores, evidenciando, com tal diversidade, o conflito das classes. O “movimento realista”, na ciência jurídica norte-americana, preocupa-se em descobrir, de forma científica, a motivação das decisões judiciais, principalmente a influência de motivos não objetivos; baseia-se na afirmação do famoso Juiz da Corte Suprema, *O. W. Holmes*, segundo a qual a ciência do Direito não é senão a previsão daquilo que os tribunais decidirão no caso concreto. (Vide *Angela Auburtin, Ztschr. F. ausl. Öffl. Recht – Revista de Direito Público Estrangeiro – tomo III, 1932, págs. 529 e sgs.*)
- IV. Também a Psicologia Jurídica pretendeu ser reconhecida como verdadeira Filosofia do Direito. Vide *Petrazycki, Über die Motive des Handelns – Sobre a motivação da Conduta – 1907.*

§ 5º. Rudolf v. Ihering (1818-1892)

Rudolf v. Ihering merece ser aqui destacado porque em sua obra estão reunidos todos os temas da ciência jurídica do século XIX e porque estes temas apontam para o desenvolvimento futuro de uma nova Filosofia do Direito.

Em *Geist des römischen Rechts* (O Espírito do Direito Romano) de 1825 e sgs., preocupa-se ele honestamente com a missão da Escola Histórica, de encontrar o

Direito no “espírito do povo”. O espírito do povo romano, todavia, é retratado por ele de forma pouco romântica, como um egoísmo disciplinado e decidida atuação.

Sua exposição *Der Kampf ums Recht* (A Luta pelo Direito), de 1872, e sua obra *Der Zweck im Recht* (O Fim no Direito), de 1877 e sgs. estão marcadas pelos motes: “deves afirmar teu direito lutando” e “o fim criador de todo o Direito”. Enfrentar lutas e conflitos interiores foi sempre uma característica existencial de *Ihering*. Antes que declarasse que todo o Direito é uma criação consciente da idéia de fim, havia criticado acerbamente esta teoria, apontando suas limitações. Em uma edição póstuma da Enciclopédia Jurídica de *Falk* (1851), pág. 288, escreveu ele: “No mundo moral não predomina exclusivamente o princípio de finalidade. Ao lado das normas e instituições jurídicas, que neste princípio se fundam, há outras que não perseguem fim algum, mas são apenas resultados, emanações de concepções fundamentais da Moral ou do Direito, em consequência do que não podem ser apreciadas sob aquela medida; este erro foi cometido com muita freqüência no século XVIII e, por isso, não raramente, sem dignidade e profundidade, reduzido a pó.”

Em *Scherz und Ernst* (Brinquedo e Coisa Séria), de 1885, embora a parte essencial estivesse pronta já em 1861, critica a “jurisprudência de conceitos” que ele mesmo expôs no “Espírito do Direito Romano”, como uma ciência teleológica. Hoje, no entanto, podemos seguir claramente os passos e o momento de sua conversão à jurisprudência de conceitos, de inspiração teleológica (vide *H. Kantorowicz, Deutsche Richterzeitung* – Jornal do Juiz Alemão, 15 de janeiro de 1914). Consta do Digesto, 18, 4, 21, uma decisão do jurista *Paulo*, segundo a qual o vendedor de uma coisa duas vezes por ele alienada, que tiver sido destruída, antes da tradição, sem culpa de ninguém, pode exigir dos dois compradores o preço estipulado. *Ihering* inicialmente manifestou-se favorável a esta decisão. Mais tarde, confrontou-se com um caso concreto, semelhante ao tratado por *Paulo*. Tratava-se de dupla venda de participação em um navio que em seguida naufragara. Em primeira instância, invocou *Ihering* a coincidência com o ponto de vista de *Paulo* e a questão foi julgada a seu favor, mas a decisão foi cassada em segunda instância. A Faculdade de Direito de Göttingen interessou-se pela análise da decisão. “Nunca, em minha vida – confessou então *Ihering* – um caso judiciário causou-me tanta perplexidade (dizer embaraço seria pouco). Se os erros doutrinários merecem castigo, neste caso eu fui intensamente punido. De fato, uma coisa é, de forma puramente teórica, satisfazer-se com a norma jurídica apreendida a partir de sua fonte ou da pura Lógica, sem preocupação com as consequências e desgraças que ela pode causar; outra coisa é aplicá-la na realidade da vida. Uma concepção insana, quando a pessoa permanece sã, não resiste a tal prova”. *Ihering* decidiu, então, a questão contra sua própria opinião anteriormente manifestada. Esta experiência serve, além disso, para evidenciar o mérito da análise de casos jurídicos, que obriga o jurista incondicionalmente a cotejar seus pontos de vista teóricos com a prática do caso concreto, ao contrário do Direito legalista, que se apóia somente em casos hipotéticos, gerados pela fantasia ou pela recordação.

De *Ihering* ficaram muitas sugestões: para o Direito Comparado e a Sociologia Jurídica, para o movimento do Direito livre e a jurisprudência do interesse, para a moderna Escola de Direito Penal de Liszt e a adoção de exercícios práticos no ensino jurídico universitário. Em um período de negação da Filosofia, após o esboroamento do sistema hegeliano, *Ihering*, apesar de prisioneiro do positivismo, foi precursor de uma renovação da Filosofia do Direito, que prosseguiria com *Rudolf Stammler* (*Lehre vom richtigen Recht* – Teoria do Direito Justo – 1902).

§ 6º. A problemática da Filosofia do Direito

- I. A História da Filosofia é a história de seus problemas, os quais estão sempre relacionados com aquilo que os homens, dentro do espírito da época, consideram suas preocupações mais sérias, mais profundas e fundamentais. Na época de predomínio das ciências da natureza, época do positivismo, cumpria à Filosofia integrar os recentes conhecimentos empíricos em um sistema sem contradições. A Teoria Geral do Direito, a História Universal do Direito e a Sociologia Jurídica foram, por isso, consideradas substitutivas da Filosofia do Direito ou até mesmo a própria Filosofia do Direito. A revolução de nosso sistema de valores faz com que hoje nos inclinemos fortemente a aceitar a Filosofia como conhecimento dos valores, como ciência do dever ser, que nos ensina, na Lógica, a pensar corretamente; na Ética, a proceder corretamente e, na Estética, a sentir corretamente. Em sintonia com esta concepção, a Filosofia do Direito é a teoria do Direito justo (*Lehre vom richtigen Recht* – Rudolf Stammler). Ela trata, pois, do valor e do fim do Direito, da idéia e do ideal do Direito, e tem seu complemento na Política Jurídica, que busca transformar esse Direito ideal em realidade.
- II. As ciências empíricas ocupam-se do que é, do que foi e do que será; a Filosofia ocupa-se dos valores e do dever ser. As ciências empíricas estudam as leis da natureza, o que necessariamente ocorre; a Filosofia do Direito estuda o conteúdo valorativo das normas, o que deve ser, embora infelizmente nem sempre aconteça. *Kant* ensinou ser impossível deduzir os valores a partir da realidade, fundamentar o dever ser no ser, transformar leis naturais em normas. A retidão de uma conduta não pode, então, estar embasada indutivamente em fatos empíricos, mas deve derivar, dedutivamente, de valores superiores, remontando, finalmente, aos valores supremos. O mundo dos valores e o mundo dos fatos coexistem em órbitas paralelas que não se interpenetram. Esta forma de relacionamento entre valor e realidade, entre ser e dever é denominada *dualismo metodológico*.
- III. A teoria do Direito justo foi designada, durante séculos, como *Direito Natural*. Na antigüidade, repousava ela no antagonismo entre natureza e convenção (*Aristóteles*); na Idade Média, na antítese entre Direito divino e Direito humano (*Tomás de Aquino*); na Idade Moderna, tem ela como base a contradição entre razão e ordem coativa (de *Hugo Grotius* a *Rousseau*). O moderno Direito Natural fundamenta seus postulados na teoria do *contrato social*, que não deve ser entendido como um fato real, mas como uma medida fictícia. Não deve ser considerado um contrato realmente celebrado, mas mera construção conceitual que avalia a retidão das ordens estatais e jurídicas: bons e justos são *aquele* Estado e *aquele* sistema jurídico que possam ser admitidos como resultantes da livre convenção dos cidadãos. O contrato social é uma forma individualista de pensamento jurídico, pois só podem ser concebidos como resultantes de um acordo entre os indivíduos o Estado e o sistema jurídico que correspondam aos interesses individuais de cada um. Esta forma individualista de pensar o contrato social foi revolucionária a seu tempo; sob inspiração dela triunfou o direito individualista e a idéia de Estado na Revolução Francesa. Com o revés da época da Restauração, encerrou-se o

período de predomínio do Direito Natural, que foi substituído pelo predomínio da Escola Histórica do Direito.

O Direito Natural, em seus três períodos, apresenta as seguintes características:

1. é, como a natureza, como Deus e a razão humana, imutável e absoluto, em todos os tempos e lugares;
2. é inequivocamente apreensível pela razão;
3. não serve apenas como parâmetro para o Direito Positivo, mas também para substituí-lo quando este estiver em contradição com ele.

Por razões que serão mais tarde expostas (vide IV, *infra*), o Direito Natural não deve ser entendido como absoluto e imutável e sim como um Direito Natural de conteúdo variável (*Naturrecht mit wechselndem Inhalt - Stammler*). Até que ponto este Direito Natural pode ser objetivamente cognoscível e adequado, portanto, para ocupar o lugar do Direito Positivo, será analisado mais adiante (§§ 10, 12).

IV. A Filosofia do Direito fundamenta-se, em parte, na *natureza humana* e, em parte, na *natureza das coisas*; em parte, sobre a idéia de Direito e, em parte, sobre seu conteúdo. A natureza humana é o fator constante, a natureza das coisas é o fator variável da Filosofia do Direito.

1. Sobre a *natureza humana* repousa a idéia de Direito. Como a essência do homem é a razão, a idéia de Direito apoiada na razão tem, como esta, validade universal, mas (segundo *Kant*) puramente formal, incapaz, portanto, de extrair de si própria uma ordem jurídica, como pretendeu fazer o Direito Natural.
2. A *natureza das coisas*, conceito surgido já na antigüidade, foi transformada em centro de interesse por *Montesquieu*. Seu livro “O Espírito das Leis” (*Esprit des lois*) inicia-se com estas palavras: “As leis são relações necessárias que derivam da natureza das coisas” (sobre “natureza das coisas” vide *Radbruch, Rechtsidee und Rechtsstoff in der Kant-Festschrift – A idéia de Direito e o conteúdo jurídico, na comemoração do jubileu de Kant, em Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie – Arquivos sobre a Filosofia da Economia e do Direito – 1924*).
 - a) *Coisa*, na expressão “natureza das coisas”, significa a matéria prima, o material do Direito, os “dados reais da legislação” (*Eugen Huber, Zeitschrift für Rechtsphilosophie – Revista de Filosofia do Direito – tomo I, pág. 39 e sgs.*), em suma, os fenômenos naturais, sociais e jurídicos que o legislador encontra e que são submetidos à sua regulamentação. Constituem matéria do Direito, em primeiro lugar, os *atos naturais*, desde a queda da maçã através da cerca, importante para as relações de vizinhança, até a rotação da terra sobre seu próprio eixo e em torno do sol, com relação à qual são estabelecidos os prazos e termos jurídicos. O progressivo domínio da natureza pelo homem e a evolução tecnológica criam novos materiais e, em consequência, novas

questões jurídicas. Naturais são também as formas de convivência *quod natura omnia animalia docuit: maris atque feminae coniunctio, liberorum procreatio et educatio* (aquilo que a natureza ensinou a todos os animais: união entre macho e fêmea, procriação e educação dos filhos (Ulpiano, D. 1, 1, 3). Mas as rotações da terra não são suficientes para calcular juridicamente o tempo, senão através da regulamentação resultante da convenção sobre o calendário. Da mesma forma, as relações naturais entre os sexos diferentes e a procriação não são imediatamente conteúdo material do Direito, senão a partir das formas de manifestação social que seu núcleo natural determina: monogamia ou poligamia, matriarcado ou patriarcado. Os dados naturais indicam as *pré-formas sociais* das relações jurídicas e servem como matéria para a regulamentação das relações humanas pelo hábito, a tradição, o uso, a prática, o costume. O legislador encontra, por exemplo, no dia-a-dia da existência, tipos de negócios que transforma em material para o Direito das Obrigações, encontra em seguida entidades coletivas como a comunidade e a igreja, que exigem ser reconhecidas como pessoas jurídicas. Encontra também atos anti-sociais, repudiados pela consciência do povo, e reclama, para eles, proibição e punição, assim como maus costumes, relativamente aos quais está certo de que não pode lutar porque (como ocorria com o duelo até pouco tempo atrás) estão protegidos pela força do reconhecimento de um costume social. Estas formas embrionárias de regras jurídicas ultrapassam sem dificuldade a fronteira do Direito costumeiro e levam consigo um terceiro grupo de fatos que passam a constituir matéria jurídica: as relações humanas implicitamente reguladas. Quando se fala em relações econômicas como matéria de Direito, pensa-se, necessária e simultaneamente (como *Stammler* em sua crítica à concepção materialista da história), em sua regulamentação jurídica. A influência da Economia sobre a estrutura das leis é também, em verdade, a influência de uma situação jurídica existente sobre a estruturação de formas jurídicas novas. O Direito vigente no momento em que se legisla influencia inelutavelmente o novo Direito, não somente através das normas transitórias e dos direitos adquiridos; sem dúvida, não é a mesma coisa instituir um Direito novo sobre o Direito vigente e edificar um novo Direito sobre terreno não construído; é o que se dá, por exemplo, com as discussões sobre a abolição da pena de morte com base em um sistema jurídico que a reconhece como válida ou com base em um sistema jurídico no qual ela sempre foi estranha. Quando se considera “coisa” também o sistema jurídico vigente, a “natureza das coisas” revela-se, ao mesmo tempo, um elemento histórico, tradicional, conservador da Filosofia do Direito e da Política Jurídica.

- b) Até aqui, tratamos de “coisa”. Na expressão “*natureza das coisas*”, “natureza”, em sentido objetivo, corresponde à essência, apreendida a partir da estrutura das relações humanas em si

mesmas. Corresponde à resposta à pergunta sobre como esta relação existencial, assim estruturada, pode ser pensada como realização de determinada idéia de valor.

Até que ponto – em aparente contradição com o dualismo metodológico – tem sentido a idéia de valor de uma relação humana, como determinante do Direito justo?

A natureza das coisas revela-se decisiva, em primeiro lugar, como possibilidade de converter uma idéia jurídica em realidade. Neste sentido, natureza das coisas significa a resistência que a realidade bruta do mundo opõe às idéias jurídicas mais ou menos incômodas e sua concretização (*ratione temporum habita*). Perguntado se havia dado a seus cidadãos as melhores leis que se poderia imaginar, respondeu *Solon*: “Simplesmente as melhores, com certeza não, apenas as melhores para as quais eles estavam capacitados”. A Filosofia do Direito, que desemboca na Política Jurídica, é, como a Política, a “arte do possível”. *Amo-o por ser impossível*, não pode ser elevado a lema da Filosofia do Direito e da Política Jurídica.

Mas a natureza das coisas não se revela apenas como obstáculo à realização das idéias jurídicas; ela é também importante na gênese do pensamento jurídico. Toda idéia jurídica traz consigo, necessariamente, as marcas do “clima histórico” em que se formou e permanece quase sempre circunscrita, de forma inconsciente, às fronteiras do historicamente possível e assim vinculada à natureza das coisas.

A importância da natureza das coisas para o legislador não decorre exclusivamente das exigências de realização do Direito ou dos limites históricos para a geração das idéias jurídicas, mas vincula-se à própria essência da idéia de Direito. Toda idéia de valor é definida *para* determinada matéria e, por isso, *por* ela determinada. A idéia de Justiça, por exemplo, é referida ao convívio e revela, em sua essência, de forma evidente, as normas de convivência. Como a idéia de uma obra de arte depende do material no qual deverá concretizar-se, variando, por exemplo, se for pensada para o mármore ou para o bronze, toda idéia de valor está ordenada a determinada matéria (*Emil Lask*) e as idéias jurídicas, em particular, estão essencialmente determinadas pela matéria jurídica, pela época, pelo espírito do povo, em uma palavra, pela natureza das coisas (“determinação material da idéia”).

A natureza das coisas serve para minimizar, sem eliminá-la, a dura tensão do dualismo entre valor e realidade, entre dever e ser. A idéia de Direito deve enunciar a última palavra relativamente à natureza das coisas, que se situa no campo do dado. A natureza das coisas enfrenta a idéia de Direito, exigindo uma estruturação sensata da matéria jurídica, deixando, porém, a decisão final para a idéia de Direito. *Iurisprudentia est divinarum et humanarum rerum notitia, iusti et iniusti scientia* (A ciência do Direito é o conhecimento das coisas divinas e humanas – natureza das coisas –, o conhecimento do justo e do injusto – idéia do Direito).

BIBLIOGRAFIA: Radbruch, *Rechtsphilosophie* (Filosofia do Direito), 3ª edição, 1932; *Sauer, Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie* (Tratado de Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica), 1929, págs. 5 e sgs.; Karl Petraschek, *System der Rechtsphilosophie* (Sistema de Filosofia do Direito), 1932; Giorgio Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 3ª ed., 1936; *Jennings, Modern Theories of Law* (Modernas

Teorias Jurídicas), 1932; W. Friedmann, *Legal Theory* (Teoria do Direito), 1945.

II

A idéia de Direito

§ 7º. A Justiça

I. A pauta axiológica do Direito Positivo, meta do legislador, é a Justiça, um valor absoluto, como a Verdade, o Bem e o Belo; um valor que repousa em si mesmo e não depende de nenhum outro.

II. Deve-se distinguir:

1. Justiça como virtude e como qualidade pessoal (por exemplo, o Juiz justo), a *Justiça subjetiva*, de Justiça como propriedade do relacionamento entre pessoas (por exemplo, o preço justo), que é a *Justiça objetiva*. A Justiça subjetiva corresponde à intenção que conduz à realização da Justiça objetiva e está para ela como a veracidade está para a verdade. A Justiça objetiva constitui, portanto, a forma primária, enquanto a Justiça subjetiva é a forma secundária da Justiça. Neste trabalho, estamos interessados apenas pela Justiça objetiva.

É preciso distinguir mais:

2. A Justiça enquanto parâmetro do Direito Positivo – a juridicidade – da Justiça enquanto idéia anterior e superior à lei – *Justiça em sentido estrito*. Aquela é a Justiça do Juiz, esta a Justiça do legislador. Apenas este último aspecto da Justiça interessa-nos neste trabalho.

III. O cerne da Justiça é a idéia de *igualdade*. A partir de *Aristóteles* costuma-se distinguir duas formas de Justiça, cada uma delas plasmada sob uma diferente forma de igualdade: *Justiça comutativa* (*justitia commutativa*) significa igualdade absoluta entre prestação e contraprestação, por exemplo, entre mercadoria e preço, dano e indenização, culpa e pena. *Justiça distributiva* (*justitia distributiva*) significa proporcionalidade no tratamento dado a diversas pessoas, por exemplo, a diferenciação da carga tributária entre as pessoas em função de sua capacidade contributiva, a promoção das pessoas em função da antiguidade no serviço e o mérito. A Justiça comutativa pressupõe a existência de duas pessoas juridicamente equiparáveis; a Justiça distributiva, ao contrário, pressupõe no mínimo três pessoas: uma colocada em nível superior, que impõe encargos ou distribui benefícios a duas outras, a ela subordinadas. Quando consideramos o Direito Privado como aplicável a pessoas equivalentes e o Direito Público aplicável ao relacionamento entre pessoa de nível superior e seus subordinados, concluímos que a Justiça comutativa é própria do Direito Privado e a Justiça distributiva caracteriza o Direito Público. A equiparação jurídica própria do Direito Privado resulta de um ato de Justiça distributiva, porque, para que se possa aplicar a Justiça comutativa, é necessário admitir-se igual capacidade jurídica entre as pessoas que dela participam. Assim, a Justiça distributiva – o *suum cuique*, a cada um o seu – é a forma primária de Justiça e a Justiça comutativa é uma forma derivada de Justiça.

- IV. Embora a Justiça, sob sua dupla forma, seja, como o Bem, a Verdade e a Beleza, um valor absoluto, não derivável de outro que lhe seja superior, nem sempre a igualdade que nela está implícita apóia-se psicologicamente em motivação ética. A igualdade pode ser aspiração dos invejosos, que almejam os mesmos favores dos privilegiados; dos despeitados, que pretendem o rebaixamento dos demais; dos perversos, felizes ao assistir a desgraça dos outros; dos vingativos, que desejam aos outros os mesmos males que sofreram. Por isso a realização da Justiça é, em realidade, um exemplo na “lista de idéias” (*Hegel*) que se utilizam da paixão para realizar-se.
- V. A Justiça tem implícita uma tensão irresistível: sua essência é a igualdade; a universalidade é, portanto, sua forma – todavia, ela busca sempre levar em conta o caso concreto, o indivíduo, sua singularidade. Esta Justiça voltada para o caso concreto, para a individualidade, é chamada *equidade*, uma busca que jamais se realiza completamente; uma Justiça individualizada é em si mesma contraditória, pois a Justiça se vale sempre de normas gerais. Sua universalidade reconhece graus e mesmo a especialidade se dá sempre de forma geral, aproximando-se sempre da individualização sem jamais alcançá-la por completo. A tendência à equidade na Justiça encontra por isso, na especialidade, apenas uma forma parcial, uma espécie de compensação entre a constante generalização e a completa individualização, como, por exemplo, na substituição da igualdade entre as pessoas, no Direito Civil, pela diferença entre empregador e trabalhador, entre empregado e funcionário, no Direito do Trabalho.
- VI. Justiça é uma idéia formal. A duas questões ela não responde; ao contrário, toma-as como pressupostos incontestáveis. Entendida como tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, não nos diz 1. quem deve ser considerado igual ou desigual, nem 2. como devem ser tratados os iguais e os desiguais. A igualdade resulta sempre de uma abstração da desigualdade existente, pois as coisas e os homens neste mundo são tão diferentes entre si como “um ovo em relação a outro ovo”. Se, por exemplo, dois agentes do mesmo delito devem receber a mesma pena por terem cometido o mesmo crime ou se devem ser tratados de forma diferente em função de seus antecedentes e sua periculosidade, é uma questão de igualdade ou desigualdade que precisa ser resolvida com base em considerações teleológicas, ou seja, antes que a Justiça possa prolatar sua sentença. Da mesma forma, é impossível derivar da Justiça a espécie e quantidade da pena. Ela só pode determinar a proporcionalidade das penas dentro de determinado sistema penal, nunca estabelecer o sistema penal em si mesmo. Se a classificação das penas começa, em cima, com a mais grave delas, a pena de morte, e termina, em baixo, com uma indenização, ou se começa, em cima com a prisão perpétua e termina, em baixo, com multa mínima, são questões sobre as quais a Justiça nada tem a dizer. Ela pode apenas, dentro de uma escala já dada, determinar a posição correspondente à periculosidade do agente. Apenas a forma da lei: a Justiça pode fazer com que aquilo que foi determinado como

igualdade para todos seja realmente igual, revista-se da forma da universalidade. Nada pode dizer, no entanto, quanto ao conteúdo destas leis gerais, quanto a igualdade prescrita para os iguais.

- VII. Não significa negar que existam normas cujo conteúdo derive diretamente da justiça. Regras sobre a aplicação do Direito podem derivar diretamente da idéia de Justiça, mesmo quanto a seu conteúdo, como ocorre com as normas relativas à independência dos Juizes ou a proibição de aplicar pena definitiva sem proporcionar ao acusado oportunidade de defesa. São postulados de Justiça, revestidos de caráter absoluto como a própria Justiça. Mas a maioria das normas jurídicas recebe da Justiça apenas sua forma, que é a igualdade de tratamento de todos, a universalidade da regulamentação jurídica. Seu conteúdo deve ser determinado por outro princípio, decorrente também da idéia de Direito: a finalidade.

BIBLIOGRAFIA: Giorgio Del Vecchio, *La Giustizia* (A Justiça), 3ª edição, 1946; Nef, *Gleichheit und Gerechtigkeit* (Igualdade e Justiça), 1941; Emil Brunner, *Gerechtigkeit* (Justiça), 1943; Radbruch, em *Justice and Equity* (The New Commonwealth Institute Monograph), 1935.

§ 8º. A conformidade aos fins

- I. Para que da Justiça decorram normas jurídicas, é necessária também a referência à adequação aos fins. Estes "fins do Direito" não são empiricamente estabelecidos, mas devem ser entendidos com a *idéia de fim*, como o que deve ser. Enquanto o conceito de Justiça pertence à Filosofia do Direito, a idéia de fins do Direito deve ser buscada na Ética, disciplina dividida em duas partes: teoria dos deveres e teoria dos bens. Bens morais são valores, cujo conteúdo forma os deveres morais. Os fins do Direito podem estar referidos tanto aos bens morais quanto aos deveres morais.
- II. A teoria dos bens morais distingue três espécies de valores, de acordo com a essência de seus portadores: titular do primeiro grupo é a *pessoa* individualmente considerada; do segundo, a *pessoa jurídica*; do terceiro, o *bem de cultura*. A partir da hierarquia dessas três espécies de valores, distinguem-se três sistemas de valores: o sistema de valores *individualista*, relativo ao valor da personalidade individual; o sistema de valores *supra-individualista*, relativo aos valores das pessoas jurídicas; e o sistema de valores *transpersonalista*, que tem a obra de cultura como supremo bem.

Formas de convívio correspondentes a cada um desses três sistemas de valores são: a *sociedade* individualista, a *coletividade* supra-individualista e a *comunidade* trans-pessoal. Para ilustrar esta idéia, devemos pensar a sociedade como *relação contratual*, a coletividade como *organismo* semelhante ao corpo humano e a comunidade criadora de bens de cultura como *oficina* na qual os agentes não se relacionam diretamente uns com os outros, mas sim indiretamente, através da obra

comum. Os ideais dessas três formas de convivência humana são simbolizados por três palavras: *liberdade*, *poder* e *cultura*. O ideal individualista, a liberdade, gerou o partido político liberal e assumiu as formas democráticas e socialistas. Na concepção *liberal*, o valor da pessoa – matematicamente falando – é infinito, impossível de ser multiplicado, e está legitimado mesmo quando conflita com interesses majoritários, seja qual for a dimensão desta maioria. No pensamento *democrático*, ao contrário, a pessoa tem valor limitado, de tal forma que o valor pessoal da maioria prevalece contra o da minoria. Enquanto a democracia assegura ao homem apenas uma liberdade formal, jurídica, pretende o *socialismo* uma democracia material, ou seja, real – a liberdade econômica para cada um, sem se afastar do objetivo final individualista. A teoria supra-individualista, ou orgânica, ao contrário, dá fundamentação aos partidos *autoritários* ou *conservadores*, segundo os quais o Estado, o todo, não existe para seus membros, mas estes existem para o todo, de forma que os interesses do Estado são superiores até em relação aos da maioria dos cidadãos. A concepção *transpessoal*, finalmente, não influenciou a doutrina de nenhum partido político. Constitui-se, todavia, no único parâmetro para a avaliação tardia de povos desaparecidos, quando deles restaram apenas os valores culturais.

III. A hierarquia dessas três espécies de valores não pode ser determinada de forma inequívoca e comprovada. Os fins e valores supremos do Direito variam não só em função das circunstâncias sociais de cada povo e de cada época, como também subjetivamente em função de cada pessoa, do sentimento jurídico, da concepção do Estado, posição partidária, religião e visão de mundo. As decisões precisam ser tomadas pelas pessoas em consciência, a partir da interioridade de cada uma. A ciência deve limitar-se a apresentar esses três grupos de valores à deliberação individual. Para esta deliberação, contribui a ciência de três formas:

1. desenvolvendo completamente, de maneira sistemática, os valores possíveis;
2. expondo os meios capazes de realizá-los e as conseqüências desta realização;
3. revelando as filosofias de vida pressupostas em cada posicionamento valorativo.

Este *relativismo* ensina a cada um, de três formas, não apenas o que ele deve fazer, mas também o que ele realmente quer, ou seja, aquilo que ele deve querer, se pretender seguir, de forma conseqüente, o que a lei prescreve.

IV. O problema dos bens supremos, também em relação ao Direito, conduz-nos à resignação relativista. Da teoria sobre a essência universal do dever – uma vez que seu conteúdo deve ser sempre determinado – decorrem exigências absolutas para o Direito. É natural que o Direito não possa assumir a tarefa do cumprimento incondicional dos deveres éticos, pois este cumprimento é em essência questão de liberdade e, portanto, não pode ser imposto coercitivamente. O Direito não pode impor seu cumprimento, apenas possibilitá-los: o Direito é a possibilidade de

cumprimento dos deveres éticos ou, em outras palavras, é um instrumento da liberdade exterior, sem o qual a liberdade interior – essencial para a decisão ética – não pode existir. Garantir a cada um a liberdade exterior é, pois, a essência, a medula, dos *direitos do homem*. De onde se conclui que estes direitos têm caráter absoluto não porque decorrem de alguma manifestação de Direito Positivo, mas porque são indispensáveis ao cumprimento dos deveres morais. Assim se demonstra, de alguma forma, a necessidade do liberalismo, não só para a democracia ou o socialismo, mas também para o autoritarismo. Por outro lado, não pode o liberalismo extrair de si mesmo um sistema jurídico e estatal completos, pois ele não é senão a modificação de alguma concepção estatal. Em toda teoria estatal há uma tensão fecunda entre liberalismo e democracia, entre liberalismo e socialismo, ou entre liberalismo e conservadorismo. A Justiça distributiva é chamada a decidir sobre a relação axiológica entre os direitos do homem e a totalidade supra-individualista do povo. Constituiria, no entanto, um Direito absolutamente injusto a negação dos direitos do homem, quer a partir do ponto de vista supra-individualista (“tu não és nada, teu povo é tudo”), quer do ponto de vista transpessoal (“uma estátua de Fídiás compensa a desumanidade praticada contra milhões de escravos antigos” – *Treitschke*).

BIBLIOGRAFIA: Radbruch, Le relativisme (O relativismo) – em Archives de Philosophie du Droit, 1936.

§ 9º. A segurança jurídica

- I. Colocada a questão sobre os fins do Direito a partir dos bens éticos, deveria terminar mesmo no relativismo. Uma vez que não se pode *definir* o que seja o Direito justo, torna-se necessário *estabelecê-lo* através de um poder capaz de *impor* o que foi estabelecido. É o que justifica o Direito positivo, pois a segurança jurídica só pode ser obtida através da positividade do Direito. Assim surge, como terceiro elemento da idéia de Direito, a segurança jurídica.
- II. Segurança jurídica não se confunde com a *segurança que se obtém através do Direito*, tal como a garantia de vida contra o assassinato e o roubo – implícita no conceito de fins do Direito – mas refere-se à *segurança do Direito em si mesmo*, o que exige o implemento de quatro condições:
 1. que o Direito seja positivado, isto é, conste das leis;
 2. que ele seja seguro, isto é, esteja fundamentado em fatos e não confiado ao juízo de valor do Juiz no caso concreto, a partir de cláusulas gerais como “boa fé” ou “bons costumes”;
 3. que os fatos que fundamentam o Direito ofereçam possibilidade mínima de erro e sejam praticáveis, para o que, por vezes, torna-se necessário aceitar suas manifestações, isto é, substituí-los por suas manifestações exteriores, como, por exemplo, determinar a

capacidade de ação não a partir da maturidade psíquica do agente, mas sim a partir de determinado limite de idade igual para todos;

4. finalmente, o Direito Positivo – para que haja segurança jurídica – não deve ser facilmente mutável, não deve estar sujeito a uma legislação oportunística que possibilite dar forma de lei a cada caso concreto sem nenhuma dificuldade. É por isso que constituem garantias de segurança jurídica os “pesos e contrapesos”, a divisão de poderes e a cautela do aparelho parlamentar.

III. A segurança jurídica exige, portanto, a vigência do Direito Positivo. Mas a necessidade de segurança jurídica pode fazer também com que situações de fato se transformem em situações de Direito e até que, de forma paradoxal, o ilícito crie Direito. Puras situações de fato, como o *status quo* no Direito Internacional e a *posse* no Direito Civil gozam de proteção jurídica sem que necessitem estar apoiadas em algum fundamento legal. No *usucapião* e na *prescrição*, o decurso do prazo transforma uma situação ilícita em lícita. Em nome da segurança jurídica, para pôr termo a litígios, mesmo as sentenças injustas adquirem *força jurídica* e, em sistemas nos quais predominam os fatos e os precedentes, passam a ser usadas até como parâmetros para casos futuros assemelhados. *Costumes* originalmente contrários à lei transformam-se em Direito e podem inclusive impor sua validade contra a lei. A *revolução*, em si mesma alta traição, é crime enquanto não vitoriosa, mas, a partir da vitória, converte-se em fundamento de um novo Direito – é, outra vez, a segurança jurídica transformando o ilícito em Direito. Um governo revolucionário legitima-se ao demonstrar-se capaz de manter a paz e a ordem; por isso, no dia seguinte ao triunfo da revolução, costumam todos os governos revolucionários proclamar que irão garantir a paz e a ordem (comprometidas pela alta traição). A idéia de segurança jurídica leva, portanto, a terríveis paradoxos entre força e Direito: embora a força não seja superior ao Direito, quando vitoriosa, cria ela nova situação jurídica.

IV. No Direito inglês, a idéia de segurança jurídica prevalece sobre os demais elementos da idéia de Direito, a ponto de um jurista inglês, *Bentham* (1748-1832) fazer-lhe verdadeiro panegírico: ela nos assegura a possibilidade de prever o futuro e preparar-nos para ele; é fundamento de nossos planejamentos, de nossos trabalhos e de nossa poupança; faz com que a vida não seja apenas uma sucessão de momentos, mas tenha continuidade; faz com que a vida de cada um se transforme em um elo, na cadeia das gerações; é a decisiva característica da civilização, distinguindo o civilizado do selvagem, a paz da guerra, o homem do animal. À sua vez, *Jakob Burckhardt* – “A segurança burguesa” – muitas vezes troçou, lembrando que momentos de grande florescimento foram carentes de segurança. É possível que, vivendo um longo e excepcional período de paz, entre 1871 a 1914, as pessoas tenham ficado cansadas da segurança – mas nós experimentamos de forma suficiente exatamente o contrário e assim aprendemos a considerar a segurança jurídica um verdadeiro valor.

§ 10º. A hierarquia das idéias de valor

- I. Conforme foi demonstrado, as três idéias de valor devem complementar-se, a natureza formal da Justiça necessita da idéia de fins para adquirir significado da mesma forma que o relativismo exige a referibilidade a fins, a positividade e a segurança jurídicas. Mas, ao mesmo tempo em que as três idéias de valor se complementam, entram em contradição.
- II. Quando se afirma que *salus populi suprema lex est* (a segurança do povo é a suprema lei), pressupõe-se que a única coisa que importa é a finalidade; contra isso, há quem responda: *iustitia fundamentum regnorum* (a Justiça é o fundamento dos reinos), é o fundamento de todo Direito; diz-se também *fiat iustitia, pereat mundus* (faça-se Justiça, ainda que o mundo seja destruído), ou seja, o Direito Positivo precisa ser respeitado, mesmo a custa dos demais valores jurídicos, e, ao mesmo tempo, admite-se que o Direito Positivo, exigido de modo incondicional, conduz à ilicitude – *summum ius, summa injuria* (o máximo de Direito leva ao máximo de injustiça). São antagonismos intrínsecos à idéia de Direito que exigem superação.
- III. De 1933 a 1945 (*na Alemanha*) preconizou-se que o Direito correspondia a tudo o que fosse útil ao povo. Acentuava-se, deste modo, de forma extremada, a idéia supra-individualista de finalidade – a incondicional exigência do bem comum e da força, a absoluta negação dos direitos individuais da pessoa. Foi, sem dúvida, um exemplo de superposição da idéia de fim à idéia de Justiça. Todavia, é a Justiça que deve solucionar o conflito entre individualidade e coletividade. Ela até precede a finalidade. Também a segurança jurídica é anterior à visão finalística, uma vez que esta não pode ser estabelecida com validade universal. Por isso, é impossível distinguir entre pretensos objetivos finalísticos e arbítrio. A natureza e o significado da segurança jurídica consistem, então, em estabelecer o Direito de forma absolutamente evidente em face das conflitantes concepções de finalidade.
- IV. Conflito definitivo se estabelece entre Justiça e segurança jurídica, uma vez que a idéia de segurança jurídica exige que o Direito positivo seja aplicado mesmo quando injusto; sua aplicação hoje e amanhã, a uns e outros, constitui um respeito à igualdade, que é a essência da Justiça; sob a perspectiva da Justiça, se o injusto é distribuído entre todos de forma igual, está restabelecida a Justiça, pois injusto seria o tratamento desigual. Integrando a segurança jurídica a forma da Justiça, o conflito entre esta e aquela é um conflito da própria Justiça consigo mesma, que não pode ser resolvido de forma inequívoca. Trata-se de uma questão de graus: se a injustiça do Direito positivo é tal que a segurança jurídica por ele garantida fica comprometida, ele deve ceder ante a Justiça. Em regra, porém, a segurança jurídica garantida pelo Direito positivo justifica a

vigência dele, mesmo quando injusto: *legis tantum interest ut certa sit, ut absque hoc nec iusta esse possit* (é tão importante a certeza da lei que, sem esta, ela deixa de ser justa) – *Bacon*.

BIBLIOGRAFIA: Radbruch, *Le but de Droit* (O fim do Direito), *Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit*, (Anuário do Instituto de Filosofia do Direito), 1937/38.

III

O Direito Positivo

§ 11. O conceito de Direito

- I. O *conceito de Direito* está para a *idéia de Direito* como o ser está para o dever ser. O Direito é real, todavia, o conceito de Direito não pode ser obtido indutivamente, empiricamente, a partir de fenômenos jurídicos, pois, para tanto, tais fenômenos precisariam antes ser já qualificáveis como jurídicos. O conceito de Direito tem, portanto, natureza apriorística e só pode ser construído de forma dedutiva.

- II. O Direito é fenômeno cultural e o conceito de Direito é um conceito cultural. Ora, conceitos culturais não são axiológicos nem puramente ontológicos. São “relativos a valor”. O mesmo ocorre com “ciência” como conceito cultural: não se confunde com o conceito axiológico de verdade, pois abrange não só as verdades conhecidas, mas também os erros científicos de determinada época; não é tampouco um conceito ontológico, uma vez que abrange somente os erros “científicos”, isto é, aqueles que aspiram, que pretendem ser verdades. Esses erros são passos em falso no caminho da verdade. O conceito cultural de ciência é, portanto, relativamente valioso. É também o que se dá com “arte”, conceito que não está limitado ao conjunto das obras de arte, uma vez que abrange, além da grande arte, lamentáveis pseudo-artes, fracassos artísticos, meras tentativas de chegar à beleza. Não é outra coisa o que se passa com Direito, conceito ontológico de algo que tem por objetivo realizar a Justiça, pouco importando se a logra ou se fracassa nessa missão; Direito é aquilo que tem por objetivo realizar a *idéia de Direito*. O conceito de Direito orienta-se em direção à *idéia de Direito*, o que mostra que a *idéia de Direito* precede-o logicamente.

- III. A partir de seu conceito, depreende-se que o Direito:
 1. é uma realidade manifestada sob a forma empírica da lei ou do costume; ele é, portanto, sempre *positivo*;
 2. como concretização da *idéia de Direito*, destaca-se ele do restante da realidade por ser uma forma valorativa e impositiva – como *normativo*;
 3. propondo-se à concreção da Justiça, a regulamentar o convívio das pessoas, tem natureza *social*;
 4. aspirando à Justiça, pretende implantar a igualdade entre todos, tendo, portanto, natureza *geral*.

Pode-se definir o Direito, pois, como o conjunto de *regras gerais e positivas da vida social*.

- IV. As manifestações de vontade do Estado que careçam de alguma destas características não passam de afirmações sem natureza jurídica. Quando, por exemplo, se nega conscientemente a natureza geral do Direito,

quando não se pretende fazer Justiça, as determinações estatais são apenas manifestações de poder, jamais normas jurídicas. É o que ocorre, por exemplo, com os Estados que só reconhecem um Partido Político como legítimo e ignoram outros de mesma natureza. O Estado unipartidário não é um Estado de Direito; a lei que reconhece direitos humanos apenas para algumas pessoas não é jurídica. Esta é a estreita linha divisória entre Direito e não Direito, enquanto, como vimos antes, a fronteira entre o Direito injusto e o Direito válido não passa de uma questão de graus.

- V. Como vimos, o conceito de Direito tem *natureza apriorística*, não podendo ser obtido por via indutiva, empírica, a partir de situações jurídicas; ele é a condição que possibilita aceitar algumas situações como jurídicas. Assim como se dá com o conceito de Direito, todos os conceitos nele implícitos são da mesma forma *a priori*, não podem ser recolhidos a partir da experiência, mas são instrumentos e ferramentas para a experiência jurídica, categorias necessárias ao conhecimento científico de qualquer Direito, em qualquer povo e em qualquer época. O conhecimento jurídico não pode prescindir de conceitos como Direito objetivo e subjetivo; necessita não apenas de conceitos como o de norma jurídica e seus elementos, de fatos e conseqüências jurídicas, de fontes de Direito e da distinção entre legítimo e ilegítimo, mas precisa também utilizar, além do conceito de direito, o conceito de dever, de relação jurídica, de instituição jurídica, de sujeito e de objeto de Direito. Não foi possível, até hoje, criar uma tabela exaustiva destes conceitos jurídicos *apriorísticos*. As referências acima são, todavia, suficientes para demonstrar como eles são necessários para o conhecimento de qualquer sistema de Direito, como eles são questões que podem ser razoavelmente formuladas em todos os sistemas jurídicos; como são pontos de vista a partir dos quais podem ser enfocados todos os Direitos; como são categorias do conhecimento jurídico; e como formam, em suma, um arsenal de instrumentos conceituais sem os quais seria impossível a avaliação científica de qualquer ordem jurídica.

§ 12. A validade do Direito

O problema da validade do Direito, de sua obrigatoriedade, de sua natureza cogente, pertence à área do dever ser. Em conseqüência, trata-se de um problema que não pode ser resolvido satisfatoriamente com fundamento no Direito positivo ou nos fatos.

- I. Para fundamentar a validade do Direito, foi desenvolvida a *teoria jurídica da validade*, que busca fundamentar a validade de uma norma jurídica em outra que lhe seja superior; desta forma, remete o Decreto à Lei cuja execução ele regulamenta, e remete a Lei à Constituição, na qual está regulamentado o processo de elaboração legislativa. Mas não pode demonstrar a validade jurídica da mais elevada norma de um sistema jurídico (a norma fundamental). A teoria jurídica da validade fracassa também quando diversos sistemas de normas entram em conflito: o sistema do Direito consuetudinário contra o sistema de leis escritas; o

Direito do Estado contra o Direito da Igreja; o Direito de uma nação contra o Direito Internacional; o Direito da União contra o Direito de seus Estados membros; o Direito contra os costumes etc. Nestes casos, a teoria jurídica da validade precisa apoiar-se em um ou em outro sistema, sendo incapaz de encontrar um ponto de vista objetivo para solucionar o conflito. A teoria da validade jurídica é, portanto, incapaz de fundamentar a validade da norma fundamental e mesmo a validade de qualquer sistema jurídico.

II. Tentou-se, por isso, fundamentar a validade do Direito positivo no mundo dos fatos, objetivo da *teoria da validade sociológica* do Direito, especificamente nas teorias do poder e do reconhecimento.

1. A *teoria do poder* procura deduzir a validade do Direito a partir de sua eficácia, ou seja, não de sua aplicação ao caso concreto, pois isso que equivaleria a deixar impunes os crimes ainda não esclarecidos, mas a partir de sua aplicação à maioria dos casos. Ocorre que o poder é capaz de explicar aquilo que, no caso concreto, precisa ser punido, mas jamais aquilo que por natureza deve ser punido.

2. A *teoria do reconhecimento*, por sua vez, fracassa ante o infrator que, por convicção, não reconhece o Direito. Deve admitir, além disso, que, com o reconhecimento da norma, também suas conseqüências são aceitas e, assim, equipara logicamente o reconhecimento real ao que deveria ser reconhecido. Se logicamente é necessário reconhecer as conseqüências de uma norma jurídica, então a teoria do reconhecimento, sem perceber, transforma o reconhecimento de fato em reconhecimento de direito, por necessidade lógica.

III. Por isso, a teoria sociológica da validade jurídica transforma-se em teoria *filosófica*. Realmente, a validade do Direito não pode fundamentar-se no Direito positivo nem no fato, seja este o poder ou o reconhecimento, mas deve fundamentar-se em um valor superior a ele ou no mais elevado dos valores; em um valor, enfim, suprapositivo. Mesmo que uma lei positiva não se fundamente nas exigências da Justiça ou da conformidade a fins, busca, de alguma forma, *um valor*: a segurança jurídica. Por certo a segurança jurídica – como vimos – pode voltar-se contra o Direito positivo, quando, por exemplo, sanciona um novo direito na revolução vitoriosa, no direito consuetudinário – transformado em direito subjetivo – e no usucapião. Enquanto, em tais casos, condições extralegais de poder sobrepõem-se ao Direito positivo, há extraordinária resistência para admitir-se que a idéia de Direito possa pairar acima do Direito positivo. Seria mesmo inconcebível que um dado empírico, como a lei, estivesse de tal forma em contradição com o valor jurídico a partir de uma harmonia pré-estabelecida, que daí derivasse uma validade incondicional, um dever sem exceções. A segurança jurídica é apenas um valor entre os demais. Assegurada pelo Direito positivo, quando se trata de um direito injusto, perde sua validade, como foi demonstrado acima (§

10, supra), quando a injustiça de seu conteúdo chega a tal ponto que compromete a segurança jurídica garantida pelo Direito positivo. Portanto, se, em regra, a validade do Direito positivo pode ser justificada a partir das exigências de segurança jurídica, não é menos certo que, em casos excepcionais, tratando-se de leis extraordinariamente injustas, as leis perdem validade em razão de sua injustiça.

BIBLIOGRAFIA: Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (Direito injusto e Direito supralegal), *Süddeutsche Juristenzeitung* (Revista de Direito do sul da Alemanha), agosto de 1946.

IV

O Direito e outras formas de cultura

§ 13. Direito e Moral

A distinção conceitual entre Direito e Moral, Justiça e Ética, foi feita primeiramente por *Thomasius* e mais tarde por *Kant*. Sobre os valores morais, só pode decidir a própria consciência, jamais a ordem jurídica, daí também a consequência prática segundo a qual as transgressões jurídicas não podem ser castigadas com penas infamantes.

- I. A diferença essencial entre Direito e Moral está em que o primeiro tem como objeto *as relações entre pessoas*, enquanto a última tem como objeto *a pessoa individualmente considerada*. Por isso, os deveres jurídicos são sempre deveres de um sujeito de direito em relação a outro. A todo dever jurídico corresponde um direito subjetivo; só existe dever jurídico porque alguém é titular de alguma faculdade de ação. O dever jurídico é *dever e obrigação*, enquanto o dever moral é *pura e simplesmente dever*, sem que ninguém possa exigi-lo. A natureza do Direito é, então, *imperativo-atributiva* e a da Moral *puramente imperativa* (*Petrazycki, Über die Motive des Handels – Sobre os motivos do Comportamento – 1907*).
- II. Da natureza do Direito como ordenação do convívio humano parece seguir-se, em primeiro lugar, sua *exterioridade*, em oposição à *interioridade* da Moral, pois só com comportamentos exteriores participa o homem do convívio. Em realidade, porém, preocupa-se também o Direito com a conduta interior; por exemplo, quando leva em conta a boa fé ou investiga dolo e culpa. A pena, concebida como segurança e correção, está voltada para as intenções e a personalidade do agente, das quais o comportamento externo é apenas necessário sintoma. A afirmação segundo a qual *cogitationis poenam nemo patitur* (ninguém pode ser punido por seus pensamentos) é somente exigência da “praticabilidade” da segurança jurídica, não consequência essencial do Direito. Embora, em regra, a atitude interior somente quando corresponda a uma ação exterior produza consequências jurídicas, hipóteses existem nas quais a simples conduta interior já as determina. Por exemplo, a educação correcional aplicada a menores pressupõe carência psíquica, da qual a conduta externa é apenas indício ou prova. Portanto, existe também um “direito interior” (como sustentava a *escola krausista*, principalmente *Röder*). Não se pode afirmar, então, que a exterioridade seja o objeto do Direito; ela é *aquilo pelo que ele se interessa*, pois um comportamento interior jamais é considerado por ele em si mesmo, apenas suas possíveis consequências. Ao contrário, a Moral está voltada para o comportamento externo apenas se e quando expressão das intenções do agente.
- III. Quando *Kant* fundamenta a obrigatoriedade do Direito em sua exterioridade, quando afirma que o Direito se satisfaz com o

cumprimento exteriorizado (*legalidade*), quando entende que a obediência à lei é suficiente, qualquer que seja sua motivação e sem que seja necessário o respeito, limita-se aos fundamentos da segurança jurídica, não se referindo à essência do Direito. A esta legalidade, no campo jurídico opõe *Kant* a *moralidade*, como forma da obrigatoriedade moral; mas uma ordem jurídica que não relacione o cumprimento do dever ao sentimento de dever, estará fundamentada em bases muito frágeis e inseguras; realmente, de forma alguma, renuncia o Direito ao campo das intenções jurídicas; quando, por exemplo, a execução da pena busca a correção ou o Estado obriga a educação dos filhos, não está interessado apenas pelo comportamento ajustado ao Direito, mas também pelas intenções jurídicas.

- IV. Finalmente, não é correto opor a exterioridade das fontes de validade do Direito, sua *heteronomia*, à *autonomia* da Moral. Uma obrigação heterônoma é uma contradição em si mesma, pois não é a norma externa, enquanto tal, que obriga, e sim sua aceitação pela consciência. Heteronomia do Direito significa apenas que a consciência acolhe como próprio um complexo externo de normas, da mesma forma como a veracidade a orienta para a verdade segundo as leis da lógica. A obrigatoriedade, no entanto, bem como a validade de tal complexo de normas, só podem fundamentar-se em sua aceitação pela consciência. Enquanto deveres autônomos são qualificados como morais, deve-se reconhecer que a obrigatoriedade do Direito, sua validade, fundamenta-se, em última instância, no dever moral do indivíduo (Cf. *Laun, Recht und Sittlichkeit* – Direito e Moralidade – Hamburgo, Oração do Reitor, 1924).
- V. Ordens jurídicas só podem ser elevadas a deveres de consciência porque servem a fins morais, a objetivos morais. A validade do Direito fundamenta-se na Moral porque os fins do Direito estão voltados para fins morais. Já foi demonstrado (§8) que, se o Direito não pode realizar incondicionalmente a Moral, porque esta é necessariamente obra da liberdade, ele a torna possível; Direito é o que *possibilita* a Moral e, naturalmente, ao mesmo tempo, o que *possibilita* a *imoralidade*, dela se distinguindo, portanto, por seu conteúdo. Por isso pode *Ihering* sustentar a tese segundo a qual a luta pelo Direito é luta pela afirmação moral da própria pessoa, pela liberdade exterior, pressuposto necessário à liberdade interior, à liberdade moral; por isso a luta pelo Direito é, em si mesma, um dever moral.

O Direito, distinto da Moral, está, pois, a ela duplamente vinculado por seu conteúdo: ela é o fundamento de sua validade, porque um dos fins do Direito é possibilitar a moral.

BIBLIOGRAFIA: Nef, *Recht und Moral* – Direito e Moral – 1937.

§ 14. Direito e Costume

- I. A determinação do conceito de costume é necessária por dupla razão: a primeira, porque o Direito faz referência, inúmeras vezes, a “bons costumes” e “usos e costumes do lugar”; além disso, porque, sem tais referências, não emergiriam do costume conseqüências jurídicas, da mesma forma como, da cortesia internacional não decorrem obrigações para os povos.
- II. Estabelecer a diferença entre Direito e costume é mais difícil do que entre Direito e Moral. As peculiaridades do Direito em relação ao costume não podem ser obtidas a partir da coação jurídica, uma vez que esta, embora seja conseqüência habitual do Direito, não integra sua essência e o costume, por seu lado, pode acarretar duros constrangimentos psíquicos, como ocorre no boicote social. Finalmente, é muito grande a diversidade de conteúdos no conceito de costume.
- III. “*Hábito*” – “*uso*” – “*costume*”, esta seqüência corresponde à crescente revelação da normatividade a partir dos condicionamentos de fato que, projetados sobre a Moral e o Direito, superpõem-se ao próprio costume, possibilitando qualificá-lo de “*bom*” ou, ao contrário, de “*mau costume*”. O costume admite também avaliação estética que permite identificá-lo com “*elegância*”. Nesta se incluem modos de comportamento não criados pelo hábito ou pelo uso, mas por *convenções*. Convenção não é costume do povo, mas costume de uma classe: as “*boas maneiras*”, ou sejam, os costumes da burguesia distinguem-se da “*grosseria*” rústica e da “*cortesia*”, ou hábito da corte. O máximo da elegância é o “*tato*”, que está para as boas maneiras e para a cortesia como a equidade está para a Justiça; também ele aplica-se apenas ao caso concreto, não podendo ser previsto em regras e sendo apreensível apenas por intuição. Enquanto o costume do povo une, a convenção separa. Característica desta é que as pessoas “sabem o que deve ser feito”, como sugere a expressão “*savoir faire*”. No âmbito das convenções, ao contrário do que ocorre com a Moral e o Direito, a consciência da infração não incrimina o agente, até o alivia. Aquele que sabe o que deve ser feito em uma situação concreta pode, gentilmente, e até com graça, despreocupar-se com a decência, pois o fato de ser conhecedor do que deve ser feito torna-o membro do grupo dos autores destas regras. Naturalmente, os que integram as classes mais baixas procuram adequar-se às regras das classes superiores, o que obriga estas a constantemente desenvolverem, modificarem e refinarem suas convenções. Por isso, enquanto, no âmbito dos costumes de um povo, têm prioridade os “costumes mais antigos”, no âmbito das convenções predomina a “moda mais nova”.
- IV. Diversas são as formas de o costume social e o costume das classes sociais se relacionarem com Direito e Moral. O *costume social* corresponde a um momento evolutivo já ultrapassado, no qual Direito e Moral se encontravam fundidos, não conceitualmente ordenados, mas em processo histórico de ordenação. Como Moral e Direito evoluíram a partir do costume social, havia nebulosa impossibilidade de diferenciá-

los e era impossível obter saudável distinção conceitual entre eles. Ao contrário, as *convenções*, os elegantes costumes das classes sociais, desenvolvem-se, a partir dos costumes sociais, como reação consciente, ao lado do Direito e da Moral. Sendo um protesto consciente, manifestam-se as *convenções* através de um comportamento exteriorizado, exigindo, todavia, a correspondência a um comportamento interior valioso. Uma saudação cerimoniosa é considerada pela *convenção* como expressão de elevada consideração, mesmo quando esta, na verdade, não exista. O essencial da *convenção* é, assim, uma “mentira convencional” que ordena e permite tomar as aparências como realidades. Costumes sociais e elegância não se distinguem, portanto, conceitualmente, do Direito e da Moral, através de características claras, pois a diferenciação entre eles procede de uma situação de indiferença; depois que Direito e Moral se formam a partir dos costumes sociais, os costumes da elegância repousam sobre consciente contradição entre conduta externa e interna.

BIBLIOGRAFIA: Jhering, *Zweck im Recht* (O fim no Direito), t. II; Ferd. Tönnies, *Die Sitte* (Os costumes), 1909.

§ 15. Direito e Religião

- I. Em primeiro lugar, é necessário determinar o campo específico da essência da religião na filosofia dos valores aqui exposta. Esta é, em si mesma, uma forma de avaliação – distingue o bem do mal, o belo do feio, o verdadeiro do falso – enquanto as ciências da natureza são caracterizadas por sua cegueira diante dos valores – registram os fatos sem preocupação relativa a seus valores – e as ciências da cultura praticam uma forma de observação dos fatos relacionada a valores – interpretam-nos levando em conta seu significado valioso. A religião, no entanto, coloca-se acima dos valores. Enquanto as ciências da natureza são cegas para eles, a consideração religiosa supera a contradição entre eles. Mas o que significa “superação de valores”?
- II. O cristianismo estrutura-se sobre duas afirmações, uma do Velho e outra do Novo Testamento: “Deus contemplou sua obra e viu que todas as coisas eram boas” – e “para aqueles que amam a Deus, tudo é bom”. Para a religião, em última instância e apesar de tudo, todo ser é bom, uma vez que ela supera o conflito entre valor e desvalor, entre felicidade e infelicidade, e até redime o homem de sua culpa original (*felix culpa*). Por isso, a religião cristã é amor, superior a valor e desvalor; é graça, como um sol que brilha sobre o justo e o injusto; é paz, que sobrepõe à razão e seus problemas. O que não é essencialmente bom, *não é*; em sentido profundo, sua existência é apenas uma aparência. Duas atitudes são possíveis diante de qualquer fenômeno: considerá-lo valioso ou desvalioso, em sentido axiológico; ou considerá-lo essencial ou não, em sentido religioso.

- III. Esta visão dupla aplica-se também em relação ao Direito, que pode ser avaliado de um ponto de vista profano qualquer ou, sob o ponto de vista religioso, pode ser considerado sem valor. De fato, sob várias formas de apreciação cristã, em última instância, é negada sua essencialidade.
1. A concepção dos Evangelhos caminha em direção a um significado absolutamente desvalioso para o Direito. Na *parábola dos trabalhadores na vinha*, é rechaçada, com gesto grandioso, a exigência de Justiça. O *sermão da montanha* considera sem importância sofrer injustiça, recomendando ao ofendido que ofereça a outra face ao seu agressor e, àquele de quem foi roubado o manto, que ofereça também sua túnica ao ladrão. Culmina, então, na mais sublime inversão de valores: a não resistência ao mal.
 2. A partir desta concepção, *Rudolf Sohm* vê o Direito Canônico como anticristão, porque estaria em contradição com o essencial da Igreja: a coação jurídica não força ninguém a viver sob orientação cristã e o formalismo jurídico não decide sobre a bem-aventurança eterna. Mais coerente que *Sohm*, *Tolstoi* estende esta crítica, feita ao Direito Canônico, a todo o Direito: as relações humanas devem ser reguladas exclusivamente pelo amor ao próximo, enquanto o Direito apenas se aproxima, de soslaio, da interioridade do comportamento – única que, finalmente, importa – pervertendo a Moral cristã ao atribuir aparente valor intrínseco ao comportamento exteriorizado. *Sohm* chega a um anarquismo sectário dentro da comunidade religiosa e *Tolstoi* postula o convívio anárquico para toda sociedade humana. Em última instância, o sermão da montanha é mais radical do que *Sohm* e do que *Tolstoi*, pois não atribui ao Direito valor anticristão, mas considera-o algo sem nenhum valor, algo que não merece sequer contestação. (Sobre *Sohm* e *Tolstoi*, vide *Hauck*, em obra ainda no prelo).
 3. O vigoroso espírito de *Lutero*, ao contrário, satisfaz-se em justificar a insolúvel antinomia entre a necessidade de um Direito secular e sua insignificância religiosa. Assegura à Política e ao Direito transitória autonomia e vê, em particular, o Direito Canônico como assunto meramente humano, que considera um regimento interno, não soberano, da Igreja. Reconhece autonomia legal ao mundo do Direito e do Estado, em paralelo com o mundo religioso da fé, do amor e da caridade. Naturalmente uma autonomia transitória e problemática sob a qual deve-se viver como se não existisse, e na qual, a qualquer momento, pode irromper a religião como um incêndio ou um furacão. Esta ênfase no caráter profano do Direito, em sua acidentalidade e precariedade em relação à consistência do comportamento religioso, teve decisiva participação, de um lado, na evolução do poder absoluto dos príncipes e, de outro, no desinteresse dos alemães pela Política, que, em razão de sua precariedade, não reconheciam apta a orientá-los como valor supremo da vida. Todos nós tivemos experiência sobre o risco de um Direito sem a consagração superior. Da mesma forma que o

catolicismo sempre fez (e, entre as confissões evangélicas, o calvinismo), a igreja evangélica preocupa-se atualmente em dar fundamentação religiosa ao Direito.

4. Na concepção católica, o Direito não integra a ordem da graça, mas da criação e, por isso, está, como tudo o que foi criado, sujeito à lei de Deus. Cristianismo e cristandade admitem a existência de uma estrutura hierárquica de classes e situações em cuja base ocupa seu lugar o Direito Natural, como algo que não é plenamente cristão nem plenamente anticristão. Também o Direito Positivo se beneficia do brilho dos valores religiosos, porque deriva de normas do Direito Natural, editadas por Deus e apreensíveis pela razão. Ao lado do *ius divinum naturale* está o *ius divinum positivum*, vigente, para a Igreja, a partir da revelação (v. § 20). À insignificância do Direito no sermão da montanha, ao anticristianismo do Direito em *Sohm* e *Tolstoi*, à precária autonomia do Direito em *Lutero*, opõe-se, assim, para os católicos, o reconhecimento de sua relativa essencialidade.

- IV. Imediatamente, o religioso emerge no mundo jurídico através de uma instituição: a *graça*, como tiveram que reconhecê-lo também os defensores da autonomia do Direito. *Beccaria* e *Kant* rejeitaram a graça, porque viam nela uma ruptura da autonomia jurídica. Mas outros procuraram ver seu significado essencialmente jurídico. *Ihering* considerou-a “válvula de escape do Direito”: serve para fazer valer o Direito contra a força do julgamento injusto; para fazer com que a Justiça prevaleça sobre o Direito; para que prevaleça a equidade no caso concreto e não a tendência generalizante da Justiça; para que a prudência estatal prevaleça sobre a regra jurídica. Desta forma, no entanto, tergiversa-se sobre o significado original de graça. Ela “não conhece coação”, nem mesmo da Justiça; não se assemelha a planejamentos beneficentes estatais, mas à esmola consciente e irracional; ela é, no mundo do Direito, semelhante ao milagre no mundo da natureza. Seu significado consiste em chamar a atenção para o caráter limitado e condicional do Direito. Sua expressão mais pura não está na graça estatal, mas na não estatal, praticada por líderes espirituais, como faziam as abadessas medievais, autorizadas a indultar os pobres pecadores a caminho do patíbulo. Hoje, conhecemos uma forma secularizada e irracional de anistia, concedida ao ensejo de festas nacionais.

BIBLIOGRAFIA: Radbruch e Tillich, *Religionsphilosophie der Kultur* (Filosofia Religiosa da Cultura) 2ª ed., 1920; Radbruch, revista *Evangelisch-Sozial*, 1927; Grewe, *Gnade und Recht* (Graça e Direito), 1936.

V

As grandes culturas jurídicas

§ 16. O Direito Romano

Vamos analisar agora as mais significativas culturas jurídicas como tipos ideais, sob o aspecto da Filosofia do Direito, a começar pelo Direito Romano.

- I. A particularidade do pensamento jurídico romano está, acima de tudo, em sua legislação específica ou, como afirmou a crítica, em sua “autonomia” em relação ao espírito latino.
 1. O Direito Romano está isolado das demais categorias de normas como costume, Moral ou religião; entre os demais ordenamentos jurídicos, é aquele que recebeu a menor influência da religião.
 2. O juízo jurídico romano é rigorosamente autônomo relativamente à observação dos fatos – consideram-se separados o processo *in iure* e o processo *in iudicio*.
 3. O Direito Romano está rigorosamente separado de seus fundamentos econômicos, bem como das funções econômicas. Ninguém pode formar uma imagem da vida ou do pensamento econômico dos romanos a partir de seu Direito.
 4. Separada está também a norma jurídica romana da vida jurídica – somente a partir da papirologia tornou-se possível conhecer, além do Direito Romano, a vida jurídica em Roma.
 5. Nenhum papel decisivo representam também as idéias suprajurídicas, filosófico-jurídicas ou de política jurídica.
 6. Finalmente, o Direito Privado Romano está rigorosamente separado do Direito Público. Sendo o Direito Romano fundamentalmente Direito Privado, é, em consequência, individualista e pode servir a uma ordem econômica capitalista, embora os institutos econômicos típicos do capitalismo, como a letra de câmbio, as ações, o cheque e as sociedades comerciais, sejam originários do Direito germânico.

Esta distinção entre o Direito Romano e o Direito germânico decorre menos da diferença de nacionalidades do que de uma diferença de graus de desenvolvimento. Em um estágio mais elevado da evolução, toda ordem jurídica – por razões de segurança jurídica – adquire autonomia.

- II. Característica do Direito Romano é ainda a casuística de sua formação, é sua *gênese a partir de situações jurídicas*. Essencialmente, a lei só aparece no começo e no final de sua evolução: a *Lei das XII Tábuas* e o *Corpus Iuris*. Entre estes, dá-se o extraordinário desenvolvimento da jurisprudência, fundada na natureza das coisas e no caso concreto. Apesar do casuismo, caracteriza-se o Direito Romano pela economia das formas, a parcimônia das figuras jurídicas utilizadas, o emprego de formas jurídicas iguais para situações economicamente distintas, como ocorre em relação ao conceito de propriedade, utilizado para coisas móveis e imóveis. Essa tendência à generalização está associada, todavia,

a evidente cautela contra abstrações, definições, construções e sistematizações. Ele prefere, às construções genéricas, o emprego de precedentes fáticos, “como se” o novo caso fosse igual ao anterior (ficções). A chamada “jurisprudência regulatória” revela que o direito não procede da lei – *ius ex regula* – mas que a lei procede do direito – *regula ex iure* – apesar de que uma série enorme de princípios de forte significado tenha sido cunhada, e até acolhida, em larga escala, por exemplo, pelo Direito inglês.

- III. Resumindo, pode-se dizer que o *objetivo* essencial do Direito Romano não era suprajurídico, como o bem-estar ou a generalização da Justiça, mas a correta decisão do caso concreto, conforme a equidade, fundada, acima de tudo, na *boa fé*. Por isso, satisfazia-se o Direito Romano com menor grau de segurança jurídica do que estamos acostumados.

- IV. Paradoxo histórico: nos países que adotaram o Direito Romano, transformou-se ele em uma ciência para eruditos, enquanto nos países em que não foi adotado, como os anglo-saxões, prevaleceu um espírito jurídico análogo ao romano, baseado na natureza das coisas. Por isso o Direito Romano, depois de recebido, foi sempre contestado na Alemanha – pelos camponeses revoltados, na chamada revolução dos camponeses; pelos defensores da unidade e da liberdade do país, principalmente em 1848; pelos defensores do Código Civil Alemão e até pelos nazistas. Os germanistas, em sua luta contra o Direito Romano, não perceberam que, de um lado, a ele deve-se a unidade nacional do Direito, em substituição à multiplicidade dos Direitos regionais; de outro lado, sua recepção só foi possível porque ele despiu-se de quase todas as peculiaridades nacionais para converter-se no *ius gentium*. Menos compreensível foi que, além dos defensores da unidade, também os defensores da liberdade, os liberais e os nacionalistas da época foram hostis a ele, embora o que o caracterizasse fosse exatamente a orientação individualista e privatista. Esta contestação estava voltada contra o Direito Público romano, que não havia sido recebido *in toto*, e contra o absolutismo bizantino. A resistência oposta pelo liberalismo foi dirigida menos ao Direito Romano do que ao quietismo reacionário de seus defensores de então: a Escola Histórica do Direito e o árido positivismo no qual desembocou; contra, portanto, a volta não histórica a um Direito Romano puro, contra as tentativas de sua adaptação às exigências do momento – o chamado *usus modernus pandectarum* – contra as necessárias reformas e codificações. Enfim, em todas as suas formulações, a crítica ao Direito Romano era válida não em relação à jurisprudência clássica romana, mas em relação ao Direito bizantino escrito que chegou a nós através da recepção.

BIBLIOGRAFIA: Fritz Schulz, *Die Prinzipien des römischen Rechts* (Princípios de Direito Romano), 1934.

§ 17. O Direito anglo-americano

- I. A Inglaterra não passou pela experiência da *recepção* do Direito Romano, embora este fosse ensinado em Oxford desde a época dos glosadores. Lá, a classe dos juristas formou-se e organizou-se antes que isto ocorresse nos demais países, e desencadeou a luta contra a recepção, impedindo-a até, ao mesmo tempo em que assumia a tarefa de formar novos juristas, no lugar das Universidades. Mas isso não significa que o Direito Romano não tenha exercido qualquer influência na Inglaterra; impedida foi a recepção das normas específicas do Direito Romano, não a penetração de seu espírito. A respeito da influência do Direito Romano sobre a metodologia jurídica inglesa dá testemunho *Melanchton*: “Há na Europa povos que não decidem suas questões jurídicas de acordo com as leis romanas, mas fazem-no de acordo com suas próprias leis. Todavia, os encarregados das decisões costumam estudar as leis romanas no estrangeiro e, segundo estou informado, quando perguntados sobre os motivos deste esforço, uma vez que tais leis não são aplicadas por eles, respondem que procuram a alma e o espírito das leis romanas, isto é, buscam descobrir a força e a natureza da equidade, para poderem julgar de forma mais correta a partir de suas leis pátrias.” Assim vê o autor a influência do Direito romano sobre a *equity*, como modificadora da *common-law*.
- II. Como o Direito Romano, a *common-law* inglesa descobre o *direito no caso concreto*, o “*case-law*”, extraíndo-o da natureza das coisas. No Direito inglês, a lei – *statute-law* – desempenha papel restrito, na regulamentação parcial de determinados setores jurídicos. Diferentemente do que se passa no Continente Europeu, seus legisladores jamais pretenderam adotar a codificação geral do Direito em vigor. Também como o Direito Romano, o Direito inglês é feito pelos juristas (*judgemade-law*). Originalmente, os juízes ingleses apoiavam-se no Direito consuetudinário, um pretense Direito geral inglês, em oposição aos costumes locais – daí a designação *common-law*. Mas, na verdade, não recorrem ao Direito consuetudinário, nem sob a forma de prática judiciária; a partir de precedentes, criam o Direito no caso concreto, com eficácia em relação a casos futuros da mesma natureza.
- III. O Direito inglês é obra dos juristas ingleses. A corporação dos juristas ingleses (*Inns of court*) reúne profissionais com formação universitária, a alta advocacia, os especialistas (*barristers*) autorizados a litigar no Poder Judiciário e os solicitadores (*solicitors*), encarregados da preparação, junto às partes, dos processos em tramitação. Deste corpo de advogados saem os juízes e o Ministro da Justiça. Sustentada por este conjunto, a autonomia do Direito, a “*Rule of Law*” torna-se, na Inglaterra, mais forte do que em qualquer outro lugar. *Montesquieu* até acreditava poder abstrair, a partir da vida jurídica inglesa, sua teoria da divisão dos Poderes. Segundo ele, ao juiz só incumbe aplicar a lei e, para tanto, não necessita de “nada mais do que olhos” para ler, enquanto a função de editar o Direito incumbe exclusivamente ao Parlamento. Na verdade, é mínima a aplicação da lei pelo juiz inglês, preponderando os precedentes

judiciários, que ele completa e desenvolve, através da criação livre do Direito, enquanto o Parlamento faz uso de sua competência legislativa com sábia moderação em relação à *common-law*. Esta voluntária cautela do Parlamento e esta autonomia dos juristas asseguram a seriedade da aplicação do Direito e, com ela, o Estado de Direito – *Rule of Law* – de forma muito mais segura do que a teoria da divisão dos Poderes de *Montesquieu*, confiando a elaboração desenvolvimento do Direito exclusivamente ao Parlamento.

- IV. Na medida em que a *common-law* foi se estruturando cada vez mais como “*ius strictum*”, surgiu a necessidade de modificá-la, de transformar a equidade (*equity*) em processo para a concretização da Justiça no caso concreto. Por analogia com as “*actiones ex aequo et bono*” dos pretores romanos, os lordes instituíram os processos denominados *writs*, destinados a compensar a severidade e intransigência da *common-law*. A *equity* nasceu como uma forma de jurisdição do Gabinete, em paralelo com a jurisdição penal do Gabinete – o mal-afamado *Tribunal Estrela*. O Grão-chanceler, o mais importante funcionário do rei, era, no início, um clérigo e mais tarde um jurista que, com o passar do tempo, foi se transformando em juiz independente. A fonte de sua jurisdição, fundada na equidade, era sua própria consciência, inspirada na equidade romana e canônica. Por natureza, as decisões à base da equidade, inicialmente, eram consideradas apenas Justiça no caso concreto e não podiam ser invocadas como precedentes para casos futuros. Somente a partir do começo do século XIX as decisões com fundamento na equidade adquiriram significado de precedente e assim a *equity* converteu-se em outra forma de *case-law*, em paralelo à *common-law*. A reforma judiciária de 1873 fundiu a jurisdição da *equity* à da *common-law* em uma única organização, mas ainda hoje é mantido o sistema dual da *equity* e *common-law*.
- V. A essência do *case-law* inglês consiste em julgar o caso concreto com fundamento na natureza das coisas. O Direito assim descoberto deve suportar a imediata prova e responsabilidade da aplicação prática a um caso concreto. Enquanto isso, o legislador, ao estabelecer normas, deixa-se influenciar por situações jurídicas imaginadas ao acaso, não reais, e não está sob a pressão de um caso concreto. Os analistas continentais destacam sempre a flexibilidade do *case-law*, enquanto os juristas ingleses acentuam, ao contrário, sua rigidez. De fato, a jurisprudência inglesa, como instituição, goza de grau de criatividade mais elevado do que a continental; o juiz individual inglês, todavia, está mais rigorosamente preso à importância do significado do precedente do que o juiz continental. Os analistas ingleses sublinham, em seu Direito, não tanto a flexibilidade quanto a segurança resultante da rigidez do *case-law*. A imensa abundância de precedentes é considerada, no entanto, pelos ingleses, e mais ainda pelos norte-americanos, um perigo crescente, de tal forma que, apesar do orgulho em relação ao *case-law* nacional, produz, de quando em vez, manifestações em favor da codificação ou de algum outro tipo de auxílio legislativo.

- VI. Nos EUA, a lei desempenha hoje papel mais significativo do que na Inglaterra. Em cada Estado estão em vigor Códigos Penais, Códigos de Processo e até, em parte, Códigos Civis. Mas sobre estes afirma-se, com muita frequência, o *case-law*, graças a interpretações autocráticas das leis pelos juízes, a partir de precedentes. As Constituições, todavia – em particular a Constituição Federal – gozam de extraordinário respeito, quase religioso. Guarda da Constituição Federal é a Suprema Corte em Washington, provavelmente o mais poderoso Tribunal do mundo. Através de suas decisões, manifesta-se o espírito da Constituição e também sua gradual transformação. Nelas domina o pensamento político dos estadistas sob roupagem jurídica. Graças à Suprema Corte, grande número de personalidades judiciárias adquiriram fama internacional, como, por exemplo, o maior jurista norte-americano de seu tempo: *Oliver Wendell Holmes*.

BIBLIOGRAFIA: Radbruch, *Geist des englischen Rechts* (O Espírito do Direito Inglês), 2ª ed.1947; *O. W. Holmes* – em *Süddeutsche Juristen-Zeitung* (Revista Jurídica do Sul da Alemanha),1946.

§ 18. O Código Civil Francês

- I. De 1804 a 1810 teve lugar, na França, por iniciativa e sob influência de *Napoleão*, a grande obra legislativa conhecida pelos cinco códigos: o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código Comercial, o Código de Processo Penal e o Código Penal. O Código Civil (promulgado em 1804 e denominado, desde 1807, Código de Napoleão) disputa com o Direito inglês a importância mundial e influenciou fundamentalmente a legislação de outros países; o Código Civil de Baden (1809) é quase uma cópia literal dele. Finalidade essencial do Código de Napoleão foi a unificação do Direito na França, onde, no norte, aplicava-se o Direito consuetudinário e, no sul, o Direito Romano, acompanhados, nos dois casos, de Ordenações Reais. Outra finalidade do código foi a aplicação dos resultados políticos da Revolução Francesa.
- II. É evidente a influência pessoal de Napoleão sobre o código, principalmente no que diz respeito à estrutura patriarcal do Direito de Família. Do ponto de vista jurídico, foi significativa a participação do grande jurista *Portalis* (1745-1807) nesta obra.
- III. Deve ser salientada, em primeiro lugar, a linguagem do Código. O famoso romancista francês *Stendhal* confessou que lia, todas as manhãs um trecho do Código Civil antes de qualquer outra coisa, procurando encontrar o tom correto de seu trabalho como escritor. Não se trata de um código casuísta, nem tem ele a pretensão de solucionar antecipadamente todas as questões jurídicas por meio de exagerada abstração. Renuncia também, conscientemente, ao objetivo de eliminar todas as lacunas e omissões. *Portalis* mesmo disse: “saber que é impossível tudo prever é sábia previsão”. Apesar disso, seu artigo 4º impõe ao Juiz, sob as penas da denegação de Justiça, resolver todos os casos jurídicos a ele submetidos, proibindo-o de recusar-se a fazê-lo sob alegação de

obscuridade ou inexistência de lei. Contrariando *Montesquieu*, para quem o Juiz não é senão um instrumento automático e inanimado da Justiça – segundo as palavras de *Portalis* – considera deuses os legisladores e os juízes algo inferior a homens, mas admite a criação do Direito por estes. De forma diversa do que ocorre na Inglaterra, as decisões dos juízes franceses têm aplicação exclusiva ao caso concreto e não têm eficácia sobre casos futuros. E, de fato, a “jurisprudência”, sem ter força de lei, está revestida de forte autoridade.

- IV. A tendência política do Código Civil corresponde à vitória da Revolução Francesa e da burguesia sobre os privilégios de classe: liberdade individual, igualdade perante a lei, propriedade privada, liberdade contratual e autonomia do Estado em relação à Igreja. Excetuado o Direito de Família, predominam no código os princípios individualistas, garantidos de forma mais eficaz nos Códigos do que na Declaração dos Direitos do Homem, uma vez que eles não são mera proclamação, mas valem como parte importante da vida civil. Por isso queria tanto *Napoleão* que sua lei fosse implantada nos Estados da Confederação do Reno. Em 15 de novembro de 1807 escreveu a seu irmão *Jerônimo*, rei da Westfália: “Os benefícios do Código Civil, a administração estatal do processo judiciário e a instalação do júri popular precisam ser também características distintivas de vosso reinado. Para expressar-lhe integralmente minhas idéias devo dizer-lhe que isto seria mais importante para a expansão e o fortalecimento de seu trono do que todas as vantagens de grandes vitórias militares. Seu povo alcançaria uma liberdade, uma igualdade e um bem-estar jamais conhecidos pelo povo alemão. Tal governo liberal, de uma forma ou outra, traria benéficas modificações para o sistema confederativo e para a força de seu reinado.” De fato, o Código de Napoleão conquistou, em Baden e na margem esquerda alemã do Reno, em pouco anos, tão grande simpatia e autoridade que, mesmo após a ocupação francesa, continuou em vigor, até ser substituído pelo Código Civil Alemão.

BIBLIOGRAFIA: Kantorowicz, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre* (Sobre a Pré-história da Teoria do Direito Livre), 1925; Feuerbach, *Biographie* (Biografia), obra póstuma, 1853, t. I, págs. 162 e sgs.; Federer, *Geschichte des badischen Landrechts* (História do Direito Territorial de Baden), 1947.

§ 19. O BGB – Código Civil Alemão

- I. Enquanto o Código francês revela a face de *Napoleão*, é inútil procurar a face do legislador no vigente Código Civil alemão. Parece que o BGB (*Bürgerliche Gesetzbuch*) procura comprovar a afirmação de *Savigny*, segundo a qual os grandes juristas são fungíveis, substituíveis, pois, em extraordinária ascese, preocupados com a validade objetiva universal, deixam esfumar-se todas as suas atividades individuais. O BGB é a codificação do Direito consagrado no final do período da burguesia e não, como o Código francês, o resultado de uma luta, de uma revolução. Enquanto as exposições sobre Direito Penal começam sempre pela teoria

dos fundamentos e finalidade da pena, os evidentes princípios do Direito burguês jamais mereceram grande discussão: propriedade privada, liberdade de contratar, liberdade de testamento, monogamia e direito à sucessão.

- II. O BGB surgiu a partir do fatal ano de 1878, ano do Congresso de Berlim, quando, na política exterior, o país foi gradualmente se desligando da Rússia e vinculando-se progressivamente à Áustria, e, na política interna, substituiu o livre comércio internacional pela proteção alfandegária; *Bismarck* abandonou o Partido dos Fundadores do Reich – os nacionalistas liberais; superou-se a luta político-religiosa; surgiu a inclinação para o conservadorismo e o conflito com a social-democracia, negativamente traduzida pela lei anti-socialista e positivamente manifestada pelo início da legislação em direção ao socialismo de cátedra e a união pela política social. Mas o BGB não conseguiu de imediato essa libertação do individualismo extremo e este encaminhamento para o Direito social, apesar das duras críticas de *O. v. Gierke*, representando o super-individualista Direito alemão, e *Anton Menger*, representando os interesses da classe pobre. Estas críticas conseguiram apenas que alguns artigos de caráter social fossem introduzidos no Código (por exemplo, os §§ 226 e 618 do BGB).
- III. A *linguagem* do BGB é técnica, incompreensível para o povo, mas absolutamente conseqüente enquanto pura linguagem de comando: seca e sem sentimento, concisa e sem esclarecimentos, pobre e sem fundamentação (vide abaixo, §29). Da mesma forma caracteriza-se também seu *Método*. Através de forte abstração, preocupa-se, tanto quanto possível, com a inexistência de lacunas, favorecendo a “jurisprudência de conceitos” e a metodologia jurídica da logística; em pontos decisivos emprega, todavia, cláusulas gerais como “boa fé” e “bons costumes”, que, em última análise, autorizam o juiz a prolatar julgamentos pessoais (§§ 138, 157, 242, 826 do BGB). Tanto na linguagem quanto no método, o BGB foi superado pelo Código Civil Suíço (*Eugen Huber*). O BGB constitui um sistema tão fechado de idéias que, mais tarde, o Direito Social e Econômico não puderam ser nele introduzidos. O Direito de proteção à juventude, o Direito do Trabalho, o Direito Econômico, a legislação do inquilinato tiveram, então, que entrar em vigor em paralelo com o BGB. Os nazistas anunciaram a despedida dele, em razão de seu caráter individualista. Acentua-se, todavia, atualmente, a reabilitação do Direito Privado contra a ameaça da exclusividade do Direito social (conforme *Hallstein, Süddeutsche Juristen-Zeitung* – Revista Jurídica do Sul da Alemanha, 1946, 1).
- IV. Precisamente estas carências de caráter político e de características nacionais, assim como o elevado processo de abstração, possibilitaram ao BGB ser recebido como sistema jurídico por outras culturas, sob condições muito diversas, como na Ásia oriental. Um antigo jurista alemão escreveu, da Coréia, a este autor, o seguinte: “Meu trabalho é fascinante, por muitas razões. A Coréia adota o Direito japonês desde que, há 35 anos, foi anexada ao Japão. O Japão, em grau maior ou menor,

adotou o Direito alemão. Desta forma, como funcionário da ocupação americana na Coreia, tenho, sobre a minha mesa, a coleção jurídica alemã – o Código Civil, o Código Comercial, o Código de Processo e a legislação complementar – e opero como uma espécie de Oficial de ligação jurídica entre os coreanos e os americanos. Como estudei os dois sistemas jurídicos – a legislação codificada e a *common-law* – minha tarefa é explicar aos americanos o Direito coreano (isto é, alemão).” Naturalmente, a equiparação do Direito alemão com o coreano-japonês deve ser feita com muitas restrições. A grande codificação teve que ser, em grande parte, adaptada às exigências asiáticas orientais: o Direito de Família e Sucessões permanece regido pelo Direito consuetudinário e deve ser estudado com cuidado, uma vez que, evidentemente, ninguém teve a idéia de pesquisar o processo de recepção do Direito alemão pela Ásia oriental, o que seria uma tarefa interessante, sob o ponto de vista da sociologia jurídica.

BIBLIOGRAFIA: R. Sohm tem uma exposição clássica sobre o BGB na antiga cultura *Hinneberg*, injustamente esquecida, em *Kultur der Gegenwart* (Cultura do Pasado), 2ª ed., 1913.

§ 20. O *Codex Juris Canonici*

Ainda hoje o doutor em Direito é qualificado, em muitos países, *doctor utriusque iuris (J.U.D.)*, isto é, doutor em ambos os Direitos, o Direito Romano e em Direito Canônico, o primeiro corporificado no *corpus iuris civilis* e o segundo no *corpus iuris canonici*.

- I. De acordo com a Filosofia do Direito católica, há três fontes de Direito:
 1. o *ius humanum positivum*, ou seja, a lei dos homens, o Direito mundial;
 2. o *ius divinum naturale*, ou o Direito colocado por Deus na criação, cognoscível pela razão;
 3. o *ius divinum positivum*, objeto da revelação divina, da fé religiosa (Mateus, 16, 18: *tu es Petrus et super hanc petram aedificabo ecclesiam meam* – tu és Pedro e sobre esta pedra edificarei minha igreja).

Esta teoria das fontes significa que o Direito Canônico não possui autonomia, própria do Direito secular, mas está profundamente vinculado à dogmática, aos costumes e à disciplina eclesiástica.

- II. O Direito eclesiástico foi originalmente o Direito da Igreja para o mundo: o Direito Canônico regulava muitas situações hoje reconhecidas como objeto do Direito secular. Com a evolução, foi ele cedendo sempre mais espaço ao Direito temporal e limitando-se a ser essencialmente apenas um Direito da Igreja e para a Igreja. Graças à mesma evolução, o Estado reivindicou o poder de regulamentar suas relações com a Igreja, criando um Direito estatal para a Igreja, um Direito eclesiástico estatal. Há

também um Direito Internacional eclesiástico: o Papa é um soberano, titular de direitos internacionais, e relaciona-se em pé de igualdade jurídica com os demais Estados, mantendo embaixadores e celebrando acordos internacionais.

- III. O *corpus iuris canonici* foi substituído por moderna codificação – o *codex iuris canonici* (C.I.C.). Coube ao *Papa Pio X* (1904) a iniciativa dos trabalhos preparatórios para este código, que entrou em vigor em 1917, no pontificado do *Papa Benedito XV*. O principal trabalho científico para a codificação foi desenvolvido pelo então Cardeal Secretário de Estado, *Pietro Gasparri*.
- IV. O *codex iuris canonici* tem aproximadamente a mesma extensão do BGB e foi dividido com base no sistema de instituições: pessoas, coisas e ações. Além disso, há uma Parte Geral e um livro final sobre as penalidades eclesiásticas, perfazendo o total de cinco livros. A técnica legislativa do C.I.C. é semelhante à das modernas codificações, exposta em latim (*latino sermone uteretur, eoque digno, quantum liceret, sacrarum majestate legum, in iure romano tam expressa feliciter* – será utilizada a língua latina, digna, tanto quanto possível, da majestade das leis sacras e com tanta felicidade empregada no Direito Romano).
- V. O espírito do C.I.C. foi influenciado pelo que ocorreu no trágico ano de 1870: o Concílio Vaticano, a proclamação do dogma da infalibilidade papal e a anexação do Estado do Vaticano pela Itália. Importante, por isso, era “compensar pela força espiritual o que havia sido perdido no plano material”, ou seja, de um lado, retornar cada vez mais ao campo puramente religioso e, de outro, reforçar o poder centralizador do Papa. Apesar de sua hierarquia absolutista, conseguiu a Igreja manter-se sempre profundamente enraizada no povo, porque o clero é recrutado em todas as camadas sociais, principalmente entre os camponeses.
- VI. A restauração do Estado eclesiástico sob a forma da cidade do Vaticano foi também obra de *Gasparri*. Este minúsculo Estado não dá fundamento real ao poder, mas é um instrumento auxiliar técnico para o relacionamento internacional. Na verdade, a soberania da Santa Sé continua apoiada no poder espiritual do papado. Não se veja nisso uma anomalia do Direito Internacional, mas o ponto de partida de futura ordenação jurídica internacional, o novo protótipo para a soberania internacional de outros poderes espirituais (vide §35).

BIBLIOGRAFIA: Ulrich Stutz, *Der Geist des codex iuris canonici* (O Espírito do Direito Canônico), 1918; Sohm, *Kirchengeschichte im Grundriss* (Compêndio de História da Igreja), 1918; Papa Pio XII, *Opus Justitiae pax* (A Paz é obra da Justiça); Joseph Klein.

VI

As formas do Direito

§ 21. Direito subjetivo e Direito objetivo

I. De acordo com a opinião dominante, o Direito objetivo tem caráter imperativo: é considerado uma revelação de ordens e proibições, de determinações e obrigações. Esta opinião se fundamenta, em especial, na *teoria das normas*, de *Binding*. Importante consequência prática daí resultante é a exigência de prévio conhecimento da obrigação jurídica para que se possa caracterizar o ilícito penal. Esta concepção do Direito como imperativo não é capaz de esclarecer, porém, dois fenômenos:

1. Não esclarece a natureza jurídica da obrigação de reparar prejuízos decorrentes da prática de certos ilícitos, prevista no Direito Civil, que considera indenizável não apenas o comportamento culposamente contrário ao Direito, mas também situações que, sem caracterizarem comportamento culposamente ilegal, embora não sendo consideradas delito, decorrem de circunstâncias que podem nem ser classificáveis como comportamento humano; é o que se dá, por exemplo, com a responsabilidade objetiva do dono de animal, de linha férrea, ou do proprietário de veículo automotor. Também o enriquecimento ilícito é considerado indenizável, apesar de que nenhum destes fatos decorra de culpa ou até de comportamento humano. Nenhuma destas situações jurídicas objetivas pode ser considerada infração a normas dispositivas ou imperativas.

2. A teoria das normas enfrenta também dificuldades em relação à qualificação de um comportamento como jurídico, pois ele não necessita ser um ato conscientemente adequado à obrigação prevista em lei, mas é considerado objetivamente jurídico, qualquer que seja o motivo que o determine.

Na verdade, a lei, dispositiva e imperativa, não é senão forma secundária do Direito objetivo. Forma primária, original, é uma norma valiosa que caracteriza determinada situação ou determinado comportamento como anti-social ou como socialmente desejado. Sobre esta norma fundamental apóia-se a lei, como instrumento em busca de um fim, como forma secundária e concomitante. O ilícito não é, assim, criado pela lei, mas pela norma valiosa; não consiste na desobediência à lei, com necessária consciência da ilicitude, bastando que haja consciência de tratar-se de comportamento anti-social.

3. Em conclusão, é impossível construir um sistema jurídico apenas com leis, pois, a partir delas, surgem as obrigações jurídicas que, por sua vez, servem à proteção dos interesses e, assim, possibilitam o conceito de bem jurídico como interesse juridicamente protegido. A partir apenas de leis, jamais chegaríamos a justificar o conceito de direito subjetivo, mais restrito que o de bem jurídico: direito

subjetivo corresponde à possibilidade de pretender a proteção de um bem jurídico em seu favor e de exercer esta pretensão. Neste sentido, direito subjetivo só pode justificar-se a partir de norma de outra natureza: uma norma que autorize algo. Ao lado das leis, que criam obrigações e protegem bens jurídicos, são necessárias normas permissivas, que transformam bens jurídicos em direitos subjetivos. A concepção que o legislador tenha sobre a natureza humana (vide §33) é decisiva relativamente a sua opção pela realização de uma norma valiosa ou de mera lei que faculta uma ação. Quando ele entende que o interesse individual coincide com a realização jurídica por ele desejada, cria direitos, através de leis que facultam procedimentos; quando, ao contrário, os objetivos por ele buscados conflitam com egoísmos individuais, utiliza-se de leis que impõem deveres.

II. O direito subjetivo consiste, em essência, no “poder da vontade protegido pelo Direito” (*Windscheid*) e, quanto à sua finalidade “no interesse juridicamente protegido” (*Jhering*). De acordo com a teoria de *Jhering*, autor da “Luta pelo Direito”, a defesa do direito subjetivo constitui um dever moral porque, através dela, defende-se também o Direito objetivo; ao mesmo tempo, corresponde ela à afirmação moral da própria pessoa, à luta pela possibilidade de cumprir seus deveres morais. Contra a posição de *Jhering* deve ser dito que a luta pelo direito, muitas vezes, não é senão luta por um direito fictício e, desta forma, não está servindo, necessariamente, ao Direito objetivo; além disso, contra o bom direito, que serve à “paz desejada”, podem ser opostas questões que buscam vantagens insignificantes. O caráter de dever do direito subjetivo torna-se manifesto no Direito de Família e no Direito Público. O pátrio poder corresponde a um conjunto de direitos confiados aos pais, no pressuposto de que os exerçam corretamente. A expressão: “o direito de votar é o dever de votar” deixa claro que, pelo menos no Direito Público, os direitos trazem deveres implícitos. A crescente importância do conteúdo obrigacional de um direito privado, não apenas moral, mas também jurídica, é revelada, finalmente, pelas idéias do Direito Social. Quando a Constituição de Weimar proclamou o princípio segundo o qual “a propriedade gera obrigações”, transformou o direito social de uma obrigação moral em uma obrigação jurídica.

III.

1. Diversas são as espécies de direitos subjetivos: direitos sobre coisas, ou reais, e direitos das obrigações, ou pessoais; de forma mais ampla, são direitos absolutos e direitos relativos. Os direitos sobre as coisas são oponíveis a todos e a cada um: a todos, enquanto não sejam infringidos e a cada um que os tenha infringido. Os direitos das obrigações são exigíveis, desde o início e sempre, de uma determinada pessoa. Os direitos sobre as coisas são fruídos por seu titular, enquanto as obrigações são exigíveis de outrem. Os primeiros oferecem um gozo duradouro e os últimos desaparecem no momento em que são exercidos. O Direito sobre as coisas tem finalidade em si mesmo e o Direito das obrigações é um meio para chegar-se a ele.

Enquanto um sistema jurídico mantém o caráter finalístico do Direito das Coisas e instrumental do Direito das Obrigações, pode ser considerado estático. Foi o que ocorreu no período anterior ao capitalismo. A legislação do inquilinato e o Direito do Trabalho baseavam-se no Direito das Coisas – na locação e no direito à propriedade; o Direito Econômico do artesão fundava-se na propriedade de suas ferramentas; os direitos do proprietário da terra, sobre a servidão de sua força de trabalho. Os direitos das obrigações serviam, assim, apenas como auxiliares para chegar-se à fruição dos direitos sobre as coisas. O consumidor relacionava-se diretamente com o produtor e não através de longa cadeia de obrigações criada pelo comércio intermediário. A evolução do direito de crédito e do capitalismo transformou o Direito das Obrigações de simples instrumento intermediário em fim da Economia em si mesmo: como resultado, o investimento não vale mais como direito real, mas como direito pessoal, sob a forma de ações, títulos de crédito, contas bancárias etc. A cadeia de direitos pessoais entre dois direitos reais, em razão do comércio intermediário, tornou-se cada vez maior. Não se mora mais em casa própria, mas em casa alugada; não se trabalha mais com os próprios meios de produção, mas mediante contratos de prestação de serviços. Esta ordem jurídica fundada nos direitos de obrigações deixou de ser estática e fez-se inquieta, variável e dinâmica.

2. Distinguem-se também os direitos subjetivos em privados e públicos, subdividindo-se estes últimos em cívicos e políticos. Direitos cívicos são, de um lado, os direitos à liberdade do cidadão perante o Estado – direitos do homem e dos cidadãos – e, em parte, as obrigações do Estado para com o cidadão – a proteção jurídica, a assistência social etc. Os direitos políticos asseguram ao cidadão a participação nas decisões estatais, principalmente através do direito de votar e ser votado. Para ser beneficiário ou titular desses direitos e obrigações, deve também o Estado assumir a condição de sujeito de direitos, isto é, colocar-se em nível equivalente ao dos cidadãos, respondendo a processos cívicos e criminais ajuizados pelas partes privadas (vide §22).

- IV. O direito subjetivo pressupõe o conceito de pessoa. Considerar alguém como pessoa significa reconhecê-la como titular de uma finalidade em si mesma, a cujo serviço está posta a ordem jurídica. A qualidade jurídica de pessoa lhe é atribuída a partir do reconhecimento de sua capacidade jurídica, sendo negada ao escravo, onde exista escravidão. Neste sentido, os homens não são “pessoas naturais”, mas “pessoas jurídicas”.

A questão relativa à realidade da “pessoa jurídica”, em sentido estrito, consiste em saber se, por trás dela, existe alguma realidade anterior ao Direito, como ocorre com os indivíduos. Esta questão é negada pela chamada teoria da ficção, que só vê, por trás da pessoa jurídica, a pluralidade de seus membros (*Savigny*) ou um subjetivo patrimônio-fim (*Brinz*).

Ao contrário, a teoria da “realidade da pessoa jurídica” (*Gierke*) a considera um organismo supra-individual, como unidade substancial formada por uma pluralidade de pessoas. Acontece que nem todas as pessoas jurídicas têm atrás de si uma associação de pessoas naturais, como se vê no exemplo das

sociedades empresariais anônimas. Em verdade, o problema não consiste em saber se, por trás das pessoas jurídicas, há uma realidade substancial, mas se elas, no fundo, são titulares de finalidade própria. Em correspondência com as três teorias relativas aos fins do Direito encontramos a finalidade individualista, a supra-individualista e a transpessoal, manifestadas sob três formas de pessoas com capacidade jurídica: o indivíduo, as corporações e as fundações e institutos.

§ 22. Direito Público e Direito Privado

- I. A distinção entre Direito Público e Privado tem natureza *a priori*. Este apriorismo não significa, todavia, que os homens a tenham reconhecido sempre. A Idade Média não a conheceu, assim como não reconheceu que, em todos os ordenamentos jurídicos, é necessária a coexistência de direitos públicos e privados. O Estado radicalmente socialista reconhece apenas direitos públicos e uma sociedade anarquista reconhece apenas direitos privados. A natureza apriorística não significa tampouco que a fronteira entre o Direito Público e o Direito Privado tenha sido sempre a mesma, nem que estes dois segmentos possam ser separados com nitidez. O apriorismo significa muito mais que qualquer proposição jurídica permite logicamente ser classificada como de Direito Público ou Privado.
- II. O conceito de Direito Público ou Privado foi deslindado pelos romanos levando em consideração sua finalidade: *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* (direito público é aquele que se refere ao Estado romano e privado o relativo à utilidade da pessoas). Atualmente a distinção leva em conta a estrutura do Direito Privado como direito entre pessoas equivalentes (Direito de coordenação) e a do Direito Público como direito entre subordinados e superiores.
- III. Conforme prevaleça o Direito Público ou o Direito Privado, resultam diversas modalidades de Direito. Ou o Direito Público é a tênue camada que protege os direitos privados como coração do Direito, ou, ao contrário, os direitos privados são apenas um campo cada vez menor deixado à iniciativa privada dentro do sempre crescente Direito Público. A evolução é mais ou menos a seguinte:
 1. No Estado feudal da Idade Média e no recente Estado de classes, Direito Público e Privado não eram separados nem distintos. Alguns setores que hoje consideramos direitos públicos eram regulados como privados; por exemplo, as obrigações militares decorriam das relações de vassalagem, as obrigações tributárias eram consequência da solicitação do príncipe às classes sociais. Por outro lado, o Direito Privado era, muitas vezes, reforçado pelo Direito Público, como ocorria com as relações de trabalho, fundadas na escravidão do agricultor à terra.
 2. A recepção do Direito Romano trouxe consigo rigorosa distinção e separação entre direitos públicos e privados. No Estado Absoluto,

com a afirmação da soberania do príncipe em relação às classes sociais, libertara-se o Direito Público de seus vínculos semi-privados. No Estado de Direito, por sua vez, libertou-se o Direito Privado do envolvimento absolutista sob o qual era mantido pelo Direito Público. Liberalismo significa luta pela supremacia do Direito Privado. A partir da Revolução Francesa, a monarquia passou a exercer mandato popular e a propriedade privada foi elevada à categoria de direito inviolável e eterno; o capital, como senhor absoluto, subiu ao trono que o monarca absoluto fora forçado a abandonar. A prevalência do Direito Privado foi traduzida pela Teoria do Contrato Social, que não é senão a tentativa de fundamentar todo o Direito Público no Direito Privado. Aquilo que o liberalismo tentou fazer de forma fictícia, com a teoria do contrato social, quis o anarquismo transformar em realidade: estruturar o convívio humano, sem o poder da autoridade, exclusivamente sob a forma contratual, ou seja, no âmbito do Direito Privado. Mas o liberalismo soube também, na prática, colocar o Direito Público acima do Direito Privado. O conceito de fisco significa que o Estado deve colocar-se no mesmo nível dos cidadãos, como sujeito de direitos patrimoniais. Da mesma forma, é graças à presença do pensamento privatista no Direito Público que o Estado, em suas funções públicas, passa a ser considerado pessoa jurídica (pública), possibilitando a concepção de direitos subjetivos públicos dos indivíduos contra o Estado e deste contra eles. Como consequência ainda deste mesmo ponto de vista, o Estado assume a posição de sujeito, tanto no processo civil quanto no penal, como parte processual, em pé de igualdade com o cidadão. Finalmente, os contratos públicos correspondem também à utilização de categorias de Direito Privado no Direito Público.

3. Enquanto isso se abre um terceiro período nas relações entre Direito Público e Direito Privado: a época dos direitos sociais. Sem dúvida, mantém-se a distinção entre direitos públicos e privados, mas, em lugar de uma ruptura, surgem agora novas regiões jurídicas, como o Direito do Trabalho e o Direito Econômico que, enquanto tal, não podem ser classificados nem como públicos nem como privados, mas são um misto de ambos (vide §33).

§ 23. Direito material e Direito formal

Também a distinção entre Direito material e formal tem natureza apriorística. Nenhum ordenamento jurídico pode renunciar à concretização, através de suas normas formais, de normas jurídicas materiais – seja na sua aplicação, seja no processo –, todavia nem sempre a distinção é feita corretamente. O processo e principalmente a execução forçada são as formas mais evidentes de manifestação da força e da realidade dos direitos privados. Principalmente no processo de execução torna-se perceptível o conteúdo coercitivo do Direito e o concurso de credores já foi considerado como a “pedra de toque da realidade dos direitos”. Esta é a razão pela qual o Direito Romano concebia o Direito como um sistema de fórmulas de petições

iniciais, de fórmulas de ações. O Direito material, neste sentido, corresponderia menos a normas de existência e mais a regras sobre decisões.

O pensamento jurídico moderno efetuou rigorosa separação entre direito material e processo. As normas jurídicas materiais não são mais vistas como decisórias, mas como normas de vida. O processo, no entanto, é conceituado como uma forma especial de relação jurídica, paralela à relação de direito material; não é simples orientação a serviço do direito material, mas um conjunto de normas essencialmente independentes. Por isso a relação jurídica processual depende de pressupostos distintos dos da relação jurídica de direito material: enquanto a relação jurídica material, no processo penal, limita-se à questão da culpa e da pena, a relação jurídica processual situa-se entre a suspeita e o julgamento. Não é a culpa que justifica o processo penal, pois este deve decidir sobre ela, mas basta a suspeita de culpa, ou a suspeita pura e simples, para justificá-lo; de tal forma que permanece ele justificado mesmo quando, em seu curso, a suspeita é afastada e a absolvição revela-se necessária. Por outro lado, se a condenação de um inocente é, sem dúvida, um julgamento errôneo, faz ela, apesar disso, coisa julgada, ou seja, torna-se um julgamento juridicamente válido, porque a segurança jurídica exige que, em toda lide, seja pronunciada a palavra final, mesmo quando ela não foi encontrada. Mais forte se revela a distinção do processo em relação ao direito material na resposta à questão relativa à possibilidade de o defensor pleitear a absolvição de réu que sabe culpado. O advogado continua sendo, neste caso, advogado a serviço do Direito; certamente não do direito material, mas a serviço do Direito processual, quando, convencido de que materialmente o absolvido tem culpa, conclui que ele processualmente não tem. Esta independência do pensamento processual não corresponde a algum tardio resultado de refinada capacidade de distinção. *Albert Schweitzer* escreveu com grande plasticidade em seu livro “Entre a Água e a Floresta” como os aborígenes só consideram justa a pena quando estão realmente convencidos, da mesma forma que os realmente culpados não se conformam com a sentença, a menos que reconheçam como preponderantes as provas recolhidas.

VII

As tendências da ciência do Direito

§ 24. Os períodos da ciência do Direito *

Vista em conjunto a evolução histórica da ciência do Direito, observa-se que ela revela sempre, sob formas e nomes diferentes, o mesmo conflito entre formalismo e finalismo...

A tendência *formalista* na ciência do Direito parte da formulação de uma proposição jurídica, normalmente uma lei, e pergunta: “como devo interpretar este texto, para que corresponda à vontade de quem o formulou?” A partir desta vontade, descobre então – aparentemente através de puro processo lógico – um sistema fechado de conceitos e princípios a partir dos quais se obtém necessariamente a solução de todas as questões jurídicas, reais ou hipotéticas.

A tendência *finalista* parte – consciente ou inconscientemente – não do texto, mas do “significado”; parte da realidade dos fins considerados valiosos e das necessidades da vida social, espiritual e moral; pergunta, então: “como devo modelar e aplicar o Direito, de forma a servir aos fins da vida?” De acordo com estes fins, soluciona, as inumeráveis dúvidas do Direito formal e preenche todas as suas lacunas.

A primeira orientação, portanto, procura o significado de uma fórmula dada e a segunda procura atribuir significado à fórmula.

Desta oposição fundamental decorrem inúmeras diferenças. A tendência formalista é mais verbal, teórica, passiva, receptiva e conservadora; a tendência finalista é mais realista, prática, crítica, produtiva e criativa. A tendência formalista olha para o passado e procura mantê-lo vivo no presente; a tendência finalista volta-se para o presente e procura abrir caminho para transformá-lo em um futuro vigoroso. O formalismo utiliza, por isso, a Filologia como instrumento de trabalho, procura aprofundar a pesquisa histórica e encontrar na Teologia seu modelo metodológico. O finalismo precisa apoiar-se na Filosofia como intérprete dos fins e valores superiores, utilizando a Psicologia e a Sociologia, no plano das ciências, como seus mais importantes instrumentos auxiliares.

“Formalismo” e “finalismo” são apenas rótulos e, portanto, termos facciosos, perigosamente aceitos como contraditórios, carregados de errôneas associações de idéias e, no mínimo, de equívocos. Quem hesitar em utilizá-los, poderá falar em verbalismo e realismo, positivismo e racionalismo, historicismo e modernismo, método filológico e teleológico, ou, se preferir sacrificar a flexibilidade e precisão da expressão em favor da popularidade, falar em tendência conservadora e liberal. De qualquer modo, é o jogo dessas tendências, qualquer que seja o nome que se lhes dê, que traça o rumo da ciência do Direito há quase um milênio; embora em todos os tempos as duas estejam presentes, uma é sempre *predominante*. Ainda sob a influência delas, e graças à mais forte ou mais fraca diferença entre elas, revelam-se as características das escolas que, desde o final do período romano, se sucedem na Europa.

* Este capítulo foi publicado, sob o mesmo título, por *Hermann Kantorowicz*, na revista “Die Tat”, em julho de 1941. (vide *Radbruch*, necrológio para H.K., na Revista Suíça de Direito Penal, vol. 60, 1946).

- I. No final do período antigo do Direito Romano surge a grande *codificação de Justiniano*. Pretendia ele elaborar uma síntese do pensamento jurídico desenvolvido até então e, além disso, uma conclusão definitiva para o desenvolvimento da ciência do Direito. “Uma concórdia, uma consequência”, como ele concebia sua obra; contradições e lacunas existiriam apenas em um exame superficial. Depois desta obra, para que serviriam, ainda *legum interpretationes, immo magis perversiones* (as interpretações legais, que são sempre, ao contrário, grandes perversões)?

Com a mesma desconfiança com que o absolutismo trata em todos os tempos a ciência livre, seria punível com as penas ali previstas qualquer falsário que pretendesse trabalhar sobre as fontes jurídicas, principalmente a mais importante delas, que era o Digesto, ultrapassando o esforço meramente mecânico. Nesta atitude bizantina – e não, como normalmente se ensina, na fé autoritária medieval – está a raiz histórica da posterior concepção da jurisprudência como “escrava do legislador”.

- II. O período mais antigo da nova jurisprudência que foi o *início da Idade Média*, do século VI ao XI, revelou devota submissão a esta orientação. Preocupou-se, inicialmente, e com dedicação escolar, com a recuperação das ruínas da cultura antiga pelos povos germânicos e romanos, não desenvolvendo especial relacionamento com as fontes do Direito. Não havia escolas de Direito. Os que se preparavam para ser “juristas” adquiriam alguns conhecimentos elementares nas escolas de jovens, relativos principalmente à linguagem jurídica e à habilidade retórica, seguindo-se o aprendizado de formulários usuais dos escritórios de notários. Também, que poderiam ganhar os iletrados jurados daquela época com argumentos científicos? Nem havia capacidade lingüística para penetrar no difícil latim das fontes do Direito, em especial no Digesto. Somente a Igreja, porque adotava o Direito Romano, necessitava tratá-lo tecnicamente, como suporte de suas questões crescentes e mutáveis. Daí surgiu naturalmente a referência à *legum interpretationes, immo magis perversiones*. Por seu conteúdo sagaz e erudito, as falsificações eclesiásticas, particularmente as famosas pseudo-isidoras, são o único testemunho que possuímos, não tanto dos objetivos científicos e dos resultados, mas ao menos da capacidade científica daquela época. Os demais trabalhos têm caráter meramente mecânico ou gramatical: são extratos, paráfrases, coleções, formulários e vocabulários. Só isso. Não nos devemos iludir com os freqüentes títulos de *iuris periti* ou *legis doctores*, designações retóricas atribuídas aos jurados, de acordo com o gosto da época; eles merecem a mesma seriedade que merecem os meninos que brincam como caciques de tribos indígenas ou gerais de bandos mexicanos. Por certo havia verdadeiros mestres da ciência do Direito, calados, todavia, diante de manuscritos secretos.
- III. O Digesto de *Justiniano*, seleção de trabalhos dos juristas romanos, permaneceu desconhecido durante este período. Jamais foi citado entre os anos 603 e 1076. Algum monge, em algum momento e em algum lugar, pode tê-lo encontrado e folheado, mas apressou-se a deixá-lo de lado. Um único exemplar foi conservado e veio à tona no final do século XI, pelo ano 1070, em algum lugar da Itália. Foi um acaso histórico que, para o bem ou para o

mal, influencia até hoje os destinos da ciência do Direito; e um acaso subsequente quis que uma cópia desse manuscrito, ainda hoje conservada em Florença, caísse nas mãos de um homem genial identificado, no início, como sendo o gramático *Guarnerius von Bologna*, ao qual mais tarde será dado (não se sabe porque) o nome de *Irnerius*. Ele estudou aquele livro, inicialmente, sob a ótica do filólogo: comparou o texto com o extrato de outro Digesto da época de *Justiniano* e, com base nos dois, redigiu seu manuscrito, um novo texto, a vulgata do Digesto, que se manteve em vigor até o século XIX. Deste manuscrito originam-se, sem exceção, todas as versões do Digesto.

Ler e entender o Digesto era ser jurista. Por isso, nosso filólogo jurista começou a expor os resultados de seus estudos em inumeráveis glosas que revelam extraordinária competência jurídica. Não permaneceu em apenas um livro jurídico. Com grande espanto, podem ser encontrados em quase todas as passagens de velhos manuscritos do Digesto cruzamentos com outros pontos do mesmo ou de outros livros, cuja letra revela que, em grande parte, procedem, sem dúvida, dele. Estas glosas comprovam que ele conhecia quase todo o *Corpus Iuris*. Foi ele também que substituiu um extrato das *Novelas de Justiniano* por seu original; e foi ainda ele que, com seus discípulos, completou o texto do *Código*, conhecido até então somente em parte. Sobre esse completo domínio de todas as fontes descansa ainda hoje, indiretamente, o conhecimento sistemático do Direito romano.

É significativo para toda a escola dos glosadores, em especial para os legistas italianos, que formaram seu ramo principal, como é significativo também para toda a evolução da ciência do Direito, que, em seu ponto de partida, esteja um trabalho formal de filologia: a descoberta de inúmeros livros antigos e a correção de seus textos com base em outros livros também antigos inauguraram uma ciência cuja tarefa consiste no ordenamento da vida atual. Basta isto para entender que os glosadores tenham ficado presos à forma geral da ciência daquela época: *a escolástica*; e de fato, bem ou mal, ficaram. Graças a sua erudição escolástica, dominaram as palavras e o significado do *Corpus Iuris* até seus mais requintados detalhes; graças a sua sagacidade, exploraram a infinidade de conjecturas, interpretações, hipóteses explicativas e distinções; seu espírito sistemático – sobre o qual tantos comentários negativos foram feitos –, revela-se na preferência por tabelas e classificações, bem como na capacidade de sintetizar gigantesco material procedente de diversas fontes, como comprova, melhor do que qualquer outra coisa, o livro fundamental do Direito Canônico, o *Decreto de Graciano* (de 1140). Mas não falta também o lado negativo das virtudes escolásticas. Eram formalistas: quem queria escrever um livro não o fazia sobre uma série de problemas jurídicos objetivos e coerentes, mas reunia para a discussão diversos pontos de vista. Por isso, suas obras eram classificadas como distinções (*distinctiones*), questionamentos (*dissensiones*), casos jurídicos destinados não ao ensino (*quaestiones*), processos legais (*casus*), princípios jurídicos (*brocardica*), contestações (*contrarietates*) e, em especial, glosas e comentários sobre trechos de livros jurídicos de natureza legal (*apparatus* e *summae*). As obras mais importantes desta última espécie são a *Suma de Azo* (morto em 1230) sobre o Código e a análise de *Acursio* (morto em 1260) sobre todo o *Corpus Iuris Civilis*. Eram sutis: amavam questionamentos e distinções inúteis. Eram pedantes: aplicavam esquematicamente as formas de pensar acima descritas, mesmo quando

inadequadas, acreditando que deviam atirar à fogueira dos prós e contras mesmo as opiniões evidentemente indiscutíveis. Acreditavam cegamente na autoridade: assim como a medicina escolástica limitava-se a comentar as antigas obras dos médicos árabes, sem cotejá-las com a realidade, a jurisprudência escolástica limitava-se a interpretar as palavras de *Justiniano* e dos juristas por ele referidos, escritas há mais de mil anos, interpretá-las e aplicá-las a uma situação totalmente diferente. Ignoravam a realidade da vida: normas jurídicas, necessidades, instituições quase não eram mencionadas. Temos assim – ao lado de outros sinais reveladores de um pensamento infantil – o protótipo do historicismo que vive fora de seu tempo, demonstrando, em conseqüência, quase total carência de sentido histórico. A vida segue seu curso e a ciência o dela.

- IV. Quando lançamos a vista à frente, em direção à metade do século XIV, parece que estamos olhando para outro mundo. Fala-se habitualmente da substituição da escola dos glosadores pelos *pós-glosadores*; mas, em vez de empregar-se esta designação, tão pouco significativa, eles deveriam ser denominados *conselheiros*, pois são conselhos e pareceres que passam a ocupar o ponto central e, simultaneamente, o ponto mais destacado da literatura jurídica. Como pareceristas, precisavam ocupar-se permanentemente com novas concepções jurídicas, novos relacionamentos e necessidades, e, acima de tudo, precisavam contribuir com sua sabedoria para adaptar o Direito Romano a estas concepções, relacionamentos e necessidades. Daí resultou uma literatura que às vezes incluía no parecer a exegese fundamental do texto e outras vezes nele desenvolvia os princípios fundamentais do próprio texto.

Com justiça, o consultor mais famoso foi *Bartolo de Sassoferrato*, que viveu na metade do século XIV, considerado o jurista mais influente que já existiu. Se foi o melhor de todos, como às vezes se afirma hoje, depois de injuriá-lo por tanto tempo, é outra questão; examinadas de perto suas obras, percebe-se que, nos momentos cruciais, ele cita seu mestre *Cino da Pistoia*, famoso amigo de *Dante* e restaurador da lírica italiana, um dos muitos juristas poetas – na verdade, tão bom poeta quanto jurista, o que é raro. Na lírica, criou o “novo estilo suave”, famoso por combinar a lírica amorosa do sul da França com a erudição da escolástica italiana, estilo que teve imorredoura consagração na *Divina Comédia* de *Dante*; na jurisprudência, foi o mediador entre a cultura francesa e a italiana. De fato, é evidente em suas obras a decisiva influência dos juristas franceses, os *doctores ultramontani* ou *moderni*, como eram chamados. Entre estes, em especial, *Pierre de Belperche* e, um pouco mais antigo, *Jacques de Revigny*, que viveu na metade do século XIII, o que não é de estranhar, porque, naquela época, a França era a nação culturalmente mais desenvolvida da Europa; as relações sociais e econômicas encontravam-se lá muito mais desenvolvidas do que na Itália; além disso, lá o Direito Romano e a escola dos glosadores tinham exercido menor influência do que na Itália; finalmente, a França foi sempre a terra do *bon sens* e do sentido prático. De acrescentar que a Filosofia ou, como era denominada, a Dialética florescia na França; por isso *Jacques de Revigny* é considerado o introdutor na dialética na jurisprudência, já na Idade Média.

Naturalmente, o estilo destas obras, como o da comédia gótica, com suas alegorias escolásticas, não é nada “suave” para o paladar atual. Em especial,

não se encontra nem uma sílaba sobre a consideração realista dos fins da vida, a partir dos quais aqueles homens conduziram a reformulação e complementação do Direito Romano. Temos que inferi-la a partir dos resultados, reconhecê-la por seus frutos, que, por sinal, não foram poucos. Hoje sabemos que os pareceristas criaram grande parte do Direito atual, arrancando o Direito Privado romano dos auditórios ou salas de aula para a vida e desta forma tornando-o aplicável. Não se limitaram apenas a ajustar a parte geral ou as disposições especiais deste ramo do Direito ao pensamento alemão, eclesiástico ou neo-romano, mas, com audácia, a partir daquele tesouro jurídico, reformularam quase todo o Direito Internacional Privado, a teoria das sociedades, os fundamentos da Teoria do Estado, a Teoria Geral do Direito Penal e do Processo Penal, de tal forma que sua criação é conhecida até os nossos dias.

A precariedade metodológica e a limitação medieval à autoridade da fé cortaram as asas destes pensadores. Em lugar do *formalismo escolástico*, conhecemos então o *finalismo escolástico*. Todas as teorias, apesar de novas e não relativas ao Direito Romano, deviam mostrar-se como resultantes do único texto respeitado – o *Corpus Iuris*. Isto levava a traduções grosseiras de termos jurídicos, que não recuavam ante os mais ridículos significados, de forma a ser difícil distinguir o que resultava de equívoco daquilo que era fruto de intenção, pois as intenções inconscientes muitas vezes assumem forma de equívocos e o desejo se transforma, então, em pai do pensamento. Tudo isso conduzia a um insuportável abuso da dialética; fundamentos falsos ou proibidos eram substituídos por interminável relação de autoridades, glosas e citações, reunidas de forma apropriada ou não. Tudo era largamente discutido, pois a jurisprudência prática precisa ser casuística e a casuística é interminável. Portanto, o método daquela época era escolástico, mas o conteúdo era haurido do grande movimento *naturalista* que, desde o século XIII, penetra o setor cultural e está para a escolástica como o gótico para o estilo romano – nada além de manifestação daquele movimento. Lembremos – para referir apenas um nome importante – *Roger Bacon* como fundador da pesquisa empírica nas ciências naturais; *Guilherme de Occam*, na Filosofia, como restaurador do nominalismo; *Ekkehart* e *Francisco de Assis*, na Teologia, com o despertar da mística (a interpretação do dogma como necessidade da religiosidade); na escultura, a superação do esquematismo arcaico pela paixão naturalística (apesar de estilizada pelo gótico) na arte de *Giovanni Pisano*; na pintura, o estilo de *Giotto*, cuja apresentação de lendas contemporâneas não suportava mais os fundos dourados de outrora; na poesia, o “novo estilo suave” de *Cino* e na jurisprudência a arte deste mesmo mestre.

- V. Passado algum tempo, retorna a mesma disputa. A partir do final do século XV, o finalismo escolástico cedeu lugar à escola humanista do Direito, primeiramente na Itália e depois, cruzando os Alpes com a *Renascença*, na Alemanha e na França; e prosseguiu, a partir do século XVII, com o finalismo racionalista, sob o título de Direito racional ou Direito Natural. Estas duas crises tiveram lugar em meio a violenta luta, com recíprocas ofensas.

Lamentavelmente, nesta exposição, não poderemos nos deter no brilhante desenvolvimento (ainda que não isento de críticas) da escola *humanista* francesa, que descobriu ou ressuscitou, publicou, divulgou e deu à luz, com

Cujacio – uma síntese de erudição jurídica combinada com filologia e história, que não seria mais vista até *Mommsen* – quase todo o tesouro do Direito pré-justiniano. Entre esta orientação e a que aparece, na mesma época, na Alemanha, deve-se traçar nítida separação. Não há dúvida de que os *juristas da recepção*, na Alemanha, com a brilhante exceção de *Meltzer-Haloander*, não contribuíram com nada assemelhado para esta fase de transformação histórica. Foram predominantemente homens práticos, que não desdenhavam adornos humanistas ou dialéticos, mas permaneciam fiéis ao *mos italicus*, isto é, ao modelo dos parecerista italianos. Ao aceitarem o Direito Romano modernizado e italianizado, possibilitaram sua recepção pela Alemanha, mas a dependência a ele foi tal que as passagens não glosadas não mereceram vigência; apesar de tudo, estavam convencidos de que possuíam o puro Direito “imperial”, que idolatravam como um fragmento da antiguidade clássica. Estes juristas não honraram, de forma nenhuma, seus antecessores. Utilizaram, tal como era, um Direito sem dúvida moderno, porém estranho; com ele quiseram regular os relacionamentos de seu povo, como a propriedade rural, ignorando que estavam subordinando a conceitos estrangeiros relações peculiares de seu povo, o mesmo que fez a arquitetura, ao construir colunatas italianas na fachada de casas alemãs, acreditando estar dominando a antiga arte de Vitrúvio, apesar de não poder adotar o essencial – as proporções da edificação italiana. Fermentou, assim, profunda irritação contra o Direito Romano, que foi alimentada durante séculos e explodiu na guerra dos camponeses e na elaboração do Código Civil Alemão. A recepção do Direito Romano na Alemanha pode ser concebida, por isso, como processo da “jurisprudência de conceitos”, pensamento jurídico equivocado que consiste em elaborar conceitos sem levar em conta suas conseqüências práticas ou apreendê-los em outro lugar e tentar aplicá-los a seus próprios relacionamentos. Por isso podemos colocar os práticos alemães dos séculos XVI e XVII, sob o ponto de vista que nos interessa, no mesmo nível da escola francesa daquela época, da qual eram tão distintos sob outros aspectos: ambos tomam o material jurídico disponível de forma puramente *receptiva* – lá o Direito Romano e aqui o mesmo Direito, porém italianizado, sem adaptá-lo ou completá-lo adequadamente. É por isso que esta época é classificada como formalista: porque parte, como no tempo dos glosadores, de um texto formulado em outra época pelo trabalho de estrangeiros, sem preocupação com os objetivos atuais. Naturalmente, o formalismo *histórico-humanista* distingue-se, entre outras coisas, do formalismo *ahistórico-escolástico* porque este praticamente não considera o presente, enquanto aquele o despreza, por seu antagonismo, para voltar-se *ad fontes*.

- VI. A outras fontes dirigiu-se a *teoria do Direito Natural*, que inicia sua marcha vitoriosa com a obra do holandês *Hugo Grócio* intitulada *De iure belli ac pacis*, de 1625. O pensamento jusnaturalista não estava morto, mas aponta-se *Grócio* como pai do Direito Natural porque foi ele quem o colocou a serviço da aplicação do Direito, a serviço da prática, em primeiro lugar, no setor mais carente do Direito Positivo – o Direito Internacional – razão pela qual, até hoje, especialmente fora da Alemanha, o Direito Internacional permanece mais estreitamente ligado à Filosofia do Direito do que qualquer outro; colocou-o depois a serviço do Direito Penal e mais tarde ainda – graças a seus discípulos – do Direito Civil.

Se quisermos apreciar a época do Direito Natural sob o ponto de vista aqui considerado, será necessário distinguir cuidadosamente entre a Filosofia do Direito Natural e o Direito Natural propriamente dito. Aquela parte da hipótese de que o Direito se fundamenta na natureza racional do homem ou, em outras palavras, em sua natureza, fonte incondicional em todos os tempos e lugares. A partir de *Kant* e *Montesquieu*, esta Filosofia foi superada e substituída pela crítica da razão e a Filosofia do Direito do século XVIII. A primeira demonstrou que a razão prática contém apenas formas e categorias e não princípios práticos com algum conteúdo. A segunda entende que todo o Direito é criado sob determinadas condições históricas, em determinada época e por determinados homens, não existindo, portanto, o Direito tal como é apresentado pela Filosofia do Direito Natural.

Fica, porém, sem resposta a pergunta sobre o que seja aquilo que inumeráveis tratados equivocadamente designam por *ius naturae*. O problema foi colocado já no século XVIII: estudo divulgado naquela época por um tal *Desing*, com o significativo título “A larva ínsita no Direito Natural”, sustenta que os princípios jurídicos da razão, considerados eternos, não são senão fragmentos do Direito histórico revestidos por postulados jurídicos modernos. Cem anos mais tarde mostrou *Gierke*, como era de se esperar, que neste pretense Direito Natural supranacional estava embutido sólido núcleo de idéias jurídicas germânicas que haviam sobrevivido vitoriosamente na disputa com o Direito Romano. Se esta tese não foi considerada suficiente, deve-se ao fato de que os doutrinadores não estavam familiarizados com a idéia de um conteúdo objetivo para o Direito Natural: acreditavam sinceramente que aquilo que a experiência da vida e o contacto com as necessidades modernas lhes haviam ensinado podia não apenas ser demonstrado, mas também ser fundamentado pela especulação apriorística. Por isso tais considerações praticamente não são encontradas nem nas deduções dos jusnaturalistas nem nos pós-glosadores.

Este foi, portanto, o período do *finalismo racionalista*, distinto do *finalismo escolástico* em razão da substituição da autoridade determinante do método: em lugar de um livro, a *ratio scripta* da lei romana, aparece a lei eterna da razão humana ou aquilo que se entende como tal. Confirma-se outra vez a “força criadora da ilusão”: graças a seu suposto significado metafísico, o conteúdo prático e regional daquelas idéias tornava-se convincente e vigoroso. Sem esse conteúdo regional, o Direito Natural não teria conseguido ser aceito como fundamento ou orientação em legislações atuantes e progressivas como a codificação prussiana, a francesa e especialmente a austríaca. Foi também esse mesmo conteúdo que credenciou o Direito Natural a servir como fonte para o juiz na aplicação e complementação do Direito positivo.

No período do Direito Natural, foi finalmente quebrado o dogma segundo o qual toda a decisão judicial deveria decorrer da aplicação de uma lei ou de um costume: apareceu, pela primeira vez, ao lado dessas duas fontes, uma terceira e nela a idéia de valor no sistema jurídico. A esta fonte devemos o extraordinário progresso da teoria, da prática e do íntimo relacionamento entre ambas; em especial, a ela devemos a elaboração das “partes gerais”, cuja idéia e conteúdo atuais, em boa parte, foram produzidos já no século XVIII. O Direito privado, o *usus modernus pandectarum*, foi modernizado e tratado cientificamente. Graças ao Direito Natural, o Direito do Estado e o Direito Internacional Público existem hoje como ciência. Percebe-se em seu conteúdo

como o Direito Natural prestou-lhes extraordinário serviço. Foi ele que mostrou aos homens as cadeias que lhes eram imposta e ensinou-os a sacudi-las; lutou, em nome do inalienável direito do homem à liberdade, contra a servidão à gleba e a vassalagem dos camponeses; contra a submissão da mulher ao egoísmo dos homens; contra o aprisionamento dos cidadãos à prisão dourada das corporações. Minou o absolutismo dos governantes e o relacionamento feudal. Lutou, com as armas da seriedade e do escárnio, contra a opressão da liberdade espiritual pela Igreja. Protegeu a pessoa face ao abuso e à arbitrariedade policiais. Proclamou a idéia do Estado de Direito. Aprimorou profundamente o Direito Penal, lutando contra a arbitrariedade judicial. Organizou o rol dos tipos de delitos. Eliminou, por serem incompatíveis com a dignidade humana, as penas corporais de mutilação, a tortura no processo criminal e a perseguição às bruxas.

Em contraposição a estes benefícios, afirmou-se que os defensores do Direito Natural, com fundamento exclusivo nesta fonte, teriam desprezado as demais, especialmente a lei. Esta freqüente afirmação foi feita por toda a Reforma, sem excluir *Savigny* e *Jhering*, mas é falsa. Os jusnaturalistas teriam conscientemente desprezado o Direito vigente se infringissem uma regra hoje, aplicando-a novamente amanhã. Mas não o fizeram; e se tivessem feito, não mereceriam mais o nome de juristas. O que fizeram foi, com fundamento no Direito Natural, não considerar válidos princípios jurídicos do passado, contrários à cultura do presente, mesmo que o Estado não os revogasse expressamente. Este fundamento de revogação que hoje não reconhecemos como correta caracterizava um critério extremamente vago. Mas não fazemos outra coisa quando ensinamos hoje que uma lei perde sua vigência não apenas quando é revogada por outra, mas também em razão do Direito consuetudinário, o desuso e a revolução. Devemos ser incondicionalmente gratos à teoria do Direito Natural, entre outras coisas, porque, graças à influência que exerceu sobre a legislação e a prática jurídica, livrou o século XIX do escândalo da aplicação literal da *ordem de penas corporais e tortura* de Carlos V.

Quão pouco o Direito Natural era inimigo da lei pode ser inferido a partir do fato de que desta – como filha do Estado Absoluto – esperava ele sua salvação através da codificação, com a qual festejou os melhores triunfos. Em seguida, porém, tornou-se supérfluo e, onde a codificação não prosperou, só podia fracassar. A partir dele esperava-se encontrar a *lex legum*, o sólido princípio para o confuso Direito em geral; ao contrário, gerou-se maior insegurança jurídica.

A falta de análise metodológica, a contradição entre a Filosofia do Direito Natural e o Direito Natural em si mesmo, buscaram vingança. No momento em que a consciência jurídica foi apresentada como tranqüila fonte universal válida para o Direito, prevalecendo sobre o paciente papel da voz da natureza e pondo por terra todas as barreiras da arbitrariedade, tudo passou a vacilar. Os dois sistemas, aparentemente construídos sobre a natureza, evidenciaram sua flagrante contradição por estarem, em verdade, apoiados na opinião subjetiva. A Revolução Francesa encarregou-se de mostrar ao povo e a seus líderes como as exigências da razão podiam, a final, conduzir ao desencadeamento de delírios. Cansou-se de tentar melhorar o mundo; tentou-se encontrar fundamento no que era ou tinha sido (no passado) e, assim como a

época da Filosofia do Direito Natural foi substituída pelo Humanismo, este foi substituído pela época da História.

- VII. A escola *histórica alemã*, cujo programa foi preparado por *Savigny*, tinha em seu tesouro ideológico contribuições de pensadores e pesquisadores franceses e ingleses do século XVIII, como *Montesquieu* e *Voltaire*, *Hume* e *Burke*, assim como da Filosofia alemã contemporânea, principalmente de *Schelling*. *Montesquieu*, em 1748, no “Espírito das Leis” concluía que este não pode ser entendido como uma ordem arbitrária originada por uma cabeça criativa, mas – nas palavras com que ele inicia sua obra imortal – como *les rapports nécessaires, qui dérivent de la nature des choses* (relações necessárias que derivam da natureza das coisas). Natureza, para ele, correspondia às condições físicas da vida, o clima, a qualidade da terra e às manifestações humanas, sob a forma de regime econômico, densidade demográfica, bem-estar, regime de governo, organização militar, religião, costumes e espírito do povo; a repercussão desses fatores sobre o Direito foi examinada na obra dele.

Savigny (cuja personalidade infundiu em seus inumeráveis discípulos simultaneamente amor e respeito, mas cujo talento de historiador e jurista não conseguiu ocultar por muito tempo a fragilidade de sua concepção filosófica) ignora essas repercussões e, dentre todos os fatores, reconhece apenas o espírito do povo que, sob a forma de Direito consuetudinário, explicaria a gênese do Direito; esse seria o único fator, embora cientificamente inútil porque inapreensível. Assim a teoria de *Savigny* revela-se romântica; mais precisamente, um *formalismo romântico*. Trata-se, na verdade, da vulgarização da teoria do desenvolvimento de *Schelling* – a evolução do Direito corresponde apenas a uma transformação intrínseca, sem objetivo e sem significado. A deficiência desta concepção deve ser atribuída à cega rejeição do Direito Natural, com a qual, sem nenhuma palavra de justificação, foi rechaçada toda a Filosofia do Direito. Isto acarretou a ruptura em relação a qualquer consideração finalista ou valorativa e a recaída no formalismo.

O segmento romanista encontrou no texto do *Corpus Iuris* a forma que interessava aos pesquisadores; o segmento germanista encontrou-a, predominantemente, no texto das *leges barbarorum*, nos livros de Direito, no Direito consuetudinário, tal como havia sido formulado, e que, portanto, era acessível pelo método filológico e não pelo sociológico, a partir do qual era tratado como se fosse uma lei. Estas formas eram apreciadas menos com os olhos de jurista e mais com os de historiador, o que era também fruto do romantismo, que considerava todas as ciências como históricas.

A influência de *Montesquieu* foi também importante porque dele foi recolhida a teoria da separação dos poderes, de acordo com a qual o juiz deveria aplicar somente normas jurídicas elaboradas por outro poder.

Todas essas influências contribuíram para que a atividade jurídica fosse considerada *puramente cognitiva* excluindo-se qualquer valoração ou volição e, relativamente à legislação, levaram a considerar “arbitrárias” leis que não se limitassem a relacionar direitos; foram considerados “não científicos” a doutrina e o trabalho acadêmico que não se limitassem às codificações trazidas ao mundo. Estes foram os pontos que se tornaram fundamentais no programa e, ao mesmo tempo, os únicos que nunca foram rejeitados. Na Dogmática, o formalismo histórico romântico conduziu, de um lado, ao purismo, ou seja, à

exitosa tentativa de restituir ao Direito Romano, na medida do possível, sua forma antiga e ao Direito germânico sua forma medieval; de outra parte, chegou-se à interpretação puramente lógica da “jurisprudência de conceitos”, indiferente às condições sociais do momento, que *Puchta*, discípulo de *Savigny*, desenvolveu. Também na História do Direito imperou o puro formalismo, que rompeu com o relacionamento entre Direito e Cultura e, de forma anárquica, breou a evolução, contrariando até a romântica teoria do espírito do povo; daí resultou, na Alemanha, a separação que existe ainda hoje entre a escola germanista e a romanista. De um modo geral, a conseqüência foi o completo divórcio entre teoria e prática, de tal forma que a teoria rejeitou a prática e esta se tornou anticientífica. A meticulosa crítica das fontes do Direito, bem como a sutil elaboração de conceitos, devem ser lembradas como dados positivos, como compensações ao tratamento governamental anterior a 1848, orientado rumo ao poder quase ilimitado.

Felizmente o futuro da ciência jurídica alemã foi confiado a outros homens, menos aclamados pelas honrarias da posteridade, mas que, por isso mesmo, merecem, ainda mais, toda a nossa simpatia. Referimo-nos ao círculo de Leipzig, aos antiquários da história do Direito, como *Haubold*, *Biener*, *Wenck*, *Hänel* e *Heimbach*, que não pesquisavam em busca da vitória dogmática, mas por exclusiva disposição de conhecer; ao lado deles, o grupo dos pioneiros da verdadeira interpretação histórica no Direito comparado, como *Gans* e *Mittermaier*; os teóricos do Direito Mercantil, como *Einert*, *Liebe* e *Thöl*, que souberam abeberar-se nas fontes da vida econômica; os homens do Direito regional vigente, por isso mesmo os melhores juristas daquela época, como *Koch* e *Wächter*; também os herdeiros da cultura jurídica do século XVIII, *Thibaut* e *Gönnner*, com sua inteligente pregação sobre a necessidade de renovar a legislação; finalmente, e acima de tudo, os criminalistas e civilistas apoiados na filosofia de *Kant* e *Hegel* – os orgulhosos *Feuerbach*, *Grolmann* e *Kierulff*. Nenhum destes grupos – o que infelizmente não podemos demonstrar aqui de forma convincente – deixou de considerar a escola histórica como um erro e, por isso, de combatê-la, muitas vezes em exposições confidenciais ou em estudos que permaneceram compulsoriamente inéditos, como o magnífico discurso de *Wenck* sob o título “*de misticismo iurisconsultorum*”. Todas estas tendências representam, em um ou outro sentido, uma contra-corrente finalista na maré alta historicista.

- VIII. Quando, na metade do século XIX, a atmosfera romântica fez uma pausa realista, estas correntes foram lentamente chegando à superfície; a nova escola histórica, ainda hoje dominante, só pode ser entendida como um misto de elementos formalistas e finalistas, o que confirma a construção histórica aqui exposta. Toma dos inimigos dos antigos historicistas a concepção da ciência do Direito como disciplina “produtiva” e prática, enquanto busca, com os historicistas, meios para chegar a estes fins, exclusivamente através da construção conceitual. A decadência da Filosofia e da Teoria do Conhecimento daquela época não permitiu que se percebesse a contradição que aí se ocultava; ao contrário, continuou-se a ver na pesquisa histórica o único instrumento adequado e suficiente para a formação dos juristas, ignorando as importantes perspectivas psicosociais. Com todas estas tendências, o programa da escola encontra-se nas obras da segunda fase de *Rudolf Jhering*, principalmente em seu famoso estudo programático de 1856/57, intitulado “Nossa Missão”. O

mais impressionante jurista alemão – muito maior que seus contendores *Gerber, Wächter, Bekker, Brinz*; e muito maior do que *Dernburg, Windscheid, Baer e Unger* – deixou sua marca no pensamento jurídico alemão daquela época, da mesma forma que *Bismarck* marcou o pensamento alemão em geral, incluído o pensamento do próprio *Ihering*. Exatamente porque hoje, por inúmeras e boas razões, o nome de *Ihering* empalidece na Alemanha, enquanto os países latinos e eslavos admiram-no como figura central da nova ciência do Direito, queremos reivindicar para ele o lugar de honra no coração dos juristas alemães ainda ocupado por *Savigny*. Certamente seu coração turbulento não lhe permitiu deixar nenhuma de suas grandes obras amadurecer até o fim – movido por um impulso fáustico, lutava sempre por superar-se; as flechas daquele frísio quase nunca atingiam o alvo, pois ele só pensava na noite para a caça e a aventura. Foi imensa, todavia, sua influência, como grande orador, sobre os poucos juristas famosos reconhecidos como escritores. Ele não só atacou com decisivo êxito a antiga tendência historicista (que inicialmente seguira e defendera em um texto publicado sob forma anônima e que por isso permaneceu desconhecido), como também, em sua terceira fase, em *Scherz und Ernst* (De Brinquedo e a Sério), combateu a nova escola histórica, obra sua, com a mesma paixão inexorável. Aqui, separou os elementos históricos e os conceitos jurídicos em realistas e finalistas, incluindo o “interesse” no direito subjetivo e o “fim” no direito objetivo. Com este trabalho, de penetrante auto-revisão, preparou a terceira forma de finalismo – o *finalismo metodológico*.

O movimento do Direito livre significa – não menos no estrangeiro do que na Alemanha – completo e sistemático desenvolvimento de seu pensamento que a todos arrebatava – sem excluir aqueles que o combatem. O conteúdo metodológico há de proteger esta nova forma de finalismo do destino de seus predecessores escolásticos e racionalistas, porque permite reconhecer as fronteiras e os perigos do finalismo, e, desta forma, ensina a proteger seu fecundo conteúdo como *duradoura realização*.

§ 25. O positivismo jurídico

Merecem especial tratamento as duas últimas épocas do desenvolvimento da ciência do Direito: o positivismo jurídico e o movimento do Direito livre.

- I. O positivismo jurídico é a corrente da ciência jurídica que acredita ser possível encontrar resposta para todas as questões do Direito a partir do Direito positivo, utilizando-se exclusivamente de instrumentos intelectuais, sem recorrer aos valores.
- II. Este positivismo jurídico não se orienta somente por princípios lógicos, mas principalmente por princípios jurídicos.
 1. É *proibido* ao juiz *criar o Direito*. De acordo com a teoria da divisão dos poderes, esta missão é exclusiva dos representantes do povo. *Montesquieu* não cansa de repetir que a tarefa do juiz não é em nada criadora, mas exclusivamente reprodutora; a sentença não deve conter nada além do exato texto da lei; o juiz deve ser tão-só aquele que pronuncia as palavras

que ela contém, um ser inanimado que não pode atenuar nem sua validade nem seu rigor. Deve apenas declarar a sanção que a lei prevê para o fato e para isso não necessita mais do que de seus olhos. Curiosamente, esta forma de autômato jurídico foi por ele construída exatamente na Inglaterra, o país da *judge-made-law*.

2. É também *defeso* ao juiz *negar-se a declarar o Direito*, como está expresso no art. 4º do Código Civil francês: “O juiz que se recuse a proferir a sentença sob o argumento de que a lei é omissa, obscura ou insuficiente, pode ser processado por denegação de justiça”. A ciência do Direito é uma ciência prática que não pode, diante de exigências práticas, alegar que ainda não encontrou solução para o problema proposto; em relação a questões jurídicas, é vedado o *non liquet*.
 3. A proibição de criar o Direito e de denegar justiça são conciliáveis somente a partir de um terceiro pressuposto: a lei não tem lacunas ou contradições e é suficientemente clara; ou, mesmo partindo de uma lei lacunosa, contraditória ou não clara, é possível, por meios absolutamente racionais, chegar à decisão unívoca da questão jurídica proposta. É o postulado ou a ficção da *completude*, senão da lei, pelo menos do ordenamento jurídico.
- III. Para lograr uma decisão unívoca apesar da incompletude da lei, a ciência jurídica utiliza a *hermenêutica*. Estranhamente, vale-se esta de inúmeros pares à sua disposição no processo de interpretação, sem indicar qual dos elementos que o integram deve ser empregado: o gramatical ou lógico, a interpretação extensiva ou a restritiva, a analogia ou o argumento *a contrario*. O juiz precisa escolher entre eles, auxiliado pela *ratio legis* (método construtivo) ou pela *ratio iuris* (método sistemático). É inegável, por outro lado, que o jurista pode extrair da lei mais do que o legislador conscientemente nela quis colocar; neste sentido, “a lei é mais inteligente que o legislador”. Por isso, a interpretação jurídica não consiste em apenas repensar o que foi pensado – como faz a filologia – mas consiste em levar às últimas conseqüências aquilo que foi pensado. Assim a teoria positivista da interpretação sai de seus próprios limites: porque nenhum sistema jurídico é construído com fundamento em um único fim comum, a interpretação da *ratio iuris* oculta necessariamente uma valoração pessoal do juiz.
- IV. A ciência jurídica positivista não está isolada, no mundo das ciências, ao utilizar este método: a teologia tem a mesma pretensão quando se limita ao estreito campo do biblicismo, pretendendo resolver todas as questões religiosas pela simples interpretação dos livros sagrados.

BIBLIOGRAFIA: Radbruch – em *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* (Arquivo de ciência social e ciência política), tomo IV, 1905.

§ 26. O movimento do Direito livre

- I. Baseava-se a teoria positivista da interpretação no princípio jurídico da completude do ordenamento jurídico elevado à categoria de postulado, de onde

decorria, para o juiz, a proibição de denegar justiça e criar o Direito. Esta fundamentação levou o movimento do Direito livre a demonstrar, com argumentos lógicos e psicológicos, que a completude da lei não passa de um postulado ou ficção. Por certo, a interpretação pode entender a lei melhor que o legislador a entendeu, mas é uma ficção imaginar que a lei seja não só mais inteligente que o legislador, mas também onisciente, apta a responder a qualquer questão jurídica possível, apesar do surgimento de novas descobertas tecnológicas, antes inimagináveis. Utópico e desagradável é conceber o juiz simplesmente como um sujeito cognitivo, mero autômato jurídico, simples servidor do Direito positivo, sem reservar-lhe qualquer possibilidade de valorar, de manejar a justiça e a equidade, vendo-o, portanto, não como um servidor da justiça, mas apenas como um escravo da segurança jurídica. Essa concepção, que pretende corresponder exclusivamente à lei e sua lógica, é contraditada pela própria lei, uma vez que o legislador, dentro de determinados limites, atribui ao juiz competência para a descoberta criadora do Direito, mediante a adoção de cláusulas gerais como a equidade, a boa fé e os bons costumes. Continua protegida a auto-suficiência formal da lei; apenas, respeitadas determinadas limitações, a servidão do juiz à letra fria da lei é compensada pela possibilidade de apreciá-la sob a perspectiva do valor. Não se pode desconhecer que a ficção da unidade fechada do ordenamento jurídico e a negação da possibilidade de o juiz criar o Direito pretendiam conseguir segurança contra a possível alegação prematura de lacunas da lei e contra a prematura ação criadora do Direito pelo juiz. Inegável, no entanto, é que o conceito de unidade fechada da lei não passa de ficção e dá margem ao surgimento do movimento do Direito livre.

- II. Ao reconhecer as lacunas do Direito, o movimento do Direito livre reconhece também a competência do juiz para preenchê-las. Ao contrário do que seus opositores costumam afirmar, não autoriza o juiz a sobrepor-se à lei; exige a conformidade da sentença à lei, negando apenas que a decisão seja mera dedução da lei. Não pretende criar novo Direito para o juiz, mas apenas conscientizá-lo da necessidade de algo que ele sempre fez inconfessadamente, talvez sem dar-se conta: colocar suas forças a serviço da complementação da lei.
- III. As diversas correntes do movimento do Direito livre coincidem quanto ao pressuposto da existência de lacunas na lei e à negativa da liberdade de apreciação valorativa pelo julgador. Discrepam, todavia, em relação ao método de preenchimento das lacunas, para o qual apresentam diversas alternativas. A luta contra a jurisprudência de conceitos iniciou-se com *Jhering* em sua obra “O fim no Direito”. O título *Movimento pelo Direito Livre* e a unificação, sob ele, de diversos posicionamentos até então isolados, resultou de um folheto publicado em 1906 sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius com o título “A luta pela ciência do Direito”, cujo autor, mais tarde, foi reconhecido como sendo *Hermann Kantorowicz*. Pouco antes, *Rudolf Stammler* havia publicado sua *Teoria do Direito Justo*, mais uma teoria do conhecimento que um método, mais uma análise que uma síntese, mais relativa à forma do que ao conteúdo natural do Direito. Antes, desenvolvera-se a idéia de uma *jurisprudência do interesse* (*Heck*), sem que nada decisivo fosse dito sobre a forma de ponderar os diversos interesses conflitantes. *Eduard Fuchs* e *Hugo Sinzheimer*, um

pouco mais tarde, preconizaram o método *sociológico* para a ciência do Direito. Com eles, sob a mensagem de um *Direito vivo* (*Eugen Ehrlich*) e, mais recentemente, com a terminologia mais ou menos equivalente relativa a um *pensamento ordenador concreto*, voltou-se a enfatizar, com outras palavras, a criação do Direito a partir da natureza das coisas. Muitos escreveram sobre a capacidade criadora do juiz mediante a elaboração *teleológica* ou *finalística* (como prefere *Kantorowicz*) de conceitos. Para estes, o Direito é descoberto a partir de seus fins, ou a partir da própria idéia de Direito.

Uma sintética profissão de fé de todos os defensores do Direito livre encontra-se no texto introduzido por *Eugen Huber* no § 1º do Código Civil suíço: “A lei, em sua letra ou em sua interpretação, contém a regra aplicável a todas as questões. Caso não seja ela encontrada no texto, deve o juiz decidir de acordo com o Direito consuetudinário e, se isso for impossível, de acordo com a regra que ele, como legislador, teria prescrito, seguindo a doutrina e a tradição”.

O movimento do Direito livre influenciou gradativamente a legislação e a jurisprudência. A valoração pelo juiz, mediante necessárias fórmulas de avaliação, penetrou de tal forma a legislação que, no interesse da segurança jurídica, tornou-se necessário levantar um grito de advertência contra a *fuga das cláusulas gerais* (*W. J. Hedemann*). Exemplo importante da criatividade do juiz no sistema alemão foi a concepção do estado de necessidade supralegal ao aplicar a cláusula *rebus sic stantibus* no período da hiperinflação. Finalmente, o movimento nacional-socialista terminou por aplicar as idéias do movimento do Direito livre não apenas para preencher lacunas da lei (*intra legem* e *praeter legem*), mas até *contra legem*, adoção que o movimento livre do Direito considerou sempre ilícita.

“Certamente o juiz está limitado, fundamentalmente, pela lei, mas sua missão e dignidade não lhe permitem aplicar uma lei que contrarie manifesta e grosseiramente a idéia de Direito, uma norma que agrida os sentimentos do povo a respeito do justo e do injusto, que atinja diretamente a moralidade pública” (*Georg Dahm, Deutsches Recht – Direito alemão – 1944*). Esta assertiva pode ser mantida de pé ainda hoje, embora os resultados de sua adoção possam conduzir a direção diferente daquela por ela pretendida. Em suma, não devemos insistir na defesa dos resultados a que o movimento do Direito livre chegou, mas na limitação por ele traçada, decorrente da necessidade da segurança jurídica.

BIBLIOGRAFIA: Stintzing e Landsberg – *Geschichte der deutsche Rechtswissenschaft* (História da Ciência do Direito alemã); Erick Wolf – *Grosse Rechtsdenker* (Grandes Juristas) e *Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre* (Juristas suíços dos últimos 100 anos), ed. Schulthess, Zürich, 1945.

VIII

Filosofia da História do Direito

§ 27. Filosofia jurídica da História

O significado filosófico-histórico do Direito é encontrado a partir da contradição que existe entre a natureza estática do Direito e a natureza dinâmica da História. O Direito precisa levar em conta esta contradição, ao exercer sua hegemonia sobre os acontecimentos históricos: um novo sistema jurídico desenvolve-se, através de caminhos legais, a partir da anterior, sem que haja rupturas no curso da História. Este é o significado do princípio da legitimidade. Ao contrário, a dinâmica da História se processa através de catástrofes, da renovação do Direito como consequência da ruptura do sistema anterior, o que foi rotulado por *Georg Jellinek* como a “normatividade dos fatos”. A hegemonia do Direito encontra seus limites históricos, de um lado, na soberania que coexiste com outras soberanias, sem ser dominada por outro sistema jurídico – a guerra é, portanto, um limite; de outro lado, na impossibilidade de substituir-se regularmente uma Constituição por outra, por caminhos legais – a revolução é, portanto, o outro limite. Em “A filha natural”, *Goethe* faz um magistrado declarar resignado: “Nós governamos no vai-e-vem dos círculos concêntricos que é o flutuar das leis durante a vida; mas aquele que, lá em cima, no espaço infinito, todo poderoso, estranhamente as movimenta, dá vida e mata, sem conselho nem julgamento, é certamente medido de outra forma, com outros números, e permanece para nós um mistério”. Disse *Bismarck* que, no mundo político, muitas coisas não tiveram origem revolucionária.

A única coisa que resiste ao desenvolvimento histórico quebrado constantemente pelas guerras e revoluções é a continuidade da hierarquia católica, a cadeia nunca quebrada da imposição das mãos que, desde os apóstolos até hoje, é praticada pelos sacerdotes.

Em épocas de tranquilidade, muitas vezes parece-nos um mal que a descontinuidade histórica do Direito pretenda predominar também em relação à própria História. *Moltke*, por exemplo, considerava a idéia da paz perpétua um sonho nem sempre belo; *Jakob Burckhardt* falava ironicamente da “segurança burguesa” e das grandes realizações culturais ocorridas exatamente em épocas de insegurança; e *Nietzsche* exaltava o “viver perigosamente”. Talvez hoje, depois de décadas de vida insegura e perigosa, sejamos mais sensíveis aos elogios que *Montesquieu* tributou às nações enfadonhas.

§ 28. Filosofia da História do Direito

- I. O problema filosófico fundamental da História do Direito está em saber se existe realmente uma História imanente ao Direito. Existe uma História do Direito regida por leis próprias, ou existe apenas a História da cultura, da economia e do espírito do Direito? A resposta a este problema encontra-se, em última análise, na relação entre matéria e forma do Direito.

1. A este respeito, duas teorias antagônicas se defrontam. A *teoria do Direito Natural* acredita que a força de resistência da matéria jurídica contra sua forma pode ser reduzida a zero. A idéia de Direito exerce ilimitado poder sobre sua matéria, de tal forma que não pode ser encontrado, de modo algum, um conteúdo jurídico. A idéia, por sua vez, não parte de determinada situação histórica que é formalizada pelo Direito, mas de um suposto estado de natureza que não é, no entanto, relacionamento social, mas, ao contrário, modo individual totalmente anti-social de estar face ao outro – *bellum omnium contra omnes*; entre os indivíduos em conflito deve ser implantada a idéia de Direito. Todavia, como a idéia de Direito é eterna e as transformações históricas do Direito só podem ser explicadas a partir da matéria sociológica e da relação econômica ou cultural que ela modela, a teoria do Direito Natural, tendo em vista a resistência desta matéria jurídica, nega também a mutabilidade do Direito. A História do Direito deveria, então, permanecer calada para sempre em relação à resistência à concretização da idéia de Direito.
2. A *concepção materialista da História* contesta a onipotência da forma jurídica sustentada pela teoria do Direito Natural. Para ela, o Direito é apenas forma de manifestação econômica; a forma jurídica é condicionada pela matéria jurídica; o Direito não é forma formadora, forma que modela a matéria, mas apenas forma formada, forma que irresistivelmente é modelada pela matéria. O Direito é exclusivamente histórico e sociológico, sem leis próprias. Foi o que *Marx e Engels* escreveram na minuta de sua “Ideologia Alemã”: “Não esquecer que o Direito, assim como a religião, não tem história própria”.
3. Como foi acima afirmado, a idéia de Direito Natural depende, de um lado, da natureza das coisas que não é, como alguns jusnaturalistas acreditavam, absolutamente independente de sua matéria; de outro lado, os defensores da visão materialista da História foram obrigados, mais tarde, a reconhecer certo grau de autonomia e de influência histórica. da forma jurídica, embora, fundamentalmente, seja quase impossível determinar o grau desta influência da matéria e da forma jurídicas. Em certos sistemas jurídicos predomina o elemento formal, a ponto de eles evoluírem independentemente de alterações sociais importantes. O Direito Romano, por exemplo, sob a forma do *corpus iuris*, demonstrou sua eficácia, depois de vários séculos, em um mundo absolutamente diferente, tendo acompanhando até suas transformações, em especial a gigantesca transformação capitalista. Quanto mais apegado à vida, mais concreto e casuístico é um ordenamento jurídico, mais ligado a sua matéria cultural e econômica e dela mais dependente. Ao contrário, quanto mais distante da vida, mais abstrato, mais genérico, mais ele se demonstrará resistente e preso à História.

II. Uma segunda questão da Filosofia da História do Direito consiste em saber se sua evolução se processa em razão das transformações da vida jurídica ou das alterações das normas; se seu objeto é mais a forma como o Direito é vivido ou a regra jurídica; e se ela tem a ver mais com a evolução inconsciente ou consciente do Direito.

O Direito Natural procura na razão a mudança decisiva e definitiva de um Direito eternamente válido.

A essa interpretação racional do desenvolvimento jurídico a Escola Histórica do Direito opõe a transformação resultante de forças irracionais, orgânicas e silenciosas – o espírito do povo, que encontra sua manifestação fundamental no Direito consuetudinário. Equipara a evolução do Direito à evolução da linguagem – embora hoje se reconheça, no desenvolvimento da linguagem, a influência consciente dos grandes escritores.

Jhering contrapõe à teoria do espírito do povo a influência consciente do estabelecimento de fins jurídicos e a consciente luta pelo direito, manifestadas na legislação.

Com o surgimento da jurisprudência sociológica e etnológica dá-se a progressiva substituição das forças motrizes irracionais e inconscientes pela motivação teleológica racional; assim, *Tönnies* substitui a comunidade pela sociedade e *Henry Sumner Maine* substitui o ordenamento jurídico fundado no *status* pelo fundado no *contractus*. Neste passo, não se pode esquecer que os homens, ao estabelecerem seus fins conscientes, com frequência perseguem também fins inconscientes, o que *Wundt* chamou de “heterogonia dos fins” e *Hegel* de “astúcia da razão”. Exemplo desta situação dá-nos a história do tribunal do júri.

IX

A estética do Direito

§ 29. Direito e linguagem

A linguagem do Direito e a linguagem dos juristas são muitas vezes criticadas por diversas razões: acusa-se a linguagem da lei de aridez e pobreza e a dos juristas de pompa e falsidade.

- I. De fato, a linguagem da lei é caracterizada mais pelo que rejeita do que pelo que é.
 1. A linguagem da lei, em primeiro lugar, não emprega o estilo da persuasão, mas exige ausência de afetividade e de sentimentos. Exige a frieza das fórmulas matemáticas, embora legisladores de épocas não muito distantes, e também os legisladores nacional-socialistas em seus preâmbulos, tenham empregado todos os recursos superemocionais da oratória. Indignavam-se, com adjetivos candentes, em particular, com a monstruosidade dos crimes contra a autoridade, a religião e a moral, procurando conquistar respeito a partir da pompa da linguagem majestática; na verdade, a única coisa que conseguiam era suscitar dúvidas, deixando a impressão de que confiavam mais em sua eloquência do que no poder de sua autoridade. Já o legislador moderno está consciente de que não lhe cabe convencer, mas ordenar.
 2. A linguagem da lei evita também o estilo do convencimento. Na época do absolutismo esclarecido, todavia, e, da mesma forma, no recente nacional-socialismo, agradava aos legisladores mostrar benevolência, real ou aparente, revelando a *ratio legis*, as finalidades da lei, para, através de sua compreensão, conquistar a obediência dos destinatários, abrindo mão, implicitamente, da obediência dos destinatários que não conseguisse convencer. É característica essencial da lei jurídica, ainda que promulgada em vista de determinado fim, não ser exigível apenas para buscá-lo ou enquanto o sirva, mas exigir obediência incondicional. O moderno legislador jamais utiliza a palavra “porque”. A linguagem moderna da lei emprega a brutalidade da ordem militar, que dispensa toda e qualquer fundamentação.
 3. Finalmente, a linguagem da lei evita também o estilo didático. Em longa experiência, os legisladores aprenderam que sua missão não é expor ou ensinar o que seja o Direito, mas decidir, em consciência, sobre o que deve ser feito e comunicá-lo sob forma legal. Na Idade Média, não se fazia distinção entre livros que relacionavam normas jurídicas vigentes pela força dos costumes e livros que eram, em si mesmos, fonte de regras jurídicas vigentes. O *Espelho da Saxônia*, compilação privada de normas elaborada por *Eike von Repgow* (1225), era obedecido de forma quase incondicional, com a autoridade de um livro jurídico, enquanto a *Carolina* (Código Penal do antigo império

alemão), embora livro de Direito, era obedecida de forma meramente voluntária. No começo da época moderna, entendia-se que os códigos apenas relacionavam regras jurídicas vigentes em razão de outras fontes, como o Direito consuetudinário e o Direito Natural; eram considerados tratados de Direito Natural, embora revestidos de autoridade. Só lentamente foram perdendo o tom catedrático, à medida que prevaleceu o reconhecimento de que o legislador não encontra o Direito já pronto, mas deve produzi-lo com suas normas. Um código moderno, ao contrário, contém apenas normas que correspondem a ordens ou a elas se referam e não emprega partículas, sublinhados ou repetições tentando superar a preguiça, o esquecimento, a desatenção de seus destinatários. Despreza até o fluxo estético das frases, que são separadas umas das outras sob a forma de artigos e parágrafos. A lei é dirigida a ouvintes com ouvidos acurados para lograr o entendimento generalizado (*ius vigilantibus scriptum*).

- II. Os grandes *discursos forenses* revestem-se de características de luta pelo Direito. Lembram estanha mistura de frio e calor; frio, em relação à exposição dos conceitos e calor que os reveste, como sói ocorrer apenas na vida apaixonada dos indivíduos.

A arte de falar com eloquência não é valorizada na Alemanha como deveria ser: “a razão e o bom senso devem ser revestidos de pouca arte”. O alemão suspeita da oratória, fundamentalmente por sua provável inautenticidade; e a arte da eloquência é, de fato, “inautêntica”, na mesma medida em que toda arte conscientemente também o é. Tal inautenticidade decorre do fato de que o orador não se exhibe como o faz na vida diária. A questão está em saber se devemos tomar o cotidiano como padrão de autenticidade da vida, quando nos parece que, exatamente em situações especiais, que transcendem ao cotidiano, o homem está mais próximo da realidade de seu ser do que na larga estrada do dia-a-dia. É o que experimentam os grandes oradores nos momentos culminantes de sua eloquência apaixonada: sobem à vizinhança de Deus ou da idéia, exatamente onde o homem deveria sempre viver e tão excepcionalmente vive. Mas não se deve também subestimar o perigo da grandiloquência, tanto para o orador quanto para os que o escutam, bem como o perigo dos patéticos discursos jurídicos, principalmente porque os alemães carecem do dom dos povos latinos, que sabem compensar a força da eloquência com equivalente dose de ceticismo. É necessário, todavia, acautelarse contra uma espécie de crítica típica de filisteus, que consiste em suspeitar de toda oratória, simplesmente por tratar-se de uma espécie de arte.

- III. O conhecimento jurídico é apreciado também, muitas vezes, por seu valor estético. Fala-se de “elegante” solução de um problema jurídico, tomando-se a beleza como critério de verdade. Valores estéticos, como as medidas simétricas na elaboração de sistemas, números preferidos ou rejeitados na divisão, aversão a linhas quebradas e preferência por curvas sem fraturas na exposição histórica e no desenvolvimento lógico, influenciam as pessoas com sensibilidade artística na avaliação do conhecimento jurídico. Esta avaliação estética pode representar um perigo, como demonstram as contradições entre o pensamento alemão e inglês. O inglês repudia, no Direito como na Política,

planejamentos de longo prazo: espera que os fatos ocorram para aprender com a própria situação; seu ponto forte consiste em fazer o que for necessário, sem pudor ante a necessidade de mover o timão em retorno ou ante a imagem do ziguezague. O alemão, ao contrário, quando abotoa o primeiro botão do paletó de forma errada, abotoa também o segundo, o terceiro, até o último, na forma escolhida, não apenas para ser conseqüente, mas também pela necessidade estética de preferir a linha traçada e repudiar a linha quebrada. Mas elegância na solução, com freqüência, é sintoma enganador de correção.

§ 30. Direito e imagem

- I. Na época em que a arte de ler não era tão desenvolvida, imagens e alegorias eram mais compreensíveis do que hoje. Na medida em que se deu o progressivo afastamento da contemplação e o maior interesse pelos conceitos, as alegorias foram perdendo seu significado. Dificilmente nos damos conta de que existiu uma arte alegórica pela qual interessou-se durante séculos a humanidade – a *emblemática* – criada exatamente por um grande jurista, *Andréas Alciatus* (1492-1550). A *emblemática* baseava-se na combinação de figuras com palavras, pois as alegorias dificilmente podiam ser compreendidas se não estivessem acompanhadas de versos. A partir de *Laocoonte* de Lessing a arte da palavra separou-se da arte da imagem, o que determinou o fim da *emblemática*. Desapareceu totalmente o interesse pela alegoria. Ela foi “congelada”.

- II. Sobre a alegoria da Justiça, transmitiu-nos *Aulus Gellius* (130-?) uma descrição feita pelo filósofo Crísipo: forma atque filo virginali, aspectu vehementi et formidabili, luminibus oculorum acribus, neque humilis neque atrocis, sed reverendae cuiusdam tristitiae dignitate (beleza e forma virginalis; olhar austero e terrível; olhar penetrante, nem humilde nem atroz, mas com a dignidade de respeitosa tristeza). Conta *Aulus Gellius* que alguns leitores mais sensíveis de *Crísipo* encontravam nesta descritiva mais a imagem da severidade do que da justiça. Deve-se destacar que esta imagem da justiça, que prescinde de qualquer atributo convencional, revela apenas, sob forma e expressão alegórica, o puro significado que o povo lhe reconhecia. A espada já era então reconhecida como atributo de Themis e Dike e, mais tarde, os romanos deram a balança como atributo à *aequitas*. No início da Idade Média, a balança e a espada foram unidas na figura da justiça.

Como em toda boa alegoria, a espada e a balança proporcionam várias possibilidades de interpretação: podem significar, juntas, o processo e sua execução, o Direito e a força, o Direito Civil e o Penal ou as duas partes fundamentais do Direito Penal – apuração da culpa e aplicação da pena – e ainda, finalmente, os atributos da justiça distributiva e da comutativa. Mas na medida em que atentamos para estes atributos, vai esvaecendo-se a imagem da justiça, que tanto dizia ao povo grego. Interessante representação viva da justiça encontra-se, também, na fonte romana de Frankfurt: com a balança ao alto e a espada para baixo, porém pronta para ser utilizada, caminha ela em frente, a passos firmes, sem se deter, tal como aparece em outras estátuas, para que admiremos e interpretemos sua alegoria.

Albrecht Dürer deixou-nos um enigma na sua gravura em madeira relativa à Reforma em Nürnberg. Sobre as armas da cidade e do reino, sustentadas por um anjo, duas figuras estão sentadas sobre as nuvens e, entre elas, desenhada sobre uma mesinha, lê-se “*Sancta Justitia*”. Pode-se imaginar que se trate da dupla forma de justiça – de um lado a comutativa, de outro a distributiva – mas os detalhes não suportam esta interpretação. Uma delas se distingue pela coroa, a espada e a balança; a outra, por uma coroa de flores e uma sacola da qual derrama dinheiro enquanto, da outra mão, ergue-se uma labareda. A bolsa de dinheiro derramado representa evidentemente o suborno recusado e a labareda, conforme ensinam as alegorias, a aspiração por um ideal.

Parece também que um conceito tão viril como o de justiça não deveria ser corporificado por uma mulher e sim por um homem, algo como o arcanjo São Miguel, que aparece pintado nas imagens do Juízo Final com espada e balança. A imagem da justiça de *Hans Burgkmair* veste estranhas roupas masculinas, com bota e bombacha. Além da espada, porta um globo terrestre, do qual desponta a balança, como símbolo do domínio do Direito em todo o planeta.

É considerada não alegórica e até anti-astrológica a apresentação da justiça feita por *Albrecht Dürer* sob forma masculina – um jovem com espada e balança – sobre o qual está um leão comodamente sentado, como se fora uma estrela, de cuja cabeça saem os raios como os do sol, simbolizando o halo da divindade: “*sol iustitiae*”.

A venda que cobre os olhos da justiça é posterior e está até em conflito com a espada e a balança, pois deixa os olhos fechados, quando eles deveriam observar a balança e orientar a espada. Surgiu como um escárnio; na primeira edição de uma gravação em madeira de *Sebastian Brants*, intitulada “a nave dos loucos” (1495), um deles, por trás, coloca nela uma venda; e *Schwarzenberg*, nos “bambergensens”, representa todos os membros do tribunal com capas de loucos e olhos vendados, afirmando que: “estes cegos malucos, em sua vida, costumam apenas proferir sentenças contrárias ao Direito”. Já no desenho de *Peter Vischer*, o Jovem, que se encontra na casa de *Goethe*, em Weimar, é a justiça que coloca a venda nos olhos do imperador sentado em seu trono, o que parece sugerir que, entrementes, a venda, que começara como um blefe, transformara-se em atributo da justiça, na qualidade do juiz que decide “sem consideração para com as pessoas”.

Já o livro só surgiu a partir da época da recepção do Direito romano; não como atributo da justiça, mas também como objeto de sátira. O original de uma gravação em madeira mostra, um ao lado do outro: um jurista com seu livro, um usurário com sua bolsa e uma prostituta com seu xale; e *Hans Burgkmair*, a quem já nos referimos, representou um grupo de juristas brigando em torno de um livro aberto sobre a mesa. Ao contrário, na Ponte Velha de Heidelberg, uma escultura representa a justiça apoiada sobre cinco livros, uma alegoria relativa à erudição dos juristas.

- III. Durante a Reforma, foram mais freqüentes as sátiras do que as representações sérias a respeito da justiça. Nas famosas gravações em madeira conhecidas como *tapetes Michelfelder*, um juiz é apresentado sob a legenda “a fraude” e, ao lado dele, abraçadas, três virtudes, entre as quais a justiça. No

“bambergenses”, diante do “juiz tributário”, há um ladrão a cavalo e atrás dele o demônio. Da legenda consta: “muito se rouba na terra e no mar, mas os juizes de tributos roubam ainda mais”. Terrível quadro de advertência aos juizes na edição oficial de um código.

- IV. Quadros de advertência como estes abundam nas salas de tribunais. O Museu Alemão guarda um entalhado em madeira, *Leinenberg*: um juiz, sentado entre um homem rico e um pobre, inclinado, no entanto, para o rico. O *Código da Saxônia* dispunha que sempre, sobre a cadeira do juiz, deveria estar representado o juízo final, como advertência ao juiz de que um dia ele será também julgado. Outros quadros sobre a justiça, com repetição do mesmo tema, aparecem na maioria das salas de tribunais: o *juízo de Salomão*, a *calúnia de Apeles*, o *processo de Cambises*, a *justiça de Trajano* e outros estímulos ao juiz justo e advertências ao injusto. Dificilmente se encontra, no entanto, nas salas de audiências dos juizes da Alemanha, a figura do patrono dos juristas e das Faculdades de Direito – *São Ivo Helori* – que aparece apenas no selo de algumas Faculdades de Direito, por exemplo, na Universidade de Freiburg.
- V. Nas apresentações da *Dança da Morte* nunca falta a figura do juiz e do advogado. Sobre ela, *Hans Holbein* mostra, em uma gravura em madeira, um juiz de quem a morte quebra a vara da justiça, entre um tutor fraudulento e seu pupilo lesado, e um advogado, pago pelo rico cliente, enquanto, no fundo o acusado pobre assiste angustiado. No *quadro sobre as crianças dos planetas*, a figura de um juiz aparece sempre entre os filhos de Júpiter. Nos *almanaques antigos* é comum apresentar-se algum jurista: no almanaque *Jost Ammans* é um homem arrogante, elegantemente trajado, sob depreciativos versos de *Hans Sachs*; no almanaque de *Weigel*, o jurista responde ao cliente que o consulta: “Cala-te, pois esterco não merece processo”.
- VI. Quando atentamos para a série inumerável de representações da justiça e dos juristas, notamos que determinados motivos de crítica são nelas repetidos: a corrupção dos juizes, a avidez dos advogados, a argúcia e o distanciamento do povo da parte de ambos. Dá-se com elas algo semelhante ao que ocorre mais tarde com as figuras humorísticas do professor distraído e do aluno vagabundo: são meramente convencionais, não se preocupam com nenhuma forma de comprovação e são utilizadas apenas como ponto de partida para caçadas de toda a ordem ou para advertências graves. Só a partir do século XIX encontra-se uma crítica profunda e pormenorizada, utilizando a caricatura na crítica à justiça, principalmente na arte do maior caricaturista da justiça, que foi *Honoré Daumier*.

BIBLIOGRAFIA: G. Frommhold – Die Idee der Gerechtigkeit in der bildenden Kunst (A idéia de justiça na arte plástica); U. Lederle – Gerechtigkeitsdarstellungen in deutschen und niederländischen Rathäusern (Representações da justiça nas prefeituras alemãs e holandesas), Heidelberg, 1937. Material gráfico: Franz Heinemann – Richter und Rechtsweg in der deutschen Vergangenheit (Juizes e processos judiciais no passado alemão); Hans Fehr – Das Recht im Bild (O Direito em Imagens); Cornelius Veth – Der Advokat in der Karikatur (O advogado na caricatura); Heinert – Die Heiligen und das

Rechts (O sagrado e o Direito); Radbruch – Das Buch als weltliches Symbol (O livro como símbolo mundial) em Reallexikon der deutschen Kunstgeschichte (Léxico da história da arte alemã), tomo II; Radbruch – Karikaturen der Justiz von Honoré Daumier (Caricatura da Justiça em Honoré Daumier), 1947.

§ 31. Direito e poesia

Goethe escreveu certa vez a um amigo que era ao mesmo tempo jurista e poeta, que ele servia a dois deuses tão inimigos quanto Mamon e Cristo. Outros poetas, recusados no curso de Direito, sentindo-se por isso enojados, estamparam maldições em álbuns de jurisprudência: “quando tive que estudar Direito, contra os desejos de meu coração...” assim começa uma poesia de *Uhland*. Famoso é, também, o divertido suspiro de *Scheffel*: “Direito Romano, quando penso em ti, é como se meu coração estivesse em um pesadelo, como se tivesse engolido a mó de um moinho, como se uma seta atravessasse meu crânio”. Estas citações poderiam continuar por muito tempo. Mas outros poetas deram-se bem com a jurisprudência e sentiram-se até felizes com ela: *E. T. A. Hoffmann* experimentou uma vida dupla entre o mundo da fantasia poética e a insípida jurisprudência e, como membro de tribunal, enfrentou com firmeza de caráter difíceis situações políticas.

Se nos perguntarmos sobre o que explica a freqüente aversão dos artistas pela ciência do Direito chegaremos à “objetividade” dos juristas, ou seja, à tendência a desconsiderar os aspectos especificamente humanos. O Direito trata, por exemplo, do casamento, mas ignora o amor; trata das dívidas, mas não das amizades. Apesar disso, as afirmações dos poetas sobre o Direito, com freqüência, têm mais peso e maior força probatória do que as dos filósofos do Direito, porque têm raízes existenciais mais profundas, não dizem respeito apenas a idéias, mas a toda a personalidade; ou, para falar como *Tönnies*, não ao acidental, mas ao essencial.

I.

1. O Direito é tema freqüente na literatura. Contos sobre o juiz sábio abundam na literatura universal – desde o juiz de Cádiz até o japonês *Ooka Tadaske*, passando por *Paulis* com “Vergonha e Seriedade”, *Wickrams* com “Livreto do Caminhão” e *Hebels* com “O pequeno castelo do tesouro”. Um destes contos é atribuído a *Santo Ivo*: um homem rico teria demandado na justiça contra um pobre para obter indenização pelo fato de este ter diariamente se beneficiado, aspirando o delicioso ar de sua extraordinária cozinha. *Santo Ivo* teria acolhido como justificada a pretensão do rico e condenado o pobre a sacar do bolso uma moeda de ouro e colocá-la sobre a mesa: o tilintar da moeda seria suficiente para indenizar o perfume dos assados. A maioria destes contos, todavia, não são interessantes tanto pelo surpreendente final, quanto pela forma astuciosa de diagnosticar o tipo de ilicitude. Exemplar, também, a história do juízo de Salomão. Estes contos, nos quais sábios juízes chegam a sentenças sensacionais, tiveram refinada continuidade nas novelas criminais atuais, que apenas substituíram a sabedoria dos juízes pela argúcia dos detetives.
2. Com freqüência, contos populares tomam como objeto finórios ludúbrios do Direito. O “Zorro” de *Reineke Fuchs* é imortal. Da mesma

forma, o mestre dos ladrões nas fábulas dos irmãos *Grimm*, as histórias de “Zundelfrieder e Zundelheiner” de *Johann Peter Hebels* e “A Pele do Castor” de *Gerhart Hauptmann*. Estes contos, como seus análogos de *Eulenspiegel*, representam a vingança do homem insignificante, pobre, oprimido, contra o rico e poderoso; a vingança dos astutos filhos de Saturno contra os deselegantes filhos de Marte; as raposas contra os lobos e os ursos. O Direito violado não é o aspecto mais importante da história.

3. Da mesma forma, as análises psicológicas dos grandes criminosos, como “O Criminoso com a Honra Quebrada” de *Schiller*, “O Anfitrião do Sol” no romance de *Hermann Kurz* (que analisa o mesmo herói da novela de *Schiller*) e o famoso livro de *Feuerbach* “Documentário sobre Criminosos Famosos” preocupam-se mais em descrever as potencialidades criminosas e os perigos da alma humana do que analisar as questões jurídicas mencionadas.

II. O Direito como motivo poético aparece principalmente no *drama*. A essência da tragédia é uma antinomia insolúvel e o Direito é construído exatamente sobre antinomias e antíteses, por exemplo, ser e dever ser, positivo e natural, legítimo e revolucionário, liberdade e ordem, justiça e equidade, direito e graça, etc.

Georg Jellinek chamou a atenção para uma diferença essencial entre o drama antigo e o moderno. No antigo, o Direito se impõe ao indivíduo como um destino incondicional e superior, contra o qual nada pode a insurreição individual. Onde parece, como em *Antígone*, que o indivíduo levanta-se contra a lei, trata-se, em verdade, da disputa entre ordens jurídicas diversas, por exemplo, do Direito divino contra o humano. Ao contrário, no drama moderno, depois que o cristianismo descobriu o valor individual de cada alma humana, dá-se o conflito entre o Direito e a pessoa individual.

Extraordinário drama jurídico é “Medida por Medida” de *Shakespeare*, uma comédia sobre tema realmente trágico, não completamente superado. Os deslizamentos judiciais do governador Ângelo parecem excessivamente graves para que possam ser perdoados pela simples concessão da graça. Esta, por natureza, não tem razão de ser e adquire sentido em vista de seus resultados: como uma espécie de mistério no mundo moral, produz efeitos na alma do agraciado exatamente por se tratar de impunidade imerecida. Em “Medida por Medida”, Ângelo permanece absolutamente mudo ante a declaração de graça e sente-se a falta daquelas três linhas que revelariam a transformação pela graça.

Soa de forma maravilhosa a canção da graça no “Mercador de Veneza” de *Shakespeare*, porém, como surda admoestação. Novamente, o cômico brotando do trágico: a tragédia de *Shylock*. *Jhering* protestou contra o fato de *Shylock* merecer acusação de ilicitude por abuso de direito quando se tratava apenas da interpretação literal de um contrato. *Kohler* objetou que, na História do Direito, o Direito antigo assume novas formas por caminhos tortuosos, mas sem conseguir consertar a objeção anterior – *Shylock* continuou sendo considerado culpado, não em razão do resultado, mas em razão do motivo. Na história aproveitada por *Shakespeare*, o importante não era a ilicitude, mas

uma desconsideração por parte de um judeu de atitudes desagradáveis e pouco qualificadas. A capacidade de *Shakespeare*, no entanto, fez com que, em suas mãos, Shylock deixasse de ser uma figura secundária, ridícula e irritante para transformar-se em uma figura trágica, em dimensão tal que obscurecia o ambiente sereno que existia em torno dele. Foi assim que o grande ator *Schildkraut* o interpretou e representou, prestando serviço mais à humanidade que à arte, pois esta exigia, de acordo com o espírito da comédia, que o ilícito de Shylock tivesse pouco destaque e fosse reduzido a um episódio de fácil esquecimento, em segundo plano.

Goethe – em “*Götz*” – e *Schiller* – em “*Os Bandidos*” – começaram sua carreira dramática glorificando a rebeldia contra o Direito e evoluíram para uma visão positiva em relação a ele. A posição de *Goethe* ficou caracterizada em sua afirmação famosa, ou mal-afamada, em “*O Sítio de Mainz*”: “é da minha natureza – prefiro cometer uma injustiça a suportar a desordem”. Não se trata da defesa da ordem sob o ponto de vista filisteu, mas sob o ponto de vista da segurança burguesa; é muito mais um fragmento na concepção global do mundo – o “cosmos” grego interpretado, de forma cômica, como ordem do mundo. *Goethe* rechaça a justiça revolucionária, junto com a teoria da revolução da terra, preferindo interpretar as transformações geológicas mais à Netuno, como trabalho das águas, do que a Vulcano, com resultado de poderosas erupções ardentes das entranhas da terra. Sua observação da metamorfose das plantas tem por mote palavras do livro de Jó: “passa por mim antes que eu me dê conta e transforma-se antes que eu perceba”. Da mesma forma, sua Ética é construída sobre o conceito de “continuidade”, de conseqüência, de tenacidade, de paciência criadora. Depois de uma existência atribulada, fundamentou o Direito sobre a vida que prossegue depois do túmulo, ou seja, sobre a imortalidade da alma: “a constância nos dias terrenos assegura-nos a vida eterna”. O fato de sua idéia de Direito não pressupor tensão entre ordem e justiça, de esta tensão recair exclusivamente sobre a ordem, demonstra que sua vocação prioritária não era para o drama. Ele mesmo afirmou que era excessivamente conciliador para fazer poesia a partir da tragédia e que a irreduzibilidade das contradições trágicas não se compatibilizavam com sua pessoa, de tal forma que, se tentasse escrever uma tragédia, sucumbiria imediatamente.

Ao contrário, a idéia de Direito, com toda as suas tensões, encontra-se no centro da dramaturgia de *Schiller*, especialmente a antinomia entre a ordem jurídica e a liberdade moral. Já no grande discurso do “*Marquês de Posa*” destaca-se a defesa da liberdade da pessoa frente ao Estado e em “*Guilherme Tell*” lê-se a magnífica afirmação segundo a qual é necessário elevar as mãos aos céus para alcançar os direitos que ali pendem, inalienáveis e imorredouros como as estrelas.

O maior poeta do Direito entre os alemães é *Heinrich v. Kleist*. Em seu “*Cântaro quebrado*” e em seu “*Michael Kohlhaas*” não foram superados os excessos e as violências de seu ser, mas, no “*Príncipe de Hamburgo*”, consegue ele o equilíbrio harmônico das contradições antinômicas do Direito. O Grande Eleitor e o Príncipe de Hamburgo conciliam finalmente seus pontos de vista: o Príncipe acata a pena de morte que lhe foi imposta como castigo pela desobediência e o Grande Eleitor luta consigo mesmo, até chegar ao belo milagre da graça, como prêmio por ter conseguido a vitória contra a quebra da

disciplina. Direito e graça, objetividade e humanidade, Prússia e Alemanha do Sul encontram, no final, um belo acordo.

- III. No drama está o conflito entre valores, entre a personalidade e a ordem, mas pode também ocorrer, em vez do equilíbrio antinômico, a superação de um ou outro. O ceticismo mundano ou a paixão religiosa podem colocar em dúvida ou até negar o valor do Direito em relação às pessoas, a objetividade em relação à humanidade. Em nenhuma obra literária a corrosão cética do Direito é mais impressionante do que na novela “Crainquebille” de *Anatole France*, que nenhum jurista deveria deixar de ler. A negação do Direito pela paixão religiosa, como radical interpretação do Sermão da Montanha, domina a novela “Ressurreição” de *Tolstoi*. Todos os juristas deveriam debater-se interiormente com estas radicais negações do Direito. É necessário, para as funções jurídicas, ter consciência simultânea da grandeza e do caráter problemático do Direito.

BIBLIOGRAFIA: H. Fehr, *Das Recht in der Dichtung* (O Direito na Poesia); G. Muller, *Recht und Staat in unserer Dichtung* (Direito e Estado em nossa Poesia), 1924; Dietlinde v. Künssberg, *Das Recht in Paulis Schwanksammlung* (O Direito na Coleção Jocosa de Paulo), Heildeberg, 1939; Th. Würtenberger, *Die deutsche Kriminalerzählung* (Narrativas criminais alemãs), 1941; Radbruch, *Getalten und Gedanken – darin über Mass für Mass und über Goethe und das Recht* (Figuras e pensamentos, especialmente sobre Medida por Medida e sobre Goethe e o Direito); vários trabalhos de Erik Wolf e Eugen Wohlhaupter sobre alguns poetas; Ingeborg Becker, *Die Todesstrafe in der Dichtung H. v. Kleist* (A Pena de Morte na poesia de H. v. Kleist), Friburgo.

X

Problemas atuais da Filosofia do Direito

§ 32. “Humanidade” como conceito jurídico

Conta-se que, durante a primeira guerra mundial, um sargento teria gritado para seus recrutas: “eu tenho o máximo de consideração por vocês, mas ela não vai degenerar em humanidade”. Esse era o conceito de humanidade. Cumpriu-se depois a terrível profecia de *Grillparzer*: “o caminho da cultura alemã foi da humanidade, através do nacionalismo, até a brutalidade”. Três lemas eleitorais do nacional-socialismo expressam, na mesma medida, a negação da humanidade e dos direitos do homem: “Direito é o que é útil ao povo”, “a utilidade comum é superior à individual” (superior mesmo ao valor do indivíduo, precisamos acrescentar) e “tu não és nada, o povo é tudo”.

A história do conceito de humanidade é imponente: ele foi cunhado quando os romanos absorveram a cultura grega e tornou-se um dos vocábulos prediletos de *Cícero*, para quem significava formação humana e espiritual, de acordo com a cultura helênica. *Aulus Gellius* assevera que, em sua época, o conceito de *humanitas*, que tivera o mesmo significado da *paideia* grega, isto é, da formação em ciências e artes (*bonae artes*), havia se transformado naquilo que os gregos chamavam *philantropia* ou humanitarismo.

O conceito de humanidade foi renovado pelo humanismo, época em que era considerado inclinação pelos valores de cultura antiga, pelas *humaniora* que, no tempo de *Cícero*, correspondia à formação em alguma arte espiritual ou moral.

Pela terceira vez a idéia de humanidade adquiriu significado dominante no neo-humanismo do período clássico; não sem influência do pensamento maçônico, como atestam o “Natan” de *Lessing* e a “Flauta Mágica” de *Mozart*. As “Cartas sobre Humanidade” de *Herder*, a “Efigênia” de *Goethe* e a concepção do ginásio de humanidades de *Wilhelm v. Humboldt* correspondem a novos degraus na renovação do pensamento relativo a humanidade. Mas foi *Kant*, acima de tudo, quem utilizou o pensamento sobre humanidade com o significado de dignidade humana; a idéia segundo a qual cada homem deve ser considerado um fim em si mesmo e nenhum deles pode ser utilizado como meio a serviço de outros fins.

As idéias relativas à humanidade seguem, portanto, três direções: amor ao homem, contra toda a crueldade desumana; dignidade do homem, contra toda humilhação do homem; formação do homem, contra todo aniquilamento desumano da cultura.

O conceito de humanidade tornou-se um conceito jurídico, sob três aspectos relativos à ordem jurídica:

1. No que diz respeito aos direitos do homem, à sua dignidade, como garantia da liberdade exterior, indispensável ao cumprimento das obrigações. Sobre isto já foi falado acima, no § 8, IV.
2. Em relação aos “crimes contra a humanidade”, definidos no Estatuto do Tribunal Militar de Nürnberg e na lei nº 10 do Conselho Aliado.

Em ambos este novo conceito de crime é apenas referido pelo nome e ilustrado por algum exemplo, não sendo, no entanto, definido enquanto tipo criminal, o que equivale a uma autorização para que o juiz, em sua sentença, definisse as diversas formas de crimes contra a humanidade. Também os vários delitos contra a humanidade, punidos hoje pelo Direito Penal alemão, como o homicídio, as lesões corporais, a calúnia e a privação da liberdade adquiriram, sob a ótica da desumanidade, nova e profunda importância, revelada pela gravidade das penas a eles aplicáveis. Crimes contra a humanidade são considerados crimes contra a natureza humana: perpetrados quer contra o súdito de um país, quer contra um apátrida, possibilitam a intervenção do Direito Internacional, em especial quanto à faculdade de punição através de um tribunal internacional. A natureza humana recebe, assim, proteção da comunidade internacional face à administração estatal de qualquer nação.

3. Também no que se refere ao Direito Penal interno de cada país a idéia de humanidade assume grave importância. A predominância unilateral do pensamento finalista confronta-se com o princípio kantiano segundo o qual cada pessoa deve ser considerada um fim em si mesma. Já *Franz v. Liszt* contrapunha à idéia de finalidade o princípio da *Magna Carta* segundo o qual o Direito Penal não tem por objetivo exclusivo proteger a sociedade contra o criminoso, mas também proteger o cidadão face ao risco de penas arbitrárias, o que significa levar em conta a idéia de humanidade. Mas *Liszt* não teve coragem de reconhecer a humanidade como princípio fundamental. Coube a *Moritz Liepmann* o mérito de introduzi-lo com ênfase no Direito Penal. Para ele, na aplicação da pena, deve-se respeitar o criminoso como ser humano e, de outro lado, indagar aos encarregados de impô-la e executá-la sobre o significado de cada pena para a sociedade, uma vez que ela pode ser ferida com a imposição de penalidades desumanas a seus cidadãos. Por isso rejeitava a pena de morte, tendo sido, neste século, um dos mais abnegados defensores de sua abolição, antes de 1933. A pena de morte, como todas as penalidades corporais, em especial a castração recentemente abolida, é reprovável, sob o ponto de vista da humanidade, pois reduz o homem a um ser puramente material. Também as penas contra a honra agridem a dignidade humana, particularmente em relação aos delinquentes movidos por convicções. Uma das mais importantes missões da futura ciência do Direito Penal será, sem dúvida, repensar o problema da pena a partir do conceito de humanidade.

BIBLIOGRAFIA: *Süddeutsche Juristenzeitung* (Revista Jurídica do Sul da Alemanha), número especial sobre crimes contra a humanidade, 1947.

§ 33. O Direito social

A idéia de Direito social não corresponde apenas a um Direito especial para os menos favorecidos, mas a um novo estilo de Direito.

- I. O Direito social resulta de nova concepção do homem em relação ao Direito. Aliás, a influência das modificações sobre a imagem do homem na concepção dos legisladores é mais importante do que qualquer outra sofrida pelo pensamento jurídico em determinada época. É claro que uma ordem jurídica não pode ser ajustada com precisão a cada indivíduo real ou ao matiz de cada personalidade: “é impossível agradar a todos”. Por isso, quando se parte da individualidade concreta de cada um, desemboca-se necessariamente na negação da ordem jurídica, no anarquismo. A ordem jurídica necessita levar em conta, acima de tudo, a generalidade, a imagem média dos homens.

É possível descobrir a imagem humana que fundamenta determinada ordem jurídica atentando para o que ela reconhece como direitos subjetivos e obrigações jurídicas, pois qualquer ordem jurídica importa-se, da mesma forma, com a defesa dos direitos subjetivos e com o cumprimento dos deveres jurídicos. Reconhece direitos subjetivos quando acredita que pode contar, à sua disposição, com o respeito espontâneo das pessoas; e impõe deveres quando admite que as motivações das pessoas tendem a contrariar sua vontade. Assim, a partir dos direitos e deveres previstos pelo sistema jurídico, é possível descobrir as motivações dos destinatários, pressupostas pelo legislador e que lhes serviram de causa, e, a partir delas, descobrir também a imagem pressuposta destas pessoas.

- II. A visão jurídica individualista orienta-se pela figura de um ser humano muito inteligente e egoísta, isolado, concebido como idêntico aos demais e sem vínculos sociais. É a ficção do *homo oeconomicus* da Economia clássica. Esta ficção corporifica-se sociologicamente na figura do comerciante que representa, de fato, o indivíduo livre de vínculos sociais, estimulado apenas pelo egoísmo, a esperteza, o calculismo e a busca do lucro: “em negócios não há consideração”. O Direito individualista tende a considerar e tratar todos os sujeitos de direito como comerciantes e a reconhecer o caráter pioneiro do Direito Comercial em relação ao Direito Civil.

Notável é o individualismo no processo civil. Se o Direito é forma da vida social, o processo civil é a forma desta forma levada à mais alta potência e perceptível como tal nas transformações sofridas em cada época. No processo civil individualista, aplica-se com rigor a máxima da negociação, o que o transforma em um jogo livre de forças entre as partes, como dois enxadristas de mesmo nível ou dois finórios conduzidos por interesses pessoais equivalentes, dos quais estão muito conscientes, sem necessitarem da ajuda do juiz.

No Direito Penal, a concepção individualista encontrou expressão máxima principalmente na teoria da coação psíquica de *Feuerbach*, segundo a qual os homens elaboram conscientemente um cálculo das conseqüências agradáveis e desagradáveis do crime planejado, seguindo então seu próprio interesse.

No Direito do Estado, o pensamento individualista manifesta-se na teoria do contrato social, que não é outra coisa senão a imagem fictícia de um Estado que se justifica graças ao consciente egoísmo de cada um de seus membros.

Somente o Direito de Família parte, mesmo no período do individualismo, de outra imagem do homem, formada não apenas pela esperteza e o egoísmo. Crê poder confiar no esposo em relação à esposa, nos pais em relação aos filhos, e vive a expectativa do cumprimento dos deveres por parte de cada um. Admite que marido e pais deixam-se conduzir pelo amor e pela responsabilidade.

Também o Direito público não se deixou jamais conduzir pela idéia do *homo oeconomicus* sem exceções. A conhecida expressão segundo a qual o direito de votar é uma obrigação de votar deixa claro que, como ocorre no Direito de Família, inspira-se o Direito Público pela concessão de faculdades a pessoas cuja imagem não se limita ao interesse, mas também à obrigação.

- III. Expressão máxima da concepção individualista do homem é o conceito jurídico de pessoa. Um conceito igualitário que nivela as diferenças entre os homens: pessoa é, na mesma medida, tanto o proprietário quanto quem nada possui, tanto o débil indivíduo quanto a gigantesca pessoa jurídica. Neste conceito estão incluídos: a igualdade jurídica, a igual liberdade em relação à propriedade, a igual liberdade de contratar. Mas, na realidade jurídica, a livre propriedade do economicamente forte transforma sua livre disposição das coisas em livre disposição das pessoas; quem manda nos meios de produção, nas possibilidades de trabalho, tem também o poder de comando sobre os empregados. Propriedade, enquanto poder não apenas sobre as coisas, mas também sobre as pessoas, chama-se capital; livre propriedade, associada à liberdade de contratar é, na realidade social, liberdade para o socialmente poderoso comandar e servidão para o socialmente impotente. Livre propriedade conjugada com liberdade de contratar, construída sobre o conceito formal de igualdade das pessoas, é o fundamento jurídico do capitalismo e, portanto, da desigualdade de fato.
- IV. Aos poucos, já na época liberal do Direito, compreendeu-se que os homens não correspondem à imagem fictícia concebida pelo individualismo e, por isso, um Direito construído sobre ela era danoso. A primeira brecha foi aberta pelo Direito social na legislação sobre a usura que pretendia que os débeis, os inexperientes e os que se encontravam em situação desesperadora se protegessem por si próprios. O próximo passo na mesma direção foi a limitação da liberdade contratual para proteger a força de trabalho, economicamente mais fraca, contra a exploração. Assim a legislação sobre proteção ao trabalhador impôs limites relativos a menores, mulheres, duração da jornada e criou o descanso semanal remunerado.

Em seguida, o pensamento social ganhou terreno também no processo civil. *Franz Klein* pôs em prática na Áustria a idéia de um processo civil social, um processo fundado não mais na atuação livre das partes, mas muito mais na ajuda e condução do juiz.

- V. Desta evolução foi nascendo aos poucos, como ponto de partida para o legislador, nova imagem do homem, com vínculos sociais: o homem coletivo como fundamento do Direito social.
1. O conceito individualista de igualdade das pessoas desdobra-se em diversos tipos. As peculiaridades individuais transparecem por baixo da

abstração niveladora do conceito de pessoa. O Direito social não conhece apenas pessoas, mas empregador e empregado, trabalhador e funcionário; o Direito Penal social não conhece mais apenas o delinqüente, mas o criminoso de ocasião e o contumaz, o corrigível e o incorrigível, o plenamente e o parcialmente responsável, o jovem e o adulto.

2. A construção destes tipos permite finalmente tornar evidente a posição de poder ou impotência social de cada um, tornando assim possível proteger o socialmente impotente diante do superpoderoso.
3. A idéia fundamental do Direito social não é mais a igualdade das pessoas, mas muito mais a idéia de nivelção de suas desigualdades; a igualdade deixa de ser o ponto de partida do Direito para converter-se em finalidade da ordem jurídica.
4. Assim, a Economia não pode permanecer como um livre encontro de forças regulado pelo Direito privado. Uma terceira parte interessada aparece por trás de quase todas as relações jurídicas: a comunidade. Característica do Direito social é a publicização do Direito Privado, a intervenção do Direito Público em relações jurídicas até então considerada puramente de Direito privado, como a legislação sobre o inquilinato, a ocupação de terras e o controle de preços.
 - a) Modifica-se a relação hierárquica entre Direito público e privado. Em uma ordem jurídica de tipo individualista a função do Direito público está limitada a estreita faixa de proteção em torno do Direito privado, enquanto, no Direito social, ao contrário, o Direito privado goza apenas de espaço limitado, condicionado, revocável a qualquer momento, no interior do todo poderoso Direito público.
 - b) Atribui-se aos direitos subjetivos um conteúdo de dever social, não apenas ético, mas cada vez mais jurídico. A Constituição de Weimar declarava: “A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum”. O pátrio poder é concebido, cada vez mais, como delegação do poder de educar socialmente. O cumprimento destes deveres é garantido cada vez mais pelo Direito social, como por exemplo, na socialização, na expropriação, na assistência social.

VI. Assim como o Direito Comercial foi pioneiro no sistema jurídico individualista, o Direito Econômico e o Direito do Trabalho foram as forças motrizes do Direito Social. Essencial para ambos não é mais o indivíduo isolado, mas o homem concreto e socializado. Como já foi apontado, a diferença entre eles está na limitação da prepotência; no Direito Econômico, por exemplo, pela legislação contra os cartéis e no Direito do Trabalho pela proteção ao socialmente desprotegido.

1. O Direito do Trabalho nasceu quando fatos que tinham até então caráter puramente social adquiriram significado jurídico. A “natureza das coisas” foi significativa também nesta reforma do Direito.

2. Por baixo do conceito de igualdade da pessoa foram descobertos, pelo Direito do Trabalho, a figura do empregador e do empregado, do trabalhador e do funcionário, em sua realidade social, isto é, organizados em sindicatos e associações patronais, na empresa e no grupo de empregados.
3. Por detrás e como fundamento do contrato individual de trabalho entre empregador e empregado apareceram o contrato coletivo e as convenções entre sindicatos e associações empresariais, com força jurídica para delimitá-los.
4. Enquanto, para o Direito individualista, a empresa era a soma dos contratos de trabalho do mesmo empregador com um grupo de empregados desligados entre si, no Direito do Trabalho ela e o conjunto de seus trabalhadores formam uma unidade coletiva para a ordem jurídica, por exemplo, na constituição de comissões de empresa.
5. Traço característico do Direito do Trabalho é, finalmente, nova forma de participação no Poder Judiciário. Enquanto no júri popular os jurados são escolhidos como “cidadãos abstratos”, sem preocupação com sua posição social, os juízes classistas da Justiça do Trabalho são de alguma forma socializados, são pessoas vinculadas a determinada classe social, representantes dos empregadores e dos empregados. Desta forma o litígio jurídico apresenta-se ao juiz imparcial envolvendo uma luta de classes e, por isso, mesmo se as partes entrarem em acordo relativamente à questão, pode ele, com sua presença, supervisionar o respeito da decisão individual às condições sociais e decidir de forma apropriada, como se não houvesse classistas a seu lado.

VII. O Direito social abrange todos os direitos relativos à coletividade: os direitos humanos, cuja essência consiste em garantir ao homem a liberdade exterior e, desta forma, possibilitar a liberdade interior em sua conduta moral. Sem propriedade não existe liberdade. Propriedade é direito de personalidade, projeção e expressão dela. Mesmo o Direito social e o Direito socialista voltam-se somente contra a propriedade privada capitalista, ou seja, aquela que, de mero direito real, transforma-se em domínio sobre as demais pessoas; não contra a propriedade de bens artesanais ou rurais como meios de produção, e menos ainda contra a propriedade privada individual de bens de uso e consumo. Desta forma, o Direito Privado ocupa seu lugar inalienável na ordem jurídica socialista.

BIBLIOGRAFIA: Radbruch, *Der Mensch im Recht* (O homem no Direito), 1927; *Vom individualistischen zum sozialen Recht* (Do Direito individualista ao Direito social) em *Hanseatische Rechtszeitschrift* (Revista Jurídica Hanseática), 1930; *Kulturlehre des Sozialismus* (Doutrina cultural do Socialismo), 2ª ed., 1927

§ 34. A idéia de democracia

I. De acordo com a lição de *Kelsen*, o relativismo é o ponto de partida do pensamento democrático. Democracia consiste em confiar a soberania estatal à vontade da maioria, sem preocupação com o conteúdo de sua orientação política. O Estado democrático não estaria, assim, vinculado a determinada atitude finalística, não teria qualquer orientação, seria neutro em relação a todas as ideologias. Assim pôde, em 1933 (na Alemanha), a maioria antidemocrática dominar o Estado democrático e subordiná-lo a seus propósitos. É necessário reconhecer que democracia não é ausência de orientação moral, mas uma forma peculiar de orientação. Sob a idéia do relativismo, da neutralidade, da tolerância, coloca-se o valor positivo da liberdade – a liberdade como afirmação do Estado de Direito, como sementeira da personalidade, como fundamento da criação cultural. Liberdade é, em suma, a forma de pensar da democracia. Em nenhum lugar a manifestação deste sentimento de liberdade democrática é mais bela e emocionante do que na oração de *Péricles* aos caídos, narrada por *Tucídides*; ou no discurso de Gettysburg do grande presidente norte-americano *Abraham Lincoln*; ou ainda na novela de *Gottfried Keller* “A bandeirinha dos sete Justos”.

II. A essência da democracia consiste no fato de que a autoridade do Estado emana do povo, isto é, todas as funções do Estado devem resultar mediata ou imediatamente da eleição popular. Como nem a eleição nem as votações populares são possíveis sem um agrupamento prévio que possa escolher os candidatos e esclarecer, no momento, as reais divergências entre eles, este trabalho deve ser feito pelos Partidos Políticos: democracia é democracia partidária. Quem é contra o funcionamento dos Partidos é contra a democracia. O político, o estadista, deve traçar os fins últimos da política e, como estes não são demonstráveis de forma inequívoca, assumir decisões a respeito deles. Os administradores, por seu turno, devem escolher e preparar os meios para a consecução de tais fins, o que é possível fazer cientificamente. Políticos e administradores são, portanto, tipos fundamentalmente diferentes e até antitéticos. Contraditório em si mesmo era, por isso, no Estado autoritário, considerar o estadista um funcionário público no último estágio da carreira ou, como foi admitida mais tarde, promovê-lo a “ministro técnico”. Especialista em política é exclusivamente o tão desprestigiado político profissional ou “líder partidário”, não fazendo sentido, por isso, zombar da democracia chamando-a de “lidercracia”.

Justa, porém a crítica ao atual sistema partidário; e procedentes as acusações relativas ao excesso de Partidos e sua intransigência.

1. O número excessivo de Partidos obriga a formação de governos de coalizão, que se tornam dependentes do Parlamento ou de suas minorias. Em vez de administrar, os governos de coalizão precisam verificar continuamente, junto aos membros dos Partidos, se o bloco político que o apóia não arrisca romper-se. Governos fortes são só aqueles que estão apoiados na maioria absoluta, o que recomenda a existência de apenas dois Partidos (como no sistema bi-partidário dos EUA e hoje também, fundamentalmente, na Inglaterra).

2. Mais desvantajoso revela-se o rígido sistema partidário alemão. Contrastando com o absolutamente flexível sistema francês (não

subordinado a nenhum programa e a nenhuma organização) e também com o semi-flexível sistema inglês e norte-americano (com organização pré-determinada, mas sem compromisso programático), a Alemanha retornou a seu sistema partidário absolutamente rijo. Os Partidos alemães são ideológicos, originários do Estado autoritário, época em que podiam falar, desde que não dissessem nada. Julgam-se absolutos, qualificados para a hegemonia permanente e comportam-se como aspirantes a Partido único, embora “partido” signifique “parte”, verdade parcial, unilateralidade. Característica essencial de um Partido é a possibilidade de alternância no governo, sucessão graças à qual complementam-se as verdades parciais e unilaterais.

- III. Estes vícios dos Partidos alemães decorrem de falsa concepção dos eleitores. Votar não é fazer profissão de fé, mas apenas decidir sobre o Partido que deve governar. Da falsa concepção do voto como profissão de fé, da crença de que o resultado da votação é a miniatura da multiplicidade ideológica do povo, nasce o sistema da eleição proporcional, com a qual se busca certa justiça matemática contrária, porém, às conveniências políticas. Se votar significa decidir sobre qual Partido deve governar, das votações há de decorrer a existência de Partidos capazes de governar, ou seja, de maiorias decisórias. Por isso, recomendam-se: o voto unipessoal com maioria absoluta e, caso sejam necessárias, eleições para desempate.
- IV. A democracia surgiu em substituição ao Estado autoritário, quer sob sua forma de absolutismo, quer sob a forma de Estado constitucional, no qual o poder não emergia do povo, não dependia da confiança do Parlamento nem dos eleitores, mas somente do chefe de Estado.

É possível classificar as diversas formas de democracia sob três critérios fundamentais:

1. Democracia direta e representativa. A democracia direta somente é possível em pequenos Estados, como os pequenos cantões suíços. Na democracia representativa, é possível adotar como formas de decisão democrática direta o plebiscito e a eleição.
2. Democracia fundamentada na divisão de poderes ou parlamentar. Nesta, como ocorre na Inglaterra, o governo depende da confiança do Parlamento. O monarca e o Presidente são figuras apenas representativas.

Não é possível estabelecer diferença essencial entre monarquia parlamentar e república parlamentar. Mais decisiva é a diferença entre a democracia parlamentar e a democracia baseada na divisão de poderes. Nesta, por exemplo, nos EUA, o Poder Executivo está absolutamente separado do Legislativo, os Secretários de Estado são livremente escolhidos pelo Presidente eleito pelo povo, sem necessitar da confiança do Parlamento. A Alemanha não guarda boas lembranças de sua experiência parlamentarista, mas uma simples república presidencialista com divisão de poderes seria, para ela, ainda mais perigosa, porque o povo alemão carece de uma saudável desconfiança em relação a seus líderes e é, por isso, inclinado a confiar em seus dirigentes, com fundamento ou não,

quanto a suas atividades e responsabilidades políticas. Foi por isso que a Alemanha retornou ao governo parlamentar, todavia com rígidas regras relativas à segurança da autoridade e estabilidade do governo face ao Parlamento.

3. Democracia centralizada e descentralizada. Ao Estado democrático unitário opõe-se a democracia descentralizada do Estado mais ou menos federalizado, tal como adotam os EUA e a Alemanha. Também a autonomia administrativa dos Estados membros e dos municípios representa certa descentralização na democracia, sistema que, na Alemanha, teve início com a Ordenança de *Frh. von Stein* (1808) sobre as Cidades Prussianas, obra de um dos poucos políticos criativos alemães, que lançou os alicerces para o desenvolvimento de exitosa política municipalista como ponto de partida para a reconstrução do país.

BIBLIOGRAFIA: Max Weber – *Politik als Beruf* (A Política como Profissão); Radbruch – *Die politischen Parteien* (Os Partidos Políticos), no *Handbuch des deutschen Staatsrechts* (Manual de Direito Político Alemão) de Anschütz e Thoma, t. I, 1930.

§ 35. O Direito universal

- I. Assim como ocorreu à Assembléia das Nações, para que a ONU alcance seu principal objetivo de assegurar a paz duradoura é necessário que seja antes preenchido um pressuposto: dispor de homens supranacionais dispostos a assumir tarefas também supranacionais. Resumindo, o fracasso dos movimentos pela paz, até agora, decorreu do fato de pretender-se organizar um sistema internacional de solução de conflitos sem que existisse antes uma consciência coletiva supranacional. A mediação dos conflitos não é possível a partir, simplesmente, da imparcialidade interestatal; sobre esta base são admissíveis conciliações de interesses mediante a divisão das injustiças em partes iguais, jamais verdadeiras soluções que coloquem a justiça no lugar da injustiça. Para não serem apenas imparciais, mas supra-parciais, juízes e mediadores não podem apenas compensar interesses em conflito e contrabalançá-los, mas precisam julgá-los a partir de uma visão de interesses superior a eles – precisamente, de uma consciência de comunidade supranacional. Até agora, o sempre crescente relacionamento entre os Estados não conseguiu desenvolver esta consciência; ao contrário, reforçou as possibilidades internacionais de conflitos e os perigos de guerra, enquanto a consciência coletiva supranacional experimenta progressivo enfraquecimento desde a Idade Média.

A política separa as nações, enquanto a cultura as une. Na Idade Média existia, acima do relacionamento interestatal, uma organização supranacional – a Igreja Católica. A cristandade formava uma unidade religiosa corporativa e existia em todas as nações uma grande quantidade de organizações religiosas especiais, principalmente monásticas, de dimensões internacionais. A cultura estava protegida sob o manto da Igreja e aproveitava-se do caráter internacional dela. A arte cristã era uniforme na Europa e a evolução de seus estilos estava presente, na mesma medida, em todas as nações. A linguagem

universal das pessoas cultas, que era o latim, possibilitava a ciência e a literatura européia unificadas. As Universidades, concessões papais privilegiadas, reuniam estudiosos de todas as nações ante as cátedras de mestres que transitavam entre elas sem preocupação com as fronteiras entre as nações e entre as diferentes línguas. Sob a influência destas Universidades, o Direito Romano Canônico entrou em vigor em toda a Europa. Só a partir da Reforma conseguiu o Estado arrancar da Igreja os diversos segmentos culturais e absorvê-los, um após o outro. Representada pela soberania da cátedra pontifícia, que no passado representou a totalidade da cultura perante o Estado, mantém-se ainda hoje um segmento de cultura com presença no Direito Internacional: a religião. A ciência do Direito Internacional considera esta soberania papal uma anomalia explicável apenas por razões históricas: embora somente Estados possam ser autênticos sujeitos de direitos internacionais, a cátedra papal é tratada como se fora um deles. Esta situação não foi alterada pela fundação do Estado do Vaticano, porque a soberania papal continua sendo exercida sobre o mundo dos espíritos e não sobre o liliputiano Estado do Vaticano. Mas esta soberania papal, como mero poder espiritual, em verdade, não é apenas reminiscência histórica, pois serve também como modelo para a futura reorganização do Direito Internacional. O que é válido para a religião, mais exatamente para a igreja católica romana, deveria valer não só para as demais religiões, que formariam algo como a união das igrejas cristãs, mas para todos os segmentos culturais. A “república das letras”, a literatura universal”, não deveria permanecer uma idéia ou frase, mas tornar-se uma organização, um sujeito de direitos internacionais, equivalente à cátedra do Papa, tratando com os Estados em igualdade de condições, ou tornar-se uma corporação privada com o mesmo prestígio na opinião pública internacional, de tal forma que sua voz na comunidade das nações não pudesse ser abafada.

Esta consciência coletiva supranacional, pressuposto da ação eficaz do Direito internacional pela paz, só poderá ser lograda partindo de potências que são, por essência, supranacionais: ciência e arte, religião e Direito, e finalmente – o que mereceria um capítulo à parte – economia, tanto do lado do capital como do trabalho.

Poder-se-ia perguntar por que os “intelectuais”, apesar do caráter supranacional dos valores que lhes são confiados, revelaram até agora tão débil consciência supranacional e estão muito mais dispostos a cair em qualquer psicose nacionalista. Porque o espírito humano, em geral, carece de apoio, não é suficientemente corajoso na busca de seus próprios caminhos, necessitando de líderes e organizações pelos quais possa orientar-se. Esta é a razão pela qual os valores culturais somente poderão servir como ponto de partida de uma consciência coletiva supranacional quando for formado um grupo de efetivos representantes da cultura, cuja importância supranacional seja pessoal e socialmente reconhecida. São necessárias pessoas dispostas – na medida em que a vontade é capaz de fazer alguma coisa neste terreno – a ultrapassar as fronteiras nacionais e servir ao supranacional com toda a disposição de suas consciências. Sua tarefa não será apenas “a cooperação intelectual” voltada para determinados objetivos internacionais, mas algo bem maior: revelar, de forma convincente, em sua pessoa e em seu trabalho, a paixão supranacional no setor cultural que lhes foi confiado. Para aqueles que

sintam repugnância ou indignação com o fato de serem arrancados os grandes homens do regaço de sua nação para serem lançados no mundo dos valores supranacionais, é preciso deixar claro que estão rejeitando o pressuposto fundamental da evolução do Direito internacional. Uma ordem jurídica só pode perdurar enquanto alguns membros da comunidade jurídica estejam ocupados não apenas com seus interesses específicos, mas com os propósitos jurídicos que a sustentam; ou seja, uma ordem jurídica supranacional necessita corporificar-se em um conjunto de pessoas supranacionais; para que haja juízes internacionais é necessário que existam, antes, cidadãos internacionais.

Não há dúvida de que, da coexistência entre Estados e corporações culturais como sujeitos de direitos internacionais, podem resultar graves tensões, como tem ocorrido historicamente entre a Igreja e o Estado; aliás, se tais tensões não existissem, não faria sentido pensar nesta dúplice organização. A importância das organizações culturais supranacionais está exatamente em que, pela justificação da autonomia da cultura, podem criar limites à tendência natural dos Estados ao totalitarismo e opor os interesses da comunidade supranacional ao interesse individual de cada Estado ou ao interesse comum e transitório de um grupo de Estados. Até agora foi difícil aguardar que os Estados, voluntariamente, aceitassem tão indesejáveis sócios como sujeitos de direitos internacionais. Somente uma poderosa emoção supranacional com forte eco sobre a opinião pública poderia exigir o reconhecimento jurídico internacional das comunidades culturais. É o que ocorre na patética hora em que vivemos. A terrível experiência da segunda guerra mundial, com seu clímax na explosão da bomba atômica, propõe a alternativa: paz universal ou destruição do globo terrestre; e nós não podemos renunciar à esperança de que as inteligências mundiais percebam rapidamente o perigo que recai sobre a humanidade e o evitem.

II. O processo de Nürnborg, mais do que a ONU, representou grande esperança para o futuro, em particular para a garantia de paz. Nele apresentou-se a quem não quiser tapar voluntariamente seus olhos, na forma do espírito objetivo da justiça anglo-saxônica, a terrível imagem do desmoronamento de um Estado injusto. Seu valor para o futuro do Direito dos povos pode ser resumido em três pensamentos:

1. Proporcionou o necessário reconhecimento de que o Direito Internacional não obriga apenas Estados, mas também líderes políticos e cidadãos, forçando, de forma decisiva, sua transformação em um Direito Universal.
2. Acrescentou aos crimes de guerra dois novos tipos de ilícitos internacionais: desencadear guerra de agressão e praticar crime contra a humanidade. Assim, com o direito de intervenção jurídica internacional e a jurisdição sobre crimes contra a humanidade, vislumbra-se novo passo para que o Direito Internacional passe a ser considerado Direito Universal, reconhecendo-se que crimes contra a humanidade, mesmo quando praticados contra os próprios concidadãos, estão sujeitos à jurisdição de toda a humanidade.

3. Finalmente, o processo de Nürnberg criou um Direito Penal Internacional como proteção contra estes ilícitos, quer quando praticados por líderes políticos, quer quando praticados por qualquer outra pessoa. Objetou-se que o novo Direito Penal Internacional entrou em vigor com validade retroativa, contrariando o princípio do *nulla poena sine lege* e a restauração deste princípio imposta ao Direito Penal alemão pelo Conselho de Controle. Esta objeção desconhece que a proibição de normas penais retroativas tem validade apenas no âmbito do Direito Penal codificado e não no sistema em que ele decorre da construção judicial. Neste sistema, aquele princípio não tem nenhum valor, ainda quando se trate de criação do Direito por juiz no âmbito do Direito alemão. Aliás, ninguém protestou na Alemanha contra a adoção da retroatividade quando os tribunais decidiram punir, a partir de determinado momento, contratos imorais, viciados por fraude; a nova disposição judicial passou a ser aplicada imediatamente, de forma obrigatória e indiscutível, mesmo quando os fatos tinham sido praticados na vigência da antiga jurisprudência. É, além disso, próprio do Direito Internacional evoluir não tanto através de novas regras jurídicas, mas acima de tudo através de gradativa modificação, de caso em caso.

Naturalmente, a obra de Nürnberg encontra-se apenas no começo: suas inovações só estarão de fato em vigor quando, no futuro, não apenas tribunais militares de vencedores as apliquem contra políticos e cidadãos de Estados perdedores, mas quando tribunais internacionais as apliquem contra poderosos não vencidos. Foi o que declarou de forma incisiva o Promotor de Justiça norte-americano *Robert H. Jackson* em seu discurso no tribunal: “Esta norma está sendo aplicada aqui, sem dúvida, pela primeira vez, contra agressores alemães, mas, para ser útil, ela é aplicável e deve ser aplicada contra os agressores de outras nações, sem excluir aquelas que aqui estão hoje sentadas como juízes”.

§ 36. O Direito supralegal

O positivismo, que pode ser sintetizado sob sua fórmula “a lei é a lei”, deixou os juristas e a magistratura da Alemanha indefesos diante de monstruosas crueldades e arbitrariedades, por terem sido praticadas pelos detentores do poder daquela época sob a forma de lei, assim como diante da subsequente necessidade de correção jurídica das conseqüências de tais ilícitos, a propósito da qual continuou a apresentar sempre novas dificuldades.

A hecatombe do injusto Estado nacional-socialista coloca a judicatura alemã permanentemente diante da questão que o positivismo superveniente não consegue responder: devem ser mantidas as sanções aplicadas em decorrência das leis raciais de Nürnberg? Permanecem ainda válidos os confiscos de bens de judeus determinados com fundamento na legislação nacional-socialista vigente naquela época? Devemos aceitar como juridicamente válido o julgamento que, em conformidade com a jurisprudência nacional-socialista, condenou à morte, por delito de alta traição, um ouvinte de emissora de rádio estrangeira? Devemos ainda considerar legal a denúncia que levou a tal julgamento? Mantém valor de lei, para

nós, o pedaço de papel informal através do qual Hitler, sob compromisso de sigilo absoluto, desencadeou assassinatos em massa? Estamos obrigados a continuar considerando impuníveis crimes amparados por anistia concedida pelo Partido que se encontrava no Poder, exatamente porque eles foram perpetrados por seus membros? Considera-se Estado, em sentido jurídico, aquele que é dominado por um Partido único e elimina todos os demais?

O positivismo jurídico atual, para responder tais questões, apela para o texto da lei. Realmente, parte delas foi solucionada pela legislação da zona de ocupação americana relativa à reparação dos ilícitos nacional-socialistas ou suspeitos de terem esta natureza, enquanto outra parte encontrou resposta no Estatuto de Nürnbere e na Lei de Controle Aliado. Contra estas, todavia, levanta o positivismo a segunda objeção: elas estão sendo aplicadas com efeito retroativo. Mas esta objeção é contestada com a demonstração de que, se elas mesmas não estavam em vigor, ao menos seu conteúdo e a definição dos mesmos tipos criminais já estavam em vigor quando ocorreram os fatos; o conteúdo de tais leis pertence a um Direito supralegal, qualquer que seja o rótulo que a ele se aplique: Direito divino, Direito da natureza ou Direito da razão.

Assim, depois de um século de positivismo jurídico, permanece de pé a idéia de um Direito supralegal, graças ao qual as leis positivas podem ser consideradas injustas. Até que ponto é possível fazer justiça, quando isso impõe considerar inválidas regras positivas? Ou até que ponto pode ser exigível a segurança jurídica, quando ela imponha que leis devam ser reconhecidas como válidas, apesar da injustiça de seu conteúdo? Este curso procurou responder a tais questões. O caminho para chegar às respostas encontra-se já no título que a Filosofia do Direito ostentava e que, depois de vários séculos, retorna ao uso:

Direito Natural.

BIBLIOGRAFÍA ADICIONAL

1. OBRAS GERAIS

Luis Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1ª edición, 1940; 2ª edición aumentada, 1945.

Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de filosofía del derecho*. México: Editorial Jus, 1947.

Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937.

Georges Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*. Paris: Recueil Sirey, 1925.

_____ *Le droit, la justice et la volonté*. Paris: Recueil Sirey, 1924.

_____ *Le droit, l'ordre et la raison*. Paris: Recueil Sirey, 1927.

Giorgio dei Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*. 9ª. ed. Milano, 1953

Icilio Vanni, *Filosofia del Diritto*.

Adolfo Ravà, *Lezioni di filosofia del diritto*. Padua: Cedam [Casa Editrice Dott. António Milani], 1929.

Giovanni Gentile, *Los fundamentos de la filosofía del derecho*.

Francesco Cosentini, *Filosofía del derecho*. Prolegómenos a la ciencia comparada del derecho. México: Editorial Cultura, 1930.

Cario Esposito, *Lineamenti di una Dottrina del Diritto*. Fabriano: T. E. S. A. 1930.

Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: Yale University Press, 1922.

Paulo Dourado de Gusmão, *Curso de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, S. A., 1950.

Max Ernst Mayer, *Filosofía del derecho*.

Rodolfo Stammler, *Filosofía del derecho*.

Emil Lask, *Filosofía jurídica*.

Víctor Calhrein, *Filosofía del derecho*. Derecho natural y derecho positivo.

2. OBRAS HISTÓRICAS

Luis Recaséns Siches, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico* (La filosofía del derecho en el siglo xx). Barcelona: Labor, 1929.

José Medina Echavarría, *La situación presente de la filosofía jurídica*. Esquema de una interpretación. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

Georges Gurvitch, *L'idée du droit social*. Paris, 1933.

Huntington Cairns, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1949.

Fritz Berolzheimer, *The World's Legal Philosophies*. Traducción de Rachel Szold Jastrow. Nueva York: The Macmillan Company, 1929.

Karl Larenz, *La filosofía contemporánea del derecho y del Estado*.

Edgar Bodenheimer, *Teoría del derecho*.

Fedérico Júlio Stahl, *Historia de la filosofía del derecho*.

3. OBRAS ESPECIAIS

§1º

a) A CIÊNCIA JURÍDICA EM SENTIDO ESTRITO

Ernst Beling, "La science du droit, sa fonction et ses limites", en *Recueil d'études sur les sources du droit*. Paris: Sirey, vol. i, pp. 147 ss.

b) A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Carlos Cossio, *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*. Santa Fé, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, 1940.

_____ *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Barcelona: Editorial Bosch, 1933.

Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 3ª ed., 1949 (cap. XXIII, pp. 327-333).

F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2 vols. 2ª ed., 1919.

_____ *Science et technique en droit privé positif*. vol. I, 1913; vol. n, 1915; vol. m, 1921; vol. iv, 1924.

Frédéric Zoll, *Méthode d'interprétation en droit privé positif*, en *Recueil d'études sur les sources du droit*. Paris: Sirey, vol. n, p. 434.

Hans Reichel, *A lei e a sentença*.

c) OS CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*. Ed. cit. (caps. XII-XXIII.).

William Ebenstein, *La teoría pura del Derecho*.

Fritz Schreier, *Conceitos e formas fundamentais do Direito*. Esboço de uma teoria formal do Direito e do Estado sobre base fenomenológica.

§2

DIREITO COMPARADO

Edouard Lambert, Sources du droit comparé ou supra-national. Legislation uniforme et jurisprudence comparative, em *Recueil d'études sur les sources du droit*, vol. III, pp. 478 ss.

Naojiro Sugijama, H. C. Gutteridge, Frantisek Weyr, Ceor-pes Cornil, *Conceito e métodos de direito comparado*.

Mário Sarfatti, *Introducción al estudio del derecho comparado*.

K. Wieland, Sources du droit et droit mondial, en *Recueil d'études sur les sources du droit*, vol. m, p. 471.

§3

d) SOCIOLOGIA JURÍDICA

Luis Recaséns Siches, *Lecciones de Sociología*. México: Editorial Porrúa, 1948 (cap. XL, pp. 667 ss.).

Roscoe Pound, *Social Control through Law*. New Haven: Yale University Press, 1942.

Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, Prólogo de Roscoe Pound. Nueva York: Philosophical Library and Alliance Book Corporation, 1942.

Felix Kaufmann, *Metodología de las ciencias sociales*.

Max Weber, *Sociología do Direito, em Economia e Sociedade*

Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Harvard University Press, 1936.

e) TEMAS DE FILOSOFIA DO DIREITO

Luis Recaséns Siches, Los temas de la filosofía del derecho, en perspectiva histórica y en visión de futuro. Barcelona: Editorial Bosch, 1934.

Luis Legaz Lacambra, *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona: Editorial Bosch, 1943 (caps. m y iv).

f) DIREITO NATURAL

Eduardo García Máynez. *La definición del derecho*. Ensayo de perspectivismo jurídico. México: Editorial Stylo, 1948 caps. III, VIII y IX).

Charles Grove Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1930.

Henri Rommen, *Le droit naturel*. Histoire. Doctrine. Paris: Ego, 1945.

Hans Kelsen, *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

Hans Kelsen, *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*. 20th Century Legal Philosophy Series. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945.

§7

g) A IDÉIA DE JUSTIÇA

Giorgio Del Vecchio, *La justicia*.

Hans Kelsen, “Los juicios de valor en el derecho”, en el vol. titulado *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Trad. de Guillermo García Máynez, Buenos Aires: Editorial Losada, 1946 (pp. 239-267).

§ 8

h) OS FINS DO DIREITO

Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press, 1922 (cap. H: “The End of Law”).

§9

i) A SEGURANÇA JURÍDICA

José Rolz Bennet, *El problema de la seguridad en la Estimativa Jurídica*. Guatemala: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos, 1941.

Hans Kelsen, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Trad. de Florencio Acosta. Prólogo de Luis Rccaséns Siches. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

Eduardo García Máynez, *Justicia y seguridad jurídica*. Discusión de la tesis de Gustav Radbruch, en la revista *Filosofía y Letras*, vol. XV, n° 29 (jan-mar de 1948), pp. 43-53.

§ 10

j) ORDENAÇÃO HIERÁRQUICA DA IDÉIAS DE VALOR

Antonio Caso, *La persona humana y el Estado totalitario*. México: Ediciones de la Universidad Nacional Autónoma, 1941.

_____ *El peligro del hombre*. México: Editorial Stylo, 1942.

§ 12

k) A VALIDADE DO DIREITO

Eduardo García Máynez, *El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho*. México, 1935.

§ 13

l) DIREITO E MORAL

Louis Le Fur, *Les grands problèmes du droit*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1937 (cap. III, "Droit, Justice, Morale").

Giorgio Del Vecchio, *Crisis del derecho y crisis del Estado*.

_____ *L'Homo Juridicus e L'insufficienza del diritto come regola della vita*. Roma, 1936.

Roscoe Pound, *Law and Morals*, Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2ª ed., 1926.

§ 14

m) DIREITO E CONVENÇÕES SOCIAIS

Luis Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1945 (cap. IV, Las Reglas del trato social, su diferenciación de las normas morales y de las normas jurídicas).

Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1949 (cap. III, El derecho y los convencionalismos sociales).

Walter Heinrich, *Recherches sur la problématique du droit coutumier*, en *Recueil d'études sur les sources du droit, en honneur de François Gény*. Paris: Sirey, vol. II, p. 277.

§ 16

n) DIREITO ROMANO

R. Jhering, *L'esprit du droit romain*.

Rodolfo Sohm, *Instituciones de derecho privado romano*.

§ 17

o) DIREITO ANGLO-AMERICANO

John Chipman Gray, *The Nature and the sources of the Law*. Nueva York: The Macmillan Company, 2ª ed., 1938.

Benjamin Nathan Cardozo, *Selected Writings*, editados por Alargarei E. Hall. Nueva York: Failon Publications, 1947.

Oscar Rabasa, *El derecho anglo-americano*. Estudio expositivo y comparado del "common law". México: Fondo de Cultura Económica, 1914.

Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de Estados Unidos*.

Roscoe Pound, *Outlines of Lectures on Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 5ª ed., 1943.

§21

p) DIREITO SUBJETIVO E DIREITO OBJETIVO

Ernest Roguin, *La règle de droit*. Lausana: Rouge, 1889.

_____ *La science juridique pure*. 3 vols. Lausana: Librairie F. Rouge, 1923. Fritz Schreier, *Conceptos y formas fundamentales del derecho*. Buenos Aires Editorial Losada, 1942 (segunda parte, cap.II, pp. 220-232).

B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*. Trad. Fadda e Bensa. Turín, 1925 (pp. 108 ss.).

R. V. Jhering, *La dogmática jurídica*.

§22

q) DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I.

Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1937 (cap. iv, n° 29, pp. 147-155).

E. Roguin, *La science juridique pure*, vol. III, n° 880, pp. 588 ss.

R. Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*.

Hermann Heller, *Teoría del Estado*.

§ 23

r) DIREITO SUBSTANCIAL E DIREITO ADJETIVO

Eduardo J. Couture, *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: Edit. Depalma, 1949

José Alberto dos Reis, *Teoría de la Acción*

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México, Imprensa Univeritaria, 1947.

Pakelis, *Azione no Nuovo Digesto Italiano*, Milan, Dott.A. Giuffré, Ed., 1939, II, pág. 92.

Hugo Rosso, *Derecho Procesal Civil*

José Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*. Trad. de José Casais y Santaló. Madrid: Réus, 1922.

§34

s) LA IDEA DE DEMOCRACIA

A. D. Lindsay, *El Estado democrático moderno*. México: Fondo de Cultura Económica, 1945.

Carl J. Friedrich, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*.

Carlos Sánchez Viamonte, *El problema contemporáneo de la libertad*. Buenos Aires, 1945.

Francisco Ayala, *El problema del liberalismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1941.