

INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO

Gustav Radbruch

Tradução
VERA BARKOW
Revisão técnica
SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

Martins Fontes
São Paulo 1999

Índice

Esta obra foi publicada originalmente em alemão com o título
EINFÜHRUNG IN DIE RECHTSWISSENSCHAFT
por C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, em Rechtsphilosophie Bd. I.
Copyright © 1987, C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg.
Copyright © Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, 1999, para a presente edição.

1ª edição
março de 1999

Tradução
VERA BARKOW

Revisão técnica e da tradução
Sérgio Servulo da Cunha
Revisão gráfica
Solange Martins
Teresa Cecília de Oliveira Ramos
Produção gráfica
Geraldo Alves
Paginção/Fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial (6957-7653)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Radbruch, Gustav
Introdução à ciência do direito / Gustav Radbruch : tradução
Vera Barkow ; revisão técnica Sérgio Servulo da Cunha. – São
Paulo : Martins Fontes, 1999. – (Ensino superior)

Título original: Einführung in die Rechtswissenschaft.
ISBN 85-336-1023-8

I. Direito – Filosofia I. Título. II. Série.

99-0777

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

I. Direito : Filosofia 340.12

Todos os direitos para a língua portuguesa reservados à

Livraria Martins Fontes Editora Ltda.

Rua Conselheiro Ramalho, 330/340

01325-090 São Paulo SP Brasil

Tel. (011) 239-3677 Fax (011) 3105-6867

e-mail: info@martinsfontes.com

http://www.martinsfontes.com

<i>Prefácio à edição brasileira</i>	IX
<i>Prefácio</i>	XIII
Direito	1
Direito público	37
Direito privado	65
Direito comercial	87
Direito econômico e trabalhista	93
Direito penal	105
Direito da organização judiciária	125
Direito processual	151
Direito administrativo	165
Direito eclesástico	175
Direito internacional	193
Ciência do direito	215

mo seu oposto só conseguia ver estultícia, não maldade, nunca perversidade irreversível, sempre tão-somente engano refutável. Daí advinha seu otimismo confiante na razão, daí a doutrina básica de sua política criminal: a idéia de recuperação; daí, em meio à Guerra Mundial, sua crença inabalável em um direito internacional público melhor e mais forte.

A ciência do direito alemã estava em via de ficar sob a influência do espírito de Lessing, quando a escola jurídica romântica interrompeu esse desenvolvimento por quase um século. Quando das comemorações de seu sexagésimo aniversário, Franz v. Liszt recebeu um cartão de visitas, amarelado pelo tempo, do grande criminalista Anselm v. Feuerbach, com a seguinte inscrição:

Luz de fogo, tu como eu!
Por sobre o século se saúdam
dos píncaros, onde refulgem,
os sinais que se conheceam!

Heidelberg, março de 1929.

Direito

Toda ordem que encontramos na diversidade da existência, ou que nos empenhamos em fomentar, emprestou do direito o seu nome: falamos de *leis* da natureza, de *leis* da moralidade e do costume, *leis* da lógica e da estética. Que posição ocupam entre todos esses tipos de leis — e portanto no todo, em nosso conhecimento do mundo — as leis no sentido primeiro da palavra, as leis do direito?

“Todos os homens morrem” — “Não mataráis!”, esses dois exemplos dão idéia da diferença entre dois tipos de leis: as leis do precizar e as leis do dever; entre as leis expressando o que se realizará inevitavelmente e as leis que dispõem sobre algo que possivelmente permanecerá irrealizado; entre leis que valem devido à sua concordância com a efetividade do acontecer e entre leis que valem apesar de sua não-concordância com essa efetividade; entre leis que descrevem o mundo real e leis que desenham o projeto de construção de um mundo melhor. Ninguém terá dúvida sobre a categoria em que se enquadram as leis do direito.

A cada atividade básica do espírito humano corresponde um tipo especial de leis do dever: a lógica trata das leis do modo de pensar verdadeiro, correto, científico; a estética trata da maneira certa de viver com sentimento a arte e a beleza; todavia, o dever ético, que apresenta sua lei ao nosso querer e agir, é de natureza tríplice: as regras de um agir bom, adequado e justo produzem a moralidade, o costume e finalmente o direito. Entre

elas, encontra-se historicamente em primeiro lugar o costume, de que só mais tarde se desligaram o direito e finalmente a moralidade. A essa seqüência histórica corresponde uma audácia crescente com relação à faticidade do acontecer, um grau crescente de tensão entre ideal e realidade. A regra costumeira contém inteiramente os traços dessa realidade: aquilo que ocorre sempre, que é costumeiro, deverá ocorrer também no futuro, diz ela, e aquilo que todos fazem, que é uso, também você deve fazer; ela cultiva o eterno-ontem, o homem mediano é seu homem ideal, e normal é o mesmo que normativo. Por isso o direito e a moral criticam, como abusos, modos liberais de agir, tão numerosos quanto desconformes à legalidade e à moralidade. Em sua forma original a *norma jurídica* não se distancia mais da faticidade do que a regra costumeira: também o direito consuetudinário eleva o regular ao legal. Mas coloca a lei junto ao hábito, como segunda e mais recente fonte do direito; dela não cuida a tradição, mas a vontade humana, que tem a liberdade de aprovar o costumeiro ou de rejeitá-lo; e assim, na norma jurídica, o dever começa a libertar-se do jugo do habitual. *Conmeça*: pois o legislador pode dar às suas imposições o *contêudo* que lhe aprouver, mas só lhes poderá conferir validade se não se afastar em demasia da efetividade da vida do povo. Caso contrário, esta lhe negaria obediência: uma lei “vale” somente quando pode ser aplicada na maioria dos casos de sua incidência. Pois é essencial ao direito ser não apenas um querer e dever, mas sim uma força real e atuante na vida do povo. Assim, apesar de toda a capacidade de inovar, a lei somente poderá apor seu selo às regras que o costume desenvolveu; segundo a doutrina marxista, será sempre apenas a “superestrutura” da realidade social. É no âmbito da *moralidade* (Sittlichkeit) que o dever se torna totalmente independente da realidade: o mandamento “Por isso deveis ser perfeitos como é perfeito vosso Pai no céu!” “vale” para a ética cristã, embora ainda não tenha sido realizado por nenhum ser humano. Basta que viva como dever, mesmo que irrealizável, na consciência cristã. A moral-

dade sobrepõe-se a essa base no mundo da realidade, à realidade espiritual da consciência e, com isso, sobre qualquer resíduo material. Se não absolvemos o “homem sem consciência” de toda obrigação moral, se opomos à “consciência errônea” a verdadeira obrigação moral, reconhecemos que a moralidade “vale” sem levar em consideração se teve acesso à consciência de algum homem, e que valeria mesmo se estivesse escrita nas estrelas, desconhecida de todos. A “moral” (der Moral), vivendo efetivamente senão no agir, pelo menos na consciência dos homens, opõe-se, pairando livre sem apoio por sobre o mundo dos fatos, à “lei moral” (Sittengesetz). Mas embora sua conscientização dependa da realidade das condições histórico-sociais, a lei moral, ao reivindicar validade, libera-se de qualquer condicionabilidade pela efetividade. O mesmo acontece em outras esferas do dever: a verdade vale, mesmo não tendo ainda sido conhecida pela ciência; valeria mesmo se estivesse envolta nos véus de eterna irreconhecibilidade, e o ideal da beleza não é prejudicado se toda e qualquer arte for apenas uma impressão difusa de seu selo na matéria-prima terrena.

Se a lei moral significa um dever puro, totalmente afastado do mundo dos fatos, costume, direito e moral estão aninhados na efetividade: são um querer, realmente um querer, cuja intenção é fundamentar um dever. A moralidade é, por assim dizer, devida; costume, direito e moral são devidos apenas porque são desejados — pela sociedade, pelo Estado, pela consciência. Opomos às leis da natureza as leis do puro dever como *leis ideais*, e as leis de um dever desejado como *leis culturais*. Pois aquilo que assimilamos do ideal em nosso querer, saber e sentir — costume, direito e moral e também ciência, arte e (aqui impossível de esgotar) religião — forma a nossa cultura, esse reino intermediário entre o pó e as estrelas, o reino da busca e da criação humanas entre o reino natural do ser e o reino ideal do anstiar; entre a paz cheia de inocência da natureza e a paz elevada do ideal, o mundo cheio de culpas, anseios e inquietação, ao mesmo tempo cheio de esperança e fé, de nossas batalhas e ações. Assim

sendo, teríamos reconhecido o direito como acontecimento cultural, como obra humana, partícipe da gravidade terrestre, mas também do impulso à ascensão. Todavia, também moral e costume são leis culturais (Kulturgesetze) de nosso querer e agir e devem agora ser diferenciados do direito.

Até os dias de hoje lembramo-nos das palavras com que, para a época cultural em que vivemos, a moral se separou do costume e do direito: "Ouvistes o que foi dito aos antigos: Não matarás; mas quem matar, será castigado pelo tribunal. Mas eu vos digo: Todo aquele que se irar contra seu irmão, será castigado pelos juizes. Ouvistes o que foi dito aos antigos: Não cometerás adultério. Eu, porém, vos digo: Todo aquele que lançar um olhar de cobiça para uma mulher, já cometeu adultério em seu coração." Podemos marcar a diferença entre moral e direito, colocada nessas palavras, com o tópico: *exterioridade do direito, interioridade da moralidade*. A "justiça" farisaica, que se contenta com a execução ou a omissão de determinadas ações, opõe-se a moralidade com exigências ao caráter; à norma: Não matarás!, a norma: Não odiarás! A verdadeira área de domínio da moral é o espírito humano: nada neste mundo, diz Kant, pode ser reconhecido sem restrições como bom, com exceção da boa vontade. Contrariamente, parece que à avaliação jurídica submetete-se apenas o comportamento exterior: não se pode enforçar ninguém por pensar, diz a máxima jurídica. Mas, numa observação mais acurada, mostra-se que o comportamento interior não é absolutamente indiferente ao direito. Não apenas o comportamento exterior é julgado de forma diversa e múltipla segundo sua origem espiritual, isto é, no caso de premeditação com maior rigor do que em caso de mera imprudência; também em certos casos – evidentemente não tão frequentes – uma consequência legal é atrelada a um fato meramente interior, por exemplo, a tutela penal do "bem-estar espiritual" de um menor. Como, nesse caso, o motivo da intervenção pertence exclusivamente à interioridade espiritual e os fatos externos possuem tão-somente o significado de provas, então, segundo a opinião generalizada

de professores de direito penal, o crime é apenas o motivo de conhecimento, o sintoma, evidentemente inevitável, da validade da pena, mas o motivo da existência da pena é a periculosidade social do criminoso, revelada pelo crime. O sinal característico de diferenciação da exterioridade do direito não confere, portanto, se quisermos delimitar desse modo a área de aplicabilidade do direito, mas confere se quisermos designar o direcionamento de interesses: a moral se importa exclusivamente com o caráter; se a lei se ocupa com o caráter é porque vê nele apenas a possível fonte de ações exteriores; interessa-se, por exemplo, pelo caráter anti-social do criminoso, exposto pelo seu crime, tão-somente pelo fato de permitir que se antevêja a prática de novos delitos. Tendo o caráter importância jurídica unicamente como fonte de ações futuras, por outro lado, mesmo as ações são inaccessíveis à avaliação jurídica, quando exigem ser consideradas somente como manifestações de um caráter, não de acordo com o que provocam, mas de acordo com aquilo que significam, por exemplo como "provas de amor" ou "provas de amizade". Por isso, relações cuja essência não se expressa no comportamento exterior não são passíveis de regulamentação legal, como por exemplo a relação com Deus, com a pessoa amada; daí a eliminação de penas para heresia e apostasia, e a luta por direito conjugal ou "amor livre". Ocorre contudo que, segundo a concepção original cristã, toda a convivência dos homens é desse tipo, uma grande comunidade amorosa, na qual o comportamento exterior não possui valor próprio, mesmo ínfimo, mas apenas tanto valor quanto contém de amor. O direito, todavia, ao tratar com reservas o espírito humano, apenas como fonte secundária de suas ações passíveis de consideração jurídica, afasta-se daquilo que é necessário. E da natureza e pecado mortal do direito e de seus representantes "acreditar que existam situações em que seja possível relacionar-se com alguém sem amor; mas tais relações não existem". É assim que nasce em Leon Tolstói, a partir de um cristianismo radical, a forma mais nobre de anarquia, a condenação de todo e qual-

quer direito, devido à exterioridade desespiritualizada de seu direcionamento de interesses.

À exterioridade do *direcionamento de interesses* também corresponde a exterioridade do *modo de julgamento*. Um comportamento não é moral porque corresponde externamente à moral, mas quando internamente nasce da moral, quando se age por respeito à lei moral, por causa da consciência e do sentimento do dever: “Moralidade” pressupõe que o próprio agente tenha submetido seu comportamento à lei. À “legalidade”, no entanto, basta que se julgue a ação como conforme à lei; um comportamento que é externamente de acordo com a lei continua sendo assim, mesmo se motivado por medo da pena, vergonha da opinião pública, ou quando sua origem é a coação. A moral não se obtém à força, fato tão verdadeiro quanto poder-se coagir alguém ao cumprimento do dever mas não ao sentimento do dever, da responsabilidade; o direito, ao contrário, é aberto à coação. Poderá contentar-se com o comportamento exterior, pois o dever legal de um nada mais é que a contrapartida do direito legal de outro, podendo ser indiferente a este o motivo da satisfação do seu direito, desde que seja respeitado!

Tal fato leva a um terceiro significado, quando falamos da exterioridade do direito: à exterioridade do *sujeito-finalidade*. O dever moral é dever perante a consciência, perante o eu superior, perante o Deus dentro do próprio peito ou, como quer que nos queiramos expressar metaforicamente, é devido tão-somente à lei moral, não a qualquer poder dominante. Mesmo os assim denominados deveres perante terceiros não o são no sentido de que sua realização poderia ser exigida pelo outro: “Se alguém te ferir a face direita, oferece-lhe também a outra. Se alguém te citar em justiça para tirar-te a túnica, cede-lhe também a capa” — esses mandamentos não concedem ao próximo o direito a bofetada e capa: só a si próprio e a Deus o cristão deve tal exercício de humildade. A moral conhece apenas deveres, não direitos; conhece a falta, mas não dividas. O juridicamente comprometido, contudo, sempre se defronta com alguém a exi-

gir direitos, o devedor com um credor — apenas no âmbito do direito podemos falar de “dever e culpabilidade”. No âmbito do direito o dever de um sempre existe apenas por causa do direito do outro. O conceito de direito, não o conceito de dever, é o ponto de partida do pensamento jurídico. É significativo que o direito, no sentido de ordem jurídica, derive seu nome do direito no sentido de faculdade, ao passo que a obrigação, caso não deva ser entendida como obrigação moral, deve ser expressamente designada como dever jurídico.

Desse terceiro significado resulta um quarto: a exterioridade da *fonte de validade* do direito. O direito é uma normatividade entre os homens, entre credores e devedores; se a pretensão de um há de ser harmonizada com a obrigação de outro, é preciso um legislador e também um juiz sobre credor e devedor. Essa legislação externa, essa “heteronomia” no âmbito do direito defronta-se com a legislação moral, a “autonomia”. A moral não precisa de legislador ou tribunal externo, não necessita de uma lei igual e supra-individual. O conflito moral não se realiza entre homens; ocorre no indivíduo isolado, no próprio peito, em diálogo silencioso entre cobiça e consciência, entre nosso eu comum e nosso eu melhor, entre a criatura e o criador. Dentro da moral cada um, como Jesus no deserto, está só consigo mesmo em sublime solidão, sujeito apenas à lei, ao tribunal da própria consciência. No costume, todos mandam em cada um, no direito, uma vontade unânime em todos — na moralidade, cada um apenas em si mesmo.

Encontramo-nos agora no ponto de reconduzir as variadas diferenças entre moral e direito a uma base comum. Somente quando Eva se uniu a Adão, Robinson a Sexta-feira, começou a ter validade para eles, ao lado da moral, o direito. A lei moral vale para o homem em sua individualização, real ou imaginária; a norma jurídica, para os homens em sua existência comunitária.

Ao lado da exterioridade do direito, todavia, a partir de sua determinação para a comunidade, coloca-se outro aspecto. A lei moral individualiza, particulariza-se para cada homem e para ca-

da situação; portanto, é incoficável e cognoscível apenas de forma intuitiva. Em contrapartida, a lei jurídica é sempre genérica em maior ou menor grau, trata sempre de um círculo maior ou menor de pessoas e situações como sendo iguais. Por mais que aumente a especialização do direito, em algum grau qualquer a igualdade perante a lei e a generalidade da norma jurídica fazem parte da sua essência. Simbolizamos a cegueira voluntária do direito em face da singularidade dos homens e das coisas por meio da “venda da Justiça”. Costumam-se reunir na palavra justiça provavelmente todas as reivindicações que devem ser feitas ao direito, a fim de que possa ser correto e bom. Aqui, contudo, trata-se da justiça em seu sentido particular e verdadeiro, daquela característica formal de todo direito, consistente em submeter o peculiar a regras genéricas e tratar o desigual de modo igual. Pois igualdade não existe neste mundo, existem apenas coisas tão desiguais “quanto um ovo frente a outro”. Igualdade sempre é apenas abstração da desigualdade existente. Por isso a justiça constitui inevitavelmente uma violação da riqueza e fartura da vida. Tanto diante da justiça quanto diante da exterioridade do direito se insurge, pois, o homem preponderantemente moral, e mais ainda o artista.

Várias correntes defendem uma separação menos rigorosa entre direito e moral, especialmente o direito visto como “*minimo ético*” (Georg Jellinek), seja para declarar-se como essência do direito guarnecer com a possibilidade da coação um pequeno aspecto do vasto círculo de preceitos morais, seja para se considerar como tarefa da moral conferir mais força à ordem jurídica — que apenas postula cumprimento legal externamente — mediante a exigência de uma obediência também interna. Esse conceito, ao supor uma mera diferença quantitativa, não compreende a divergência básica há pouco exposta entre os pontos de vista moral e jurídico, sacrifica a diversidade, mesmo a oposição da moral de consciência individual em favor de um código de deveres sociais igual para todos, e nega a possibilidade de conflitos trágicos entre moral pessoal e ordem jurídica geral,

entre as exigências do espírito e as do Estado, a possibilidade trágica do “crime por convicção”.

Tudo que até agora foi mostrado para a diferenciação entre direito e moral o direito partilha com o *costume*, que também é uma normatividade entre os homens. Onde então o direito se diferencia do costume? Foi dito: na permissão da coação. Todavia, com grande frequência o costume dispõe de meios de coação bastante enfáticos: tomemos como exemplo as consuetudes sociais de uma recusa ao duelo; também o direito carece, em muitas de suas regulamentações, da possibilidade de coação; é impossível que, numa fila infundável, se ponha um funcionário público atrás do outro, para obrigá-lo ao cumprimento de seus deveres: *Quis custodiet custodes?* Mostra-se igualmente sem préstimo para uma demarcação das fronteiras entre costume e direito a doutrina de que o costume corresponde à comunidade popular desorganizada, enquanto é peculiar ao direito ser sustentado por uma organização, preferencialmente o Estado; pois o direito consuetudinário é criado pela sociedade, longe do Estado, e o costume, por outro lado, é inteiramente capaz de fixação por uma organização, por exemplo no “Kommment” (conjunto de usos e costumes de uma associação estudantil universitária). A tentativa de encontrar outro critério diferenciador entre direito e costume, que não meramente o da significação maior ou menor para a ordem da vida comunitária, mostrou-se até agora infrutífera, embora uma diferenciação precisa fosse necessária também para a aplicação do direito, uma vez que os tribunais, basicamente, devem rejeitar uma pretensão alicerçada somente no costume, não no direito. A legislação, particularmente nosso Código Civil, leva em conta a diferença básica entre costume e direito à medida que com frequência cada vez maior atribui efeitos legais ao comportamento infrator “contra os bons costumes”.

Dessa diferenciação de conteúdo, rigorosamente acentuada entre os preceitos do direito e do costume, de um lado, e os mandamentos da moral, de outro, não se pode de forma alguma

deduzir uma total ausência de relacionamento entre essas duas áreas. Direito e costume não conseguem justificar de per si a coação que exercem. Embora contenham o poder de, via de regra, impor-se — sem ele dever-se-ia negar-lhes “validade” —, não têm a capacidade de convencer de sua legitimidade e obrigatoriedade aquele que é coagido a submeter-se com ranger de dentes, quanto mais aquele que dele sabe esquivar-se. Quem, contrariamente ao sentimento da diferença entre direito e força, acredita poder justificar as normas sem considerar seu elemento de persuasão, e que acredita (juntamente com Ihering) poder caracterizar o direito como a “política da força”, reconhece automaticamente, com essa denominação, aquilo que quisera refutar: pois no que mais consistiria essa “política”, a não ser no fato de a força, sabidamente, colocar-se a si mesma os limites dentro dos quais possa ser reconhecida como justificada? Essa justificativa, contudo, também as normas só podem procurar no juízo diante do qual todo comportamento humano deve justificar-se: diante da moral; e se a justificativa moral das normas jurídicas não puder ser procurada na moralidade de seu conteúdo, esse fato não exclui a possibilidade de encontrá-la na moralidade de sua finalidade. Essas discussões conduzem, portanto, a um outro problema: à *finalidade do direito!*

Denominamos leis culturais as leis da moral, do direito e do costume. Juntamente com ciência, arte e religião, a moral, o direito e o Estado formam a cultura. Mas os valores culturais não são todos de uma categoria só. Durante o século XIX revelaram-se três concepções diferentes sobre a posição dos valores culturais, sobre a sequência das camadas da pirâmide cultural. Primeiramente, ao final do século XVIII, por exemplo em Kant, Schiller, Humboldt, temos a individualidade — livre, isolada e eticamente — considerada como o maior de todos os fins, ciência e arte apenas como matéria para a formação daquela, direito e Estado apenas como instituições para seu asseguramento. Em seguida os românticos, à sua frente Novallis, desenvolvem uma imagem idealizada da cultura medieval, na qual uma

essência comunitária multifacetada, despertando e animando a individualidade, traz à tona, como sua máxima criação, as catedrais do gótico, as meditações da mística alemã, hino mariano e canção de trovador, obras maravilhosas do pensamento e da poesia; e em um espírito bem diverso, cheio de força, dirigido para o futuro, os “Wanderjahre” (*Anos de Peregrinação*) de Goethe realizam o mesmo ideal, em desinteressado serviço ao indivíduo, na camaradagem frutífera de companheiros ativos, com o objetivo de atuação e criação cultural, mesmo que essa atuação, em oposição compreensível ao entusiasmo artístico dos “Lehrjahre” (*Anos de Aprendizagem*), sirva não a obras culturais proeminentes, mas apenas a simples “exigências do dia”. Por fim, Hegel eleva o Estado, denominando-o “realidade da idéia ética”, dando início à longa série de teorias do Estado até Treitschke, à política real e ao nacional-socialismo de nossos dias, que concebem o Estado nacional, seu poder e seu crescimento, como a mais elevada das tarefas terrenas, que confere conteúdo a toda moralidade individual, que toma a seu serviço toda a atividade cultural. Sucessivamente individualidade humana, obra humana, totalidade humana, são concebidas como suportes do valor maior, o valor moral, artístico e científico, o jurídico e o estatal, ou, bem ao modo das palavras de ordem: liberdade, cultura (em sentido restrito da obra cultural) e poder são concebidos como o alvo maior do homem, e dessa forma os possíveis sistemas culturais devem de fato estar esgotados. Nos dois primeiros casos, Estado e direito, como “civilização”, constituem um mero estágio preparatório para a “cultura”, que atinge sua meta somente no homem cultural ou na obra cultural; no terceiro caso, eles marcham à frente de todas as posições-alvo culturais. Seja-nos permitido prescindir, por ora e por razões a serem expostas posteriormente, da segunda concepção cultural, direcionada à obra, e restringir a discussão à forte oposição entre o sistema cultural orientado na individualidade e o orientado na totalidade, isto é, o sistema cultural *individualista* e o *supra-individualista*.

Dessa forma, confrontam-se duas concepções sobre a tarefa de direito e Estado, e com sua oposição, ramificada até as mínimas questões da política, nos defrontaremos constantemente. De acordo com uma das concepções, direito e Estado estão a serviço dos indivíduos — a princípio a serviço de seu bem-estar, da “bem-aventurança geral”; afinal de contas, a serviço de sua determinação cultural: a ordem jurídica cuida para que o homem não precise usar seus olhos constantemente como sentinelas, mas que vez ou outra possa erguê-los às estrelas e às árvores em flor, à necessidade e à beleza da existência; para que o grito ininterrupto da autopreservação silencie o suficiente para que se possa ao menos ouvir a linguagem sussurrante da consciência, criando assim as primeiras premissas de cultura pessoal, de formação científica, artística e ética. Assim, o direito possui uma dignidade ética, que deriva do valor ético que possui para cada um dos parceiros jurídicos; portanto, ele tem um valor apenas derivado, individual-ético, não um valor próprio. Tal valor próprio, supra-individual, perante todos, e além disso capaz de servir ao indivíduo, é reconhecido pela outra concepção ao Estado e à ordem jurídica.

Todas as variações da concepção supra-individualista têm em comum o fato de verem o Estado como um todo e, portanto, de fora, do ponto de vista do teatro mundial, determinando a política interna de acordo com as necessidades políticas externas, ao passo que o individualismo considera o Estado principalmente pela parte interna, sob o ponto de vista da vida privada, deixando surgir sua política externa a partir da interna. Reünem-se para justificar a concepção supra-individualista do Estado as mais diversas visões de mundo: política real posi-

1. Devo o estímulo decisivo nessa questão básica a Emil Lask, cuja promissora vida intelectual foi ceifada prematuramente pela Guerra Mundial; cf. sua colaboração “Rechtsphilosophie” [“Filosofia do direito”] em *Windelband, A filosofia no início do século XX*, 2ª edição, 1907, agora também em seus *Escritos reunidos*, vol. 1, 1923.

vista, que aceita a vontade de poder do próprio Estado como realidade obrigatória, recusando qualquer justificativa jurídica além das necessidades nacionais; naturalismo, para o qual a luta dos Estados tem como significado a forma supra-individualista da luta pela existência, a luta existencial das raças; por fim, filosofia da história idealista ou crença religiosa, que desenvolvem um plano audacioso do desenvolvimento da humanidade, no qual cada uma das personalidades públicas está predestinada a representar um papel heróico especial. Ao *pathos* do absoluto, que aqui repousa sobre o Estado e sua ordem jurídica, nada de tão emocionante pode contrapor a filosofia individualista do direito. Para essa filosofia, direito e Estado são apenas meios a serviço do indivíduo, providência técnica de praticidade a mais objetiva possível, mal necessário, e mesmo que também o individualismo possua seu *pathos* do absoluto, este se encontra em outra área que não direito e Estado: na individualidade, portanto alguém ou além da idéia de Estado: “Lá, onde termina o Estado, é que começa o homem, que não é supérfluo; aí começa a canção do necessário, a melodia única e insubstituível” (Nietzsche — Zarathustra).

Cada uma dessas concepções pensa seu ideal de Estado sob uma imagem. A supra-individualista sob a do *organismo*, do homem no grande: assim como em nosso corpo, também em um bom Estado o todo existe não por causa dos elementos, mas os elementos existem por causa do todo². A individual, sob a imagem mais famosa ainda de um *contrato*: só é justificável o Estado que se possa imaginar como surgido por meio de união espontânea e mediante o interesse bem compreendido de seus membros. Tal critério, adotado para um Estado cuja senha era a palavra real (*L'État c'est Moi*), teve que destruí-lo no momento seguinte, e desse modo a doutrina do contrato social na ver-

2. Representante principal da teoria orgânica do Estado: Otto Gierke; introdução a seu discurso “A natureza das associações humanas”, 1902.

são definitiva dada por J. J. Rousseau (1762) tornou-se o arsenal teórico estatal da Revolução Francesa – ao passo que, por outro lado, a saga rica em significado da fábula de Menenius Agrippa atribui a doutrina orgânica do Estado o mérito do apaziguamento de uma discórdia civil. Emprestar plasticidade agi-tatória a critérios de valor político-filosófico-jurídicos é, por conseguinte, a finalidade dessas imagens. É um equívoco tão freqüente quanto grave encontrar nelas, em vez de exigências para a configuração do Estado, declarações sobre a criação do Estado. Que um Estado de direito *deva* deixar-se pensar como surgido a partir de um contrato de seus membros, diz a doutrina do contrato; não que os Estados históricos tenham *realmente* surgido a partir de tais contratos. O que pode justificar a sujeição do indivíduo ao Estado, segundo as palavras introdutórias de Rousseau, acredito poder dizer; mas o que ela provoou eu não sei e não me diz respeito. Hoje, porém, sabemos que os Estados mais antigos não devem sua formação a contratos, a ações criadoras de indivíduos com vistas a um fim preciso; que a independência dos indivíduos não é o ponto de partida, mas o resultado do desenvolvimento histórico; e que na vida comunitária, tanto quanto na vida do organismo, o todo é mais antigo que suas partes. Se organismo e contrato fossem representações plásticas do modo de formação do Estado, essa querela deveria ter validade tal como decidida pela doutrina orgânica; mas não é possível escolher entre eles enquanto imagens de *ideais* opostos de Estado, como aliás entre ideais em geral, com validade científica. A oposição entre as concepções filosóficas de Estado não exigem de nós uma decisão, mas um posicionamento: a razão deve emudecer perante ela; apenas a vontade, tirada das profundezas da personalidade mediante auto-reflexão, pode fazer a escolha, variável de homem para homem: um famoso ditado diz que o tipo de filosofia que se escolhe depende do homem que se é.

A parte externa visível dessa oposição entre os sistemas filosóficos de Estado é a batalha dos *partidos políticos* – tam-

bém nos tempos atuais, nos quais o sistema partidário cada vez mais se transforma, de uma organização de ideais de Estado em disputa, em uma organização de interesses de classe em disputa. Foi um filósofo do direito, Friedrich Julius Stahl (falecido em 1861), quem forneceu a senha supra-individualista ao partido conservador: “Autoridade, não maioria.” O *conservantismo* acentua, portanto, a supremacia das tarefas do Estado: a autoridade da força do Estado primordial, não a derivada da vontade de submissão dos súditos; sua consagração não por intermédio da vontade popular, mas da religião e da história, misericórdia divina e legitimidade e, como a mais sublime das tarefas do Estado, o poder³. Opõe-se a isso a doutrina individualista, segundo a qual o Estado obtém toda sua dignidade do indivíduo, não podendo reivindicar nenhum outro valor que não aquele que tem para os indivíduos: a doutrina de Estado do *liberalismo*. Nos interesses dos indivíduos reside um critério dado pela experiência sobre o valor ou desvalor das instituições públicas existentes, tornando-se instrumento da crítica e da reforma, teoria básica de um “partido progressista”; ao passo que o “conservadorismo”, incapaz de fazer surgir em passe de má-gica seu critério supra-individual, e portanto supra-empírico, tende a agir em silêncio, a conservar o fato histórico e deixar sua continuidade a critério da sabedoria da história universal.

Se a designação “partido progressista” sublinha a oposição do individualismo ao conservadorismo, o nome “liberalismo” acentua a posição de combate frente ao Estado policial. Também esse último, evidentemente, declara-se partidário do individualismo, já na primeira parte de seu lema: “Tudo pelo povo – nada através do povo”; a luta do liberalismo se dirige apenas contra a segunda parte do lema. O Estado policial querria tornar o indivíduo feliz e educá-lo, quisesse este ou não; o liberalismo queria libertá-lo, a fim de que ele próprio se tornas-

3. Cf. especialmente Stahl, *Os atuais partidos no Estado e na Igreja*, 1863.

se responsável pela sua felicidade e seu valor. Segundo sua concepção, o valor ético não pode ser impingido ao homem, mas só pode ser conquistado com um ato de liberdade. Em total oposição ao Estado policial devido à visão de mundo, e ligada ao liberalismo devido à concepção básica individualista, mas mesmo assim nitidamente diferenciada dele por sua visão de mundo, temos a *democracia*. Ao denominar-se a democracia como liberalismo de esquerda, apenas simula-se uma mera diferença de medida do verdadeiro liberalismo, cujo equívoco se torna mais evidente quando nos recordamos da oposição entre as visões de mundo da forma mais radical de democracia — o socialismo — e do liberalismo levado aos extremos — o anarquismo. Esse contraste entre visões de mundo pode ser formulado de maneira algébrica, de modo que a democracia em-preste ao indivíduo apenas um valor finito e o liberalismo, um valor infinito, portanto não mais passível de multiplicação. A democracia sacrifica o interesse do indivíduo em favor dos interesses igualmente fortes da maioria; o liberalismo conhece uma esfera de liberdade do indivíduo, diante da qual mesmo os interesses mais fortes da maioria devem deter-se: o valor infinito atribuído ao indivíduo já não pode ser superado nem mesmo pela soma de valores de uma maioria absoluta. Aqui, temos apenas a igualdade do início da corrida, quando uns poucos fortes deixam a massa bem atrás de si; lá, a busca por uma liberdade média igual para todos. A razão dessa valorização diversa do indivíduo pelo liberalismo e pela democracia deve ser buscada, ao que tudo indica, numa estrutura diversa do conceito de valor. Segundo uma das concepções, o valor ético é um exemplo igualmente válido para todos — não importa se “crístão”, “super-homem”, ou mero “homem do dever” kantiano — que pode se concretizar plenamente em um único indivíduo. De acordo com a outra, trata-se de uma forma que recebe seu conteúdo ético apenas pela aplicação sobre os diversos indivíduos, e um conteúdo diverso para cada um, necessitando portanto, para sua plenitude, de um número considerável de indivíduos.

Uma posição intermediária complicada, entre a concepção de Estado individualista e a supra-individualista, é a do *clericalismo*. A mesma característica que separa a concepção de Estado conservadora da liberal, diferencia a concepção da igreja católica e da protestante: para o protestantismo a igreja é apenas meio a serviço das almas individuais; para o catolicismo, ela própria é santa, detentora de valor religioso supra-individual. Portanto, se para o catolicismo o detentor de autoridade supra-individual é, a princípio, não o Estado, mas a igreja, ele está disposto a permitir que o Estado cristão, enquanto autoridade concedida por Deus, participe dessa mesma autoridade. Por outro lado, pode-se encontrar no arsenal da filosofia de Estado católica, desde os tempos de Santo Agostinho, idéias que permitem caracterizar o Estado secular como simples ferramenta para fins caritativos individualistas, sem qualquer conexão com o reino divino dos valores éticos, como mal necessário, como mera obra humana. Por isso, o clericalismo — ao mesmo tempo partido da autoridade e partido da liberdade, representante de todas as camadas do povo católico, desde a aristocracia até o proletariado — precisa conciliar a oposição das concepções de Estado, de caso para caso, com base no credo religioso, buscando, de acordo com o resultado desse compromisso, apoio para a esquerda ou para a direita. O *socialismo*, por fim, baseia-se em uma posição metódica totalmente diferenciada das outras linhas partidárias “burguesas”. Conservadorismo, liberalismo, democracia são concepções diferentes sobre a configuração do Estado; socialismo, em contrapartida, é uma determinada teoria da configuração da economia e da sociedade. O “materialismo histórico” havia ensinado que Estado e direito não eram forças históricas determinantes: as causas últimas do desenvolvimento histórico se encontravam, na realidade, na economia e na sociedade; que reviravoltas políticas eram efeito ou expressão de deslocamentos de poder econômico e social. Por isso, o programa socialista tinha de ser em primeiro lugar um programa econômico e social, e apenas em segundo lugar um

programa político; assim sendo, faltou ao socialismo, por um tempo estranhamente longo, uma formulação contrária às concepções de Estado. Em seus primórdios, a tendência básica do socialismo era até individualista, sua ideologia a boa ideologia individualista da liberdade. Prometia como maior de todos os bens a mesma liberdade que o liberalismo prometera mas não cumprira. Fora realizada apenas a liberdade jurídica, não a verdadeira; liberdade verdadeira seria impossível com desigualdade econômica. Assim, o manifesto comunista (Karl Marx e Friedrich Engels, 1848) termina, à boa maneira liberal, com a promessa de uma “associação, na qual o livre desenvolvimento de cada um é a condição para o livre desenvolvimento de todos”; e ainda o programa de Erfurt (1891) culmina em conceitos individualistas como liberdade, máximo bem-estar e aperfeiçoamento harmônico em todas as esferas. O socialismo econômico unia-se a um individualismo ideológico e estatal-filosófico. Um partido que se encontrava constantemente na oposição não poderia mesmo agir diversamente, a não ser acentuar de modo individualista, até liberal, ser livre do Estado que o perseguia e combatia. Contudo, desde que o socialismo, no novo Estado, foi proclamado a agir conjuntamente e a dividir responsabilidades, tornou-se-lhe inevitável reconsiderar a concepção de Estado habitual a um partido de oposição. As discussões sobre o tema “socialismo e Estado” foram se avolumando; no que tange aos sentimentos, foi possível ultrapassar o receio liberal perante o Estado, criando-se, no solo do pensamento democrático, um novo sentimento de Estado e uma consciência nacional. O novo socialismo consumiu uma mudança; da negação do Estado à afirmação do Estado, de Marx a Lassalle⁴, e foi exatamente isso que o separou decisivamente do *comunismo*. Para ele, a democracia, Estado da maioria, é ponte para o so-

4. Compare os ensaios clássicos de Ferdinand Lassalle sobre natureza da constituição, 1862.

cialismo (“o mesmo direito de voto é o sinal no qual venceremos”), ao passo que para o comunismo é um Estado de minorias com sinais trocados (a ditadura do proletariado) ou, na verdade, de setores “progressistas” do proletariado. Nessas idéias revolucionárias de minorias e de ditadura a extrema esquerda toca a extrema direita. Com relação à meta do comunismo, elas se opõem radicalmente, e devem ser atribuídas ao modo de pensar supra-individualista; mas, à diferença do conservadorismo, baseiam seu ideal supra-individualista não em fundamentos como legitimidade e misericórdia divina, mas colocam a idéia étnica como absoluta, e a idéia do Estado totalitário sobre o fundamento de uma nação articulada em corporações. E assim se fecha o círculo.

Uma terceira concepção de Estado – até agora relegada a segundo plano –, jorrando fortemente a partir do movimento juvenil, começa a obter enorme influência sobre todos os partidos: ao lado da concepção individualista e supra-individualista, coloca-se a *transpessoal*⁵. Busca a tarefa suprema da vida não nela mesma, mas nas obras que cria e no conjunto dessas obras (na cultura), e a tarefa suprema do Estado na garantia do trabalho cultural. Os indivíduos não estão unidos como sujeitos de uma relação contratual ou como os ramos de um tronco, mas como os construtores se unem através da construção, não diretamente de homem para homem, mas indiretamente através da obra que os une na divisão e na união do trabalho. Assim introduz-se a grande palavra do momento: “comunidade”. Pois toda e qualquer comunidade é comunidade de uma coisa comum, um trabalho comum, uma cultura comum. A edificação das obras culturais, desde o produto mais modesto do trabalho profissional até as citações mais monumentais do espiri-

5. Básico para essas diferenciações Ferdinand Tönnies, *Gesellschaft und Gemeinschaft* [Sociedade e comunidade], 4.^a e 5.^a edições, 1922. Compare também Radbruch, *Kulturlehre des Sozialismus* [Doutrina da cultura do socialismo], 2.^a edição, 1927.

to, tem, segundo essa concepção, valor em si. O Estado possui valor igual ao da cultura que abrange, e o indivíduo não tem valor maior que o do serviço que presta à tarefa cultural ante a qual é colocado. Com a obra faz-se a comunidade, a personalidade. Torra-se personalidade somente quem se entrega abnegadamente a uma coisa, quem se adapta irremediavelmente à comunidade. No Estado individualista o indivíduo permanece com a parte essencial de sua personalidade fora da vida do Estado, que envolve sua labuta vital, totalmente privada, como uma moldura protetora. O Estado supra-individual basicamente faz valer suas pretensões sobre o indivíduo e sobre tudo que este é e possui, mas quão pouco dos valores da individualidade consegue tornar realmente útil para seus fins de poder! Especialmente o funcionário público ou o soldado não conseguem ser com cada gota de seu sangue tão funcionário ou soldado quanto alguém é artista ou pensador, ainda mais o artista ou o pensador com toda a força de seu ser, sendo concomitantemente cidadão. Mas o "mestre" de outrora, talvez um Albrecht Dürer, e toda sua obra, encontrava-se dentro da comunidade, através de sua corporação. Exatamente porque a comunidade abrange as individualidades em toda sua riqueza, a cultura obteve o cunho supra-individual de um estilo uniforme de época, pelo qual nos empenhamos hoje em vão; por outro lado, a comunidade abriu a diversidade viva, perante a qual o Estado de hoje se afigura por vezes frio e cinzento. Mas a individualidade, envolta pela vida, em sua inteireza, como se fosse uma pele elástica, sentia menos do que hoje a pressão da comunidade, pois atualmente vê-se dividida em duas partes: uma de propriedade do Estado, e outra livre dele.

Essa concepção transpessoal é menos um programa novo que um sentimento de vida novo, que deve perpassar e animar todo e qualquer programa. Nenhum partido a inscreveu em sua bandeira, pois o instinto de auto-affirmação dos povos quer que o Estado lhes sirva, ao indivíduo ou à totalidade. Mas, por outro lado, a história valoriza os Estados segundo aquilo que per-



Friedrich Carl von Savigny

manece quando homens e povos se tiverem ido: segundo suas obras. Talvez se possa ter uma pálide idéia disso nas palavras que um grande historiador pôs na boca de um grande estadista, naquele famoso discurso de Péricles que fala Tucídides.

Se tivesse sido possível às discussões até agora apresentadas fixar sem margem a dúvidas a finalidade do direito, então seria uma tarefa viável, com validade científica irrestrita, verificar o direito justo, a ordem justa da vida comunitária. A crença nessa possibilidade era o cerne de uma grande escola de filosofia do direito, que floresceu no século XVII e fruitificou no século XVIII: o direito natural. A ciência natural, que emprestou do direito seu conceito básico, o da *lei da natureza*, mostrou-se reconhecida à dádiva do direito *natural*. Assim como a lei natural, também a lei jurídica deve ser apenas descoberta, não inventada pelo homem, apenas constatada, não por ele fixada. Tal qual a lei natural, é a mesma em todos os tempos e para todos os povos. E tal qual a validade da lei natural (“e, contudo, ela se move!”), também a validade da lei jurídica se encontra acima da arbitrariedade de legisladores humanos: diante do direito natural reconhecido pela ciência, a validade da legislação humana deve empalidecer, assim como faz o engano, desmascarado diante da verdade revelada. A legislação estatal transforma-se em apenas mais uma opinião doutrinária científica entre tantas outras, e o filósofo do direito ocupa o lugar do legislador.

Contudo, mostrou-se inviável responder a pergunta sobre a finalidade do direito de outra forma que não seja pela enumeração das diversas opiniões. Já a mesma época e o mesmo povo apresentaram lado a lado opiniões divergentes sobre a meta e, desse modo, sobre a configuração da ordem jurídica, opiniões que pareciam todas igualmente “naturais” a seus defensores e entre as quais a ciência não tem a capacidade de decidir com validade geral — sem falar na transformação histórica e na diversidade nacional das concepções do direito. A idéia do direi-

to natural foi, portanto, um equívoco — todavia, o mais frutífero que se possa imaginar. É uma antiga “artimanha da história universal” apresentar o direito, ao qual quer dar validade, como já válido, e o direito, que quer anular, como já anulado. Dessa forma, o século do iluminismo, sob a falsa bandeira do direito natural eterno e ubiquamente válido, levou à vitória suas exigências político-legais. Com isso, essa fórmula mágica cumpriu uma missão histórico-universal, mas perdeu, ao mesmo tempo, seu efeito.

Mas a ordem da vida comunitária não pode depender das concepções jurídicas dos indivíduos que possivelmente veiculam diretrizes opostas; pelo contrário, exige a regulamentação por órgão supra-individual, e se razão e ciência não conseguem realizar essa tarefa, então ela deverá ser assumida pela vontade e pelo poder: se ninguém consegue reconhecer o que é justo, alguém deverá ordenar o que deve ser justo. Hoje em dia é de reconhecimento amplo que não existe senão o direito “assentado”, “positivo”.

Se o direito positivo deve bastar à finalidade de, mediante um ato de autoridade, resolver o conflito de concepções legais opostas, então a normatividade deve caber a uma vontade à qual seja possível pô-la em vigor, contra toda e qualquer concepção jurídica contrária; todo e qualquer preceito jurídico da sociedade (que se expressa no direito consuetudinário), ou do Estado (que se expressa na lei), só pode ser considerado “válido” caso se tenha transformado em regra de comportamento, mesmo que às vezes transgredida, e que não se “encontre apenas no papel”. Somente é direito válido aquilo que a vontade, convocada a legislar, fixa e impõe.

Se a validade do preceito jurídico radica no poder da vontade legisladora, parece que a união entre validade jurídica e obrigatoriedade ética, obtida através da finalidade ética do preceito jurídico, se desfaz novamente, e irremediavelmente. Ocorre que a validade de um preceito jurídico, dessa forma, torna-se independente da justiça de seu conteúdo; um preceito jurídico considerado injusto por aquele a quem se aplica é apenas, ao que parece, uma sentença do poder sem compromisso moral, e

a tragédia, desde a Antígona de Sófocles até os nossos dias, glorifica o “criminoso convicto”, que não teme nessa querela entre direito e moralidade a transgressão da lei e suas consequências. Mas, contrariamente, prestamos nosso reconhecimento também ao juiz que, fiel à lei na mesma batalha entre direito e moralidade, não se deixa influenciar por seu sentimento de justiça; também esse reconhecimento se baseia num juízo moral. A aparente querela entre direito e moralidade deve, portanto, ser na verdade uma coisão entre dois deveres morais: a observância da lei injusta deve ser, em consequência, não apenas um dever legal, mas também moral; além disso, deve ser não mero ato de autoridade, mas norma obrigatória. Devido a essa convicção da obrigatoriedade moral, mesmo da lei e da sentença injustas, Sócrates foi levado à morte. De fato, toda e qualquer lei, sem considerar a justiça de seu conteúdo, cumpre sua finalidade já por causa de sua mera existência: ao pôr fim à querela de opiniões legais divergentes, cria *segurança jurídica*. Assim, assegura-se à validade jurídica como um todo um fundamento de obrigatoriedade moral: se não for possível deduzir a do conteúdo de justiça do preceito jurídico, pelo menos se fundamenta na segurança jurídica decorrente de sua existência. Consta-se, assim, que não apenas a justiça é um valor moral, mas também a legalidade; em caso de conflito, todavia, não se poderá decidir, de maneira absoluta, qual desses valores é o mais elevado. Afirmar a primazia incondicional da justiça perante a segurança jurídica, desprezar o direito positivo, leva ao anarquismo, que remete as concepções jurídicas divergentes a cada caso considerado isoladamente. Por outro lado, existe uma profissão que, no seu exercício, contém a obrigatoriedade moral de sempre colocar a segurança jurídica diante da justiça: a do operador jurídico. Sacrificar o próprio sentimento jurídico ao preceito jurídico; perguntar apenas o que é de direito, e nunca se também é o justo; possivelmente servir à injustiça em uma profissão que, sem amor à justiça, não pode ser exercida com prazer: é essa a tarefa e a tragédia do profissional do direi-

to. “A indiferença perante essência e conteúdo do direito, produzida pela indiferença ou divinamente contra qualquer abalo emocional e atração racional, é a genialidade jurídica”, diz com suficiente amargura o filósofo do direito, que como nenhum outro reconheceu o formalismo da profissão jurídica, decorrente da positividade de todo direito⁶. Essa mentalidade, adquirida pelo operador jurídico mediante austera disciplina, nunca é compreendida pelo leigo. A este parece inconcebível que, contra uma lei injusta, não possa, como lhe parece, apelar à justiça clara como o sol. É-lhe inacreditável que contra a sentença, a seu ver incorreta, da mais alta instância, não possa haver nenhum apelo mais. Seu sentimento jurídico não compreende que a idéia da justiça pode ter menos poder sobre a mente de um servidor seu do que sobre a sua própria, que esse servidor possa sacrificar conscientemente a justiça em pessoa a uma folha de papel, a não ser por malevolência. A força de lei da sentença errônea e a validade da lei injusta se lhe assemblam a paredes de tábuas, erguidas arbitrariamente entre ele e seu direito por mãos humanas, mas que, de alguma forma também arbitrária, devem poder ser rompidas. Ele exige, implora poder passar: por fim, se arremessa de cabeça contra a cancela implacável — tornou-se um demandista. Em um caso jurídico isolado ou no próprio, é mesmo difícil aprender o que coloca constantemente diante dos olhos do operador jurídico essa visão geral de toda vida jurídica: que é mais importante pôr um fim à querela do que dar-lhe um fim *justo*, que a existência de uma ordem jurídica é mais importante do que sua justiça, que a justiça é a segunda grande tarefa do direito, a primeira, contudo, a segurança jurídica, a paz.

Nada consegue dar uma idéia melhor do caráter da ordem jurídica enquanto “imperativo categórico” — uma ordem que exige

6. Ludwig Knapp, *System der Rechtsphilosophie [Sistema da filosofia do direito]*, 1857.

validade por causa de sua simples existência, sem considerar a força de convicção de seu conteúdo – do que a *linguagem do direito*. Formada somente a partir do final do século XVIII, juntamente com o Estado moderno, ela não é, em toda sua admirável lógica, criação de uma única pessoa, talvez nem seja uma criação consciente, mas o corpo que o espírito do direito formou para si mesmo. Nada consegue revelar com clareza maior o que o direito tem – e não tem – a oferecer a seus discípulos. Pois acontece que nossa linguagem jurídica caracteriza-se não por aquilo que lhe é próprio, mas por aquilo que lhe falta, em comparação com as demais formas estilísticas da expressão verbal da vontade, e com a linguagem jurídica menos elaborada de dias passados. Para melhor compreender, chamaremos esses meios de expressão, desprezados pelo atual estilo das leis, de estilo da persuasão, estilo da convicção, estilo da instrução.

Destacando-se dos demais estilos, nossa linguagem legal superou o *estilo persuasivo*. Ela exige a ausência de paixãoalidade, de sentimento, de matizes, que tem a fórmula matemática. Quem procura “Poesia no direito” ou “Humor no direito” deverá deixar-se conduzir por Jakob Grimm ou Otto Gierke para bem longe no passado alemão⁷.

Os legisladores de uma época não tão remota ainda se valem de todos os registros de uma oratória passional e cheia de exageros sentimentais. Através da pompa da “linguagem majestosa” procuram obter respeito. Com adjetivos violentos indignam-se especialmente contra crimes de lesa-majestade, religiosos e contra a moral – tratava-se de um arrebatamento

7. Confira também, além dos textos mencionados, Jakob Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer* [Antiguidades do direito alemão], 1828, 4.ª edição, 1899; Graf e Dietherr, *Deutsche Rechtssprichwörter* [Provérbios legais alemães], 1864 (atualmente também Leonhard Winkler, *Deutsches Recht im Spiegel deutscher Sprichwörter* [Direito alemão no espelho de provérbios alemães], 1927; Eberhard v. Künssberg, *Deutsche Bauernweisümer* [Sabedoria de camponeses alemães], 1926).

desse tipo, quando ainda há pouco tempo o código penal acreditava ter que denominar criminosas de determinada laia de “zinhas”, para diferenciá-las das demais “mulheres”. Através de um condicional – “mas se alguém ousasse” – dão a entender que não acreditam na possibilidade de tais atos delinquentes: como se levassem a sério a bela expressão do jurista romano, de que o que é contra a moral deveria nos parecer impossível. Ficam até ruborizados: o *Allgemeine Landrecht* (Direito estatal geral) da Prússia, de 1794, refere “sodomia e outros pecados desse tipo que, devido a sua monstruosidade, não podem aqui ser citados”. Mas com toda essa pompa, apenas se tornam suspeitos de confiar mais na impressão causada pela sua retórica do que no poder de sua autoridade. O legislador moderno entendeu que não lhe cabe persuadir, mas ordenar.

Nossa linguagem jurídica também superou o *estilo da convicção*. No tempo dos déspotas esclarecidos, legisladores benevolentes apreciavam em demasia expressar em suas promulgações também a *ratio legis*, a finalidade da lei, para obter obediência de seus destinatários. Falava-se de “leis persuasivas”. Mas quem tenta convencer da conveniência de suas ordens abdica da obediência se o destinatário não estiver convicto dela; rebaixa a ordem obrigatória a um conselho, cujo efeito é diretamente relacionado à sua força de convencimento. É próprio da norma jurídica que, mesmo promulgada para determinada finalidade, exige obediência não apenas para essa finalidade e até o ponto que lhe sirva, mas obediência incondicional. Por isso, o legislador moderno nunca usa a palavrinha “porque”. Sua missão é ordenar, não convencer, caso queira que o destinatário não reclame, mas obedeça. A linguagem legal moderna adotou o tom brusco da ordem militar. Está escrito no regulamento do serviço militar: “Explicações sobre as medidas ordenadas não cabem em uma ordem.”

Por fim, nossa linguagem jurídica superou o *estilo da instrução*. O fato de caber ao legislador ordenar o que deva ser de direito, e não relatar e instruir o que é de direito, só começou a

fazer parte de sua consciência após longo desenvolvimento. A Idade Média não distinguia ainda entre “livros de direito”, que anotam os preceitos jurídicos já válidos por força do costume e só eram considerados válidos se o fizessem corretamente, e “códigos de leis”, que são a própria fonte da validade de seus preceitos e por isso necessitam de validade incondicional; o *Sachsenspiegel* (Espelho da Saxônia), concepção jurídica privada de Eike von Repgow (por volta de 1225), foi capaz de obter a quase autoridade incondicional de um código de leis; a *Carolina* (código penal do imperador Carlos V para o antigo Reich alemão, 1532) mal conseguia a obediência espontânea de um livro de direito. Enquanto a lei como fonte jurídica não for diferenciada de meras anotações jurídicas somente poderá falar a linguagem da instrução jurídica, não do preceito jurídico. Também a modernidade emprestava ao código a tarefa de anotar um direito já válido graças a outra fonte de direito, não a dos costumes, mas o direito natural: os códigos se transformam em livros didáticos, se bem que autoritários, do direito natural, desacomodando-se paulatinamente do tom professoral mesmo quando já era de pleno conhecimento que não havia direito natural, que o legislador não encontrava o direito pronto, mas o produzia através de sua ordem. Um código moderno, em contrapartida, não contém uma frase que não seja ordem ou parte de uma ordem. Ele desdenha prestar ajuda à lentidão, ao esquecimento e à falta de atenção do destinatário, esclarecendo, por exemplo, a disposição legal genérica por meio de exemplificações de sua aplicação especial, ou lembrando uma disposição jurídica anterior para esclarecer o significado de outra, ou acenando uma palavra de significado difícil, colocando-a em negrito. Desdenha até esclarecer as relações mútuas de seus enunciados, por exemplo de oposição ou de exceção, através de advérbios — “contrariamente”, “excepcionalmente”; ocorre que esses advérbios também se caracterizariam como acréscimo didático, desde que aquelas relações possam ser reconhecidas a partir do conteúdo das disposições jurídicas. Diretamente, separa-

das por força de parágrafos e alíneas, as diversas disposições jurídicas estão ali, lado a lado; a loquacidade é estranha à linguagem legal. Uma lei — ao se compreender de maneira lógica seu caráter imperativo, que se despe de toda e qualquer qualidade didática e, portanto, do entendimento geral — exige uma ciência do direito que assuma a tarefa da didática legal, *jus vigilantibus scriptum*: ouvintes atentos são o pressuposto do legislador, uma agudeza auditiva apenas adquirida durante trato de longa data com a lei.

Após tanta renúncia, o que ainda resta à linguagem legal? Uma ascese rigorosa dos meios de expressão, um laconismo estóico, que manifesta seus sentimentos, seu ódio e seu amor não em palavras, mas apenas em ações, uma pobreza sóbria. Mas simultaneamente uma pobreza espontânea e orgulhosa, a pobreza assumida do estilo lapidar, que expressa de modo insuperável a altivez do imperativo categórico e a aprumada consciência de poder do Estado que comanda. Conta-se que Stendhal costumava preparar-se para seu trabalho com a leitura de algumas páginas do *Code Napoléon*. É possível que a linguagem legal, exatamente por causa de seu duro desprezo por valores estilísticos, tenha adquirido imperceptivelmente um valor estético próprio — similar ao homem que, em sua dedicação abnegada a uma causa, se reencontra, repentinamente, amadurecido em sua personalidade.

Mas a linguagem não é o único traje possível do direito, e nem todo direito é “direito escrito”. A legislação pode partir não somente da comunidade popular organizada, o Estado, em forma de lei, mas também da sociedade, da comunidade popular não organizada, que paulatinamente reveste usos com a convivência da necessidade legal, condensando-os em *direito consuetudinário* — e mesmo com essa divisão tradicional das formas de existência do direito é provável que as possibilidades de formação do direito não estejam esgotadas. De ambas as fontes de direito fluem regularmente normas legais consentâneas, seja pelo

fato de que o direito costumeiro até então existente tenha sido elevado a lei, seja porque a obediência à lei tenha se tornado costume. Também é possível que a lei queira desalojar um comportamento costumeiro, ou que o costume queira abafar o direito legal caduco. Acredita-se poder decidir essa batalha entre lei e costume simplesmente chamando a atenção sobre a real supremacia do direito consuetudinário ou, contrariamente, subordinando o direito consuetudinário, como apenas tolerado pelo Estado, ao direito legal oriundo do Estado. Na verdade, nesse caso só se pode tomar partido, nunca julgar, pois não existe uma norma decisiva, saída de uma terceira fonte de direito superior às outras: não se trata de uma querela legal, mas de uma prova de força, que no Estado moderno decidir-se-á geralmente a favor do direito estatal, mas nas estruturas estatais menos firmes do passado geralmente se decidia a favor do direito costumeiro.

A questão da primazia do direito consuetudinário ou do direito legal apresenta-se não apenas como problema jurídico, mas também como problema filosófico-legal-político. “Por meio de forças internas, agindo em silêncio, não através da arbitrariedade de um legislador” (Savigny), deseja-se, de um lado, que ocorra o desenvolvimento do direito; “a finalidade é o criador de todo direito” (Jhering), ouve-se de outro lado⁸. Enquanto o individualismo, empunhando o nítido critério dos interesses individuais, sempre está disposto à crítica condenatória e ao trabalho legislativo de reforma, o conservadorismo — para o qual o direito está direcionado a uma meta acima dos interesses individuais e, portanto, oculta ao indivíduo — pretenderá subtrair a formação do direito ao arbítrio do indivíduo e

8. Rudolf v. Jhering, *Der Zweck im Recht* [A finalidade no direito], vol. 1, 1877, vol. 2, 1884; 4ª edição, 1904, 1905; *Recht und Sittlichkeit* [Direito e costume] (Textos selecionados, Livros de formação, vol. 9), ed. Albert Langen, Munique. Sobre a personalidade desse pensador do direito: Rudolf v. Jhering in *Briefen an seine Freunde* [R. v. J. em cartas a seus amigos], 1913.

reservá-la à inconsciência impulsiva do sentimento jurídico, superior a toda razão individual, pois nele se anuncia a razão do todo supra-individual, do povo, e, portanto, a voz de Deus. Assim como o organismo, segundo a opinião vitalista, é constituído não segundo a atuação conjunta de forças atomísticas isoladas, mas segundo a “força vital” do conjunto, também o direito deverá nascer não da razão individual do ser isolado, mas do “espírito popular” agindo dentro ou acima do indivíduo, na forma jurídica do costume. A famosa comparação entre direito e linguagem serve para ilustrar a produção jurídica inconsciente pelo espírito popular.

Essa doutrina conservadora assumiu na “escola jurídica histórica” a forma de uma linha científica, na mesma época em que se acentuava a primazia da canção popular em face da canção artística, na época do Romantismo, dominando quase totalmente o século XIX. Evidentemente não conseguiu evitar que esse século, relegando cada vez mais o direito consuetudinário, desenvolvesse uma atividade legisladora como nenhum antes, mas também levasse a ciência do direito a uma participação menor nessa atividade, pois, submersa na preparação do direito aplicável ao caso concreto, ou até na pesquisa do direito de há muito passado, abandonou sua segunda tarefa: indicar o caminho ao legislador por intermédio do julgamento do direito vigente e a formulação de um direito mais justo. Foi somente o pensamento social de nossa época que obrigou o direito a sair de seu isolamento auto-suficiente e alinhar-se no sistema dos meios e fins sociais. Através do programa, estabelecido por Rudolf Stammler, de uma ciência do “direito justo”, orientada pelo “ideal social”, foi aberta uma nova dimensão ao conhecimento jurídico, e o reclamo do legislador por uma base científica para seu trabalho reformador ensejou que a política jurídica científica não permanecesse apenas um programa.

A ciência do direito do século XX parece, portanto, querer retomar as tradições do século XVIII. É bem verdade que, nesse ínterim, aprendemos uma modéstia maior, primeiro da

escola histórica, depois da concepção materialista da história. Enquanto o século XVIII acreditava possuir pela lei natural um critério válido para todos os tempos e povos quanto ao julgamento e à transformação da lei, a escola histórica, embora com a crítica ao direito natural descartasse imediatamente toda e qualquer crítica jurídica científica, legou mesmo assim, ao século XX, o conhecimento de que o direito justo é diferente de povo para povo, de época para época, e é entendido diversamente de homem para homem de acordo com a classe a que se pertence, à visão de mundo e ao ponto de vista político. A *concepção materialista da história*, base teórica do programa socialista, estabelecida por Karl Marx e Friedrich Engels, nos ensinou a conhecer a causa, ou pelo menos uma causa, dessa alteração das concepções do direito: as concepções de direito vigentes em cada época são, na verdade, apenas a expressão da relação de força na luta de classes, e, junto com essa expressão, um efeito involuntário das mudanças da economia e, afinal de contas, da técnica. O direito não é uma forma, dentro da qual a matéria das relações sociais se deixa moldar docilmente, mas a forma que essa matéria assume irresistivelmente. O legislador, portanto, não consegue dirigir o desenvolvimento social, mas poderá, sem dúvida, configurá-lo de maneira mais fácil e rápida, “acelerar as dores de parto do tempo”⁹.

O jovem estudioso do direito costuma ouvir duas lições históricas sobre o direito alemão: “Deutsche Rechtsgeschichte” [História do direito alemão] e “Rechtentwickelung in Preussen” [Desenvolvimento jurídico na Prússia], a história do direito do antigo Reich alemão e a história do direito do Estado alemão que criou o novo Reich alemão.

9. Como obra-prima de consultoria legal histórico-materialista: Karl Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion [Os institutos legais do direito privado e sua função social]*, 1929.

Aquele, desenvolvimento legal em linha descendente, este, desenvolvimento legal em linha ascendente. O antigo Reich desmorona; como um velho castelo, é envolto paulatinamente pela hera, e com suas janelas vazias e torres rachadas fica cada vez mais pitoresco, cada vez mais poético, mas cada vez mais inabitável; diante desse ideal de formação jurídica costumeira permanece em comovente enleio a escola de direito histórica, que se pode chamar também de romântica. Do seio do Reich moribundo, todavia, brotou uma nova vida: os territórios alemães, especialmente Brandemburgo-Prússia. Aqui não se fiavam na sabedoria do espírito popular, nas forças internas da história mundial agindo em silêncio, no impulso que iria achar o caminho certo em seu ímpeto obscuro; aqui, no solo colonial arrancado aos sôrbios, dominava um espírito semelhante ao americano, dominavam fins conscientes e meios enérgicos. Era menos poético, menos romântico, menos simpático, pelo contrário, no espírito do iluminismo federiciano, era sóbrio, claro, “brioso”; mas o resultado foi um novo Reich, que de sua parte e no pouco tempo de sua existência fez mais leis que o velho Reich em todo um milênio. E mesmo que se lamente a “hipertrofia da legislação”, o exagero limitado das leis, e que se considere atualmente o exame e a classificação desse emaranhado de leis uma das tarefas político-jurídicas das mais prementes, mesmo assim ninguém duvida da irrevogabilidade do desenvolvimento do costume para a lei, do espírito popular para a vontade estatal. Isso nada mais é que manifestação parcial do desenvolvimento constante da história, do inconsciente para o consciente, do impulso à vontade, do instinto à razão, da “comunidade” à “sociedade” (Ferdinand Tönnies). Assim julga a história sobre a “Escola de Direito Histórica”!

Seu cabeça foi Friedrich Karl v. Savigny (1779-1861). Quando em 1814 o patriotismo da época da independência existia, após o afastamento do conquistador francês, também o afastamento do domínio estrangeiro do direito romano, a ser

substituído por um código civil alemão, ele, glorificando a formação do direito costumeiro, negou em seu tempo a “vocaçãõ para a legislaçãõ”¹⁰. Mas essa época havia expressado um ano antes sua vocaçãõ para a legislaçãõ: através do Código Penal bávaro de 1813, que mostrou o caminho à legislaçãõ penal alemã durante meio século. Era uma obra de Anselm v. Feuerbach (1775-1833), o qual, numa dissertaçãõ primorosa, dirigiu contra Savigny o tema do direito-legal¹¹.

Savigny e Feuerbach tornaram-se não apenas a personificação daquelas duas opiniões opostas sobre a continuidade da formação do direito, mas também das oposições mais profundas que lhes são subjacentes. Feuerbach, o “incentivo ardente do iluminismo” (segundo Treitschke), disciplinado pelo critério de Kant, é o representante da visão legal individualista; Savigny, o romântico, representante da visão supra-individualista. A ciência do direito alemã mais recente pode considerar-se privilegiada por ter como padrinhos de batismo dois representantes tão diversos, mas de igual quilate. Como que pretendendo exibir toda sua amplitude, o espírito alemão, no alvorecer dourado do século passado, desdobrou-se em seus opostos mais distantes, tanto na área da ciência do direito quanto no rei-

10. Savigny, *Vom Beruf unsrerer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft [Da vocaçãõ de nosso tempo para a legislaçãõ e a ciência do direito]*, 1814, reimpressãõ em “Thibaut e Savigny”, editado por Jaques Siem em 1914. Sobre sua personalidade há agora a extensa biografia de Savigny escrita por Adolf Stoll; sobre o efeito de sua doutrina leia também Kantorowicz, *Was ist Savigny?* [*O que é Savigny?*], 1912. O retrato de Savigny aqui reproduzido, de Franz Krüger, foi retirado da coleçãõ de Werckmeister “O século XIX em retratos”.

11. Feuerbach, *Kleine Schriften vermischten Inhalts [Pequenos ensaios de conteúdo misto]*, 1833. Sobre a personalidade: o legado biográfico de A. v. F., publicado por Ludwig Feuerbach, 2ª edição, 1853. O retrato, pintado pelo diretor de galeria Seel em Stuttgart, posteriormente em Munique, foi gentilmente cedido ao autor em Munique pelo neto de Feuerbach, médico-capitão Dr. Feuerbach.

no da poesia, e com toda razão a oposiçãõ Savigny-Feuerbach foi atribuída à mesma fonte da oposiçãõ Goethe-Schiller, elucidoando até às particularidades estilísticas o parentesco entre Feuerbach e Schiller. Savigny e Goethe: lá o *pathos* da antítese, que costuma nascer do sentimento da antinomia entre a realidade e o ideal, aqui a harmonia repousada daqueles homens que buscam de forma monística a razão das coisas, e a encontram; o estilo de Feuerbach e Schiller iguala-se à ponte que se ergue em vãos ousados de pilar em pilar; a dicçãõ de Savigny e Goethe se compara à tranqüila majestade da corrente que passa por baixo. Ali tiãs, aqui habitantes do Olimpo. É com nostalgia que hoje voltamos nossos olhos para uma época cujos doutores em direito podiam ser comparados dessa forma a seus poetas, uma época na qual a ciência do direito ainda participava dos movimentos mais sutis do pensamento. Exatamente por isso os dois homens que se encontram no limiar da moderna ciência do direito são chamados a saudar o neófito, no limiar desta nossa introduçãõ à ciência do direito.