

POSITIVISMO JURÍDICO NO SÉCULO XIX: RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL DO *ANCIEN RÉGIME* À MODERNIDADE¹

José Renato Gaziero Cella²

www.cella.com.br

Sumário: Introdução. 1. As Relações entre Direito e Moral nos Pensamentos de Kant e Kelsen. 2. Predomínio da Moral sobre o Direito. 2.1 O Pensamento Escolástico Medieval. 2.2 O Jusracionalismo. 3. Predomínio do Direito sobre a Moral. 3.1 O Contratualismo e a Soberania Estatal. 3.2 A Escola da Exegese. 3.3 A Escola Histórica Alemã e o Conceitualismo. 4. As Escolas Críticas. 4.1 A Reação Anticonceitualista e Antiformalista. 4.2 A Crítica de Marx. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

Introdução

No âmbito jurídico um dos grandes problemas existentes e que ainda persiste — que tem ocupado pensadores desde a Antigüidade — é a questão, já clássica, da justiça. O que é a justiça? Para o enfrentamento dessa questão, que impõe, no âmbito jurídico, o estudo das relações entre direito e moral, será percorrido o caminho que culminará no positivismo jurídico³ do século XX, com destaque ao seu rompimento com o jusnaturalismo racionalista que teve lugar no século XVIII e cuja consolidação se operou no século XIX.

Das várias discussões existentes quanto aos fundamentos do direito, é possível que uma das mais significativas segue sendo a das possibilidades ou não de se

¹ Trabalho redigido como requisito parcial de avaliação do Seminário Temático “Às Vésperas do Leviathan: o Nascimento do Estado Moderno Europeu”, presidido pelos Profs. Drs. ARNO DAL RI JÚNIOR e ANTÔNIO MANUEL HESPANHA.

² Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Professor de Filosofia Jurídica e Introdução ao Estudo do Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR.

³ Advirta-se que não se pode fazer nenhuma analogia entre o chamado positivismo jurídico e o positivismo filosófico, sob pena de se cair em erros grosseiros. Com efeito, segundo os ensinamentos de Norberto BOBBIO, a “expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado [século XIX] tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico — tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão direito positivo” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, p. 15). Para Miguel REALE, “diz-se Direito Positivo aquele que tem, já teve, ou está em vias de ter vigência e eficácia” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, p. 601), o que é confirmado por Tercio Sampaio FERRAZ JR., para quem “Direito positivo (...) é aquele que vale em virtude de uma decisão e que só por força de uma nova decisão pode ser revogado” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**, p. 157).

promover, pelo direito, a justiça, ou seja, a idéia do direito como instrumento⁴ (meio) para a realização do valor⁵ do justo.

Mas o que é, afinal, a justiça? Também aqui o debate se põe, sendo que talvez nenhum outro tema tenha ocupado tanto a filosofia do direito como as relações entre o direito e a moral, ou, num sentido mais amplo, as relações entre o direito como é (o direito positivo) e o direito como deveria ser segundo os postulados da moral e da justiça (o direito natural ou racional).⁶

A disputa entre essas duas concepções jurídicas, o positivismo e o jusnaturalismo, cobre vários séculos da história do direito e, apesar de amiúde ser declarada cancelada, revive em cada época sob o manto de novas fórmulas.

Com efeito, a teoria de Hans KELSEN (1881-1973) contra o direito natural parecia ter interrompido o velho debate para sempre. KELSEN, mediante uma bem sucedida demonstração da impossibilidade da existência de outras normas jurídicas externas à correspondente ordem legal, desloca o problema da justiça e do direito natural para a política, ou seja, essas questões deixariam de ser um problema jurídico.⁷

Para tanto, após enquadrar o direito natural como uma “...doutrina [que] sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da

⁴ Segundo Antônio Manuel HESPANHA, uma das características da pós-modernidade é a de ter uma postura cética em relação ao caráter instrumental do direito, haja vista que “...muitos dos autores que se alinham nesta corrente assumem uma atitude cética e desiludida quanto às virtualidades reformadoras do direito oficial ou doutrinário em relação à sociedade”, sendo essa uma perspectiva que “...conduz à crítica do ‘instrumentalismo’— ou seja, à idéia ou pretensão de que o direito pode servir para modificar a sociedade...” (HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. p. 353).

⁵ Não se está aqui tratando a justiça em sentido formal, mas sim como uma questão moral.

⁶ Veja-se por exemplo, a série de questões que Miguel REALE propõe acerca do problema da justiça: “*Por que o Direito obriga? Quais as razões pelas quais nós, que nos temos em conta de seres livres, somos obrigados a nos subordinar a leis que não foram postas por nossa inteligência e por nossa vontade? É lícito contrariar as leis injustas? Qual o problema que se põe para o juiz ou para o estadista, quando uma lei positiva se revela, de maneira impressionante, contrária aos ditames do justo? Qual o fundamento do Direito na sua universalidade? Repousa ele apenas no fundamento empírico da força? Reduz-se o Direito ao valor utilitário do êxito? Brotará a estrutura jurídica, inexoravelmente, dos processos técnicos de produção econômica, ou representa algo capaz de se contrapor, muitas vezes, às exigências cegas da técnica? Ou o Direito terá fundamento contratual?*” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, p. 308).

⁷ “O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à idéia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**, p. 91).

vontade de Deus”⁸, chegando mesmo a denunciar a relatividade⁹ dessa doutrina¹⁰, KELSEN acusa de dualismo platônico a distinção entre direito positivo e direito natural:

“ A doutrina do Direito natural é caracterizada por um dualismo fundamental entre Direito positivo e Direito natural. Acima do imperfeito Direito positivo existe um perfeito — porque absolutamente justo — Direito natural; e o Direito positivo é justificado apenas na medida em que corresponda ao Direito natural. Nesse aspecto, o dualismo entre Direito positivo e Direito natural, tão característico da doutrina do Direito natural, lembra o dualismo metafísico da realidade e a idéia platônica.”¹¹

No entanto, segundo KELSEN, ao contrário das leis da natureza que são regidas pelo princípio da causalidade (o mundo do ser), as normas jurídicas não têm seu cumprimento vinculado a determinações fatais e necessárias, vez que essas se regem pelo princípio da imputação (o mundo do dever-ser).

Sob esse prisma, se houvessem normas causais (necessárias) para determinar a conduta humana, as normas de direito positivo seriam supérfluas:

“ Caso se pudesse ter conhecimento da ordem absolutamente justa, cuja existência é postulada pela doutrina do Direito natural, o Direito positivo seria

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, p. 12.

⁹ Norberto BOBBIO, por exemplo, define o direito natural como sendo a doutrina que “...considera poder estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido”, questionando logo em seguida as possibilidades dessa pretensão: “Mas, tem base essa pretensão? A julgar pelos desacordos entre os diferentes seguidores do direito natural sobre o que se deve considerar justo ou injusto, a julgar pelo fato de que o que era considerado natural para alguns não o era para outros, dever-se-ia responder que não” (BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**, p. 28). Clássica é a definição de Cícero para o direito natural, para quem: “Existe uma *lei verdadeira*, que é a *reta razão*, que concorda com a natureza, *difusa em todos*, imutável e eterna; que nos reclama imperiosamente o cumprimento dos nossos deveres e que nos proíbe a fraude e nos afasta dela; cujos preceitos e proibições o homem bom (*honestus*) acatará sempre, enquanto que os perversos lhe serão surdos. Qualquer correção a esta lei será sacrílega, não sendo permitido revogar alguma das suas partes; não podemos ser dispensados dela nem pelo Senado nem pelo povo; *não é necessário encontrar um Sextus Aelius para a interpretar*; esta lei não é uma em Atenas e outra em Roma; mas é a única e mesma lei, imutável, eterna e que abrange em todos os tempos todas as nações. *Um Deus único, senhor e imperador de todas as coisas*, por si só, imaginou-a, deliberou-a e promulgou-a [...]” (citado por HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 210, nota n. 347).

¹⁰ “Declarar a propriedade como um direito natural, porque é o único que corresponde à natureza, é uma tentativa de tornar absoluto um princípio especial que, historicamente, em certo tempo e sob certas condições políticas e econômicas, tornou-se Direito positivo.

... Por esse método sempre é possível sustentar e, pelo menos em aparência, provar postulados opostos. Se os princípios do Direito natural são apresentados para aprovar ou desaprovar uma ordem jurídica positiva, em qualquer dos casos, sua validade repousa em julgamentos de valor que não possuem qualquer objetividade. Uma análise crítica sempre demonstra que eles são apenas a expressão de certos interesses de grupo ou classe. Dessa maneira, a doutrina do Direito natural é às vezes conservadora, às vezes reformista ou revolucionária em caráter. Ela ou justifica o Direito positivo proclamando sua concordância com a ordem natural, racional ou divina, uma concordância afirmada, mas não provada; ou põe em questão a validade do Direito positivo sustentando que ele se encontra em contradição com algum dos pressupostos absolutos. A doutrina revolucionária do Direito natural, assim como a conservadora, preocupa-se não com a cognição do Direito positivo, da realidade jurídica, mas com sua defesa ou ataque, com uma tarefa política, não científica” (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, p. 16-17).

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, p. 17.

supérfluo, ou melhor, desprovido de sentido. Confrontada com a existência de uma ordenação justa da sociedade, inteligível em termos de natureza, razão ou vontade divina, a atividade dos legisladores equivaleria a uma tola tentativa de criar iluminação artificial em pleno sol.”¹²

A separação entre direito e moral decorrente da relatividade desta última é um traço característico do positivismo jurídico lapidado no século XX. Gustav RADBRUCH, que chegou a ser um dos mais ferrenhos defensores do positivismo jurídico durante a década de 1930¹³, dava clara preferência ao direito em caso de conflito com a justiça, “...pois é mais importante a existência da ordem jurídica que a sua justiça, já que a justiça é a segunda grande missão do direito, sendo a primeira, a segurança jurídica, a paz”.¹⁴

¹² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, p. 18-19. KELSEN deu tanta importância ao problema da justiça que, além de inúmeros artigos, escreveu várias obras sobre o assunto, tais como *A Ilusão da Justiça*, *O que é Justiça*, *O Problema da Justiça* (na edição italiana dessa obra há um excelente ensaio de Mário LOSANO em que são descritas as principais críticas formuladas contra a Teoria Pura do Direito de KELSEN), além de um estudo que foi publicado como apêndice à 2ª edição (1960) alemã da *Teoria Pura do Direito* (*Reine Rechtslehre*) publicado em separado, na língua portuguesa, com o título *A Justiça e o Direito Natural*.

¹³ Depois da 2ª Guerra Mundial, diante das consequências funestas que a idéia de primazia da lei sobre a moral acarretou, RADBRUCH se converte à doutrina do direito natural, conforme salientado por Norberto BOBBIO: “Uma formulação recente e exemplar dessa doutrina é oferecida por GUSTAV RADBRUCH na seguinte passagem: ‘Quando uma lei nega conscientemente a vontade de justiça, por exemplo, quando concede arbitrariamente ou rechaça os direitos do homem, adoece de validez (...) os juristas também devem levar em conta o valor para negar-lhe o caráter jurídico’, e em outra parte: ‘Podem dar-se leis de conteúdo tão injusto e prejudicial que se faça necessário negar-lhes seu caráter jurídico (...) posto que há princípios jurídicos fundamentais que são mais fortes que qualquer normatividade jurídica até o ponto que uma lei que os contradiga venha a carecer de validez’; e mais ainda, ‘quando a justiça não é aplicada, quando a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é conscientemente negada pelas normas do direito positivo, a lei não somente é direito injusto mas sim, em geral, carece de juridicidade’ (*Rechtsphilosophie*, 4ª ed., 1950, págs. 336-353)” (BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 27-28).

¹⁴ RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la ciencia del derecho**, p. 34. Vale dizer que nesse período RADBRUCH via no relativismo a razão mesma de ser do direito, conforme se depreende das seguintes passagens da sua obra que talvez mais influências tenha causado nos juristas, a qual, aliás, tem vários pontos convergentes com o pensamento de KELSEN: “O relativismo não é um simples e puro agnosticismo, é algo mais: uma fonte fecunda de conhecimento objetivo. Sobretudo, é o relativismo a única base possível para a força vinculante do direito positivo. Se existir um direito natural, uma verdade jurídica unívoca, reconhecível e comprovável, não seria possível ver de nenhuma maneira a razão da força vinculante do direito positivo, que apareceria em contradição com essa verdade absoluta. Deveria então desaparecer como o erro desmascarado ante à verdade desvelada. A força obrigatória do direito positivo somente pode fundar-se precisamente no fato de que o direito justo não é nem reconhecível nem demonstrável. Porque um juízo sobre a verdade ou falsidade das diferentes convicções jurídicas é impossível; posto que, de outra parte, se se requer um direito único para todos os sujeitos de direito, o legislador se vê desafiado à necessidade de cortar em um golpe o nó górdio que a ciência não consegue desatar. Posto que é impossível verificar o que é justo, deve-se estabelecer o que deve ser jurídico. Em vez de um ato de verdade, que é impossível, é necessário um ato de autoridade. O relativismo desemboca no positivismo.

...a decisão do legislador não é um ato de verdade, mas sim um ato de vontade, de autoridade. Este pode conferir a uma determinada opinião força obrigatória, porém nunca força convincente. (...) O relativismo desemboca no liberalismo.

(...)

O relativismo é a tolerância geral. Somente não é tolerância frente à intolerância” (RADBRUCH,

No entanto, a barbárie do nacional-socialismo, feita em nome da lei, levou a um sério questionamento da tese positivista por ocasião do restabelecimento da ordem democrática e do *Estado de Direito* em face da derrocada do fascismo.¹⁵

A idéia Kelseniana de que toda a norma legal é direito, sem consideração de seu conteúdo¹⁶, foi duramente combatida no pós-guerra, tendo sido atacada como responsável pela legitimação dos regimes autoritários que tiveram lugar em várias nações durante o século XX.

Essa circunstância trouxe novamente à tona aquilo que a teoria de KELSEN tinha posto em estado de latência¹⁷: as relações entre direito e moral, e o comprometimento deste com a realização da justiça.

Gustav. **Relativismo y derecho**, p. 3-8).

¹⁵ Com relação a essa reação contra as teses positivistas, ver a seguinte obra de François RIGAUX, em que o autor trata dos mais variados problemas de interpretação e aplicação das leis típicos do século XX: RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução de Edmir Missio, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁶ Para KELSEN a única possibilidade de se falar objetivamente em justiça seria equiparando justiça a legalidade: “Nesse sentido, a ‘justiça’ significa legalidade”, retirando-se a partir daí a regra formal da justiça, segundo a qual é “‘justo’ que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. É ‘injusto’ que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar. E isso parece ‘injusto’ sem levar em conta o valor da regra geral em si, sendo a aplicação desta o ponto em questão aqui. A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação” (KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, p. 20). Veja-se que o que se denomina igualdade na lei não significa outra coisa senão a aplicação da lei em conformidade consigo mesma, quer dizer, “...aplicação correta, qualquer que seja o conteúdo dessa lei. A igualdade na lei não é, pois, igualdade, senão conformidade à norma” (ABELLÁN, Marina Gascón. **La técnica del precedente y la argumentación racional**, p. 57). Essa interpretação do pensamento de KELSEN também é dada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “Com efeito, Kelsen bem demonstrou que a igualdade *perante* a lei não possuiria significação peculiar alguma. O sentido relevante do princípio isonômico está na obrigação da igualdade *na* própria lei, vale dizer, entendida como limite para a lei. Por isso averbou o que segue: ‘Colocar (o problema) da igualdade *perante* a lei, é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral; princípio que é imanente a toda ordem jurídica e o princípio da legalidade da aplicação das leis, que é imanente a todas as leis — em outros termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas.’ (*Teoria Pura do Direito*, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962, p.190)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, nota 2, p. 10).

¹⁷ Não se pode afirmar, no entanto, que essas preocupações haviam se extinguido durante a primeira metade do século XX. No Brasil, por exemplo, mesmo na época de maior esplendor da teoria pura do direito, Miguel REALE não admitia o que chamou de divórcio entre direito e justiça: “...não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o *fato*, rumo a determinado *valor*. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro *Fundamentos do Direito* eu comeci a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente *valor*, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor” (REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, p. 118-119).

A saída daquele estado de latência provoca uma efervescência no debate jurídico¹⁸, dando fôlego ao ressurgimento de algumas formas de jusnaturalismo¹⁹, exigindo a reformulação de alguns conceitos por aqueles que se mantiveram no positivismo²⁰, permitindo, enfim, o surgimento de novas propostas²¹ que têm demonstrado, mais do que nunca, a importância do debate filosófico na atualidade, debate esse que não é e não pode ser negligenciado, mas que está comprometido a encontrar soluções — ou pelo menos a

¹⁸ “O vigor antilegalista das décadas que se seguiram à II Grande Guerra não é uma simples consequência de movimentos de natureza filosófica no domínio do direito. O trágico contexto político (ou mesmo civilizacional) dos totalitarismos contemporâneos e do cotejo de catástrofes por eles causados — ditaduras ferozes, genocídios, guerras — teve um enorme impacto sobre a consciência jurídica e obrigou a repensar a função do direito como garante de valores civilizacionais.

Uma coisa ficou clara. O formalismo..., com o relativismo axiológico que lhe andava ligado..., não armava suficientemente os juristas para, enquanto juristas, se oporem a projetos políticos e jurídicos que negassem os valores fundamentais da cultura européia. A demonstração disto vinha da observação da realidade alemã, no período de entre guerras. A constituição e a cultura jurídica da república de Weimar eram filhas da ética formalista e axiologicamente neutral do kantismo e da pandectística. A legitimidade do direito (e do poder) fundava-se exclusivamente no fato de ser estabelecido de acordo com os processos constitucionalmente prescritos. Os seus valores de referência eram desprovidos de conteúdo (uma ética, um sistema de valores, uma crença religiosa, um sistema filosófico, uma visão de mundo) e apontavam apenas para a necessidade de observar uma forma (constitucionalidade orgânica e formal). O nacional-socialismo subiu ao poder respeitando basicamente essa forma e, uma vez no poder, instaurou uma nova forma que, por sua vez, legitimava a sua ação política. (...).

No fim da Guerra, gerou-se, portanto, um movimento espontâneo de refundamentação do direito em valores suprapositivos, indisponíveis para o legislador. Os grandes julgamentos dos criminosos de guerra (de Nuremberg e de Tóquio) já pressupunham a existência de um direito suprapositivo, em face do qual se pudessem ser considerados, como criminosas, ações permitidas pelas ordens jurídicas à sombra das quais tais ações tinham sido praticadas” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 333-334).

¹⁹ Como, por exemplo, a nova postura de RADBRUCH, anteriormente citada; ou a retomada do pensamento patristico segundo o qual uma lei injusta não é lei: “*non videtur esse lex quae non fuerit*” — Santo AGOSTINHO I, *De Libero Arbitrio*, 5; Santo TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologica*, Qual, XCX, ARTS. 2, 4, citados por HART, Herbert. **O conceito de direito**, p. 12, nota n. 1), cuja aplicação se faz sentir, por exemplo, em algumas teorias de uso alternativo do direito. Ainda quanto a esse *renascimento* do direito natural, vale mencionar a seguinte constatação de Alf ROSS: “...não é de se surpreender que o direito natural tenha voltado a prosperar em princípios do século XX e que tenha, desde então, se expandido em tal medida que é comum falar-se de um *renascimento do direito natural*. Os abalos tremendos da política e da economia que caracterizam este século [século XX] têm fomentado a ânsia de descobrir algo absoluto num mundo em dissolução e mergulhado no caos” (ROSS, Alf. **Direito e justiça**, p. 296).

²⁰ Norberto BOBBIO e Herbert HART são bons exemplos de autores que podem aqui ser enquadrados. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem em que BOBBIO admite ao intérprete a possibilidade de considerar o valor do justo, em alguns casos, quando da aplicação da norma: “A jurisprudência, por outro lado, enquanto coloca como objeto próprio proposições normativas já dadas (resultado delas mesmas de um estudo empírico precedente que o jurista deve respeitar até o limite do absurdo manifesto ou da injustiça escandalosa), consta exclusivamente da parte crítica própria de todo sistema científico, quer dizer, da construção de uma linguagem rigorosa com fins de plena comunicabilidade das experiências fixadas de antemão” (BOBBIO, Norberto. **El objeto de la jurisprudencia y la jurisprudencia como análisis del lenguaje**. In: *Contribución a la Teoría del Derecho*, p. 181-184).

²¹ Como, por exemplo, o que se tem denominado por alguns como o pós-positivismo de DWORKIN; o agir comunicativo de HABERMAS; a nova retórica de PERELMAN.

questionar com a radicalidade própria da filosofia os modelos jurídicos postos — para que o direito possa se aproximar da justiça.

Nesse sentido, para que se possa situar melhor na compreensão desse problema, é imprescindível a análise do contexto histórico em que a tentativa de separação entre direito e moral desabrochou, sendo esse o objeto central do presente artigo.

1. As Relações entre Direito e Moral nos Pensamentos de Kant e Kelsen

Na introdução foi mencionada a tentativa frustrada de separação entre direito e moral. A opção pela ênfase na teoria de KELSEN — em vez de seguir uma ordem cronológica das várias teorias que serão mencionadas — está longe de ser casual.

A opção se deve ao fato de se considerar a teoria de KELSEN como sendo um marco (um ponto obrigatório de referência) no pensamento jurídico ocidental, para onde convergem tanto os jusnaturalismos quanto os *positivismos* que o precederam e de onde partem as novas propostas, pois ainda que estas lhe sejam totalmente opostas, o pensamento legalista kelseniano²² não pode ser, e nem tem sido, negligenciado.

²² KELSEN defendia, em sua *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*, um “...ideal de ‘purificação’ do método jurídico” que deveria ser “levado às últimas conseqüências...”. Com efeito, “Kelsen considerou o direito como um especial sistema de normas, cujo fundamento não estava noutros sistemas normativos, como a religião ou a moral; mas também não estava na ordem dos fatos (por exemplo, numa política, na utilidade). Ou seja, uma norma jurídica não teria vigência por ser moral ou útil, mas porque e apenas porque é uma norma jurídica, *i.e.*, conforme ao direito. Ser conforme ao direito é, afinal, ser obrigatória em virtude do comando de uma norma superior. Daí que o direito constitua uma pirâmide normativa (*Stufentheorie*), no topo da qual se encontra a Constituição. Mas como a própria Constituição carece de um fundamento jurídico, a construção teórica de Kelsen obriga a pressupor uma ‘norma fundamental’ (*Grundnorm*), que valida a Constituição, e cujo conteúdo poderia ser assim formulado — ‘Toda a norma jurídica legítima (*i.e.*, estabelecida de acordo com o direito) deve ser observada’. Uma norma destas é auto-referencial, ou seja, aplica-se a si mesma; e, com isto, legitima-se a si própria e a todas as outras.

A teoria pura do direito teve a virtude de, num período de intenso debate político-ideológico (os anos ’30 e ’50 do século XX), ter sublinhado a autonomia do saber jurídico e a sua relativa indisponibilidade em relação aos projetos de poder. Nessa medida, culminou (sic) as preocupações da pandectística em estabelecer que nem tudo quanto é querido pelo poder, útil ao povo ou a uma classe, ou funcional em relação a um objetivo social, é automaticamente aceite como justo (*i.e.*, conforme ao direito). A jurisdição parece decorrer de valores internos ao discurso do direito, valores que a vontade política ou a utilidade social não podem substituir.

Neste sentido, embora se possa acusar a teoria pura do direito de aceitar como direito tudo o que provém da vontade do Estado, o certo é que o seu sentido mais profundo é o de constituir um manifesto contra os totalitarismos políticos do seu tempo, que, num sentido ou noutro, procuravam funcionalizar o direito em relação às conveniências do poder, legitimando-o a partir de considerações políticas, como o domínio de classe (stalinismo) ou as necessidades vitais de uma raça (nacional-socialismo). Há quem pense que este manifesto ainda é útil contra outro tipo de funcionalizações do direito, nomeadamente, a tendência de justificar como justas as medidas — formal ou informalmente corretas — de um poder legitimado pelo voto, ou as medidas dirigidas à consecução de finalidades de desenvolvimento social ou econômico” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 309-310).

Do ponto de vista kelseniano, direito e moral pertencem a dois sistemas normativos distintos, separação essa que já está presente na obra de Immanuel KANT.

Com efeito, para KANT (1724-1804) a legalidade se constitui pela simples conformidade da ação com a legislação externa. É dentro dessa definição de legalidade que se fundamenta o direito. Este se refere ao mundo dos deveres externos, impostos por uma legislação jurídica, em que não se exige que a idéia interna do dever (moral) seja o motivo determinante da vontade.

O direito considera as relações externas de uma pessoa no que diz respeito aos efeitos que venham a causar no mundo exterior (jurídico). É o conjunto de condições nas quais a vontade de um concorda com a de outro segundo uma lei de liberdade.

Daí se extrai o *princípio geral de direito*, a saber: “Aja de tal modo que o livre exercício do teu arbítrio possa estar em conformidade com a liberdade de todos segundo uma lei universal”.²³ Então, toda ação que não é um obstáculo ao acordo do arbítrio de todos com a liberdade de todos segundo uma lei universal é considerada justa.

Assim, o direito surge como “...o conjunto das condições através das quais o arbítrio de um pode concordar com o arbítrio de outrem, segundo uma lei universal de liberdade”, em que é “...considerada justa toda a ação que por si (...) não é um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”.²⁴

A coerção é uma característica inseparável do direito, devendo eliminar a resistência e o obstáculo opostos à liberdade de todos. Por isso a coerção é necessária, pois estabelece o acordo das liberdades segundo a lei universal.

Enquanto a moral é uma *coação* interna ao indivíduo (a moral é autônoma), o direito se encontra na legalidade exterior das ações com a força coativa da lei (o direito é heterônomo). Trata-se da regulamentação coativa das liberdades externas a fim de assegurar a ordem social, sem qualquer intenção moral, pois o direito deve estar separado dela (que diz respeito aos deveres internos). O *direito puro* se obtém do mundo exterior, assim como a *moral pura* se obtém do foro íntimo:

“ Numa acepção puramente kantiana, a heteronomia só pode ser determinada pela oposição à noção de autonomia, qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma. A vontade jurídica é heterônoma porque busca a lei que deve determiná-la

²³ KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**, p. 72.

²⁴ ZANNONI, Eduardo A. **Crisis de la razón jurídica**, p. 32-33.

num outro lugar: na vontade anônima dos costumes ou na vontade institucionalizada dos órgãos estatais. No âmbito legal obedecemos a regras que foram postas por outros ou pela sociedade, ou seja, não é pelo conteúdo que o Direito se distingue da moral, mas pela maneira de se tornar obrigatório. É pela diversidade da legislação que une um e outro impulso à lei, que determinamos se estamos no âmbito da legalidade ou da moralidade.

O Direito como liberdade externa gera a responsabilidade frente aos outros, que podem exigir de nós o cumprimento das obrigações.”²⁵

Como consequência dessa concepção de direito puro brotará o positivismo jurídico em sua forma moderna, que é uma convenção de direito fundada na força e não na consciência ética.

O direito pode ser subdividido em direito natural e direito positivo (adquirido), donde o primeiro é inato a cada indivíduo e o segundo provém da vontade do legislador. Para KANT o único direito natural é a liberdade, que tem seus limites até o ponto de interferir na liberdade dos outros (deve-se entender a liberdade como gênero que engloba a igualdade, a livre expressão das idéias, etc.).²⁶

Há no pensamento de KANT uma forte relação com o pensamento de ROUSSEAU no que diz respeito à *teoria do contrato social*.

O direito é entendido como o conjunto de leis fornecido a um povo, exigida, para tanto, uma promulgação para que se produza um estado jurídico. Essa promulgação nasce do seguinte postulado: Tu deves sair do estado de natureza para, juntamente com todos os outros e dentro de relações de coexistência necessária, entrar em um estado de direito, quer dizer, numa justiça distributiva (com efeito *erga omnes*).

O homem deve sair do estado de natureza (em que reina a violência) a fim de constituir o estado civil, ou seja, o estado de direito em que todos os homens abdicam de parte de suas liberdades para se submeterem a uma imposição exterior publicamente decretada. É nesse contexto que nasce a sociedade civil, formalmente constituída em um *Estado de Direito*.

²⁵ BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. **O significado perdido da função de julgar**, p. 31-32.

²⁶ “A influência das doutrinas ética e jurídica de Kant sobre a ‘teoria da vontade’ (*Willetheorie*) foi muito importante e contribuiu para o seu definitivo estabelecimento na dogmática civilista. Kant realçou, de fato, a autonomia da vontade e o seu papel criador de valores universais, ao mesmo tempo que fez da vontade (ou da liberdade) o esteio da personalidade moral. O direito consistia na forma da relação entre os arbítrios das pessoas, da relação entre dois arbítrios que, exteriorizando-se se encontram: a ação justa (ou jurídica) seria, então, a que, segundo uma lei universal, coexistisse com o livre-arbítrio de cada um” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 221).

Assim como ROUSSEAU (1712-1778), KANT aceita a constituição da sociedade civil como o contrato primitivo segundo o qual todos cedem sua liberdade exterior para a recobrar novamente como membros de uma república. “A simples consciência das vantagens que o estado acarreta estimula o ato de renúncia da liberdade selvagem: o que se perde é logo compensado pela aquisição da liberdade civil.”²⁷

A partir desses pressupostos, KANT aceita a distinção tripartida do poder elaborada por MONTESQUIEU (1689-1755); porém, uma vez constituído o poder soberano em sua tríplice forma, este deve ser irrepreensível, irresistível e sem apelação. O povo deve obedecer sempre o poder estabelecido, não podendo julgar ou contestar sua validade qualquer que seja a sua origem (não revogando o seu mandato e nem resistindo ativamente). Qualquer mudança na constituição pública, se necessária, deve ser realizada pelo soberano e não pelo povo^{28 29}.

²⁷ GIANNOTTI, José Arthur. **Kant e o espaço da história universal**, p. 125.

²⁸ Antônio Manuel HESPANHA vê nesse pensamento uma consequência direta do pensamento nominalista (sobre o nominalismo, ver nota abaixo) da escolástica franciscana quatrocentista (Duns Scott, 1266-1308; Guilherme d’Ockham, 1300-c.1350), cujo paradigma individualista, de inspiração no pensamento de Santo Agostinho, teria aberto o caminho para o pensamento político moderno; visto que, a partir desse paradigma, “para se completar a revolução intelectual da teoria política moderna só faltava desligar a sociedade de qualquer realidade metafísica, laicizando a teoria social e libertando o indivíduo de quaisquer limitações transcendentais”, de maneira que, a partir daí, essa “...laicização da teoria social e a colocação no seu centro do indivíduo geral, igual, livre e sujeito a impulsos naturais, tem consequências centrais para a compreensão do poder”, de tal modo que, a partir desse momento, o poder “...não pode mais ser tido como fundado numa ordem objetiva das coisas; vai ser concebido como fundado numa *vontade*. Numa ou noutra de duas perspectivas. Ou na vontade soberana de Deus, manifestada na Terra, também soberanamente, pelo seu lugar-tenente — o príncipe (providencialismo, direito divino dos reis). Ou pela vontade dos homens que, levados ou pelos perigos e insegurança da sociedade natural, ou pelo desejo de maximizar a felicidade e o bem-estar, instituem, por um acordo de vontades, por um *pacto*, a sociedade civil (contratualismo). A vontade (e não um equilíbrio — *ratio* — preestabelecido) é, também, da origem do direito. Guilherme d’Ockham descrevera-o, ou como o que Deus estabeleceu nas Escrituras, ou como o que decorre racionalmente de algum pacto. E, laicizada a teoria jurídica, Rousseau ...definirá a lei como ‘uma declaração pública e solene da vontade geral’; a ponto de que “...perante este voluntarismo [cederem] todas as limitações decorrentes de uma ordem superior à vontade (ordem natural ou sobrenatural). A constituição e o direito tornam-se disponíveis e a sua legitimidade não pode ser questionada em nome de algum critério normativo de mais alta hierarquia. Daqui se extrai (na perspectiva providencialista) que Deus pode enviar tiranos para governar os homens (pecadores, duros), aos quais estes devem, apesar de tudo obedecer. Extrai-se também que as leis fundamentais, como todos os pactos, são disponíveis, *i.e.*, factíveis e alteráveis pelos homens, num dado momento histórico. E, finalmente, que todo o direito positivo, bem como todas as convenções, enquanto produto direto ou indireto de pactos, são justos (positivismo jurídico)” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 85-87).

²⁹ Uma das grandes disputas do pensamento medieval se deu entre os realistas e os nominalistas no que se refere à questão dos universais, que se traduzem em noções genéricas, idéias, entidades abstratas. Segundo os realistas, os universais têm existência real, que é, além disso, prévia e anterior à das coisas, ou seja, *universalia ante rem*. Se assim não fosse, argumentam os realistas, seria impossível entender qualquer das coisas particulares, haja vista que as coisas estão fundadas metafisicamente nos universais. Os nominalistas, ao contrário, afirmam que os universais não são reais, posto que estão depois das coisas: *universalia post rem*. Pode-se dizer que se trata de abstrações totais da inteligência (cf. FERRATER MORA, José. *In: Dicionário de Filosofia*, T. IV, p. 2.949-

É justamente nesse ponto que KANT se afasta do liberalismo político rousseauiano, ou seja, negando a rebelião do povo contra o soberano e condenando as revoluções inglesa e francesa (que processaram e executaram seus soberanos, respectivamente). Deve existir uma obediência incondicional às leis do Estado.

2. Predomínio da Moral sobre o Direito

2.1 O Pensamento Escolástico Medieval

A ótica normativa que afirma que direito e moral são sistemas distintos, a exemplo do pensamento kantiano acima mencionado, permite o enquadramento das mais variadas teorias jurídicas nas três seguintes posições: a) predomínio da moral sobre o direito³⁰; b) prevalência do direito sobre a moral³¹; e c) tentativas de buscar um suporte ao direito, por fora do próprio ordenamento jurídico, sem ter que recorrer ao direito natural.³²

A concepção de PERELMAN divide as várias escolas jurídicas, enquadrando-as em períodos distintos, de forma semelhante à divisão acima:

2.952). Aqui se dá a querela entre as teologias inspiradas em Santo Agostinho (nominalista) e Santo Tomás de Aquino (realista), sendo que o nominalismo (na vertente franciscana, antes referida) “...se põe em dúvida se não é legítimo, na compreensão da sociedade, partir do indivíduo e não dos grupos. Na verdade, passou a entender-se que aqueles atributos (‘universais’) que se predicam dos indivíduos (ser *pater familias*, ser escolar, ser plebeu) e que descrevem as relações sociais em que estão integrados não são qualidades incorporadas na sua essência, não são ‘coisas’ sem a consideração das quais a sua natureza não pudesse ser apreendida — como queriam os ‘realistas’. Sendo antes meros ‘nomes’, externos à essência, e que, portanto, podem ser deixados de lado na consideração desta. Se o fizermos, obtemos uma série de indivíduos ‘nus’, incharacterísticos, intermutáveis, abstratos, ‘gerais’, iguais. Verdadeiros átomos de uma *sociedade* que, esquecidas as tais ‘qualidades’ agora tornadas descartáveis, podia também ser esquecida pela teoria social e política. Esquecida a sociedade, *i.e.*, o conjunto de vínculos individuais, o que ficava era o indivíduo, solto, isolado, despedido dos seus atributos sociais.

Estava quase criado, por esta discussão aparentemente tão abstrata, um modelo intelectual que iria presidir a toda a reflexão social durante, pelo menos, os dois últimos séculos — o indivíduo, abstrato e igual. Ao mesmo tempo que desapareciam do prosaetório as *peçoas concretas*, ligadas essencialmente umas às outras por vínculos naturais; e, com elas, desapareciam os grupos e a sociedade” (HESPANHA, Antônio Manuel. *Obra citada*, p. 85). Ainda segundo Antônio Manuel HESPANHA, “...os nominalistas deixaram também de crer na existência de qualquer vínculo entre *vontade e razão*. Uma vez que existia, no plano epistemológico, uma radical diferença entre a realidade objetiva e a sua representação mental..., o mundo objetivo não tinha qualquer poder de conformação sobre o mundo mental. E, assim, não existia nenhum *apetite* natural pelo bem, nenhuma direção da vontade pela razão, como queria S. Tomás” (idem, p. 86, nota n. 122).

³⁰ Aqui podem ser inseridas as várias doutrinas de direito natural.

³¹ Aqui se enquadra o positivismo jurídico e seus desdobramentos, que acabaram por culminar no normativismo jurídico de Hans KELSEN.

³² Aqui têm sido enquadradas teorias como as de DWORKIN, HABERMAS, PERELMAN, RAWLS e VIEHWEG, se bem que o pensamento de DWORKIN pretende, em verdade, a busca de uma moral dentro, ou seja, imanente ao sistema, aspecto que o aproxima mais do positivismo.

“ Podemos distinguir, a este respeito, três grandes períodos, o da escola da exegese, que termina por volta de 1880, o segundo o da escola funcional e sociológica, que vai até 1945, e o terceiro, que, influenciado pelos excessos do regime nacional-socialista e pelo processo de Nuremberg, se caracteriza por uma concepção utópica do raciocínio judiciário.”³³

O ponto de vista de PERELMAN, na síntese acima, não enquadra o pensamento que defende o predomínio da moral sobre o direito, em que podem ser incluídas várias doutrinas de direito natural.

Outro prisma de pensamento é trazido por Antônio Manuel HESPANHA, para quem as doutrinas filosóficas do direito têm oscilado entre o *voluntarismo* e o *racionalismo*, sendo possível enquadrar cada uma delas em uma dessas vertentes:

“ A origem do direito, a natureza do justo, sempre constituíram, em todas as épocas e em todas as sociedades, questões em aberto; para lhes dar resposta têm-se elaborado mitos e doutrinas filosóficas de muitos matizes. Fundamentalmente, as posições têm oscilado entre o *voluntarismo* e o *racionalismo*.

Para o voluntarismo, o direito é o produto de uma vontade — a vontade divina, a vontade do legislador ou do príncipe, a vontade geral — cujo conteúdo é, em princípio, arbitrário. Daí que o jurista apenas tenha uma forma de descobrir o que é justo — interpretar, da forma mais humilde possível, a vontade da entidade que *quis* o direito. Este torna-se, assim, num dado indisponível a que o intérprete apenas tem que obedecer.

Para o racionalismo, pelo contrário, o direito constitui uma ordem preestabelecida — inscrita na natureza humana e na natureza das coisas — à qual se pode aceder mediante um uso adequado da razão.

Os efeitos de uma e de outra atitude são opostos.

Nas épocas em que predominam concepções do primeiro tipo, parece haver uma pequena margem para se exercitar uma atividade doutrinária autônoma sobre o direito. Pois esta consiste numa *via ratiocinante* de acesso ao ‘justo’ (à solução justa ou jurídica dos problemas), via esta que o voluntarismo começa por negar. Toda a *ars inveniendi* (*i.e.*, a técnica de encontrar a solução jurídica) se reduzirá, portanto, a interpretar, de forma mais ou menos subserviente, as fontes de direito sem qualquer intuito de criação jurídica autônoma. A atitude do voluntarismo não é, de modo algum, *pensar* o direito mas, em vez disso, *obedecer* ao direito.

Já nas épocas em que domina uma concepção racionalista do direito, se propõe uma técnica, mais ou menos rigorosa, de encontrar racionalmente o justo. Como agora se acredita que o direito pode ser encontrado raciocinando, toda a preocupação dos juristas é fixar o caminho, o curso, que a razão terá que percorrer (discurso) para encontrar a solução jurídica. E vai surgir, assim, uma intensa atividade metodológica tendente a descobrir as corretas regras do pensamento jurídico.

Mas, por outro lado, a questão tem uma outra face, documentada pela história. Esta demonstra, efetivamente, que algumas das grandes épocas da dogmática jurídica (*i.e.*, aquelas de que datam a maior parte dos instrumentos lógicos, dialéticos e conceituais ainda hoje usados) são aquelas em que domina uma concepção voluntarista e positivista do direito, aquelas em que as normas jurídicas *postas* eram dotadas de um prestígio excepcional que impedia, inclusivamente, a sua derrogação. Como, nem sempre a solução normativa estabelecida autoritariamente

³³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, p.29.

correspondia às necessidades normativas vigentes no momento da sua aplicação e dada a impossibilidade de afastar, sem mais, a norma indesejada, nada resta à doutrina senão modificar o conteúdo desta norma através de uma interpretação sutil, levada a cabo mediante a utilização de complexos instrumentos lógico-conceituais. Por meio deste arsenal de instrumentos intelectuais o que se está é a alterar a norma indesejada, simulando que apenas se está a levar a cabo a sua interpretação.

Concluindo. O nascimento da dogmática jurídica liga-se tanto a uma crença teórica no poder da razão como a uma necessidade prática de usar a razão, para atualizar, sub-repticiamente, normas consideradas inderrogáveis.”³⁴

Tanto o ponto de vista de PERELMAN quanto a ótica de HESPANHA não se contrapõem à subdivisão proposta no início desse tópico, antes a complementam, de maneira que interessa, agora, situar historicamente algumas das doutrinas que podem ser enquadradas na concepção de prevalência da moral sobre o direito, já que foi justamente da ruptura com elas e a conseqüente centralização do direito nas mãos de um poder soberano que fez do uso da força e do poder de legislar o seu monopólio, que levou ao surgimento do positivismo jurídico contemporâneo.

A prevalência da moral sobre o direito só é possível em sociedades que comungam (ou pensam comungar impondo essa comunhão) de ideais comuns sobre moral e direito, como por exemplo a ordem da Idade Média, que era unificada pela concepção religiosa cristã da vida. Trata-se aqui da tradição escolástica do jusnaturalismo, que tem na tradições patrística de SANTO AGOSTINHO³⁵ (354-430) e escolástica de Santo TOMÁS DE AQUINO³⁶ (1225-1274) seus principais formuladores.

³⁴ HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. p. 162-163. Na continuidade, o autor trata especificamente das características do pensamento medieval relativamente às nominadas vertentes *voluntarista* e *racionalista*: “...É isto mesmo que podemos verificar na formação do saber jurídico medieval: se, por um lado, a podemos ligar à ‘libertação da razão’ conseqüente à revolução escolástica, não parece menos correto relacioná-la com a atitude respeitosa dos juristas perante os textos da tradição jurídica, o que os obrigava a uma atividade que, sendo profundamente inovadora, se desenvolva sob a capa de uma mera interpretação, só possível, no entanto, com o desenvolvimento de um imponente instrumental lógico-dogmático.

Sintetizando as duas posições, podemos dizer que convergem na produção do ambiente favorável à constituição da doutrina jurídica medieval dois tipos de fatores: (i) fatores ‘filosóficos’, que contribuem para a crença do poder da razão, e (ii) fatores ligados ao modo de ser do sistema das fontes de direito, que cria aos juristas a necessidade de se servirem da razão. Para além destes, são ainda relevantes (iii) fatores ‘institucionais’, os quais vêm constituir o ambiente institucional favorável ao exercício e ao desenvolvimento da ‘razão jurídica’” (idem, p. 163).

³⁵ “Toda a Alta Idade Média até o advento da escolástica aceitou, sem grandes desacordos, a síntese teológica e filosófica de Santo Agostinho (354-430 d.C.). O agustinianismo jurídico traduz-se precisamente num voluntarismo. Na verdade, para o bispo de Hipona, a única fonte do direito é a vontade de Deus; vontade em geral *insondável*, mas revelada parcialmente pelas Escrituras e manifestada em cada momento pela ordenação providencial da história. Daqui decorrem várias conseqüências.

Primeiro, a inexistência de uma ordem jurídica objetiva, *natural*, na qual certos atos estivessem inevitavelmente condenados e outros necessariamente permitidos. Assim, Santo Agostinho acaba por admitir a

legitimidade de certos atos (à primeira vista injustos) por se inserirem no plano divino da Salvação inacessível à razão humana. Nesta perspectiva, as coisas *não são queridas por Deus porque sejam justas*, mas são *justas porque queridas por Deus*.

Depois, como segunda conseqüência, a importância da razão para atingir o critério de justiça. Efetivamente, este critério consiste na, digamos, vontade arbitrária de Deus e esta — já o dissemos — não pode ser atingida por meios humanos, restando apenas, como último recurso, a submissão aos Livros Sagrados e aos poderes constituídos na terra por graça da Providência.

Por último, esta aceitação dos poderes constituídos (postos), que retiram a sua autoridade de uma espécie de mandato divino ('É por Mim que os tiranos reinam'), implica a aceitação dos direitos positivos terrenos (por injustos e imorais que sejam), pois eles teriam uma razão de ser escondida, um sentido oculto, na história da Salvação.

Voluntarismo, anti-racionalismo, positivismo tais são os ingredientes que o agustinianismo traz ao entendimento do direito da primeira Idade Média. Qual deles o mais contrário à constituição de uma 'ciência do justo e do injusto'. De fato, a esta luz, a única atividade legítima do jurista era a leitura humilde e a submissão passiva em relação ao direito revelado ou positivo ('Aderindo a Ele vivemos com justiça; e somos tanto mais ou tanto menos justos, quanto mais ou menos a Ele aderimos', *Ep.*, 120, 4)" (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 164). Conforme afirmado acima, o "...agustinianismo está na origem do pensamento filosófico e filosófico-jurídico dos franciscanos Duns Scott e Guilherme de Ockham, os quais ...estão na origem do pensamento jurídico moderno, concretamente, das orientações positivistas dos dois últimos séculos; ainda nesta direção, a filosofia jurídica da Reforma (Lutero e Calvino)" (Idem, p. 164, nota n. 162).

³⁶ Em contraposição à postura agustiniana segundo a qual a atitude racional se confundiria com uma submissão passiva ao direito revelado ou positivo, o pensamento escolástico — vide ABELARDO (1079-1142) e Santo TOMÁS DE AQUINO — ao restabelecer a idéia medieval, recuperada do período que antecedeu ao pensamento de SANTO AGOSTINHO, "...de que a razão era limitada, de que — em muitos domínios — não podia haver uma *posse definitiva* da verdade das coisas", "...mas que apenas se podia *peregrinar* para a verdade", concluiu que, por essas razões, "...não se podia excluir, de antemão, qualquer ponto de vista teórico sobre um certo problema.

A investigação intelectual adquire, assim, um tom dialogante, em que as várias opiniões são confrontadas e em que, mais do que uma solução definitiva, interessa o pôr da questão. O alcance da verdade é encarado, não como tarefa que possa ser levada a cabo isoladamente por meio da razão individual, mas como uma obra coletiva em que todos colaboram, na discussão e confrontos de opiniões. É esta humildade perante a 'verdade' das coisas que torna simpático o pensamento medieval, embora não seja deste gênero a idéia que dele se faz, comumente.

Assim, o pensamento medieval dos séculos XII e XIII — e, concretamente, o seu pensamento jurídico — é um pensamento de tipo *problemático*, e não sistemático. Isto é, não se preocupa com que as soluções dadas aos problemas surgidos num dos ramos do saber constituam um todo lógico isento de contradição (ou seja, que constituam um sistema). Mais do que a perfeita integração das soluções numa unidade lógica e sistemática, interessa-lhe a adequação destas aos dados concretos do problema a que visam responder. Daí que o ensino e a própria literatura teórica não se apresentassem como a forma — hoje corrente — de exposições sistematicamente ordenadas, dotadas de uma arquitetura lógica bem visível, mas como coletâneas de soluções de problemas controversos (*casus, quaestiones disputatae*, etc.).

Tudo isto se reflete no pensamento jurídico.

Agora que a razão tem a sua 'carta de alforria', a teoria agustiniana das fontes do direito deixa de ser aceitável. Para o pensamento escolástico, cuja figura maior é S. Tomás de Aquino, o direito contido nas Escrituras (*direito divino*) ou aquele editado pelos reis (*direito positivo*) não eram os elementos decisivos para encontrar o *iustum*, a solução justa, que constituía o corpo do direito (*ius est quod iustum est*, o direito é o que é justo). Esse *iustum*, esse direito decisivo, era anterior a todo o direito positivo, estava inscrito numa *ordem natural*, estabelecida por Deus, mas à qual Ele próprio obedecia. E esta ordem era desvendável por um uso correto da razão (*recta ratio*), *i.e.*, por um uso da razão disciplinado por certas regras de discorrer.

O direito, portanto, deixa de estar *todo feito* nas fontes de direito (escrituras ou legais), onde só falta ir colhê-lo. Pelo contrário, a solução jurídica deve ser encontrada em cada momento, através de uma específica e precisa técnica de investigação (*ars inveniendi*, arte de encontrar) que, já sabemos, concede um grande papel à discussão e à investigação casuísticas. São os processos específicos desta *ars inveniendi* que explicarão, juntamente com outras razões referidas, o modo de ser do pensamento jurídico, do ensino jurídico e da literatura jurídica dos séculos XII e XIII" (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 165-166). A idéia escolástica

O pensamento escolástico afirmava a existência de uma ordem natural³⁷ que estaria submetida à lei eterna que dirige todos os seus movimentos, sendo que seria a razão de Deus a criadora dessa ordem natural.³⁸ Ao homem, por ser uma criatura racional, seria dado participar da lei eterna, cujo conhecimento lhe permitiria formular os princípios da lei natural.³⁹

segundo a qual também Deus está vinculado ao *iustum* inscrito na *ordem natural* decorre da teoria, de inspiração aristotélica, das *causas segundas*, em que “...Deus, Causa Primeira de tudo, se abstém de agir sobre cada fato particular; como por economia de meios, entrega uma parte da Sua tarefa ao funcionamento automático das leis naturais que imprimiu na natureza, só as violando em caso de milagre” (idem, p. 166, nota n. 265).

³⁷ Aqui não uma ordem social deduzida da razão, mas sim uma ordem natural que a ela se impõe.

³⁸ “O direito, como em geral a organização da cidade (grego, *polis*), tinham como fundamento a ordem divina da Criação. Por isso, os juristas identificavam a justiça com a natureza e esta com Deus. Num célebre texto do *Digesto* (D., 1, 1, 1, 3) em que se define o direito mais fundamental e inderrogável — o chamado ‘direito natural’ — explica-se que ‘o direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais’ (*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*). E um comentador medieval do texto esclarece, numa curta glosa à palavra ‘natureza’, que esta não é senão Deus (*natura, id est Deus*). Daí o êxito de um outro texto do *Digesto* que definia a prudência (= saber prático) do direito (que, então, desempenhava o papel de teoria política) como uma ‘ciência do justo e do injusto, baseada no conhecimento das coisas divinas e humanas’ (*divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, D, I, 1, 10, 2). E foi por isso também que os juristas foram tidos como quase sacerdotes, também na esteira de um texto do início do *Digesto*” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 75).

³⁹ Alf ROSS demonstra a forma pela qual, segundo o pensamento escolástico sobretudo de Santo TOMÁS DE AQUINO, era possível apreender as leis naturais: “Qual é, então, a lei que a razão seguirá a fim de guiar a vontade para o verdadeiro bem? Em sua perfeição é a lei eterna, idêntica à razão soberana de Deus, a sabedoria divina, que governa todos os seres criados, que rege todos os movimentos da natureza e todas as ações. As leis restantes extraem sua força dessa lei. Porém, a lei eterna não pode ser captada em sua perfeição pelo ser humano. Na medida em que pode ser apreendida pelo ser humano com o auxílio exclusivo da luz natural (razão) chama-se direito natural. Mas isto não é o bastante para capacitar o ser humano a alcançar seu propósito divino. E, conseqüentemente, Deus, por revelação, concedeu ao ser humano, a título de orientação adicional, uma participação na lei eterna: tal é a lei divina (a lei mosaica e o Evangelho). Finalmente, há a lei humana estabelecida pelo ser humano com a ajuda da razão e necessária para permitir a concreta aplicação daqueles princípios básicos que estão expressos na lei divina e na lei natural” (ROSS, A. Obra citada, p. 285). Segundo o pensamento de Antônio Manuel HESPANHA, já se falou por várias vezes de “...*direito natural* e de *natureza das coisas*. São idéias que, nascidas entre os gregos, atravessaram toda a Idade Média com fortuna e sentidos diferentes, e se reinstalaram na Época Moderna.

Encontramo-nos com o direito natural, por exemplo, quando nos referimos a São Tomás de Aquino... Na esteira de Aristóteles, São Tomás aceitava a existência de uma ordem natural das coisas, tanto físicas (*entia physica*) como humanas (*entia moralia*), ordem já constatada pelos clássicos e que era confirmada pela crença cristã num Deus inteligente e bom, criador e *ordenador* do mundo. Pelo menos, a teoria escolástica das ‘causas segundas’ era neste sentido. A cada espécie teria atribuído Deus (como ‘Causa Primeira’) uma lei natural (‘causa segunda’) — o fogo sobe, por natureza, os corpos pesados caem, etc. — salvo caso de milagre (*i.e.*, salvo intervenção *extraordinária* de Deus). Estas naturezas das várias espécies harmonizar-se-iam todas em função do Bem Supremo, de tal modo que o mundo estaria cheio de ordem e os movimentos dos seres ou das espécies de seres obedeceriam a uma regulação cósmica.

E o mesmo se diga do homem. Também a espécie humana teria uma certa natureza, ou seja, estaria integrada de certo modo na ordem e no destino cósmicos. A idéia de direito natural parte precisamente daqui. A partir de uma pesquisa dos fins do homem e do seu contributo para o plano da criação, elaborar as regras que deviam presidir à prática humana, de modo a que esta resultasse adequada aos desígnios de Deus quanto à vida em sociedade e quanto ao lugar do homem na totalidade dos seres criados. Tais regras, umas formuladas nas Escrituras (*direito divino*), outras daí ausentes mas manifestadas pela própria ordem do mundo e atingíveis pelo intelecto, se bem ordenado (*recta ratio*, boa razão), constituem o *direito natural*.

Dada a concepção escolástica de que o homem tem consciência da lei natural, direito natural é aquilo que é justo. É por isso que para o jusnaturalismo escolástico somente merece a denominação de lei aquilo que a razão discerne como sendo o bem comum. Assim, as legislações positivas, contanto que não contrariassem as leis naturais⁴⁰, eram tidas como perfeitamente legítimas.⁴¹ Portanto o direito natural não tinha pretensões de substituir o

Simplesmente, São Tomás combinava a sua confiança na capacidade do homem para conhecer a ordem do mundo com o sentimento de que este conhecimento não podia ser obtido por processos estritamente racionais... Por um lado, a descoberta da ordem natural das coisas não podia provir de um acesso direto às idéias divinas, vedado ao homem, em virtude do pecado. Por outro lado, não seria atingida por uma especulação meramente abstrata. Começava por pressupor um trabalho de observação dos fatos, dos resultados restritos e imperfeitos da nossa experiência. Esta observação devia ser orientada e complementada pela elaboração intelectual. Mas o intelecto não se compunha apenas de faculdades de raciocínio (razão), mas também de faculdades morais (virtudes). Nomeadamente, o raciocinar sobre a ordem das coisas dependia da virtude da bondade, ou seja da capacidade moral de perceber o sentido global da ordem e, por isso, de distinguir o justo do injusto. Daí que a razão tenha que ter um qualificativo moral para ser eficaz — tem que ser uma ‘boa razão’ (*recta ratio*).

Por outro lado, a mobilidade essencial das coisas humanas, provocada pela existência de liberdade no homem, levava a que não fosse possível encontrar princípios invariáveis de justiça. E, daí, que fosse impossível estabelecer uma *ciência* do direito natural que desembocasse na formulação de um *código de regras permanentes*. Tudo o que se podia afirmar, neste domínio, era a existência de um vago e formal princípio de que ‘se deve fazer o bem e evitar o mal’. Se, pelo contrário, se passasse para a regulamentação concreta, tudo seria mutável e sujeito a um contínuo exame de ponderação. À pretensão de uma ciência do natural, substitui, portanto, São Tomás a proposta de uma *arte* de, em cada momento, para cada caso, encontrar o justo (*ius suum cuique tribuere*). E nisto também se encontrava com o ensinamento de Aristóteles” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 206-207).

⁴⁰ Assim, admite-se a existência de uma legislação positiva fruto da vontade humana, desde que não se choque com a lei natural: lei injusta não é lei. Essa concepção é afinada com as idéias de ARISTÓTELES, para quem a “...justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente...” (ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*, p. 103). Porém os escolásticos já não admitiam que as leis postas pudessem ser indiferentes à lei natural, que nesse momento passa a ter a primazia.

⁴¹ “Salientava-se então, de fato, a idéia do caráter natural da constituição social, *i.e.*, de que a organização social depende da natureza das coisas e de que está, por isso, para além do poder de disposição da vontade. As leis fundamentais (‘constituição’) de uma sociedade (de um reino) dependiam tão pouco da vontade como a fisiologia do corpo humano ou a ordem da natureza. É certo que soberano e vassallos podem temporariamente afastar-se das leis naturais de ordenação social, pela tirania ou pela revolução; mas o mau governo, ‘contra o qual as próprias pedras clamarão’, é sempre um episódio político passageiro. O que os povos já poderão é eleger — embora de acordo, também, com características objetivas das várias nações, por sua vez ligadas às particularidades da terra e do clima — as formas de governo: a monarquia, a aristocracia, a democracia ou qualquer forma de governo misto, proveniente do cruzamento destes regimes-tipo referidos por Aristóteles. Como podem explicitar e adaptar às condições de cada comunidade, através do direito civil (*ius civile*, isto é, do direito da cidade) os princípios jurídicos decorrentes da natureza das sociedades humanas (direito natural, *ius naturale*). Mas a constituição natural conserva-se sempre como o critério superior para aferir a legitimidade do direito estabelecido pelo poder, sendo tão vigente e positivo com o este.

Nestes termos, o direito — todo ele, mas sobretudo o natural — desempenha uma função constitucional. Impõe-se a todo o poder. Não pode ou, pelo menos, não deve ser alterado. E isto porque se funda nos princípios necessários de toda a convivência humana (*affectio societatis*)” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 77).

direito positivo, mas sim de limitar, quando fosse o caso, as conseqüências injustas de sua aplicação.⁴²

2.2 O Jusracionalismo

Porém, com o advento do racionalismo nos séculos XVII e XVIII, nasce a ambição de se elaborar um sistema de direito justo, “...uma jurisprudência universal, inteiramente fundada em princípios racionais, independentes em sua formulação e em sua validade do meio, tanto social quanto cultural, que os viu nascer e daquele que deveriam reger.”⁴³ Um sistema assim é que deveria ser ensinado nas Faculdades de Direito⁴⁴, na

⁴² “...O direito divino (*ius divinum*) — que decorria diretamente da Revelação — estava tão intimamente embebido no direito secular (*ius civile*) que o último não podia contrariar no essencial os comandos do primeiro. Daqui decorriam as limitações ético-religiosas do direito secular ..., a fundamental indistinção entre crime e pecado, a competência indistinta de ambas as ordens para lidar com certas situações, bem como o seu apoio mútuo...” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 33).

⁴³ “A idéia do direito natural, neste novo sentido, vem a impor-se decisivamente na cultura jurídica européia do século XVII. De alguma forma, o novo direito natural, fundado na razão, é o correspondente do antigo direito natural, fundado na teologia. O pensamento social e jurídico laicizara-se. O que não é estranho ao fato de, pela primeira vez, se ter quebrado a unidade religiosa da Europa (com a Reforma) e de se ter entrado em contato com povos totalmente alheios à tradição religiosa européia. Uma e outra coisa tornavam, de fato, necessário encontrar um direito que pudesse valer independentemente da identidade de crenças. E, com esta laicização, o fundamento do direito passara a residir em valores laicos, tão comuns aos homens como as evidências racionais.

(...).

Trata-se, como se disse, de um novo jusnaturalismo.

Desde logo, emancipado de uma fundamentação religiosa, ainda que os seus fundadores, na sua maior parte, fossem deístas ou mesmo cristãos. Seja como for, prescindiram, por um lado, da onipotência da vontade de Deus, limitando-a pela Sua razão, ou seja, concebendo um Deus sujeito a princípios lógico-rationais que lhe seriam ‘anteriores’, o que corresponde, não a uma atitude religiosa, mas a uma atitude racionalista. Por outro lado, os fundamentos de que partiam para encontrar uma ordem imanente na natureza humana não eram qualquer vocação, destino ou finalidade sobrenaturais do homem, ou quaisquer dados da fé sobre isso, mas antes as suas características puramente temporais, como o instinto e a capacidade racional.

Ao prescindirem dos dados da fé, estes jusnaturalismos ficam a poder contar apenas com a observação e com a razão como meios de acesso à ordem da natureza. A observação — histórica e atual — das sociedades humanas é muito utilizada por estes autores, estando as suas obras plenas de exemplos tirados da história ou da observação contemporânea, com os quais apoiavam, tanto os traços permanentes da natureza humana e social, como as suas variantes ‘locais’. Mas, ao lado da observação, funcionava a razão que, à maneira do que acontecia na física ou na matemática, (i) identificava axiomas sobre a natureza do homem — v.g., o homem é dirigido pelo instinto de conservação (Locke), o homem tem um direito natural à autodefesa e ao castigo das injúrias que lhe são feitas (Locke), a justiça é o que se conforma, ao mesmo tempo, com a justiça e com a bondade (Leibniz), a vontade geral é mais do que a soma das vontades particulares (Rousseau) — e (ii) definia os procedimentos intelectuais capazes de deduzir desses axiomas outras normas. Estes procedimentos eram, em geral, os que correspondiam ao raciocínio da física ou da matemática” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 213-214).

⁴⁴ “...o jurista culto e formado numa filosofia sólida compreende que a ‘natureza da justiça não é mudar segundo a vontade dos homens mas conformar-se com a lei natural’ (Jean Bodin), lei essa que se encontra nos ditames da razão” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 189).

esperança de que aqueles a quem caberia elaborar e promulgar as leis positivas se afastassem o menos possível do modelo ideal que lhes era ensinado”.⁴⁵

Houve, portanto, tentativas de se laicizar o direito natural, que passava a ser concebido como um sistema de direito puramente racional:⁴⁶

“ Daí resultava a pouca importância atribuída, no continente europeu, nas Faculdades de Direito do Antigo Regime, ao Direito positivo, que não passava, na melhor das hipóteses, de uma imitação imperfeita do direito ideal e que, como a sombra do Justo, na caverna de Platão, só podia ser uma pálida e imperfeita imitação da idéia da própria Justiça. A idéia de que o direito justo, da mesma forma que as leis da natureza, fosse apenas a expressão de uma razão universal, reflexo direto ou indireto (através da natureza criada) da razão divina, desenvolveu-se em duas tradições opostas, ambas de origem religiosa, a tradição racionalista e a tradição empirista. Fossem as leis naturais e aquelas que devem reger as relações entre os homens encontradas *a priori* ou *a posteriori*, graças às idéias evidentes ou graças à experiência, o papel dos homens deveria limitar-se a descobri-las ou registrá-las, pois toda a iniciativa humana neste terreno só pode levar ao erro e à arbitrariedade. Que a principal virtude do sábio cristão fosse a humildade, a submissão ao pensamento e à vontade divinos, essa é uma idéia sobre a qual insistem tanto Santo Agostinho quanto o chanceler Francis Bacon.”⁴⁷

3. Predomínio do Direito sobre a Moral

3.1 O Contratualismo e a Soberania Estatal

PERELMAN sustenta que contra a idéia de jurisprudência⁴⁸ universal mencionada ao final do tópico anterior, elaborada por várias gerações de juristas, opuseram-se

⁴⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**, p. 17.

⁴⁶ Foi esse o ideal de GROTIUS, PUFENDORF, LEIBNIZ e CHRISTIAN WOLFF. Tal concepção vê a possibilidade de enunciar o direito a partir de um sistema dedutivo, sendo que em “...tal acepção diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais (ditos ‘princípios gerais do Direito’), considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico. Essa acepção muito trabalhada do termo ‘sistema’ foi referida historicamente somente ao ordenamento do Direito natural. Uma das mais constantes pretensões dos jusnaturalistas modernos, pertencentes à escola racionalista, foi a de construir o Direito natural como um sistema dedutivo. E uma vez que o exemplo clássico do sistema dedutivo era a geometria de Euclides, a pretensão dos jusnaturalistas resolvia-se na tentativa (verdadeiramente desesperada) de elaborar um sistema jurídico *geométrico more demonstratum*. Citemos um trecho muito significativo de Leibniz: ‘De qualquer definição podem-se tirar conseqüências seguras, empregando as incontestáveis regras da lógica. Isso é precisamente o que se faz construindo as ciências necessárias e demonstrativas, que não dependem dos fatos mas unicamente da razão, como a lógica, a metafísica, a geometria, a ciência do movimento, a *Ciência do Direito*, as quais não são de modo nenhum fundadas na experiência e nos fatos, mas servem para dar a razão dos fatos e regulá-los por antecipação: isso valeria para o Direito ainda que não houvesse no mundo uma só lei’. ‘A Teoria do Direito faz parte do número daquelas que não dependem de experiências, mas de definições: não do que mostram os sentidos, mas do que demonstra a razão’ (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 77-78).

⁴⁷ PERELMAN, Chaïm. Obra citada, p. 17-18.

⁴⁸ Jurisprudência entendida aqui no seu sentido primordial, ou seja, como ciência do direito.

três teses, “...às quais estão ligados os nomes de Hobbes, Montesquieu e Rousseau”⁴⁹, a partir das quais será desenvolvido o positivismo jurídico cuja característica é o predomínio do direito sobre a moral. É justamente a partir desses pensamentos que vão estar presentes as idéias contratualistas e a teoria da soberania estatal, em que o direito positivo deve sua obrigatoriedade à imposição do poder do Estado e não à sua concordância com um direito supostamente anterior, no caso o direito natural.

A doutrina política de Thomas HOBBS (1588-1679) não compactua com a idéia jusnaturalista de que pode ser derivada da razão uma jurisprudência de caráter universal, pois para esse autor “...o direito não é a expressão da razão mas uma manifestação da vontade do Soberano”.⁵⁰

Segundo BOBBIO a doutrina política de HOBBS talvez seja a teoria mais completa e conseqüente do positivismo jurídico.⁵¹ Para HOBBS, com efeito, não há outro critério do justo ou do injusto senão a lei positiva, ou seja, somente o que for ordenado pelo soberano é tido como justo, pelo simples fato de ter sido ordenado; e só é injusto aquilo que é proibido, só pelo fato de estar proibido.⁵²

⁴⁹ PERELMAN, Chaïm. Obra citada, p. 18.

⁵⁰ PERELMAN, Chaïm. Idem, ibidem.

⁵¹ “Se quisermos encontrar uma teoria completa e conseqüente do positivismo jurídico, devemos nos remeter à doutrina política de THOMAS HOBBS, cuja característica fundamental, no meu entender, na verdade consiste em lhe ter dado um golpe fatal no jusnaturalismo clássico” (BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**, p. 31).

⁵² BOBBIO apresenta uma boa descrição dos passos que permitiram a HOBBS chegar a uma conclusão tão radical como a acima descrita, em que inclusive o conteúdo dos valores morais e da justiça são tidos como convencionais (portanto contingentes) e não pré-existentes ou decorrentes da razão (ínatos e necessários), como sustentavam os jusnaturalistas: “Como chega HOBBS a esta conclusão tão radical? HOBBS é um dedutivo e, como todos os dedutivos, para ele o que conta é que a conclusão se desprenda rigorosamente das premissas. (...)”

Ora, o direito fundamental que assiste aos homens no estado de natureza é o de decidir, cada um segundo seus próprios desejos e interesses, sobre o que é justo ou injusto, o que faz com que no estado de natureza não exista critério algum para fazer esta distinção, a não ser o arbítrio e o poder do indivíduo. Na passagem do estado de natureza para o estado civil, os indivíduos transferem todos os seus direitos naturais ao soberano, inclusive o direito de decidir o que é justo ou injusto e, portanto, desde o momento em que se constitui o estado civil, o único critério do justo e do injusto é a vontade do soberano. Esta doutrina hobbesiana está ligada à concepção da pura convencionalidade dos valores morais e portanto da justiça, segundo a qual não existe o justo por natureza, mas sim unicamente o justo de maneira convencional (também por este aspecto a doutrina hobbesiana é a antítese da doutrina jusnaturalista). No estado de natureza não existe o justo nem o injusto porque não existem convenções válidas. No estado civil o justo e o injusto residem no acordo comum dos indivíduos de atribuírem ao soberano o poder de decidir sobre o justo e o injusto. Portanto para HOBBS a validade de uma norma jurídica e de sua justiça não se diferenciam, porque a justiça e a injustiça nascem juntas com o direito positivo, ou seja, concomitantemente com a validade. Enquanto se permanece em estado de natureza não há direito válido, como tampouco há justiça; quando surge o Estado nasce a justiça, mas nasce concomitantemente com o direito positivo, por isso que onde não há direito tampouco há justiça e onde há justiça é porque há um sistema constituído de direito positivo” (BOBBIO, Norberto. Obra citada, p. 31-32). No mesmo sentido, vejamos as palavras de Antonio Carlos WOLKMER: “... Ora, enquanto Maquiavel distinguiu a política da moral e da

“...Neste caso, o próprio direito natural desaparece com a instituição da sociedade política, justamente porque, uma vez instituído o soberano como único legislador, não há lugar para qualquer direito que não tenha origem nele. Leis naturais e costumes valem apenas enquanto não forem contrariados pelas suas leis positivas; e, neste sentido, se não provêm da vontade positiva do soberano, provêm, pelo menos, da sua paciência...”⁵³

Essas conclusões decorrem da idéia de um estado de natureza inicial, em que todos estariam a mercê de seus próprios instintos, sem que houvesse leis a prescrever os direitos de cada um, o que implica dizer que todos teriam direito a todas as coisas, decorrendo daí uma guerra de todos contra todos. Do estado de natureza só se pode dizer que é intolerável e que é preciso superá-lo:

“Mas este estado de guerra de todos contra todos torna-se, com o passar do tempo, insuportável para seres humanos que, dispondo de forças mais ou menos equivalentes, jamais estarão seguros de que outro homem não será capaz de matá-los ou de escravizá-los. Para evitar os inconvenientes da guerra permanente, eles concordam em estabelecer um pacto, no qual decidem, ao mesmo tempo, criar um Estado e pôr suas forças reunidas à disposição do Soberano, encarregado de manter a paz entre os cidadãos e de protegê-los contra os ataques do exterior. Renunciam, conseqüentemente, a solucionar suas divergências pelas armas e aceitam conformar-se às leis que o Soberano estabelecerá e fará respeitar com todos os meios em seu poder.”⁵⁴

Com efeito, a primeira lei da razão para HOBBS é a que prescreve a busca pela paz (*pax est quaerenda*). Para sair do estado de natureza de maneira definitiva e estável, os homens pactuam entre si a renúncia recíproca dos direitos que possuíam no estado de natureza e o cedem ao Soberano (*pactum sobiectionis*), o que se dá através de:

“...um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações*. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama *Estado*, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande *Leviatã*, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele *Deus Mortal*, ao qual devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa.”⁵⁵

religião, Hobbes põe a política acima da moral, redefinindo o exercício da autoridade através do princípio do absolutismo. Pode-se afirmar que Hobbes não só é um dos fundadores do moderno Estado absolutista, como, sobretudo, o principal teórico da formação do monismo jurídico ocidental, ou seja, um dos primeiros a identificar o Direito com o Direito do soberano e, igualmente, o Direito Estatal com o Direito Legislativo” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**, p. 50).

⁵³ HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 218.

⁵⁴ PERELMAN, Chaïm. Obra citada, p. 18-19.

⁵⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, p. 144.

O soberano, portanto, terá à sua disposição um poder quase absoluto sobre os súditos, o que lhe permitirá a elaboração das normas como melhor lhe aprouver, “...desde que não atente sem razão válida contra a vida dos súditos, pois o medo da morte é a própria razão do pacto social constitutivo do Estado”.⁵⁶

Outro autor já mencionado acima que atacou a idéia de uma jurisprudência universal foi MONTESQUIEU.⁵⁷ Apesar de ser contrário a idéia de jurisprudência universal, “...não rejeita a idéia de uma justiça objetiva”⁵⁸, conforme se pode verificar da seguinte passagem contida no Livro Primeiro de *O Espírito da Leis*:

“ Dizer que não há nada de justo nem de injusto senão o que as leis positivas ordenam ou proíbem, é dizer que antes de ser traçado o círculo todos os seus raios não eram iguais.”⁵⁹

Para MONTESQUIEU, caberia ao legislador a tarefa de tornar positivas, promulgando-as, as relações de justiça que cada um não poderia deixar de perceber não fossem os interesses particulares suscetíveis de confundir tal percepção.

Nessa perspectiva, nada seria mais danoso do que a concentração de todos os poderes nas mãos de um só (como sustenta HOBBS), “...pois haveria o risco de ele impor leis que visassem essencialmente não a proclamar o que é justo, mas a considerar como legal o que favorece seu próprio interesse, o que lhe reforça o próprio poder”.⁶⁰

Justamente para evitar tais abusos é que MONTESQUIEU sustentará como ideal político a doutrina da separação dos poderes. Mas o que interessa aqui é o fato de MONTESQUIEU não admitir a idéia de jurisprudência universal.⁶¹

Outro traço característico desse pensamento — e que muita influência causou nas escolas jurídicas futuras — diz respeito à tarefa limitada dos aplicadores das normas, pois quanto “...mais o governo se aproxima da república, tanto mais rígida se torna a

⁵⁶ PERELMAN, Chaïm. Obra citada, p. 19.

⁵⁷ Charles Louis de Serondat, Barão de Brede e de Montesquieu.

⁵⁸ PERELMAN, Chaïm. Obra citada, p. 20.

⁵⁹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 3.

⁶⁰ PERELMAN, Chaïm. Obra citada, p. 21.

⁶¹ A inexistência de uma jurisprudência universal é constatada por MONTESQUIEU a partir das comparações que fez entre os sistemas normativos de vários povos, em que se revelaram imperfeições no trabalho do legislador, que deve se adaptar às sociedades em que atua.

maneira de julgar”⁶², pois nos “...governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei”⁶³:

“ Quanto aos juízes, eles serão apenas ‘a boca que profere as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar-lhe nem a força nem o rigor’. Essa é a condição da segurança jurídica, pois, escreve ele [MONTESQUIEU], ‘se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que sejam sempre apenas um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente quais compromissos contraímos.’”⁶⁴

Essa forte sujeição dos juízes à literalidade da lei é decorrência direta do princípio da separação dos poderes, que impede a delegação do poder legislativo ao executivo, “...que dele poderia aproveitar-se para contrariar seus adversários”⁶⁵, bem como tal delegação não pode ser conferida ao judiciário, “...que, por ocasião dos litígios, poderiam formular regulamentos que favorecessem, por razões muitas vezes inconfessáveis, alguma das partes”.⁶⁶

O último dos três teóricos mencionados acima — cuja doutrina também rompe com a idéia de estabelecimento de uma jurisprudência universal — é Jean Jacques ROUSSEAU. Suas idéias contidas no *Contrato Social* (1762), foram melhor recebidas que as de HOBBS.⁶⁷ Com efeito, embora inspirando-se neste último autor, para quem o direito é

⁶² MONTESQUIEU. Obra citada, p. 57.

⁶³ MONTESQUIEU. Idem, ibidem.

⁶⁴ PERELMAN, Chaïm. Obra citada, p. 21-22.

⁶⁵ PERELMAN, Chaïm. Idem, p. 21.

⁶⁶ PERELMAN, Chaïm. Idem, ibidem. Segundo Antônio Manuel HESPANHA, a Revolução Francesa “...tinha sido feita também contra a tirania dos juízes que, apoiados no caráter casuísta e flexível do direito tradicional..., tornavam o direito num saber hermético, cujos resultados eram imprevisíveis e incontroláveis pelo cidadão”, o que suscitou “...um movimento de crítica à incerteza e hermetismo do direito doutrinário e jurisprudencial e reclamando leis claras e reformas judiciárias que amarrassem os juízes ao cumprimento estrito da lei. Daí que o legalismo e a desconfiança no direito jurisprudencial — que já vinham de trás e tinham marcado a política do direito do Estado absoluto — se tenham transformado em componentes essenciais das propostas revolucionárias. Pois, se havia lugar a falar nos perigos do ‘espírito de facção’, era decerto legítimo fazê-lo em relação aos juristas e aos juízes, tanto como em relação aos funcionários ou às elites políticas

Princípio democrático e sensibilidade anti-‘letrada’ explicam que — no contexto europeu (mas não no contexto americano) — as decisões dos juristas e os veredictos dos juízes sejam tidos em suspeição e as suas decisões não possam senão visar a aplicação estrita da lei; agora, os juízes não são mais do que a ‘longa mão da lei’, a ‘boca que pronuncia as palavras do legislador’” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 246).

⁶⁷ “Uma outra versão de contrato social é a de John Locke (1632-1704), segundo o qual a constituição do estado político não cancela os direitos de que os indivíduos dispunham no estado de natureza. Na verdade, o estado político apenas garantiria uma melhor administração dos direitos naturais, substituindo a autodefesa e a vingança privada pela tutela de uma autoridade pública. Por isso mesmo, o soberano, que não era a fonte nem do direito de natureza nem dos direitos individuais daí decorrentes, estava obrigado a respeitar o direito natural e os direitos políticos dos cidadãos: ‘[...] sendo o legislativo apenas um poder fiduciário para agir no sentido de certos fins, continua a permanecer no povo um poder supremo para remover ou alterar o legislativo, quando achar que o legislativo age contrariamente à confiança que se lhe deu [...]. E, assim, a comunidade retém permanentemente o

apenas a expressão da vontade do soberano, com uma conseqüente redução da justiça à força, ROUSSEAU assevera:

“ ... A força é um poder físico; não imagino que moralidade possa resultar de seus efeitos. Ceder à força constitui ato de necessidade, não de vontade; quando muito, ato de prudência. Em que sentido poderá representar um dever?

Suponhamos, por um momento, esse pretensão direito. Afirmando que ele só redundará em inexplicável galimatias, pois, desde que a força faz o direito, o efeito toma lugar da causa — toda a força que sobrepujar a primeira, sucedê-la-á nesse direito. Desde que se pode desobedecer impunemente, torna-se legítimo fazê-lo e, visto que o mais forte tem sempre razão, basta somente agir de modo a ser o mais forte. Ora, que direito será esse, que perece quando cessa a força? Se se impõe obedecer pela força, não se tem necessidade de obedecer por dever, e, se não se for mais forçado a obedecer, já não se estará mais obrigado a fazê-lo.”⁶⁸

Contra-pondo-se à idéia de um direito equivalente à força, ROUSSEAU não identificou o soberano com um monarca todo-poderoso, mas com a nação, com a sociedade política organizada, cuja vontade geral, oposta às vontades particulares dos cidadãos, decide do justo e do injusto, promulga leis do Estado e designa aqueles que, em conformidade com essas leis, executarão as vontades da nação, administrarão o Estado e distribuirão a justiça.

Portanto, quem detém o poder é a própria sociedade civil, cujo exercício é soberano e exprime a vontade do povo, não podendo esta ser limitada, desde que respeite uma dupla condição: a) que não haja sociedade parcial dentro do Estado e cada cidadão opine apenas por si próprio; e b) que essa vontade não se reporte a interesses particulares, mas seja movida pelo interesse geral: acordo admirável entre o interesse e a justiça que dá às deliberações comuns um caráter de equidade, que vemos desaparecer na discussão nas questões particulares, na ausência de um interesse comum que una e identifique a regra do juiz com a da parte⁶⁹. Com essas condições, a lei será a expressão da justiça.

Será justamente a partir da combinação das teorias de HOBBS, MONTESQUIEU e ROUSSEAU, mencionadas acima, que a Revolução Francesa “...chegará a identificar o direito com o conjunto das leis, expressão da soberania nacional, sendo

poder supremo de se libertar dos atentados e desígnios de qualquer um, mesmo dos seus legisladores, desde que eles sejam tão estultos ou danados para formar ou levar a cabo desígnios contra as liberdades e propriedades dos súditos...

Assim, do ponto de vista das formas políticas, vamos ver o jusracionalismo desdobrar-se em duas grandes orientações: a demo-liberal, inaugurada por John Locke e desenvolvida pelos jusracionalistas franceses, e a absolutista, com origem em Thomas Hobbes e com um representante de nota em Samuel Pufendorf” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 218).

⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**, p. 59-60.

⁶⁹ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Idem*, p. 92.

reduzido ao mínimo o papel dos juízes, em virtude do princípio da separação dos poderes. O poder de julgar será apenas o de aplicar o texto da lei às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador”.⁷⁰

Cabe dizer ainda, e isso é importante, que essa tarefa do aplicador da lei desde então tinha que ser motivada, as decisões tomadas deveriam ser justificadas.

3.2 A Escola da Exegese

É no contexto que se seguiu à Revolução Francesa que vai surgir a escola da exegese⁷¹, em que “...a interpretação da lei passou a ser objeto de estudos sistemáticos de notável finura, correspondentes a uma atitude analítica perante os textos segundo certos princípios e diretrizes...”⁷²

Segundo Miguel REALE, sob “...o nome ‘Escola da Exegese’ entende-se aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Tudo está em saber interpretar o Direito. Dizia, por exemplo, Demolombe que a lei era tudo, de tal modo que a função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações.”⁷³

Se a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 já dava importantes indícios de que as práticas sociais do *Ancien Régime* enfim chegaram ao ocaso, a grande consagração dos princípios do liberalismo se deu mesmo com o Código Civil Francês

⁷⁰ PERELMAN, Chaïm. Obra citada, p. 23.

⁷¹ “Desde os meados do século XVIII que a lei estadual tendia a monopolizar a atenção dos juristas. Este monopólio era, no entanto, temperado pelas idéias jusracionalistas, ou seja, pela crença na existência de um direito suprapositivo com origem na razão.

Já nos finais do século XVIII, alguns Estados europeus incorporaram em reformas legislativas amplas os principais resultados das doutrinas jusracionalistas. (...).

Mas foi sobretudo em França que a codificação, produto (embora não na sua fase inicial) da Revolução, mudou mais radicalmente a face do direito, fazendo tábua rasa do direito anterior e promovendo, por isso, a identificação do direito com os novos códigos. De fato, já a Assembléia Nacional Constituinte de 1790 tinha concebido o projeto de um código que sintetizasse, de uma forma acessível a todos, o novo direito revolucionário. Mas foi só em 1804, já durante o Consulado e sob a influência direta de Napoleão I, que o *Code civil* conheceu a sua versão definitiva e foi promulgado (1804). Seguiram-se os *Código de processo civil* (1806), o *Código comercial* (1807), o *Código penal* (1810), etc.” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 267).

⁷² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**, p. 280.

⁷³ REALE, Miguel. Idem, *ibidem*.

de 1804, que a partir da segunda edição (1807) passou a ser denominado *Code Napoléon*, em cujo início estava estampada a célebre sentença:

“ Existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas; é a razão natural que governa a todos os homens.”⁷⁴

A partir de então a atitude metodológica do intérprete e aplicador do direito se limitava ao estabelecimento dos fatos e à sua subsunção sob os termos da lei, no caso a lei escrita a que o direito se viu reduzido:

“ Os códigos napoleônicos constituíam, por um lado, a consumação de um movimento doutrinal que, partindo da doutrina tradicional francesa, fora enriquecido com as contribuições do jusracionalismo setentista. Neste sentido, apareciam como uma espécie de positivação da razão. Por outro lado, tinham sido o resultado de um processo legislativo conduzido pelos órgãos representativos na Nação francesa. Constituíam, neste sentido, a concretização legislativa da *volonté générale*.

Uma coisa e outra contribuía para lhes dar o ar de monumentos legislativos definitivos, cientificamente fundados e democraticamente legitimados. Perante eles, não podiam valer quaisquer outras fontes de direito. Não o direito doutrinal, racional, suprapositivo, porque ele tinha sido incorporado nos códigos, pelo menos na medida em que isso tinha sido aceite pela vontade popular. Não o direito tradicional, porque a Revolução tinha cortado com o passado e instituído uma ordem política e jurídica nova. Não o direito jurisprudencial, porque aos juízes não competia o poder de estabelecer o direito (poder legislativo, mas apenas de o ampliar (poder judicial). A lei — nomeadamente, esta lei compendiada e sistematizada em códigos — adquiria, assim, o monopólio da manifestação do direito. A isto se chamou legalismo ou positivismo legal (*Gezetzpositivismus*).”⁷⁵

Antônio Manuel HESPANHA prossegue em sua descrição da Escola da

Exegese:

“ Perante isto, à doutrina apenas restava um papel ancilar — o de proceder a uma interpretação submissa da lei, atendo-se o mais possível à vontade do legislador histórico, reconstituída por meio dos trabalhos preparatórios, dos preâmbulos legislativos, etc.. Quanto à integração das lacunas, a prudência devia ser ainda maior, devendo o jurista tentar modelar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto.

Esta supremacia estrita da lei sobre a doutrina e a jurisprudência já fora proposta por Montesquieu, ...(*Espirit des lois*, XI, 6). Mas, com o advento da Revolução, da legitimidade política que ela trouxera à lei e da desconfiança que lhe é característica quanto ao corpo dos magistrados e dos juristas, a idéia do primado da lei ganha tanta força que chega a levar à pura e simples proibição da interpretação, obrigando os tribunais a recorrerem ao legislativo ‘sempre que entendessem necessário interpretar uma lei’ (*référé législatif*, lei francesa de 16-24 de agosto de 1790).

São estes os pontos de vista largamente predominantes na doutrina francesa dos inícios do século XIX. Os grandes juristas limitam-se a fazer uma exposição e

⁷⁴ “*Il existe un droit universel et inmutable, source de toutes les lois positives; il n’est que la raison naturelle en tant qu’elle gouverne tous les hommes*” (citado por ROSS, A. Obra citada, p. 287). Ver também ZANNONI, Eduardo A. **Crisis de la razón jurídica**, p. 27-28.

⁷⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. p. 267-268.

interpretação (*exegese*) dos novos códigos. É a *Escola da Exegese*, cujos principais representantes (Duranton, Demolombe, Troplong) foram autores de grandes comentários ao *Code civil*.⁷⁶

O ensino jurídico nas Universidades também tinha a mesma índole dos postulados da Escola da Exegese, conforme já confirmava o decano AUBRY, em 1857, “...em um relatório oficial sobre o espírito do ensino da Faculdade de Direito de Paris: ‘toda a lei, tanto no espírito quanto na letra, com uma ampla aplicação de seus princípios e o mais completo desenvolvimento das conseqüências que dela decorrem, porém nada mais que a lei, tal foi a divisa dos professores do Código de Napoleão’”.⁷⁷

A lei positiva será, portanto, a fonte única e exclusiva do direito, representando mesmo o direito natural, perpétuo e imutável deduzido pela razão.⁷⁸

O positivismo de quase todo o século XIX tentou fazer da ciência do direito e da interpretação uma tarefa mecânica de hermenêutica exegética, já que o código não deixaria nada ao arbítrio do intérprete, o qual não teria por missão criar o direito, uma vez que todo o direito já estava feito.

A lei era tida como a própria razão escrita, o que tornou desnecessárias preocupações com o direito natural, a justiça ou a moral, já que a lei já era o todo.

⁷⁶ Idem, p. 268.

⁷⁷ PERELMAN, Chaïm. Obra citada, p. 31.

⁷⁸ “A Escola da Exegese estava intimamente ligada ao ambiente político e jurídico francês, ou seja, a um Estado nacional revolucionário, em corte com o passado, dotado de órgãos representativos e que tinha empreendido uma importante tarefa de codificação. Isto determina a disseminação dos princípios desta escola noutros países, retardando-a, nomeadamente, nos casos em que estes requisitos não estivessem realizados. É este, nomeadamente, o caso da Alemanha e da Itália, nações não só sem código, mas também sem Estado.

O balanço da orientação exegética que dominou o saber jurídico europeu na primeira metade do século XIX não pode ser feito apenas à luz das ulteriores experiências negativas do legalismo...

Deve começar por se valorizar de forma adequada a medida em que (sic) a idéia de um código ‘civil’ geral (*i.e.*, dos cidadãos) reflete o *pathos* da idéia de igualdade dos cidadãos, típica dos novos Estados pós-revolucionários, igualdade que os códigos pretendiam garantir justamente pela sua generalidade e pela estrita subordinação dos juízes aos seus preceitos. Por outro lado, a idéia de um código, compacto, organizado e claro, visava facilitar a democratização do direito, pela generalização do seu conhecimento, evitando, deste modo, que os juristas tivessem que ser os mediadores forçosos entre o direito e o povo. Para além de que não se deve esquecer que as grandes e rápidas mudanças sociais e políticas dos finais do séc. XVIII e inícios do séc. XIX só podiam ser institucionalizadas por via legislativa. De fato, o costume, a jurisprudência ou a doutrina são meios inadequados, pela sua própria natureza, para estabelecerem rupturas revolucionárias.

Por outro lado, é cada vez mais claro como se possa justificar a idéia de que a Escola da Exegese impediu o desenvolvimento de um direito jurisprudencial bastante autônomo em relação aos códigos. Na verdade, para além de que o direito francês contemporâneo é, de entre os direitos continentais, o que mais se funda em decisões judiciais, teria sido impossível, sem uma jurisprudência criativa, manter em vigor, praticamente inalterado no decurso dos últimos 200 anos, o *Code Napoléon*” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 269).

Mas logo começaram a surgir tensões entre a lei escrita, por um lado, e a realidade em transformação, por outro.⁷⁹

Com efeito, aos aspectos positivos que podiam ser extraídos do positivismo legalista da Escola da Exegese, Antônio Manuel HESPANHA aponta certos pontos negativos:

“ A aceitação da lei como produto da vontade do povo pressupunha a transparência democrática do Estado, ou seja, que a lei fosse, de fato, a expressão, tanto quanto possível direta, da vontade geral dos cidadãos. Ora, o caráter restrito da base social das democracias representativas, a partidocracia, a manipulação da vida política pelos governantes, a erupção da mediação dos burocratas, destruíram estes pressupostos. Com o universo dos cidadãos em contato com o direito oficial, torna-se mais evidente que este é uma ordem estranha às convicções sociais de justiça.

Paralelamente, a complexificação e tecnicização do discurso legislativo destruíram esse ideal de colocar, por meio de leis claras e códigos sintéticos, o direito ao alcance do povo.

Deve ainda acrescentar-se que as correntes exegéticas limitaram drasticamente a inovação doutrinal. A inovação só podia provir de modificações da vontade política, e esta competia exclusivamente ao legislador. De resto, grandes codificações tinham um caráter epigonal. Na verdade, os códigos contemporâneos são um trabalho final de síntese de ciclos doutrinários muito longos, neste caso, o ciclo jurracionalista dos séculos XVII e XVIII. Daí que se tenha verificado a tendência para crer que nada mais havia a acrescentar do ponto de vista doutrinal. Por uma razão e por outra, a doutrina perde a sua função de experimentação, de orientação e de inovação.

Enquanto a doutrina estiola, a inovação legislativa faz-se de jato, a golpes legislativos. Este mesmo fato, depositando o direito na vontade sempre mutável dos legisladores, convidada a soluções dependentes das maiorias parlamentares, nem sempre muito amadurecidas e freqüentemente inspiradas por uma arrogância legislativa pouco atenta aos limites da regulação social por meio da lei. A lei banaliza-se e torna-se efêmera. O poder político substitui-se à autoridade científica como fundamento e legitimação do direito. Este fica dependente das maiorias parlamentares, tornando-se perigosamente vizinho da política. Tudo isto dá origem a uma perda de prestígio do direito, quando não a uma desconfiança em relação a ele, induzidas ambas pelo desprestígio da política e desconfiança que ela progressivamente suscita.”⁸⁰

Diante dessas deficiências da Escola da Exegese, aliadas ao fato de que naquelas nações em que o Estado Nacional ainda não tinha sido estabelecido — tais como Alemanha e Itália — a sua implementação era impossível⁸¹, brota uma forte reação antilegalista contra o movimento de codificação, cujos resultados levarão ao surgimento de

⁷⁹ “É preciso lembrar que, quando foi promulgado o Código de Napoleão, a França ainda era um país agrícola por excelência, e a Inglaterra apenas ensaiava os primeiros passos na mecanização indispensável ao capitalismo industrial” (REALE, Miguel. Obra citada, p. 283).

⁸⁰ HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 269-270.

⁸¹ “...um dos pressupostos políticos do positivismo legalista era a existência de um Estado-Nação que os cidadãos reconhecessem como portador dos valores jurídicos da comunidade” (idem, p. 270).

novas escolas que acabarão por assumir a tarefa de complementar o edifício positivista dos representantes da escola francesa, conforme adiante se verá.

3.3 A Escola Histórica Alemã e o Conceitualismo

As grandes transformações que se deram no decorrer do século XIX, sobretudo nas relações entre capital e trabalho, levaram a um desajuste entre a lei que havia sido codificada no início daquele século e a vida. Nesse contexto:

“ ... As pretensões de ‘plenitude legal’ da Escola de Exegese pareceram pretensiosas. A todo instante apareciam problemas de que os legisladores do Código Civil não haviam cogitado. Por mais que os intérpretes forcejassem em extrair dos textos uma solução para a vida, a vida sempre deixava um resto. Foi preciso, então, excogitar outras formas de adequação da lei à existência concreta.”⁸²

Em suma, o monopólio legislativo do direito nas mãos do Estado gera um certo artificialismo que distancia as pessoas do direito oficial, que passa a lhes parecer, conforme dito acima, distante das convicções sociais de justiça, conforme aduz Antônio Manuel HESPANHA:

“ O Estado, tal como surgira dos movimentos políticos contratualistas, era, de fato, uma abstração. Produto de um contrato idealizado, realizado entre sujeitos puramente racionais, cujo conteúdo decorria das regras de uma Razão a-histórica. O Estado (e o Código) não têm nem lugar, nem tempo. São formas universais, indiferentes a quaisquer particularidades culturais ou nacionais. Era isto que uma cultura de raízes nacionalistas, ancorada nas especificidades culturais dos povos, não podia aceitar. Uma organização política e jurídica indiferenciada, exportável, universalizante, aparecia, quando confrontada com os particularismos das tradições nacionais, como um artificialismo a rejeitar.

Este artificialismo decorria precisamente do papel estruturante atribuído à vontade política dos soberanos ou das assembleias representativas, pela teoria constitucional estadualista. Libertos do império da tradição, os órgãos do Estado tinham a ilusão de tudo poderem querer. A Nação, essa realidade intemporal em que os mortos mandavam mais do que os vivos, era identificada com a geração atual ou, mais restritivamente ainda, com os órgãos de soberania ou com as assembleias dos eleitos do povo. E estes, considerando-se depositários exclusivos dos destinos nacionais, transformavam-se em ‘fábrica de leis’, pensando poder ‘meter todo o direito em leis’... Esta pretensão pan-normativa dos órgãos do Estado seria tanto mais arrogante quanto é certo que ...‘os letrados do direito, que apresentam à assinatura dos monarcas as suas opiniões, não devem ser, em média, mais avisados do que os seus contemporâneos.

Na Alemanha, é uma sensibilidade cultural e político-jurídica deste tipo que está na origem da *Escola Histórica Alemã*, que domina o panorama do saber jurídico alemão durante a primeira metade do século XIX e que, no seu desenvolvimento pandectista, o influencia até aos inícios do século XX.”⁸³

⁸² REALE, Miguel. Obra citada, p. 283.

⁸³ HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 271-272.

Nasce assim a denominada Escola Histórica e seu método, que busca na consciência jurídica popular a única verdade do direito positivo. Friedrich Carl von SAVIGNY (1779-1861) foi um dos grandes teóricos dessa corrente, o qual sustentava que o direito positivo emana do espírito geral que anima a todos os membros de uma nação, em que cada direito é a síntese de forças, crenças, sentimentos e atividades do seu povo: sua unidade não é produto casual, pois responde à sua própria história:

“ O programa da Escola Histórica era, justamente, o de buscar as fontes não estaduais e não legislativas do direito. A sua pré-compreensão da sociedade — subsidiária da filosofia da cultura organicista e evolucionária de Herder e do ambiente cultural e político do romantismo alemão — levava-a a conceber a sociedade como um todo orgânico, sujeito a uma evolução histórica semelhante à dos seres vivos, em que no presente se lêem os traços do passado e em que este condiciona naturalmente o que vem depois. Em toda esta evolução, peculiar a cada povo, manifestar-se-ia uma lógica própria, um espírito silenciosamente atuante, o ‘espírito do povo’ (*Volksgeist*), que estaria na origem e, ao mesmo tempo, daria unidade e sentido a todas as manifestações histórico-culturais de uma nação.

O espírito do povo revelar-se-ia nas produções da sua cultura. Na sua língua, desde logo. Também na poesia popular, nas tradições folclóricas, no direito histórico, nas produções de seus intelectuais, nas suas tradições literárias. Seriam justamente estas manifestações da ‘alta cultura’ aquelas que, um pouco paradoxalmente, melhor revelavam a alma nacional. Pois eram aquelas em que, justamente pela qualidade intelectual dos seus autores, se conseguia atingir, com uma maior profundidade, sistematicidade e plenitude, o espírito de uma nação. Na sua ‘inocência’, o povo exprimir-se-ia numa ‘multiplicidade’ de registros, que só as elites culturais conseguiam reduzir a um ‘sistema científico’.”⁸⁴

A tese básica dessa nova corrente, que segundo Alf ROSS é caracterizada por uma filosofia da história romântico-conservadora, “...constitui em afirmar que o direito não é criado conscientemente por deliberações racionais, desenvolvendo-se, sim, de forma cega e orgânica como uma expressão do espírito do povo e da consciência jurídica popular. O costume, e não as leis, é, portanto, a fonte suprema do direito”.⁸⁵

Daí decorrem as propostas da Escola Histórica:

“ ...a repulsa à codificação, dada a consciência empírica de que codificar era, inevitavelmente, naufragar nas águas do racionalismo do Código de Napoleão; negação do direito natural, para evitar a submissão ao jusnaturalismo racionalista e sua pretendida universalidade e imutabilidade; exaltação do direito consuetudinário, a despeito do ideal positivista que aspirava plasmar na lei a razão escrita.”⁸⁶

⁸⁴ Idem, p. 272.

⁸⁵ ROSS, A. Obra citada, p. 291.

⁸⁶ ZANNONI, Eduardo A. Obra citada, p. 62.

Como resultado dessa postura, Antônio Manuel HESPANHA aponta quatro conseqüências sob o ponto de vista da teoria do direito;

“ A primeira é a do *antilegalismo* e, sobretudo, a da reação contra o movimento de codificação. A lei — e, ainda mais, o código sistemático — são encarados como fatores, não de construção do direito, mas da sua destruição. Em primeiro lugar, porque introduzem um elemento conjuntural e decisionista (a decisão legislativa tomada, conjuntamente, por um governo ou uma assembléia) num mundo de normas orgânicas, indisponíveis e duráveis (o direito, como emanção do espírito do povo). Em segundo lugar, porque congelam a evolução natural do direito que, como toda a tradição, é uma realidade viva, em permanente transformação espontânea. Esta animosidade em relação à codificação ficou bem traduzida numa famosa polêmica entre Savigny e Thibaut, este último favorável a uma codificação geral do direito alemão, que o primeiro considerava artificial e ‘inorgânica’.

A segunda conseqüência é a da valorização dos elementos consuetudinário e doutrinal do direito. Quanto ao primeiro, isso aparece como normal, dado que o costume é a forma paradigmática de o direito se manifestar espontaneamente. Já para compreender o papel outorgado à doutrina — que fez com que o direito, tal como era definido pela Escola Histórica, se identificasse com um *Professorenrecht* (direito dos professores) — é preciso recordar a função que esta escola atribuía aos intelectuais e literatos na revelação organizada e sistemática do espírito do povo. De fato, Savigny, concedendo embora que o direito provém da alma da nação, salienta o papel que o corpo dos juristas e juizes letrados, bem como a literatura especializada por eles desenvolvida, tiveram na revelação, aperfeiçoamento e tratamento orgânico ou sistemático do direito. De fato, embora com outros pressupostos metodológicos, o saber jurídico universitário alemão vinha desenvolvendo, desde o séc. XVII, em relação à tradição romanística, um trabalho muito semelhante ao que a Escola Histórica propunha se fizesse em relação ao direito alemão. Com base no trabalho das escolas medievais, os juristas do *usus modernus pandectarum* vinham induzindo dos textos categorias dogmáticas gerais que manifestariam o espírito do direito romano. A romanística, como Savigny e Jhering reconhecem, estava mais adiantada que a germanística nessa reconstrução do espírito (do ‘sistema’) do direito. Isto explica a atenção dedicada por Savigny ao direito romano, ao direito romano medieval e ao *usus modernus* alemão, bem como ao fato de ter ensinado — com o seu *System des heutigen römischen Recht* [Sistema do direito romano atual, 1840] — no âmbito do legado da tradição romanística a tentativa de uma construção orgânica do direito. Bem como explica que o resultado do trabalho desta escola ‘germanista’ venha a ser conhecido como ‘pandectística’, o que realça o peso que nela acaba por ter o legado da tradição romanística alemã e, mais em geral, européia.

A terceira conseqüência é a da revalorização da história do direito e do seu papel dogmático, como reveladora, não de um passado morto e separado do presente (antiquarismo), mas de um passado que, pela tradição, fecundava o presente. Daí que a historiografia influenciada por esta escola, se bem que também tenha os seus monumentos antiquaristas, revele evidentes preocupações dogmáticas.

Finalmente, uma quarta conseqüência é a da sistematicidade e organicidade da jurisprudência...”⁸⁷

Buscava-se, portanto, construir um sistema da razão que se realiza na história, a partir do que IHERING (que militara na escola histórica de SAVIGNY antes de

⁸⁷ HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 272-274.

alterar seu posicionamento⁸⁸) vai fundar a “...escola conhecida como a da jurisprudência de conceitos que reduz o direito a categorias racionais”⁸⁹, a qual, à diferença do positivismo racionalista exegético (submissão à lei escrita), constrói um sistema conceitual (racional) a partir do direito positivo.⁹⁰ “Para ambos o direito positivo é um *prius*, mas enquanto o positivismo explica a lei, o conceitualismo constrói os conceitos jurídicos pretensamente universais a partir dela”.⁹¹ Para o conceitualismo a ciência jurídica é dogmática, sendo que dogmática jurídica “...é lógica e tem por objetivo integrar o material positivo a partir do qual opera — o direito positivo — em conceitos jurídicos...”⁹² para depois fixar os princípios gerais (dogmas) que formam as linhas dominantes do conjunto⁹³:

“ Ou seja, o trabalho intelectual dos juristas devia consistir sobretudo na construção de um sistema de conceitos jurídicos. Mas não se tratava de conceitos obtidos pela reflexão puramente abstrata, como no jusracionalismo. Tratava-se antes de conceitos obtidos por indução a partir das máximas do direito positivo. Rudolf v. Jhering distingue claramente estas duas fases do trabalho do jurista. A primeira fase, a que chama ‘jurisprudência inferior’, consistiria pela ‘ligação imediata à forma com que o direito aparece na lei, graças a uma relação puramente receptiva em relação às fontes’... A partir daqui, desenvolver-se-ia a ‘jurisprudência superior’ que produziria, por destilação e síntese da matéria-prima antes obtida, ‘uma matéria absolutamente nova’..., o conceito. A função dos conceitos é, ao mesmo tempo, (i) facilitar a apreensão do direito, já que eles se tornam sintéticos e intuitivos’, e (ii) tornar possível a produção de novas soluções jurídicas por meio do desenvolvimento conceitual, do chamado ‘poder genético dos conceitos’.

Ao proceder deste modo, o jurista estaria a adotar um método semelhante ao dos cientistas da natureza que, a partir da observação do real e da elaboração lógica

⁸⁸ “Rudolf v. Jhering..., convicto conceitualista na primeira fase de sua obra, exprime essa concepção do sistema conceitual do direito como um ser vivo, orgânico e produtivo, bem como refere, também expressamente, essa aproximação entre a tarefa da jurisprudência ‘construtiva’ (ou superior) e o método ‘histórico-natural’ das ciências da vida...” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 277).

⁸⁹ ZANNONI, E. A. Obra citada, p. 64.

⁹⁰ “Como antes se disse, uma das componentes do historicismo é a construção sistemática do direito. Esta componente foi particularmente desenvolvida por um dos ramos da Escola Histórica Alemã, a *pandectística* ou *jurisprudência dos conceitos* (*Begriffsjurisprudenz*).

De alguma forma, a sistematicidade do direito decorre do fato de ele ser uma emanção de um todo orgânico, o espírito do povo. As instituições jurídicas teriam uma ‘alma’ (a ‘alma do povo’, *Volkseele*), sentidos ou princípios orientadores que lhes dariam unidade. Princípios esses que, induzidos a partir da observação (descrição) das normas jurídicas concretas, permitiriam que a exposição dos institutos — e, no fim, de todo o direito nacional — fosse feita de forma orgânica e sistemática, organizada por princípios gerais. Destes princípios extrairiam depois, agora por dedução, outros princípios inferiores — a tal ‘pirâmide conceitual’ de que fala Puchta — bem como soluções para casos concretos” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 276-277).

⁹¹ ZANNONI, E. A. Obra citada, p. 65.

⁹² ZANNONI, E. A. Idem, *ibidem*.

⁹³ “...este conceitualismo jurídico não se pode explicar sem referência a um novo ideal de ciência, oriunda do formalismo kantiano, que destaca a função estruturante das categorias e dos princípios gerais no conhecimento científico. O que garantia, daqui em diante, a verdade científica, não seria mais a adequação do pensamento a uma realidade externa (*adaequatio intellectus rei*), mas a coerência interna das categorias do sistema de saber. E o decisivo num saber seria justamente este quadro categorial e não a apreensão atomística e inorgânica da realidade empírica” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 278).

dos resultados dessa observação, extraem princípios gerais subjacentes aos fatos empíricos (como a lei da atração universal, a velocidade da luz, as leis que presidem às combinatórias químicas). Princípios que, por sua vez, não apenas explicam as observações feitas, mas podem ser ainda logicamente combinados, produzindo novos princípios e teorias que, por seu turno, produzem conhecimentos novos sobre a realidade. Ou seja, princípios que não são apenas verdadeiros do ponto de vista formal, mas ainda ontologicamente fundados.

No caso do direito, os princípios e conceitos obtidos pelo tratamento formal do material histórico e legislativo de um direito nacional seriam princípios como o princípio da vontade (*Willensprinzip*) no domínio dos negócios jurídicos, o princípio da elasticidade no domínio da propriedade, o da irrecuperabilidade da anulação de um ato jurídico, etc. Estes princípios explicariam e gerariam conseqüências normativas. Por exemplo, a de que devia ser absolutamente garantida a liberdade negocial, a de que ninguém pode ser representado por outrem sem um mandato correspondente, a de que a extinção de um direito real limitado (v.g., uma servidão ou um usufruto) reverte a favor do proprietário da coisa sobre que incidia, a de que um negócio jurídico nulo não pode ter quaisquer conseqüências (nem sequer aquelas com que as partes ou terceiros, de boa-fé, contavam) nem ter uma eficácia reduzida ou lateral (redução ou conversão de negócios jurídicos). Estas soluções seriam não apenas formalmente lógicas, mas ainda materialmente justas, porque os princípios de que elas decorriam existiriam de fato, embora a um nível não explícito, na realidade cultural de que o direito se alimentava.”⁹⁴

Portanto, o conceitualismo pretende formular os conceitos jurídicos universais: a propriedade, o contrato, o vínculo obrigacional, o direito real; que são noções que se obtêm mediante uma reflexão lógica, e por abstração, que vão separando os elementos particulares dos gerais:

“ Do ponto de vista dos valores subjacentes, este formalismo corresponde ao papel que ao direito é reservado no sistema ético de Kant — ao direito não compete estabelecer padrões éticos de conduta, mas garantir a liberdade que, justamente, possibilita uma avaliação ética das condutas. E, nessa medida, o formalismo conceitualista traduz, do ponto de vista histórico-cultural, uma posição, por um lado, *individualista*, e, por outro, *relativista*.

Individualista, na medida em que os seus dogmas (princípio da existência e primado dos direitos subjetivos, da autonomia da vontade, da ilimitação da propriedade, etc.) decorrem logicamente do princípio — retomado do jusracionalismo individualista... — de que a sociedade resulta de uma combinação de atos de vontade de indivíduos livres e titulares de um direito originário a essa liberdade (*direitos do indivíduo e do cidadão*, na esfera do direito público; *direitos subjetivos*, sobretudo na esfera do direito privado).

Relativista e formalista porque, depois do fracasso dos grandes sistemas ético-políticos de base religiosa ou racionalista, a pandectística se limita a atribuir ao poder a função de estabelecer uma *forma* de organização política que melhor possa garantir a liberdade individual (liberalismo). Desistindo de lhe formular um *conteúdo* axiológico, ou seja, de lhe prescrever princípios ético-jurídicos materiais (*i.e.*, dotados de matéria ou conteúdo normativo) que guiem o exercício dessa liberdade.

Do ponto de vista sociopolítico, tem-se realçado de que maneira o formalismo da pandectística possibilitou a neutralidade do direito face aos projetos políticos contraditórios da burguesia alemã. Na verdade, os quadros político-

⁹⁴ HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 278-280.

ideológicos da pandectística eram muito largos, podendo identificar-se com aquilo que se poderia classificar de liberalismo: defesa da liberdade e igualdade formais do indivíduo e defesa da propriedade, como extensão da liberdade, com os seus corolários dogmáticos (abolição das desigualdades e vinculações corporativas — laborais, estatutárias, familiares — de Antigo Regime, liberdade contratual, liberalização da propriedade em relação a vínculos ‘feudais’, liberalização do trabalho em relação a vínculos corporativos, secularização do direito e, em particular, do direito de família). Praticamente apenas excluíam os projetos políticos estatutário-corporativos de Antigo Regime e os projetos políticos socialistas. Dentro destas margens, a pandectística erigia o seu formalismo e cientificidade como valores supremos, em face dos quais as soluções político-sociais contraditórias podiam ser neutral e objetivamente julgadas.

Este *pathos* da neutralidade e da objetividade, combinado com o *pathos* político estadualista, foi um dos principais fatores de legitimação de uma administração — e também de uma administração judiciária — dirigidas pelo princípio da racionalidade. A nova ética do burocrata e do juiz — tão bem descrita por Max Weber — é justamente cunhada pela idéia de que ao Estado e ao direito compete levar a cabo uma tarefa de racionalização social, avaliando as situações em termos neutrais e objetivos, independentemente dos valores político-sociais em debate e da qualidade das pessoas envolvidas.

Pelos mesmos motivos, o formalismo reagia também contra a instrumentalização do direito pela política e pelo Estado. Fundando-se o saber jurídico numa ordenação formal ou científica da realidade legislativa empírica, a lei, ou seja, a vontade do poder político, constituía apenas o objeto de elaboração. Já as categorias dessa elaboração dependiam totalmente do esforço intelectual dos juristas doutrinários. Daí que o saber jurídico não fosse apenas independente do poder, como ainda tivesse legitimidade para impor os seus critérios de processamento doutrinário do material legislativo. Com isso, o direito doutrinário (*Professorenrecht*) readquire a sua tradicional indisponibilidade perante o poder e, de certa forma, pode legitimamente reclamar aquele papel de árbitro entre governantes e governados que se incorporou tão duradouramente na ideologia espontânea dos juristas e na auto-representação que eles tinham do seu papel sociopolítico. Foi isto que deu origem à imagem contemporânea de um Estado dirigido por juízes (*Richterstaat*) como ideal de organização.

Independentemente de tudo o que possa haver de formalista e de conservador (e muito havia) nesta idéia de neutralidade e independência do direito e Estado, o certo é que este legado da pandectística — em que o rigorismo formal do processo de decisão garante, só por si, a justeza material dos resultados — marcou decisivamente a cultura política e jurídica dos nossos dias.

(...).

Dada a influência que vão ter na evolução subsequente da dogmática jurídica contemporânea, é útil destacar alguns dos resultados mais característicos da doutrina pandectística.

(a) *A teoria da subsunção* (Subsumtionslehre)

O primeiro deles é a ‘teoria da subsunção’, ou seja, a teoria segundo a qual a realização da justiça nos casos concretos seria assegurada subsumindo os ‘fatos’ ao ‘direito’, nos termos de um raciocínio de tipo silogístico, em que a premissa maior era um princípio de direito e a premissa menor a situação de fato (*Tatbestand*) a resolver.

A teoria da subsunção — que conhece também uma versão legalista em que a premissa maior é a lei — tende a reduzir a atividade jurisprudencial a uma tarefa estéril de aplicação automática dos princípios jurídicos. Mas, por outro lado, teve um importante papel na contenção do arbítrio e do subjetivismo jurisprudencial.

(b) *O dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico.*

Embora o conjunto das normas legislativas não cubra todo o campo do juridicamente regulável (*i.e.*, embora o ordenamento legislativo tenha lacunas), o ordenamento jurídico, concebido como sistema conceitual, já

o cobriria. Na verdade, o caráter geral dos conceitos e a possibilidade de, por meio de operações lógicas, obter deles outros conceitos torna-os elásticos. Construído o sistema e definidas as suas regras de transformação (a sua ‘gramática generativa’), pode-se projetá-lo sobre qualquer caso jurídico imaginável, por meio de uma jurisprudência ‘criadora’ ou ‘construtiva’.

Assim, ao juiz (que também não pode deixar de decidir com fundamento em que não existe direito aplicável) fica vedada, mesmo perante a existência de uma lacuna na lei, a avaliação do caso concreto segundo critérios autônomos de valoração. O que ele deve fazer, nesse caso, é estender, por dedução e combinação conceitual, o sistema normativo, de modo a cobrir o caso *sub judice*.

(c) A interpretação ‘objetivista’.

A idéia de que o direito formava um sistema coerente de conceitos, hauridos do material legislativo empírico, fazia com que o sentido decisivo das normas jurídicas fosse o seu sentido sistemático. Por isso, o sentido de qualquer norma decorria da sua referência ao sistema normativo em que se integrasse.

Enquanto que o positivismo legalista propunha uma interpretação da lei de acordo com as intenções do seu legislador histórico, o positivismo conceitualista propõe o recurso à ficção de um legislador ‘razoável’, *i.e.*, de um legislador que vai integrando (‘reescrevendo’, ‘reinterpretando’) continuamente cada uma das normas no seu contexto sistemático, de modo que o ordenamento jurídico — de fato constituído por uma miríade de normas contraditórias — conserve sempre a sua integridade e coerência como sistema conceitual. O sentido da norma decorre, assim, não de intenções subjetivas (do seu legislador histórico), mas dos sentidos objetivos do seu contexto.”⁹⁵

Nessa perspectiva, resulta que os conceitos jurídicos não estão divorciados da realidade, vez que na verdade “...a realidade constitui uma realização da razão: todo o real é racional e todo o racional é real, como propunha HEGEL”.⁹⁶

⁹⁵ *Idem*, p. 280-284

⁹⁶ Cf. ZANNONI, E. A. *Obra citada*, p. 65-66. BOBBIO enquadra o conceitualismo — que, como visto, é fruto da *escola histórica* que tem em SAVIGNY um de seus maiores expoentes — num segundo significado de sistema, diverso do dedutivo anteriormente descrito: “Um segundo significado de sistema, que não tem nada a ver com o que foi ilustrado, encontramos-lo na ciência do Direito moderno, que nasce, pelo menos no Continente, da pandectista alemã, e vem de Savigny, que é o autor, não por acaso, do célebre *Sistema do Direito romano atual*. É muito freqüente entre os juristas a opinião de que a ciência jurídica moderna nasceu da passagem da jurisprudência exegética à *jurisprudência sistemática* ou, em outras palavras, que a jurisprudência se elevou ao nível de ciência tornando-se ‘sistemática’. Parece quase se querer dizer que a jurisprudência não merece o nome de ciência enquanto não chega a sistema, mas que é somente arte hermenêutica, técnica, comentário a textos legislativos. Muitos tratados de juristas são intitulados *Sistema*, evidentemente para indicar que se desenvolveu ali um estudo científico. O que significa nesta acepção ‘sistema’? Os juristas não pretendem certamente dizer que a jurisprudência sistemática consista na dedução de todo o Direito de alguns princípios gerais, como queria Leibniz. Aqui o termo ‘sistema’ é usado, ao contrário, para indicar um ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira: a consequência destas operações será o ordenamento do material jurídico do mesmo modo que as laboriosas classificações do zoólogo dão um ordenamento ao reino animal. Na expressão ‘jurisprudência sistemática’ usa-se a palavra ‘sistema’ não no sentido das ciências dedutivas, mas no das ciências empíricas ou naturais, isto é, como ordenamento desde baixo, do mesmo modo com que se fala de uma zoologia sistemática. O procedimento típico dessa forma de sistema

A escola da exegese e o conceitualismo, que surgiram, respectivamente, em momentos sucessivos e que tiveram lugar em praticamente todo o século XIX, constituem autênticas etapas de consolidação do positivismo jurídico.⁹⁷

Antônio Manuel HESPANHA traça uma característica comum às formas de positivismo jurídico analisadas acima: a recusa de subjetivismo e de moralismo:

“ Para uns, positiva era apenas a lei, pelo que o saber jurídico tinha que incidir unicamente sobre ela, explicando-a e integrando-a (*positivismo legalista*).

Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo que se objetivava nas formas quotidianas observáveis de viver o direito (*positivismo histórico*)...

Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos, genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva, obedecendo ao novo modelo de ciência como discurso de categorias teóricas, estabelecido pelo kantismo (*positivismo conceitual*). O saber jurídico escaparia, assim, quer ao império da lei positiva, mutável e arbitrária, quer ao subjetivismo do doutrinário jus-teológico ou jusracionalista. Com isto, ganhava uma firmeza e universalidade que eram características das outras ciências. Ao mesmo tempo, instituía-se como um saber acumulativo, *i.e.*, que ia acumulando certezas e progredindo sucessivamente — como as outras ciências — para formas mais perfeitas e completas de conhecimento.

não é a dedução, mas a *classificação*. A sua finalidade não é mais a de desenvolver analiticamente, mediante regras preestabelecidas, alguns postulados iniciais, mas a de reunir os dados fornecidos pela experiência, com base nas semelhanças, para formar conceitos sempre mais gerais até alcançar aqueles conceitos ‘generalíssimos’ que permitam unificar todo o material dado. Teremos plena consciência do significado de sistema como ordenamento desde baixo, próprio da jurisprudência sistemática, se levarmos em conta que uma das maiores conquistas de que se orgulha essa jurisprudência foi a teoria do negócio jurídico. O conceito de negócio jurídico é manifestamente o resultado de um esforço construtivo e sistemático no sentido do sistema empírico que ordena generalizando e classificando. Surgiu da reunião de fenômenos vários e talvez aparentemente distantes, mas que tinham em comum a característica de serem manifestações de vontades com conseqüências jurídicas. O conceito mais geral elaborado pela jurisprudência sistemática é muito provavelmente o do relacionamento jurídico: é um conceito que permite a redução de todos os fenômenos jurídicos a um esquema único, e favorece portanto a construção de um sistema no sentido de sistema empírico ou indutivo. O conceito de relacionamento jurídico é o conceito sistemático por excelência da ciência jurídica moderna. Mas é claro que a sua função não é a de iniciar um processo de dedução, mas a de permitir um melhor ordenamento da matéria” (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 78-79).

⁹⁷ “O positivismo, na primeira etapa, recebeu do jusnaturalismo racionalista, radicalmente empirista, seu conteúdo filosófico. Politicamente implicou a institucionalização de uma nova ordem social que conjugou seus princípios e que pretendeu enquadrá-los, de uma vez por todas, na lei escrita. Daí a submissão à lei escrita que positivou os conteúdos racionais dessa nova ordem. O conceitualismo — a *Begriffjurisprudenz*, ou jurisprudência dos conceitos — é a segunda etapa construtiva e supõe a superação do racionalismo empirista. Não deprecia a lei, mas aspirou construir a autêntica superestrutura ideológico-jurídica do direito moderno. Essa superestrutura condiciona a interpretação da lei e faz do jurista um dogmático, que, conseqüentemente, apreende categorias obtidas mediante a simplificação qualitativa da construção jurídica” (ZANNONI, E. A. Obra citada, p. 67-68). Entendimento diverso é defendido por Alf ROSS, para quem essa complementaridade entre escola da exegese e conceitualismo não passa de jusnaturalismo disfarçado, já que, segundo ele, “...a idéia de que o direito natural se converteu em coisa do passado é errônea, a menos que restrinjamos esse conceito às teorias racionalistas dos séculos XVII e XVIII. Se incluirmos sob o rótulo de direito natural, como aqui fizemos, todas as teorias jurídicas metafísicas que são também político-jurídicas, *quer dizer*, que suprem um critério para a retidão ou justiça do direito, então o direito natural, ainda que com outro nome, sobreviveu e prosperou ao longo do século XIX; dever-se-ia chamá-lo, realmente, de direito natural disfarçado” (ROSS, A. Obra citada, p. 292).

Ou seja, a ciência jurídica partilhava com as restantes a crença otimista no *universalismo* e no *progressismo* dos seus resultados.

Todas estas formas de positivismo têm em comum a recusa de quaisquer formas de subjetivismo ou de moralismo. O saber jurídico (agora, a *ciência* jurídica) deve cultivar métodos objetivos e verificáveis, do gênero dos cultivados pela ciência ‘dura’, dela devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais). Estes juízos de valor em matéria jurídica teriam, decerto, o seu lugar. Mas esse não era o da ciência jurídica, mas sim o da filosofia do direito ou da política do direito.”⁹⁸

Mas então começa a surgir uma questão: o que ocorre, porém, quando as possibilidades de integração do texto legal não comportam um atendimento a contento de novos fatos emergentes?⁹⁹

4. As Escolas Críticas

4.1 A Reação Anticonceitualista e Antiformalista

Surgem então correntes jurídicas menos voltadas às normas e seus sistemas, cuja atenção principal passou a ser dada à questão dos fatos sociais, ao problema das lacunas do direito, enfim, à questão da efetividade das normas.¹⁰⁰

Tais correntes, de cunho predominantemente sociológico (escolas de livre pesquisa do direito, do direito livre¹⁰¹, da livre indagação do direito, jurisprudência dos

⁹⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 265-266.

⁹⁹ “Com tudo isto, era natural que a serenidade olímpica da pandectística — no seu ideal de construir um direito ‘separado da sociedade’ e atento apenas ao rigor construtivo — começasse a chocar os espíritos mais atentos ao devir da sociedade e às prementes exigências ‘da vida’. Ou seja, a vida começa a deixar de caber no discurso que os juristas faziam sobre ela” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 286), da mesma forma que ocorrera com a Escola da Exegese.

¹⁰⁰ O próprio IHERING, antes conceitualista, passou a ser um dos críticos mais ferrenhos daquela postura.

¹⁰¹ “A Escola do Direito Livre constitui um movimento de contestação mais radical, quer do positivismo conceitual quer do positivismo lógico, em nome da atribuição ao juiz de uma maior capacidade de conformação do direito. Na sua origem está a constatação...de que o juiz, no processo de achamento da solução jurídica, parte do seu sentido de justiça (*Rechtsgefühl*) e não da lei”, de maneira que, com base nos pensamentos de Ernst Fuchs (1858-1929), Hermann Kantorowicz (1877-1940) e Eugen Ehrlich (1862-1922), as críticas aos modelos oitocentistas ganharam “...uma maior consistência teórica” relativamente “...às propostas de problematização ou abandono do modelo estadual, legalista e racionalista do direito, a caminho de uma fundamentação ‘livre’, fundada na sensibilidade jurídica comunitária, auscultada, caso a caso pelo juiz.

Esta idéia de que os juristas decidem com base na sua sensibilidade, só depois encontrando argumentos racionais ou fundamentos legais corresponde ao sendo comum dos juristas, ainda hoje. Mas, no contexto histórico a que nos referimos, esta insistência no caráter ‘pessoal’ e ‘não racional’ da decisão não pode ser desligado, por um lado, da crise do conceitualismo da pandectística, mas, também, num âmbito mais geral, de correntes filosóficas de crítica ao racionalismo, que afirmavam o primado da sensibilidade (intuição), da vontade ou da ação (*élan vital*) como forma de realização do homem, ou o caráter político (*i.e.*, radicado na vontade de poder) de todos os valores.

O extremismo das posições metodológicas da Escola do Direito Livre foi matizado pela limitação desta

interesses¹⁰², como foram denominadas), passam a reduzir a dimensão do direito aos fatos, de forma semelhante ao que a escola da exegese fizera com o direito em relação à lei escrita.

Para os adeptos dessas correntes, “...o juiz é como que legislador num pequenino domínio, o *domínio do caso concreto*”¹⁰³, porém aqui as leis não têm mais aquele

liberdade de criação do direito aos casos em que existissem lacunas da lei. Em todo caso, os seguidores deste movimento insistiam em que existia uma lacuna sempre que a interpretação da lei não fosse clara e inequívoca, pelo que, na prática, ‘tantas lacunas quantas as palavras da lei’ (H. Kantorowicz).

Por isso, este movimento — além de ter sido tido como bastante estranho, nos seus interesses e métodos, ao mundo dos juristas — foi sempre considerado como subversivo para a certeza e segurança do direito e da própria comunidade jurídica.

Não pode, contudo, deixar de se sublinhar a ênfase que este movimento deu à natureza política da decisão do juiz (do jurista), insistindo na responsabilização pessoal que lhe está inerente e, com isto, no compromisso ético e social do juiz quando decide, compromisso que tinha sido escamoteado pelo positivismo, ao apresentar o juiz como autônomo executor da lei ou dos princípios científicos do direito. Tal como ocorre, na visão protestante da fé e da salvação, o jurista decide livremente e, nessa decisão, ao mesmo tempo que afirma convicções, compromete o seu destino pessoal.

Mas este decisionismo, que identifica os valores jurídicos como produtos de uma afirmação (proposição) política deu também cobertura à teoria jurídica do nazismo e do fascismo, para as quais o direito, mais do que uma ordem racional, é uma manifestação de vontade e uma ordem de poder”, ...nomeadamente, “...o decisionismo político e jurídico de Carl Schmitt (1888-1985), o mais brilhante e mais consistente dos juristas desta corrente, para o qual o direito consistia numa afirmação dos valores dos compatriotas (*Volksgenossen*) contra os estranhos (*Fremde*). Ao Estado, como ‘novo Príncipe’, cabia a afirmação destes valores, por meio da lei, mas eventualmente contra a lei, se esta estorvasse conjuntamente os interesses coletivos...” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 288-290).

¹⁰² “A ‘jurisprudência dos interesses’ tem, em certa medida, um alcance menos ambicioso do que a jurisprudência teleológica de Jhering (ou a ‘Escola Livre do Direito’). Enquanto que estas davam alguma abertura em relação a formas antilegalistas de ‘encontrar’ o direito, a jurisprudência dos interesses aceita basicamente os pressupostos do positivismo legal e tenta apenas resolver um problema ‘limitado’, a que já o construtivismo pandectista tinha tentado responder — o problema das lacunas do ordenamento legal — que as grandes mudanças sociais e políticas dos finais do século XIX e inícios do século XX, incompletamente cobertas pela legislação, tinham tornado ainda mais evidente.

Na verdade, a sua proposta de base é a de que, constituindo qualquer caso jurídico um conflito de interesses, a decisão a atingir se deve basear numa adequada ponderação desses interesses e não a partir da dedução conceitual. Os conceitos teriam uma função apenas heurística e didática. Constituiriam fórmulas sintéticas com auxílio das quais poderia ser descrita a forma típica ou usual de obter a correta ponderação dos interesses num determinado tipo de casos. E, por isso, sugeririam provisoriamente uma abordagem do problema a resolver. Mas — ao contrário do que pretendia a jurisprudência dos conceitos — não teriam qualquer função decisiva no achamento da decisão jurídica. Daí que esta corrente critique o método dedutivo-conceitual como uma inversão (‘método da inversão’, *Umkehrunsmethode*), pois coloca no ponto de partida da invenção jurídica o que devia estar no fim.

Se crítica o conceitualismo, a jurisprudência dos interesses mantêm-se nos quadros do legalismo, pois a ponderação dos interesses adequada é feita equivar à ponderação que se guie pelos critérios de avaliação explícita ou implicitamente feita na lei. Embora não se esteja a decidir de acordo com a letra da lei (porque ela não prevê de todo ou não prevê em termos claros o caso), está-se pelo menos a respeitar a avaliação dos interesses legalmente estabelecidos e a partir dela um construtivismo de outro tipo. Não o da dedução conceitual, típico da pandectística, mas o da análise das valorações legais e da sua extensão a casos não previstos. Trata-se, por isso, de um construtivismo de base mais apertadamente legalista do que o do conceitualismo, até porque não deixa de se reconhecer na lei a única fonte de direito (*i.e.*, a única ponderação legítima dos interesses) e de se insistir no dever de obediência dos juízes à lei. Só que esta obediência teria que ser, para utilizar uma expressão do próprio Ph. Heck, uma ‘obediência inteligente’ (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 290-291).

¹⁰³ REALE, M. Obra citada, p. 291.

caráter perene, pois devendo se adaptar aos novos fatos sociais que surgem, por vezes se tornam obsoletas diante da incapacidade de atender a novas demandas.

Daí a postura de KIRCHMANN, por exemplo, ao afirmar — com um duro golpe contra o positivismo dos conceitos, que “três palavras do legislador e bibliotecas inteiras se convertem em papéis inúteis”¹⁰⁴.

4.2 A Crítica de Marx

Das posturas sociológicas — em que predominam as análises fáticas na interpretação das normas — certamente é a crítica de Karl MARX (1818-1883) aquela que mais gerou influências no século XX, ainda que o objeto central da análise marxiana não tenha sido propriamente o direito.¹⁰⁵

A postura sociológica vê no direito “...muito mais a expressão de realidades sociais, econômicas e políticas, do que como a expressão de uma vontade de dirigir e orientar estas mesmas realidades”.¹⁰⁶

Ainda segundo PERELMAN, a postura que reduz o direito à sociologia, segundo a qual as regras de direito decorrem de fenômenos naturais alheios à vontade dos homens, traz como inconvenientes, dada a separação rígida entre direito e fato, as excessivas concessões ao arbítrio do juiz, além do desprezo da regra formal de justiça¹⁰⁷, e, ainda, a recusa de toda referência a juízos de valor.¹⁰⁸

Os sociologismos não admitem, por exemplo, que a opção por normatizar este ou aquele comportamento está revestido de um caráter voluntário, pois as *opções* são determinadas de antemão por fatores sociais alheios à vontade dos homens.

Assim, as valorações, inclusive aquelas universalizadas no processo de criação de normas, estariam dissociadas da vida cotidiana, entendida aqui como *Lebenswelt* ou *mundo da vida comum*, de acordo com a filosofia de HUSSERL que, conforme aduz

¹⁰⁴ “*Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur*” (“três palavras corretoras do legislador e bibliotecas inteiras tornam-se maculatura”), citado por FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Obra citada, p. 151-152.

¹⁰⁵ Embora se saiba, conforme aduz Antônio Manuel HESPANHA, que “K. MARX (1818-1883) foi, desde o século passado até hoje, o inspirador mais contínuo da crítica ao pensamento jurídico dominante” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 315).

¹⁰⁶ PERELMAN, C. Obra citada, p. 94.

¹⁰⁷ Essa regra requer um tratamento igual para situações semelhantes.

¹⁰⁸ Cf. PERELMAN, C. Obra citada, p. 94.

Miguel REALE, é assim definida:

“ Por *Lebenswelt*, inspirando-me em Husserl, entendo o complexo das formas de ser, de pensar e de agir *não categorizadas* (isto é, não estadeadas em *formas objetivas*, como as das artes e das ciências) que condiciona, como consciência histórico-transcendental, a vida comunitária e a vigência de suas valorações, muitas delas devidas ao refluxo ou reflexo das *formas objetivas* no plano da vivência coletiva. Não se trata, note-se bem, de um estágio larvar ou incipiente destinado a evoluir para formas categorizadas superiores, mas sim de uma *condição existencial constante*, a qual varia incessantemente de conteúdo, mas nunca deixa de existir como *o grande envolvente social*, no qual acham-se imersos os indivíduos com suas obras e instituições.”¹⁰⁹

Para HUSSERL, ao contrário dos sociologismos, todo valor implica uma tomada de posição do espírito, levando a uma nossa atitude positiva ou negativa que implicará a “...noção de *dever* (...) e a razão legitimadora do ato”.¹¹⁰ Essa concepção Husserliana é sintetizada por Antonio PAIM da seguinte forma:

“ A intencionalidade da consciência significa que conhecer é sempre conhecer algo. Não cabe, portanto, nenhum dualismo abstrato entre natureza e espírito, como se fossem duas instâncias em si conclusas, quando o estabelecimento da correlação transcendental sujeito-objeto impede se reduza a natureza ao espírito e vice-versa. Algo haverá sempre a ser convertido em objeto, alguma coisa haverá sempre além do que recebeu doação de sentido de parte do espírito. Nem se exaure em qualquer experiência particular o poder constitutivo de sínteses doadoras de sentido.”¹¹¹

Para a filosofia de MARX, o ponto de vista acima seria apenas uma construção mental que se limita a interpretar a realidade sem no entanto ter a capacidade de transformá-la, ou seja, o estado de dominação persistiria sem alterações.

Nesse sentido vale aqui a apropriação do mesmo raciocínio utilizado por MARX na sua undécima crítica a FEUERBACH: os críticos limitaram-se a interpretar o direito de diferentes formas, mas o que interessa mesmo é dotá-lo de instrumentos capazes de transformar a realidade.

Enquanto para FEUERBACH basta uma modificação e correção no interior de nossa consciência para a eliminação do erro provocado pela alienação, em que a libertação do homem consistiria simplesmente na crítica da religião, MARX demonstra que essa atitude se limita a interpretar o mundo de um modo diferente, o qual continuaria a subsistir tal como é na sua efetiva realidade.

¹⁰⁹ REALE, Miguel. **O Direito como experiência**, p. XXVII.

¹¹⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, p. 543.

¹¹¹ PAIM, Antonio. **História das idéias filosóficas no Brasil**, p. 421-422.

MARX não abandona a observação empírica, ao contrário, pretende a exercer do modo mais rigoroso possível. Daí distingue os homens dos animais, por serem aqueles produtores dos seus meios de subsistência nos aspectos materiais da vida e por ser esta social e não isolada. Verifica também que as relações de produção exprimem-se de modo mais perceptível nas *relações de propriedade*.¹¹²

Para MARX, O conjunto das relações de produção constitui a *estrutura* econômica de cada uma das diferentes sociedades, sendo que a produção passa a ser considerada a essência do homem e, exatamente por isso, a essência do homem é histórica.

Sob esse prisma, a estrutura econômica da sociedade, que é constituída pelas relações de produção, é a *base real* sobre a qual é construída a *superestrutura da consciência*.¹¹³

Na concepção marxiana, portanto, o homem produz e transforma os próprios pensamentos acerca do mundo e da história real relativamente ao modo como, na sua atividade prática, transforma o mundo. Daí a ideologia, que está inserida na moral, na religião, na metafísica, na filosofia, no direito, na política e em todas as *superestruturas* em geral.¹¹⁴

O cerne da questão não está na forma, equivocada ou não, de interpretar as coisas, mas na capacidade de transformar a realidade.

Para MARX, que pretendia fazer ver que as concepções de mundo existentes eram determinadas pelo conjunto das relações de produção material, a crítica deveria ser transformadora, pois a mesma “...não arranca as flores imaginárias dos grilhões

¹¹² “...o processo histórico era explicável pela dinâmica gerada pela oposição de grupos sociais (‘classes’) cuja existência conflitual era explicada pelo fato de o controle da produção dos bens materiais estar desigualmente repartido entre os homens. Do fato de uns possuírem esse controle e outros estarem dele privados decorreria uma dinâmica social (‘luta de classes’), na qual a classe dominante tentava manter e perpetuar a sua posição hegemônica, contra os esforços da classe dominada para se emancipar. Nesta luta ‘total’, todos os meios, desde o poder econômico até à ideologia, eram utilizados. Pelo que, em última instância, todas as manifestações da história do homem se explicariam por esta tensão fundamental gerada pela forma de organizar socialmente a produção (‘modo de produção’)” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 315).

¹¹³ Para MARX, não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, pelo contrário, o seu ser social que determina a sua consciência.

¹¹⁴ “Quanto à questão da natureza social do direito, o marxismo aplica aqui a sua teoria geral de que todas as manifestações da vida social são determinadas pela organização social da produção (‘modo de produção’), ou seja, pelo modo como os homens se relacionam para levar a cabo a produção de bens materiais (‘materialismo histórico’). O direito — quer as leis quer as proposições doutrinárias — tal como a cultura ou a arte, refletiria esse nível fundamental (‘infra-estrutura’) da organização social, defendendo os interesses e exprimindo os pontos de vista das classes aí dominantes. Ou seja, o direito não seria algo de natural ou de ideal, mas antes uma ordem socialmente comprometida, um instrumento de classe” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 316).

para que o homem não suporte os grilhões sem fantasias e consolo, mas para que se livre delas e possam brotar as flores vivas. Não podereis superar a filosofia sem realizá-la”.¹¹⁵

A interpretação jurídica surgida a partir do iluminismo¹¹⁶ teria contribuído para que a história do direito se confundisse com a história da dominação e, por isso mesmo, teria estado distante do ideal de justiça.¹¹⁷ Vale dizer que, em virtude disso, as ideologias teriam sido bem sucedidas ao incutirem na sociedade que a realização do direito implica a realização da justiça. Assim a dominação se justifica. Nesse sentido, veja-se o que diz Marilena CHAUI:

“ A divisão social do trabalho, ao separar os homens em proprietários e não proprietários, dá aos primeiros poder sobre os segundos. Estes são explorados economicamente e dominados politicamente. Estamos diante de classes sociais e da dominação de uma classe por outra. Ora, a classe que explora economicamente só poderá manter seus privilégios se dominar politicamente e, portanto, se dispuser de instrumentos para essa dominação. Esses instrumentos são dois: o Estado e a ideologia.

Através do Estado, a classe dominante monta um aparelho de coerção e de repressão social que lhe permite exercer o poder sobre toda a sociedade, fazendo-a submeter-se às regras políticas. O grande instrumento do Estado é o Direito, isto é, o estabelecimento das leis que regulam as relações sociais em proveito dos dominantes. Através do Direito, o Estado aparece como legal, ou seja, como ‘Estado de direito’. O papel do Direito ou das leis é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa sua realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com que o *legal apareça para os homens como legítimo*, isto é, como justo e bom. Assim, a ideologia substitui a realidade do Estado pela *idéia do Estado* — ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela idéia de interesse geral encarnado pelo Estado. E substitui a realidade do Direito pela *idéia do Direito* — ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou idéias dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos.”¹¹⁸

¹¹⁵ MARX, Karl. **Contribuição à crítica da filosofia do direito de hegel**, p. 78.

¹¹⁶ “Já se vê que uma teoria deste tipo não podia deixar de eleger o idealismo e o formalismo das escolas clássicas do pensamento jurídico oitocentista (nomeadamente, o jusnaturalismo herdado do iluminismo ou o conceitualismo pandectista) como um alvo central de crítica. De fato, o mais característico destas escolas é o fato de apresentarem o direito como um sistema de princípios e conceitos produzidos pela razão e, nesse sentido, libertos, se não da história, pelo menos das contradições sociais. As categorias jurídicas, como as do pensamento em geral, seriam ‘naturais’ e, por isso, partilháveis por todos os membros da sociedade. As soluções do direito seriam ‘técnicas’, constituindo respostas neutras e científicas aos conflitos de interesses. Os juristas seriam engenheiros, politicamente descomprometidos do social, falando a linguagem de uma ciência rigorosa. Finalmente, o Estado, o pai da legislação e o garante do direito, seria a encarnação do interesse geral, obedientemente dirigido pela lei-vontade geral, geral e abstratamente (*i.e.*, igualmente) aplicada a todos.

Tudo isto é decididamente posto em causa por K. Marx, ao definir o direito como um fato essencialmente classista, por meio do qual os grupos dominantes exercem o seu poder sobre os demais e o perpetuam” (HESPANHA, Antônio Manuel. Obra citada, p. 316).

¹¹⁷ Aqui não se trata de justiça formal, mas material.

¹¹⁸ CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia**, p. 90-91. Posição semelhante já era adotada pelos sofistas

Para MARX, portanto, o direito, como instrumento de dominação, era posto como um ente desprendido da realidade, *sagrado*, o qual deveria ser respeitado cegamente e sem a possibilidade de mudanças.

Assim, quando uma sociedade admite como corretas as normas vigentes, as quais são invariavelmente mantenedoras do estado de dominação de uns poucos sobre muitos, tem-se que o controle social exercido sobre essa sociedade é eficaz, a ponto de as contradições existentes serem ocultadas, de modo bem sucedido, pela ideologia que teoricamente justifica a dominação.

E, por controle social se deve entender o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados em cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo.

Com efeito, para MARX, enquanto os homens forem incapazes de resolver as contradições existentes na prática, tenderão a projetá-las nas formas ideológicas de consciência, isto é, em soluções puramente intelectuais que ocultam efetivamente a existência e o caráter dessas contradições. “Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência”¹¹⁹, ou melhor, não é a consciência dos homens que determina a sua existência social, mas esta é que determina a consciência do modo como concebem a realidade. A consciência e o pensar são produzidos pelas interpretações dadas pelo processo histórico. Não é o pensar que determina o processo histórico, mas este é que determina o pensar.

Dessa forma, segundo esse entendimento, os homens seriam produtores dos seus meios de subsistência nos aspectos materiais da vida, por isso não estariam isolados e interagiriam socialmente. Em todas as sociedades o conjunto das relações de produção constituiria a sua estrutura econômica. As condições de subsistência seriam determinadas pelo modo como o homem produz seus meios de vida que, por sua vez, condicionam a produção

que, segundo noticia Alf ROSS, entendiam que as “...leis humanas são a corporificação do poder arbitrário dos governantes. Todo governante produz leis que lhe são proveitosas e chama de justo aquilo que serve aos seus próprios interesses. A doutrina da justiça imanente às leis não passa de uma capa astuciosa que encobre o predomínio da força” (ROSS, A. Obra citada, p. 275).

¹¹⁹ MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**, p. 193.

intelectual.

Porém, segundo MARX, em determinado momento histórico os meios de subsistência passaram a ser controlados por alguns, sendo que os demais foram alienados do processo produtivo à medida que foram dissociados do produto de seu trabalho, o qual passou a pertencer à classe dominante. Dessa contradição surge a propriedade privada dos meios de produção, a qual seria a base da dominação de uma classe sobre outra.

No plano intelectual, essa contradição seria ocultada pela ideologia e sustentada pelas superestruturas, dentre as quais o direito. Essa uma breve descrição do pensamento de MARX, em que se vê claramente as razões pelas quais a sua crítica tenha se voltado, no plano jurídico, contra o positivismo jurídico que teve lugar no século XIX, seja em sua vertente legalista, seja em sua vertente pandectística.

5. Considerações Finais

Enfim, ao positivismo jurídico que tentava se consolidar no século XIX foram contrapostas críticas dos mais diversos matizes. O efeito disso foi o de o século XX ter recebido como herança as mais variadas teorias jurídicas, as quais estavam fortemente impregnadas de ingredientes políticos, religiosos e morais¹²⁰, fruto da incessante tentativa de se atingir a justiça através do direito.

Deveras, diante das muitas críticas sofridas no final do século XIX, o positivismo jurídico chega ao século XX quase que desfigurado, sendo essa a grande causa que impulsionou a Hans KELSEN no sentido de tentar *purificar* o objeto da ciência do direito de tudo aquilo que a ela fosse considerado estranho, pois, segundo esse autor, uma “...das tarefas mais importantes de uma teoria geral do direito seria determinar a realidade específica do seu objeto”¹²¹.

Sendo assim, KELSEN:

“...apresenta o direito como um sistema hierarquizado de normas, que difere de um sistema puramente formal pelo fato de a norma inferior não ser deduzida da norma superior mediante transformações puramente formais, como na lógica ou nas matemáticas, mas mediante a determinação das condições segundo as quais poderá

¹²⁰ “...um relance de olhos sobre a ciência jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decurso dos sécs. XIX e XX, mostra claramente quão longe ela está de satisfazer à exigência da pureza. De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, p. 1).

¹²¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, prefácio, p. XXIX.

ser autorizada a criação de normas inferiores, dependendo a eficácia do sistema da adesão pressuposta a uma norma fundamental, a *Grundnorm*, que será a Constituição original.

Contrariamente a um sistema formal, que é puramente estático, o direito será concebido como um sistema dinâmico, a norma superior que determina o quadro em que aquele a quem é conferida a autoridade de exercer um poder legal, legislativo, executivo ou judiciário pode escolher livremente uma linha de conduta, desde que não saia dos limites fixados pela norma superior”.¹²²

Quanto a esse aspecto, em que se terá a norma fundamental¹²³ como “...o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento”¹²⁴ atuando num sistema dinâmico, as normas serão consideradas válidas desde que provenientes de uma autoridade competente (indicada pelo próprio ordenamento) e que retirem seu fundamento de validade de uma norma superior, obedecendo aos procedimentos (também indicados pelo sistema). A validade das normas, portanto, independerá do seu conteúdo, fato esse que, após a Segunda Guerra Mundial¹²⁵, trará novamente à tona a questão da legitimidade¹²⁶ do poder instituidor de um ordenamento, que voltará a ser também um problema jurídico.

A teoria de KELSEN terá uma postura cética ao admitir a tese de que, quando houver a possibilidade de interpretações divergentes de uma mesma norma, caberá ao

¹²² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**, p. 91-92.

¹²³ As doutrinas positivistas mais desenvolvidas utilizam como critério de identificação do sistema jurídico uma norma chave. Tal é o caso da norma fundamental de Hans KELSEN ou a regra de reconhecimento de Herbert HART. A regra de reconhecimento de HART consiste em uma prática social que estabelece que as normas que satisfazem certa condição são válidas. Cada sistema normativo tem sua própria regra de reconhecimento e seu conteúdo varia e é uma questão empírica. Há sistemas normativos que reconhecem como fonte do direito um livro sagrado, ou a lei, ou os costumes, ou várias fontes ao mesmo tempo. A regra de reconhecimento é o critério utilizado por HART para identificar um sistema jurídico e fundamentar a validade de todas as regras dela derivadas. O teste de validade consiste em verificar se uma regra existe, se ela é válida perante a regra de reconhecimento, pois, repita-se, é dela que todas as regras devem retirar seu fundamento de validade.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 62.

¹²⁵ Muitos oficiais nazistas, em suas defesas no Tribunal de Nuremberg, invocaram a teoria de KELSEN com o fito de demonstrar que agiram dentro da legalidade, haja vista que as normas discriminatórias a que deram efetividade haviam sido validamente postas no ordenamento jurídico alemão, ou seja, estavam apenas cumprindo ordens, de tal modo que, se acaso não as tivessem cumprido, aí sim é que haveria ilicitude capaz de os condenar.

¹²⁶ Por legitimidade adota-se aqui a mesma noção concebida por Maria Celeste dos SANTOS, que aduz: “Na linguagem jurídica usual, as palavras legalidade e legitimidade não têm um significado claramente definido e diferenciado; fala-se indiscriminadamente de legalidade e de legitimidade para assinalar a conformidade de determinadas atividades do Estado com as normas vigentes do ordenamento jurídico. Para evitar equívocos usamos a expressão legitimidade para indicar, em termos gerais, o critério de justificação do poder, o ‘título’ em virtude do qual este dita seus comandos e exige a obediência por parte daqueles a quem se dirige e que, por sua vez, se consideram ‘obrigados’ por ele.

Nesse sentido, a legitimidade se transforma em questão de legitimação e pressupõe a legalidade, isto é, a existência de um ordenamento jurídico e de um poder que dita comandos de conformidade com suas próprias disposições. A legitimidade, portanto, justifica a legalidade, posto que confere ao poder o carisma de autoridade: é um signo que se acresce à denominação, a força que o Estado exerce em ‘nome da lei’” (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Poder jurídico e violência simbólica**, p. 111-112).

intérprete a tarefa de eleger, com discricionarietà, a solução que lhe pareça a melhor, isso porque a ciência do direito, para ele, não seria capaz de fornecer critérios seguros de decisão:

“...qualificado para agir legalmente, e na medida em que se conforma às regras prescritas, o legislador, o administrador público ou o juiz têm liberdade de ação, o legislador tem liberdade para votar qualquer lei que não seja contrária às normas superiores, o juiz, encarregado de dizer o direito nos casos particulares, tem liberdade de escolher como melhor lhe pareça entre as interpretações admissíveis de um dado texto.

A teoria pura do direito, tal como Kelsen a elaborou, deveria, para permanecer científica, eliminar de seu campo de investigação qualquer referência a juízos de valor, a idéia da justiça, ao direito natural, e a tudo o que concerne à moral, à política ou à ideologia. A ciência do direito se preocupará com condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos, com sua conformidade às normas que os autoriza. Kelsen reconhecia, sem dúvida, que o juiz não é um mero autômato, na medida em que as leis que aplica, permitindo diversas interpretações, dão-lhe certa latitude, mas a escolha entre essas interpretações depende, não da ciência do direito nem do conhecimento, mas de uma vontade livre e arbitrária, que uma pesquisa científica, que se quer objetiva e alheia a qualquer juízo de valor, não pode guiar de modo algum.”¹²⁷

Os problemas do positivismo jurídico postos acima (que não se restringem à teoria de KELSEN, mas também englobam à de Norberto BOBBIO e, principalmente, à de Herbert HART): o da legitimidade em relação à legalidade; e o da discricionarietà em relação à legalidade, acabaram por gerar os mais interessantes, e quiçá mais importantes, debates jusfilosóficos da atualidade.¹²⁸

Enfim, o presente trabalho procurou salientar, logo de início, a importância que o problema da justiça ocupa no pensamento jurídico, a cujo respeito a filosofia kelseniana, havia tentado afastar do espectro de preocupações dos juristas.

A partir dessas considerações, foi percorrido o caminho, com ênfase nas relações entre direito e moral, que moldou o positivismo jurídico do século XIX e, em consequência, as teorias críticas que contra ele foram dirigidas; para, ao final, dada a *recriação* do cenário jurídico encontrado por KELSEN no início do século XX, voltar os olhos ao seu pensamento a fim de melhor transitar pelo lugar de onde falava esse autor, com vistas a abrir espaço para que o leitor tenha uma melhor compreensão do positivismo jurídico que veio a se sedimentar nos desenvolvimentos jusfilosóficos que se seguiram à doutrina de

¹²⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**, p. 92-93.

¹²⁸ O que se procura é superar o ponto de vista positivista em que o direito prevalece sobre a moral. Pretende-se encontrar um fundamento (moral) ao direito sem recorrer, no entanto, ao direito natural.

KELSEN, no século XX, em cujo âmago a moral — ainda que afastada do jusnaturalismo — tem podido ser reasentada.

6. Referências Bibliográficas

- ABELLÁN, Marina Gascón. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid: Tecnos, 1993.
- ARISTÓTELES. **Ética a nicômacos**. 3. ed. Tradução de Mário da Gama Kury, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.
- BOBBIO, Norberto. **El objeto de la jurisprudencia y la jurisprudencia como análisis del language: contribución a la teoría del derecho**. 2. ed. Madrid: Debate, 1990.
- _____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoría general del derecho**. 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 3. reimpressão, 1999.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.
- BOITEUX, Elza Antônia Pereira Cunha. **O significado perdido da função de julgar**. São Paulo, 1990. Tese (Doutorado em Direito). Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. 135 p.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. 30. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- FERRATER MORA, José. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Maria Stela Gonçalves, Adail U. Sobral, Marcos Bagno, Nicolás Nyimi Campanário, São Paulo: Loyola, 2001, 4 v.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GIANNOTTI, José Arthur. **Kant e o espaço da história universal**. In: *Revista Discurso* nº 10, CEBRAP, São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1979.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. 3. ed., Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 2003.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. In: *Os Pensadores*. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo: Nova Cultural, 1997.

- KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. 8. ed. Tradução de M. García Morente, Madrid: Espasa-Calpe, 1983.
- KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. 2. ed. Tradução de Sérgio Tellaroli, São Paulo: Martins fontes, 1998.
- _____. **A justiça e o direito natural**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado, Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- _____. **O problema da justiça**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. **O que é justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges, Vera Barkow, São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **Teoria pura do direito**. 5. ed. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- MARX, Karl. **Contribuição à crítica da filosofia do direito de hegel**. In: *Manuscritos Econômico-Filosóficos*, Tradução de Artur Morão, Lisboa: Edições 70, [s.d.].
- _____. **Crítica da filosofia do direito de hegel**. Tradução de Conceição Jardim, Eduardo Lúcio Nogueira, Lisboa: Presença, [s.d.].
- MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. In: FERNANDES, Florestan (Org.). *Marx/Engels*, São Paulo: Ática, 1983.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 7. reimpressão, 1999.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.
- PAIM, Antonio. **História das idéias filosóficas no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Editora Grijalbo, 1974.
- PERELMAN, Cháim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Tradução de Luis Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1. reimpressão, 1988.

- RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la ciencia del derecho**. Tradução de Luis Recasens Siches, Madrid: 1930.
- _____. **Relativismo y derecho**. Tradução de Luis Villar Borda, Bogotá: Temis, 1. reimpressão, 1999.
- REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. **Filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução de Edmir Missio, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROSS, Alf Niels Christian. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini, Bauru: Edipro, 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: ou princípios do direito político**. *In: Os Pensadores*. Vol. 1. Tradução de Lourdes Santos Machado, São Paulo: Nova Cultural, 1997. 2 v.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Poder jurídico e violência simbólica**. São Paulo: Cultural Paulista, 1985.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.
- ZANONNI, Eduardo A. **Crisis de la razón jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1980.