
Tradução¹

O Sentido do Direito²

Helmut Coing³

I

A finalidade da *teoria pura do direito* é desenvolver uma ciência do direito que prescindia de todo método sociológico, ético ou político. Referida teoria busca o método que corresponda à essência específica do direito em sua particularidade, em contraste com outros fenômenos da realidade espiritual, como a ética. Um método no qual se manifesta esta particularidade. A teoria encontra esta essência na natureza específica da norma jurídica como uma norma hipotética coercitiva. O método jurídico puro consiste em descobrir este fato e investigar a unidade do sistema de normas coercitivas. Não lhe interessa o conteúdo das normas jurídicas, já que é indefinido e infinitamente variável.

Na base desta teoria encontra-se, apesar de (ou, no fundo, precisamente *por causa de*) seu caráter puramente formal, uma concepção muito bem definida da essência do direito e da possibilidade de seu conhecimento. Pode-se precisa-la do seguinte modo:

¹ Tradução para a língua portuguesa de Marcus Vinícius Xavier de Oliveira Professor Adjunto da Universidade Federal de Rondônia. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Tradutor. E-mail advmarcusvinicius@gmail.com marcusoliveira@unir.br.

² Este ensaio foi publicado no livro *Forum der Rechtsphilosophie* sob o título *Vom Sinngehalt des Rechtes*, editado pela Balduin Pick Verlag, Köln, 1950. A presente tradução foi feita a partir da versão em espanhol publicada no livro COING, Helmut. **El sentido del derecho**, trad. Roberto Hartmann y Jose Luiz Gonzales, Ciudad de Mexico: UNAM, 1959, pp. 5-20.

³ Helmut Coing (1912-2000) foi um dos mais destacados juristas alemães do século XX, tendo desenvolvido pesquisas nas áreas do Direito Privado, Direito Romano, Filosofia do Direito e Direito Privado Europeu. Obteve seu doutorado em 1938, na Universidade de Frankfurt am Main, na qual, depois, veio a ocupar das cadeiras de Direito Civil e Direito Romano. Foi Reitor desta Universidade entre os anos de 1955/1956 e 1956/1957. Em 1964 ele fundou o Instituto Max Plank de História do Direito Europeu. Entre 1984-1992 ocupou o cargo de Chanceler da Ordem *Pour le Mérite* para as Ciências e as Artes. Dentre os diversos livros que publicou, destacam-se os seguintes: *Die obersten Grundsätze des Rechts*, 1947; *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950 (4. Auflage 1985; 5. Auflage 1993), com tradução para o português pela Sérgio Antônio Fabris; *Römisches Recht in Deutschland*, 1964; *Europäisches Privatrecht 1500-1800*, 1985; *Europäisches Privatrecht 1800-1914*, 1989; *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947-1975*, 2 Bände, 1982.

1) o direito é um aparato coercitivo para qualquer finalidade. É uma ordem de poder e autoridade;

2) os conteúdos morais, em particular a justiça, são, com toda probabilidade, uma ilusão, uma 'ideologia', e, de qualquer modo, racionalmente incompreensíveis;

3) nenhum conteúdo específico de índole moral ou sociológica está ajustado com o direito por sua essência.

A teoria pura do direito, então, parte de concepções muito concretas do direito. Tampouco creio – como Kunz – e como ele, aparentemente muitos dos seguidores de Kelsen – que a teoria possa prescindir destas pressuposições. O método científico é válido quando alcança o conhecimento do assunto ao qual é aplicado, apresentando a sua essência com a maior compreensão possível. A teoria pura do direito afirma corresponder, dessa maneira, a essência do direito, e é o único método possível e especificamente científico para investigar o fenômeno do direito em geral (em contraste com os direitos positivos individuais). Esta afirmação, no entanto, somente se justifica se também as suas próprias teses sobre o direito forem corretas. Se fosse possível uma aproximação científica do significado do direito e se se pudesse constatar um conteúdo típico, então o método da teoria pura do direito demonstraria ser inadequado. Particularmente a ideia de um método 'puramente jurídico' se tornaria problemático se se pudesse demonstrar a existência de significados éticos essencialmente conectados com o direito. Por que – se poderia perguntar – haveria de se usar um método para o conhecimento do direito que excluísse todos os pontos de vistas éticos, se tais significados éticos pertencem essencialmente ao conteúdo do direito?

As proposições das quais parte a teoria pura do direito correspondem à concepção que o positivismo em geral tem desenvolvido sobre o direito. Ainda que o ponto de partida da teoria pura do direito seja particular – em suas proposições, sobretudo em sua negação absoluta de um significado ético no direito, em sua suspicácia fundamental contra a existência cognoscível de valores morais em geral, em sua inclinação a reduzir

todo o direito ao poder do estado (como um dado real positivo) – a teoria pura do direito concorda com o positivismo. Sua luta contra a concepção ética no direito está conectada com a luta que o positivismo leva a cabo contra a metafísica em geral. O filósofo do positivismo, Comte, havia proclamado a substituição da metafísica pela ciência, no sentido da ciência natural, como uma lei histórica. A jurisprudência tem acolhido esta ideia em sua luta contra a lei natural. O famoso ajuste de contas de Karl Bergbohm com a lei natural, em seu livro *Jurisprudência e Filosofia do Direito*, corresponde inteiramente a esta tendência geral do pensamento, querendo substituir o direito natural, como fundamentação do direito, por uma teoria geral do direito segundo o protótipo das ciências naturais, constituído empírica e indutivamente, livre da metafísica, que desenvolva os conceitos universais, formais e fundamentais do direito mediante a abstração. Como ponto de partida, Bergbohm quer aceitar somente fatos históricos e processos externos; as valorizações morais lhe são, quando menos, incognoscíveis. É verdade que a doutrina de Kelsen evita a aproximação de Bergbohm à ciência natural, aproximação que corresponde às tendências do positivismo em geral, a oposição entre ser e dever ser, entre investigação causal e descoberta das relações do dever dentro de um sistema de normas, o que é determinante para seu método. Entretanto, a imagem do direito na qual se baseia a teoria kelseniana tem essencialmente as mesmas feições que o positivismo. Não sem razão, o próprio Kelsen tem afirmado que a sua doutrina é a teoria do positivismo jurídico. É, em certo sentido, a satisfação da exigência de Bergbohm de uma teoria positiva do direito, livre da metafísica. Não é possível opor a esta teoria, como corretamente destaca Kunz, só postulados éticos. Não é possível rechaçar um método de conhecimento porque contradiz as metas práticas da política ou da educação. A ciência somente pode se perguntar se tal método é correto. A retidão do método tem que se demonstrar na fecundidade, isto é, na compreensão dos traços essenciais do objeto por ele contemplado. Este objeto é o direito (como fenômeno geral) e sua estrutura. O método de Kelsen, então, pode ser criticado somente se existir outro método científico que permita a aproximação do direito e do conhecimento em seus traços essenciais.

II

De fato dispomos de aludido método. Desde os dias em que Bergbohm cumpriu o seu ajuste de contas fundamental com o direito natural, a situação científica modificou significativamente. A hegemonia parcial do método das ciências naturais perdeu vigor. O reconhecimento fundamental da ciência moderna é que o ser tem muitos níveis e, por isso, para que se o conheça são necessários diversos métodos, cada um dos quais adequado a um determinado nível do ser. Além das ciências naturais, reconhecem-se as ciências do espírito, com seu método particular e seu estabelecimento de metas, e com métodos particulares de conhecimento que tornam cientificamente possível a compreensão dos conteúdos espirituais. Com relação à vida do espírito (objetivo e subjetivo), nos vemos limitados à escolha entre um tratamento inadequado, no sentido das ciências naturais, e um método crítico que ignora os conteúdos espirituais e se concentra somente na forma, caso não dispormos de métodos específicos para a investigação dos significados espirituais.

Este método das ciências do espírito baseia-se no reconhecimento de que a relação do homem com o psíquico-espiritual é diferente de sua relação com a natureza inanimada. Conquanto nos seja possível *explicar* os acontecimentos naturais em seus processos causais individuais, se bem que não o possamos compreender em seu significado, é-nos possível *compreender* o espírito em seu *significado*. Esta compreensão do significado – seja a ação de uma personalidade ou o conteúdo de uma obra espiritual – é possível porque o espírito humano tem uma estrutura igual em todas as partes, e isso lhe é possível somente em um número limitado de formas de expressão – circunstâncias nas quais se baseia a possibilidade geral da comunicação entre os homens. Cada uma dessas atribuições de significados se baseia numa valoração. A atividade humana carece de sentido quando não realiza nenhum valor, e carece de propósito quando nenhum valor significativo é cognoscível. E os valores que fazem possível a atribuição de significado não são dados imediatamente. Podemos demonstrar e descrever seu significado, por exemplo, o valor do santo, do justo etc. Por isso cabe desenvolver as diversas possibilidades da atribuição de significado em seu conteúdo valorativo apriorístico. Ao fazer isso, ao fazer viver dentro de nós mesmos o significado dos valores individuais sobre a base de nossa

própria vivência, ganhamos a possibilidade de compreender as obras espirituais e a vida espiritual vivendo-as dentro de nós mesmos. Obviamente, este método não alcança a exatidão do conhecimento da ciência natural, já que inclui muitos elementos pessoais, a “equação pessoal” fundada aqui na amplitude de nossa própria possibilidade de ter vivências e na profundidade de nossa vivência pessoal de valores possuir uma importância consideravelmente maior que na ciência natural. Contudo, o conhecimento não é, ao contrário, puramente subjetivo, pois é passível de verificação e repetição. O método da ciência do espírito se baseia nas compreensões da estrutura do espírito e da alma humanos. Conduz a uma compreensão do fenômeno individual histórico sobre a base das tendências universais e fundamentais do espírito e da alma humanos. Compreendemos o individual desde os fins que o ente espiritual pode delinear ou se propor em geral.

Mais especificamente têm-se aqui, desde logo, vários procedimentos de aproximação ao objeto. Além do procedimento propriamente histórico, que serve para a compreensão de uma individualidade histórica ou do sentido histórico (individual) de uma obra intelectual, está o exame do significado que referida obra tem objetiva e independentemente da finalidade histórica de seu autor. Podemos interpretar e entender um poema no sentido puramente histórico a partir do significado que lhe tenha dado o autor, e independentemente deste significado segundo seu conteúdo espiritual em geral. Assim, além da empatia histórica (a compreensão a partir da pessoa do autor) está, então, a compreensão sistemática (dogmática). Além disso, existe a crítica valorativa que examina uma obra intelectual segundo as finalidades a que aspira mediante a comparação do significado obtido com o conteúdo valorativo pretendido.

O direito é, seja qual for o modo pelo qual se julgue o seu conteúdo, indubitavelmente uma criação significativa do espírito humano. Por isso, somente pode ser conhecido pelos métodos da ciência do espírito. Isto também é admitido por Kelsen. Explica que a Jurisprudência trata da significação dos atos segundo normas, por isso a ciência do direito é uma ciência normativa. Desde este ponto de partida, Kelsen começa a estabelecer o problema da específica *estrutura* lógica das normas jurídicas. Aqui radica o ponto crítico decisivo de seu pensamento. Se o direito tem que ver com a significação dos atos segundo normas necessárias, é natural que surja a pergunta sobre qual seja o

significado específico destas normas. Iniciando-se com esta pergunta, se inicia a análise do significado do direito segundo a ciência do espírito. Mas aqui aparece em Kelsen o dogma antes mencionado da incognoscibilidade dos significados específicos no direito, o que bloqueia o caminho a uma análise mais ampla. O pensamento se desvia e a investigação da forma lógica vem a ocupar, exclusivamente, o proscênio. É preciso, então, examinar este dogma da incognoscibilidade das finalidades jurídicas.

III

Quando se delinea o problema do significado de um fenômeno como o direito, é difícil encerrar este significado numa fórmula. Um exame superficial basta para demonstrar que não há um único valor supremo do qual o direito receba a determinação de sua finalidade, seu sentido na existência humana, mas sim vários. A finalidade mais elementar do direito é a paz social mediante a ordem social. O direito pretende excluir a força e produzir a paz, mas não de modo que a vontade de viver e de poder dos indivíduos e dos grupos sociais sejam suprimidos pela força, mas de modo que a esfera vital de cada indivíduo e de cada grupo da comunidade jurídica se definam mutuamente segundo regras universais, a fim de que os conflitos possam ser decididos mediante juízos legais. O direito serve para a formação do eu, mas não sem consideração dos demais. O direito é, então, primordialmente, uma ordem limitativa das relações de poder social que torna possível a solução pacífica dos conflitos e que alcança, mediante tal solução, sua vitalidade e seu significado. Isto não diz nada sobre o conteúdo e as medidas desta ordem. Em primeiro lugar, esta não pode ser mais do que uma estabilização do *status quo* como, por exemplo, o demonstra de forma muito clara o direito internacional atual – ou mesmo o estabelecimento de certas regras limitativas da decisão pelas armas –, pense-se, por exemplo, no direito de paz e de trégua na Idade Média e nas regras do direito de guerra.

Esta ordem é sustentada por grupos individualmente definidos (tribos, povos, estados, comunidades religiosas e culturais). Quanto mais firme for a coesão do grupo, quanto mais firme for a organização, tanto maior será naturalmente a significação e a firmeza da ordem imposta e estabelecida pelo direito. Não obstante as ordens pouco eficazes como as do direito internacional moderno ou a ordem jurídica dos islandeses

que conhecemos nas sagas, existem aqueles que são apoiados pelo poder do estado vigorosamente organizado, e que por isso são eficazes quase automaticamente, como, por exemplo, a ordem do direito privado dos países europeus no século XIX. No entanto, o direito é sempre, em grande medida, a criação espiritual do grupo.

Estreitamente conectado com o propósito da paz, mas já o transcendendo, está o afã de segurança das posições conquistadas, o interesse na continuidade ou na estabilidade ativa do direito. Um dos esforços mais elementares do homem é o de escapar à sinistra insegurança da existência, fazer seu caminho compreensível, seguro e racional. O homem não quer estar perdido, quer superar a ansiedade de seu desamparo. Deseja que aquilo que conquista agora lhe dure até amanhã; busca evitar a mudança das coisas. O direito o ajuda neste afã, vez que é projetado para durar e é, em princípio, inviolável e digno de confiança. A ordem jurídica deve ser contínua e invariável, as resoluções judiciais em que se sustenta devem ser previsíveis, e uma vez emitidas devem ser irrevogáveis, assim se poderia descrever a meta da segurança jurídica, que se observa em muitos lugares da ordem jurídica. A inviolabilidade dos privilégios, a autoridade da coisa julgada, o efeito obrigatório dos contratos e das leis, o afã de clareza, racionalidade e compreensibilidade (condição pública) do direito, a proteção da confiança na chamada aparência jurídica, enfim, em todas as partes encontramos a ideia de *segurança jurídica*. O direito é também a expressão do afã de segurança quando serve para aumentar a solidez do poder e a continuidade da organização. A ordem da sucessão num estado monárquico deve servir à segurança da dinastia, a estabilidade do estado à continuidade da organização estatal, os privilégios sociais à conservação do poder social de uma classe.

No entanto, somente com a ânsia por segurança se descrevem completamente as tendências fundamentais ativas no direito. Em oposição às doutrinas do ceticismo, não se pode negar a existência de tendências morais no direito. A sentença do juiz deve ser justa. Este requisito se observa em todas as culturas, períodos e épocas. Juízes parciais e injustos tem havido sempre, mas não há nenhum povo que os tenha considerado ideais. Já o juiz homérico devia aplicar a lei retamente, *ἰθὺντατα* (*Ilíada*, XVIII-508). Isto, certamente se refere, em primeiro lugar, à atitude pessoal do juiz, mas também se

aplica, por sua vez, à própria ordem jurídica em que se baseia a sua decisão. Como poderia ser justo o juiz sem um direito justo? Ainda mais agora, que a justiça e a equidade de uma regra são frequentemente os critérios essenciais e decisivos para a interpretação e a crítica jurídicas. Para isto [não] é necessário socorrer-se nos juristas da lei natural ou nos filósofos do direito; basta uma olhada em qualquer apresentação do direito positivo ou a uma revista jurídica. Sempre se encontrará este critério. Assim disse, por exemplo, um autor tão pouco suspeito de simpatia com a lei natural como Martin Wolff, em seu *Sachenrecht*, por ocasião da aplicação do parágrafo⁴ 281 do Código Civil alemão com respeito à demanda para a restituição da propriedade. “A prática baseia-se hoje na essência da natureza da propriedade com relação à inaplicabilidade do §281. O resultado não é satisfatório se E, diversamente do que se espera, encontra a coisa em poder de X, tendo então o direito a demandar a restituição por X, não importa quão baixo seja o preço que B tenha recebido de X (segundo o §816). Seria **mais justo** aplicar o §281” (grifos nos originais). Este é um exemplo *entre muitos*. Obviamente, é arriscado excluir um ponto de vista na consideração do direito que frequentemente tem um papel realmente decisivo na prática do direito e em sua formação. Muitas regras jurídicas simplesmente não podem ser compreendidas sem o ponto de vista da justiça, fato este que se pode lamentar ou celebrar. Este é um fato simples e verdadeiro que ninguém pode nem deve honradamente negar. A justiça também é uma finalidade à qual deve servir o direito.

Tampouco é possível indicar em que consiste a essência da justiça, quais as exigências faz. Veja-se simplesmente qualquer direito civil moderno. A justiça pode se observar primeiramente na consideração de contratos e ações não permitidos, que alterem a condição da propriedade uma vez estabilizada. O equilíbrio no contrato, a obrigação recíproca e simultânea, as consequências de uma violação do contrato, em todas as partes se anuncia à ideia de equiparação, da constituição de um equilíbrio. Isto se mostra mais claramente no direito à indenização por danos e prejuízos. Quanta agudeza jurídica se tem empregado para definir e calcular as consequências justas de uma violação ao

⁴ (N.Trd.) Conforme informa Virgílio Afonso da Silva na introdução que ele faz à tradução do livro de Robert Alexy: “Alerto também que, em alguns textos legais alemães, o sinal “§” é utilizado para designar algo que, no Brasil, seria um artigo. Os exemplos mais importantes são os do Código Civil e do Código Penal”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trd. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 12.

direito! Porque esta agudeza se não houvesse por detrás de tudo isto a exigência de justiça?

Contudo, a justiça não se cumpre só aqui. Também tem submetido as suas exigências ao *status quo* que o direito simplesmente garante. Nisso consiste a justiça social, que também é um estímulo à formação do direito. A ordem jurídica não somente tem servido à consolidação de posições adquiridas de poder social, como também se encontra no exemplo contrário da nova distribuição mais justa dos bens sociais pela lei. Antes de tudo, a justiça social tem efetuado a distribuição das cargas sociais. Os impostos são distribuídos proporcionalmente, os danos originados da moderna técnica de trânsito e da indústria se indenizam sem consideração da culpa de quem derivam os benefícios destas instituições técnicas, os danos que se originam de uma empresa pública têm que ser indenizados pela comunidade. Tudo isto é uma exigência da justiça. Outra exigência da justiça é a igualdade, que desempenha um papel importante não somente no direito público e internacional, como também no direito privado e processual.

Além da justiça, há outro valor moral dominante: a dignidade humana. A lei a realiza ao garantir a liberdade e os direitos subjetivos, e constitui uma esfera segura na qual o homem possa criar e trabalhar livremente. “Direito e liberdade” é uma velha união de palavras. Também os gregos e os romanos viram no direito a garantia da liberdade. A liberdade origina-se na limitação do governo pelo direito. O direito se estabelece para assegurá-la. À ideia de liberdade se une, assim, às exigências da justiça, pois ambas excluem a arbitrariedade e o menosprezo à pessoa. Esta união é o fundamento dos direitos humanos e de toda limitação jurídica ou legal do poder do estado. Se nos estados livres clássicos uma condenação era permissível somente com fundamento num processo legal, se na Idade Média determinadas regras protegeram ao vassalo e determinados privilégios protegeram aos habitantes das cidades, se o Iluminismo e o Liberalismo realizaram a ideia do estado constitucional, as ideias de liberdade e de dignidade humana foram sempre as que se uniram ao direito.

Finalmente, vemos também outros valores morais elementares que desempenham um papel de norma no direito. A força obrigatória dos contratos se baseia na

ideia de boa-fé. A boa-fé vem a ser a norma do cumprimento do contrato e ao mesmo tempo de toda conduta nos negócios jurídicos. Dela se deduzem obrigações de informação, sobre seu fundamento se proíbe a conduta mal-intencionada e dolosa.

Assim, o direito recebe seu significado a partir de uma pluralidade de finalidades. Tem que estabelecer a paz, a ordem e a segurança. Tem também que criar estados justos, garantir a liberdade e ajudar na vitória da boa-fé nos negócios jurídicos. Serve a uma série de finalidades. A relação destas finalidades pode ser mais bem aclarada com a metáfora dos níveis sobre a base de uma ordem simples de paz sobre a qual se sobrepõem outros níveis do direito segura e moralmente determinados. Estas finalidades não têm necessariamente que ser realizadas de uma vez só; algumas podem ser descartadas, outras postergadas. Em certas situações, também podem estar em contradição: a segurança do direito pode contradizer a justiça social; ou a liberdade à boa-fé. Tais conflitos são inevitáveis. Tampouco aparecem nos assuntos da alta política. Um exemplo é o problema da aquisição legal com boa-fé de algo que o vendedor não tem o direito de vender. Aqui, o requisito da garantia da propriedade e a proteção da confiança justificada, requisitos fundamentais da segurança do direito, estão em oposição. Em tais casos não há nenhuma solução pré-determinada, mas tão somente escolha e decisão. No entanto, o conteúdo do direito não é "ilimitadamente variável", seu significado não pode ser determinado arbitrariamente. O direito serve essencialmente a finalidades definidas, e, também essencialmente, é incompatível com as finalidades definidas. Nenhum direito pode fazer uma regra da violação de contratos, do dolo, do engano, do roubo, da parcialidade e da desordem. Nenhuma relação legal entre homens, vale dizer, nenhuma relação vital ordenada por normas legais, pode consistir na entrega de um semelhante à arbitrariedade do outro. Não se nos apresenta como objeção à escravidão e o governo absoluto. A relação do escravo com o seu amo não é uma relação legal, tais relações somente existem com respeito à sua pessoa em relação a terceiros (vale dizer, relações que se originam na propriedade). O escravo não pertence à comunidade do direito. Somente quando a lei ordena esta relação, por exemplo, quando proíbe o mau trato arbitrário, como a lei romana da última época clássica, a relação se converte numa relação jurídica, limitando-se, neste mesmo tempo, a arbitrariedade do amo. O direito certamente sanciona a autoridade absoluta do amo, mas o faz somente porque nega a personalidade legal

do escravo. A escravidão não é nenhum exemplo de que o direito e a arbitrariedade sejam compatíveis, somente demonstra que a proteção da lei não se tem estendido em todas as épocas a todos os homens, e que por largo tempo – ainda hoje – muitos homens têm permanecido e continuarão permanecendo à margem do direito. Contudo, a autoridade política não é usualmente ilimitada no mesmo grau que a do amo sobre o escravo. Todo despotismo, toda monarquia absoluta tem reconhecido certos limites. É verdade que em casos individuais os tem traspassado sem consideração, mas nunca os têm aniquilado. Isto fica mais bem demonstrado pelo afã de todos os tiranos em manter ao menos a aparência da legalidade. A validade do direito é realmente precária em tais casos e a possibilidade de se converter em poder puro é um perigo constante. Então, não se pode negar que o direito ocasionalmente sanciona condições arbitrárias de poder, mas a arbitrariedade nunca pode ser a finalidade do direito, pois, de outra maneira, o direito dissolver-se-ia a si mesmo.

Existe o estabelecimento de outras finalidades e valores que não se opõem ao direito, mas que não podem se realizar por e no direito, como o amor e a genuína comunhão pessoal. Estas finalidades e valores não podem ser integrados numa ordem abstrata, e se opõem à formulação de regras gerais. Como o tem observado muito corretamente Spranger, o amor do homem se transforma em direito inadvertidamente na outorga da liberdade. O problema das finalidades do direito resolve-se então, no sentido de que este recebe um significado preciso mediante um grupo definido de finalidades, que exclui ou é indiferente a outras finalidades. Assim, se apresenta como um fenômeno que se destaca claramente por seu próprio significado entre os outros fenômenos da vida espiritual e intelectual. Não é necessário, então, como sustenta a teoria pura do direito, recorrer a uma estrutura puramente formal para compreendê-lo em sua essência, pois em verdade referido procedimento erraria necessariamente a verdadeira natureza do direito, a qual, por ser diferente de disciplinas como as matemáticas e a lógica, não se esgota em relações lógicas puramente dedutivas, desenvolvidas a partir de axiomas definidos, mas sim que se constitui em conteúdos materiais.

A estética, a teologia e a ética, não a matemática, devem ser o modelo para a compreensão do direito como um fenômeno geral e uma ordem positiva particular.

De outro lado, a arbitrariedade do conteúdo do direito está limitada também não somente pela meta à qual serve, mas também pelo material que tem de ordenar, por limites à ordem jurídica. Este material é a vida social condicionada pela natureza do homem e do mundo no qual este vive. Os limites referentes ao material podem ser resumidos no conceito da “natureza das coisas”. A natureza das coisas consiste, em primeiro lugar e em sentido literal, nas propriedades destas, como, por exemplo, a natureza dos bens de raiz. Os bens de raiz, juridicamente, não podem se estendidos do mesmo modo que os bens móveis, nem sequer o direito romano fez isto em relação a todos, embora tenha ido muito longe na direção da igualdade. Por exemplo, a maneira de entrega será sempre diferente da das coisas móveis. Outro exemplo é o dos bens de consumo. Também sua natureza requer, em muitos casos, por exemplo, no usufruto ou na guarda, um regramento especial. Mas a significação da “natureza das coisas” vai além e é mais ampla, transcende as propriedades das coisas. Quando, por exemplo, uma lei tem que regulamentar as relações entre comprador e vendedor, então em ambas as partes aparecem interesses determinados e típicos – naturais, por assim dizê-lo – os quais o legislador não pode descurar se sua regulação há de ser adequada à vida e eficiente. O caso é o mesmo em todas as relações de índole econômica. Do contrário, a regulamentação fracassa e os interesses se colocam acima da lei. Tais leis gerais se revelam também em grande escala. A economia nacional moderna tem mostrado que a ordem econômica, em grande escala, tampouco é arbitrária, mas que somente podemos eleger entre várias formas fundamentais que no fundo se reduzem aos da livre economia e do dirigismo econômico. Mas a natureza das coisas se mostra também fora da esfera da vida econômica. O procedimento da investigação científica da verdade, por exemplo, tem peculiaridades que a ordem legal deve respeitar, como, por exemplo, o fato de que não se pode ordenar a aquisição do conhecimento. Isto tem significação tanto para o *status* legal da investigação científica, como para a regulamentação do *status* processual do juiz. Pois também o juiz tem que encontrar a verdade sobre um fato determinado.

O que encontramos aqui é, no fundo, a natureza do homem e de sua vida espiritual e física em seu meio ambiente. O direito tem que considerar esta natureza do homem se quiser ser eficiente e evitar vicissitudes inúteis. O direito tem que ter em conta

as condições como em realidade são. Nisto radica sua humanidade. Um direito que descure disso corre o perigo de praticamente fracassar, e, em todo caso, provocará o desastre e a desdita. A história conhece muitos exemplos nos quais as exigências das leis foram em sentido contrário aos da natureza, e todas estas leis fracassaram. O homem não pode, enfim, regulamentar contra a natureza das coisas. A proposição “*naturam expellas furca, tamen usque recurret*”⁵ também vale no direito.

Os direitos do homem em sua distinção individual também têm sua raiz na natureza das coisas. A ideia moral da dignidade humana exige liberdade, mas o alcance da liberdade deriva da peculiaridade corporal e espiritual do homem. Desta peculiaridade derivam, por sua vez, os direitos individuais, propriedade, paz doméstica, honra, liberdade de opinião, liberdade de reunião etc. Tudo isto está implícito na natureza do homem. Também sua conduta típica, em certas situações, é parte da natureza das coisas. Quando Montesquieu disse “*C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser, il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites*”⁶, expressa uma experiência acerca da natureza humana que demanda consideração em toda regulamentação jurídica. Outro exemplo é o das determinações processuais sobre a exclusão e a rejeição de pessoas jurídicas em diferentes casos.

Em toda ordem legal desenvolvida se encontrará a pressuposição de um grande tesouro de experiências sobre a natureza do homem e das coisas. Nenhum legislador, nenhum juiz pode desconsiderá-las sem riscos. Isto significa que, além da vinculação a certas finalidades definidas, uma limitação essencial da liberdade de decisão em assuntos legais, também conforme o reconhecimento de que as decisões jurídicas não

⁵ (N.Trd) “Expulse a natureza a golpes de forçado, e ela voltará sempre” (*Horacio, Epist. Liv. I, Epist. X v. 24*), *apud* Silva, Arthur Vieira de Rezende e (Arthur Rezende). *Phrases e Curiosidades Latinas*, 4 ed., Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1952, p. 439.

⁶ (N.Trd.) “[...] a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele [...]”. Para a melhor compreensão do raciocínio de Montesquieu reproduzimos integralmente esta passagem: “Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos Estados moderados: só existe nesses últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidades de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite”. MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**, v. 1, trd. José Arthur Giannotti, São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 200 (Coleção Os Pensadores).

são de maneira nenhuma arbitrárias contedústica nem ilimitadamente variáveis, mas sim que se movem dentro de um círculo relativamente estreito de possibilidades. O direito comparado e a história dos problemas jurídicos confirmam isto. Quem regulamenta um procedimento jurídico ou um processo econômico não pode proceder segundo a máxima “assim me apetece”. As metas imanentes e as situações dadas limitam sua escolha entre possibilidades determinadas cujo número não é muito grande. A experiência tem demonstrado isto ainda no caso de problemas tão técnicos como a forma da *entrega* da propriedade.

Esta compreensão da natureza do direito conduz a certas consequências em relação ao método da ciência jurídica e ao problema do conteúdo supratemporal do direito.

1) O objeto da ciência do direito é o direito positivo que vige numa dada sociedade num dado momento. A ciência do direito tem duas tarefas fundamentais. Tem que compreender o direito positivo em seu significado de norma histórica definida; tem, além disso, que descobrir ou indagar o conteúdo normativo da ordem jurídica, assim compreendida, também, nos casos em que, no processo histórico da formação do direito pela lei, o costume ou a decisão do juiz não tenham sido considerados. A ciência do direito é uma ciência prática, sua tarefa é estabelecer padrões para as decisões jurídicas. O juiz tem que decidir todo caso que se apresente em seu tribunal, não podendo recusar a aplicação do direito. Nos problemas que se estabelecem devido às lacunas da lei – nenhum legislador pode prever todos os casos – a ciência do direito deve assistir ao juiz. Daqui deriva a segunda tarefa da ciência jurídica: o descobrimento do conteúdo normativo. Esta tarefa também pode ser denominada de *dogmática*.

A primeira neste modo é *histórica*. Trata-se de averiguar o que significa uma lei historicamente definida, uma regra de costume historicamente desenvolvida, uma decisão jurídica histórica no contexto de seus autores. A tarefa consiste em investigar qual o caso imaginado pelo legislador e a partir de que ponto de vista valorativo o resolveu. Do legislador incumbe saber quais os juízos de valores (significativos para a formação do direito) partiram dele; é preciso encontrar as ideias especiais sobre a justiça, a

liberdade, a segurança jurídica etc. A compreensão da solução individual histórica conduz, inclusive aqui, para além da aparência ou da atualidade, a saber, as finalidades e os valores que o direito deve servir. A esta compreensão pertence também uma ideia exata das circunstâncias do caso, dos interesses sociais em litígio que o legislador ou o juiz tinham em presença para resolução.

As regras assim investigadas não poderão, segundo a experiência universal, dar soluções a todos que praticamente se apresentarão no porvir para sua solução jurídica. O historicamente definido, único em seu significado individual histórico, tem uma significação limitada. Mas a regulamentação histórica contém, em si, como todo o espiritual, uma significação supra-histórica que serve como guia também nos casos nos quais o legislador não havia pensado, mas que são similares ou iguais aos casos já resolvidos. O descobrimento deste conteúdo supra-histórico das soluções é a tarefa da dogmática. Esta procede de tal maneira que examina experimentalmente a regra dada com relação a uma série de casos no nível em que a regra conduz a um resultado adequado, vale dizer, fundamentalmente justo, correspondente ao sentido da ordem jurídica, e que nesse mesmo nível tem sua esfera de aplicação. Em última instância, é válida aqui a máxima de que os casos iguais têm que ser resolvidos de maneira igual. Para a investigação da comparabilidade de casos diferentes existe o método da análise dos interesses, desenvolvido pela jurisprudência dos interesses. Tal análise ensina a comparar e a distinguir os diferentes interesses sociais que aparecem num caso em litígio.

É claro que, com estas tarefas fundamentais, a ciência jurídica resta inserida na doutrina universal dos métodos das ciências do espírito. Na medida em que se trata de entender e representar o direito positivo, a tarefa da ciência jurídica consiste em compreender uma obra espiritual, individual, historicamente definida, em seu significado histórico. Isto, no fundo, não estabelece nenhum problema que não seja o da compreensão histórica de uma doutrina filosófica, um programa político ou uma obra de arte, só que, neste caso, se trata de outro campo da vida espiritual que obedece a outro estabelecimento de finalidades e de valores. No que se refere à chamada dogmática, trata-se da investigação do conteúdo supratemporal e supra-histórico de uma obra do espírito. A pergunta não é o a que se propôs o legislador histórico, mas sim o que significa a obra

em geral (e com respeito aos casos nos quais aquele não havia pensado). Isto também é um problema universal das ciências do espírito. Sua natureza baseia-se na circunstância de que toda a criação espiritual tem um sentido subjetivo e um sentido supra-subjetivo que resulta de sua relação com os valores espirituais universalmente dados. A história da arte confronta o mesmo problema quando interpreta uma obra de arte segundo um significado universal estético. A ciência jurídica encontra-se mais próxima ainda da teologia, pois ela também enfrenta a tarefa de desenvolver sistematicamente, sobre a base de uma mensagem de salvação única e histórica, os conteúdos e as verdades religiosas eternas para o respectivo presente. Tal é a tarefa da ciência do direito. Aqui também vemos que a inserção desta nas ciências do espírito e seus métodos torna possível explicar a natureza do direito e o procedimento da ciência jurídica, e que isto não implica uma renúncia da compreensão do conteúdo.

2) Um último problema deve ser investigado: a possibilidade de conteúdos supratemporais no direito, ou falando em termos tradicionais, o problema do direito natural. A pergunta resume-se à questão de se os valores morais que, como temos visto, devem ser atribuídos ao direito possuem um conteúdo ou significado de validade supratemporal. Quando se considera que se trata de valores morais, mas que os valores morais somente atuam na consciência humana e em relação a uma situação concreta, então parece que é necessário contestar negativamente a pergunta. Mas aqui há que tomar em consideração que o direito se refere a situações típicas, e resta por ver se tais situações típicas e repetíveis realmente existem. É verdade que a vida individual consiste em situações que não se repetem, mas para o direito há situações que se repetem porque as situações concretas têm importância somente em sua estrutura típica, esquematicamente, por assim dizê-lo. Pense-se na relação entre comprador e vendedor, governo e cidadão, coordenação e subordinação.

No caso de tais situações típicas, pode-se investigar quais são os resultados para a ordem social que derivam destes valores fundamentais, em particular quando se consideram as experiências sobre a natureza do homem etc. Esta consideração não se verá afetada tampouco pela percepção e a valoração historicamente diferente das diversas partes da esfera dos valores éticos, pois no direito se trata somente de um número

mui limitado de valores que são, no mais, de uma validade moral elementar e que deixam lugar para a realização de outros valores em outras esferas da vida, e que por isso, não somente têm validade universal, como também devem se realizar. Ser justo nas relações sociais é uma exigência elementar que pode ser feita a toda pessoa e que não abarca ao homem em sua totalidade como o fazem, por exemplo, as exigências de amar-se ao próximo, da realização do eu ou do estar a serviço da verdade.

Desta maneira, podem ser descobertos certos princípios universais que se apoiam nos fundamentos morais do direito e correspondem à essência do direito na ordem social. Podem ser chamados de princípios universais da justiça somente se restar claro que não se tratam de máximas da conduta pessoal da vida, da moralidade individual, mas sim de regras de ordem social, de ordem jurídica. Se se quiser sublinhar este último ponto de vista, então devemos dar-lhes o nome venerável (mas certamente bastante discutível) de “lei natural”. Isto estaria justificado porque se deriva da natureza das coisas, naturalmente, estes princípios nunca irão originar um sistema jurídico fechado *hic et nunc*, aplicável sem transformações. Isto é impossível pela simples razão de que estas regras se referem a situações típicas e muito abstratas. Somente podem se tratar de princípios gerais. E, ainda com esta limitação, tais princípios não podem formar um sistema fechado. Haverá problemas em relação aos quais não será possível encontrar princípios gerais e ao mesmo tempo realizáveis, em face da limitação da compreensão humana. Mas ainda dentro destes limites o conhecimento é valioso. E não somente como fundamento de uma possibilidade crítica do direito. Confiemos que nem sempre estaremos obrigados a examinar o direito positivo com relação à sua compatibilidade com a justiça e o direito natural. É mais importante que o conhecimento de tais princípios nos permita compreender melhor a ordem jurídica em vigor e seu significado ético, manejá-lo melhor e examinar e analisar com maior agudeza a prática do direito em suas considerações equitativas, para reduzir assim a justiça subjetiva a princípios objetivos e unir-se a isso. Esta é a última tarefa do pensamento sobre o direito.