

## O SENTIDO DO DIREITO

*Von Sinngehalt des Rechtes*<sup>1</sup>

**Helmut Coing<sup>2</sup>**

Tradutor: Marcus Vinícius Xavier de Oliveira<sup>3</sup>

### I.

A finalidade da *teoria pura do direito* é desenvolver uma ciência do direito que prescinda de todo método sociológico, ético ou político. Tal teoria busca o método que corresponde à essência específica do direito em sua particularidade, em contraste com outros fenômenos da realidade espiritual, como a Ética. Um método no qual se manifeste 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 o mesmo 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 muita bem definida da essência do direito e da possibilidade de seu conhecimento. É possível precisá-la do seguinte modo:

- 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.

---

<sup>1</sup> Este ensaio foi publicado no livro *Forum der Rechtsphilosophie* sob o título *Vom Sinngehalt des Rechtes*, editado por Balduin Pick Verlag, Köln, 1950. Traduzido em março de 2002.

<sup>2</sup> (28 de fevereiro de 1912 – 15 de agosto de 2000). Pesquisador alemão da Ciência do Direito e Professor Universitário da Universidade de Frankfurt am Main, tendo sido Diretor do Max-Plank-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. Foi agraciado, em 1973, com a *Ordens Pour le Mérite für Wissenschaft und Künst*. Dentre os vários livros por ele publicados, se destacam: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950; *Römisches Recht in Deutschland*, 1964; *Europäisches Privatrecht 1500-1800*, 1985 e *Europäisches Privatrecht 1800-1914*, 1989.

<sup>3</sup> Professor efetivo da Universidade Federal de Rondônia nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Especialista em Direito Público. Mestrando em Direito das Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: [advmarcusvinicius@yahoo.com.br](mailto:advmarcusvinicius@yahoo.com.br) [advmarcusvinicius@gmail.com](mailto:advmarcusvinicius@gmail.com)

A teoria pura do direito, então, parte de concepções do direito muito concretas. 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 essência deste com a maior compreensão possível. A teoria pura do direito afirma que corresponde, neste sentido, a essência do direito, e é o único método possível e especificamente científico de 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 pudesse constatar um conteúdo típico, então o método da teoria pura do direito demonstraria ser inadequado. Particularmente, a idéia de um método ‘puramente jurídico’ se tornaria problemático se fosse possível demonstrar a existência de significados éticos, conectados essencialmente com o direito. Por que – poder-se-ia perguntar – haveria de se usar um método para o conhecimento do direito que excluisse 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 o ponto de partida da teoria pura do direito é 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, Auguste Comte, havia proclamado a substituição da Metafísica pela Ciência, no sentido da ciência natural como uma lei histórica. A jurisprudência tem recolhido a idéia 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 ao 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 desenvolve 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 valorações 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 (*sein*) e dever-ser (*dasein*), 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, que é a base da teoria kelseniana, tem essencialmente as mesmas feições que o Positivismo. Não sem razão, o próprio Kelsen tem afirmado de sua doutrina que 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 sublinha Kunz, tão somente 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 tem modificado significativamente. A hegemonia parcial do método das ciências naturais tem perdido vigor. O reconhecimento fundamental da ciência moderna é que o ser tem muitos níveis e, por isso, para que se conheça, são necessários diversos métodos, cada um desses adequado a um nível definido do ser. Para além das ciências naturais, tem-se reconhecido as ciências do espírito, com seu método particular e seu estabelecimento de metas, e como métodos particulares de conhecimento que fazem possíveis cientificamente a compreensão dos conteúdos espirituais. Com respeito ao assunto da vida do espírito (objetivo e subjetivo), não vemos limitados à seleção entre um tratamento inadequado, no sentido das ciências naturais, e um método crítico que ignore os conteúdos espirituais, e se concentra somente na forma, se não dispormos de métodos específicos para a investigação dos significados espirituais.

Este método das ciências do espírito se baseia no reconhecimento de que a relação do homem com o psíquico-espiritual é diferente de sua relação com a natureza inanimada. Enquanto podemos *explicar* os acontecimentos naturais em seus processos causais individuais, se bem que não o possamos compreender em seu significado, é 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, possibilidade dada a ele somente, em um número limitado de formas de expressão – circunstanciais, nas quais se baseia a possibilidade geral da comunicação entre os homens.

Cada uma destas atribuições de significados está baseada 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 isto, 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. Certamente, este método não alcança a exatidão do conhecimento da ciência natural, pois inclui em demasia 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 para possuir uma importância consideravelmente maior que na ciência natural. Contudo, o conhecimento não é, pelo contrário, puramente subjetivo, pois se o pode verificar e repetir. O método da ciência do espírito se baseia nas compreensões da estrutura do espírito e da alma humanos, bem como 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 (individual) de uma obra intelectual, está o exame do significado de que a 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, igualmente, a compreensão sistemática (dogmática). Ademais, existe a crítica valorativa, que mede uma obra intelectual, segundo as finalidades a que aspira mediante a comparação do significado conseguido com o conteúdo valorativo intentado.

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 o admite 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 *estrutura lógica* específica das normas jurídicas. Aqui radica o ponto crítico decisivo de seu pensamento. Se ao direito pertine a significação dos atos segundo normas necessárias, é natural que surja a pergunta de qual seja o *significado específico* destas normas. Iniciando-se com esta pergunta, inicia-se 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 cerra o caminho para uma análise mais ampla. O pensamento se desvia e a investigação da forma lógica vem ocupar, exclusivamente, o proscênio. É preciso, então, examinar este dogma da incognoscibilidade das finalidades jurídicas.

### III.

Quando se delineia o problema do significado de um fenômeno como o direito, torna-se difícil encerrar este significado numa fórmula. Um exame superficial basta para demonstrar que não há um valor supremo único 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 sim de modo que a esfera vital de cada indivíduo e de cada grupo da comunidade jurídica sejam definidas 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 do poder social, que torna possível a solução pacífica dos conflitos, e que alcança, mediante tal solução, sua vitalidade e sua significação. 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 mostra mui claramente o direito internacional atual – ou, ainda, somente o estabelecimento de certas regras limitativas da decisão pelas normas -, pense-se, por exemplo, no direito de paz e de trégua na Idade Média e nas regras do direito de guerra.

Esta ordem é apoiada 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 comprensível, 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 claridade, racionalidade e comprehensibilidade (condição pública) do direito, a proteção da confiança na chamada aparência jurídica; enfim, em todas as partes encontramos a idéia da *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, tão somente com o afã de 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 têm havido sempre, mas não há nenhum povo que os tenha considerado ideais. Já o juiz homérico devia aplicar a lei retamente, *itálica* (*Ilíada*, XVIII-508). Isto, certamente se refere, em primeiro lugar, à atitude pessoal do juiz, mas também se aplica, por sua vez, à ordem jurídica mesma 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 eqüidade de uma regra são freqüentemente os critérios essenciais e decisivos para a interpretação e a crítica jurídicas. Para isto, é necessário acudir aos juristas da lei natural ou aos filósofos do direito; basta uma olhada a qualquer apresentação do direito positivo ou a uma revista jurídica. Sempre se encontrará este critério. Assim afirma, por

exemplo, um autor tão pouco suspeito de simpatia com a lei natural, como Martin Wolff, em seu *Sachenrecht*, por ocasião da aplicação do parágrafo 281 do Código Civil alemão com respeito à demanda para a restituição da propriedade. “A prática se baseia hoje na essência da natureza da propriedade com respeito à inaplicabilidade do §281. O resultado não satisfaz se E, por contra do que se espera, encontrar a coisa em poder de X, então não teria 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 parágrafo 281”. Este é um exemplo *entre muitos*. Obviamente, é arriscado excluir um ponto de vista na consideração do direito que, freqüentemente, 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 positivo 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 são as exigências que ela faz. Qualquer direito civil moderno. A justiça pode ser notada, observa-se, 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 conseqüências de uma violação do contrato; em todas as partes se anuncia à idéia de equiparação e 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 conseqüências justas de uma violação ao direito! Porque esta agudeza se não houvesse por detrás de tudo isto a exigência de justiça?

Contudo, a justiça não se cumpre aqui somente. 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 das modernas técnicas 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 (fundamentais) e ao criar 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 idéia da 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 permitível somente com arrimo num processo legal, se na Idade Média determinadas regras protegiam o vassalo e definidos privilégios protegeram os habitantes das cidades, se o Iluminismo e o Liberalismo realizaram a idéia do estado constitucional, as idéias da liberdade e da 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 idéia 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, e sobre sua base 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, pois tais relações somente existem com respeito à sua pessoa em relação a terceiros (isto é, 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, então, 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 a têm traspassado sem consideração, mas nunca os têm aniquilado. Isto resta melhor 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.

Existem outros estabelecimentos de 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 mui 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, apresente-se a 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-la em sua essência, pois, em verdade, o referido procedimento erraria

necessariamente a verdadeira, natureza do direito, que, 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 ser 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 mais além e é mais ampla, transcendendo 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 dizer – 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 precisa considerar esta natureza do homem se quiser ser eficiente e evitar vicissitudes inúteis. O direito deve levar 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, à larga, regulamentar contra a natureza das coisas. A proposição “*naturam expellas furca, tamen usque recurret*”<sup>4</sup> também vigora no direito.

Os direitos do Homem em sua distinção individual também têm sua raiz na natureza das coisas. A idéia 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 porte à em abuser, il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites”, 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 impugnação de pessoas jurídicas em casos diferentes.

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

---

<sup>4</sup> “Expulse a natureza a golpes de forcado, 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.

1) O assunto 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, ademais, 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 precisa 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 idéias especiais sobre a justiça, a liberdade, a segurança jurídica etc. A compreensão da solução individual histórica conduz, inclusive aqui, para mais além da aparência ou da atualidade, a saber: as finalidades e os valores que o direito deve servir. A esta compreensão pertence também uma idéia exata das circunstâncias do caso, dos interesses sociais em pugna 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 que 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.

Dessa maneira, podem ser descobertos certos princípios universais, que se apóiam 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 trata 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 mui 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 eqüitativas, para reduzir assim a justiça subjetiva a princípios objetivos e unir-se a isso. Esta é a última tarefa do pensamento sobre o direito.