

Balanço do positivismo jurídico

FRANCESCO CARNELUTTI (na coletânea *Heresias do nosso tempo*, por um grupo de filósofos e cientistas italianos, págs. 267 a 291, Livraria Tavares Martins, Porto, 1956).

1. "Positivismo Jurídico", ao menos no sentido aparente das palavras, significa a espécie jurídica do gênero positivismo ou, por outros termos, a manifestação, no campo do direito, daquela corrente que toma o nome de «positivismo». Mas que queremos dizer quando falamos de «positivismo» ?

O positivismo, no aspecto que nos interessa, apresenta-se-nos como um meio termo entre dois extremos; «materialismo», de um lado, «idealismo», de outro. Estes dois extremos implicam duas afirmações opostas acerca da realidade: a realidade está na matéria, ou para além da matéria. Mais precisamente, talvez, idealismo e materialismo afirmam ou negam que haja realidade para além daquilo que se vê ou de alguma maneira se percebe; matéria e idéia são dois termos usados em função do que se vê e do que, embora existindo, não se consegue ver. Entre estas duas posições extremas há uma posição intermédia, que, portanto, nem afirma nem nega:

simplesmente se desinteressa; uma posição de indiferença. Haverá, não haverá qualquer coisa para além daquilo que se vê? -eis uma dúvida estéril em face dos problemas teóricos ou práticos que devemos resolver. Poderíamos dizer, para melhor compreensão, que o positivista nem é meta físico, nem anti - metafísico, mas ametafísico. Existem no campo do direito manifestações desta maneira de pensar ? Ou, por outras palavras, o que se costuma chamar «positivismo jurídico» corresponde, no campo do direito, àquilo que chamamos «positivismo» em sentido geral, compreensivo não deste ou daquele setor, mas de qualquer setor da realidade ?

2- É preciso esclarecer um outro termo, o segundo da fórmula, o adjetivo, enfim, que vem depois do substantivo. Disse-se : no «campo do direito» ; mas que se quer significar com isso?

As palavras que fecharam a parte precedente implicam com a concepção do direito como *um setor da realidade*. Quando digo direito, penso imediatamente num complexo de fenômenos que são tão reais como aqueles de que se ocupa um naturalista.

O que fala de zoologia pensa naquele grupo de fenômenos que se chamam animais; o que fala de astronomia pensa naqueles que o conceito de firmamento contém; o termo medicina desperta as imagens de doentes, de médicos, de enfermeiros, de hospitais; a palavra direito faz surgir as imagens de homens que fecham contratos e cometem delitos, de advogados, de juizes, de chanceleres, de tribunais. Encontrar o caráter que diferencia estes últimos fenômenos de todos os outros, eis o problema da definição do direito. Tal problema não pode ser tratado, aqui, profundamente ; bastará notar, a título de definição empírica e provisória, que, enquanto os fenômenos da medicina são individuais, os do direito, pelo contrário, são *sociais*.

Robinson Crusé podia cair doente, mas, ao menos enquanto não encontrou Sexta-feira, não podia nem fechar um contrato, nem cometer um delito; cair doente é uma questão individual, mas realizar um contrato ou cometer um delito implica a existência de outras pessoas. É por isso que se diz: *ubi societas ibi ius*. Duvida-se se onde existir uma sociedade aí deva existir um direito; mas é certo que não pode existir .direito onde não houver sociedade. Se os fenômenos jurídicos são fenômenos sociais, nem todos os fenômenos sociais, porém, são fenômenos jurídicos. A palavra direito, na verdade, não chama somente a imagem de dois homens que trocam entre si

mercadorias por dinheiro, ou a de um que rouba ao outro a sua mercadoria ou o seu dinheiro, mas, juntamente com esta, a imagem de alguém que garante ou procura garantir a observância do contrato, que impede ou procura impedir, ou, ao menos, pune ou procura punir o delito. O carácter específico do direito resulta de que não há apenas dois homens, um que vende e outro que compra, um que rouba e outro que é roubado ; mas um outro ou vários outros que se interpõem entre eles, ou melhor, se lhes sobrepõem. Ousarei ,dizer que o fenómeno fisiológico ou patológico supõe um homem; o fenómeno económico implica dois, pelo menos; no fenómeno jurídico, os homens devem ser ao menos três.

3 - A nossa atenção deve incidir, agora, sobre aquele terceiro, cuja intervenção entre os outros dois confere ao fenómeno social o carácter jurídico.

Na origem, este terceiro é um *juiz*. Para que a venda ou o furto de fatos sociais se tomem fatos jurídicos, é necessário que o vendedor, se o comprador não paga o preço, ou o possessor, se a coisa lhe foi tirada sem o seu consentimento, se possam dirigir a um juiz que obrigue o outro contraente a cumprir o seu dever, ou que castigue o autor do furto.

O juiz, porém, não julga a seu belprazer, mas conforma-se a uma lei, que encontra no fundo da sua consciência ou que, por outras palavras, lhe é sugerida pelo *bom senso*, e como o bom senso a sugere também aos outros homens de bem, esse bom senso é, finalmente, o *senso comum*. Sei bem que a resolução de *consciência em bom senso*, como de bom senso em senso comum, não é conforme ao modo corrente de pensar e de falar; penso, no entanto, embora não possa espriar-me aqui em raciocínios, que se a consciência é uma ciência que cada um traz consigo, independentemente daquilo que lhe ensinam, não pode ser senão o senso do bem (nem outra coisa é o bom senso), e se o bom senso é patrimônio de todos, não pode deixar de sê-lo do mesmo modo; a bela palavra consciência (*cum-scientia* =com-ciência) significa, portanto, em virtude da partícula *cum*, uma ciência que liga cada um a todos os outros. A pouco e pouco, portanto, mercê do senso comum, revela-se, através da sucessão dos juízos, um conjunto de regras que têm o aspecto de terem nascido no mundo do espírito como as plantas nascem no mundo da natureza; o conjunto dessas regras, que se revelam espontaneamente, porque se apresentam ao homem como os frutos das plantas sem que ele as tenha elaborado, é *chamado direito natural*.

Acontece, porém, que esta revelação não é feita a todos os homens na mesma medida. Como há entre eles alguns que têm mais ou menos força, mais ou menos inteligência, assim também varia a dose de bom senso de que são dotados, ou, se se preferir, varia a sensibilidade da sua consciência. A voz do bom senso, ou voz da consciência, conforme se queira dizer, não grita mas segreda; não são muitos, infelizmente, aqueles que lhe prestam ouvidos, no vaivém da vida quotidiana. Surge, assim, a necessidade de tornar conhecidas, por um meio *artificial*, as leis que constituem o direito natural. Trata-se, no fundo, de dar-lhes maior ressonância, como se faria com um altifalante. Aquele que se encarrega de remediar esta necessidade é um outro personagem, o qual surge ao lado do juiz e ocupa, pouco a pouco, o primeiro lugar; este personagem chama-se *legislador*.

Compreende-se facilmente que o legislador, embora venha ao mundo depois do juiz, passe à frente dele, se refletirmos que as leis, uma vez fixadas pelo legislador: devem ser observadas também pelo juiz, porquanto este ao julgar, já não interpreta o direito natural mediante a sua consciência, mas apenas o deve aplicar tal como foi manifestado pelo legislador.

4 - O direito torna-se, assim, um aspecto da sociedade humana, cujo caráter mais saliente consiste na existência de leis, ditadas por determinados homens, duma certa maneira, as quais prescrevem que se façam ou não façam certas coisas, sob pena de coerção ou castigo. Este caráter impõe-se de tal modo à atenção que, na linguagem comum, e até na linguagem de muitos homens de ciência, direito e leis acabam por confundir-se.

Por outro lado, e por um movimento inverso, enquanto o direito e a lei tendem a fazer um todo, vai-se pronunciando cada vez mais a separação entre *a lei jurídica* e *a lei natural*, e o fato de juristas e naturalistas falarem de leis parece uma coincidência casual. Que as leis jurídicas, enquanto se esforçam por regular a conduta dos homens, ligando a certas premissas determinadas conseqüências, (por exemplo, à falta do vendedor que não entrega as coisas vendidas, e à do comprador que não paga o preço, uma intervenção de certos agentes oficiais do poder público que tiram ao primeiro as coisas para dá-las ao segundo, e dinheiro ao segundo para dá-lo ao primeiro; ou que, então ao ato do ladrão liga o ato do juiz que o condena, e o do oficial de diligências que o mete na prisão), que as leis jurídicas sejam meros *artificia* formados à semelhança das leis naturais que regulam o que poderíamos chamar conduta das coisas, é uma idéia hoje ultrapassada, Afirma-se,

por vezes, com extrema superficialidade, que as leis jurídicas se referem àquilo que *deve ser* e as leis naturais *àquilo que é*; e, com tudo isto, julga-se ter feito uma grande e bela descoberta.

Enfim, o fato de fixar a atenção sobre a lei faz que esta seja considerada cada vez mais em si mesma, separada dos atos dos homens que a fazem, que a observam, que a violam, que a aplicam; estes homens acabam por desaparecer do campo visual do jurista, que passa a estar totalmente absorvido pelo que poderíamos chamar *a lei em si mesma* : a lei, em suma, considerada como um produto ou como uma coisa, isto é, incorporada no documento em que está escrita. A realidade do direito encontra-se, assim, concentrada nos livros em que as leis estão recolhidas, e cujos exemplares mais conhecidos são o código civil e o código penal.

5 - Para melhor compreender este modo de pensar, devemos relacioná-lo com as condições de ambiente que determinaram, pouco a pouco, a prevalência da lei sobre o juízo, isto é, do legislador sobre o juiz, e, progressivamente, a multiplicação, o agrupamento e a coordenação das leis. Tais condições relacionam-se com o acentuar-se da necessidade da certeza, à medida que as relações sociais se tomam mais intensas, complexas e rápidas; e é a essa necessidade de certeza

que se deve, fundamentalmente, a formação da lei jurídica. Sobre este ponto deve ter ideias claras quem desejar compreender qualquer coisa do direito e da sua ciência.

O direito, grosseiramente concebido como o conjunto de fenômenos que se produzem, além do mais, nos parlamentos, onde as leis são formadas, nas bolsas e nos mercados, onde se observam ou se transgridem, e nos tribunais, onde são aplicadas, tem um caráter *instrumental*. Não é fim em si mesmo, mas um meio escogitado pela experiência para impedir que os homens façam a guerra e conseguir que vivam em paz. Os homens não podem viver em paz sem justiça, que é uma misteriosa proporção entre os seus atos e as consequências dos mesmos (se dois homens fecharam um contrato, é justo que cumpram as obrigações correlativas ; se um as não cumpre, é justo que seja obrigado; se um comete um delito, é justo que seja punido) ; mas, por outro lado, para operar têm, igualmente, necessidade de *certeza*, que é, outrossim, misteriosa possibilidade de ver para além do presente, isto é, de saber, antecipadamente, quais serão as consequências do que fazem ou deixam de fazer. Ora, a superioridade do legislador sobre o juiz está, precisamente, em que este último estabelece as consequências do ato *após a ação*, enquanto aquele as estabelece *antes*. Por isso, ministra, ou parece ministrar, simultaneamente, justiça e certeza. Depois

disto, não é difícil compreender que as leis se assemelham a faróis que iluminam o caminho dos homens.

O papel das leis, na verdade, foi sempre este, desde as mais antigas, de que se conserva recordação (por exemplo, a lei romana das XII Tábuas ou, muito antes, um código babilônês, anterior à nossa era mais de 22 séculos), até às mais modernas, isto é, às leis de hoje ou às de amanhã. Mas a diferença mais saliente entre a época antiga e a época moderna está na quantidade: o código de Hamurabi regulava, entre outras coisas, toda a vida social com poucas dezenas de proposições ou, como agora se diz, de artigos ; mas, hoje, de quantos artigos é composta a legislação de um país ? Só as leis recolhidas, que se chamam códigos, e não constituem senão uma parte da legislação, contam milhares e milhares de artigos. Chegamos a um ponto em que já não somos capazes de fazer o censo das leis vigentes.

Porquê ? Porque a vida social tornou-se cada vez mais intensa e mais rápida, pouco mais ou menos como a circulação pelas estradas. No tempo do rei Hamurabi; como deviam ser as ruas em confronto com o congestionamento que torna quase impossível a circulação pelas ruas de Nova Iorque ou de Buenos-Aires, Roma ou Milão ? Com outro simil,

igualmente elucidativo, poderia dizer-se que a multiplicação das leis tem as mesmas razões que a multiplicação de todos os instrumentos de que o homem moderno se serve nos múltiplos usos da sua vida. Ora, no processo histórico a que fiz referência, podemos designar, naturalmente, várias etapas. Entre estas, reveste-se de uma importância especial o momento em que o número das leis se tornou tal que determinou a formação daquelas compilações que, como se disse já, 'se chamam códigos. Referimo-nos, precisamente à codificação. A codificação é um fenómeno bastante recente; não deve, pois, induzir-nos em erro a denominação de código, dada às leis de Hamurabi, pois é um nome moderno atribuído a uma coisa antiga. O primeiro verdadeiro código, ainda existente, é o código de Napoleão; trata-se, portanto, de um arranjo que vem de há um século e meio, e que da França se espalhou pela Europa Continental. Na Europa Insular, porém, onde o predomínio do legislador sobre o juiz, por motivos que aqui não é possível expor, se reduziu a proporções bastante mais modestas, não teve lugar semelhante difusão. A formação dos códigos na Europa, e, antes de mais, na França, teve lugar no período em que começava a delinear-se aquela corrente de pensamento que se chama positivismo em geral. Os homens começaram, então, a não acreditar senão naquilo que podiam ver, Isso aconteceu, não porque tenham renunciado a raciocinar, mas porque não faziam senão raciocinar, Positivismo e racionalismo são duas *formae mentis* intimamente ligadas entre si. O racionalismo é a

identificação do pensamento com a razão; e é um dos erros mais funestos em que os homens caíram, A razão. no trabalho do pensamento, tem uma função demonstrativa, não uma função inventiva. Portanto, se o racionalismo foi chamado iluminismo, isso foi resultado de uma singular ilusão; na realidade, a razão não vê dois dedos à frente do nariz. O que arrostou com as conseqüências deste modo de pensar, ou melhor, deste modo de conceber o pensamento, foi a metafísica; e não podia deixar de ser assim.

Qual deveria ser o resultado desta forma mentis na concepção do direito?

6 - Esse resultado pode chamar-se, e muitas vezes se chama, *codicismo*. O codicismo é uma identificação exagerada ou exasperada do direito com a lei, ou, por outras palavras, uma concepção materialista da lei; poderia dizer-se a sua concepção documental: lei são as palavras escritas num documento (no código, dizia-se, e diz-se ainda); enfim, uma folha de papel escrita, e nada mais.

A manifestação culminante (ou escandalosa, se se prefere dizer) do codicismo foi a pretensão, efetivamente

divulga da após a promulgação do código civil francês (o código de Napoleão), de que as leis contidas nesse código *não deveriam ser interpretadas*: julgava-se suficiente a sua leitura para que os homens soubessem regular-se. Corresponde a este modo de ver o fato bastante significativo de o código de Napoleão não ter previsto, já não a probabilidade, mas nem mesmo a possibilidade daquelas lacunas a que nos referiremos brevemente.

Foi esse, dizíamos, o momento em que se afirmou, claramente, o que hoje se costuma chamar a instância positivista; o direito é aquilo que se vê, isto é, as leis que se lêem nos códigos ou, em geral, nos documentos em que estão escritas; tudo o mais, em particular aquela voz da consciência, de que acima falamos, se não é uma fábula, é qualquer coisa de que o jurista em geral, e o homem de ciência em particular, não deve ocupar-se.

7 - Assim compreendido, o codicismo não só não podia durar, mas *nem tão pouco existiu, porque não podia existir*. Foi uma ilusão e nada mais.

O primeiro desmentido do codicismo, isto é, do positivismo jurídico puro ou integral, foi dado pela irrecusável *necessidade da interpretação*. Sobre este assunto sabemos hoje muitas coisas de que antes não tínhamos consciência; e não é fácil explicá-las num artigo destinado a leitores desprovidos de uma cultura jurídica e filosófica especiais. Se no tempo de Napoleão tivessem sido conhecidas, certamente a tese de que as leis do código não devem ser interpretadas seria considerada uma loucura. A verdade é que nos códigos não se encontram senão *declarações*, isto é, complexos de palavras dirigidas aos cidadãos para significar-lhes o pensamento do legislador; mas, se estas palavras não são compreendidas por aqueles a quem se dirigem, para que servem? O fim de todo o discurso é a comunicação do pensamento de quem fala. Sendo assim, chama-se interpretação à atividade ou colaboração que o destinatário do discurso presta em ordem a permitir que este atinja o seu fim: a comunicação do pensamento de quem fala. Dizer por que se denomina com um nome que mais desperta a idéia de um intermediário do que a do destinatário do discurso, seria um problema interessantíssimo; mas, procurar resolvê-lo, levar-me-ia demasiado longe. Basta observar, aqui, que é um erro grave julgar que a função de quem escuta é puramente receptiva, ou, por outras palavras, passiva, sendo a atividade apenas de quem fala; é que o *compreender e o fazer compreender são duas atividades* opostas que devem convergir para que o discurso atinja o seu fim. Basta refletir que as

palavras são, no fim de contas, símbolos, para dar-se conta de que ao trabalho de quem delas se serve para fazer compreender o próprio pensamento, corresponde e equivale o trabalho de quem delas se serve para conhecer o pensamento de outrem. O paradigma desta verdade é dado pela hipótese da declaração *duvidosa*, a qual pode ser entendida em dois ou mais sentidos diversos; aqui, é manifesto que sem a colaboração do destinatário essa declaração não poderia ser feita. Esta hipótese é, pois, aquela em que, na maior parte dos casos, se exige a intervenção do juiz entre as partes, para que resolva a dúvida, determinando um sentido a que essas mesmas partes devem conformar-se. Fazendo assim, o juiz exerce uma função semelhante à do executor de uma partitura musical que o público não seria capaz de apreciar sem ele. Nestes casos, o juiz pensa aquilo que o legislador, sem chegar a dizê-lo claramente, *deve ter pensado*; mas, como seria isso possível, se não existisse, para além de quem fala ou escuta, alguma coisa ou alguém que inspira um e outro? Para melhor me fazer compreender: advirto que, muitas vezes, um dos sentidos que a declaração duvidosa literalmente admitiria, é rejeitado sem dificuldade, porque facilmente se vê que, assim entendida, *a lei não seria justa*; ora, isto implica que ela é justa, não porque vem do legislador, mas apenas se e porque este conseguiu traduzir, nas suas fórmulas, qualquer coisa que está *para além delas*.

Quando eu era estudante universitário, em pleno clima de positivismo jurídico e de completo desconhecimento, por parte dos meus mestres, do direito natural, ninguém sonhava, no entanto, em duvidar da necessidade da interpretação ; mas, se então se conhecesse com rigor o que é a interpretação, ter-se-ia descoberto que a sua necessidade abre uma brecha no positivismo suficiente para fazê-lo desabar.

8 - Mas a necessidade da interpretação não é senão o primeiro golpe desferido no tronco do positivismo jurídico. Existem outras coisas, na vida do direito, que acabam por derrubá-lo.

As leis são feitas para impedir a guerra entre os homens; cumprem esta missão, prevendo os conflitos que podem surgir entre eles e resolvendo-os de um certo modo. Esta previsão, porém, como todas as previsões humanas, pode ser falaz; mais, antes de tudo, pode ser incompleta, por quanto pode haver casos capazes de perturbar a paz, que não tenham sido previstos pelo legislador. Este, por muito grande que seja a sua experiência e a sua preparação técnica, não é senão um homem, ou um conjunto de homens; como tal, não pode prever tudo. Por outro lado, a vida dos homens é um devir e, portanto,

uma mudança contínua, de tal modo que, no intervalo que medeia entre o momento em que a lei foi feita e aquele em que é aplicada, podem ter desaparecido tipos de conflito que antes eram freqüentes, e, vice-versa, podem aparecer novos tipos que antes não surgiam. É este o problema que os juristas costumam chamar *das lacunas da lei*: a lei assemelha-se a uma rede com as malhas demasiado largas, através das quais se escapam casos que, para evitar a guerra, devem também ser regulados. É este, precisamente, o problema que a idolatria da lei, predominante quando se formou o código francês, não permitiu resolver; tinha-se difundido, então, a ilusão de que a lei, tal como tinha sido feita, não tinha necessidade de ser interpretada, nem mesmo completada.

Mas, visto que a experiência não podia deixar de desmentir também este segundo aspecto da ilusão, teve-se a pretensão falaz de *resolver o problema das lacunas com a mesma lei*: como quem devesse construir novas malhas na rede sem acrescentar fio algum. A fórmula desta nova ilusão foi a *analogia*, procedimento previsto pelo código italiano, de que pouco a pouco chegamos a compreender a natureza. Na aparência, trata-se de regular o caso não previsto mediante aquela lei que prevê um caso semelhante a ele; mas, na realidade, não é difícil compreender que, para saber se dois casos são semelhantes ou dessemelhantes, é necessário

estabelecer um princípio que possa englobar um e outro. É por isso que o método analógico se resume. na *investigação dos princípios não escritos da lei escrita*. Procede-se à aplicação deste método mediante generalizações sucessivas da lei escrita. Por exemplo, da lei relativa à compra e venda de bens móveis infere-se um princípio relativo à compra e venda de qualquer coisa, móvel ou imóvel, e, mais ainda, um princípio relativo não só à compra e venda, mas a todos os contratos de permuta, como também um princípio relativo não só aos contratos de permuta, mas a qualquer outro contrato. Porém, só o *sentimento de justiça* pode indicar quando convém progredir ou parar nesse caminho. Quando se trata de afirmar ou negar que a lei estabelecida especialmente para a compra e venda de coisas móveis deriva de um princípio comum à compra e venda de coisas imóveis, o critério da escolha não pode ser fornecido senão pelo saber se é justo que se estenda ou não estenda ao segundo tipo de contrato. Costuma dizer-se que o juízo é dado, nestes casos, segundo o que pareceu justo ao legislador, e não ao intérprete; mas, assim, cai-se, de novo, no erro que desconhece o contributo deste último para o resultado da obra, que é sua e do legislador. A verdade é que a lei, como qualquer discurso, não provém particularmente nem de quem a faz nem de quem a aplica, mas, simultaneamente, de um e de outro. O que pode e deve admitir-se é uma coincidência entre o sentido de justiça do legislador e o sentido de justiça do intérprete, a qual se resolve na coincidência do bom senso com o senso

comum, e implica a verdade de uma ordem superior às disposições das leis escritas, que se impõe tanto a quem deve fazê-las como a quem deve aplicá-las.

9 - A ciência do direito tende a facilitar a aplicação da lei e até mesmo a sua formação. Saber o que é o direito e, em primeiro lugar, a lei ajuda precisamente a tornar o direito cada vez mais apto para atingir a sua finalidade, bem como a uma mais perfeita formação e aplicação das leis.

O desenvolvimento do trabalho jurídico é como o de todos os outros setores do trabalho humano. A princípio, também as leis são feitas e aplicadas empiricamente, como costuma dizer-se; em termos mais precisos, deveria dizer-se: em virtude de uma intuição. Enquanto assim é, os juristas criam técnica, mas não ciência. Não se exclui que a técnica jurídica, antes de tornar-se ciência, atinja os cumes da arte, como aconteceu na história de Roma, graças aos seus maiores jurisconsultos. A técnica torna-se ciência quando o pensamento se dobra sobre si mesmo e estuda o seu método de trabalho. Neste sentido, a ciência do direito, enquanto é um tomar de consciência da técnica, é relativamente recente; pode dizer-se que, ao menos como fenômeno geral, não atingiu ainda os dois séculos de idade. Em termos de linguagem jurídica, a passagem

da técnica à ciência tem lugar no momento em que o trabalho dos juristas supera o período da exegese para enfrentar a empresa da *sistematização*.

Falamos de trabalho de *sistematização* quando se consideram as leis, não já isoladamente, mas no seu conjunto, a fim de encontrar as suas ligações e interdependências. Este trabalho conduz à elaboração das *teorias* que, de *particulares*, isto é, relativas a instituições isoladas do direito, (por exemplo, da venda, dos contratos de troca, dos contratos em geral, ou até do furto, dos delitos contra o patrimônio, dos delitos em geral) tendem a generalizar-se cada vez mais, até se tomarem *teoria geral do direito*. Se procurarmos tomar consciência do que tenha sido o resultado sistemático, verificaremos que as coisas se passaram como sempre, quando se tenta sistematizar aquilo que a vida apresenta desordenadamente : foram-se revelando, pouco a pouco, no campo do direito, entre as várias leis, aquelas interdependências escondidas aos nossos sentidos, mas nem por isso menos reais que as coisas ou que as próprias leis ; isto é, torna-se claro que nem todo o direito está nas leis, mas sim, ousou dizê-lo, no meio delas, ou ainda, nos intervalos existentes entre elas. Tal descoberta esclarece e faz ver aquilo que já tinha sido descoberto como resultado empírico do procedimento por analogia, isto é, que o direito está muito mais nos princípios do

que nas leis, que são suas manifestações particulares; mas os princípios não se vêem, embora se percebam intuitivamente e, depois, sejam verificados racionalmente.

Ora, é bom saber que este trabalho de síntese científica que precede a *sistematização* ou, como costuma dizer-se, a *dogmática jurídica*, foi realizado pelos juristas, primeiro na Alemanha e, depois, em Itália, precisamente sob o signo do positivismo. Foram os juristas que gostam de chamar-se *puros*, enquanto rejeitam ou julgam rejeitar toda a sugestão do direito natural, de que se desinteressam completamente, que elaboraram ou estão a elaborar os sistemas, ou melhor, o sistema, sem a consciência de que este trabalho paciente e meritório descobre, continuamente, qualquer coisa que está para além daquilo que se vê, isto é, o fundamento das leis positivas, o qual não é nem pode ser senão o direito natural.

10 - Esse trabalho dogmático, segundo a expressão consagrada, desenvolveu-se particularmente no domínio das leis jurídicas referentes ao processo, ou melhor, relativas à organização e ao funcionamento dos tribunais. Com efeito, para fazer reinar a paz entre os homens, não basta que as leis proíbam o furto e garantam a compra e venda, mas

toma-se necessário que outras leis estabeleçam e regulem o que se deverá fazer quando aquelas primeiras leis não tenham tido sucesso, isto é, quando tenha havido um furto, ou as obrigações resultantes de uma compra e venda não tenham sido respeitadas. Estas outras leis, que se chamam *processuais*, encontram-se também reunidas em *códigos de processo civil* ou *criminal*.

Ora, à medida que se aprofundava a investigação científica neste setor do terreno jurídico, tomava-se cada vez mais clara a importância do juízo ao lado da lei, isto é, do juiz ao lado do legislador; poderia dizer-se que o processualismo determinou, ou está a determinar, uma valorização do juízo e do juiz, que o codicismo tinha, imprudentemente, menosprezado. Graças a tais estudos, o centro de gravidade do maquinismo jurídico, que se tinha deslocado do juízo para a lei, vai-se aproximando, pouco a pouco, do juízo. É interessante tomar consciência do valor de tal aproximação.

No fundo, tinha havido sempre a intuição de que as leis, por si mesmas, nada valem, se não forem observadas e aplicadas; o ponto essencial do seu valor é, portanto, o da sua observância e aplicação. Se as duas partes

entre as quais uma lei procura estabelecer a paz, regulando de certo modo o seu comportamento, não chegam à concórdia, observando a lei, é como se essa lei não existisse; e se, quando entram em discórdia, um juiz não aplicasse essa lei, urgindo a sua observância, uma vez mais seria como se a lei não existisse. Mas que são a observância ou aplicação ? Nada mais que juízos formulados pelas partes ou por um terceiro sobre o procedimento a ter, segundo a lei, num determinado caso prático. O juízo, pois, em última análise, é o que conta, ou, pelo menos, sem o juízo a lei não conta. O aprofundamento dos estudos não só levou a reconhecer este valor essencial do juízo, mas procurou também investigar o que seja o juízo em si mesmo; e foi precisamente neste ponto que reservou aos juristas uma grande surpresa. No regime do *codicismo*, julgava-se que as relações entre o legislador e o juiz eram aquelas que existiam entre senhor e servo. O juiz, com efeito, era definido como um *servus legis*, servo da lei, e, por isso mesmo, o juízo era elaborado como um silogismo em que a premissa maior era a lei e a premissa menor o fato; da combinação entre a lei e o fato resultava, logicamente, a conclusão. Ora, a análise lógica e psicológica daquele ato por que o juiz emite um juízo, levou à descoberta de que esse silogismo não é, propriamente, o juízo. A descoberta fundamental foi que o juízo tem um caráter inventivo, e o silogismo um caráter demonstrativo, de tal sorte que, quando o juiz se encontra perante um caso a resolver, não o resolve nem pode resolvê-lo com um silogismo ; este serve-lhe,

somente, e mais tarde, para verificar se a solução por si encontrada é ou não conforme à lei. Decompondo, lógica e psicologicamente, o ato do juiz que julga, absolve ou condena, vê-se que ele, num primeiro momento, encontra a solução que lhe parece justa, e, num segundo momento, verifica se aquilo que lhe parece justo, pareceu justo ao legislador . Visto que os *motivos* deste segundo momento ficam expressos no que se chama a *sentença*, julgaram os homens, sempre inclinados a pensar que não é real senão o que se vê, que o juízo está todo ali; mas, uma vez mais se enganaram, porquanto os motivos vêm depois de uma outra coisa que se não vê e que é verdadeiramente a célula do direito.

11 - A análise desapaixionada do ato final do processo acabou, assim, por inverter as relações entre a justiça e a lei.

O positivismo jurídico tinha subordinado a justiça à lei, reduzindo-a a uma simples conformidade com a própria lei. *Por outras palavras, a lei era a medida da justiça.*

Mas bastou observar atentamente o trabalho do juiz para compreender que ele, na sua primeira fase,

indispensável e essencial, se desenvolve fora e para além da lei : aquela que primeiramente nele fala e o orienta é a sua própria consciência, e não a consciência do legislador. Mesmo depois do aparecimento do legislador, o juiz conservou, verdadeiramente, o caráter que tinha, quando se encontrava sozinho na cena do direito; aquilo que a legislação lhe tirou foi, sim, a sua independência, enquanto não pode regular-se, somente, segundo a sua consciência ; mas não lhe impediu, porque não pode impedir-lho, de regular-se, sobretudo, pela sua consciência, e não pode impedir-lho porque *só a sua consciência pode orientá-lo no estudo da lei que o legislador adotou para aquele caso*. Este ponto é fundamental e deve ser bem compreendido. O que se apresenta ao juiz é um fato na sua realidade concreta; depois de o ter definido historicamente, a missão do juiz consiste em encontrar a lei que o previa; mas, uma tal missão não poderia ser cumprida, se a sua consciência não reagisse à definição histórica do fato com uma intuição de justiça que lhe indicasse a direção no estudo da lei. Numa palavra, entre a descoberta do fato e a descoberta da lei é necessária uma ponte, que não é outra senão a intuição da justiça sugerida pela consciência ou pelo bom senso. **É, portanto, a justiça que guia o juiz em direção à lei, e não a lei que o guia em direção à justiça**. Isto significa que a lei não é a medida da justiça, mas que *a justiça é a medida da lei* ; e porque a justiça de uma coisa é a sua conformidade com uma

outra coisa, tem de concluir-se que para além da lei existe qualquer coisa sem a qual a lei não seria eficiente.

E isto é mais um decisivo desmentido do positivismo jurídico: se se prescindir daquilo que está para além da lei, essa mesma lei não poderá ser aplicada.

12 - De tudo o que se disse resulta a possibilidade de uma divergência entre a solução que é justa, segundo a consciência do juiz, e a solução que ao legislador pareceu justa. Tal divergência exprime-se com a fórmula da lei injusta. No fundo, contra a ilusão de que a justiça não é senão a conformidade com a lei insurgiu-se sempre o senso comum, para o qual a lei não é sempre justa. Ora, o que sucede quando entre o juiz e o legislador surge tal dissídio ?

Há casos em que a própria lei permite ao juiz decidir livremente, afastando-se da lei, quando a solução conforme a ela lhe parecer injusta; falamos então de juízo segundo a *equidade*. A atribuição desta liberdade ao juiz equivale, logicamente, a um reconhecimento da *insuficiência da lei*, isto é, da *exigência da exceção*. Mas, se a lei é insuficiente, a ponto de alguns casos se deverem resolver contra ela, isto

significa que o direito é mais alguma coisa que a lei; e este direito, que está para além da lei, é precisamente o direito que não se vê. A verdade é que o positivismo jurídico não se preocupou com definir logicamente o conceito de equidade como critério do juízo jurídico, aliás teria dado conta que basta a equidade para descobrir a inconsistência das suas bases. Esta verdadeira deficiência dos estudos jurídicos, que por si só bastaria para denunciar a superficialidade da tese positivista, enquadra-se numa idêntica deficiência dos estudos filosóficos que, procurando esclarecer o que é a lei, descuraram, inexplicavelmente, o problema da exceção.

Mas uma investigação profunda da experiência jurídica deveria prosseguir perante o dissídio entre a justiça do juiz e a justiça do legislador, mesmo naqueles casos em que este não permitiu ao juiz o afastamento da lei e um juízo segundo a equidade. O campo desta investigação é a chamada *crítica da jurisprudência*, isto é, o exame atento da sentença pronunciada pelos juizes, a fim de apreciar a sua conformidade com a lei. Nesta crítica da jurisprudência nota-se, precisamente, que o juiz, mesmo quando é obrigado a decidir segundo a lei, se a solução dada por esta ao caso concreto não lhe parece justa, resiste, as mais das vezes, e mais ou menos abertamente, à mesma lei, procurando adaptá-la, de modo a permitir-lhe uma decisão segundo a justiça. Um jurista que não

tenha isto em conta, fecha os olhos à realidade do direito; mas, se os tem abertos, não pode deixar de verificar que aquilo que está para além da lei influi sobre esta, e isto não apenas nos casos em que o juiz pode julgar segundo a equidade. Daqui devemos concluir que a lei está imersa numa atmosfera de que recebe o alimento necessário à sua vida, como de outra o recebe o nosso organismo.

13 - Isto é tão verdade que a justiça acaba por ter influência sobre a lei, não só no campo judicial, mas também no legislativo. Aqui deveria fazer-se, antes de mais, um exame crítico do positivismo jurídico, no que se refere aos meios por que as leis injustas acabam por ser suprimidas: meios que se chamam *constitucionais* e são permitidos pelo próprio ordenamento jurídico, ou que são de outra natureza, e se chamam *revolucionários*. Sobretudo a revolução, que os juristas ultimamente começaram a estudar, reconhecendo-lhe grande importância para a compreensão do direito, é o mais poderoso desmentido do positivismo jurídico, porque a revolução faz-se (e nisto se distingue da revolta) em nome do direito contra a lei, isto é, para modificar a lei, em conformidade com qualquer coisa que está para além dela.

Mas é ainda mais significativo e decisivo que a nova lei nascida da revolução acabe, como aconteceu ultimamente, *por punir aqueles que se valeram de um direito, ou que cumpriram mesmo um dever preceituado pela lei anterior*. O caso recente, a que se faz referência, das leis penais retroativas é, na verdade, uma famosa zombaria do positivismo jurídico. Se fosse verdade que nada existe para além da lei, ou que, se alguma coisa existe, é indiferente para o direito, como se pode explicar que uma lei posterior possa tomar culpado um cidadão por ter obedecido a uma lei anterior, dizendo-lhe: tu não devias ter obedecido ? E por que é que o cidadão não deveria ter obedecido, senão porque existe acima e para além da lei alguma coisa a que deve obedecer o próprio legislador, se se deseja a obediência dos cidadãos ?

14 - Assim, em virtude da retroatividade das leis penais, o positivismo jurídico, desmentido pela interpretação, desmentido pela analogia, desmentido pela dogmática, desmentido pela análise do juízo, desmentido pela equidade, desmentido pela crítica da jurisprudência, desmentido pela revolução, acabou, finalmente, por cair no ridículo.

Esta dura conclusão não exclui, porém, que o movimento do pensamento, chamado positivismo, tenha trazido também ao campo do direito os seus benefícios. Um juízo nesta matéria, sobretudo quando proveniente dum pensador católico, deve evitar, prudentemente, reações excessivas. A nossa prudência deve inspirar-se na consciência da nossa insuficiência. Como os homens não conseguem descobrir verdades que não tenham qualquer germe de erro, assim também não caem em erros que não tragam consigo alguns germes de verdade. Por isso, não é necessário julgar que o balanço do positivismo, mesmo no setor jurídico, é um balanço de bancarrota.

O elemento ativo do positivismo, mesmo no campo do direito, é a positividade. O positivismo é uma degenerescência da positividade; mas, na medida em que a contém, fez muito bem, pela compreensão, que permitiu, do direito, bem como de outro qualquer aspecto da realidade. É semelhante a relação entre *jusnaturalismo* e *jusnaturalidade*. O desinteresse pelo direito natural não é um erro mais grave que o desinteresse pelo direito positivo. Como a física não deve negar a meta física, também aquela não deve ser negada por

esta. Pelo contrário, quanto mais aperfeiçoados são os estudos da física, tanto melhor constituem o que eu desejaria chamar o trampolim para os estudos metafísicos. Outro tanto se passa no campo dos estudos jurídicos. Os progressos da ciência jurídica, que é ciência do espírito, são bastante menos visíveis e menos conhecidos que os das ciências naturais; mas a verdade é que, de há um século a esta parte, os progressos daquela não são menos evidentes que os destas. Se um jurista da primeira metade de Oitocentos pudesse vir hoje ler uma das melhores obras aparecidas recentemente, a sua surpresa não seria menor do que se se tratasse de um astrônomo ou de um biólogo. O mérito do positivismo, tanto no campo do direito como em outro qualquer, é, sobretudo, metodológico. Não acreditar senão naquilo que se vê, era uma heresia, mas tinha, ao menos, de bom concentrar a atenção naquilo que se vê. Ora, a observação daquilo que se vê é o ponto de partida para chegar àquilo que se não vê. Neste sentido, a positividade que se encontra no coração do positivismo consolidou a base ao caráter natural do direito. E, se hoje a ciência do direito retoma, serena, ao direito natural, fá-lo com uma consciência muito mais profunda do que a que tinha antes de cair no erro. Retoma, como o filho pródigo, depois de ter andado errante cem anos; mas, se o filho pródigo, ao voltar, não estivesse melhor do que na hora da partida, a alegria do pai não teria sido aquela que o Mestre nos revelou.

15 - O reconhecimento do contributo do positivismo jurídico leva-me, antes de acabar este trabalho, a fazer uma referência àquela moderna corrente do pensamento, chamada neo-positivismo, ou positivismo lógico, ou ainda positivismo do Círculo de Viena (a que parece dar novo desenvolvimento o Círculo de Chicago). A referência é oportuna, não tanto pelas conseqüências que esse modo de pensar já determinou no estudo do direito, e que, por agora, se limitam a uma ou outra tentativa, como, sobretudo, por aquelas que poderá determinar. Embora a minha informação sobre este movimento seja, sob o aspecto filosófico, bastante reduzida, arrisco-me a afirmar que também ele não conseguirá destruir a convicção, hoje profundamente arraigada entre os juristas, de que o direito positivo respira o direito natural, e de que não poderia sobreviver se não o respirasse; e que, por outro lado, ajudará a ampliar e a consolidar aquela base de observação dos dados, sem a qual não poderá atingir-se o que está para além do direito, como para lá de todos os fenômenos.

Se bem compreendi, o neo-positivismo deslocou, ou está a deslocar, o campo de observação do mundo para a linguagem, o que é uma iniciativa bastante útil, porque os segredos do mundo não se revelam, como o firmamento, senão a quem os contempla, mesmo em espelho; e não é senão um espelho a representação que o homem se faz desse mundo, e o

meio principal, senão exclusivo, da representação é a linguagem. Numa palavra, o estudo da linguagem é estudo do pensamento, ou melhor, nem sequer pode haver estudo do pensamento se não houver estudo da linguagem; e quando se reflete, depois de tudo, no valor que a palavra tem em direito, não há temeridade em afirmar que poderão resultar vantagens importantes de tal método para a compreensão do direito. E não deve assustar-nos o receio da obscuridade que a sua aplicação pode trazer; são inconvenientes inevitáveis e inerentes a todos os métodos novos, devidos à não preparação de quem lê e ouve, e às dificuldades não raras vezes superiores à capacidade de quem fala ou escreve.

Duvidemos, antes, se o estudo da linguagem ou da representação em geral, com meios puramente racionais, poderá ter resultados completos. As palavras são símbolos, e também sons; e que relações misteriosas existem entre o símbolo e o som? A linguagem, numa palavra, é música, na sua raiz; e se a música tem na lógica, ou antes, na matemática, o seu ponto de partida, deste, mais do que qualquer outra forma de manifestação do pensamento ou do espírito, recebe o seu impulso. A física, através da lógica, não conduz mais à metafísica que o estudo da linguagem.

A minha ignorância é grande; mas, ao ver como certos neo-positivistas manejam esta prodigiosa florescência do espírito, que é a linguagem, parece-me assistir a uma profanação.

Por isso, se o positivismo de outrora, em vez de destruir, consolidou a metafísica, semelhante resultado se poderá hoje esperar do moderno positivismo. E quanto mais atentamente os juristas observarem e pesar a sua linguagem, tanto mais descobrirão as superestruturas físicas e os fundamentos metafísicos do direito.

-o-o-o-o-