

Rechtsphilosophie

Filosofia do direito

Emil Lask

Tradução: José de Resende Júnior¹²

O texto da *Filosofia do Direito* de Lask possui três versões diferentes:

Rechtsphilosophie. In: *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts*. Festschrift für Kono Fischer unter Mitwirkung von B. Bauch, K. Groos, E. Lask, O. Liebmann, H. Rickert, E. Troeltsch, W. Wundt. Herausgegeben von W. Windelband. II. Band. Heidelberg: Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1905. S. 1-50.

Rechtsphilosophie. In: *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts*. Festschrift für Kono Fischer unter Mitwirkung von O. Liebmann, W. Wundt, Th. Lipps, B. Bauch, E. Lask, H. Rickert, E. Troeltsch, K. Groos. Herausgegeben von W. Windelband. Zweite verbesserte und um das Kapitel Naturphilosophie erweiterte Auflage. Heidelberg: Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1907. S. 269-320.

Rechtsphilosophie. In: *Emil Lask*. Gesammelte Schriften Band I. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923. S. 275-331.

A versão utilizada na presente tradução é a última, publicada postumamente em 1923 no primeiro volume das *Obras Completas* de Lask. A paginação original está marcada no corpo do texto, entre colchetes. No final do texto há uma lista de termos utilizados na tradução acompanhados de seus equivalentes em alemão. O texto encontra-se em domínio público.

¹ Tradução recebida em 8 de agosto de 2013 e aceita em 1º de outubro de 2013.

² Professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Email: zelotze@gmail.com.

[277]

Introdução

Apesar da viva preocupação contemporânea com os problemas da vida social, as mais importantes especulações do presente, no âmbito da filosofia do direito e social, continuam mostrando apenas uma escassa autonomia e uma forte dependência das grandes construções sistêmicas do Idealismo Alemão. Isso pode explicar por que na exposição das modernas teorias filosóficas do direito, que de modo geral continuam conectadas com questões últimas de uma concepção de mundo (*Weltanschauung*) (Capítulo primeiro), frequentemente remete-se a *Kant* e *Hegel*. Não obstante uma tal falta de originalidade em relação aos problemas fundamentais, a situação da filosofia do direito no início do século vinte não é tão triste assim. Pois precisamente o movimento metodológico, que em tempos recentes energicamente começa a se desenvolver, com um rico e promissor futuro (Capítulo segundo), obrigará a filosofia do direito a reconhecer novamente que toda disputa acerca do método das ciências culturais ultrapassa a mera metodologia e espera a sua definitiva solução em um sistema de valor supra empírico.

[278]

Seção I.

A Filosofia do Direito

a) O método

Somente no século dezenove a ciência do direito adquire plena autonomia e, aparentemente, definitiva libertação da especulação metafísica. O século dezenove com razão se orgulha da emancipação das ciências culturais empíricas em relação à filosofia, valendo o “sentido histórico” (*“historische Sinn”*) como o seu título de honra; todos os importantes juristas das últimas gerações declaram-se partidários da Escola Histórica; o método histórico tornou-se o slogan geral da moderna jurisprudência. Principalmente os “juristas puro-sangue” (*“Vollblutjuristen”*) se perguntam: haveria ainda uma filosofia do direito ao lado e diferente da ciência empírica do direito? Haveria, a princípio, alguma questão legítima no direito, que a ciência jurídica não pudesse responder? Em função desse ceticismo o modo de ver (*Anschaungsweise*) da teoria histórica do direito transforma-se facilmente num empirismo filosófico-metodológico geral. Com isso se visa não apenas a autonomia, mas o predomínio do método empírico. Eminentemente juristas como *Merkel* e *Bergbohm* exigem não apenas uma “filosofia do direito positivo”, mas uma filosofia empirista, “positiva”, do direito. E o que eles visam com isso desemboca em uma “teoria geral do direito”. Porém, essa disciplina só é “geral” porque ela não deixa o direito isolado, mas o incorpora num conjunto com outros fatores culturais, como o costume, a moral, a economia; além disso,

enquanto ciência comparada do direito, ela busca extrair o que é comum aos contextos jurídicos de diferentes tempos e povos, [279] tratando, afinal, apenas dos conceitos mais gerais sob os quais se fundam as disciplinas jurídicas especiais, e desconsiderando os contrastes entre estas mesmas disciplinas. A filosofia do direito seria, portanto, apenas um “ponto de confluência de errantes conceitos e doutrinas gerais do direito”, uma parte geral ou generalíssima, elaborada por indução ou abstração, da totalidade da ciência do direito.

Quem não se contenta com tais sublimações generalizantes de resultados da ciência empírica, mas ousa exigir da filosofia do direito a investigação de um significado (*Bedeutung*) absoluto do direito e de sua relação com outros valores incondicionados, estará desde o início sob a grave suspeita de “heresia jusnaturalista”. Será que efetivamente – assim tem-se colocado desde sempre a questão vital da moderna filosofia do direito – deve toda *filosofia* jurídica não empirista coincidir com a antiga *metafísica* naturalista do direito, desacreditada pela esplêndida evolução da ciência positiva?

O direito natural era a pergunta sobre o sentido (*Sinn*) absoluto do direito e da justiça, tendo se transformado com isso em princípio histórico-universal e histórico-problemático, cujo significado essencial imperecível não pode ser obscurecido, mesmo considerando-se as retificações metodologicamente indispensáveis. Toda possível especulação sobre o *valor*, incluindo a especulação “crítica”, tem em comum com o jusnaturalismo essa tendência absoluta, filosófico transcendental.

A metafísica jusnaturalista e a filosofia crítica do direito definem de modo fundamentalmente diverso a relação entre o valor que reivindica validade (*Geltung*) absoluta e a efetividade (*Wirklichkeit*) empírica, e esta diferença, que por tocar imediatamente na vida remete a profundas oposições na filosofia teórica, abre a possibilidade de se operar uma rigorosa delimitação entre o jusnaturalismo e uma filosofia do direito não metafísica.

Para a doutrina crítica do valor, diferente de toda teoria platonizante dos dois mundos, a efetividade empírica e, de modo correspondente, a efetividade da vida histórica, é o *único* tipo [280] de realidade (*Realität*) e, ao mesmo tempo, o palco ou substrato dos valores supra-empíricos, das significações de validez universal. Por isso ela só admite uma *teoria jurídica de um único mundo*, para a qual há *apenas um único tipo de direito: a efetividade jurídica empírica* que se desenvolve historicamente. Mas da necessária separação entre valor e substrato empírico de valor segue-se a bidimensionalidade fundamental do *modo de consideração*, a dualidade entre método filosófico e método empírico. A filosofia considera a efetividade somente a partir do ponto de vista de seus conteúdos absolutos de valor, a empiria apenas a partir de seus conteúdos fáticos. Uma tal doutrina crítica do valor, que já não admite um direito supra-empírico, mas quer unicamente refletir sobre a significação supra-empírica do direito *empírico*, não somente permite, mas

pressupõe uma consideração puramente empirista da efetividade histórica do direito, completamente livre de especulação. Este *mesmo* âmbito material, isto é, o direito, que as disciplinas empíricas se limitam a expor e a esboçar em sua consistência fática (*faktischen Bestände*), em seu desenvolvimento efetivo (*tatsächlichen Entwicklung*) e em sua relação com outros fatores culturais empíricos, sem que a filosofia tenha que intervir, este mesmo material fático simplesmente dado é, de alguma maneira, *esclarecido*, julgado, valorado, examinado em sua legitimidade última, em suma, é colocado no contexto de uma concepção de mundo. Segundo este modo de ver, a filosofia do direito é uma consideração do valor jurídico e a ciência empírica do direito é uma consideração da efetividade jurídica, e uma não pode ser obstáculo para a outra.

A diferença entre a especulação crítica do valor e o direito natural orientado metafisicamente deriva do fato de que toda metafísica tende a hipostasiar o valor supra-empírico numa força vital e real autônoma e, portanto, sobrepor e confundir valor e realidade. Para os meta-[281]físicos o valor vale, não só como o que dá sentido e significado aos fatos empíricos psicológicos-históricos, mas também como algo investido de uma eficácia real que se esforça na direção dos nexos históricos.

Neste sentido todo direito natural é racionalismo metafísico; valores jurídicos são hipostasiados em efetividades jurídicas. Mas para se compreender este núcleo de todo direito natural é preciso antes entender o que significa “realidade empírica” no âmbito do *direito*, em oposição ao simples “valor”, à significação puramente ideal e, por conseguinte, em que consiste aqui a “hipostasiação”. Sem precisar entrar em uma investigação metodológica sobre o conceito de efetividade da ciência da cultura, por enquanto pode-se limitar a análise do complicado conceito de efetividade aos subtipos da positividade formal e da positividade material, – tal como na exposição de *Bergbohm*, que neste ponto havia sido precedido, por exemplo, por *Hegel*, *Stahl* e *Bruns*. Seguindo essa classificação, pode-se distinguir entre uma confusão formal e uma confusão material que faz o direito natural entre valor e efetividade.

A positividade formal do direito nada mais é do que um *tipo de validade*. Um tipo de validade que aparece aqui como “realidade empírica” e, portanto, como um produto de reificação jusnaturalista. Neste caso, a hipostasiação opera transformando uma espécie de validez em outra, uma normatividade absoluta em uma normatividade empírica, em resumo, transformando a racionalidade do direito em uma obrigatoriedade (*Verbindlichkeit*) externa. Com isso, a essência da norma jurídica positiva passa a consistir na obrigatoriedade externa e incondicionada dos órgãos e membros da comunidade. Vinculada a isso, a tese do positivismo jurídico formal estabelece que toda normatividade positiva encontra o *fundamento* de seu caráter vinculante unicamente na autoridade de uma comunidade humana; quer dizer, a norma jurídica vigente não representa algo válido por sua significação fática (*sachlichen Bedeutung*), nem por sua racionalidade intrínseca, mas é simplesmente obrigatória por ser efetivamente desejada. Justamente essa *conexão* entre

[282] a proeminência exterior da autoridade da comunidade e a obrigatoriedade, constitui o critério formal de direito, o qual é decomposto pelo direito natural. O direito natural deriva – emanatisticamente – a vinculação *externa* dos membros da comunidade imediatamente a partir da significação *absoluta* de um postulado jurídico, isto é, de sua dignidade puramente ideal. Certos postulados da razão valem para ele como imperativos incondicionalmente obrigatórios, estabelecidos por um legislador ideal, dirigidos imediatamente aos súditos do direito e, ao mesmo tempo, como preceitos formais obrigatórios e limites para o poder legislativo. Desse modo, o critério de autoridade da comunidade é completamente eliminado e se põe em seu lugar, como suprema fonte formal do direito, a razão, a partir da qual o “direito” emana independente ou contra todo ordenamento humano; de modo que o direito que não está de acordo com a razão é formalmente nulo, não merecendo mais ser considerado como direito, mas apenas como brutal arbítrio e violência. Falta a representação, óbvia na concepção positivista, de um direito que pode ser irracional e imoral, e não obstante, vinculante. A partir disso segue-se que, para a doutrina do direito natural, o princípio que legitima a revolução não é simplesmente ético e político, mas jurídico formal; o que significa que o direito natural prevalece sobre o direito positivo, da mesma maneira que, por exemplo, o direito imperial (*Reichrecht*) prevalece sobre o direito territorial (*Landesrecht*). Em sua formulação extrema mais consequente, o direito natural aparece como um direito transcendente “absolutamente comum”, diante do qual todo ordenamento jurídico positivo é rebaixado ao papel de direito particular subsidiário.

Por isso, *apenas* para aqueles que advogam o ponto de vista do direito natural formal – como ainda mostraremos no segundo capítulo – pode a ciência jurídica, enquanto “ciência da norma”, ser coordenada metodicamente com as ciências normativas filosóficas.

É mérito de Bergbohms haver levantado os traços de direito natural *formal* na ciência jurídica contemporânea, inclusive nas abordagens mais insuspeitas de jusnaturalismo. Mesmo porque, atualmente, uma adesão explícita ao direito natural formal só é encontrada na filosofia jurídica católica, por exemplo, em *Catherinein, v. Hertling, Gutberlet* e outros.

[283]

É claro que existem, no passado e no presente, teorias jusfilosóficas que, sem dúvida, podem ser caracterizadas como jusnaturalistas, mesmo que elas expressamente neguem a doutrina metafísica das *fontes* do direito. Se não se quer confundir toda crença em um parâmetro absoluto de direito, o que inclui todo tipo de consideração de valores, com o direito natural, deve-se colocar, ao lado do direito natural formal, um direito natural material, o qual, junto com o primeiro, opõem-se à crítica especulativa do valor. Como o direito natural formal consistia num ofuscamento da *forma* de efetividade do direito, de seu caráter *normativo* específico, assim também o direito natural em sentido material deve mostrar-se funesto ao momento da positividade material ou dos *conteúdos* empíricos do direito, historicamente desenvolvidos. Neste

caso, a “realidade”, hipostasiada metafisicamente, só pode ser a plenitude dos conteúdos individuais e a concretude histórico condicionada das disposições jurídicas positivas, ou seja, justamente aquele momento que, para a concepção crítica, é a prerrogativa transcendental da efetividade empírica, inacessível à racionalização (*Raisonnement*) abstrata. O direito natural em sentido material é a crença, fundada nos pressupostos históricos filosóficos mais gerais de caráter “racionalista”, de que toda a realidade, todo o conteúdo do direito, pode ser simplesmente construído até os seus últimos resíduos a partir de ideias de validade geral sobre o direito; de que se pode deduzir de um sistema de formulas abstratas de valor um complexo de normas jurídicas, que em seu *conteúdo* não precisa de individualização ulterior, e que é adequado para ser introduzido como direito em qualquer lugar, sem consideração de qualquer nexos histórico concreto. É bem possível que os representantes deste ponto de vista considerem tal complexo de preceitos como completo e exaustivo, mas exclusivamente com respeito a seu *conteúdo*, e não com respeito a sua *validade*. Há, portanto, completa clareza quanto ao fato de que se trata apenas de um esboço de uma legislação *ideal*, de um simples complexo de *postulados*, de preceitos de razão *dignos* de codificação, mas que em si ainda não são direito válido e só podem adquirir [284] qualidade *jurídica formal* quando introduzidos explicitamente por meio da legislação positiva. Aqui, portanto, o direito natural seria exclusivamente material, enquanto que o direito natural em sentido formal, ao contrário, envolveria sempre também o momento material. Normalmente, é no sentido material que se pensa quando se censura o direito natural por formular um código ideal (*Idealkodex*) válido para todos os tempos e povos.

Contra esse tipo de a-historicidade jusnaturalista, que quer eliminar a multiplicidade do histórico através de esquemas jurídicos racionais, luta principalmente a Escola Histórica. A resistência histórico-filosófica de sua polêmica se funda sobre o fato de que o conteúdo de valor do mundo – considerado apenas em seu *conteúdo* –, ainda que se pense poder apreendê-lo sem deixar resíduos, é infinitamente inferior à inesgotável riqueza de conteúdo da realidade histórica. O erro do jusnaturalismo apriorista foi não ter respeitado o excedente obscuro e insondável da facticidade (*Faktizität*), sempre impenetrável ao valor, e assim não ter limitado os postulados da razão à função de princípios de ordenação meramente formais que agem sobre uma dada matéria (*gegebenen Stoff*). Diante das contingências, indiferenças e deficiências que se apresentam imediatamente na efetividade, este racionalismo apela a uma razão originária; esta tendência *supra*-histórica só se transforma em uma tendência *a*-histórica porque descarta completamente de suas considerações as realidades históricas, às quais não apenas nega *significação*, mas também ignora a *existência*. Ao invés de reconhecer as exigências da razão apenas como aquela força que torna compreensível a totalidade da efetividade a partir de um único lado (ou mais exatamente, como aquele momento formal de valor que para se efetivar e se integrar concretamente precisa de um substrato empírico, o qual se move autonomamente e geralmente em direção contrária, e ao qual o momento de valor limita-se a adequar-se), ela é hipostasiada numa realidade consistente em si. Essa coisificação (*Verdinglichung*) confere autonomia a algo que, enquanto conteúdo parcial,

só pode ser fixado em um outro conteúdo parcial, isto é, enquanto mera forma adaptável a um material; com isso, [285] a razão pura, ao invés de submeter a si toda a efetividade, erigi-se como a própria efetividade total e, assim, facilmente se coloca no lugar de toda consistência. Tem sido um traço marcante de tais construções utópicas que, se por um lado elas se mostram muito pobres e procedem muito *abstratamente* – quando se pensa que querem representar suficientemente uma efetividade, independente de uma base empírica –, por outro lado, descem demais ao *concreto* ao se enredarem na fantasia construtiva de uma imagem *autônoma*, pois, olhando apenas a partir do absoluto pleno valor (*absolut Wertvollen*), e não da efetividade, abarcam demasiado conteúdo ao descrever seu ideal, como se sabe, até a singularidade e o detalhe, carregando com inessencialidades e, assim, absolutizando o efêmero, o empírico. Esta é a estrutura da maioria das utopias: muito abstratas para uma efetividade, muito concretas para uma ideia.

O direito natural é sempre racionalismo a-histórico e metafísica; mas isso, de maneira alguma, precisa coincidir com uma metafísica *naturalista*. Melhor é compreender a sub-corrente naturalista, que tão frequentemente aparece na história das teorias do direito natural, como uma variedade do pensamento do direito natural material. Da mesma forma que o valor racional imutável, a sempre igual “natureza” pode fornecer o princípio especulativo para extrair e isolar, da plenitude concreta do dado, conteúdos parciais abstratos. Então, as abstrações de legalidades naturais são condensadas, não em fórmulas de valor, mas em realidades autônomas. No termo “direito natural” estão contidos vários significados de “natureza”, que só raramente são suficientemente distinguidos. Em primeiro lugar, “natureza” significa – especialmente no conceito formal de direito natural – a validade universal ou a *absolutidade* (*Absolutheit*), em oposição à simples validade *relativa* das normas (*Satzung*) humanas, e em segundo lugar, a *generalidade* conteudística, seja da razão ou da natureza, em oposição à particularidade individual.

Existe um estreito paralelismo na refutação do direito natural formal e do material. Em ambos os casos a [286] polêmica da doutrina crítica do valor se dirige contra uma hipostasiação do supra-empírico em uma força que destrói o empírico. As vezes, com a aniquilação da normatividade positiva, simples exigências éticas dirigidas ao direito se tornam normas com força jurídica, outras vezes, com a eliminação da concretude empírica, princípios formais de valor, meramente regulativos, são condensados em conteúdos auto-suficientes. Contudo, é evidente que, com a rejeição do direito natural, não se exclui conjuntamente o tratamento especulativo do direito em geral. Pois só a *hipostasiação* do valor numa realidade conduz a uma maneira hostil de ver a empiria. Limitando-se a tarefa da filosofia a estabelecer simples *formulas* e simples *postulados*, e a fazer afirmações sobre as características relevantes do direito tendo como parâmetro uma concepção de mundo, elimina-se o perigo de um apriorismo que afeta a empiria. Assim como a “teoria geral do direito” chega a um conceito unitário e empírico de direito para delimitar de modo geral o seu âmbito, a filosofia do direito precisa apenas examinar os momentos contidos nesse conceito empírico de direito, em sua relação com o problema geral do valor e da concepção de

mundo. É, portanto, demasiado ambíguo definir a filosofia do direito como a “doutrina do conceito de direito”. Ela fornece antes somente um conceito filosófico de direito, ou seja, a forma filosófica de valor ou de significado para a fórmula empírica do conceito. Ela investiga as metas formais últimas do direito, sua posição no reino dos valores culturais, sua influência no modo de vida; ela determina o lugar transcendental do direito.

É necessário dar ao direito natural a significação mais estrita de uma *metafísica* hipostasiante, diferenciando-o de modo geral da consideração absoluta do valor. Somente a partir desse ponto de vista pode-se justificar a unanime revolta da ciência positiva contra o direito natural, já em seus fundamentos gnoseológicos mais gerais. Não há dúvida, como recentemente *Bergbohm* outra vez mostrou, de que toda a polêmica contra a a-historicidade do direito natural padece de uma insuficiente distinção entre os momentos formal e material. Todavia, [287] mesmo a doutrina positivo-formal da fonte do direito, sobre a qual *Bergbohm* queria fundar com exclusividade o critério do método histórico, só tem uma certa conexão com o princípio da historicidade na medida em que o conceito positivo de fonte do direito termina na exigência de um processo de formação do direito “externamente compreensível” e “historicamente comprovável”. Além disso, o interesse que prevalece em toda essa oposição contra o direito natural, tão formalista e tão dirigida a manter puro o *conceito de direito* – ainda que *empirista* –, pode em sua totalidade ser resumido terminologicamente muito mais como empirista ou positivista, do que puramente “histórico”.

Quase todos os defensores de princípios absolutos de valor jusfilosóficos no século XIX – como, por exemplo, *Stahl*, *Trendelenburg*, *Lasson* – deixaram-se influenciar pelo empirismo e procuraram, pelo menos, uma reconciliação da especulação com a ciência positiva do direito. Nos últimos tempos foi sobretudo *Stammler* quem procurou conciliar o direito no contexto de metas absolutas com a ideia de que a “legalidade formal” ou “justeza objetiva” (“*gegenständliche Richtigkeit*”) poderiam ser simplesmente um parâmetro ou uma exigência incondicional para o direito, uma finalidade para o legislador, mas não uma norma exterior vinculante para a vida social do homem.

Uma compreensão mais clara das finalidades da investigação filosófica jurídica se delineia agora sobretudo porque o princípio fundamental de toda reflexão filosófica, colocado em vigência na atualidade principalmente por Windelband, qual seja, a distinção entre a consideração do valor e a consideração da efetividade, ganha reconhecimento cada vez maior por parte dos representantes da filosofia jurídica e social. Quase todo o direito natural pré-kantiano não soube se libertar da confusão típica do naturalismo, que atribui furtivamente à legalidade geral da natureza uma significação de valor. *Hegel* e vários outros depois dele, como *Stahl* e *Lasson*, censuraram a falta de orientação e a arbitrariedade dos princípios naturalistas de seleção, que necessariamente dela derivam. [288] Em tempos recentes o naturalismo marxista tem provocado um metódico “retorno a Kant” no campo da filosofia social. Este “movimento neokantiano”, como o chama *Vorländer*,

dirigido por *Cohen*, *Natorp*, *Stammler* e *Staudinger*, começa agora a se estender também dentro do socialismo, contando-se entre seus partidários, marxistas como *Struve* e *Woltmann*. Ele luta contra o domínio da explicação "genética", procurando não suplantá-la, mas complementá-la através de uma consideração "sistemática" sobre a absoluta legitimidade disso que surge causalmente. No grupo dos neokantianos nota-se um forte intelectualismo em relação à problemática filosófica, uma inclinação para tomar todo problema de valor como puramente epistemológico ou metodológico. Nas discussões sobre a "legalidade" e a "unidade" última do social, a significação do método filosófico social, do sentido absoluto do próprio social e da forma metodológica da ciência social empírica, se mostram geralmente indistinguíveis entre si. Apenas a linha de fronteira entre filosofia e empiria é universalmente observada com rigor.

Em estreita relação metodológica com o conceito de filosofia crítica do direito está, do mesmo modo, a questão recentemente levantada por *Stammler* acerca da legitimidade de uma *política* regulada com parâmetros absolutos e, por isso, distinta da disciplina empírica de mesmo nome. Toda teoria sistemática do valor admite duas possibilidades de operar com o valor formal: uma sistematização pura dos significados entre si, a qual permanece simplesmente no reino dos valores, e também uma consideração das efetivações singulares (*einzelnen*) dos valores, isto é, da efetividade como substrato determinado a receber os valores. Dessa maneira, torna-se compreensível a posição da política do direito, que só em última instância interessa a *Stammler*, em face da filosofia jurídica puramente sistemática. Na política o valor é considerado do ponto de vista de sua efetivação; o valor torna-se norma ou postulado. O conceito de valor é o *prius* objetivo (*sachliche Prius*) do conceito de norma. Não obstante, uma vez que é imanente a toda consideração jusfilosófica [289] a ideia de uma introdução de valores de vida, realizada através da vontade humana, não é de se espantar que, neste âmbito, o pano de fundo normativo do conceito de valor esteja antecipadamente presente. Diferente da sistemática pura, o procedimento da política tem o significado de uma *confrontação do caso particular com o valor formal*, um exame do dado individual em sua conformidade com o fim formal último. Em sua "*Lehre von dem richtigen Rechte*", *Stammler* reivindica um procedimento de validade universal, pelo qual a determinação do "direito justo" no caso particular não é deixada ao arbítrio e tato pessoal, mas se efetua simplesmente acordando o supremo critério de valor jusfilosófico ("comunidade de vontade livre dos homens") com o caso jurídico concreto colocado para a decisão do juiz treinado numa concepção de mundo.

A comparação da filosofia do direito com a metafísica do direito mostrou que a especulação crítica do valor, longe de rejeitar o empirismo, antes de tudo o funda e o confirma. Entretanto, deve-se energicamente enfatizar o outro lado da moeda: a especulação precisou defender-se imediatamente contra o próprio empirismo, em particular conta o empirismo histórico, na medida em que ele mesmo se apresentava como filosofia. É uma ilusão amplamente difundida na atualidade, de que seja possível, justamente no âmbito da filosofia social e jurídica, alcançar uma

concepção de mundo a partir das ideias fundamentais da “Escola Histórica”.

À primeira vista parece que o parâmetro de valor pode ser extraído da história, e que o dualismo entre a consideração valorativa e a consideração não valorativa é rompido em função da existência das ciências culturais históricas, quando se pensa que nessas disciplinas a efetividade é elaborada tendo em conta as significações culturais objetivas. Todavia, para colocar em evidência, do modo mais claro possível, todo o complexo caráter empirista destas, *Rickert* tem enfatizado que não se deve conceber as considerações de significações culturais como juízos diretos de valor, mas simplesmente como uma *relação* puramente teórica de valor, [290] isto é, como simples meio de formatação da efetividade (*Wirklichkeitsumformung*). A tarefa das ciências culturais não consiste em sondar a validade absoluta das significações culturais, mas em dar relevo à manifestação da *facticidade* (*Tatsächlichkeit*) empírica e temporal, a qual, frente ao material originário da efetividade (*Wirklichkeit*), se apresenta já como produto de uma seleção metodológica. Quem quer extrair critério de valor da história precisa, de modo consequente, considerar como carregado de valor tudo o que aparece como significativo ao cientista historiador na sua exposição dos nexos históricos; em termos metodológicos, ele precisa simplesmente absolutizar o produto de uma tendência empirista da ciência particular. O historicismo, de fato, nada mais é do que um método científico empírico que, enquanto concepção de mundo, se manifesta como uma forma inconsequente, incontrolada e dogmática de valorização. Nisso ele se equipara exatamente ao naturalismo.

A facticidade histórica, como sempre apreendida na simples temporalidade, e *permanecendo sempre invariável* em sua estrutura fática formal, não fornece por si nenhum princípio para uma extração do valor absoluto, mas apenas oferece um *palco* para o valor: a facticidade histórica pode servir como meio de orientação na busca do valor absoluto. Nessa relação entre a massa total histórica e o quanto de valor supra-empírico, nada se altera, mesmo quando há incomparáveis formações de valor de significação supra-histórica, como são as grandes personalidades e as obras de arte, as quais representam “individualidades de valor” no sentido de que contém um excedente de valor e não meramente um excedente de efetividade sobre os elementos que compõem o sistema de *valor*, mostrando que se trata de uma irracionalidade que não deve ser confundida com a impenetrabilidade da única *realidade espaço-temporal*, mas que se funda, antes, sobre a indissolubilidade de um conteúdo de *valor* no *sistema* de valor. Do mesmo modo, a apreensão especulativa de tais grandezas de valor não sistematizáveis, que emergem uma única vez e “historicamente”, é um processo criativo, [291] um mostrar o valor fora da temporalidade, um destacar de grandes momentos incondicionados da totalidade do mundo cultural concebido científica-empiricamente. Disso se segue que tais valores “*individuais*” não podem ser simplesmente *extraídos* da realidade histórica. O que importa aqui é apenas esta relação principal e *metódico-formal*. Num linguajar popular e impreciso pode-se falar de valores históricos absolutos. Mas o dever do filósofo é penetrar no *quaternio ternorum* de tais expressões.

Materialmente o significado da pesquisa histórico científica em nada é afetado por estas distinções formais. É possível admitir, apesar de toda rejeição por parte do historicismo, que aquilo que em última instância regula a historiografia empírica reside na crença em um significado supra-empírico fruto de uma história universal. Mas exatamente por isso confirma-se que não se pode extrair a concepção de mundo da história, mas, ao contrário, a história da concepção de mundo.

O historicismo é exatamente o contrário do direito natural, e isto constitui sua significação principal. O direito natural quer tirar magicamente o substrato empírico da absolutidade do valor, o historicismo a absolutidade do valor do substrato empírico. Na verdade, o direito natural destrói a autonomia do empírico através da hipostasiação do valor e, com isso, incorre, como se viu, no erro da a-historicidade. Contudo, o fato de haver acreditado de algum modo em normas atemporais, supra-históricas, não foi, como pensam muitos, um erro refutado pelo esclarecimento do presente, mas sim o seu mérito imortal. Por outro lado, o historicismo – e não a história ou a própria concepção histórica do direito – destrói toda filosofia e concepção de mundo. Ele constitui a forma mais moderna, difundida e perigosa de relativismo, a nivelação de todos os valores. O direito natural e o historicismo são os dois precipícios com os quais a filosofia do direito deve tomar cuidado.

[292]

b) As distintas escolas

O ponto de partida de toda especulação jusfilosófica recente é constituída pela determinação conceitual, também aceita por *Kant*, de que o direito é a regulação do comportamento externo humano para a consecução de uma situação conteudisticamente carregada de valor. Sobre esta base comum emergiram duas possibilidades de integrar o direito em contextos de valor. Ou se buscava seu fim último exclusivamente na perfeição da personalidade ética, de modo que o sentido da vida em comunidade se media unicamente pela realização desse ideal. Ou predominava o ponto de vista de que seria inerente ao ordenamento e às instituições humanas de existência coletiva uma excelência própria, um valor específico que não se derivaria de alguma maneira da individualidade ética. O contraste entre essas duas concepções de mundo parecia ter um significado decisivo para a filosofia jurídica. Por sua posição *empírica* o direito pertence, sem dúvida, ao âmbito das instituições "*sociais*". É somente se existe um tipo de valor especificamente "*social*" ao lado do ético-individual, que a indiscutida significação empírico-social do direito pode obter também um correlato na esfera do valor absoluto. Somente neste caso não estará o direito simplesmente numa relação instrumental com um tipo de valor ético-individual, estranho à sua própria estrutura social. Somente recentemente se pôde fundamentalmente compreender que o direito, enquanto estrutura "*social*" *em si mesmo*, pode encontrar-se na esfera do pleno valor. Portanto, se existem fins *sociais* últimos, cujo meio é o direito, então o direito não é mais um *simples* meio, mas deve ser ao mesmo tempo membro ou componente de uma estrutura

articulada do “espírito objetivo”.

O hegelianismo jusfilosófico, como se pode definir a especulação que supera o individualismo de Kant e do século dezoito, acreditou poder caracterizar o individualismo ético como um *atomismo* filosófico-social. Se o valor, como em Kant, apesar de sua validade supra-individual, aderisse *exclusivamente* à personalidade individual, [293] então se excluiria de plano da região do valor absoluto todas as *relações* que se encontram mais além dos pontos de valor isolados. Em oposição a um tal sistema personalista de valor, a nova concepção de mundo se caracteriza antes de tudo como uma anunciação de valores transpessoais; ela opõe ao valor de tipo pessoal um valor, por assim dizer, objetivo. A exigência absoluta não se dirige à vontade e à personalidade de fato, mas ao próprio ordenamento objetivo do “mundo moral”, tal como em Platão. O aperfeiçoamento deste ordenamento objetivo, e não do homem individual, é o fim último da existência social (*gesellschaftlichen Daseins*). Com essa antiga ideia de uma “eticidade substancial” (*substanziellen Sittlichkeit*) Hegel procurou conciliar, numa síntese suprema, o individualismo do cristianismo com os novos tempos. Para ele o direito de liberdade individual deve ser reconhecido, mas apenas como um “momento” suprásumível (*aufgehobenes Moment*), como um membro necessariamente articulado na estrutura do todo. Toda a filosofia do direito do século dezanove se esforça para afirmar um sentido absoluto próprio das relações sociais, sem ter que renunciar com isso ao reconhecimento do indivíduo como absoluto fim em si mesmo (*Selbstzweckes*), conquistado no século dezoito. Até o presente a luta dessas concepções de mundo não deram nenhum passo na direção de sua solução. Permanecem especialmente insolúveis todas as questões relativas a se os valores transpessoais da vida social devem ser agregados como um subtipo de valor ético, ou se devem ser coordenados com os demais valores, ou finalmente, inseridos num grupo específico de “valores culturais”. Todas as discussões sobre a ética individual e sobre a ética social, sobre a questão social, sobre Estado e direito, sobre nacionalismo e cosmopolitismo, todo esboço de uma filosofia da cultura gira, no fundo, em torno do problema de se há um lugar próprio no sistema geral de valores para o valor de tipo social.

Como paradigma de um kantismo jusfilosófico pode-se considerar atualmente *Stammler*. Ainda que reforce a possibilidade de conceber a convivência social humana como um objeto peculiar, dotado de categorias metodológicas específicas, [294] ele procura colocar o *ideal* social e a tarefa absoluta do ordenamento jurídico *exclusivamente* a serviço da norma ético-individual. Com ele encontra-se o argumento decisivo do kantismo: uma vez que a vontade livre, motivada unicamente pela consciência do dever, é a lei incondicional para o homem, então o fim último da vida social só pode consistir na unificação do dever da vontade de todos, ou seja, na “comunidade dos homens de vontade livre” (*Gemeinschaft frei wollender Menschen*). A “comunidade” vale como o absoluto em todas as instituições sociais, isto é, no sentido de uma simples coexistência da eticidade individual, uma fusão daquilo que na aspiração dos membros da comunidade pode ser considerado como universalmente válido. Aqui prevalece a mesma concepção com base na qual a

filosofia individualista do direito de todas as épocas eleva o contrato, como acordo de vontade de seres eticamente autônomos, a princípio único de justificação de todas as instituições sociais. À estrutura empírica do social, cuja peculiaridade *Stammler* tanto enfatiza em função de interesse metodológico, não corresponde nenhuma estrutura particular de valor.

Essa diferenciação no social, entre a estrutura empírica e a estrutura de valor, lança luz às tentativas recentes de vincular o socialismo com a "ideia de comunidade" da ética kantiana. Isso só pode suceder porque a concepção de mundo que se toma por socialista não ultrapassa em nenhum aspecto o círculo das ideias individualistas. "Humanidade" não significa em Kant a comunidade humana concreta, mas o valor humano abstrato. A ética kantiana não exige que respeitemos o próximo como *membro* da humanidade, mas sim como *representante* da humanidade. Disso não se segue nenhuma outra "ideia de comunidade", senão aquela de *Stammler*. Do mesmo modo, toda a controvérsia sobre o ordenamento econômico individualista e socialista *pode* ser desenvolvida como uma questão interna de uma concepção de mundo puramente individualista. Ademais, existem também sistemas socialistas nos quais a exigência por uma organização centralista da economia entra como consequência [295] de uma concepção de mundo "social", inclusive no sentido dos valores. *Lassalle* e *Rotbertus*, apoiados em *Fichte* e *Hegel*, fundamentam a intervenção do Estado na vida econômica justificando que a humanidade como um todo deve cumprir sua tarefa apenas como gênero, e não através do individual. Tem-se aqui a crença num arquétipo autônomo da vida social, uma aspiração a um peculiar esplendor e perfeição da existência social humana.

Particularmente importante para uma renovação da filosofia do direito é o fato de que o sistema dos fins sociais últimos alcançou, com o hegelianismo, uma forma muito mais concreta. Já em *Schelling*, *Hegel*, *Schleiermacher*, *Stahl*, *Trendelenburg* e na escola de *Krause* se enfatiza continuamente a descoberta de uma profusão de fins específicos e modelos (*Vorbilder*), de um novo mundo de tarefas vitais e determinações, que correspondem não ao indivíduo considerado isoladamente, mas que são próprios das relações vitais da comunidade humana enquanto tal. À rica estrutura destes fins e "bens", nos quais as "ideias econômicas mundiais" se expressam, deve a ordem jurídica adaptar-se de modo a fundi-se num "todo orgânico" ou num "organismo". A determinação (teđlov) inerente às relações particulares da vida, tais como propriedade, família, classe, Estado, deve ser o "princípio objetivo e real da filosofia do direito".

A esta concepção se vincula a polêmica contra a derivação exclusiva do mundo social a partir do conceito de personalidade e de vontade, polêmica esta, entretanto, que de nenhuma maneira deveria afetar a ética kantiana. Não se trata só de uma co-predicabilidade (*Komprädikabilität*), uma necessária integração mútua, entre o modo de valorar de *Kant* e *Hegel*, mas segundo o próprio modo de ver do hegelianismo jusfilosófico, a ideia de personalidade como o teđlov supremo do ordenamento jurídico deve ser incluída no patrimônio do ethos comunitário (*Gemeinethos*).

A reação contra a redução filosófica de todas as figuras jurídicas ao complexo de liberdade e vontade constitui um [296] interessante paralelo da luta – conduzida em meados do século dezenove principalmente por *Jhering* – da ciência positiva contra o formalismo jurídico da vontade. O próprio *Jhering* menciona a escola de *Krause* como uma precursora – certamente muito pouco influente – da luta contra a chamada teoria da vontade. De maior influência, entretanto, sobre a ciência positiva são as especulações de *Schelling*, *Hegel* e, se podemos acreditar em *Ahrens*, também de *Stahls*. Estas contribuem, junto à atuação em primeira linha da Escola Histórica, para uma concepção mais vivaz e para um tratamento mais concreto do direito. Por outro lado tem sido universalmente reconhecido o forte efeito da concepção abstrata de *Rousseau*, *Kant* e *Hegel* sobre a jurisprudência positiva.

Uma outra prova de como a especulação sobre a estrutura do mundo social conduz da pura consideração dos valores até problemas metodológicos de formação de conceitos, é fornecida sobretudo pelo desenvolvimento do conceito de corporação (*Korporationsbegriffs*). *Gierke* demonstrou exaustivamente que, também no âmbito da doutrina do direito, o espírito individualista-atomizante do Iluminismo provou sua eficácia na destruição conceitual de toda figura jurídica (*Rechtgebilde*) corporativa. Inversamente, a ciência do direito, especialmente a doutrina de direito constitucional (*Staatsrechtslehre*), tem procurado insistentemente fundar a sua refutação do predomínio do princípio jurídico individualista através da concepção de mundo do hegelianismo. Na medida em que de modo geral o problema metodológico se conecta a questões de concepção de mundo, o conceito jurídico de corporação, como o representa por exemplo *Gierke*, não pode ser fundado especulativamente por uma ética individualista, mas apenas através da ideia de um tipo de valor especificamente social. Pois somente a adoção de um sistema social específico de fins torna possível, em última instância, a construção de totalidades de valor auto-consistentes, diferentes da soma de figuras individuais.

Apesar da profunda conexão entre problemas metodológicos e de valor puro, por outra parte não se deve nunca passar por cima da discrepância formal que sempre existe entre as formações de conceitos empírica e filosófica, em decorrência [297] da diferença fundamental de suas finalidades. Por isso, a mais concreta teoria da finalidade, iniciada por *Stahl* e outros, deve ser claramente delimitada frente à teoria empírico-teleológica da função social do direito e de sua dependência dos interesses da sociedade, atualmente tomada como bem comum. Nenhum individualista ético nega estas conexões empíricas. O que ele nega é apenas que a elas correspondam conexões absolutas de *valor*. Aqui, ou ele negará de modo geral uma relação que penetre na região do valor, ou só admitirá tal relação entre o direito e o valor da personalidade individual, entretanto, em ambos os casos, rejeitará o ponto de vista contrário como uma absolutização de simples fenômenos empíricos de validade meramente relativa. Mas essa censura não assusta em si o hegelianismo jusfilosófico. Pois, em seu aspecto formal-metódico ele ameaça

um campo de valor não menos que o outro. Ao dualismo dos modos de consideração filosófico e empírico se submete, a princípio, a totalidade dos objetos experienciáveis (*erfahrbaren Gegenstände*): mesmo os processo da vontade, que constituem o material da ética individualista, apresentam um lado empírico. Mas a determinação inequívoca da *linha de fronteira* entre a parte *meramente* empírica da efetividade e aquela da qual ainda se pode extrair um momento de valor, é algo que pertence já à decisão axiomática e irrefutável de toda concepção de mundo fechada em si.

Junto com o dogma filosófico da vontade, o hegelianismo elimina ao mesmo tempo uma outra consequência da filosofia do direito de *Kant*. Em função de sua concepção individualista, a estrutura *social* do direito precisa escapar completamente da esfera do valor. A rigor, só pode ser concebido como um mecanismo em si empírico para a preservação supra-empírica da finalidade da liberdade. Quando deve, de modo geral, ser caracterizado transcendentemente, só pode ser expresso através de predicados *negativos*, em sua totalidade extraídos de um simples contraste como a moral. É verdade que, de modo estritamente consequente, nunca foi a intenção kantiana se limitar [298] a conceber a essência substancial do direito como mera oposição contrária à interioridade ética, como mera exterioridade e coercibilidade (*Erzwingbarkeit*). Aqui prevalece a convicção de que o *próprio* direito participa dos fins sagrados a que serve. Isso pode ser observado com particular clareza em *Kant*, cuja dissolução de toda relação e instituto de direito empírico em meras relações de liberdade inteligíveis, dificilmente pode se conciliar com a afirmação simultânea da exterioridade do direito. Diante da vacilação de *Kant* não há dúvida sobre o mérito de *Fichte*, muito mais coerente e rigoroso, na dedução do conceito de direito a partir de uma análise lógica da “essência sensível da razão”, do “eu material determinado”. Também em *Hegel* e *Stahl*, tal como antes em *Fichte*, encontra-se a coloração empírica de alguns conceitos jurídicos deduzidos transcendentemente, especialmente o conceito de personalidade. Na atualidade é sobretudo *Schuppe* que, em acordo com o idealismo imanente de *Fichte*, tem procurado encontrar o a priori meta-jurídico do direito. Para ele o ponto de vista jurídico se limita à afirmação da “concretude da consciência espaço-temporal” singular, sem passar à avaliação (*Wertschätzung*) ética do bem-em-si (*An-sich-Guten*), da consciência em geral. Com isso *Schuppe*, nas construções jusfilosóficas fundamentais, não abandona o esquema característico do kantianismo, isto é, a oposição entre a generalidade abstrata do valor e os exemplares empíricos-concretos singulares, assim como o esclarecimento do jurídico exclusivamente através da comparação com o ético.

Somente recentemente com a introdução de um tipo de valor social adentrou o próprio direito, enquanto fenômeno social, no âmbito dos valores. Também a sua caracterização transcendental lhe fornece agora uma significação *positiva* – embora eventualmente pequena –, reconhecendo nele as estruturas carregadas de valor (*wertvollen Gestaltungen*) da vida comunitária humana, ainda que na forma mais primitiva e exteriorizada. Nesse sentido o direito foi descrito por *Jellinek* – em verdade num contexto mais empírico-sociológico – como “mínimo ético”, [299] com a

observação explícita de que uma tal apreciação permanecer vedada para o ponto de vista da ética individual. Analogamente, hegelianos como *Lasson* têm descrito o direito como o espírito ainda imerso na natureza, como um primeiro nível da razão e da eticidade (*Sittlichkeit*). Esta concepção foi brilhantemente representada por *Stahl*, sendo ainda agora muito influente.

Para mostrar a necessidade de regulamentação jurídica da vida em comunidade pode-se inicialmente forjar a ideia de uma total interpenetração (*Wechseldurchdringung*) da atividade ética individual e do ethos objetivo. Numa tal situação ideal de perfeito equilíbrio da existência humana em comum, os indivíduos precisariam a todo instante reconhecer intuitivamente o fim último da coletividade (*Gesamtheit*) e cumpri-lo espontaneamente com invariável atenção na conformidade com o dever. Na filosofia teórica a comparação crítica de uma tal ficção do entendimento intuitivo serve para trazer à tona, de modo nítido, o único modo de que dispomos para a consecução dos fins teóricos, qual seja, a divisão do conhecimento em conceitos gerais e percepções concretas. Analogamente, a imagem de um ideal prático pode nos lembrar que todo ordenamento comunitário empírico só pode se manter através do estabelecimento de disposições formais, que não tomem em consideração a complicação ética do caso individual. Ademais, a garantia da consistência do mundo ético exige a coercibilidade e exterioridade dos imperativos jurídicos, sendo que destas características, juntamente com sua abstratidade, resulta o tradicional caráter rígido do direito, que se realiza como uma estrutura vital (*Lebensgestaltung*) e permanece ao longo das gerações e mudanças históricas de um povo. Dessa abstratidade (*Abstraktheit*) segue-se imediatamente também que o ordenamento jurídico não pode expressar o conteúdo das ideias do ethos coletivo em toda a sua consistência concreta, mas apenas em seus contornos externos mais pobres.

O fato de que direito deve representar sempre um *mínimo* do ethos coletivo, apesar de ser uma estrutura abstrata e formal dentro dos tipos sociais de valor, é o passo decisivo para ultrapassar a caracterização meramente *negativa* [300] da filosofia do direito kantiana.

A primeira tentativa, ainda no século dezenove – na medida em que tais especulações eram acessíveis –, de assinalar o lugar transcendental do direito num sistema de tipos de valores sociais, partiu da filosofia de *Hegel*. Nela o ordenamento jurídico recebe o seu lugar preciso na série sempre mais concreta dos fins culturais objetivos, sendo concebido como um nível específico de desenvolvimento do “espírito”. *Hegel*, em sua concepção do mais concreto “direito”, o direito do espírito mundano (*Weltgeistes*), que ultrapassa com absoluta soberania todas as regras e autorizações (*Berechtigungen*) abstratas, apesar de sua deificação das instituições objetivas transpessoais, está muito longe de absolutizar as simples formas jurídicas da vida cultural. Muito antes, poderia se lhe acusar de um ódio injustificado contra toda legislação (*Gesetzgebung*) “formal”, o que o leva de início a considerar o sistemático e o *típico* de valor como um nível prévio imperfeito e necessitado de auxílio da totalidade absolutamente saturada e da homogeneidade

dos valores. Isso mostra-se também na sua caracterização da “pessoa” em sentido jurídico como um átomo arrancado de seus nexos espirituais substanciais, na qual o elemento abstrato e sempre idêntico da personalidade ou capacidade jurídica é isolado da individualidade vital do homem. Com isso, ele só pode avaliar o abstrato como algo estranho ao infinito concreto, e afetado pelo momento da negatividade por causa de sua vacuidade. Ele compara o ponto de vista do direito com a concepção de mundo do helenismo tardio, na qual o orgulhoso e vaidoso si (*Selbst*), a individualidade satisfeita consigo, em desafiadora autoconsciência, emerge da vida da substância ética. Aquilo que para o estoicismo estava apenas na reflexão do em-si (*Ansich*), torna-se efetividade com o direito. Foi tarefa histórico-mundial da romanidade submeter a individualidade concreta ao poder da liberdade abstrata e do Estado abstrato, bem como incorporar as estruturas concretas das individualidades populares ao [301] conceito abstrato de Estado, “esmagando-as” sob essa generalidade, além de reunir todos os deuses e espíritos no Panteão do domínio universal.

Neste ponto deve-se observar que também na doutrina de *Hegel* encontra-se arraigada a formulação *metodológica* do formalismo jurídico encontrado frequentemente na jurisprudência do século dezanove, mas do qual deve-se falar somente na próxima seção.

Especialmente com os pensadores que postulam um arquétipo concreto da vida comunitária, houve sempre a tendência de se considerar o ordenamento jurídico, em função de seu caráter meramente regulativo e organizador, como um mero substituto do ideal social. Com que frequência se tem citado o dito de *Platão* de que a lei abstrata, sempre absolutamente igual a si mesma, é insuficiente para regular com justiça a desigualdade e o desassossego (*Niemals-Ruhe-Halten*) das coisas humanas. Todas as revoluções e golpes de Estado têm sido defendidos com o argumento de *Fichte*, segundo o qual a forma racional e sistematizável do ordenamento social, os bens na posse dos quais as épocas “seguem com fé pela estrada empreendida”,³ são apenas meios, condições e andaimes “daquilo que o amor da pátria quer verdadeiramente, do florescimento do eterno e divino no mundo”.⁴ Geralmente de acordo com *Fichte*, *Largade* tem procurado ver na força impessoal da lei, no domínio das instituições e constituições estatais, este “*caput mortuum* da humanidade”, o mal do presente, que paralisa a energia criativa do homem e da nação.

Em nosso tempo *Tönnies* tem tratado a abstratidade do direito não simplesmente como um problema metodológico, mas procurando configurá-la (*einzuzeichnen*) no quadro geral do mundo social. Ele descreve a Roma tardia de modo similar a *Hegel*: o domínio sobre toda a Terra aproxima

³Nota do tradutor: trecho extraído dos *Discursos à Nação Alemã* de Fichte: “... gläubig fortgehen auf der angetretenen Bahn ...” FICHTE, Johann Gottlieb. *Reden an Die Deutsche Nation*. Berlin, 1808, p. 261.

⁴Nota do tradutor: trecho extraído dos *Discursos à Nação Alemã* de Fichte: “... was die Vaterlandsliebe eigentlich will, des Aufblühens des Ewigen und Göttlichen in der Welt ...” FICHTE, Johann Gottlieb. *Reden an Die Deutsche Nation*. Berlin, 1808, p. 257.

todas as cidades numa única cidade, abrandando todas as diferenças e desníveis, dá a todos o mesmo pensar, dinheiro, formação, ganância. O direito gera o conceito de “pessoa” jurídica, uma ficção e construção do pensamento científico, uma “unidade mecânica” que não está para a multiplicidade concreta como uma unidade [302] de essência orgânica, mas para além desta como uma unidade conceitual genérica, uma *universitas post rem e extra res*. Nos últimos séculos o direito cada vez mais perde o seu caráter orgânico, e cada vez mais serve unicamente ao princípio da “sociedade” (*Gesellschaft*), isto é, a uma situação na qual os indivíduos, desligados de todos os seus vínculos originais e naturais, entram em relação entre si unicamente em virtude de abstratas considerações racionais de vantagens e remuneração. Através desta construção do racionalismo social o conceito de sociedade da economia política clássica – o qual através do exame especulativo de *Hegel* também se tornou influente na filosofia –, recebe sua formulação filosófica mais radical. Ao sistema de abstrações sociais *Tönnies* contrapõe a “comunidade” (*Gemeinschaft*) como tipo orgânico do social. Em sua estrutura ela é análoga aos conceitos de *Hegel* de espírito substancial e totalidade ética, diferenciando-se, entretanto, da forte tendência cultural-filosófica de *Hegel* através de um matiz muito mais naturalista, com ênfase no natural e originário. Enquanto toda vida comunitária está baseada na universalidade da inquebrantável unidade dos interesses vitais, o direito cria as formas técnicas para o isolamento e para a persecução de fins separados e unilaterais, por exemplo, aqueles puramente econômicos, que só constituem a base para a união de esferas de vontade essencialmente separadas através desse único ponto. A emancipação do indivíduo de todos os vínculos comunitários originários, a dissolução e o nivelamento gerais, cujo direito – principalmente o romano – foi o instrumento dentro da cultura cristã, encontrou, segundo *Tönnies*, a sua mais alta encarnação no Estado moderno, o qual, partindo de uma comunidade verdadeira, se transformou numa organização societário-capitalista (*gesellschaftlich-kapitalistische Vereinigung*).

Também *Simmel*, que só ocasionalmente se refere ao direito, o considera, como *Tönnies*, um sintoma da racionalização da vida, que precisamente no presente se expande cada vez mais. Comparável de um lado com a [303] intelectualidade e de outro com o dinheiro, [o direito] mostra-se indiferente ao peculiarmente individual e extrai, da totalidade concreta das vivências, um fator geral e abstrato. Entretanto, *Simmel* acredita que o processo moderno de despersonalização alcança apenas aspectos exteriores da vida; mesmo que pequenas partes essenciais da personalidade se subordinem cada vez mais a organizações impessoais, tanto mais nitidamente um núcleo não reificável (*verdinglichender*) da personalidade se diferencia das partes destacáveis, mantendo-se inatacável.

Ao lado dessa tendência, que vê no direito a encarnação de um formalismo hostil a toda originalidade individual e cultural, tem-se mantido o reconhecimento especulativo de uma peculiar significação positiva de valor do direito, e na ideia de justiça tem-se encontrado a sua expressão mais geral. Contudo, seria inútil procurar uma definição única de justiça. Dado que com este termo

quer-se simplesmente expressar a absolutidade e aprioridade do direito enquanto tal, nele seria preciso reunir todos os requisitos de como seria o direito em cada uma das diferentes concepções de mundo.

Nas doutrinas de direito penal o conceito de justiça adquire uma significação mais estrita. A concepção, uma vez tão influente, de que a punição dos criminosos restabelece a majestade da lei, remete a *Kant* e a *Hegel*. Estas “teorias absolutas do direito penal” jamais podem ser *substituídas* pelas “relativas”. Mesmo no direito penal as questões referentes ao sentido último e aos “fins” empíricos das instituições sociais não precisam se contrapor uma a outra.

Se a justiça deve efetivamente expressar uma ideia peculiar e em si carregada de valor, já em princípio, com a introdução desse conceito, rompe-se a exclusividade de valoração personalística em favor de uma idealização da vida comunitária. Por isso, toda filosofia jurídica kantiana – inclusive a do próprio *Kant* – contém o início da superação do personalismo social-filosófico. [304] Isto mostra-se claramente com o kantiano *Cohen*. Como o direito está faticamente fundado na ética, para ele a ética deve ser metodicamente orientada na ciência do direito. As ciências do direito e do Estado fornecem o “modelo metódico” (*methodische Vorbild*) para o conceito ético da pura unidade do *valor*, da unidade da ação e da pessoa, da “autêntica unidade da vontade”. Tendo em conta que na “pessoa jurídica” a união com o substrato sensível (que consiste numa multiplicidade de indivíduos) é mais difícil que na personalidade individual, ela pode servir como modelo (*Muster*) para um ideal puro de “totalidade”, que como unidade autônoma se destaca de sua discreta base efetiva (*Wirklichkeitsunterlage*) divisível em unidades sensíveis. No mesmo sentido de *Hegel*, as particularidades de raça e classe, como representação da simples “maioria” social ou da coletividade (em última instância elementos meramente naturais), devem ser submetidas à “unidade dominante do Estado”. *Cohen* vai tão longe ao ponto de querer construir os conceitos éticos fundamentais “com exclusiva consideração do direito e do Estado”. As ações éticas do Estado se realizam nas leis, as quais, em sua santidade e generalidade exclusiva, valem como conceitos vitais insubstituíveis para a autoconsciência da vontade pura. O formalismo do direito torna-se em *Cohen* o sintoma de sua absoluta valiosidade (*Werthhaftigkeit*), de sua pureza, de seu apriorismo. Direito e justiça constituem o autêntico reino dos fins (*Zwecke*) supra-empíricos, eles possibilitam a salvação da vontade de sua ambiguidade e imprevisibilidade, das barreiras de sua teimosia e egoísmo. Direito e Estado são estruturas do espírito, conceitos culturais éticos, o povo, por outro lado, é um produto da natureza e, por isso, o patriotismo, apesar da dignidade (*Erhabenheit*) do conceito cultural de pátria, conserva o sabor naturalístico de mero “efeito estendido” (*Affekterweiterung*). *Cohen* rechaça o conceito cultural puro de povo de *Hegel*. Com ele a ideia formal de justiça triunfa sobre os valores concretos.

Atualmente as visões sobre o valor absoluto do direito são amplamente divergentes, o que deixa em aberto para a filosofia do futuro a sua integra[305]ção em um sistema de valores culturais.

Para deixar mostrar uma vez mais o caráter sistemático de valor da filosofia do direito, pode-se observar que o conceito hegeliano de mundo social, ainda que compreendido de modo “concreto”, tem um sentido puramente formal em dois aspectos. Em primeiro lugar, o “espírito objetivo” precisa, enquanto conceito de *valor*, prescindir de toda “concretude” do *empírico*: a palavra “concreto”, usada para o valor, é apenas uma metáfora, indica apenas simbolicamente uma certa coloração do valor, o que implica igualmente que do valor concreto não se pode construir racionalmente a particularidade *empírica*. Mas o social, em segundo lugar, também se distingue da “individualidade de valor” anteriormente mencionada, precisamente porque pretende valer, por causa de seu caráter sistemático, como o epitome (*Inbegriff*) de exigência ideal de toda vida comunitária possível, de qualquer efetividade social. O social, portanto, é formal em face do substrato empírico de valor e formal em face da individualidade de valor. O social tem uma peculiar posição intermediária no reino dos valores. Ele parece concreto como um mundo de novos valores transpessoais em relação com a uniformidade exclusiva de tipo pessoal individual, e abstrato ou formal enquanto valor sistemático na diferença com a individualidade de valor. Desta posição intermediária segue-se, tal como *Windelband* havia destacado, que o valor social é visto como conteúdo do ponto de vista do dever individual, mas, ao contrário, como formal em relação à determinação geral da sociedade mesma em dado momento. O mais ilustre exemplo histórico para esta mesma relação é fornecido pela ética social platônica. Como um modelo de concepção concreta de Estado, ela permanece, contudo, nos limites do mundo grego, sem chegar à representação de uma revelação única de efetivos valores absolutos, algo que foi identificado – primeiramente por *Schelling* – como específico da especulação cristã.

Com a “concretidade” (*Konkretheit*) do valor de tipo social retorna a mesma complicação que se apresentava com a fusão entre a individualidade de valor e historicismo, tornando-se agora compreensível porque o historicismo, que de fato vive apenas da confusão entre concretidade empírica e concretidade do valor, chegou a ser tão sedutor no domínio filosófico jurídico e social. O que o historicismo tinha em mente como uma forma irrefletida de valoração, emerge explicitamente e formulado em dogmas como filosofia da restauração. Segundo esta, as formas legítimas de organização estatal surgidas empiricamente constituem as barreiras imutáveis, frente as quais toda crítica e avaliação com parâmetros absolutos de valor devem silenciar-se. A oposição mais nítida a esta absolutização do dado (*Gegebenheit*) político é colocada pela doutrina de *Hegel*, em sua luta implacável contra a vacuidade da simples finitude, contra a irracionalidade empírico singular da historicidade (*Diesheit*)⁵; por isso não se deve esquecer as palavras de *Kuno Fischer* na conclusão de sua obra sobre *Hegel*, que demonstraram que durante o século dezanove não se podia opor às tendências políticas da restauração nada mais profundo do que a filosofia hegeliana,

⁵Nota do tradutor: *Diesheit* é um termo técnico que significa a propriedade de ser “isto”. Sua elaboração em alemão visava traduzir o termo latino *ecceitas* criado por Duns Scotus para traduzir o *tode ti* de Aristóteles. Em inglês é traduzido por *this-ness*, em italiano por *eccèità*, em francês por *eccéité* ou *haeccéité*.

ou seja, o desenvolvimento do espírito do mundo em sua forma consciente, logicamente desdobrada.

Seção II.

A metodologia da ciência do direito.

Na primeira seção discorreu-se sobre a constituição do conceito jusfilosófico e sobre o conceito de valor de direito. Para esclarecer o “método” filosófico em contraste com o empírico é preciso comparar a filosofia com a empiria e, a partir de ambas, chegar a um denominador comum, sob o qual subsumi-se o ponto de vista da contemplação, da doutrina, do conhecimento ou da ciência. A metodologia da filosofia é a questão sobre o valor de *ciência* da filosofia. A doutrina da forma da ciência filosófica torna-se, assim, comparável com a doutrina das formas especiais das ciências empíricas, ou seja, com a metodologia em sentido estrito.

A metodologia da ciência empírica do direito, vista de um ponto de vista rigorosamente metódico, não pertence à filosofia do direito, [307] mas à filosofia da ciência. Ela, de fato, não trata diretamente do tipo de valor “direito”, mas do tipo de valor “ciência”. Todavia, não é necessário demonstrar o quanto este setor especial da doutrina da ciência se adapta faticamente ao quadro da “filosofia do direito”. A lógica da ciência do direito é atualmente o âmbito mais cultivado da filosofia do direito, e a jurisprudência positiva tem fornecido valiosas contribuições para este fim.

Assim, toda a matéria da filosofia do direito se subordina ao conceito unitário de filosofia entendido como doutrina crítica do valor. Ela se divide em doutrina do valor científico da filosofia do direito (seção I a), em doutrina do valor do próprio direito (seção I b) e, finalmente, em doutrina do valor científico da empiria do direito (seção II).

A filosofia do direito é um ramo das “ciências culturais” empíricas. Por isso, as investigações recentemente desenvolvidas sobre este grupo de ciências podem constituir um fundamento geral para uma crítica metodológica da ciência do direito. Já na primeira seção partiu-se da concepção de *Rickert* de que o mundo, visto do ponto de vista científico cultural, surge de uma relação puramente teórica da efetividade imediata com as significações culturais. Para preparar gradualmente as linhas de orientação vinculantes entre a lógica da ciência do direito e os conceitos científicos culturais fundamentais, precisamos antes distinguir entre uma tendência histórica e outra sistemática dentro das ciências culturais. As disciplinas sistematizantes extraem da complexidade do dado os momentos culturais típicos, não para expô-los numa sequência temporal única de desenvolvimento como significações incomparáveis e indecomponíveis do individual, tal

como faz a história, mas para elevá-los expressamente a sua estrutura formal isolada enquanto conceitos-chave das distintas disciplinas culturais. Para prevenir mal-entendidos deve-se observar que esta ciência construtora de conceitos gerais se distingue adequadamente do princípio de abstração e sistematização *científico*-[308]*natural*, pois este prescinde totalmente da significação cultural.

A compreensão do paralelismo já citado entre problemas metodológico e problemas de valor puro – que também se encontra analogamente tanto entre a individualidade do valor e o método histórico quanto entre a *sistemática* filosófica e a *sistemática* empírico-científico-cultural –, pode mais uma vez nos preservar de confundir os conceitos culturais empírico enquanto princípios de seleção científicos particulares com as concepções conceituais absolutas, de valor e de mundo, da cultura. Tal como consideramos reciprocamente compatíveis, a afirmação de uma estrutura específica das ciências culturais com a negação de uma estrutura autônoma de valor social – por exemplo, em *Stammler* –, também pode-se pensar de modo geral uma separação, de interesse puramente metodológico, do método da ciência da cultura daquele da ciência natural, sem ao mesmo tempo reconhecer valores culturais absolutos. Com isso será necessário distinguir, pelo menos do ponto de vista metódico-formal, o “*significado cultural*” empírico-metodológico e o “*valor cultural*” absoluto, mesmo quando este último possa constituir-se em princípio regulativo de todas as ciências empíricas culturais, no mesmo sentido anteriormente admitido para a individualidade do valor em relação à historiografia empírica.

Do ponto de vista epistemológico a efetividade vale como o produto de sínteses categoriais. A metodologia estende este ponto de vista copernicano para os processos de seleção científicos particulares, e vê, por exemplo, no átomo e na lei natural, produtos de construções conceituais científico naturais, e nos acontecimentos da história universal, nos fenômenos jurídicos, políticos e econômicos, produtos de construções conceituais científico culturais. Para a vista inexperiente não é fácil apreender rigorosamente a tese fundamental copernicana. Imediatamente coloca-se a objeção de que não é apenas o historiador que impõe aos grandes acontecimentos históricos o seu papel histórico universal, que não é apenas a ciência que delimita reciprocamente as significações típicas da cultura tais como eco[309]nomia, direito, linguagem etc. Também o metodólogo pouco poderá fazer senão reconhecer que na disciplinação primária dos materiais já se encontram trabalhos preliminares de atividade científica. Mas ainda que esta “construção conceitual pré-científica”, como *Rickert* a denomina, possa progredir nos casos particulares, lhe falta sempre a acuidade conceitual e o rigor científico. Em todo caso, caberá continuamente à ciência a tarefa de aperfeiçoar as tentativas imprecisas, de fixar conceitualmente os resultados, por exemplo, distinguir uns dos outros de modo exato os tipos de cultura e modelá-los em disciplinas particulares até ramificações sistemáticas mais sutis. Desse modo, a vocação copernicana da ciência pode efetivamente ser restringida e ofuscada, mas isso não significa colocá-la em xeque pela circunstância de que no pensamento pré-científico já se eleva um mundo cultural específico.

O fato de que há uma elaboração pré-científica impede que se considere sem mais a efetividade imediatamente dada como o *material* das ciências culturais. Entre esta [efetividade imediatamente dada] e a meta final almejada pela ciência coloca-se, na maioria dos casos, um mundo semielaborado referido a significações culturais, sendo esta realidade cultural complexa aquilo que constitui o material das verdadeiras *ciências* culturais, e não a efetividade originária livre de todo tipo de relação de valor. Com isso borra-se a fronteira entre elaboração pré-científica e a científica, além do que, muito frequentemente, a atividade intermitente da consciência pré-científica é de fato retificada e aperfeiçoada pela ciência, mas sempre mantendo a mesma direção. Por esse motivo, o ponto de vista da crítica metodológica deixa-se transladar da função científica para a função pré-científica, e assim, de um ponto de vista unicamente metodológico, não apenas as *ciências* culturais, mas também os próprios domínios culturais, podem ser vistos como condensações [310] da razão teórica, como encarnações de “formações conceituais” (*Begriffsbildungen*) – ainda que pré-científicas. Isso leva a um estranho e aparentemente contraditório resultado, pelo qual a metodologia, em certas circunstâncias, tem como objeto de pesquisa algo diferente das formas *científicas*, podendo se referir não somente às ciências culturais, mas ocasionalmente também diretamente à “efetividade cultural”, não apenas às ciências sociais, mas também ao próprio social e, por correspondência, ao direito etc. Não obstante, naturalmente há uma oposição inconfundível, considerando um mesmo objeto, entre o modo como a pesquisa metodológica investiga as forças culturais (*Kulturmächte*) e o modo de tratamento das ciências particulares; de modo distinto destas, há um intento claramente diferente, que se resume ao levantamento unilateral de questões sobre problemas de *formações de conceitos*. Como se mostrará mais adiante, especialmente entre a metodologia dos conceitos jurídicos pré-científicos e a dos conceitos jurídicos científicos, não se deve realizar nenhuma separação fundamental.

Em relação à articulação entre as ciências culturais sistemáticas, neste ponto deve-se fornecer apenas uma indicação geral de que os diferentes tipos culturais, que enquanto princípios orientadores (*Leitbegriff*) constituem as disciplinas particulares, podem se encontrar não apenas em relação de coordenação, mas também de super-ordenação e de subordinação (*Über- und Unterordnung*). Assim, por exemplo, na totalidade dos tipos culturais deveria estar inserido o momento social, o qual somente uma análise última e abstrata poderia compreender em sua completa isolamento e incontaminada pureza – tal como postula uma “sociologia”, como aquela proposta por *Simmel*, que toma como ponto de partida os resultados das outras disciplinas e se comporta em relação a elas como uma “parte geral”.

Através da ideia formalista de disciplina cultural torna-se compreensível, mesmo em vagas linhas gerais, a estrutura metodológica de todo tipo de ciência do direito. A separação de partes parciais homogêneas do complexo material da cultura, os quais estão integrados em contextos concretos,

nos mostra o esquema mais geral da classe de ciência da qual faz parte, entre outras, a ciência do direito. O isolamento do âmbito do direito e além disso a sua hipostasiação em uma força de vida (*Lebensmacht*) realmente independente, são já realizados pela consciência pré-científica. E aqui é tarefa da ciência fornecer acuidade conceitual para o processo de seleção pré-científico, é tarefa da *metodologia* destacar o ponto de vista copernicano em face da hipostasiação, compreender a demarcação de um âmbito específico do direito como resultado de uma elaboração – em parte pré-científica, em parte científica – da “efetividade” teórico cognoscitiva em um mundo abstrato referido a significações culturais de determinado tipo.

Aqui não se pode avançar nenhum passo na metodologia do direito sem antes considerar o dualismo metódico a que está subordinada toda pesquisa jurídica, que com razão pode ser denominado de ABC da metodologia do direito. Atualmente é principalmente *Jellinek*, seguido por *Kistiakowski*, *Hold v. Ferneck* e outros, que tem insistido na distinção entre jurisprudência e teoria social do direito, contraposição esta muito frutífera, mas que havia sido abordada apenas introdutoriamente por autores anteriores como *Knapp*, *Jhering* e o jurista russo *Pachmann*. Através de teorias lógicas do conceito e do juízo, *Kistiakowski* tem apoiado a luta contra o sincretismo metodológico, valorizando os conceitos científicos sociais como sedimentações das diferentes finalidades do conhecimento.

O dualismo metodológico da ciência do direito baseia-se no fato de que o direito pode ser visto como um fator cultural *real*, como um processo da vida social, ou como um complexo de *significações*, mais precisamente, como significações de normas em seu “conteúdo dogmático”. Em verdade, já a teoria social do direito, tal como todas as ciências culturais formalistas, isola da totalidade concreta social um *abstractum*, o qual não tem existência em tal isolamento do [312] ambiente real extrajurídico. Mas apenas de ser uma clara e óbvia abstração, o direito pensado *social* e cientificamente é projetado sobre o plano da realidade, tal como todo fenômeno cultural “real”, de modo que é simplesmente necessário, podemos assim argumentar, que se conecte com outras realidades parciais determinadas, para imediatamente se apresentar como realidade viva. Exatamente do mesmo modo, enquanto refletimos metodologicamente a respeito, observamos a distância que ainda separa a complexa e supostamente concreta efetividade cultural do concretíssimo (*Konkretissimum*) da efetividade teórico cognoscitiva. Apesar disso, não paramos de considerar este mundo cultural metodicamente elaborado como efetividade, apesar de sua perda de conteúdo e apesar de sua igualmente desfigurante referenciabilidade (*Bezogenheit*) a significações culturais, algo que se deve imediatamente admitir em relação a realidades histórico concretas.

Mas também não nos constrangemos em considerar como *realidades* os objetos das simples disciplinas culturais formalistas, nas quais a alienação artificial do substrato efetivo (*Wirklichkeitssubstrat*) original, em sentido epistemológico, vai muito mais longe. Nós construímos

o conceito peculiar de realidade *cultural* e aí também o de realidade *parcial* abstrata, ao qual opomos a realidade cultural concreta da história. Neste ponto a lógica das disciplinas culturais formalistas encontra-se diante de sua tarefa mais difícil. Ela terá sempre que se perguntar até que ponto a elaboração científico cultural se limita às “realidades” referidas à significações culturais, e até que ponto ela se coloca como sua meta final um reino *mesmo* de puras significações isoladas. Aqui, a distinção reconhecida já por Platão entre *realidade* e *significação*, tal como acredita Lotze, deve se mostrar frutífera para a *metodologia* em um sentido empírico restrito.

Num âmbito específico tem-se alcançado grande sucesso, qual seja, na ciência do direito por meio da separação entre teoria social e jurisprudência. O direito [313] em sentido social vale como fator cultural “real”, já o direito em sentido jurídico vale como epítome (*Inbegriff*) de significados meramente pensados. A abstratividade do mundo jurídico deve, portanto, ser considerada em um sentido mais complexo do que a abstratividade dos objetos exploráveis pela teoria social. O teórico social ou ainda o historiador do direito promovem uma distinção “real” do direito frente aos costumes, hábitos e a outras manifestações da vida de um povo. No entanto, não há nenhum sentido em se pensar uma norma, que simplesmente *vale*, que possa integrar-se com outros aspectos isolados da vida cultural em uma realidade autônoma. Pois para o *jurista* a delimitação sociológica ou histórico jurídica é, *conceitualmente*, um mero pressuposto e um trabalho preliminar, do qual ele mesmo, por razões técnico científicas, pode se ocupar. Pois a ele importa apenas colocar em um contexto sistemático o *conteúdo* pensado das normas, que com base em juízos sócio teóricos são reconhecidas como “direito”. Assim, a tese jurídica do “formalismo do direito” só pode se referir a uma comparação ideal entre *significações* jurídicas e o “substrato” pré-jurídico do direito, o qual jaz sempre tanto na *realidade* cultural concreta e abstrata quanto na realidade da “vida” ordinária. Por isso a tendência jurídica de isolamento e sistematização se distingue do método típico da maioria das outras ciências sociais, podendo ser caracterizada mais propriamente na sequência.

Entre as mais conhecidas teorias sócio científicas do direito está a doutrina marxista. Recentemente, o marxista *Karner*⁶ declarou que o enquadramento do direito nos nexos causais de todo fenômeno não jurídico, a pesquisa de sua “eficácia social”, constitui o único tema digno da ciência, em oposição a toda operação puramente técnico dogmática das matérias jurídicas. Na segunda metade do século dezenove começou uma rebelião geral, apoiada pelos economistas políticos (*Nationalökonomien*), contra a autocracia de uma “dogmática” que se acreditava independente das relações reais da vida, [314] um animado movimento na ciência do direito que se reflete claramente na paulatina evolução dos escritos de *Jhering*. A metodologia das teorias sociológicas do direito entra tão profundamente na lógica geral das disciplinas científico sociais da cultura, que não pode mais ser considerada em nossa exposição, a qual se limita à metodologia da

⁶Nota do tradutor: Karner é o pseudônimo de Karl Renner.

jurisprudência.

Na contraposição entre a pesquisa da realidade e a pesquisa da significação, o paralelismo entre a tendência científica filosófica e a tendência científica empírica revela-se em sua mais confusa configuração. De modo muito próximo encontra-se a ideia de uma oposição especulativa última entre o dever e o ser, norma e lei natural, abordagem normativa e genética, e muitas vezes esse dualismo metodológico geral tem sido utilizado na caracterização da jurisprudência – por exemplo, em *Jellinek*, *Kistiakowski*, *Kohlrausch*, *Eltzbacher*. Todavia, não há confusão mais perniciosa para a delimitação metodológica do que ignorar a ambiguidade do conceito de norma e, por meio de supostas analogias indubitáveis, colocar um abismo entre o seu sentido filosófico e o seu sentido empírico, o que leva de modo quase imperceptível a uma oposição entre a jurisprudência como “ciência normativa” e as disciplina empíricas puras. Certamente a jurisprudência, tal como a filosofia, tem por objeto não um existente (*Existierendes*), mas um simples significante (*Bedeutendes*), não um ente (*Seiendes*), mas um dever ser (*Seinsollendes*), uma exigência de obediência (*Befolgung Heischendes*). Mas enquanto este caráter de dever decorre na filosofia de uma valiosidade (*Werthhaftigkeit*) absoluta, para o qual não há nenhuma autoridade empírica, na jurisprudência ele tem o seu fundamento formal numa ordenação positiva através da vontade da comunidade. O momento do dado empírico, da consistência fática (algo com razão destacado nesse contexto por *Stammler* e *Eltzbacher*), não é algo relevante apenas para a doutrina do ser social (como às vezes parece ser o caso em *Jellinek* e *Kistiakowski*), mas também para a doutrina jurídica do dever do direito. No máximo a teoria formal do direito natural, a qual deduz [315] o dever jurídico diretamente do valor absoluto, tem motivo para alinhar a jurisprudência com as “ciências normativas” da lógica e da ética, tal como já observado na seção anterior. Para nós, entretanto, a ciência jurídica só pode ser apresentada como o método, absolutamente incomparável, de um operar puramente empirista com um mundo de significações pensadas.

Para uma consideração mais exata do método jurídico é preciso antes observar que a existência de uma conceitualização pré-científica em nenhum lugar desempenha um papel mais importante do que no âmbito jurídico. Com exceção da própria ciência, não há nenhum fenômeno cultural que, enquanto fator de constituição de conceitos, possa se comparar ao direito, nem mesmo aproximadamente. O direito *em si* delimita-se amplamente em relação às efetividades extrajurídicas, e constrói conceitos de tão alta perfeição técnica que geralmente somente em grau se distinguem daqueles da ciência, e à elaboração científica, por vezes, nada mais resta senão a simples continuação do processo de formação iniciado pela lei. Além disso, inversamente, a todo momento os resultados da ciência são convertidos em direito codificado. De *Jhering* até o presente, todas as tentativas de se elaborar uma metodologia jurídica têm reconhecido esse espírito conceitualizador intrínseco do direito, mas, por isso também, geralmente não têm sequer distinguido terminologicamente entre uma lógica do direito e uma lógica da ciência do direito. -

Em sentido amplo, a metodologia jurídica, enquanto crítica da formação de conceitos tanto jurídicos quanto científicos jurídicos, tem dois temas principais: ela investiga, em primeiro lugar, a peculiar e singular tomada de posição do direito e da jurisprudência frente ao substrato pré-jurídico da vida e da cultura, ou seja, a transformação do material pré-jurídico em conceitos jurídicos, em segundo lugar, ela investiga as conexões sistemáticas entre os conceitos jurídicos ou a forma de sistema da jurisprudência.

As novas abordagens para uma lógica da ciência do direito tem tido como principal resultado trazer expressamente à consciência, [316] na reflexão metodológica, o princípio *teleológico* sempre aplicado pela jurisprudência. Especialmente *Jellinek* tem procurado usar, para uma “crítica da faculdade do juízo jurídico”, as contribuições de *Sigwart* sobre princípios teleológicos unitários. Mesmo o substrato do direito quase nunca coincide com o dado psicofísico originário. As áreas da vida prática, tanto as sociais e econômicas quanto as de âmbito cooperativo superior, são completamente infiltradas por momentos teleológicos. Usando as ideias de *Jhering*, *Rickert* estabelece a finalidade do direito como o princípio que “essencialmente” caracteriza os conceitos em sentido jurídico e, tanto *G. Rümelin* quanto *Zitelmanni*, apontam que a ciência tem, como sempre, a tarefa de superar a generalidade indeterminada do pensamento pré-científico. No futuro, a metodologia deverá explorar mais detalhadamente como a jurisprudência, da qual louva a exatidão conceitual, alcança esse processo de precisão exatamente nos limites do método relativo a valor e finalidade. De todo modo, a maioria dos juristas e filósofos do direito, desde *Savigny*, *Puchta* e *Stahl*, reconhece que se deve diferenciar os conceitos que o direito mantém inalterado, os modificados e, finalmente, os recém-criados, e que tudo o que entra na esfera do direito perde seu caráter naturalista, livre da relação a valores. Mesmo os objetos físicos não caem sob o domínio do direito na totalidade de suas características, mas apenas no conjunto de suas faces suscetíveis ao domínio da vontade – tal como energicamente sublinhado por *Gierke* por ocasião da comparação entre conceitos jurídicos romanos e germânicos. A “coisa” é tão pouco idêntica ao corpo quanto a “pessoa” ao homem. Do mesmo modo – algo que aqui não se poderá esclarecer mais precisamente – a totalidade dos objetos acessíveis ao direito são revestidos por um tecido teleológico. O que é significativo metodologicamente aqui, é que o mundo conformado juridicamente [317] conhece possibilidades de estruturação sem precedente, novas sínteses, novas unidades e princípios de individualização, as quais são totalmente diferentes da consideração cognitivo teórica e naturalista, e geralmente também da concepção de vida. O que naturalisticamente é um *continuum*, juridicamente pode ser um *discretum*, o que naturalisticamente é apenas uma multiplicidade coletiva, juridicamente pode ser uma unidade diferente de uma simples soma. A pré-condição indispensável para a compreensão do princípio de unidade jurídica, até pouco tempo completamente negligenciado, é a análise dos conceitos científicos sociais de coisa e coletivo, os quais só recentemente chegaram a um novo estágio com os instrutivos aportes de *Kistiakowski*.

Dois momentos interpenetrados constituem a conduta especificamente jurídica em oposição à efetividade: a transposição, guiada por relações de finalidade, do substrato real em um reino de pensamentos de puras significações e, conectada a esta, o destrinchamento (*Herausfaserung*) de conteúdos parciais da totalidade do vivenciável (*Erlebbaren*). Já *Jhering*, de modo brilhante, descreveu essa função decompositora do direito e da ciência do direito. Sua obra “O espírito do direito romano”, que tem o mérito de ser a primeira investigação abrangente sobre o formalismo jurídico, pode ser considerada uma mediação entre alguns componentes da especulação juridico-filosófica de *Hegel* e a ciência positiva do século dezenove. Desde a redução operada por *Kant* e *Hegel* das relações jurídicas a relações de vontade (especialmente no direito privado), foi a primeira tentativa, indo além de sua finalidade, de determinar conceitualmente a peculiaridade do abstrair e do isolar jurídicos. Já na primeira seção analisou-se o dogma amplamente aceito e aprofundado por *Lassalle* da descoberta da personalidade abstrata pela romanidade (*Römertum*). Mas além disso, encontra-se espalhado em *Hegel* o reconhecimento do formalismo e da “praticidade (*Praktikabilität*)” (*Jhering*), da adequabilidade técnica do direito, de modo a ser fácil e uniformemente realizado. Tal como *Hegel*, *Jhering* descreve a posição histórico-universal de Roma, o conflito entre [318] o princípio da nacionalidade e o princípio abstrato do estado e do direito, por meio dos quais os povos daquele tempo forma “esmagados e pulverizados”. De *Jhering* provem a mais detalhada apresentação, que complementa as excelentes e concisas observações de *Puchta*, da tendência de generalização e nivelção do direito e sua decomposição das impressões totais imediatas, com a qual se relaciona sua certeza e uniformidade, assim como a sua elevação acima do ponto de vista meramente emocional.

Até aqui a nossa apresentação poderia, talvez, dar a impressão de que apenas o direito em sua configuração mais acabada, concentrada, formulável em codificações, como complexo de normas ou como “direito em sentido objetivo”, entraria em consideração para a metodologia. O direito e a efetividade pré-jurídica aparentemente se oporiam como reinos que nunca entram em contato, e que só seriam comparáveis *in abstracto*, segundo as relações lógicas de seu conteúdo. De fato, até agora não foi mencionado que o direito, enquanto “direito em sentido subjetivo”, a saber, na forma de relações jurídicas “singulares, concretas” e demais relações jurídicas subjetivas, é, por assim dizer, arrastado pela diversidade e singularidade da vida real. A metodologia crítica também deve iluminar esse aspecto da relação entre direito e efetividade, levantando, assim, o novo problema do *entrelaçamento* da significação jurídica com o substrato real do *caso particular*. Mesmo o direito em seu estado individualizado e concreto, em sua temporalidade, deve ser considerado em seu valer como um reino puro de *significações* e separado da base real sobre a qual deve se fixar. Através dessa pesquisa revela-se um fenômeno geral ainda pouco estudado em sua exata estrutura e só detectável para o espírito analítico do metodólogo: a confusão entre conteúdos abstratos e bases reais, a qual nos ilude com a aparência de uma consistência real em si daqueles, além de sempre provocar na consciência ingênua a sua hipostasiação. Tal simulação de uma existência autônoma se repete em todas [319] as esferas do conhecimento: na realidade

cultural "concreta" em oposição à efetividade em sentido epistemológico, na realidade *parcial* abstrata em oposição à realidade cultural *complexa* e, finalmente, nas *significações* – por exemplo, jurídicas – em oposição às *realidades* psicofísicas ou culturais e vitais que lhes servem como *substrato*. *Marx* toca em pontos conexos em suas observações sobre o caráter fetichista da mercadoria, e *Simmel* trata extensamente das "abstrações reais" da objetivação, de certo modo simbólicas, de funções sociais abstratas e instituições objetivas. No âmbito científico natural os objetos astronômicos, por exemplo, representam cristalizações análogas de simples relações quantitativas de estruturas concretas, e, de modo similar, se comportam as representações gráficas de figuras geométricas em relação às relações matemáticas puras nelas expressas. Exatamente este último exemplo serve de ilustração para o nosso problema jurídico. Assim como na individualidade sensível *real*, por exemplo, de um círculo, é preciso abstrair os meios empíricos auxiliares do desenho, como papel, tinta, lousa, giz etc, para se alcançar a individualidade *matemática* da figura, também na conjuntura (*Gesamtbestande*) *real*, por exemplo, de uma simples venda, é preciso abstrair a singularidade dos eventos físicos, os fenômenos psíquicos concomitantes, a peculiaridade da situação histórica etc, para se penetrar na individualidade *jurídica* desse negócio jurídico. *Brodmann* explicitou claramente o caráter complexo dos "fatos" e "tipos jurídicos" ("*juristischen Tatsachen*" und "*Tatbestände*"), a interconexão constante entre a efetividade viva e a significação jurídica, sempre presente nos só aparentemente concretos atos jurídicos, exercícios de direito, consequências jurídicas, violações de direito etc. *Schloßmann*, *Thon*, *Zitelmann* e outros também se mostram atentos a esta estranha amálgama entre o mundo do ser e o mundo do valer – o que é quase uma reminiscência da metafísica do ocasionalismo (*Okkasionalismus*) –, procurando apreender as formas de pensamento do constituir, do transgredir, da condição [320] recíproca, em suma, das relações do "mundo do direito". *Zitelmann* declara-se favorável a uma conexão causal dos fenômenos jurídicos, entretanto, como ele mesmo acrescenta, trata-se apenas de uma causalidade "jurídica específica", criada tão somente por analogia com a "natural", que não se identifica "com nenhuma outra configuração de princípio de razão suficiente". *Schuppe*, por outro lado, quer aplicar indistintamente as categorias de coisidade e de causalidade ao mundo psicofísico e ao mundo jurídico, pois, segundo a sua lógica, basta apenas a possibilidade de uma síntese unitária de qualquer tipo de conteúdo de consciência. Também no âmbito do direito penal se inicia agora uma revisão metodológica do conceito de fato típico (*Tatbestandbegriffs*); *Kohlrausch* e *Hold v. Ferneck* polemizam contra a confusão entre o processo fático enquanto "substrato real" e seu "lado jurídico", o qual, como acertadamente aponta *Hold v. Ferneck*, nunca perde seu caráter abstrato "apesar de sua concretização".

A referência a este entrelaçamento entre o mundo jurídico concreto e a efetividade viva, o qual interessa imediatamente à atividade jurídica (*Rechtsprechung*) e mediamente à ciência do direito, visa sobretudo evitar o mal-entendido, segundo o qual a brusca separação dos mundos do ser e do valer pudesse ser unilateralmente adaptada ao direito em sentido objetivo e a uma identificação do direito e da significação da *norma*, ou que, de modo geral, dependa de qualquer

teoria pertencente à “teoria geral do direito” sobre as relações entre direito objetivo e subjetivo.

A coloração teleológica de todos os conceitos jurídicos pode ser melhor estudada em suas variações e – de um ponto de vista puramente psicológico naturalista – intuições impróprias, as quais o ordenamento jurídico está obrigado a fazer em relação às realidades psíquicas. Para o modo de consideração jurídico, o ser psíquico tem exatamente o mesmo sentido de um simples material do mundo dos corpos, o qual deve ser previamente elaborado para entrar no mundo prático da ação. Exatamente por isso, a jurisprudência é eminentemente adequada para mostrar que as disciplinas, equivocadamente chamadas de “ciências do espírito”, de modo algum [321] consistem na análise de fenômenos psíquicos. *Jellinek* tem chamado a atenção de que para a determinação dos conceitos jurídicos fundamentais é indispensável uma investigação sobre o uso que a ordem jurídica pode fazer do *ato de vontade* do indivíduo. De fato, não há um único problema jurídico cuja apreciação metodológica não tenha até agora sofrido com a falta de atenção em relação à diferença entre o conceito de vontade puramente psicológico e o altamente variável conceito de vontade jurídico.

Aqui a metodologia do futuro encontrará um vasto campo para a sua atividade. Na elaboração jurídica de conceitos psicológicos falta ainda toda tentativa de distinguir os elementos verdadeiramente psicológico naturalistas daqueles teleológicos. Efetivamente, da jurisprudência se pode esperar tão pouco numa tal empreitada, como até o momento da lógica da psicologia e da própria psicologia em relação ao reconhecimento geral de seus resultados. Talvez através do conflito entre componentes psicológicos e teleológicos ambas as ciências pudessem ganhar em seu autoconhecimento metodológico, dado que na jurisprudência o momento prático encontra-se fundido com conceitos psicológico (momento do qual a psicologia naturalista procura justamente abster-se) alcançado o mais alto grau possível de precisão conceitual.

Pode-se ainda indicar que a controvérsia entre o “dogma da vontade” e o “dogma da finalidade” só pode ser decidida através de uma detalhada consideração da formação teleológica do conceito, que aqui também desempenha o seu papel. Esta controvérsia, que se tornou famosa com *Jhering*, foi lançada numa tal confusão que até o momento, apensar de todas as tentativas, nenhuma resposta clara foi dada à questão de saber se a finalidade está “além” dos conceitos jurídicos dogmáticos, encontrando-se assim apenas no campo da teoria *social*, tal como enfatizado por *Laband* com grande acuidade, ou se trata aqui de uma intrusão de fatores sociais metajurídicos na constituição dos conceitos *jurídicos*.

Sinais positivos de que a compreensão sobre a insuficiência do psicologismo metodológico começam gradualmente [322] a se espalhar, tendo emergido recentemente no âmbito do direito penal. *Liepmann* é da opinião de que a solução do problema da causalidade penal depende do conhecimento de princípios de seleção (*Ausleseprinzipien*) especificamente jurídicos, e *Kohlrausch*

procura tornar frutífero o princípio postulado por *Jellinek* da constituição teleológica dos conceitos, especialmente para o conceito de resultado (*Erfolges*) (como uma “parte da série de consequências sensíveis sob um ponto de vista jurídico relevante”). Aqui já se coloca em andamento por todos os lados o correto entendimento de que a significatividade de “adequação” jurídica de uma causação (*daß die rechtlich bedeutsame "Adäquatheit" einer Verursachung*) só pode ser estabelecida a partir de critérios práticos fundados em considerações de conveniência e justiça, por exemplo, – como muitas vezes acontece na literatura civil e criminal – sobre a “previsibilidade” ou “calculabilidade” de um resultado determinado por um “prognóstico objetivo posterior”. Mesmo a controvérsia muito debatida sobre a aplicabilidade do conceito “filosófico” de causa na jurisprudência poderia ser resolvida com a compreensão de que um conceito epistemológico preciso de causa, embora seja o ponto de partida, não pode ser o alvo exclusivo das investigações criminais. *M. E. Mayer* tem se oposto nitidamente contra a ditadura do naturalismo criminalista; baseando-se na classificação das ciências de *Windelband* e *Rickert*, ele concebe a jurisprudência como um tipo de relação a valor científico cultural, procurando, além disso, aproximar decididamente do método “ideográfico” alguns componentes da ciência penal sistemática.

Por fim, a relação entre *ética* e jurisprudência também submete-se à crítica metodológica. Basta lembrar de conceitos como atividade volitiva ilegal (*pflchtwidrige Willensbetätigung*), dolo (*Vorsatz*), responsabilidade (*Verantwortlichkeit*), liberdade de vontade (*Willensfreiheit*). Neste caso, o “pré-jurídico” se encontraria na região do valor e a delimitação metodológica conduziria a uma comparação entre a construção de conceitos filosófica e empírica.

Conectado ao problema da psicologia teleológica encontramos a antiga controvérsia sobre a “pessoa jurídica” e a relação [323] entre personalidade individual e personalidade coletiva. Aqui a solução encontrada por *Jellinek* parece prometer um esclarecimento. Segundo ele, o substrato, tanto da personalidade individual quanto da personalidade coletiva, considerados do ponto de vista *naturalista*, parecem um agregado ou amontoado de realidades desconexas, por outro lado, do ponto de vista *teleológico-pré-jurídico*, parecem unidades independentes, pensadas como complexos de relações a fins, isto é, como um indivíduo unitário e como uma associação unitária. Com razão o direito se apoia nessas configurações teleológicas de realidades pré-jurídicas, as quais caracterizam no *mesmo* sentido os conceitos de personalidade individual e coletiva no reino das significações *jurídicas*. Em nenhum caso “pessoa” significa uma ficção, mas sim, em ambos os casos, uma abstração científica. Para o direito só há pessoas “jurídicas”. Em lugar da contraposição entre “pessoa jurídica” e “física”, a qual implica uma meta/basiv ei¹v apullo ge/nov, deve-se opor a pessoa jurídica individual e a coletiva. Ao se utilizar simultaneamente, no problema da personalidade, o conceito de unidade teleológica da vontade, já não se encontrará mais nenhuma personificação mitológica, pois na unidade da pessoa, distinta da soma de seus componentes, pode haver uma vontade unitária em sentido teleológico.

Como a controvérsia da ciência positiva é considerada em nosso contexto apenas como ilustração de concepções metodológicas gerais, somente menciona-se ainda neste lugar a polêmica entre *Gierke* e *Laband* sobre o tema da pessoa jurídica. Consideradas de um ponto de vista puramente metodológico, as pesquisas de *Gierke* têm principalmente o significado de reconhecer expressamente o caráter abstrato do mundo do direito, de tomar conhecimento do problema do grau de formalismo do direito, ou seja, da difícil questão do *amoldamento do conceito de direito ao substrato pré-jurídico*. Apesar de toda modificação e nivelamento que o ordenamento jurídico realiza na estrutura do mundo pré-jurídico, até certo grau, entretanto, [324] as peculiaridades e diferenças deste são transportadas para a esfera da significação jurídica. Este amoldamento do direito ao seu substrato pode ser observado em duas direções: como manutenção de um certo núcleo do dado psicofísico – quando, por exemplo, distinções naturais das coisas ou dos fenômenos psíquicos de algum modo penetram eficazmente no mundo dos pensamentos jurídicos – ou, em segundo lugar, como referência à realidade da vida e da cultura já conformadas teleologicamente. O importante aqui – tal como observado por *Jhering*, *Jellinek* e *Lasson* –, é que as relações de vida já fornecem um material tipicamente formado e, portanto, preparado para a regulação jurídica. Como exemplo de que o direito pode se construir numa adaptação das formas de riqueza da vida em diferentes graus de intensidade, podem ser mencionadas as oposições entre os princípios de generalização romanísticos e germanísticos, civilistas e publicistas. *Rosin* e *Stoerk* consideram a maior ou menor homogeneidade e uniformidade da finalidade como o indicador do formalismo.

Também na polêmica entre *Laband* e *Gierke* contrapõem-se em última instância as tendências romanísticas e germanísticas. Apesar de certa roupagem metafísica, *Gierke* acusa a jurisprudência romanística de proceder como se não houvesse nenhum outro substrato do conceito de personalidade que os indivíduos desvinculados e simplesmente coordenados entre si, desprezando assim completamente, dentro da esfera jurídica, a *ordenação social* dos indivíduos em associações (*Genossenschaften*). Em oposição, *Laband* objeta que a peculiar relação de inclusão dos indivíduos em associações deve ser incluída entre os momentos que pertencem *exclusivamente* à vida, mas que não há nenhuma expressão correspondente no conceito de personalidade jurídica. Não é imediatamente compreensível porque o substrato social e a estrutura jurídica da personalidade precisam ser totalmente separados *exatamente no ponto de intersecção*; porque não podem ser construídas relações jurídicas pessoais entre a pessoa [325] e as pessoas individuais, as quais se distinguam das possíveis relações jurídicas entre indivíduos desvinculados. Quando *Gierke* exige da construção jurídica uma adaptabilidade mais fina, e com isso deixa aberta a possibilidade para o influxo de novos pensamentos na formação do direito, ele não procura transpor o abismo entre direito e realidade, pois ele mesmo expressamente diferencia a “base fática da personalidade jurídica”, formada por centros sociais de vida, de sua emergência como “associação de pessoas” (*Vermandpersonen*) no “âmbito jurídico”.

Mesmo a questão sobre o quão longe o formalismo jurídico pode ser levado sem prejuízo, poderia ser compreendida de modo mais unitário se a metodologia mantivesse sempre contato com a epistemologia e tivesse como ponto de apoio um conceito de efetividade teórico cognoscitivo, a partir do qual as estratificações conceituais particulares, por assim dizer, pudessem ser examinadas inequivocamente em suas diferentes distâncias em relação à base comum da efetividade. Somente então se alcançaria clareza também sobre a construção das sínteses científicas interdeterminadas, em particular sobre a “objetividade” e a “subjetividade”.

Apesar de prevalecer um certo acordo na relação entre o mundo dos conceitos jurídicos e o substrato pré-jurídico, as opiniões sobre a *forma de ciência e de sistema da jurisprudência* são amplamente divergentes. Que a própria “técnica” do direito já produz sistematizações do material jurídico com grande perfeição, isso não poder ser visto como uma peculiaridade exclusiva da ciência do direito, e não deve surpreender que sempre dúvidas são levantadas contra a cientificidade da jurisprudência.

Qualquer que seja a solução que esta questão possa encontrar através da fixação de um conceito científico cultural unitário de conhecimento, pode-se considerar como estabelecido que a jurisprudência, em função de sua autonomia, leva em todo caso uma vantagem essencial em face das outras técnicas. En[326]quanto estas tomam de outros lugares, especificamente das ciências naturais, os conhecimentos teóricos puros que são postos a serviço de suas finalidades práticas, a jurisprudência produz tudo o que é necessário para realizar a sua tarefa prática através de um mundo de conceitos que lhe são peculiares, o que vale a pena ser esclarecido metodologicamente. Sem dúvida, a metodologia deve sobretudo reconhecer a vocação prática do direito na vida como fator sistematizante, além disso não deve compreender o lógico no direito de outra forma que não seja em sua interpenetração com o prático. Com a exigência de uma investigação exata da ciência do direito, não se defende de maneira alguma a com razão ridicularizada “Jurisprudência dos Conceitos”.

À jurisprudência pode-se atribuir antes de tudo uma significação autônoma em sentido formal, isto é, uma autonomia em oposição ao direito e, mais propriamente, em oposição à lei. A lei, não obstante seu caráter de regulação para a ciência, em certos aspectos ocupa apenas o lugar de simples material, sujeita ainda à interpretação e ao exame de sua legibilidade (*Zuverlässigkeit*). Existe uma discrepância entre o direito e a lei. Não a lei, mas sim o direito constitui o objeto da ciência do direito. A lei é, junto com o direito consuetudinário, a aplicação legal jurídica e outros pontos de referência, apenas um dos *índices* através dos quais a jurisprudência deve alcançar, em parte graças a um trabalho criativo, o sistema que em verdade “vale” em uma determinada época e em uma determinada comunidade, o qual se encontra por trás das normas jurídicas “queridas pelo legislador” e inteiramente “positivas”. Está fora do escopo deste esboço apresentar um

quadro, mesmo que apenas alusivo, de todas as investigações atuais sobre interpretação da lei, analogia, lacunas no direito, lei e direito consuetudinário, lei e magistratura, livre criação do direito etc.

Pouco produtiva se mostra a metodologia contemporânea quando dela se espera explicações sobre a autonomia material da jurisprudência, sobre a peculiaridade de seu conteúdo, em sua forma jurídica específica de sistematização, em oposição às [327] construções sistemática das demais ciências. As observações de *Jhering* sobre a “precipitação das proposições jurídicas em conceitos jurídicos” são, ainda hoje, uma das caracterizações mais bem sucedidas do pensamento jurídico, apesar de todas as legítimas objeções levantadas contra a sua terminologia rica de imagens científico naturalistas. Sobre a conversão das formas imperativas originais em formas científicas de juízos e conceitos, sobre a decomposição dos complexos em seus elementos mais simples, sobre a “construção” jurídica etc, existe um número valioso de estudos. Todavia, é como se o verdadeiro segredo da forma do sistema jurídico não tivesse sido ainda objetivado numa expressão lógica, sendo, entretanto, imediatamente percebido pelo especialista com ele familiarizado em sua prática científica. Do mesmo modo, os esquemas lógicos gerais válidos para *todas* as ciências, como dedução, redução, indução, classificação, foram expostos em sua aplicação à jurisprudência por *G. Rümelin*, por *Wundt* e, mais recentemente, por *Radbruch*. Mesmo sendo indubitavelmente muito instrutivas tais tentativas de um controle primário lógico do material jurídico, a nuance jurídico individual desses princípios lógicos formais não é sempre marcada com clareza suficiente. Também aqui, a orientação até agora unilateral da lógica pelas ciências naturais tem sido o grande mal da metodologia. Frequentemente se esquece de que as operações que continuamente modelam o material jurídico conformado em construções sistemáticas superiores, são permeadas, de modo análogo mas de uma maneira mais complicada, pelo caráter teleológico fundamental do direito, tal como as originárias funções jurídicas de elaboração que atuam sobre o substrato pré-jurídico.

Complicada é o lugar metodológico da história do direito. Para determiná-lo exatamente, será preciso construir o conceito da disciplina histórico cultural com componentes relativamente sistemáticos, algo análogo ao conceito buscado por *Rickert* de uma ciência histórica com componentes relativamente científico naturais. Contudo, logo surgem [328] dificuldades especiais, pois esta disciplina pode ser concebida como história da efetividade social do direito ou como história da efetividade jurídica do direito e, por fim, como história dos dogmas, quando considerada como ramo da história da ciência. Tem sido frequentemente observado, por exemplo, por *Jhering* e *Arnold*, que a história do direito, quando não está exclusivamente a serviço da dogmática, tem a tendência a compreender a abstração jurídica em conexão com a totalidade da vida.

Finalmente, a lógica da jurisprudência também tem que analisar metodologicamente a demanda

atual por uma “teoria geral do direito”, exigência esta de que a totalidade da ciência do direito tenha a sua “parte geral” (*allgemeinen Teil*). Aqui deve-se opor ao erro, mencionado já no início deste ensaio e combatido especialmente por *Stammler*, de que a pesquisa empírica possa transforma-se de repente em “filosofia” através do simples incremento e generalização da sistematização.

O dualismo entre os modos científico social e jurídico de proceder, alcança também os mais altos conceitos da doutrina dos princípios científicos jurídicos, e produz a separação entre uma teoria social geral do direito e uma jurisprudência geral, as quais, até agora, permanecem indiferenciadas e misturadas com uma série de fragmentos de outras ciências na “teoria geral do direito”. À disposição da jurisprudência geral se encontram dois meios que se complementam mutuamente: a consideração comparativa dogmática, que abarca todos os ordenamentos jurídicos históricos, e a elaboração dos conceitos jurídicos fundamentais a partir de uma análise de conceitos especiais. A comparação jurídica pode proceder não apenas jurídico dogmaticamente, mas também etnológica e sociologicamente, e com esta oposição se cruzam as diferenças do método sistemático e do método histórico.

Principalmente, não pertence à ciência jurídica comparada, que agrupa isto que é “racionalmente análogo”, como observou *Leist* acertadamente, a investigação de conexões eventuais entre diferentes ordenamentos jurídicos, ou de relações exclusivamente históricas, por exemplo, [329] a “história jurídica da tribo ariana”.

Considerando-se a teoria geral do direito simplesmente como objeto de investigação da metodologia, como é o caso aqui, exclui-se da filosofia não só o tratamento científico social e histórico cultural das conexões vivenciais do direito com outras forças da vida, mas também deixa-se a cargo da ciência empírica os mais gerais problemas jurídicos concernentes à relação entre direito e estado, direito e coação, direito objetivo e direito subjetivo etc.

Disso não se procurou tratar nas linhas precedentes, mas apenas da investigação puramente metodológica da jurisprudência em compreender a sua própria essência. Pois a metodologia da ciência do direito consiste apenas numa série dispersa de observações. Contudo, o atualmente forte e proeminente impulso na jurisprudência para uma autocompreensão lógica, justifica a expectativa de que futuramente elas sejam reunidas num todo.

Bibliografia

Seção I

A filosofia do direito

Ahrens, H., Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates. 6. Aufl. 2 Bde. 1870.

Bergbohm, C., Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. 1892.

Cathrein, V., Moralphilosophie. 4. Aufl. 2 Bde. 1904.

Cohen, H., Ethik des reinen Willens. 1904.

Gierke, O., Johannes Althusius. 2. Ausg. 1902.

Jellinek, G., Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 1878.

Lassen, A., System der Rechtsphilosophie. 1882.

Schuppe, W., Grundzüge der Ethik und Rechtsphilosophie. 1882.

Simmel, G., Philosophie des Geldes. 1900.

Stahl, Fr. J., Philosophie des Rechts. 4. Aufl. 3 Bde. 1870.

Stammler, R., Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. 1896. — Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902.

Tönnies, F., Gemeinschaft und Gesellschaft. 1887.

Treudenburg, A., Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. 2. Aufl. 1868.

Seção II

Sobre a metodologia geral das ciências da cultura

Dilthey, W., Einleitung in die Geisteswissenschaften. 1. Bd. 1883.

Münsterberg, H., Grundzüge der Philosophie. 1. Bd. 1900.

Rickert, H., Der Gegenstand der Erkenntnis. 2. Aufl. 1904.

— Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. 1896/1902.

— Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft. 1899.

Simmel, G., Das Problem der Soziologie. Schmollers Jahrbuch für Gesetzg. Verw. und Volksw. Bd. 18. 1894.

— Die Probleme der Geschichtsphilosophie. 1892,

Weber, M., Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis. Arch. f. Sozialw. u. Sozialpol. Bd. 1. 1904.

Windelband, W., *Geschichte und Naturwissenschaft*. 3. Aufl. 1904.

Sobre a metodologia da jurisprudência

Arnold, W., *Kultui- und Rechtsleben*. 1865.

Bierling, E. R., *Juristische Prinzipienlehre*. 2 Bde. 1894. 1898.

Brodmann, E., *Vom Stoffe des Rechts und seiner Struktur*. 1897.

Eltzbacher, P., *Über Rechtsbegriffe*. 1900.

— *Die Handlungsfähigkeit*. 1. Bd. 1903.

Gierke, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. 3 Bde. 1868—1881.

— *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*. 1887.

— *Deutsches Privatrecht*. 1. Bd. 1895.

— *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*. Schmollers *Jahrb. für Gesetzg., Verw. u. Volksw.* Bd. 7. 1883.

Hold von Ferneck, A., *Die RechtsAvidrigkeit*. 1903.

Ihering, R., *Geist des römischen Rechts*. 4. «. 5. Aufl. 3 Tle. 1881—1891.

— *Der Zweck im Recht*. 2. Aufl. 2 Bde. 1884/1886.

— *Unsere Aufgabe*. *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 1. Bd.

Jellinek, G., *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*. 1880.

— *Gesetz und Verordnung*. 1887.

— *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 1892.

— *Allgemeine Staatslehre*. 1900.

Karner, J., *Die soziale Funktion der Rechtsinstitute*. 1904. (Marx-Studien hrsg. V. Adler und Hilferding.)

Kistiakowski, Tb., *Gesellschaft und Einzelwesen*. 1899.

Knapp, L., *System der Rechtsphilosophie*. 1857.

Kohlrausch, E., *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*. 1. Tl. 1903.

Laband, P., *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*. *Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht*. Bd. 30. 1885.

Leist, B. W., *Altarisches jus gentium*. 1889.

Liepmann, M., *Einleitung in das Strafrecht*. 1900.

Mayer, M. E., *Die schuldhaftige Handlung*. 1901.

— *Rechtsnormen und Kulturnormen*. 1903.

Meumann, G. A., *Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts*. 1903.

Fachmann, S., *Über die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft*. (Aus dem Russischen übersetzt.) 1882.

Puchta, G. F., *Cursus der Institutionen*. 1. Bd. 10. Aufl. 1893.

Radbruch, G., Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. 1904.

Ricke rt, H., Zur Lehre von der Definition. 1888.

Rosin, H., Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung. Annalen des Deutschen Reiches. 1883.

Rümelin, G., Juristische Begriffsbildung. 1878.

Schuppe, W., Der Begriff des Rechts. Grünhuts Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht d. Gegenw. Bd. 10. 1883.

Stoerk, F., Zur Methodik des öffentlichen Rechts. 1885.

Thon, A., Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.

Wundt, W., Logik. 2. Bd. 2. Abt. 2. Aufl. 1895.

Zitelmann, E., Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.

Glossário de tradução

Rechtsphilosophie - filosofia do direito

Philosophie des Rechts - filosofia do direito

Rechtswissenschaft - ciência do direito

juristische Wissenschaft - ciência jurídica

Kulturwissenschaften - ciências culturais

Wert - valor

Geltung - validade

Geltens - valer

Wirklichkeit - efetividade

Realität - realidade

überempirischer - supra-empíricos

juristische Einweltentheorie - teoria jurídica de um único mundo

tatsächlichen - fáticos

Tatsächlichkeit - facticidade

Verbindlichkeit - obrigatoriedade

rechtsphilosophische - jusfilosófica

naturrechtlich - jusnaturalistas

Faktizität / Tatsächlichkeit - facticidade

gegebenen Stoff - matéria dada

Material - material

Satzung, Norm - norma

Weltanschauung - concepção de mundo

Maßstäben - parâmetros

sachliche - objetivo

Wirklichkeitsumformung - formatação da efetividade

allgemeine Rechtslehre - teoria geral do direito
Wertvollen - pleno valor
einzelnen - singular
individuel - individual
Gemeinlebens - vida comunitária
Gemeinschaftslebens - vida em comidade
Gemeinschaft - comunidade
Gesellschaft - sociedade
Gebit - âmbito
Begriffsbildungen - formação conceitual
Verdinglichung - coisificação
Sittlichkeit - eticidade