

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXI — FASC. I

1966

EM COMEMORAÇÃO DO JUBILEU DE CÁTEDRA
DO PROFESSOR DR. MIGUEL REALE.





N3-42

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
BIBLIOTECA CENTRAL

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DIRETOR

DR. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL

VICE DIRETOR

DR. ALFREDO BUZAID

CONSELHO TÉCNICO ADMINISTRATIVO

DR. MIGUEL REALE
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO
DR. GOFFREDO TELLES JUNIOR
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES
DR. ALFREDO BUZAID
DR. MOACYR AMARAL SANTOS

PROFESSORES HONORÁRIOS

RUI BARBOSA (1849-1923)
CLOVIS BEVILAQUA (1859-1944)
JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA (1861-1930)
ENRICO TULLIO LIEBMAN
GUILHERME BRAGA DA CRUZ

PROFESSORES EMÉRITOS

DR. FRANCISCO ANTÔNIO DE ALMEIDA MORATO (1868-1948)
DR. JOSÉ ULIPIANO PINTO DE SOUZA (1869-1957)
DR. REINALDO PORCHAT (1868-1957)
DR. JOÃO BRAZ DE OLIVEIRA ARRUDA (1861-1943)
DR. CÂNDIDO NAZIANZENO NOGUEIRA DA MOTA (1870-1942)
DR. JOSÉ MANUEL DE AZEVEDO MARQUES (1865-1943)
DR. ANTÔNIO DE SAMPAIO DÓRIA (1883-1964)
DR. JOSÉ JOAQUIM CARDOZO DE MELLO NETO (1883-1965)
DR. WALDEMAR MARTINS FERREIRA (1886-1964)

PROFESSORES JUBILADOS

DR. ALEXANDRE CORREIA
DR. LINO DE MORAES LEME
DR. ALVINO FERREIRA LIMA
DR. VICENTE RAO
DR. JORGE AMERICANO
DR. ANTÔNIO FERREIRA DE ALMEIDA JUNIOR
DR. HONGRÍO FERNANDES MONTEIRO
DR. NICOLAU NAZO

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

DR. MÁRIO MASAGÃO de Direito Administrativo
DR. ERNESTO LEME de Direito Comercial
DR. NOÉ AZEVEDO de Direito Penal
DR. JOSÉ SOARES DE MELO de Direito Penal
DR. ANTÔNIO FERREIRA CESARINO JUNIOR de Legislação Social
DR. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA de Direito Judiciário Penal
DR. BASILEU GARCIA de Direito Penal
DR. JOSÉ CARLOS DE ATALIBA NOGUEIRA de Teoria Geral do Estado
DR. MIGUEL REALE de Filosofia do Direito
DR. TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS FILHO de Ciência das Finanças
DR. CÂNDIDO MOTA FILHO de Direito Constitucional
DR. LUÍS ANTÔNIO DA GAMA E SILVA de Direito Internacional Privado
DR. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL de Direito Judiciário Civil
DR. GOFFREDO DA SILVA TELLES JUNIOR de Introdução à Ciência do Direito
DR. JOSÉ PINTO ANTUNES de Economia Política
DR. SÍLVIO MARCONDES MACHADO de Direito Comercial
DR. ALFREDO BUZAID de Direito Judiciário Civil

DR. MOACYR AMARAL SANTOS de Direito Judiciário Civil
DR. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO de Direito Civil
DR. JOÃO BAPTISTA DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR de Medicina Legal
DR. SILVIO RODRIGUES de Direito Civil
DR. ALEXANDRE AUGUSTO DE CASTRO CORREIA de Direito Romano
DR. RUY BARBOSA NOGUEIRA de Direito Financeiro
DR. PHILOMENO JOAQUIM DA COSTA de Direito Comercial
DR. ANTÔNIO CHAVES de Direito Civil
DR. VICENTE MAROTTA RANGEL de Direito Internacional Público

LIVRES-DOCENTES

DR. VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO de Direito Judiciário Penal
DR. JOÃO DE DEUS CARDOZO DE MELO de Direito Judiciário Penal
DR. FRANCISCO OSCAR PENTEADO STEVENSON de Direito Penal
DR. PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
DR. JOSÉ ANTONIO DE ALMEIDA AMAZONAS de Direito Judiciário Civil
DR. HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO de Medicina Legal
DR. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO de Direito Civil
DEA. ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ de Direito Penal
DR. JOSÉ LOUREIRO JUNIOR de Direito Constitucional
DR. ODILON DE ARAÚJO GRELLET de Direito Constitucional e de Economia Política
DR. LUÍS ARAÚJO CORREIA DE BRITO de Direito Internacional Privado
DR. JOSÉ FREDERICO MARQUES de Direito Judiciário Penal
DR. ALBERTO MONIZ DA ROCHA BARROS de Introdução à Ciência do Direito
DR. DIMAS DE OLIVEIRA CESAR de Direito Civil
DR. ROBERTO PINTO DE SOUSA de Economia Política
DR. CAIO PRADO JUNIOR de Economia Política
DR. RENATO CIRELL CZERNA de Filosofia do Direito
DR. JOSÉ GLAUCIO VEIGA de Economia Política
DR. OSCAR BARRETO FILHO de Direito Comercial
DR. JOÃO BERNARDINO GARCIA GONZAGA de Direito Penal
DR. FERNANDO HENRIQUE MENDES DE ALMEIDA de Direito Administrativo
DR. JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES de Economia Política
DR. CELSO NEVES de Direito Judiciário Civil
DR. GERALDO DE ULHOA CINTRA de Direito Judiciário Civil
DR. LUÍS AMBRA de Direito Judiciário Civil
DR. GUILHERME PERCIVAL DE OLIVEIRA de Direito Penal
DR. PAULO CARNEIRO MAIA de Direito Civil
DR. OTO DE SOUSA LIMA de Direito Civil
DR. MANUEL PEDRO PIMENTEL de Direito Penal
DR. CARLOS SCHMIDT DE BARROS JUNIOR de Direito Administrativo
DR. JOSÉ LUÍS DE ANHAIA MELO de Direito Constitucional
DRA. NAIR LEMOS GONÇALVES de Legislação Social
DR. EGON FELIX GOTTSCHALK de Legislação Social
DR. MOACYR LOBO DA COSTA de Direito Judiciário Civil
DR. DALMO DE ABREU DALLARI de Teoria Geral do Estado
DR. JOSÉ INÁCIO BOTELHO DE MESQUITA de Direito Judiciário Civil
DR. ODON RAMOS MARANHÃO de Medicina Legal
DR. RUBENS LIMONGI FRANÇA de Direito Civil
DR. IRINEU STRENGER de Filosofia do Direito
DR. JOSÉ BARBOSA DE ALMEIDA de Direito Financeiro
DR. JOSÉ NABANTINO RAMOS de Direito Financeiro
DR. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DORIA de Direito Financeiro
DR. JOSÉ GERALDO DE ATALIBA NOGUEIRA de Direito Financeiro
DR. MANOEL AUGUSTO VIEIRA NETO de Direito Civil
DR. MAURO BRANDÃO LOPES de Direito Comercial
DR. TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO de Direito Judiciário Civil
DR. WALTER BARBOSA CORREA de Direito Financeiro
DR. GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL de Economia Política
DR. JORGE IGNACIO PENTEADO DA SILVA TELLES de Teoria Geral do Estado
DR. JOSÉ CRETELLA JUNIOR de Direito Administrativo
DR. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO de Direito Constitucional
DR. PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR de Direito Penal
DR. ROGERIO LAURIA TUCCI de Direito Judiciário Civil
DR. THEOPHILO ARTHUR DE SIQUEIRA CAVALCANTI FILHO de Introdução à
Ciência do Direito

SECRETARIO

SR. FLÁVIO MENDES

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

VOLUME LXI — FASC. I
1966

EM COMEMORAÇÃO DO JUBILEU DE CÁTEDRA
DO PROFESSOR DR. MIGUEL REALE.



COMISSÃO DE REDAÇÃO:

Professôres:

Dr. Antônio Ferreira Cesarino Junior
Dr. José Carlos de Ataliba Nogueira
Dr. Miguel Reale.

Secretária de Redação:

Maria Angélica Rebello.

O PRESENTE FASCÍCULO DA “REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO” DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO FOI MANDADO PUBLICAR PELA CONGREGAÇÃO DE SEUS PROFESSÔRES, EM HOMENAGEM AO ILUSTRE MESTRE DR. MIGUEL REALE, PELA COMEMORAÇÃO DE SEU JUBILEU DE CÁTEDRA.

1966
SÃO PAULO



Prof. Dr. MIGUEL REALE quando Reitor da Universidade de São Paulo.

Miguel Reale

Professor Catedrático de Filosofia do Direito
na Universidade de São Paulo.

O Professor MIGUEL REALE nasceu em São Bento do Sapucaí, Estado de São Paulo, Brasil, em 6 de novembro de 1910, sendo filho do Dr. BRAZ REALE e de D.^ª FELICIDADE CHIARADIA REALE. Foram seus avós paternos AFONSO REALE e D.^ª TERESA GIORDANO e maternos MIGUEL CHIARADIA e D. ANA FERREIRA DA ROSA. Fêz seus estudos primários em Itajubá, Estado de Minas Gerais, no Colégio de Nossa Senhora da Glória, e os secundários na Capital do Estado, no Instituto Médio Dante Alighieri, onde ingressou em 1922 e se diplomou em 1929.

Em 1930, matriculou-se na Faculdade de Direito de São Paulo, colando grau de bacharel em ciências jurídicas e sociais, no dia 16 de agosto de 1934. Tomou parte ativa nas festividades e comemorações acadêmicas, colaborando na *Revista XI de Agosto*, e em outros órgãos estudantis. Foi, durante todo o curso acadêmico, vice-presidente da Liga Acadêmica, e, no último ano, foi eleito para a Academia de Letras da Faculdade.

Ainda nos bancos acadêmicos desenvolveu intensa atividade política, sendo indicado por seus correligionários para candidato à Constituinte de 1933, tendo escrito, então, o primeiro de seus livros, *O Estado Moderno*, que só veio à luz em julho de 1934, alcançando desde logo três edições.

Lecionou primeiramente, latim e psicologia no curso pré-jurídico organizado pela Liga Acadêmica, e foi um dos diretores do Ateneu Graça Aranha, em cujo curso comercial lecionou Direito Comercial e Legislação Fiscal até 1936.

Em janeiro de 1936, fundou a revista mensal *Panorama*, da qual foi diretor até fins de 1937. Essa revista foi o centro do pensamento político do Integralismo brasileiro.

Em 7 de outubro de 1936, iniciou a publicação, em São Paulo, do diário *Ação*, do qual foi diretor até 23 de abril de 1938.

No período de 1935 a 1936, dirigiu um curso de Sociologia e História da Filosofia, no Instituto Paulista de Alta Cultura.

Não obstante a sua atividade no jornalismo, na política e no ensino, publicou sete volumes no período de 1934 a 1937, versando sôbre problemas fundamentais de Filosofia, História, Sociologia, Direito e Economia. São dêsse período o já citado *O Estado Moderno, Formação da Política Burguesa*, sôbre as bases filosóficas da política a partir do Renascimento, *O Capitalismo Internacional, Atualidade de um Mundo Antigo e Atualidades Brasileiras*.

Em maio de 1940, inscreveu-se no concurso para professor catedrático de Filosofia no Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, apresentando a tese *Fundamentos do Direito*.

Antes de iniciado o concurso, deu à publicidade em 1940 a obra *Teoria do Direito e do Estado*, da qual apareceu a 2.^a edição em 1962.

Classificado em primeiro lugar no concurso acima referido, foi nomeado professor catedrático de Filosofia do Direito, por decreto do govêrno estadual de 6 de maio de 1941, e tomou posse em sessão solene da Congregação da Faculdade, realizada em 14 de maio de 1941. É atualmente também professor da disciplina no “Curso de Especialização”.

Em 1942 foi nomeado para o “Conselho Administrativo” do Estado de São Paulo, tendo exercido as funções de Conselheiro de Estado até 1945.

Secretário da Justiça e dos Negócios Interiores em 1947. sempre no Estado de São Paulo, organizou diversos órgãos fundamentais da administração, como, por exemplo, o “Departamento Jurídico do Estado” e a “Assessoria Técnico-Legislativa”.

Em 1949, foi nomeado *Reitor da Universidade de São Paulo*, cargo que exerceu até 1950, reestruturando diversos de seus departamentos e institutos e traçando o primeiro plano de expansão universitária no interior do Estado.

Seus últimos trabalhos fundamentais de natureza filosófico-jurídica ou filosófica são: *A Doutrina de Kant no Brasil* 1952; *Filosofia do Direito*, 1953, já agora na 4.^a edição; *Horizontes do Direito e da História*, 1956, *Filosofia em São Paulo*, 1962; *Pluralismo e Liberdade*, 1963. Do seu curso de Filosofia do Direito há tradução italiana feita pelos Professores — LUIGI BAGOLINI e RICCI, da Universidade de Genova, 1957.

Além de constante colaboração em diversas revistas de Filosofia e de Direito, foi convidado para colaborar nos volumes publicados em homenagem a PAULO ROUBIER, JEAN DABIN, LEGAZ Y LACAMBRA e ROSCOE POUND.

É um dos diretores da *Revista da Faculdade de Direito* da Universidade de São Paulo.

Advogado militante, tem escrito dezenas de trabalhos forenses e pareceres, destacando-se os seguintes estudos: *Da exclusão dos sócios das sociedades mercantis*, *Da exclusão dos sócios das associações civis*, *Da intervenção do Estado na vida econômica*, *Natureza jurídica da criação dos municípios*, *Da recorribilidade dos atos dos administradores das autarquias*, *As autarquias universitárias paulistas*, *Do município e do direito sobre seu território*, reunidos com outros mais no volume *Nos Quadrantes do Direito Positivo*, 1960.

Em 1949, fundou o *Instituto Brasileiro de Filosofia*, do qual é presidente, promovendo a realização de três Congressos Nacionais de Filosofia e de um Internacional, este comemorativo do IV Centenário da Cidade de São Paulo,

em 1954. Promoveu a publicação dos 3 tomos das *Atas* do referido certame.

Em 1951, fundou, como presidente do I.B.F. a *Revista Brasileira de Filosofia*, já em seu 63.º fascículo trimestral, constituindo hoje em dia o maior repositório do pensamento filosófico brasileiro.

Sócio fundador da Sociedade Interamericana de Filosofia, foi o seu primeiro presidente, eleito pelos instituidores da entidade membro permanente da Comissão Diretora.

É membro correspondente de várias instituições culturais, dentre as quais a Academia das Ciências da Universidade de Bolonha, da Sociedade Argentina de Filosofia e do Instituto Argentino de Filosofia Jurídica e Social; é sócio honorário da Sociedade Italiana de Filosofia do Direito, bem como da Sociedade Mexicana de Filosofia e da Sociedade Espanhola de Filosofia do Direito.

Foi escolhido pelos organizadores do XII Congresso Internacional de Filosofia, realizado em Veneza, para ser um dos *dez relatores* gerais do certame, cabendo-lhe a missão de relatar o tema *Liberdade e Valor*. Representou o Brasil em diversos Congressos Internacionais de Filosofia, como os de Santiago do Chile, Washington, Buenos Aires e São José da Costa Rica, cabendo-lhe uma das vice-presidências de todos êsses certames. Participou também, como convidado especial, do Congresso de Estudos Humanísticos de Roma, em 1952, onde apresentou um trabalho intitulado *Cristianismo e razão de Estado no Renascimento lusitano*.

Em julho de 1951, foi Delegado do Governo Brasileiro junto à Conferência da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.) em Genebra.

Presidente do III Congresso Nacional de Filosofia, recebeu, neste certame o título de “benemérito da cultura nacional.”

É, atualmente, membro do Conselho Estadual de Educação e da Comissão Editorial da Universidade de São Paulo.

Bibliografia fundamental de Miguel Reale.

1. Obras de Filosofia e de Filosofia do Direito.

- Fundamentos do Direito*, "Tese de Concurso à Cátedra de Filosofia do Direito", São Paulo, 1940.
- O Conceito de "Ratio Naturalis" entre os Jurisconsultos Romanos e Santo Tomás de Aquino* na "Revista da Faculdade de Direito", v. 38, p. 107-117, São Paulo, 1942.
- O Contratualismo. Posição de Rousseau e Kant*. Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1943.
- Nietzsche e o valor da Filosofia*; em "Arcadia", n. 24, p. 15, São Paulo, 1944.
- Posição de Rui Barbosa no Mundo da Filosofia. Subsídios para compreensão de uma Trajetória Espiritual*. Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1949.
- Doutrina de Kant no Brasil*. São Paulo, 1949.
- Feijó e o Kantismo*, na "Revista da Faculdade de Direito", v. 45, p. 330-351, São Paulo, 1950.
- Cristianesimo e Ragion di Stato nel Rinascimento Lusitano*, nos "Atti del Congresso Internazionale di Studi Umanistici", Pavia, 1952, p. 133-159.
- A Filosofia do Direito*, 4 edições, São Paulo, 1953, 1957, 1962, 1965.
- Assiologia e Normativismo Giuridico*; Actes du XI Congrès International de Philosophie, Bruxelles, 1953.
- Libertá Antica e Libertá Moderna*, no volume "Scritti di Sociologia e Politica in Onore di Luigi Sturzo", Bologna, 1953.
- Concreção de Fato, Valor e Norma no Direito Romano Clássico*; Ensaio de Interpretação à luz da Teoria Tridimensional do Direito, na "Revista da Faculdade de Direito", v. 49, p. 190-220, São Paulo, 1954.
- Avelar Brotero ou a Ideologia sob as Arcadas*, na "Revista da Faculdade de Direito", v. 50, p. 131-169, São Paulo, 1955.
- Personalismo e Historicismo*, na "Revista Brasileira de Filosofia", p. 539 e segs., São Paulo, 1955.
- Horizontes do Direito e da História*; São Paulo, 1956.
- Política e Direito em Roma; a Doutrina de Cícero*. São Paulo, 1956.
- Direito e Moral*. São Paulo, 1956.
- Kierkegaard, o seu e o nosso Tempo*. São Paulo, 1956.
- Dos Planos e Âmbitos do Conhecimento do Direito*, São Paulo, 1956.
- Escolástica e Praxismo na Teoria do Direito de João Mendes Junior*, na "Revista da Faculdade de Direito", v. 51, p. 26-73, São Paulo, 1956.

- Giambattista Vico, a Jurisprudência e a descoberta do Mundo da Cultura*, na “Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo.
- Filosofia del Diritto*, Trad. dos Professôres Bagolini e Ricci, 1956.
- Momentos Decisivos do Pensamento Nacional*, Pôrto Alegre, 1958.
- Libertà e Valore*; (Relatório Especial do XII Congresso Internacional de Filosofia de Veneza) Florença, Ed. Sansoni, 1958; e na “Revista da Faculdade de Direito”, v. 53, p. 89-112, São Paulo, 1958.
- La Cultura Giuridica Italiana in Brasile*, na “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, nov.-dez., 1958, p. 733-738.
- A Filosofia e o Filósofo no Limiar da Era Interplanetária*, na “Revista da Faculdade de Direito”, v. 54, f. 2, p. 132-139, São Paulo, 1959.
- O Problema da Produção na Ideologia Contemporânea*, na “Revista da Faculdade de Direito”, v. 54, f. 1, p. 178-208, São Paulo, 1959.
- A Filosofia no Brasil*; (discurso); “Separata” dos “Anais do II Congresso Nacional de Filosofia”, p. 9-16, São Paulo, 1959.
- La Crisis del Normativismo Juridico y la Exigencia de una Normatividad Concreta* no volume “Estudios Juridico-Sociales”, homenagem al Professor Luis Legaz y Lacambra, v. 1, p. 187-201, Santiago de Compostela, 1960.
- Pedro Lessa e a Filosofia Positiva em São Paulo*, na “Revista da Faculdade de Direito”, v. 54, f. 2, p. 12-61, São Paulo, 1959 e nos “Anais do III Congresso de Filosofia”, p. 91 e segs., São Paulo, 1960.
- A Problemática dos Valores no Mundo Contemporâneo*, na “Revista da Faculdade de Direito de Sergipe”, p. 136 e segs., 1960 e na “Revista da Faculdade de Direito” da USP, v. 56, f. 2, p. 126-145, São Paulo, 1961.
- Fundamentos da Concepção Tridimensional do Direito*, na “Revista Brasileira de Filosofia”, f. 40, p. 455 e segs., 1960 e na “Revista da Faculdade de Direito”, v. 56, f. 2, p. 66-87, São Paulo, 1961.
- Filosofia como Autoconsciência de um Povo*, na “Revista da Faculdade de Direito”, v. 56, f. 2, p. 104-225, São Paulo, 1961.
- Fondamenti de la Concezione Tridimensionale del Diritto*, na “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, f. 2-4, p. 145-163, 1961.
- La Filosofia del Derecho y las Formas del Conocimiento Juridico*; edição bilingüe da “Revista Juridica de Buenos Aires”, com prefácio e tradução do professor Martin Ruiz Moreno, VI, 1961, comemorativa do 50.º aniversário do autor; na “Revista da Faculdade de Direito”, v. 57, p. 90-112, São Paulo, 1962 e na “Revista dos Tribunais”, a. 51, v. 315, p. 371-385, São Paulo.

- Filosofia em São Paulo*; Conselho Estadual de Cultura, 1962.
- Law and Power and their Correlation*, no volume "Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound", Bobby-Merril Company, in., p. 238-270, 1962.
- Aspectos da Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, 1958, 30 págs. inserto depois na 3.^a edição de "Filosofia do Direito", 1962.
- La Science du Droit selon la Théorie Tridimensionnelle du Droit* no Volume "Mélanges en L'Honneur de Jean Dabin", p. 211-230, Paris, 1963.
- Pluralismo e Liberdade*, Saraiva S. A. Livreiros Editôres, São Paulo, 1963.
- A Teoria Estimativa do Direito*. Notas à margem do último livro de Carlos Cossio, na "Revista da Faculdade de Direito", v. 39, p. 136-169, 1943/44.
- O Direito e o Justo no Crepúsculo da Cultura Helênica*, Revista dos Tribunais, 1946.
- As três Acepções da palavra Direito*, na "Revista da Faculdade de Direito", v. 44, p. 68-78, São Paulo, 1949.
- Ontogenoseologia, Fenomenologia e Reflexão crítico-histórica*, na 'Revista Brasileira de Filosofia', 1966, Fasc. 62.

2. Obras de Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Estado.

- A Crise da Liberdade*, na "Tribuna Liberal", órgão do Partido Liberal do Centro XI de Agôsto, junho de 1931.
- Fontes do Fascismo*, na "A Platéia", São Paulo, 1933.
- Posição do Integralismo*, em "Estudos Integralistas", São Paulo, 1933.
- O Estado Moderno*, Rio de Janeiro, 1934/35, 3 edições.
- Formação da Política Burguesa*, Rio de Janeiro, 1934.
- O Capitalismo Internacional. Introdução à Economia Nova*, Rio de Janeiro, 1935.
- Perspectivas Integralistas*, Livraria Odeon, São Paulo, 1935.
- ABC do Integralismo*, São Paulo, 1935/36.
- Atualidades Brasileiras*, Rio de Janeiro, 1935.
- Atualidades de um Mundo Antigo*, Rio de Janeiro, 1936.
- Direito e Teoria do Estado*, na "Revista da Faculdade de Direito", v. 48, p. 84-94, São Paulo, 1953.
- O Sistema de Representação Proporcional e o Regime Presidencial Brasileiro*, na "Revista Brasileira de Estudos Políticos", v. 3, n. 7, p. 9-44, Belo Horizonte, 1959.
- Teoria do Direito e do Estado*, 1.^a edição 1940, 2.^a edição 1960, São Paulo.
- Nos Quadrantes do Direito Positivo*, São Paulo, 1960.
- Situation de la Théorie de l'Etat dans les Domaines de la Connais-*

sance Juridique. Traduction de Jacques Douchez. Extraits des *Mélanges Paul Roubier*, 1953.

3. Obras sôbre Direito em geral e outros assuntos.

- Claudio Manoel da Costa, o Poeta e o Político*; conferência, maio de 1929.
- O Valor da Previdência na Formação do Caráter*, 1929; (Primeiro prêmio do concurso realizado entre estudantes dos colégios do Estado, publicado na revista "*Educação*", 1930, n. 3, págs. 254 e segs.)
- Sôbre a Coletânea Literária de Rui Barbosa de Batista Pereira*, na "*Fôlha Estudantina*", órgão do Centro Estudantino Dante Alighieri, 1930.
- Origem da Religião e Psicanálise*, na "*Folha Estudantina*" do Centro Estudantino Dante Alighieri, 1931.
- Byronismo e Álvares de Azevedo* no "O XI de Agosto", p. 11-15, setembro de 1931.
- Discurso de Agradecimento por ocasião da posse da Cátedra de Filosofia do Direito* na "*Revista da Faculdade de Direito*", v. 36, p. 23-32, São Paulo, 1941.
- O Código de Processo e a Justiça de Paz*, na "*Revista da Faculdade de Direito*". v. 36, p. 667-669, São Paulo, 1941.
- Palavras pronunciadas ao tomar posse de Membro do Departamento Administrativo do Estado de São Paulo* em 14 de janeiro de 1942, in "*Dois Discursos*", p. 23, São Paulo, 1942.
- A Exclusão de Sócio das Sociedades Mercantis e o Registro de Comércio* in "*Ensaio de Filosofia e Direito*" Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1948.
- Colonos e Fornecedores. Uma Tentativa de Desorganização da Economia Açucareira Paulista*, "*Revista dos Tribunais*", 1948.
- De Dignitate Jurisprudentiae*. Oração de Paraninfo aos Bacharelandos de 1951, na "*Revista da Faculdade de Direito*", v. 46, p. 164-196, São Paulo, 1951.
- Direito do Trabalho no Brasil*. Discurso Proferido como Delegado Governamental, na 34.^a Sessão da Conferência Internacional do Trabalho de 1951, em Genebra.
- Contra a exclusão do Salário Mínimo nas Plantações*. Discurso sustentando a Emenda do Brasil, que prevaleceu por voto do plenário na Conferência Internacional do Trabalho — OIT (Compte Rendu, 25-6-51).
- A Expulsão de Sócio de Sociedade Civil e Contrôlo Jurisdicional*, na "*Revista Forense*", a. 50, v. 141, p. 520-525, Rio de Janeiro, 1953.
- O Funcionário e seu Direito de Opinião: O Sigilo a que está Adstrito*,

- na “Revista dos Tribunais”, a. 48, v. 283, p. 44-49, São Paulo, 1959.
- Missão do Advogado no Mundo Contemporâneo*; na “Revista da Faculdade de Direito”, v. 55, p. 106-123, São Paulo, 1960.
- A Faculdade de Direito na História do Brasil; Temporalidade Abstrata e Concreta; as Fundações dos Cursos Jurídicos no Brasil em 1827 e sua significação Histórica; o Papel da Jurisprudência nas Primeiras Décadas do Século 19*, na “Revista dos Tribunais”, a. 5, v. 306, p. 30-39, São Paulo, 1961.
- Coexistência da Iniciativa Privada com a Atividade Estatal nos Serviços de Energia Elétrica*, São Paulo, 1961.
- Sugestões Oferecidas à Reforma do Estatuto da Universidade de São Paulo*, na “Revista da Faculdade de Direito”, v. 57, p. 286-292, São Paulo, 1962.
- Terras Devolutas; Posse e Trabalho*. in “Ensaio de Filosofia do Direito”, p. 135, s.d., São Paulo.
- O Meu Dante*; (Conferência Comemorativa do Centenário do Poeta) na “Revista da Faculdade de Direito”, v. 60, p. 293-311, São Paulo, 1965.
- Renovação do Direito Moderno*, in “Ensaio de Filosofia do Direito”, p. 127, s.d., São Paulo.
- Diretrizes da Política Agrária Paulista* — Ed. da Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, 1963.
- As Cátedras Universitárias e seu Provimento*, in “Revista dos Tribunais”, a. 52, v. 327, p. 43-49, São Paulo.
- Poemas do Amor e do Tempo*, Saraiva Sociedade Anônima Livradores Editores, São Paulo, 1965.

4. Principais Estudos sobre a Obra de Miguel Reale.

Em Livros:

- TRISTÃO DE ATHAYDE, *Meditação sobre o Mundo Moderno*, p. 85-93, Rio de Janeiro, 1943.
- JOSÉ L. KUNZ, (Professor of Law, University of Toledo, Ohio) — in “Latin American Philosophy of Law in Twenty Century”, p. 30-31, 1950.
- HERMES LIMA, (da Universidade do Brasil) — *Introdução à Ciência do Direito*, 7.^a edição, p. 207-214, 1954.
- PAULO DOURADO DE GUSMÃO, (da Universidade do Brasil) — *O Pensamento Jurídico Contemporâneo*, p. 61-67, São Paulo, 1955.
- RENATO CIRELL CZERNA (da Universidade de São Paulo) — *A Filosofia Jurídica de Benetto Croce*, p. 36-69, São Paulo, 1955.
- EDGARD DE GODOI DA MATA MACHADO (da Universidade de Minas Gerais) — *Direito e Coerção*, p. 57-63, Belo Horizonte, 1956.

- A. L. MACHADO NETO, *Sociedade e Direito*, Livraria Progresso Editora, p. 205-210, Salvador, 1957.
- LUIS WASHINGTON VITA, *Namôro com Thémis*, p. 130 e segs. e passim., São Paulo, 1958.
- LUIS RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofia del Derecho*, p. 157 e segs., México, 1959.
- PEDRO R. DAVID, *Dos Concepciones del Derecho Integrativas: Hall y Reale*, nos "Anais do III Congresso Brasileiro de Filosofia", p. 257 e segs., São Paulo, 1960.
- A. L. MACHADO NETO, *Introdução à Ciência do Direito*, ed. Saraiva, v. 1, p. 36 e segs. e passim. e 61 e segs., 1960.
- PAULO DOURADO DE GUSMÃO, *Introdução à Ciência do Direito*, 2.^a edição, p. 440 e segs., Rio de Janeiro, 1960.
- PE. HENRIQUE C. DE LIMA VAZ, *O Pensamento Filosófico no Brasil de Hoje*, p. 19 e segs., Braga, 1961.
- L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, v. 1, p. 553-567, Editorial Parma S.A., México, 1963.
- WILSON CHAGAS, *Conceito Finalístico do Direito*, Capítulo I e passim., Pelotas, 1964.
- DINO PASINI, *Vita e Forma nella Realtà del Diritto*, Milão, 1964, passim.
- FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofia*, 5.^a ed., Editorial Sudamericana de Buenos Aires, 2.^o volume, p. 537, 1965.
- GIUSEPPE LUMIA, *Il Diritto tra le Due Culture*, p. 46 e passim., Milão, 1966.
- CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, 2.^o volume, p. 115 e segs., Coimbra, 1966.

Em Revistas e Jornais:

- LUIGI BAGOLINI, (da Universidade de Genova) — *Filosofia del Diritto* "Revista de Estudios Americanos", Sevilha, 1953, n. 25, p. 277-293 e na "Revista da Faculdade de Direito", 1952.
- LUIGI BAGOLINI, (da Universidade de Genova) — *Filosofia del Diritto in Brasile*, na "Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto", 1954, f. 3, p. 412-417.
- LUIGI BAGOLINI, *Problemi di Filosofia del Diritto in Brasile*, em "Studi Senesi", 1952, f. 1-2.
- JOSEF L. KUNZ, *Zur Problematik der Rechtsphilosophie um die Mitte des Zwanzigsten Jahrhundert*, na "Osterrzeitschrift fur Offentliches Recht", Viena, f. I, 1951. Há tradução portuguesa do prof. Genésio de Almeida Moura, na "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo", v. 46, 1951, p. 5-43.
- JOSEF L. KUNZ, *Latin-Amerikanische Rechtsphilosophie in "Zwanzigsten Jahrhundert"* (Arch. fur Rechts-und Sozialphilosophie).

- JOSEF L. KUNZ, *Contemporary Latin-American Philosophy of Law* "The American Journal of Comparative Law", v. 3, n. 2, p. 212 e segs., 1954.
- AGUSTIN DE ASIS GARROTE (Da Universidade de Sevilha) — *La Filosofia General del Derecho de Miguel Reale*, na "Revista de Estudios Americanos", Sevilha, 1954, n. 32, p. 384-403.
- LUIS RECASÉNS SICHES (da Universidade Autónoma de México) — Resenha bibliográfica em Dianóia, do livro *Horizontes do Direito e da História*, "Anuário de Filosofia da Universidade do México", 1957, n. 3, p. 404-406.
- GOFREDO QUADRI, Resenha Bibliográfica na "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1955, f. 6, p. 839-840.
- ILMAR TAMELLO, (da Universidade de Melbourne, Austrália) — resenha bibliográfica da obra *Filosofia do Direito* na "Sidney Law Review", 1955, v. 1, p. 444-446.
- PIER LUIGI ZAMPETTI, *Su un'opera brasiliana di Filosofia del Diritto* em "Jus", Rivista della Università Cattolica del Sacro Cuore, p. 146-71, Milão 1957.
- GLAUCIO VEIGA, (Da Universidade de Pernambuco) — Sôbre um livro de Miguel Reale, *Horizontes do Direito e da História*, na "Revista Brasileira de Filosofia", n. 56, v. 6, f. 2, p. 224-235.
- B. MANTILLA PINEDA, (Da Universidade de Antioquia-Colômbia) — *La Teoria Tridimensional del Derecho de Miguel Reale*, "El Colombiano Leterario", Medellin, Colombia, 29 de abril de 1956, Transcrito na "Revista Brasileira de Filosofia", 1956, f. 4, p. 570-6.
- MIGUEL HERRERA FIGUEROA, (Da Universidade de Tucuman-Argentina) — *Miguel Reale Filósofo y Jurista*, em o "Norte Universitário", Tucumán, 9-6-56. Transcrito na "Revista da Faculdade de Direito de São Paulo", 1955, p. 376-8.
- MIGUEL HERRERA FIGUEROA, Resenha Bibliográfica na "Revista da Faculdade de Direito" da Universidade de São Paulo, 1954, p. 466-72 sôbre Filosofia do Direito, 1.^a edição.
- VITTORIO FROSINI, (da Universidade de Messina) — Resenha Bibliográfica na "Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto", 1957, f. 1.
- RENATO CIRELL CZERNA, (da Universidade de São Paulo) — *Sul pensiero Filosofico-Giuridico di Miguel Reale*, na "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", Set.-Out. 1957, f. 5, p. 637 e segs..
- RENATO CIRELL CZERNA, *Criticismo Ontognoseológico e Tridimensionalidade*, na "Revista Brasileira de Filosofia", jan.-março 1955, p. 73 e segs., inserto no volume "Ensaio de Filosofia Social e Jurídica" (Direito e Comunidade) São Paulo, 1965.

- JOAQUIM DE CARVALHO, (da Universidade de Coimbra) — resenha bibliográfica na “Revista Filosófica”, n. 8, 167-171 Coimbra, 1953, sobre *Razão de Estado no Renascimento Lusitano*.
- AGUSTIN DE ASIS GARROTE, (da Universidade de Sevilha) — *La Filosofia del Derecho em Hispano América* na “Revista de Estudios Americanos”, 1955, n. 44, p. 467 e segs.
- AGUSTIN DE ASIS GARROTE — *La Filosofia General de Derecho de Miguel Reale* na “Revista Estudios Americanos”, n. 32, p. 384-403, Sevilha, 1954.
- IVANHOE TIBALDESCHI — *Diritto e Attività Umana nel Pensiero di Miguel Reale*, na “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, v. 5, p. 645-649, 1957.
- ARTHUR CHILD, (da Universidade de Los Angeles) — Resenha Bibliográfica na “Philosophy and Phenomenological Research”, v. 7, p. 172-175, 1946.
- LEONARDO VAN ACKER — Resenha Bibliográfica na Folha da Manhã, Reproduzida na “Revista Brasileira de Filosofia”, f. 26-1956.
- WALDEMAR FERREIRA — Resenha bibliográfica da *Filosofia do Direito* na “Revista da Faculdade de Direito” de São Paulo, v. 49, p. 472-3, 1954.
- PLÍNIO BARRETO — Resenha Bibliográfica em “O Estado de São Paulo” de 30-12-1963.
- VICENTE FERREIRA DA SILVA — Resenha Bibliográfica no Diário de São Paulo de 10-12-53.
- RENATO CIRELL CZERNA — Resenha Bibliográfica na “Folha da Manhã” de 18-12-53.
- TEÓFILO CAVALCANTI FILHO, Resenha Bibliográfica na Folha da Manhã de 29-11-1953.
- BIAGIO DE GIOVANNI — Resenha Bibliográfica à Tradução Italiana de *Filosofia do Direito*, Università Degli Studi di Napoli, no “Bollettino”, III, p. 204-206, 1957.
- ODILON DA COSTA MANSO — Resenha Bibliográfica no “Correio Paulistano” de 23-3-1958.
- LUIS LUISI, da Universidade do Rio Grande do Sul — *Filosofia do Direito no Brasil*, 1-5-1957.
- OSMAR PIMENTEL — Resenha sobre *A Doutrina de Kant no Brasil* na “Folha da Manhã”
- CÂNDIDO MOTTA FILHO, Resenha Bibliográfica no “Diário de São Paulo” de 3-1-1954.
- JAMIL ALMANSUR HADDAD, Resenha Bibliográfica na “Revista Brasileira de Filosofia”, 1956, f. II, p. 284 e segs..
- JAMIL ALMANSUR HADDAD, Resenha Bibliográfica sobre a 2.^a edição de *Filosofia do Direito* no “Correio Paulistano” de 19-12-1957.

- JOSÉ FREDERICO MARQUES, Resenha Bibliográfica em "O Estado de São Paulo" de 9-12-56.
- CARLO CURCIO — Resenha do livro *Horizontes do Direito e da História*, na "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1956, v. 6, p. 806-807.
- GIUSEPPE MELONI, Resenha do estudo *Diritto e Teoria do Estado*, na "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1956, v. 6, p. 807.
- ALMEIDA MAGALHÃES, Resenha do livro *Doutrina de Kant no Brasil* na "Folha da Manhã" de 26-3-49 e de 2-4-49.
- CANDIDO MOTTA FILHO, Crítica do Livro *Doutrina de Kant no Brasil* no "Diário de São Paulo" de 24-4-49.
- LUIS WASHINGTON VITA, Resenha do Livro *A Doutrina de Kant no Brasil* no "Diário de São Paulo" de 6-3-1949.
- *Universo Realeano*, na "Rev. Bras. de Filosofia", 1964, fasc. 52, págs. 535-550.
- A. L. MACHADO NETO, Crítica da *Filosofia do Direito*, 1.^a edição, no "Diário de São Paulo" de 16-5-1954.
- GUIDO FASSÓ (da Universidade de Catania-Itália) — Resenha da "Rivista di Procedura Civile" de Dezembro de 1957.
- ANTONIO FALCHI, *La Teoria Tridimensionale del Diritto* na "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1961, f. 5, p. 517 e segs.
- SILVANA CASTIGNORE, Resenha à 3.^a edição da *Filosofia do Direito*, na "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", julho-Outubro, 1963, p. 633-636.
- ERNESTO LEME, *Discurso de saudação na entrega do Prêmio Moinho Santista ao Prof. Miguel Reale*, na "Revista da Faculdade de Direito" v. 60, p. 346 e segs., São Paulo, 1965.
- JOSÉ CRETILLA JUNIOR, *Pluralismo e Liberdade de Miguel Reale*, na "Revista Brasileira de Filosofia", f. 57, p. 70 e segs., São Paulo, 1965.
- FRANCIS LAMAND, *Le Fait et le Droit*, na "Rèvue de Métaphysique et de Morale", 1966.

5. Trabalhos Forenses:

- Agravo de Petição n. 23.382 da Capital: minuta do agravante.*
Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1944.
- Apelação 23.948 da Capital (razões);* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944.
- Um Caso de Direito de Vizinhança; apelação cível 23.948 da Capital (razões);* Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944.

- Executivo hipotecário: propriedade agrícola adquirida com pacto adjeto de hipoteca; prestação imperfeita do vendedor: consultas e pareceres; in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1956, v. 254, p. 16/23.*
- Em defesa do regimento da Câmara Municipal; apelação cível n. 44.149 da capital (razões); Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, São Paulo, 1949.*
- A autonomia do Município e a intangibilidade de seu território: representação das Municipalidades de Presidente Venceslau e Marabá Paulista, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1955.*
- O Colono Paulista e o I.A.A. (razões); São Paulo, 1945.*
- Da cláusula CIF. Recurso Extraordinário n. 8.177 (razões); Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944.*
- Direitos e Deveres dos Acionistas: da validade dos contratos de venda de ações, com renúncia de direito de voto e dividendo; Revista dos Tribunais, São Paulo, 1946, 1.º volume.*
- Do Direito dos ex-acionistas à verificação dos lucros sociais (memorial) in Ação Ordinária, São Paulo, 1949, 2.º volume, p. 101.*
- Exame de livros de terceiros; embargos no mandato de segurança n. 40.577 da capital, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1949.*
- Expulsão de sócio de sociedade civil e controle jurisdicional; in Revista Forense, Rio de Janeiro, 1953, v. 141, p. 520-525.*
- Nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais que implicam renúncia pelo acionista do direito ao dividendo e ao voto (memorial); in Ação Ordinária, São Paulo, 1949, 2.º volume, p. 127.*
- Pátrio Poder, guarda dos filhos; situação prevista em desquite e faculdade assegurada ao juiz de regulá-la diferentemente nos termos do art. 327 do código civil. Ampliação desse preceito ao caso de dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges; inadmissibilidade; in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1943, v. 145, p. 20/28.*
- Da responsabilidade do engenheiro na empreitada de simples labor; apelação cível 20.348 (razões), São Paulo, 1943.*
- Sobre cheques sem fundos; agravo de petição n. 23.382 da Capital in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944.*
- Tentativa de enriquecimento ilícito; apelação n. 43.471 da Capital; (razões) in Revista dos Tribunais. São Paulo, 1949.*
- As usinas de açúcar e o imposto de renda (razões); in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1945.*
- Exame de livros de terceiros: embargos no mandado de segurança n. 40.577 da capital. Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1949.*

6. **Pareceres:**

- Doação de bens patrimoniais pelos Municípios; regras interpretativas da competência do poder público; in Ensaios de Filosofia do Direito, p. 151.*
- Mandado de Segurança: direito líquido e certo; interpretação da expressão; certeza do fato; solução jurídica por mais intrincada que seja; obscuridade possível da lei; natureza subjetiva que, em suma, deve ter liquidez ou a certeza do direito; in Revista dos Tribunais, 1953, v. 42:213, p. 56/69.*
- Município, criação, natureza jurídica; limites do poder do estado federado; direito ao território; in Revista Forense, Rio de Janeiro, 1955, v. 162, p. 71/77.*
- Da natureza jurídica das entradas adicionais feitas pelos subscritores das sociedades anônimas (memorial); in Ação Ordinária. São Paulo, 1949, 2.º v., p. 11.*
- O problema jurídico da criação dos municípios; a propósito da projetada criação do Município de Adamantina; in Ensaios de Filosofia e Direito, São Paulo, 1948, p. 57.*
- Da recorribilidade dos despachos do Diretor Geral do Departamento de estradas de rodagem; mandado de segurança 51.923 da Capital; Revista dos Tribunais, São Paulo, 1950.*
- Sentença Criminal; efeitos civis em matéria de fato ou de autoria; da inversão do "onus probandi" no juízo civil quando ela é absolutória; inteligência do art. 66 do Código de processo penal; in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1952, a. 41, v. 201, p. 62/68.*
- Sociedade Civil; associações de classe; contróle judicial dos atos disciplinares praticados contra associados; teorias a respeito; eliminação de sócio que dirigiu cartas injuriosas e caluniosas à diretoria; observância das leis e dos estatutos; in Revista dos Tribunais, 1953, v. 42:214, p. 25/35.*
- Sociedades comerciais; exclusão de sócios; atribuições das Juntas comerciais; in Revista Forense, Rio de Janeiro, 1944, v. 98, p. 561.*
- Veto; inconstitucionalidade; matéria de iniciativa do poder judiciário e aprovado pelo poder legislativo; aumento de vencimentos dos funcionários do Tribunal de Justiça; inteligência do art. 97 n. I da Constituição Federal; in Revista dos Tribunais, 1953, v. 42-212, p. 16-23.*
- Vínculo; do valor da cláusula de impenhorabilidade dos frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, ante o disposto no art. 943, n. I do Código de processo civil; in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1951, a. 40, v. 189-609, p. 605-608.*

- Concorrência Pública; as normas do código de contabilidade pública em matéria de concorrência;* in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1959, a. 48, v. 284, p. 43-50.
- Da interrupção de prescrição segundo o estatuído no § 2.º do art. 166 do código de processo civil e comercial;* in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1961, a. 50, v. 310, p. 45-50.
- Desapropriação, ações de sociedade anônima, concessão de serviço público;* in Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 59, v. 200, p. 51-58.
- Desapropriação; mandado de segurança; sociedade anônima; encampação de serviços públicos concedidos; desapropriação;* in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1962, a. 51, v. 315, p. 628-690.
- Dívidas de jôgo; entendimento do art. 1477 do código civil; se configura nulidade ou mera inexigibilidade...* in Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 46, v. 264, p. 87-93.
- Do controle de constitucionalidade através de representação ao Supremo Tribunal Federal;* in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1959, a. 48, v. 281, p. 61-69.
- Esubulho; má fé; ressarcimento de benfeitorias necessárias; abuso de direito;* in Revista Forense, 1957, a. 54, v. 173, p. 121-125.
- Os funcionários públicos e os serviços de guerra; sentido das leis federais que outorgaram vantagens aos militares em serviço na "zona de guerra"* in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1960, a. 49, v. 294, p. 40-48.
- Instituto Brasileiro do Café; constituição das juntas administrativas;* in Revista dos Tribunais; São Paulo, 1949, a. 48, v. 286, p. 35-42.
- Lei de Divisão Judiciária; proposta de iniciativa do judiciário e competência do legislativo;* in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1957, a. 16, v. 263, p. 32-35.
- Natureza Jurídica da "Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo",* in Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, 1962, v. 57, p. 255-266.
- Prova: testemunha: preposto: impedimento legal: quando ocorre: distinção entre impedimento e inidoneidade à luz do art. 240 do código de processo. Responsabilidade civil: do nexo de causalidade: insuficiência de mera culpa: causa adequada e relação fortuita..* in Revista dos Tribunais. São Paulo, 1951, a. 40, v. 194, p. 53-63.
- Contrato bilateral;* in Revista dos Tribunais, 1955, v. 44-232, p. 43-50.
- Químico, regulamentação do exercício da profissão;* in Revista Forense, Rio de Janeiro, 1958, a. 55, v. 178, p. 99-103.

Revogação e anulamento de ato complexo; in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1964, a. 54, v. 348, p. 37-51.

Vínculo: da cláusula de inalienabilidade. Especificidade do problema no direito pátrio; cláusula de inalienabilidade sobre a legítima e o disponível; in Revista dos Tribunais, São Paulo, 1959, a. 48, v. 290, p. 49-57.

Condomínio; natureza jurídica; incorporação de edifício de apartamentos; in Revista Forense, Rio de Janeiro, 1952, a. 49, v. 139, p. 72-76.

Igualdade e Desigualdade Perante a Justiça.

Giorgio del Vecchio

(Antigo Reitor da Universidade de Roma).

I. Quando se começa a refletir sôbre a idéia de justiça, à procura de seu princípio essencial, vem logo à mente a idéia de igualdade. O mais antigo filósofo, que se propôs êsse problema, Pitágoras, definiu exatamente a justiça como igualdade, que deveria ocorrer na troca. Mas, é fácil compreender a insuficiência dessa definição, insuficiência que foi de fato, observada já antigamente. Aristóteles, mesmo tomando os princípios da teoria pitagórica, introduziu uma distinção importante. Há, ensinou, uma justiça que se aplica especialmente nas contratações, e exige uma equivalência nas prestações dos contraentes; mas há ainda uma outra justiça (distributiva), que considera a “dignidade”, ou seja o mérito das várias pessoas, e exige um tratamento diferente delas, em correspondência e na proporção disso.

Essa doutrina tornou-se clássica e é ainda hoje considerada fundamental. Porém, podem ser feitas a ela várias objeções. Quanto às relações contratuais, isto é a chamada justiça comutativa, o direito na realidade não exige, nem pode exigir uma objetiva paridade de valor das coisas trocadas, mas reclama sômente (salvo o caso especial da *laesio enormis*) a subjetiva liberdade do consenso. Quanto à justiça distributiva, deve-se notar que Aristóteles deixou indeterminado o critério para a avaliação da “dignidade” e do mérito pessoal. Faltou-lhe o conceito do valor essencial da pessoa humana, cujo reconhecimento deve constituir o primeiro postulado da justiça; e essa falta resulta evidente na justificação da escravidão.

II. Um grande progresso na concepção da justiça ocorreu quando aquêlo postulado ideal, entrevisto já pelos estóicos, foi altamente afirmado pelo Cristianismo. Segundo o Evangelho, todos os homens, como filhos de Deus, são irmãos; em todos o espírito é o mesmo e para todos é universalmente válida a lei da caridade ou do amor. Daí a obrigação categórica do respeito por aquilo que há de sagrado em cada pessoa humana; e daí o direito natural em exigir-se tal respeito. As legislações positivas teriam devido ater-se a êsses princípios; mas os acolheram muito imperfeitamente, quando não chegaram a desconhecê-los, apesar de, às vêzes, os proclamarem em fórmulas solenes.

O direito insito na própria natureza humana foi também demonstrado com análises racionais, independentemente das premissas teológicas, obtendo-se assim, em geral, um encontro entre os ditames da razão e da fé. Não obstante a oposição de algumas escolas, aquêlo direito, invocado freqüentemente e às vêzes imperiosamente pela consciência comum, encontrou expressão nas constituições dos povos mais civilizados e em recentes documentos internacionais. Foram ainda indicadas, de diferentes maneiras, as várias especificações do mesmo direito fundamental. Mas se confrontarmos tais declarações solenes com os sistemas legislativos vigentes, inclusive aquêles que as propuseram, verificaremos que elas sofreram desvios e restrições gravíssimas, em partes inevitáveis, em partes absolutamente injustificadas.

III. O reconhecimento da personalidade jurídica de cada ser humano, sem nenhuma exceção, de maneira a determinar uma igualdade fundamental, é portanto, um princípio que devemos considerar como absolutamente válido. Racionalmente entendido e aplicado, êsse princípio deveria ser a base de uma *societas humani generis*, de modo que a humanidade formasse um Estado único; e há motivos para crer que a história do gênero humano está realmente a caminho dessa meta, não obstante os contrastes que ainda se desencadeiam.

Mas até quando existirem diversos Estados, como se poderá abolir a distinção entre cidadãos e estrangeiros? A equiparação pode estabelecer-se somente (e é de fato admitida pelos Estados mais evoluídos) para os direitos civis, mas não para os políticos.

Nenhuma exclusão deve ser feita, tanto no concemente aos direitos civis como aos políticos, por motivo de diferença de raça e de credos religiosos. Isso é claramente afirmado, por exemplo, pela Constituição do Estado italiano (art. 3). Mas, qualquer um sabe que em tais Estados a paridade jurídica dos cidadãos das diversas fés e das diversas estirpes não se verificou até agora; enquanto o total desconhecimento da mesma conduziu às vêzes a vis e infames perseguições, que arrepiaram tôda consciência reta.

IV. Em princípio, deve-se ainda admitir a paridade jurídica dos dois sexos, a qual é também afirmada pela Constituição italiana (Art. 3 e 51). Mas, na realidade, nenhuma legislação positiva atribui aos dois sexos deveres e direitos absolutamente idênticos, e isso por motivos óbvios. O serviço militar, por exemplo, é imposto, em regra, somente aos homens. As mulheres são também excluídas, segundo as normas vigentes nos vários Estados, dos misteres para os quais são consideradas menos apropriadas. Em alguns Estados, mesmo muito civilizados, como a Suíça, as mulheres não são admitidas no eleitorado político; o que, na verdade, contrasta não apenas com o princípio da paridade jurídica dos dois sexos, como também com o da universalidade do sufrágio. A tendência hoje dominante é, porém, justamente no sentido de uma retificação progressiva dos sistemas antigos, nos quais a mulher era mantida em uma espécie de sujeição. Tende-se, em resumo, a aproximar-se o mais possível de uma efetiva equiparação, salvo as exceções determinadas não pela menor estima, mas pelo respeito devido às condições próprias da mulher. Pode-se recordar, a êsse propósito, que na moderna legislação sôbre o trabalho, é objeto de tutela particular a sagrada função que é

a maternidade; e até nos regulamentos carcerários existe um certo respeito quanto a isto. Por outra parte, a admissão das mulheres nas funções publicas é entendida sempre como subordinada à averiguação da posse das necessárias disposições.

V. O princípio, afirmado em abstrato, da paridade dos dois sexos dá lugar a problemas particulares no que se refere à organização da família. É evidente que, assumido rigidamente aquêlê princípio, a autoridade igual dos dois cônjuges tiraria ao homem as atribuições que lhe são reconhecidas como chefes da família (ver, por exemplo, na legislação italiana, o artigo 144 do Código Civil). Dificilmente poderia então ser mantida aquela unidade, que é o elemento essencial do instituto da família. Isto não impede que, sem se chegar a um absoluto nivelamento, possam ser acrescentados também nessa matéria os direitos da mulher; e nesse sentido foram propostas várias reformas, algumas bastante plausíveis, enquanto convém fazer reservas a respeito de outras.

Entre outras coisas, propôs-se equiparar as sanções penais do adultério para os dois sexos; ainda que as possíveis consequências dêsse fato sejam naturalmente diversas. A mais justa solução dêsse problema seria, segundo minha opinião, a abolição daquela figura de crime, deixando-se à competência do magistrado, mediante queixa da parte ofendida, o exame de tôdas as circunstâncias para julgar se subsistem no caso concreto os extremos do crime de injúria. A definição legislativa dêsse crime (que no art. 594 do Código Penal é talvez bastante restrita) poderia ser convenientemente modificada. Mas, o assunto merece ser aprofundado. Limito-me, aqui, a êsse aceno.

VI. A dignidade do ser humano é substancialmente *igual* em tôdas as fases de sua vida. Mas varia muito a sua capacidade real, e seria contra a razão não levar isso em conta, devido a uma aplicação falsa do conceito de

igualdade. Em todos os sistemas jurídicos, embora não da mesma maneira, é determinado o início da maioridade, ou seja, a plena capacidade civil. Mas essa determinação não basta, e outras normas estabelecem limites diversos de idade, seja para o direito privado, como para o público. No tocante, por exemplo à legislação italiana (que, de resto, não difere muito da de outros Estados), notamos que, enquanto a maioridade começa aos 21 anos, aquêlê que completou dezoito anos pode fazer válidamente testamento, pode prestar o próprio trabalho e estipular os respectivos contratos, etc. (Cod. Civil, art. 2, 3, 591, etc.). Dadas essas e outras exceções e consideradas as condições atuais da vida social, seria justo, segundo minha opinião, que o limite inicial da maioridade fôsse mudado se não para 18 ou 19 anos, pelo menos para 20.

No direito penal, é declarado não imputável aquêlê que no momento em que comete o fato não tenha 14 anos completos; e uma diminuição de pena é concedida a quem completou 14, mas não 18 (Cod. Penal, art. 97 e 98; confrontar os arts. 223-227).

Fazem-se várias distinções com relação à idade, também no que se refere ao eleitorado e à elegibilidade para os dois ramos do Parlamento. Êsses exemplos, aos quais se poderiam ajuntar outros, mostram bem a dificuldade de regular orgânicamente essa matéria complexa; e não se pode dizer que se tenha logrado uma sistematização satisfatória, com uma série desagregada de normas. Falaremos daqui a pouco sôbre uma possível reforma do eleitorado.

Convém confessar que, precisando referir-se ao futuro e considerar genêricamente um número incalculável de casos, a legislação positiva não pode jamais se adaptar perfeitamente ao fluxo continuo da realidade inconstante. As determinações legislativas, ainda quando deixam certa margem de apreciação aos juizes, sempre têm algo de mecânico e refletem apenas imperfeitamente a realidade dos casos isolados. É claro que a capacidade natural é bastante diferente nos individuos sujeitos às mesmas normas; en-

quanto é igualmente claro que seria praticamente impossível submeter todos os individuos a um exame para averiguar em cada um dêles o alcance de um certo grau de capacidade, como seria impossível fazer depender de um juízo sôbre circunstâncias singulares o prazo dos termos de prescrição.

De outra parte, é útil advertir que já os juristas romanos, e depois os modernos legisladores, souberam atribuir certo valor, embora limitado, a alguns atos e relações não conformes às leis que os regulam. Típica é a figura das “obrigações naturais” em confronto com as civis. Notável é também a distinção entre a nulidade absoluta e a relativa. Os atos jurídicos de jovens menores de idade, mas naturalmente capazes, não caem absolutamente no nada, como os dos loucos, mas podem ser convalidados mediante ratificação e garantia fidejussoria (v. Cod. Civ., art. 1444, 1939). Em outro campo, como é bem conhecido, a filiação ilegítima dá lugar, segundo as mesmas leis vigentes, à válidas relações jurídicas, subordinadamente àquela legítima. E também em outras matérias um valor parcial jurídico foi reconhecido em atos legalmente imperfeitos.

Enfim, tudo isso mostra que o direito positivo, se não pode realizar integralmente a idéia de justiça, pode aproximar-se dela, desde que não se feche por demais em fórmulas rígidas e se mantenha em contato com a viva realidade. É também significativo o fato de que em tais questões os legisladores se abstenham de ditar normas precisas, transferindo-as ao magistrado, para que êle julgue de acôrdo com a equidade.

VII. Nos Estados civis modernos, em conseqüência da filosofia precedente e de algumas revoluções históricas, estabeleceu-se de uma vez que os cidadãos têm a obrigação de obedecer às leis, mas lhes cabe também concorrer com o seu voto, por meio de representantes e, em alguns casos também diretamente, para a formação das mesmas leis. Estabeleceu-se ainda a máxima de que o governo e os outros

órgãos da administração pública devem estar sujeitos às leis, e deve ser sempre possível aos cidadãos, nos casos de transgressões, recorrer contra êles aos órgãos judiciários, para os quais deve ser garantida a devida independência.

Êsses conceitos correspondem ao princípio fundamental da dignidade e liberdade do ser humano e devem portanto, ser considerados inconcussos. Mas a sua aplicação dá lugar a não poucos problemas. A participação, seja mesmo indireta, ao poder legislativo reclama, sem dúvida, por sua natureza, um grau de capacidade real superior ao exigido no exercício dos direitos privados. Deve-se, pois, lógicamente, distinguir, da capacidade civil, a política; e a distinção é claramente decretada pelo direito positivo, dado que a primeira é atribuída também aos estrangeiros e a segunda somente aos cidadãos. Mas, além disso, os sistemas legislativos habitualmente exigem certos requisitos, mais ou menos rigorosos, para a atribuição da capacidade política aos cidadãos. Por exemplo, até poucos decênios atrás, a legislação italiana, enquanto excluía do eleitorado as mulheres (exclusão, pois, justamente abolida), reclamava como condição da capacidade política o saber ler e escrever. A legislação vigente, porém, admite o voto também dos analfabetos, da mesma idade salvo uma particular exceção, isto é, desde a maioridade, aos 21 anos, como no caso da capacidade civil.

As conseqüências dessa equiparação são bastante notáveis, porque, não obstante os esforços feitos para combater o analfabetismo e, em geral, para difundir a cultura, o número dos analfabetos, especialmente em algumas regiões, é ainda de uma certa importância, e muito maior é o dos semi-analfabetos. Que os primeiros e os segundos sejam realmente idôneos para dirigir a política do Estado, ninguém poderia seriamente sustentá-lo.

Um outro fato deve ser considerado a êsse propósito: a formação, ocorrida na Itália como em outros países, de partidos, alguns dos quais fortemente organizados e sujeitos a uma disciplina rígida. A pressão que êles exercem sôbre

os órgãos do Estado perturbou muitas vêzes o funcionamento dêsses órgãos. Um dêsses partidos, que se inspira no materialismo e em diretivas estrangeiras, tem por programa a subversão da atual ordem social e jurídica, para instaurar o predomínio da classe operária, em detrimento das outras classes e dos direitos individuais. Como é sabido, em alguns Estados, êsse partido foi posto fora da lei; não o foi na Itália, onde se difundiu, especialmente na parte menos culta da nação, na qual o sentido do rebanho prevalece sôbre o sentido da individualidade.

Êsse estado de coisas, não imune de perigos, suscitou naturalmente discussões e propostas em sentido diferente. Levantou-se também o princípio da universidade do sufrágio, atribuindo-lhe a origem das dificuldades presentes da vida política.

Segundo meu parecer, porém, aquêle princípio deve ser mantido. Mas a sua aplicação deveria concretizar-se de maneira mais racional, levando em consideração a capacidade diferente das pessoas de acôrdo com a sua cultura e de acôrdo com a sua idade. Isso não para constituir algum privilégio, mas com base em critérios puramente objetivos e de caráter geral. Também nessa matéria, em lugar de um conceito mecânico de igualdade, deveria ser adotado, para uma verdadeira justiça, um critério que tenha respeito pelos valores reais. Relembremos a máxima aristotélica: dispensar igual tratamento a méritos desiguais significa contradizer a própria idéia de igualdade, e violar a justiça distributiva.

Um sistema correspondente à citada exigência seria, penso eu, o seguinte: sôbre o total da representação a ser eleita, uma determinada porcentagem (por exemplo, quarenta por cento) deveria ser votada pelos indivíduos providos de um certo título de estudo (como, por exemplo, um diploma de escola média); a cota restante dos 60 por cento deveria ser eleita por uma parte maior, a dos indivíduos que tivessem alcançado uma certa idade (por exemplo 30 ou 35 anos), e por uma menor, a dos que não a tivessem atin-

gido. Isso porque, como é notório, a experiência que se adquire com o avançar da idade torna o juízo mais ponderado. Entende-se que essas cifras têm um valor simplesmente indicativo, e poderiam ser substituídas por outras, considerando-se os dados estatísticos sobre aquelas categorias de pessoas; de maneira, portanto, que à primeira fôsse atribuído proporcionalmente um pêso maior do que à segunda, e a esta um pêso maior do que à terceira. Todos os eleitos teriam, porém, iguais prerrogativas, de forma que a assembléia representativa se configurasse perfeitamente homogênea.

VIII. A Organização das Nações Unidas é, sem dúvida, pelos seus fins, uma das mais nobres instituições humanas, e desenvolveu uma certa atividade para o progresso civil e para a paz no mundo. Mas, na sua estrutura e nos seus procedimentos, não se pode deixar de notar alguns defeitos. Enquanto em seu Estatuto declara a igualdade de tôdas as nações, o mesmo Estatuto concede privilégios importantes a cinco Estados (*original members*), colocando os outros em condições de grave e permanente inferioridade. Além disso, enquanto o fim supremo da Organização (como resulta também da sucessiva “Declaração universal dos direitos humanos”, de 10 de dezembro de 1948) é a defesa dos direitos naturais da pessoa humana, foram admitidos a fazer parte dela também Estados que não respeitam êsses direitos, nem a própria legislação interna, nem nas relações internacionais; e em tal condição, alguns dêsses Estados são até privilegiados.

Êsse defeito tornou-se cada vez mais grave, porque nos últimos anos passaram a fazer da Organização numerosos Estados de cultura bastante escassa, e faltos de organização que garanta os direitos fundamentais. A êsses Estados foi concedida igualdade jurídica em relação aos Estados constitucionais mais civilizados do mundo. Surge assim o perigo de que o voto de Estados não constitucionais possa paralisar a ação dos outros e da própria Organização.

Há, portanto, também nêsse campo, uma igualdade que implica o desconhecimento de valores essenciais, e é, pois, contrária à justiça.

Uma reforma radical no sentido de admitir como participantes da Organização sòmente os Estados legítimos ou “de direito” não parece ser agora praticamente possível, mesmo porque essa reforma deveria ter, por hipótese, efeito retroativo. Porém, pode-se auspiciar que se proceda, de agora para a frente, com justo rigor na deliberação das admissões, exigindo-se aquêle requisito.

Uma reforma que eliminaria pelo menos em parte os inconvenientes e os perigos do atual estado de coisas, assegurando um funcionamento mais reto e racional da Organização, deveria consistir no estabelecimento de uma distinção entre os Estados “de direito” (ou “de justiça”) e os que não o são, mesmo podendo, como é de desejar-se, vir a sê-lo em seguida. Sòmente os primeiros deveriam ter a faculdade de emitir votos deliberativos, pelo menos nas questões mais importantes. Em lugar de um cego nivelamento, ter-se-ia, com isso, uma consideração razoável dos graus diferentes de competência, realmente pertinentes aos componentes da Organização. Todavia, não nos devemos iludir a respeito da probabilidade que mesmo uma reforma limitada possa ter lugar nas atuais circunstâncias.

Importa, no entanto, notar que, como todos sabem, na idade moderna, foram formadas outras associações internacionais, que se bem que não compreendam tão grande número de Estados como a Organização das Nações Unidas, possuem efetivamente bases mais sólidas, porque se fundam sòbre uma concordância real de idéias e de propósitos. Dessas associações, pode-se esperar, por isso, maior contribuição para a defesa da liberdade e da paz.

Um problema até agora pouco estudado diz respeito a saber-se se, nas associações internacionais, é justo atribuir valor igual ao voto de todos os Estados, grandes e pequenos, ou então se se deve levar em conta as suas respectivas populações. A primeira solução está conforme ao conceito

de paridade jurídica dos Estados, sendo todos igualmente soberanos. Mas a máxima benthamiana, segundo a qual “cada um deve contar por um”, é aplicável também aos indivíduos; e então não parece plausível que o voto expresso por alguns milhares de homens tenha pêsso igual ao expresso por muitos milhões. Para conciliar essas exigências opostas, poderia ser adotado o sistema de reconhecimento das duas, dispondo que, para a validade de uma deliberação, é necessária uma maioria, tanto na proporção do primeiro como na do segundo critério.

Outras soluções são, portanto, possíveis, com relação também aos vários tipos de associações; e a respeito disso é supérfluo discutir aqui.

IX. O princípio da dignidade do ser humano é em geral reconhecido e aplicado, ainda que nem sempre exatamente, pelos sistemas jurídicos dos povos mais evoluídos, nos seus vários institutos. Já acenamos a algumas das imperfeições ainda existentes e às relativas discussões. Mas há uma parte daqueles sistemas em que o dito princípio é, segundo meu parecer, completamente desconhecido: é a que concerne ao direito penal. Também os modernos sistemas se ressentem, nessa matéria, do influxo de antiqüíssimos preconceitos, em que se reputa justo trocar o mal pelo mal, e se considera como “reparação” o sofrimento inflingido ao autor de um fato delituoso.

A verdade é que o mal se repara sòmente com o bem. Se, na sua forma mais crua, a máxima “Oculum pro oculo, dente pro dente” foi repudiada pela consciência dos povos civilizados, e hoje não se corta mais a mão do ladrão, nem se arranca a língua do caluniador, permaneceu, porém, em vigor o falso conceito de que o mal de um delito deveria corresponder ao mal de uma pena.

Querer causar dor a um ser humano, ainda que culpado, significará talvez respeitar a sua personalidade? Ou não será antes uma espécie de duplicação do êrro, ética-

mente injustificável, como já observou Platão?”¹. Será justo privar-se um ser humano, por longo tempo e até por toda a vida, da possibilidade de desenvolver o próprio espírito e de comungar com os próprios semelhantes? E será justo que com tal pena se produza uma dor e um dano gravíssimos ao réu e também aos seus familiares inocentes?

Certamente, sanções jurídicas são necessárias contra quem delinqüe. Mas o problema consiste exatamente em definir quais sanções são possíveis segundo o ideal de justiça; que as condenações à morte e os cárceres e as reclusões correspondam a êsse ideal, é segundo meu parecer, de excluir-se de todo.

Podemos deixar de lado, como fora de questão, o instituto, universalmente admitido, da “legítima defesa”, que tem exatamente no fim da defesa a sua razão e os seus limites; e também as chamadas “medidas de segurança”, que tendem não a punir, mas a prevenir os crimes e se aplicam, quando necessário, também aos doentes mentais, evidentemente sem o fim de os fazer sofrer.

Segundo a profunda sentença de Seneca, à qual fizeram eco outros pensadores, o delito tem, antes de tudo, em si mesmo, a própria pena². Depois do delito, manifesta-se normalmente (pelo menos na grande maioria dos casos) um sentido de arrependimento e de remorso no ânimo de quem o cometeu; o que já constitui em substância uma pena. Pode-se ajuntar que, independentemente dos processos penais, as ações selvagens provocam de ordinário no ambiente social uma reprovação e um descrédito em dano dos seus autores, com conseqüências que não podem deixá-los impassíveis.

1. “Neque igitur rependere injuriam decet, neque malis vicissim afficere quemquam hominum, quocumque te affecerit” *Criton*, X, 49c. V. também *Republ.*, I, 9, 335d., Cfr. S. TOMÁS, *Summa Theol.*, 2^a2^{ae}, quaest. 108, art. 1c..

2. “Prima et maxima peccantium est poena, peccasse; nec ullum scelus impunitum est; quoniam sceleris, in scelere, supplicium est”. SENECA, *Epis. ad Lucilium*, XCVII.

Resta, todavia, determinar o campo da verdadeira e própria justiça penal. Como fundamento dela, deve-se afirmar a racional exigência de que o dano causado pelo delicto seja, o quanto possível, ressarcido por quem o cometeu; tendo-se presente que o dano *ex delicto* não diz respeito sòmente às vitimas immediatas do crime, mas também à ordem pública em geral, ou seja à sociedade inteira.

As disposições legais vigentes nessa matéria são, a dizer a verdade, bastante defeituosas. Elas estabelecem, é certo, como uma das conseqüências dos crimes, também a obrigação da restituição e do ressarcimento, mas isso sòmente com relação a cada uma das vítimas, e não à ordem publica. Além disso, aquela afirmação permanece quase sempre letra morta por causa da insolvabilidade dos culpados, que, pelas próprias condenações, são colocados na impossibilidade de um trabalho que permita o ressarcimento. Não se cuida nem da avaliação do dano causado efetivamente pelo crime à ordem pública; enquanto as sanções penais de caráter pecuniário (multa, ressarcimento) são fixadas de modo inteiramente arbitrário. Admitamos que aquela avaliação não seja muito fácil; mas pelo menos o princípio e certos critérios deveriam ser estabelecidos pela lei, para a determinação do ressarcimento devido.

Para tornar efetiva, e não sòmente nominal, a obrigação do ressarcimento, deveria — segundo meu parecer — ser imposta aos culpados de um crime a obrigação de um trabalho, cujo produto deveria ser destinado ao pagamento do débito. Se dedicada e diligentemente prestado, o trabalho deveria ser livre; em conformidade com as aptidões de cada um; mas submetido à vigilância de uma magistratura especial, que nos casos mais graves, e na falta daquele pressuposto, poderia impor determinados trabalhos, com certas restrições de liberdade, porém sempre em formas humanas e civilizadas, a serem estabelecidos por lei. À mesma magistratura ou a um órgão dependente dela poderia ser confiada também a função de vigiar sòbre o teor de vida de quem não tenha satisfeito o seu debito *ex delicto*, a fim de

eliminar pelo menos as ofensas mais graves à boa fé e ao bom costume. Isso, salvo sempre o respeito devido aos direitos fundamentais da pessoa humana.

A tódas as propostas aqui brevemente delineadas, que cuidam de árduos e complexos problemas, poderão certamente opor-se dúvidas e objeções; tanto mais que elas freqüentemente divergem das opiniões hoje predominantes e também dos sistemas vigentes. Portanto, não é possível que tais propostas, ainda que acolhidas com algum favor, tenham uma execução imediata. Mas não se exclui que uma gradual execução possa acontecer com o passar do tempo; mesmo porque certas inovações recentemente introduzidas nos sistemas penais mostram uma tendência a corrigir dos seus defeitos, mesmo sem aquela reforma radical que seria, segundo minha opinião, desejável. Podemos lembrar, por exemplo, o instituto da suspensão condicional da pena (Cod. penal, art. 163 e seg.), o do chamado “perdão judicial” para os menores de 18 anos (art. 169), o das casas de trabalho e das colônias agrícolas como meios de reeducação dos delinqüentes, etc..

X. Na procura da solução dos vários problemas da vida social, inspirando-nos no ideal da justiça, vimos que o conceito de igualdade tem, porém, uma certa função, sobretudo quando conduz ao reconhecimento da dignidade essencial da pessoa humana; mas não basta para resolver aquêles problemas, uma vez que a justiça quer, admitida a igualdade fundamental, que se considerem mesmo as diferenças fundadas na capacidade e no comportamento dos diversos indivíduos.

Podemos indagar-nos, depois disso, que coisa significam as fórmulas constantemente repetidas: “A lei é igual para todos” e “Todos os cidadãos são iguais perante a lei” Evidentemente, se entendidas ao pé da letra, essas fórmulas, e especialmente a primeira, levaria às conseqüências mais absurdas, como se um tratamento igual devesse ser dispensado aos inocentes e aos culpados, às crianças e aos adultos.

Mas, elas querem realmente significar que no Estado não há ninguém superior às leis (*legibus solutus*) e que estão abolidos os antigos privilégios, por exemplo a favor da nobreza hereditária, devendo todos os cidadãos ser considerados no mesmo pé. Todavia, o valor daquelas fórmulas é bastante limitado, porque se referem genéricamente às leis, e as leis podem ser injustas; porquanto também as leis injustas são geralmente aplicadas. O vigente sistema jurídico italiano permite, contudo, como é sabido, ao juiz suspender o julgamento, quando surgir uma questão sobre a constitucionalidade de uma lei, transferindo a questão para a Corte Constitucional. O princípio da igualdade jurídica dos cidadãos pode, assim, de qualquer maneira, fazer-se valer, nos limites consentidos pelo texto da Constituição.

É necessário advertir que as leis, mesmo as mais justas, encontram freqüentemente dificuldade na sua execução, não somente por causa das possíveis transgressões, mas também pela falta ou insuficiência dos meios que seriam necessários para aplicá-las. A Constituição italiana declara, por exemplo, que “a instrução, concedida pelo menos por oito anos, é obrigatória e gratuita” (art. 34); mas o número das escolas existentes é na realidade inferior à necessidade, e as condições econômicas das famílias tornam muitas vezes impossível a observância dessa obrigação. Uma outra norma da mesma Constituição afirma que devem ser assegurados a todos, “mesmo aos não abastados, os meios para agir e defender-se perante qualquer jurisdição” (art. 24). Não obstante tenha sido fundado para tal fim o instituto do patrocínio gratuito, sobretudo para assegurar uma defesa adequada aos pobres nos processos penais, é notório que tal defesa se resolve muitas vezes em mera formalidade e tem uma eficácia bastante menor daquela que as pessoas ricas podem obter.

Embora as modernas legislações representem em geral um progresso em relação àquelas das épocas recentes, permanecem ainda hoje, também nos Estados mais civilizados, múltiplas iniquidades, que as leis foram impotentes para

sanar. Daí não sòmente propostas de ulteriores providências legislativas, mas também programas ou ameaças de revolução da inteira ordem social.

Uma igualdade das condições econômicas de todos não poderia ocorrer sem um injusto desconhecimento dos direitos adquiridos pelos indivíduos, segundo a sua capacidade e o seu trabalho, além das legítimas disposições dos seus ascendentes.

Um sistema racional de impostos, determinando progressivamente as cotas dos diferentes contribuintes, deve colocar o Estado em condições de preencher suas funções de justiça para o bem comum. Na verdade, cabe ao Estado prover a tutela da vida e da integridade física e moral dos seus componentes, e sobretudo daqueles que não estejam em condições de fazê-lo com meios próprios ou de outras pessoas particularmente obrigadas a isso. Cada um deve receber, na idade adequada, certo grau de instrução e de educação. A cada um deve ser concedido o uso dos instrumentos de trabalho e dos meios de produção, de modo que ninguém seja excluído da atividade produtiva e dos frutos que dela resultam.

Para o alívio das classes mais pobres, devem cooperar, em concordância com o Estado, as iniciativas dos indivíduos e dos entes coletivos, com espírito de justiça e também de caridade. Não esqueçamos que o direito é inseparável da moral. Nem tudo deve ser esperado do Estado.

As leis jurídicas devem ter o caráter da generalidade, e não referir-se a pessoas isoladamente, como já advertia **ULPIANO** (“*Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*”; *Dig.*, I, 3, fr. 8). Por isso, não se podem considerar justas as leis que condenam certas pessoas (por exemplo, ex-reinantes e suas famílias) ao exílio, sem nenhum processo judiciário, que deveria oferecer pelo menos a possibilidade de defesa. Uma vez que a pena do exílio não é contemplada pelos vigentes sistemas penais, tais leis estão em evidente contraste com a máxima de razão (acolhida também pela Constituição italiana, art. 25), pela qual

“ninguém pode ser punido a não ser por fôrça de lei que tenha entrado em vigor antes do fato cometido”. Seria um vão sofisma sustentar que a condenação ao exílio não seja uma pena.

Uma última observação pode ser aqui oportuna. Para que a lei tenha verdadeiramente o caráter da generalidade, não basta que ela considere um grupo, mesmo que seja numeroso, de pessoas; mas é necessário que ela considere tôdas as pessoas pertencentes à mesma categoria à qual pertence um grupo, particular. Considere-se, por exemplo, o caso das anistias e dos indultos, que se concedem sem uma ordem, por motivos ocasionais, em favor de alguns grupos de condenados, enquanto todos os outros são excluídos. Admitamos que, não obstante tal parcialidade, essa prática vale para mitigar a excessiva crueldade dos hodiernos sistemas penais; e podemos também considerar tais irregulares providências como um índice e quase uma confissão dos defeitos dêsses sistemas. Mas seria certamente mais justo que, mesmo sem esperar aquela reforma radical que antes propusemos, nem outras reformas legislativas, se estabelecessem revisões periódicas com referência a todos os condenados a penas restritivas da liberdade pessoal, para proceder àqueles perdões que resultassem realmente justificados pelo comportamento e pelas condições dos condenados isoladamente. Com isso poder-se-ia também dar uma sistematização racional ao instituto da graça, que pelo seu caráter humanitário não deveria certamente ser abolido, mas deveria ser inserido orgânicamente na mais ampla e justa ordem de tôda essa matéria.

Nota. Entre os muitos escritos sôbre a idéia de igualdade, em relação ao direito, notamos os seguintes: G. D. ROMAGNOSI, *Che cosa è eguaglianza?* (em *Op.*, ed. De Giorgi, Vol. III, P. I., Milão, 1842, p. 791-797); F. CAZZANIGA, *L'eguaglianza studiata nella storia e nella scienza* (Cremona, 1885); C. BOUGLÉ, *Les idées égalitaires* (Paris, 1899); P. BRUNET, *Le principe d'égalité* (Paris, 1910); A. NAVILLE, *De quelques espèces d'égalité et de quelques-uns de leurs avantages ou inconvénients* (em “Revue philosophique”, Paris, Setembro-Outubro 1931, p. 145-172); E. KAUFMAN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne*

des Art. 109 der Reichsverfassung (em "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", Berlin, 1927, Heft 3); H. NAWIASKY, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung* (*ibid.*); TRIEPEL, ANSCUTZ, KELSEN e outros, *Aussprache über vorhergehenden Berichte* (*ibid.*); M. RÜMELIN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (Tübingen, 1928); H. NEF, *Gleichheit und Gerechtigkeit* (Zurique, 1941); D. DEL BO, *L'eguaglianza nello Stato contemporaneo* (Milão, 1950); C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione* (no vol.: *La Costituzione italiana*, Padua, 1954, p. 17-66); G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz* (2. Aufl., München, 1959).

La Filosofía del Derecho de Miguel Reale*.

Luis Recaséns Siches

(Da Universidade Autónoma do México).

1. La personalidad filosófico-jurídica de Miguel Reale.

Sin duda Miguel Reale, profesor en la Universidad de São Paulo, Brasil, es uno de los iusfilósofos más destacados de nuestro tiempo. Muchas son las contribuciones producidas por Miguel Reale a la filosofía jurídica contemporánea. Pero entre todas ellas tal vez una de las más importantes sea su llamada teoría tridimensional del Derecho, la cual en sustancia ha sido aceptada por muchos pensadores contemporáneos, entre ellos por quien escribe estas páginas, quien la ha incorporado a su propia filosofía jurídica.

Pero Reale no es tan sólo uno de los más eminentes filósofos del Derecho hoy en día, sino que es, además y a la vez, un auténtico filósofo en términos generales, con genuina vocación y con mente aguda, profunda y clara, y un gran jurista — con producción especializada en el campo de la teoría del Estado y del Derecho público. Reale ha contribuido además con muy importantes estudios a la historia del pensamiento jurídico. Ha aportado certeros análisis sobre Cicerón, Leibniz, Rousseau, y sobre otros muchos temas en los anales de las doctrinas jurídicas y políticas.

* Extraído de "Panorama del Pensamiento jurídico en el Siglo XX", v. I, p. 553-567 — Editorial Parma S.A., Mexico, 1963, com especial agradecimento aos Editores.

Hay que subrayar no sólo la obra escrita de Miguel Reale, que es copiosa y muy lograda. También hay que llamar la atención hacia su fecundo magisterio, entendido éste como apertura de horizontes, como siembra de inquietudes, como entrenamiento de la mente, y jamás como actitud dogmática.

Miguel Reale desarrolla asimismo una serie de eficaces actividades para estimular el interés por la filosofía y por el pensamiento jurídico. Es el director del Instituto Brasileiro de Filosofia, y de la Revista Brasileira de Filosofia por éste sacada a luz, la cual constituye una de las más valiosas publicaciones sobre estos temas en el Hemisferio Occidental. Ha sido el organizador, activo, inteligente, de múltiples congresos nacionales e internacionales de filosofía. Miguel Reale posee una especie de carisma como pensador original, que ilumina y estimula, y como eficiente coordinador de actividades.

Miguel Reale ha aportado menos puntos de vista y análisis en páginas vibrantes y llenas de atractivo, en las cuales se revela, como dice Bagolini, a la vez el espíritu práctico del abogado y la sensibilidad del político, pero también, y sobre todo, una capacidad de formidable rigor filosófico. Ha llevado a cabo críticas decisivas contra dos posturas unilaterales: el *normativismo formalista* o puro tecnicismo jurídico, el cual, a pesar de sus valiosas aportaciones, resulta insuficiente y mutila la verdadera realidad del Derecho; y el *sociologismo*, ciego para captar el sentido de los valores, incapaz de aprehender las dimensiones peculiarmente esenciales de lo jurídico.

Algunos comentaristas han llamado “eclectico” al pensamiento de Miguel Reale. Me parece que ese calificativo es incorrecto. En la obra de Miguel Reale hay una *clara y rigurosa coherencia*; hay además una *articulación* muy personal de los temas básicos de la filosofía jurídica; y hay un espíritu estricto de construcción. Claro que Miguel Reale no ha intentado elaborar una filosofía jurídica enteramente nueva, empresa que carecería de sentido, y que difícilmente

pudiera representar algo positivamente valioso. La filosofía, para Reale, es diálogo, confrontación, empeño constante de superaciones, reajuste, reconstrucción, a lo largo de toda su historia. Y ese irse elaborando en diálogo y en recíprocas confrontaciones, cobra todavía más vigor por lo que se refiere a la conversación entre los contemporáneos.

El resultado de resumir todas las partes, mejor dicho, todos los miembros, de la filosofía jurídica de Miguel Reale, sería, desde luego, algo fascinante. Pero aquí me limitaré a hacer sobrasalir dos de las grandes aportaciones de Miguel Reale: su concepción tridimensional del Derecho, con todas las consecuencias a que ella da lugar; y su doctrina de axiología jurídica.

Claro que en la exposición de esas dos sustanciales aportaciones de Miguel Reale, se reflejan en escorzo otras partes de su filosofía jurídica. Lo cual pone de manifiesto precisamente esa clara y recia coherencia que se da en el pensamiento de Miguel Reale y a la que me referí, unas líneas más arriba.

Según Miguel Reale, la filosofía representa un perenne esfuerzo encaminado a sondear, a profundizar, en las raíces de los problemas. La filosofía aspira a un conocimiento que sólo se consideraría satisfecho cuando obtuviese, con la certeza de lo necesario, todos los principios o todas las razones últimas explicativas de la realidad, mediante una plena interpretación de la experiencia humana. Pero en las vicisitudes del tiempo esa pasión por la verdad se renueva siempre: surgen teorías, sistemas, posiciones personales, perspectivas diversas, en un dinamismo que nos es connatural y propio de modo que la universidad de los problemas no puede contar con resultados o soluciones que posean validez necesaria y universal. Sin embargo, podría decirse, que en ese afán total de verdad se produce el *acercamiento* a la verdad total.

En fin de cuentas, en los tumultos de ideas y de sistemas reside precisamente la grandeza y la dignidad del saber filosófico, sin que por razón de aquéllos resulte

comprometida la pretensión que la filosofía tiene de ser conocimiento riguroso. La filosofía no existiría, si todos los filósofos culminaran en conclusiones uniformes e idénticas. La filosofía es una actividad perenne del espíritu, dictada por el deseo de renovarse siempre en la universalidad de los mismos problemas. La universalidad de la filosofía está más en los problemas que en las soluciones. La filosofía misma es, por así decirlo, el primero de sus problemas, pues ella revierte su “problematicismo” sobre su propia docencia.

El estudio del Derecho quedará siempre en un plano superficial y mutilado, si es que uno no trata de captar sus raíces mediante la reflexión filosófica. El Derecho es una realidad universal, que encontramos donde quiera que el hombre existe, a modo de una peculiar expresión de la vida y de la convivencia humanas. Precisamente por ser el Derecho un fenómeno universal, por eso es susceptible de investigación filosófica. La filosofía no puede ocuparse sino de aquello que tiene un sentido de universalidad. En la Filosofía del Derecho debe reflejarse la necesidad de especulación sobre el problema jurídico en sus raíces. La misión de la filosofía del Derecho es misión de *análisis crítico de la experiencia jurídica*, para determinar las verdades básicas sobre el Derecho.

Ahora bien, al Derecho hay que entenderlo en su realidad plenaria, y circunscrito por la realidad de la cual emerge, y para la cual se produce. Por eso declara Reale que jamás pudo comprender el Derecho como una pura abstracción, ni lógica ni ética, separada de la experiencia social; pero tampoco como mera realidad social examinada como si ella constituyese un conjunto de simples hechos trabados tan sólo por vínculos de causalidad.

La ciencia jurídica es una *ciencia cultural normativa*; puesto que el jurista no se limita a *explicar* lo que sucede, sino que se preocupa también de un *fin que debe ser realizado*, el cual constituye una medida de la conducta. Y el Derecho todo se halla *enraizado en la realidad de la vida humana*, que es histórica, y condicionado e influido por ésta.

2. Su teoría tridimensional del derecho. Teoría del derecho.

Según Miguel Reale el Derecho es una realidad histórico-cultural que posee esencialmente tres dimensiones, las cuales constituyen elementos esenciales de toda experiencia jurídica: es un *hecho espiritual*, en el cual y por el cual se concretan históricamente *valores*, ordenándose *normativamente* relaciones intersubjetivas respecto de las exigencias complementarias de los individuos y de la comunidad. Así pues, *hecho, valor y norma*, son las tres dimensiones esenciales de la experiencia jurídica. En toda realidad jurídica hallamos siempre la presencia del hecho, del valor y de la norma — dimensiones inseparables —. El hecho, que tiene lugar en el espacio y en el tiempo, realiza un valor gracias a la mediación de la norma. En todas las modalidades de la conducta hay, en síntesis, el hecho de una energía espiritual que, imantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como ley, como forma, como norma.

Hay varias modalidades de la conducta humana: la religiosa, la moral, la convencional, la económica y la jurídica.

En la conducta religiosa hay un darse como condición de comprensión, un subordinarse como razón de conquista estimativa, lo que muestra su analogía con ciertas formas más altas de la conducta amorosa. De la conciencia de la muerte surge el sentimiento de trascendencia.

La conducta moral brota de la conciencia del deber: en ella nos sentimos ligados por nosotros mismos: sea en la llamada moral autónoma en la que el propio agente formula la norma de su conducta, sea es la moral heterónoma en que el agente moral reconoce una autoridad superior que legisla para su conducta. Tanto en una como en otra modalidad la decisión del acto moral depende del hombre. La fuerza y la coacción vician de nulidad el acto moral. En el reino de la moral, el hombre aparece investido en forma suprema de su cualidad de persona y, en consecuencia, de la libertad.

En el campo de las costumbres y usos sociales, llamado de los convencionalismos, lo que impele al hombre es la conveniencia. Conviene observar esas reglas, si uno no quiere pasar por inculto, extravagante, áspero, tratable, etc..

Tanto el Derecho como la moral son *bilaterales*, por cuanto son siempre hechos sociales que implican la presencia de dos o más individuos. No existe acto moral fuera del campo social. Cuando se habla, pues, de *bilateralidad en el Derecho*, lo que importa es el sentido de esa relación, la instancia valorativa o deontológica que en ella se verifica, y no su aspecto de enlace social que existe también en la moral. La relación jurídica presenta siempre la característica de ligar dos personas entre sí, *en razón de algo que atribuye a esas dos personas* ciertos comportamientos y ciertas exigencias. Ese algo objetivo que enlaza en el Derecho a las personas es lo que se llama *bilateralidad atributiva*. La mera bilateralidad no es suficiente para especificar la conducta jurídica. La esencia del Derecho está siempre en la “*bilateralidad atributiva*”

En la conducta económica el sujeto se pone ante otro sujeto en razón de los bienes o riqueza permutable o susceptible de goce o posesión. Miguel Reale ha profundizado con fino rigor filosófico en el carácter tridimensional del Derecho. Cierto que esa tridimensionalidad había sido barruntada o apuntada por otros autores, como el propio Reale lo expone. Así, en cierta manera por el culturalismo de la escuela neokantiana suroccidental alemana, especialmente por Emil Lask y Gustav Radbruch; en los estudios de Roscoe Pound, así como en los de Julius Stone, y en el pensamiento de Jerome Hall. Pero Miguel Reale distingue entre dos tipos de enfoque tridimensional del Derecho: tridimensionalidad genérica y abstracta; y tridimensionalidad específica y concreta.

El primer tipo, es decir, la tridimensionalidad genérica y abstracta, tal y como se presenta en los autores mencionados y en varios otros, separa los tres elementos como

objetos independientes, que pueden ser estudiados por tres especies de disciplinas jurídicas. Así, en ese enfoque genérico abstracto de la tridimensionalidad, a la sociología, la historia y la etnología jurídicas habría de tocar el estudio de lo jurídico como hecho; a la filosofía y política jurídicas, le habría de corresponder el estudio del Derecho como *valor*; y a la ciencia del Derecho, le incumbiría el análisis del Derecho como *norma*.

En cambio, el tipo de enfoque específico y concreto de la tridimensionalidad, propugnado y desenvuelto por Miguel Reale, *integra esos tres elementos en un complejo unitario*.

Observa Miguel Reale que los tridimensionalistas que se mantienen en un plano genérico y abstracto, se limitan a afirmar el carácter fáctico-axiológico-normativo del Derecho, sin deducir de este planteamiento del problema todas las consecuencias en él implícitas, y que tienen largo alcance para la filosofía, la sociología y la filosofía del Derecho, no sólo para aclarar y determinar mejor viejos problemas, sino también para situar nuevas cuestiones requeridas por las situaciones histórico-sociales de nuestro tiempo.

Lo cierto es que aceptada la índole esencialmente triádica del Derecho, ningún especialista puede aislar de manera absoluta uno de los factores, para convertirlo en objeto exclusivo de cualquier investigación de orden jurídico. Así, resulta que surgen, desde luego, los siguientes problemas:

a) Si hay tres factores correlacionados en el Derecho, qué es lo que garantiza una *unidad* del proceso de elaboración jurídica y en qué consiste esa unidad?

b) Si en el Derecho hay tres factores, de qué modo se *correlacionam* dichos factores, o, expresándolo otras palabras, cómo actúan unos factores sobre los otros?

c) Puede hablarse de un factor dominante que subordine los demás al ángulo de su propia perspectiva?

d) Si todo estudio del Derecho es tridimensional, como se distinguirán, entre sí, las investigaciones filosófica, sociológica y técnico-formal, que tengan por objeto la experiencia jurídica?

De las respuestas dadas a esas preguntas básicas se derivarán nuevas cuestiones, como, por ejemplo, la relativa a la clasificación del saber jurídico, o, dicho con mayor claridad, de las diversas *ciencias del Derecho*, a la luz del tridimensionalismo, como una distinción de los estudios según los diversos planos y ámbitos de investigación, bien se trate del plano y ámbito transcendental (filosófico), bien se trate del plano o ámbito empirico-positivo.

En el plano filosófico, el conocimiento del Derecho como *valor* suscita una deontología jurídica; como *hecho* da lugar a la culturología jurídica; y como *norma*, lleva a la epistemología jurídica. En el plano científico empírico o positivo, la dimensión de *valor* invita a elaborar una política del Derecho; la dimensión de *hecho* da lugar a la historia del Derecho, a la etnografía jurídica y a la sociología jurídica; y la dimensión de *norma* origina la teoría general del Derecho y la ciencia jurídica técnico-dogmática.

Ahora bien, Reale subraya, y esto tiene capital y decisiva importancia, que no se puede separar de un modo absoluto y tajante estas tres dimensiones: en cada una de ellas se refleja esencialmente la referencia a las otras dos. En efecto, cualquier *norma* envuelve una referencia necesaria a una situación de *hecho* y a un orden de *valores*. Análogamente, cuando la sociología jurídica estudia el Derecho como un *hecho* social, advierte que este hecho implica esencialmente referencias a normas y a valores. Y, de modo similar, al enfocar el problema de los *valores* jurídicos, lo mismo en el plano filosófico que al mero nivel empírico-positivo, se da una referencia esencial a la situación de *hecho* en que dichos valores deben plasmar, así como también al carácter *normativo* del instrumento para su realización. Por eso cualquier conocimiento del Derecho es necesariamente tridimensional. Lo que caracteriza a cada uno de los tipos de conocimiento sobre el Derecho es el *predominio* de la investigación de una de las tres dimen-

siones sobre las otras dos; pero esas otras se *reflejan* en aquélla sobre la cual recae el acento predominante del estudio.

El conocimiento jurídico no se presenta, en su conjunto, como una especie de “*scientia omnibus*”, antes bien se desdobra en planos lógicos que no pueden ni deben ser confundidos (ante todo, en el plano trascendental o filosófico, y en plano empírico-positivo); y dentro de cada uno de esos planos se distinguen tres ámbitos o esferas diferentes de investigación, que dan título de autonomía, por ejemplo a la sociología del Derecho, a la política del Derecho, a la ciencia dogmática del Derecho, a la historia del Derecho, y a las diversas partes en que se desenvuelve la filosofía jurídica propiamente dicha.

El Derecho es *uno solo* para todos los que lo estudian. Por eso es necesario que los diversos especialistas se mantengan en contacto permanente, para integrar y completar sus respectivas investigaciones. Sin embargo, esto no quiere decir que en sentido propio se pueda hablar de una única ciencia del Derecho, a menos que se quiera dar al término “ciencia” una connotación genérica de “conocimiento” o de “saber” susceptible de desdoblarse en múltiples formas de “saber” en función de los varios “objetos” de conocimiento, que la experiencia del Derecho posibilite lógicamente.

La unidad del Derecho es una unidad de *processus*, esencialmente dialéctica e histórica. La unidad del Derecho no es simplemente una aglutinación de factores en la conducta humana, como si ésta pudiese ser conducta *jurídica* abstraída de aquellos tres elementos (hecho, valor y norma), que son conducta o pueden pensarse como tal, añadiéndole después la nota de lo jurídico. No se debe pensar una conducta jurídica como una especie de morada que acoja tres personajes; es una *implicación* de aquellos tres factores, o no es nada. Es decir, sería solamente cualquier forma de actividad psicofísica indiferenciada.

Cuando hablamos de conducta jurídica no debemos pensar en algo substancial o substantive, capaz de recibir las notas exteriores de un sentido axiológico o de una directriz normativa. Por el contrario, la conducta jurídica es tal, en tanto y en la medida en que está ya dotada de aquel sentido y de aquella directriz, esto es, en tanto que se revela como fáctico-normativa encaminada a unos valores específicos

Reale está de acuerdo con la afirmación de que el Derecho es un *hecho histórico-cultural*; pero es un hecho histórico-cultural o un producto de vida humana objetivada, solamente en tanto que ese hecho humano se integra *normativamente* en el sentido de ciertos *valores*.

Según Reale esa unidad de *processus* encuentra su raíz su fundamento en el análisis mismo del hombre y de su *polaridad e historicidad* radicales.

Si pensamos en todo lo que el hombre ha venido constituyendo y realizando a través del devenir histórico social en obras y en actos, obtendremos la “dimensión objetiva del propio hombre”, lo que se suele denominar *mundo histórico, espíritu objetivo, mundo cultural*, o como mejor quiera llamársele.

Reale cree que se podría hablar de “intencionalidades objetivadas”. Cada uno de todos los bienes culturales, — desde los más vulgares hasta las más supremas creaciones del arte, de la ciencia de la religión —, poseen una índole binaria: *son* en tanto que *deben ser*, (realidades referidas a *valores*), y, por consiguiente, existen tan sólo en la medida en que valen para algo. El valor peculiar de tales entes es un valor reflejo, presupone la intencionalidad axiológica del hombre como agente de la historia.

La historiografía es el espejo en el cual el hombre se contempla temporalmente, adquiriendo plena conciencia de su existir, de su actuar. Por consiguiente, cualquier conocimiento del hombre desprovisto de dimensión histórica

seria *equivoco y mutilado*. Lo mismo puede y debe decirse del conocimiento del Derecho, que es una expresión del vivir, del convivir de los hombres.

Hemos de pensar al hombre como ser esencialmente histórico, y hemos de afirmarlo como fuente de todos los valores, cuyo proyectarse en el tiempo no es sino la expresión misma del espíritu humano “in actu”, como *posibilidad de actuación infinita y libre*.

La historia no es pensable como algo concluso, como mera catalogación muerta de hechos de una humanidad “pasada”, pues la categoría del pretérito sólo existe en tanto que hay posibilidad de futuro, el cual da sentido al presente, que a su vez se convierte en pasado. El presente, como tensión entre pasado y futuro, — el deber ser, que da sentido a lo que se *es y se fue* —, lleva a establecer una correlación fundamental entre *valor y tiempo*, entre axiología e historia.

Ahora bien, el mundo de la cultura, en tanto que patrimonio de actos objetivados en el tiempo que se traduce en una “acumulación de obras”, en tanto que mundo de las intencionalidades objetivadas, es, como tal, *reflejo y se-gundo*. Pero ese mundo de la cultura se presenta desde otro punto de vista, a saber: a través de las obras procuramos *redescubrir el acto creador o demiurgo*, el espíritu como libertad constitutiva de la historia. De tal modo se llega a la conclusión primordial de que entre todos los entes, sólo el hombre posee y otorga una forma *originaria y fundante: es y debe ser*; y, además, se llega a la conclusión de que el ser del hombre es su *deber ser*.

El revelarse del hombre a sí mismo ya es en sí y por sí un valor, la fuente de todos los valores. El ser del hombre es, de manera originaria y no derivada, su *deber ser*. Si en el llamado “mundo de la cultura” hay análoga integración fáctico-axiológica, esto es así porque el hombre lo constituyó a su “imagen y semejanza”.

Así como, en el plano gnoseológico, sujeto y objeto se implican y se correlacionan *ontognoseológicamente*, sin

que un término pueda ser reducido al otro, y sin que, al mismo tiempo, uno de ellos sea pensable sin el otro, (polaridad *gnoseológica* entre subjetividad y objetividad), del mismo modo el hombre, en la raíz de su ser histórico, *es* en tanto en cuanto *debe ser*; pero nunca su existencia agota las virtualidades de su proyectarse temporal axiológico, ni los valores son concebibles extrapolados o abstraídos del existir histórico (polaridad *ética* entre ser y deber ser).

La *polaridad*, sea en el plano gnoseológico, sea en el plano ético, se resuelve en un proceso dialéctico unitario de implicación: el análisis fenomenológico del acto *cognoscitivo* muestra una recíproca implicación entre sujeto y objeto; y el análisis de la acción *práctica* revela la *polaridad* entre teoría y práctica, como términos que se correlacionan. Es esta implicación la que condiciona trascendentalmente la unidad dialéctica del espíritu, que, en tanto que tal, es incompatible con el divorcio establecido por Kant entre una instancia teorética y una instancia práctica.

A través de la dialéctica de la polaridad, será posible restablecer una co-implicación entre “experiencia gnoseológica” y “experiencia ética”, que la unidad fundamental del espíritu reclama.

A la luz de esa correlación e implicación de carácter bipolar, que surge y se constituye en el devenir histórico, cuya unidad es dialéctica o de *processus*, se comprende que cada valor se va actualizando en momentos existenciales que no agotan los motivos o temas axiológicos, sino que plantean la exigencia de renovadas experiencias de valores.

Pues bien, entre las modalidades de especies de esas experiencias, está la del Derecho, el cual, por consiguiente, *es tridimensional*, como lo es toda obra cultural, en tanto que *tensión* entre *factum y valor*, tensión que se expresa en la objetividad de las *normas*. — La tridimensionalidad de la conducta ética se especifica, pues, como tridimensionalidad de la conducta jurídica. Esto excluye la posibilidad de reducir el Derecho a un ordenamiento lógico-formal.

Una vez sentado el carácter dialéctico de implicación y polaridad, que rige la proyección de los *valores* en el *factum* de la experiencia jurídica, — proyección que se refleja en sucesivas *objetividades normativas* —, ya está abierto el camino para contestar la segunda pregunta formulada, es decir, la pregunta sobre cómo los tres factores del Derecho se correlacionan, o sea, cómo actúan los unos sobre los otros.

Si la unidad es dialéctica, ella se desdobra en *momentos*, y vale por su unidad y en su unidad, sin que cualquiera de los factores pueda ser considerado como predominante, *de modo absoluto*.

Sin embargo, de manera relativa, se puede decir que para el jurista, en tanto que jurista, *el momento culminante es el normativo*. Pero la norma jurídica jamás podrá ser comprendida integralmente atendiendo tan sólo a su aspecto formal de proposición lógica. Esto no obsta para que pueda y deba ser estudiada, por abstracción, por la lógica jurídica formal. Con todo, la norma jurídica implica, *necesaria y concomitantemente*, una referencia tensional a los *datos de hecho* y a las *exigencias axiológicas* que le dieron vida, así como también a las implicaciones interferentes o sucesivas de carácter fáctico-axiológico que pueden cambiar su significación. Esta es la razón por la cual la especie de *normativismo jurídico* que resulte compatible con la concepción tridimensional, que del Derecho tiene Miguel Reale, es un *normativismo concreto*, y no un *normativismo abstracto y formal*.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia o ciencia jurídica, el Derecho debe ser visto como *norma*, siempre y cuando se considere la norma como una unidad integrante y dialéctica de *hechos y valores*. Cada norma jurídica traduce la solución o la composición tensional que, en el ámbito de cierta situación histórico-social, fue posible lograr entre *exigencias axiológicas* (ideales políticos, intereses, presiones ideológico-económicas, valoraciones jurídicas, morales, religiosas, etc.), y un determinado complejo de *hechos*.

Es obvio que la norma jurídica no brota del hecho por virtud de un *processus* de revelación immanente, cual sucede con las leyes físico-naturales explicativas de los fenómenos, las cuales son, en el fondo, como ya se dijo con acierto “el retrato sintético del hecho” Las normas jurídicas, lejos de ser una mera captación de lo que *ya se contiene* en el hecho, implican una *toma de posición opcional y constitutiva* por parte del hombre, frente al *hecho*, y según criterios de valor, irreductibles al plano de la facticidad. Así pues, la norma es una síntesis superadora que traduce, no un Derecho ideal o el más perfecto, antes bien, apenas el Derecho *positivo* o *positivable*, en función de *valoraciones* prevalecientes en un determinado medio social.

Ahora bien, como quiera que después de la constitución de la norma prosiguem las experiencias axiológicas, *produciéndose mutaciones*, mayores o menores, en la tabla de los valores o en la incidencia o comprensión particular de éstos; y como quiera que concomitantemente se verifican cambios continuos en las situaciones fácticas, es preciso reconocer que la norma jurídica permanece siempre en *estado tensional*. La realizabilidad de la norma jurídica — y recuérdese que desde Ihering se dice que la realizabilidad es una nota esencial del Derecho — implica una continua referencia a las conexiones fáctico-axiológicas ya vividas, así como también a las nuevas conexiones fáctico-axiológicas inherentes al devenir histórico.

En suma, según Miguel Reale, en la *concepción tridimensional dialéctico-integrante* del Derecho, están contenidos o implicados los siguientes asertos:

1) Se señala un *momento conclusivo*, pero particular. Este momento conclusivo de la norma se halla, no obstante, inserto en un “*processus*”, siempre abierto al advenimiento de nuevos hechos y de nuevas valoraciones.

2) La norma jurídica no tiene una significación en si misma, como um dato matemático, o sea, como abstraída de la experiencia (*normativismo abstracto*), sino que, por

el contrario, vale en la funcionalidad de los momentos que condicionam su eficacia (*normativismo concreto*).

3) La norma jurídica implica una previa toma de posición opcional, que se da en una *decisión* por parte del poder, tanto si se trata de un órgano constitucionalmente establecido para dictar reglas jurídicas, como si se trata del poder difuso en el cuerpo social, según acontece en el caso de las normas consuetudinarias.

4) La norma jurídica *no puede ser interpretada ni aplicada como una simple proposición lógica*. La estructura lógico-formal de la norma jurídica es el *soporte* de significaciones estimativas, y presupone constantes referencias al plano fáctico.

5) La norma jurídica posee una cierta *elasticidad*, capaz de tomar en consideración, en mayor o menor grado, los cambios fáctico-axiológicos. Cuando tal elasticidad se vuelve incompatible con los cambios operados en el medio social, entonces se impone una revocación o una derogación de la norma y la sustitución de ésta por otra más adecuada.

Tales asertos equivalen a decir que la norma jurídica *sufre una alteración semántica*, a pesar de la inalterabilidad formal de su enunciado, a pesar de la permanencia intocable de su ropaje verbal. La *semántica jurídica* es el estudio de los cambios de sentido temporal de las reglas de Derecho, y constituye una demostración cabal de la índole integrante y dialéctica de esas reglas.

Si bien para el jurista, en tanto que jurista, el Derecho se presenta *sub specie normativitatis*, en cambio, no sucede lo mismo cuando se adoptan otros puntos de vista, o sea, cuando se contempla al Derecho en otras perspectivas.

Para el sociólogo del Derecho, el punto saliente del proceso dialéctico de la positividad jurídica está representado por el *factum* de la conducta, cuya comprensión requiere la referencia a los otros dos factores, a fin de que se pueda hablar de un hecho *específicamente jurídico* y no sólo de un hecho *genéricamente social*. Es precisamente la

tridimensionalidad lo que explica y legitima la autonomía de una sociología jurídica en el ámbito de la sociología general.

Cuando se afirma que la sociología jurídica tiene por objeto el estudio del Derecho como hecho social, con ello se acentúa la conciencia teórica. Ahora bien, un hecho social puede ser considerado jurídico, sólo por virtud de presentar algo específico: la especificidad del “*factum juridicum*”, la cual deriva de su calificación normativa, de nexos de imputabilidad, y de su correspondencia a intereses y valores, que son reconocidos como merecedores de una específica garantía. Si se hiciese total abstracción de esos “*elementos de referencia*”, desaparecería entonces la nota específica de la juricidad.

Así pues, no es correcto decir que al sociólogo sólo le interesa la *efectividad* o la *eficacia del Derecho*, por ejemplo, el Derecho como conducta observable empíricamente. Por más que la eficacia sea el aspecto dominante en la comprensión del sociólogo, la eficacia implica una correlación necesaria con la *vigencia* (cualidad técnico formal de la norma jurídica) e con el fundamento (cualidad axiológica de la norma jurídica).

Así pues, no se trata de simples cuestiones de grado, — aunque evidentemente haya también una diferencia cuantitativa — sino que se trata de una *diferencia de cualidades*, en la captación del proceso de positivización jurídica, o sea de la *realizabilidad normativa de los valores*.

Por otra parte, el cultivador de la política del Derecho o política legislativa, quien procura la vivencia de los valores en las ocasiones y contingencias espacio-temporales, a fin de suministrar la norma de Derecho más oportuna y necesaria en función de los intereses actuales de la comunidad, pone un *especial acento en la dimensión de valoración*. El político del Derecho no analiza, pues, valores en el plano trascendental, sino que se ocupa de valoraciones en la órbita empírico-positiva, realizando un trabajo de señalamiento de *directrices axiológicas, en función de lo posible, dentro del campo de lo político*.

Con esto se evita el equívoco de pensar que sea siempre de carácter filosófico-jurídico toda y cada una de las consideraciones del hecho jurídico a través del prisma axiológico. Una cosa es el estudio de los *valores* como “condiciones trascendentales” de la experiencia jurídica (plano de investigación del filósofo del Derecho); y otra cosa es la averiguación de las *valoraciones actuales*, o sea, de la vivencia psicológico-social de valores, dentro de las condiciones empíricas en que el legislador debe colocarse, en tanto que intérprete de las aspiraciones colectivas (plano de indagación del político del Derecho).

Los problemas de política del Derecho, como se desprende de lo expuesto, corresponden principalmente a las formulaciones *de lege ferenda*; mientras que la ciencia del Derecho se desenvuelve sobre todo sobre el plano *de lege lata*, mediante la interpretación, la construcción y la sistematización de las reglas jurídicas en vigor.

La tarea de la *política del Derecho*, punto de intersección del saber jurídico con el saber político, desgraciadamente fue excluida por mucho tiempo de la labor científica. Pero hoy se hace cada vez más necesario restablecer una tradición de estudios, que una doctrina positivista, demasiado estrecha, creyó poder sustituir mediante la sociología jurídica y la sociología política. Estas, en realidad, suministran datos y elementos, con los cuales, en conexión con otros factores de orden psicológico, económico, etc., el legislador debe orientarse en su labor de elaboración de la regla jurídica, según las exigencias axiológicas de prudencia, de oportunidad y de conveniencia, tal y como todas ellas se configuren en las diversas ocasiones históricas.

Lo que motivó el descrédito de la antigua teoría de la legislación, al modo de las obras clásicas de Bentham o de Filangieri, fue su carácter abstracto de indole iluminística o moralizante, en contraste con la carencia de conocimientos psicológicos, sociológicos y económicos sobre los hechos condicionantes de la acción legislativa, como, por ejemplo,

sobre la opinión pública, las ideologías, los grupos de presión; y fue también la falta del sentido de síntesis, que debe poseer quien, en el plano de la práctica, no se ocupa genéricamente de los valores, antes bien, sobre todo, de la problemática de los *medios* y de los *finés*, en el ámbito de una determinada convivencia y dentro de las coordenadas de una singular situación histórica.

En el fondo y en fin de cuentas, el *fin* es el valor, en cuanto reconocido racionalmente como motivo de conducta. Así pues, la política del Derecho señala el momento teleológico, que prepara y demanda la opción por una determinada solución legislativa, con exclusión o aplazamiento de otras vías posibles, todo lo cual implica el estudio objetivo de la correlación entre los medios idóneos y los fines reclamados por la colectividad.

Resulta, pues, que no se debe confundir el *plano filosófico del valor*, visto como condicionalidad trascendental de la experiencia ética en su universalidad, con el *plano científico-positivo* de las condicionalidades empíricas, a que se subordinan los procesos concretos de valoración, esto es, con las conexiones teleológicas que tejen la trama de la positividad jurídica.

Por consiguiente, resulta clara la distinción entre la esfera de la filosofía del Derecho — estudio crítico-trascendental de las condiciones lógicas, axiológicas e histórico-culturales de la experiencia jurídica — por una parte, y, por otra parte, el ámbito de las diversas ciencias o saberes jurídicos, que tratan de la experiencia jurídica según varios criterios empírico-positivos.

Así pues, en contraposición a cualquier discriminación abstracta, Reale considera que, puesto que el conocimiento del Derecho es esencialmente tridimensional, lo que sucede en cada ciencia particular es el *predominio* de determinada perspectiva en función de uno de los tres elementos apuntados, distinguiéndose además cada investigación también por el sentido de su desenvolvimiento.

O, expresándolo de otra manera, se puede distinguir entre tres sentidos vectoriales de indagación a los cuales corresponderán diversas exigencias metódicas, a saber:

| | | | |
|-------|-------|-------|--------------|
| Hecho | valor | Norma | (vigência) |
| Valor | norma | Hecho | (eficacia) |
| Norma | hecho | Valor | (fundamento) |

Desde ese punto de vista relativo, Miguel Reale afirma que la ciencia del Derecho es normativa, cuando el Derecho se contempla en tanto que los análisis de él se verticalizan en la dimensión de normatividad. En cambio, la facticidad es la dimensión que interesa predominantemente a la sociología jurídica. Por otra parte, tales discriminaciones nos auxilian para rechazar la norma jurídica como pura categoría lógica estática, como un simple juicio caracterizable como hipotético, disyuntivo o conjuntivo. La norma jurídica es una entidad histórico-cultural: es el momento de un proceso que requiere e implica los otros dos momentos para su plena comprensión. La lógica jurídica formal estudia el soporte o trama ideal de la norma, aclara su significado lógico; pero sería equívoco perder de vista la índole dialéctica e integrante que le es propia.

Por consiguiente, si se comprende que es imposible aislar cualquiera de los tres factores que componen el Derecho, y que, por tanto, se debe conservar su unidad dialéctica, la tridimensionalidad suministra criterios objetivos para la clasificación de las formas del saber jurídico, poniendo un poco de orden en el *mare magnum* de los estudios relativos al Derecho.

3. Forma y contenido según Reale. Axiología jurídica.

Forma y contenido son dos elementos que se interfieren el uno el otro, sin que jamás se resuelvan el uno en el otro, ni se anule el uno por el otro. La exigencia de salvaguardar la *certeza* y la *objetividad* de la norma jurí-

dica, llevada a su límite máximo, puede determinar que se perjudique el contenido del Derecho. Y, a la inversa, la preocupación de hacer valer y de salvar el contenido del Derecho en cada una de las particularidades de sus determinaciones sociales, puede conducir al Derecho libre, a la pérdida de toda objetividad, así como de la certeza verdadera y propia de la norma jurídica. Ante estas dos posibilidades extremas, Reale subraya con el debido relieve el carácter de la ciencia del Derecho y de la jurisprudencia como forma de conocimiento en el cual las dos citadas exigencias deben corregirse e implicarse mutuamente, sin disolverse la una en la otra.

El fenómeno jurídico concreto, en todos sus aspectos, está caracterizado siempre por un hecho social que asume la forma objetiva de la certeza jurídica. Pero, en compensación, la certeza objetiva de un sistema de normas tiene una función jurídica real sólo, cuando sirve a los intereses reales de la situación social a que pertenece el sistema. La norma en cuanto a su contenido concreto *implica intereses*. El contenido concreto de los intereses se traduce en la objetividad formal de la norma. Esta implicación mutua, como polaridad de forma y contenido, constituye la peculiaridad del dato jurídico.

El problema de la interpretación jurídica es el problema de un proceso cognoscitivo que implica en sí la coexistencia de dos actividades, una irreductible a la otra: una actividad de adecuación al esquema formal de la norma, y una actitud de adecuación al desenvolvimiento de la realidad social sobre la cual debe aplicarse la norma.

Luigi Bagolini considera que el punto de vista de Reale es institucionalista. La esencia del fenómeno jurídico es la de un ordenamiento o institución que se expresa en normas. Al puro normativismo, Reale contraponen el aspecto institucional del fenómeno jurídico. Pero, por otra parte, contra el puro sociologismo de algunos autores neo-positivistas que tienden a reducir el fenómeno jurídico a un mero hecho social y a concebir el conocimiento jurídico concreto

como conocimiento sociológico, Reale hace valer el elemento de objetividad normativa, mediante el cual debe expresarse necesariamente el Derecho concebido como ordenamiento.

El fenómeno jurídico es institución y ordenamiento, pero a la vez tiene en sí algo que supera su propio carácter de ordenamiento normativo. Reale concibe una *exigencia puramente filosófica*, la cual, si por una parte lleva a una concepción integral del fenómeno jurídico como ordenamiento normativo, por otra parte conduce a rebasar la propia concepción institucional. El análisis del Derecho positivo revela algo que resulta inagotable en las manifestaciones fenoménicas y exteriores de éste. Y así se hace patente la necesidad de un especie de *trascendentalismo axiológico*. La regla o norma jurídica es la expresión limitada de un juicio de valor más extenso, en el cual aquélla se originó, pero que tiene una esencia propia y la virtualidad de engendrar nuevas y nuevas normas.

El valor es el elemento que impide la reducción de la esencia de la regla jurídica a una relación pura y simple de presupuestos y consecuencias, y también a un mero juicio fáctico. Esencialmente implícita en toda regla jurídica hay la idea de un *deber ser axiológico*.

El primer tema de la axiología jurídica, según Reale, es el de relación entre *valor, obligación, y finalidad o propósito*. Un fin o propósito es un valor reconocido como motivo para la conducta. Los valores son los fines últimos, es decir, aquellos fines que no pueden ser tomados ulteriormente como medios para otros fines. Los valores son, pues, la base para los fines o propósitos. La axiología es el fundamento de la teleología.

Miguel Reale está de acuerdo con Nicolai Hartmann en la distinción entre el *deber ser absoluto* de los valores, por una parte, y *el deber hacer u obligatoriedad positiva* presente que mana de ellos en determinado momento. Pero, en cambio, discrepa frente a Hartmann en dos puntos. Reale no cree que los valores sean meras ideas; tampoco entiende que pueda haber valores indiferentes a la existen-

cia, a la realidad, porque todo valor se manifiesta a través de la historia, renovándose constantemente. Los valores se manifiestan en la realidad concreta del hombre, quien es la única realidad en la cual se cruzan o confluyen la ontología y la axiología.

El hombre *es* sólo en tanto en cuanto es sujeto de una obligación; y es sujeto de una obligación sólo en tanto que *él es lo que es*. Valor, obligación o deber, y propósito, son pasos en la unidad de un proceso que, a pesar de muchos zig-zags, siempre está de acuerdo con el ideal de adecuación entre realidad y valor.

Según Reale, los valores son percibidos *a través de un proceso de carácter emocional*. Por consiguiente, los valores no pueden ser reducidos por completo a fórmulas racionales. Sin embargo, hay algo racional en el campo de los valores, en tanto en cuanto los valores funcionan como base para los fines o propósitos, que son fijados o establecidos de un modo racional. Y, además, hay racionalidad también en la relación entre fines y medios.

Los valores son la posibilidad para que el sujeto pueda actuar, en tanto en cuanto él los haya elegido como fines para su conducta. Y los valores son las posibilidades que el contorno histórico ofrece al hombre a través de la conciencia que él tenga de ese marco situacional.

Por lo tanto, los valores son variables. Sin embargo, los valores tienen una *objetividad relativa*, que está garantizada por la estructura misma tanto de la conciencia, como por la del ambiente, contorno y circunstancia.

El hecho de que Reale considere que los valores son variables, no implica una posición escéptica o relativista, porque Reale considera la persona humana — y la posibilidad que ésta tiene de elegir valores —, como el valor fuente y básico.

Hay cambio en el contenido de los valores, porque hay cambio en las posibilidades básicas que la mente, en su desarrollo histórico, ofrece al conocimiento y a la voluntad. No obstante, a través y por debajo de todo ese cambio, hay

una *necesidad metafísica permanente*: la necesidad metafísica del valor, la cual, aun teniendo un contenido variable, hace posible para los otros valores la coexistencia dentro del contorno histórico determinado por esos valores.

La justicia, que es la meta última del Derecho, constituye precisamente ese valor cuya función hace posible la realización ordenada de otros valores. La justicia es un valor cuyo contenido está constituido por aquel *conjunto de condiciones que*, aunque variando al tenor de los diversos ambientes y de las diversas situaciones sociales, *hacen posible el orden social*.

Reale habla del *bien común* en relación con la justicia. En el concepto de bien y de interés común presupone el concepto de integración de los intereses individuales que surgen en una determinada realidad social. El bien común correspondiente a una determinada situación social, presupone la posibilidad de relación y de integración de los intereses particulares de los individuos que viven en ella. El bien común surge del acuerdo de los intereses individuales. El interés de un individuo está en contraste con el bien común, cuando está en contraste con el acuerdo de los intereses ajenos.

Decir que la justicia es un valor, que se pone como condición para la realización de otros valores, no significa simplemente decir que la justicia sea un fin. La justicia pertenece a la realidad de los valores y la realidad de los valores no es reductible a la realidad de los fines.

Se ha definido esta concepción de Reale como *historicismo axiológico*. Reale polemiza tanto contra el historicismo puro de carácter idealista, como contra toda concepción de los valores como elementos meta-históricos, o como elementos separados del proceso histórico.

Los valores son los datos que constituyen las directrices del proceso histórico. El proceso histórico es un proceso espiritual es el propio proceso en el que se desdobra la conciencia humana. La historia no es una serie de datos físicos, porque es precisamente la explicación de la con-

ciencia. La conciencia, esto es, la realidad espiritual, se distingue de la realidad física, precisamente en cuanto que aquélla es generadora de valores. La *conciencia es proyección de valores*. La relación entre la conciencia de un individuo y la de otro, y la relación entre la conciencia de un individuo y el conjunto de las conciencias de los demás, constituyen relaciones de valores. La consecuencia de todo ello se explica en su realidad espiritual, como proyección de valores.

Reale habla de la *persona humana como valor absoluto*, que está implicado en cada forma de experiencia moral y jurídica. Concibe la persona como posibilidad de elección constitutiva de valores. La persona es el fundamento de la libertad. La libertad se entiende aquí no como pura libertad empírica, no como pura racionalidad meta-empírica, antes bien, en sentido axiológico como *elección concreta de valores*.

La persona es valor absoluto *porque es condición de afirmación y de actuación de todo sistema de valores*. Ofender y destruir la personalidad humana significa ofender y destruir el valor absoluto, esto es, aniquilar la posibilidad de elección de los valores. Colocarse contra la persona significa oponerse a la comunicación histórica de los valores, la cual sólo puede convertirse en posible *a través de la libre elección* de los valores.

La persona es el valor absoluto e incondicionado, porque es la condición imprescindible para la elección y la comunicación de todos los demás valores. Pero todos los demás valores son relativos a las situaciones culturales e históricas que expresan. La objetividad de un valor, o de un sistema de valores, coincide con la objetividad del ambiente social y de la situación cultural en la cual se manifiesta aquél. Es una *objetividad relativa*, no absoluta, no incondicionada, antes bien, *social e históricamente condicionada*.

Según el pensamiento de Reale, no se puede imaginar una creación de valores que no esté condicionada por la

situación histórica en que se produzca. Una experiencia de valores determina situaciones históricas, pero al mismo tiempo está condicionada por situaciones históricas precedentes. El pasado histórico, las estructuras históricas preteritas, son las condiciones positivas en la experiencia de los valores.

El pasado histórico no se resuelve dialécticamente en la creación presente de los valores. En oposición crítica contra algunas doctrinas neohegelianas, Reale considera que el pasado no es un momento dialéctico negativo en relación con el presente, sino que es un “momento del espíritu, condicionante de otras posibles aperturas y perspectivas de la existencia humana”.

Una axiología a-histórica o meta-histórica no puede tener sentido, porque es solamente en la historia, y a través de la historia, como se perfecciona el conocimiento del mundo de los valores, aunque éstos trasciendan de las contingencias del vivir histórico, en cual jamás logrará captarlos definitivamente en todas sus posibilidades y proyecciones.

A través de la historia, los valores son racionalizados como fines. Racionalizar significa necesariamente *mediar*. Por eso, la racionalización del valor como fin indica que el valor debe ser considerado en relación con los medios idóneos para su realización.

Reale se opone a la resolución del problema ético sobre el plano naturalista de los medios. La elección de los medios no es esencial al valor, pero es esencial a su realización histórica como fin. Por otra parte, Reale quiere combatir también toda concepción abstracta del valor, tal y como ésta se produce cuando el valor es considerado exteriormente a su nexa con las condiciones de su realización. Por eso, Reale afirma *la esencialidad de tal nexa*. En este ámbito sustenta una *polaridad entre valores y medios*: una polaridad, en cuya base está el valor, el cual aunque en cuanto a su actuación esté condicionado a los medios, es todavía susceptible de prevalecer sobre éstos.

Teoría Tridimensional del Derecho.

B. Mantilla Pineda

(Da Universidade de Antioquia — Colômbia).

Aunque sea brevemente queremos ofrecer al público culto y de modo especial a los profesionales de las ciencias jurídicas, una exposición sintética de la teoría tridimensional del derecho, una de las novísimas teorías sobre el ser y modo de ser del derecho.

A pesar de que existen precedentes formales y materiales de la teoría tridimensional del derecho, y de que flota más o menos configurada en las discusiones de filosofía jurídica, dicha teoría sólo ha sido elaborada definitivamente por MIGUEL REALE, profesor de filosofía del derecho en la Universidad de São Paulo, Brasil, en su última obra *Filosofia do direito*, de la cual sólo han aparecido los primeros dos tomos.

I. El autor y su posición.

MIGUEL REALE es un jurista y filósofo del derecho de primer orden tanto por la fecundidad como por la profundidad de su doctrina. De 1934, año en que publica su primera obra *O Estado moderno* a 1955, fecha en que aparecen los dos tomos de su *Filosofia do direito* ha vivido REALE en función de escritor y pensador. En el intervalo de diecinueve años han visto la luz trece obras, algunas de las cuales pertenecen a un mismo año, así por ejemplo: *Formação da política burguesa y capitalismo internacional* en 1935; *Fundamentos de direito y Teoria do direito e do*

Estado en 1940. La profundidad de su doctrina puesta de relieve en sus concepciones jurídicas y filosóficas sobre el derecho y el Estado, es el resultado de su gran talento y su vastísima cultura. A través de las obras que tenemos la suerte de conocer, podemos apreciar su bien cimentada cultura. Para muestra sería suficiente citar su conocimiento de las lenguas modernas (inglés, francés, alemán, italiano y español) y el dominio de la bibliografía jurídica y filosófica en todas sus ramas.

Como filósofo tiene MIGUEL REALE completo señorío sobre las filosofías históricas y sobre todas las tendencias de la filosofía contemporánea. Pero no sólo es un conocedor de la filosofía sino también un innovador de la misma en puntos capitales como el plano ontológico en que necesariamente ocurre el conocimiento humano y el carácter integrador de valores de la cultura. Como jurista posee conocimientos vastos en todas las ramas del derecho brasileño y de otros derechos históricos y vigentes. Conoce las legislaciones y las doctrinas jurídicas, vale decir, la verdadera ciencia del derecho tal como la exponen los grandes maestros en Francia, Italia y Alemania. Justamente esta envidiable cultura filosófica y jurídica, pone en sus manos el caudal necesario para la gran empresa de la elaboración de una filosofía del derecho que está llamada a ejercer amplio influjo en el pensamiento filosófico y jurídico de nuestro tiempo.

La posición filosófica de MIGUEL REALE es nítida. Ni empirismo ni idealismo, sino una posición filosófica más allá de las reducciones unilaterales del sujeto al sujeto, como en el idealismo. En la "ontognoseología" propuesta por MIGUEL REALE, objeto y sujeto son dos aspectos de un proceso único. No puede haber conocimiento sino en el plano ontológico, donde sujeto y objeto se relacionan y correlacionan. Después de la decadencia del empirismo y del idealismo no queda otra posición filosófica adecuada al problema del conocimiento que la precitada. Es la posición asumida abierta y radicalmente, justamente en polé-

mica con el idealismo neo-kantiano de la escuela de Marburgo, por NICOLÁS HARTMANN, y también la posición implícita en la filosofía de la razón vital del extinto JOSÉ ORTEGA Y GASSET.

II. El método fenomenológico y crítico histórico.

En el plano de la posición filosófica, asumida por MIGUEL REALE, que sea el derecho no puede recabarse ni por el método inductivo empleado preferentemente por el empirismo jurídico ni por el método deductivo propio de las escuelas racionalistas y aprioristas, sino más bien por una doble vía; la descripción fenomenológica y la estimación crítica a través de la historia. REALE acepta la fenomenología de EDMUNDO HUSSERL (1859-1938) como método, pero la rechaza como metafísica idealista. La fenomenología como método es la descripción pura de los fenómenos que se dan en nuestra conciencia para llegar a la intuición intelectual de su esencia. En el conocimiento de un fenómeno cualquiera, la conciencia debe prescindir de sus rasgos fácticos o de hecho, que son de suyo contingentes, y tratar de alcanzar los caracteres apodícticos o necesarios, que constituyen la esencia misma del fenómeno en cuestión. Para el conocimiento esencial del fenómeno derecho, por ejemplo, es necesario que lo describamos tal como se presenta en la experiencia jurídica. Pero a esta visión o intuición estática de la esencia del derecho, que nos permite el método fenomenológico, afirma REALE que es necesario agregar una intuición de cómo fue recibido el derecho a través del tiempo. La primera visión del derecho o sea la visión esencial del derecho, que permite el método fenomenológico debe complementarse con la segunda visión del derecho o sea con la intuición axiológica, que permite el método crítico histórico. A la luz de estos dos métodos “el derecho es algo que se da en la sociedad, que se verifica en el plano social y, por consiguiente, en un momento de la acción en sociedad” (*Filosofia do direito*, t. II, p. 336).

III. Fenomenología de la acción y la conducta.

Para saber que especie de conducta es la conducta jurídica, se impone ante todo un análisis fenomenológico de la acción y la conducta humana. Dondequiera que aparezca el derecho, hay una acción positiva o una omisión del específico hombre, algo relacionado a una modalidad de la conducta. Lo específico de la conducta humana es su orientación hacia fines. Y esos fines a que se dirige la acción humana son valores. El valor tiene la peculiaridad de servir de fundamento al “deber ser” ya a la vez de ofrecerse como fin de la acción. “La historia humana dice MIGUEL REALE, es un proceso dramático de conversión de valores en fines y de crisis culturales resultantes de la pérdida de fuerza axiológica verificada en fines que una nueva geración se niega a reconocer” (*op. cit.*, p. 342).

Hay dos categorías de la acción: a) las acciones de naturaleza teórica y estética, que se refieren al conocer o realizar algo y que no recaen directa ni necesariamente sobre otras acciones posibles; b) las acciones de naturaleza práctica — económica y ética —, que se refieren a conocer o realizar algo que recaen directa y necesariamente sobre otras acciones posibles — El conocimiento es esencialmente una acción contemplativa y desinteresada, aunque no sea reconocido así por los pragmatistas y marxistas — quienes relievan la aplicación del conocimiento en vez del conocimiento mismo. El fin que mueve al sujeto que conoce no es la acción posible. La acción estética alcanza su plenitud en la realización de la obra de arte, que es la concretización de lo abstracto y la expresión de una representación o imagen. En la segunda categoría de la acción hay que distinguir las acciones que se suceden según un nexo opcional de conveniencia o de oportunidad — como las acciones técnicas y económicas — y las acciones que se ligán por una necesidad deontológica reconocida por el agente como razón de su actuar — como las acciones éticas se subordinan a normas o reglas. Las normas vienen de la acción y vuelven a ella. Sin esa referencia a la práctica o

conducta, las normas carecerían de sentido. Serían normas, lo que es manifiestamente absurdo. La conducta ética es conducta normativa. “Comportarse de cierta manera dice MIGUEL REALE, es someterse a una norma; es integrar, en el proceso de la acción la pauta que marca su razón de ser.

Por tales motivos no podemos comprender el estudio de las reglas jurídicas o morales como simples entidades lógicas, como meras nociones, sin referencia necesaria al problema de la acción, al problema de la realidad social”. (*op. cit.*, p. 345).

IV. Tridimensionalidad de la conducta.

La acción o conducta humana es un complejo de norma, hecho y valor. Esto es cierto tanto de las acciones teóricas y estéticas como de las acciones éticas. Toda acción humana tiende a un valor para realizarlo, garantizarlo o negarlo. El valor verdad que orienta al hombre de ciencia o al filósofo, se resuelve en leyes o principios explicativos del ser y devenir, cuando la verdad no se convierte en fundamento de la ética. El valor belleza, que ilumina y entusiasma al artista, tiende a realizarse en expresiones formales, sean estas visuales o acústicas. El valor bien, que alumbra y conmueve a todo hombre que viene al mundo por el mero hecho de ser hombre, tiende a realizarse en actos que pueden ser calificados de morales, religiosos, jurídicos, etc..

Algunos valores pueden asumir una especie de doble valoración. Tal ocurre, por ejemplo, con el valor lógico verdad que al convertirse en objeto de una valoración ética, asume el carácter de un bien moral y genera un deber cuyo cumplimiento es la veracidad.

En todas las acciones humanas se puede discriminar el hecho, el valor y la norma. El hecho, que tiene lugar en el espacio y el tiempo, realiza un valor gracias a la mediación de la norma. “En todas las modalidades de la conducta hay, en síntesis, dice Reale, el hecho de una ener-

gia espiritual que, inmantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como ley, como forma, como actitud o como norma”. (*op. cit.*, p 359).

V. Modalidades de la conducta.

Hay cuatro modalidades de la conducta humana, a saber: la religiosa, la moral, la convencional y la jurídica. A estas cuatro modalidades añade MIGUEL REALE la conducta económica, pero no menciona la conducta política, que en nuestro concepto es otra modalidad muy importante y que no puede reducirse a ninguna de las anteriores ni mucho menos a una síntesis de las mismas.

Si hay alguna modalidad de la conducta ligada a la conducta jurídica, es la conducta política. Sin conducta política no vemos cómo el hombre hubiera llegado a la plasmación del Estado.

La conducta es religiosa cuando el hombre actúa en razón de un valor trascendente. En la conducta religiosa hay una participación de algo que reconocemos como sobrenatural. “En la conducta religiosa, dice REALE, hay un darse como condición de comprensión, un subordinarse como razón de conquista estimativa, lo que muestra su analogía con ciertas formas más altas de la conducta amorosa”. (*op. cit.*, p. 354).

De la conciencia de la muerte surge para él sentimiento de trascendencia.

La conducta moral brota de la conciencia del deber. En ella nos sentimos ligados por nosotros mismos. Sea en la llamada moral autónoma en que el propio agente moral formula la norma de su conducta, sea en la moral heterónoma en que el agente moral reconoce una autoridad superior que legisla para su conducta, la decisión el acto moral depende del hombre. La fuerza y coacción vician de nulidad el acto moral. En el reino de la moral, el hombre aparece investido en forma suprema de su cualidad de persona y en consecuencia de la libertad.

La conducta convencional tiene que ver con el campo vastísimo de las costumbres y usos sociales. Lo que impele al hombre en esta conducta es la conveniencia. Las reglas de protocolo, cortesía, etiqueta, etc., convienen ser observadas si no queremos pasar por incultos o extravagantes.

La conducta jurídica es bilateral, pero esta palabra necesita explicación. “Tanto el derecho como la moral, dice Reale, son bilaterales, por cuanto son siempre hechos sociales que implican la presencia de dos o más individuos. No existe acto moral fuera del medio social. Cuando se habla, pues, de bilateralidad en el derecho, lo que importa es el sentido de esa relación, la instancia valorativa o deontológica que en ella se verifica, y no su aspecto de enlace social que existe también en la moral” (*op. cit.*, p. 359). La relación jurídica presenta siempre la característica de ligar dos personas entre sí, en razón de algo que atribuye a las dos cierto comportamiento y ciertas exigencias. Ese algo objetivo que enlaza en el derecho a las personas, es lo que MIGUEL REALE llama “bilateralidad atributiva”. La bilateralidad sola no es suficiente para especificar la conducta jurídica. La esencia del derecho está en la “bilateralidad atributiva”.

En la conducta económica el sujeto se pone ante otro sujeto en razón de los bienes o riqueza permutable o susceptible de goce o posesión.

VI. La teoría tridimensional del derecho.

La teoría tridimensional del derecho es el punto obligado en el que tenía que desembocar la investigación jurídica y filosófica de nuestro tiempo. En cierta manera está dada en la exaltación del derecho como un hecho por parte del sociologismo jurídico, del derecho como norma por el neo-positivismo jurídico y el derecho como valor por el culturalismo de la escuela neo-kantiana de Baden. No obstante la clara indicación de los tres elementos que componen el derecho, la teoría tridimensional fue concebida

de dos maneras distintas: como tridimensionalidad genérica y abstracta y como tridimensionalidad específica y concreta. La primera separa esos elementos como objetos independientes que pueden ser estudiados por tres especies de disciplinas jurídicas. Así a la sociología, la historia y la etnología jurídicas concierne el estudio del derecho, el derecho como norma. La segunda integra esos elementos en un complejo unitario. Es justamente lo que propone MIGUEL REALE. “En filósofo del derecho, el sociólogo y el jurista no pueden dejar de estudiar el derecho en la totalidad de sus elementos constitutivos, en la tridimensionalidad de su contextura, aunque pueden y deben ser distintos los respectivos prismas o modos de investigación”, escribe REALE.

La teoría tridimensional del derecho en sentido específico y concreto supera y completa las explicaciones unilaterales de la experiencia jurídica. Es el resultado de estudios continuos y profundos de su autor. “esta doctrina que reclama la integración de las tres perspectivas en una unidad funcional y de proceso, dice REALE, llamamos la concepción tridimensional específica e integrante del derecho, cuyos principios comenzamos a determinar en 1939-40, en las páginas de los *Fundamentos do direito*, especialmente en el capítulo final intitulado “Hecho, valor y norma”, donde reclamamos la integración de esos tres elementos en relación con los problemas complementarios de la validez social, la validez ética y la validez técnico jurídica”. (*op. cit.*, p. 491).

VII. Noción de derecho.

A la luz de la teoría tridimensional del derecho encuentran al fin solución adecuada los problemas jurídicos más candentes y difíciles de la historia de la filosofía del derecho, tales como la estructura óntica, la noción lógica y el valor del derecho. El derecho se ilumina en su plano óntico, conceptual y deontológico. Qué es el derecho en su

entraña ótica? No es realidad física ni biológica ni psíquica. El ser y modo de ser de estas capas de la realidad natural, difieren completamente la estructura del derecho. Sus leyes mismas son meramente descriptivas. Nos dicen como ocurren sus cambios y procesos, pero jamás cómo deben ser. En esas capas de la realidad natural, los valores carecen de sentido. El derecho es realidad histórico cultural. La historicidad es categoría propia del hombre y sus actos, de su ser y su cultura. El hombre tiene historia, porque acumula y transmite experiencia.

El derecho es parte de la experiencia humana, de la proyección objetiva del hombre, de la relación transobjetiva entre personas.

Qué es el derecho en el plano lógico? La noción y definición del derecho para ser verdaderas deben contener el sentido exacto del derecho. MIGUEL REALE define el derecho como “vinculación bilateral atributiva de la conducta humana para la realización ordenada de los valores de convivencia”. Finalmente qué es el derecho como debe ser? Es exigencia de realización de valores. El no ser real de los valores apunta a un positivo deber ser. Los valores generan el deber ser, pero a la vez tienen la particularidad de presentarse como fines. La justicia es el fin último del derecho.

Con la filosofía del derecho de MIGUEL REALE la tradición jurídica del Brasil continúa su trayectoria luminosa de raíces humanas profundas y de objetivos universales. Grandes genios del derecho presiden la historia republicana de la nación carioca: RUY BARBOSA, el inspirador de su primera constitución; CLOVIS BEVILAQUA, e ANDRÉS BELLO del Brasil, que redactó en menos de seis meses el Código Civil de su patria; JOSÉ MARIA DA SILVA PARANHOS, Barón de Rio Branco, el demarcador de las fronteras brasileñas por medio de los procedimientos pacíficos del derecho internacional, como el arbitramento y el acuerdo; PONTES DE MIRANDA y MIGUEL REALE, insignes juristas y filósofos del derecho.

La Filosofía del Derecho de Miguel Reale*.

Luis Legaz y Lacambra

(Da Universidade de Madrid).

Indubablemente, la orientación de la filosofía del Derecho se endereza tanto contra la consideración tripartita de su temática, que desintegra el conocimiento jurídico en saberes distintos que recaen sobre objetos realmente diferentes (el Derecho como norma, como valor, como hecho social), como contra la concepción unitaria fundada en una “pureza del método”, que no hace otra cosa que consagrar de modo más radical esa desintegración de saberes, pero eliminando del ámbito jurídico tanto el aspecto del valor como el de la realidad social, porque el Derecho es “sólo norma” y, en cuanto tal, susceptible de una consideración “puramente jurídica”. Ya hace algunos años que RECASÉNS SICHES había señalado que la filosofía del Derecho aspira a un conocimiento primario de lo jurídico, que se funde a sí mismo plenamente y que sirva de fundamento a las ciencias particulares del Derecho, concepción que responde a una aplicación del punto de vista filosófico al mundo de lo jurídico: toma el mundo de lo jurídico como un universo aparte e indaga sus problemas radicales. Pero incluso para que esa filosofía aplicada del Derecho cumpla su misión sería preciso superar la multiplicidad de problemas, logrando plantear primariamente un solo tema, del cual se deriven los demás, a saber, el tema del sentido radical de lo jurídico, pasando así de una filosofía jurídica aplicada

* Resenha que o ilustre mestre LUIS LEGAZ Y LACAMBRA publicou no *Anuario de Filosofía del Derecho* do “Instituto Nacional de Estudios Jurídicos”, Madrid, 1956, p. 437 e segs..

a una filosofía del Derecho como capítulo de la Metafísica, en la cual se integre lo jurídico en una concepción unitaria y totalitaria.

Aludimos a esta aspiración a unidad, porque nos parece que cuando MIGUEL REALE, el máximo filósofo del Derecho de Brasil en la hora presente, expone los rasgos fundamentales de una concepción “tridimensional” del Derecho, se encuentra de lleno en esta dirección. Para él, en efecto, toda conducta humana consiste en el hecho de una energía espiritual que, imantada por un valor dominante, se inclina a realizarlo como ley, como norma. Entre hecho y valor se establece una tensión que no puede resolver-se en una unidad; el mismo ser humano que es esencialmente libertad e innovación, ha de formalizarse y legalizarse, y de ahí el carácter provisional de toda norma ética cuya universalidad reside en la tensión inevitable que la libertad establece entre realidad e ideal. Por eso la experiencia ética presenta siempre una tensión y una implicación necesarias entre las circunstancias de hecho y el plano de las valoraciones, lo que se refleja en la naturaleza y el devenir de sus normas.

Pues bien, en el ámbito del Derecho, esta tridimensionalidad se confirma. Pero, entonces, una teoría tridimensional debe señalar precisamente la exigencia de una comprensión integral de la experiencia jurídica, que tendrá que ser el resultado de la convergencia de tres grandes movimientos doctrinales, que son el normativismo jurídico (comprensión del Derecho como sistema de normas), el eticismo jurídico (subordinación rigurosa del sistema de normas a los valores morales) y el empirismo jurídico (que destaca la dimensión fáctica del Derecho). La primera intuición del orden social, dentro del cual se integra el Derecho, la primera imagen que el hombre tuvo del Derecho, fué una imagen del valor, como vivencia confusa de valores, permaneciendo inseparables la concepción del universo físico y la del mundo moral (consideración de la naturaleza como sociedad y de la ley causal como norma, puesta de relieve por KELSEN). Más tarde, el Derecho es visto como

norma, como *lex*. Es el momento en que nace la *Jurisprudencia*. Los romanos supieron que la justicia se revela en el *factum* de la conducta humana, como experiencia humana: “*ex facto oritur ius*”. El jurista ha de invocar la “*ratio*” de cada circunstancia para establecer su medida, su regla: la “*ratio iuris*” determina la “*regula iuris*”. Por último, el Derecho es visto como hecho histórico y social. Ahora bien, el Derecho es todo eso, implicándose recíprocamente: pues la norma que el jurista estudia representa una integración de hechos según valores o, en otras palabras, es expresión de valores que se concretan en la condicionalidad de los hechos histórico-sociales.

La concepción tridimensional no pretende ser radicalmente nueva. MIGUEL REALE reconoce que hay muchas teorías tridimensionales: pero se trata de una tridimensionalidad abstracta y genérica, que desintegra la unidad de la concepción jurídica en diferentes aspectos o puntos de vista (sociológico, eticista, normativista). El problema está, pues, en lograr una doctrina tridimensional específica e integrante del Derecho, en la que el filósofo, el jurista y el sociólogo consideren el Derecho en la totalidad de sus elementos constitutivos — el valor, la norma y el hecho —, aunque cada uno vea los otros dos factores en función del que más directamente le interesa. No se trata, por consiguiente, de “armonizar” los resultados de ciencias distintas, sino de hacer un examen previo de la correlación esencial de los elementos primordiales del Derecho, recíprocamente implicados en una conexión necesaria, que también hace que se abarque en una unidad viva los problemas del fundamento, de la eficacia y de la vigencia.

Como se integran el valor, el hecho y la norma en esa unidad viva postulada por REALE? Para nosotros el Derecho es una forma de vida social, en cuanto posee íntimamente un sentido positivo o negativo de justicia y que se expresa en un sistema normativo. Es, pues, hecho, porque la vida social y sus formas son un hecho, como son un hecho las concretas valoraciones que la informan y los sistemas

normativos en que se manifiestan: es valor, porque esas valoraciones no son sólo un hecho empírico, sino que en ellas se patentiza la exigencia de un valor o sentido de justicia sin el cual no existiría el hecho empírico del Derecho: y es, todo él, norma, porque la norma no está sólo en las manifestaciones normativas, en el sistema de legalidad, sino que radica ya en la condición del Derecho de forma de la vida social. También para REALE la norma reúne entre sí los otros dos elementos, proyectándose para el futuro como esquema de conducta posible, factor condicionante y condicionado, valor y hecho en síntesis dinámica; así es posible concebir el Derecho como momento de la vida espiritual, que se objetiva como atributividad social, hecho social al que un valor impone un significado, y valor que no se concibe desprendido del hecho al que adhiere y gracias al cual se realiza históricamente; y así también es posible penetrar en el sentido unitario y dinámico de la realidad jurídica, que se presenta tridimensional en su proceso, como experiencia estimativa que es, condicionando el mundo del ser nuevas aperturas a las exigencias ideales de los valores en su objetividad atributiva.

La obra de M. REALE se promete como un *Cursus* completo de filosofía del Derecho. El volumen I sólo incluye la “propedéutica filosófica” (tomo I) y la “ontognoseología jurídica” (tomo II), pero faltan los volúmenes correspondientes a la espistemología, la deontología y la culturología jurídicas. La expresión “ontognoseología” revela una influencia de la metafísica del conocimiento de N. HARTMANN, para el cual la ontología del objeto del conocimiento y la ontología del conocimiento del objeto — dos aspectos de una única actividad cognoscitiva — son las dos investigaciones a que da lugar la inserción en un mismo plano ontológico del sujeto y el objeto correlacionados. Ahora bien, lo importante es que para REALE la filosofía es ontognoseología y lógica, teoría general de la ciencia; pero no es eso sólo, pues es también teoría de los valores, o axiología, o metafísica, teoría del ser, o conocimiento del

universo y de la vida: de ningún modo puede dejar de ser una estimativa transcendental del universo y de la vida y una indagación fundamental sobre el destino y la acción del hombre, y no puede reducirse a una lógica de las ciencias o a un lenguaje técnico del saber científico.

En el plano ontológico en sentido estricto — teoría de los objetos — admite REALE la existencia de objetos ideales, pero niega la concepción idealista y ontológica de los mismos, propia de las últimas manifestaciones de B. RUSSELL y de los axiologistas como N. HARTMANN. En consecuencia, niega también la actitud “platonizante” de este último ante los valores. El problema del valor, a juicio de REALE, no se puede entender fuera de la historia. Los valores obligan porque representan al hombre mismo como autoconciencia espiritual; y se revelan en la historia y por la historia, porque esta es, en el fondo, el reencuentro del espíritu consigo mismo, del espíritu que se realiza en las experiencias de las generaciones, en las vicisitudes de lo que llamamos “ciclos culturales” Entonces los valores tienen objetividad, pero objetividad relativa, esto es, referida a un sujeto universal de estimativa, que es el hombre, la persona humana. El hombre es el valor fundamental, algo que vale por sí mismo, cuyo ser es su deber ser: no simple entidad psicofísica o biológica, sino una posibilidad de innovación y de superación. El hombre tiene conciencia de su dignidad y de esa autoconciencia nace la idea de persona, según la cual no se es hombre por el mero hecho de existir, sino por el significado o sentido de la existencia. Cuando apreciamos el problema del hombre, toda ontología se resuelve en axiología y se abren las perspectivas de la metafísica. En verdad, sólo del hombre sabemos que es y al mismo tiempo debe ser, pero se comprende que la misma cuestión puede plantearse con relación a la totalidad de los seres, que lleva a la inevitable especulación sobre el sentido de ser en general.

Pero el problema del valor conduce al problema de la cultura. El espíritu humano se proyecta fuera de sí, mo-

delando la naturaleza a su imagen. El caudal de bienes objetivados por el espíritu humano en la realización de sus fines específicos, eso es la cultura. La experiencia jurídica es una forma de experiencia cultural que antecede a la respectiva conciencia científica. La ciencia jurídica aparece como una interpretación lógico-formal y normativa de una sociedad que hasta entonces vivió el Derecho sin teorizar-lo. Pues el hombre no es sólo un realizador de intereses, de cosas valiosas o de bienes, sino también un ser que siente la indeclinable necesidad de proteger lo que crea, de tutelar las cosas realizadas y de garantizar para sí mismo, por encima de todo, la posibilidad de crear libremente cosas nuevas. El Derecho marca y refleja esas tendencias o inclinaciones fundamentales del espíritu, en la tutela y realización de valores, por lo cual la historia jurídica revela siempre una tensión íntima entre el movimiento hacia el futuro (amor de nuevos bienes) y la estabilidad y la tradición (amor de bienes adquiridos). Esta concepción abre perspectivas renovadoras para la ciencia jurídica, porque nos da conciencia de que el Derecho no es un presente, una dádiva que el hombre haya recibido en determinado momento de la historia, sino el fruto maduro de su experiencia multimilenaria, revelándose como fenómeno universal esencialmente ligado a la actividad perenne del espíritu.

La concepción culturalista del Derecho propugnada por MIGUEL REALE se afirma como una concepción humanista. La persona humana es el valor fuente de todos los valores. Por eso, cuando el hombre estudia la cultura, no hace sino estudiarse a sí mismo, en la riqueza imprevisible de sus energías creadoras, como si el espíritu se reencontrase o se reconociese reflejándose en los hechos de la historia, la objetividad de los mismos implica un deber, porque estamos obedeciendo a nosotros mismos, en nuestro significado universal de hombres. La persona es la constante axiológica del valor de lo justo. Y lo justo, la justicia, es el valor fundante del Derecho, entendiendo lo justo no como simple relación extrínseca o formal, aritmética o geométrica, sino

como el contenido de las relaciones, en cuanto representan un bien intersubjetivo, que es el bien común. Hay, pues, un bien individual y un bien social, objeto de la moral y del Derecho, respectivamente, formas — advierte REALE — que nos agotan la realidad de la Etica, pues hay otras formas de comportamiento (las reglas de la costumbre, los convencionalismos sociales) que realizan a su modo el valor del bien sin reducirse a aquellas dos formas fundamentales. El bien individual y el bien social son distintos, pero no pueden separarse radicalmente, del mismo modo que la concepción “personalista” del Derecho no puede caer en un individualismo. El individuo debe ceder ante el todo, pero mientras no se afecte a su valor de persona, o sea, a su plenitud de hombre en cuanto hombre. La arbitrariedad consiste en sobrepasar la esfera de la personalidad. El personalismo es entendimiento de personas, no de individuos. Ese es el sentido de la alteridad, como nota esencial de lo jurídico, que MIGUEL REALE defiende ampliamente. Su característica es ser una “bilateralidad atributiva”, que representa un nexo objetivo que pone en relación dos o más sujetos, discriminándoles esferas autónomas de ser y de obrar y atribuyéndoles pretensiones, que pueden ser reciprocas o no, pero que siempre se hallan provistas de garantía dimanada de la objetividad del enlace. Es, pues, el Derecho, la vinculación bilateral-atributiva de la conducta humana, para la realización ordenada de los valores de convivencia: una condicionalidad no lógico-transcendental (como en KANT) ni sociológica (como en JHERING), sino histórico-axiológica de la existencia de un orden social justo, en el que los hombres y los grupos puedan desenvolverse libremente, así como completarse económica y éticamente unos a otros en el sentido de una comunidad concreta. A diferencia de la Moral, de la Estética, etc., el Derecho no tiene por fin un valor específico que determine por sí solo la acción humana, sin implicar la vigencia consecuente de otros valores. El artista vive en razón de la belleza, como la moral se endereza plena y exclusivamente a la plenitud

del ser personal. Pero el Derecho no tiene como destino realizar la justicia entre sí y por sí, sino como condición de la realización ordenada de los demás valores. De ese modo, el Derecho es la condición primera de toda la cultura, y en eso precisamente reside la dignidad de la Jurisprudencia.

Tales son las líneas fundamentales de este primer volumen de la filosofía jurídica de MIGUEL REALE, en la que destaca un claro sentido de modernidad. Resuenan en su pensamiento los ecos de toda la mejor filosofía actual, fundidos en una síntesis armoniosa que no se diluye en un incoloro sincretismo. Le falta, sin embargo, una referencia a los problemas absolutamente últimos y fundamentales; no queda en claro si su humanismo culturalista y jurídico, que compartimos, es un humanismo antropocéntrico o un humanismo teonómico; hubiera sido menester, en consecuencia, una teoría total de la persona humana. Quizá, por eso, en algunos puntos no se da una precisión que hubiera sido deseable, como ocurre con el problema del Derecho natural, que el autor declara aceptar “con cautelas y reservas”, y la verdad es que este fundamental problema de la ontología y la axiología jurídicas no ha sido objeto de consideración temática por parte de MIGUEL REALE.

Por lo demás, su libro está lleno de incitaciones valiosas y sugerentes y la claridad de la exposición y la rica utilización de la bibliográfica jusfilosófica clásica y moderna hacen de él no sólo un útil instrumento de trabajo en el plano didáctico, sino una obra positivamente estimable en el ámbito de la actual filosofía del Derecho.

O Chamado Direito Natural: Em Que Consiste.

Wilson Chagas

(Da Faculdade de Direito de Pelotas da Universidade do Rio G. do Sul)

“Desde que o homem reflete sôbre suas relações, desde que há “sociedade” como tal se fez problema para êle — escreve KELSEN, no seu estudo sôbre o Direito natural, — não deixou de preocupá-lo a questão de um “ordenamento justo” das relações humanas. E apesar de tôda a História, tôda a história de sofrimentos da humanidade — continua êle — pode ser interpretada como um intento único, e sempre renovado sob os mais horríveis e sangrentos sacrifícios, de encontrar resposta para essa questão, tal resposta continua a faltar-nos, hoje, como nos faltava no instante em que pela primeira vez relampagueou na alma do homem êste terrível segredo da Justiça”

1. Quadro histórico.

Um dos fenômenos hodiernos no campo da Filosofia jurídica é a ressurreição do Direito natural. Em que consiste o Direito natural? A idéia de um Direito natural, superior ao direito vigente em cada país e em cada época, é bem antiga. Encontrâmo-la entre os Gregos, sobretudo em ARISTÓTELES que define o chamado “justo por natureza”, ou idealmente justo, independentemente das normas escritas, e que estaria esculpido no coração ou na consciência dos homens. Seria êsse o Direito natural, quer dizer, ema-

nado da natureza mesma das coisas, e da “natureza humana”. Em Roma, ULPIANO põe igualmente os animais sob a proteção do chamado Direito natural¹. E êsse conceito de um Direito formado de normas e princípios imutáveis, inscritos na natureza das coisas, e superior a qualquer legislação positiva, se desenvolve e prospera sob a égide dos filósofos estóicos, incorporando inclusive o Direito das gentes (*ius gentium*) e o direito civil (*ius civile*). Finalmente, na Idade Média, essa teoria recebe, sobretudo com TOMAS DE AQUINO, um desenvolvimento consentâneo com a civilização teocêntrica então dominante, em que à Igreja, como instituição divina, cabia papel relevante na construção da Cidade dos Homens. O caráter imutável das leis naturais se reforça, ao ponto de transmudar-se, de acôrdo com os dados da teologia cristã, em direito sobrenatural e divino.

A partir do século 17, porém, insurgem-se os filósofos contra essa orientação predominantemente teológica impressa pelos Padres e doutôres da Igreja ao Direito natural. Com HUGO GRÓCIO, o Direito natural passa a repousar na natureza “racional” do homem. Entroniza-se, em lugar de Deus, a deusa Razão. Reivindica-se a liberdade e a igualdade do homem², em face do despotismo do poder teocrático. Voltam-se, os espíritos de vanguarda, contra as leis e as instituições consideradas intocáveis pelas doutrinas jurídicas dominantes, com a sanção do chamado Direito natural. É contra a Igreja e contra o Estado — mórmente contra o Estado absoluto do antigo regime, — que se luta. Surge, então, a Escola Clássica do Direito natural, que floresce nos séculos 17 e 18, no amplo movimento de idéias que acompanha a ascensão da Burguesia e prepara o adven-

1. O Direito natural é aquêlo que a natureza ensina a todos os sêres vivos (animalia). *Digesto*, I. 1.3. Ver nota 7, *infra*.

2. “Onde quer que tenham sido proclamados como princípios eternos de justiça a liberdade, a igualdade e a fraternidade dos sêres humanos, os homens seguiram os rastros dos filósofos estóicos” EDGAR BODENHEIMER, *Teoria del Derecho*. Fondo de Cultura Economica, México, 1946, p. 113.

to da Revolução Francesa³. Já no século 19 floresce o historicismo: o Direito natural é combatido. Mostra-se o que há de abstrato e metafísico nêle. E vem o positivismo, que leva tudo de roldão, na segunda metade do século. Passa a considerar-se o direito positivo, as normas vigentes, codificadas ou não, em cada país, como o único Direito realmente válido, e existente. É a hora da revanche. Destro-na-se o “natural” do Direito, ou o puramente racional. Reivindica-se, cada vez mais, a “realidade social” do Direito⁴.

Bem diferente é o quadro histórico em que se dá, atualmente, a ressurreição do Direito natural. Agora, é sob o influxo da chamada “ascensão das massas” e do avanço do socialismo, que se elaboram as novas doutrinas do Direito natural. Já não é mais “revolucionário” — como o foi a Escola Clássica do Direito natural⁵, — mas conserva-

3. RECASÉNS SICHES define a Revolução Francesa “como a apoteose máxima e frenética do Direito natural”. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, 3.^a ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1952, p. 388.

4. É um Direito ideal que as escolas do Direito natural perseguem — um Direito ideal, apartado e superior ao da prática jurídica (direito positivo). Êste ideal superior do Direito — um Direito tal como *devera ser* — não estava em condições de encontrar e reconhecer o Direito *real*, que regula efetivamente as relações sociais e inter-humanas. É só com a constituição da Ciência do Direito, no início do século 19 — com a Escola Histórica, na Alemanha, e a Escola da Exegese, em França — que se dá atenção ao Direito tal como é, ao Direito como instituição social. Só então se constitui, pròpriamente, uma ciência jurídica, voltada para o Direito positivo, ou seja, o Direito dado num tempo e num lugar determinados. “A pretensão do Direito Natural de ser tido como fonte do Direito positivo, foi cancelado a partir de SAVIGNY. SACCO, com lacônico vigor, constata o fato com a seguinte frase: “Antes de SAVIGNY se entendia que o Direito Natural era uma fonte subsidiária do Direito. Hoje não se costuma reconhecer ao seu reconhecimento sequer o valor de um meio hermenêutico”. CARLOS COSSIO, *Teoría de la Verdad Jurídica*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1954.

5. Assim como a burguesia foi uma classe revolucionária, da mesma forma foi revolucionária e vanguardeira a Escola Clássica do Direito natural.

dor reacionário. Não visa o progresso, e sim a manutenção do *statu quo*⁶.

2. Ordem natural e ordem jurídica. O caráter ideológico do Direito natural.

Duas idéias são associadas, na elaboração do Direito natural: a idéia de “razão” e a de “natureza”. Notaram os Romanos que havia entre os homens, e mesmo entre os animais, “laços de aproximação, solidariedade e até sentimentos que independiam de leis para existir” “Eram essas manifestações gerais e fundamentais da vida gregária, comuns aos animais e aos homens, — escreve HERMES LIMA — que o direito natural, na mais clássica de suas definições entre os romanos, abrangia”⁷.

6. “A maior parte das novas filosofias jurídicas que surgiram na Europa em começos do século 20 constituem intentos de fazer face ao socialismo” EDGAR BODENHEIMER, *Teoria del Derecho*, p. 163. O Direito natural, diz muito bem ORLANDO GOMES, “presta-se a objetivos colidentes. É o seu *drama*”. E acrescenta: “Crer na existência de uma lei superior, que deve informar o Direito positivo, é uma convicção cômoda aos descontentes, porque podem confeitarem as suas reivindicações revolucionárias com apêlos patéticos à justiça. Mas, a idéia do Direito natural é lâmina de gilete; corta dos dois lados, porque também serve aos contentes. Nenhuma razão é melhor para justificar a preservação da ordem estabelecida do que mostrar que está conforme à natureza das cousas. A insistência com que certos círculos hoje a propagam explica-se pelo interêsse de dar apoio racional a alguns valores cambaleantes” E conclui: “o drama dessa idéia é que, ontem, servia ao progresso, e, hoje, serve à reação” ORLANDO GOMES, *Marx e Kelsen*, Livr. Progresso Editôra, Salvador, Bahia, 1959, pp. 63 e 66.

7 HERMES LIMA, *Introdução à Ciência do Direito*, Livr. Freitas Bastos S.A., Rio de Janeiro e São Paulo, 13.^a edição, 1964, p. 245. — Os dois sentidos em que é tomado o *ius naturale*, entre os Romanos: 1) “compreende de ordinário todos os princípios naturais do Direito, evidentes por si mesmos, com as conseqüências nos mesmos contidas. Tais conclusões, enquanto se observam de fato em todos os povos, seja devido ao costume, seja à lei escrita, se chamam *ius gentium*. O *ius gentium* é, por conseguinte, quanto ao seu conteúdo, uma parte dêsse

Foi, como se vê, o que há de “universal”, de abrangente de todos os homens, independentemente de lugar e de tempo, o que se quis pensar como Direito natural. É o que há de “permanente” ou “estável” no homem que se quis reconhecer, como *direito natural*, como estatuto comum dos homens. Seria aquêlo conjunto de princípios ou normas impostas pela “natureza” do homem e pela “natureza das coisas”. Mas todo o problema está em saber em que consiste essa “natureza humana”, que é dada como imutável, e em que consiste a “natureza das coisas”, ou seja, a Realidade. Ora, êsse problema foi sempre escamoteado, na medida em que o deram por sabido. E mais: na medida em que o deram por resolvido de uma vez por tôdas.

O que se quis, com o chamado Direito natural, foi decretar o caráter absoluto e imutável de certos princípios, dados como “divinos”, ou deduzidos da “natureza humana”. O que se quis, com êsse rótulo, foi decretar a inviolabilidade da ordem humana, fundada em tais princípios. Essa ordem seria uma ordem natural, fundada na “natureza das coisas”. Ora, o problema — não resolvido pela teoria do Direito natural — é que essa ordem não era “natural”, mas ao contrário, “jurídica”⁸. Era obra dos homens, e não

ius naturale” 2) “às vêzes é tomado o *ius naturale* num sentido restrito e diferente do *ius gentium*. Assim começa o segundo título das *Institutas* com a doutrina de ULPIANO: “Direito natural é aquêlo que a Natureza ensina a todos os sêres, e não é, portanto, peculiar sòmente à espécie humana, senão que pertence a todos os animais, como por exemplo: a união dos dois sexos, a procriação e educação dos descendentes” VICTOR CATHREIN, S. J., *Filosofia del Derecho. El Derecho Natural el Positivo*, 6.^a ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 176. E CATHREIN conclui: “o Direito natural é considerado como um Direito comum aos homens e aos animais, porque também êstes obram de conformidade com êle”.

8. A teoria do Direito natural, diz KELSEN, “tem às vêzes a tendência de borrar a diferença que existe entre um sistema ético-jurídico, isto é, *normativo*, e um sistema de *leis da natureza*”, “mostrando-se inclinada a interpretar a lei jurídica como uma espécie de lei da Natureza”. HANS KELSEN, *La Idéa del Derecho Natural y Otros Ensayos*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1946.

dos deuses. Noutras palavras: trata-se de uma ordem posta (e imposta) por homens, e por isso não poderia ser imutável.

Èsse Direito natural, que encontraria nos estóicos seus principais codificadores, na Antigüidade clássica, assentava na natureza racional do homem, e na natureza maior, que a todos abrange, os fundamentos do Direito. Há, diz CÍCERO, “uma verdadeira lei chamada reta razão, que é conforme à natureza, aplica-se a todos os homens, é imutável e eterna”⁹.

O ponto de partida dessa ética, e da concepção do mundo em que ela se apoia, é que tudo está dado, de uma vez por tôdas, e como “natureza”, no homem e no universo. As leis dessa natureza (humana e universal), são alcançadas pela reta razão (*recta ratio*), e ao homem cumpre curvar-se diante delas — bem como diante da ordem social e humana da sua cidade, do seu Estado, que só podem ser expressão da “lei natural”, da “natureza das coisas” Ressalta o caráter ideológico (de justificação do *stato quo*) de tal concepção¹⁰. Pois sôbre ela repousa o chamado Direito natural, ainda hoje invocado pelos doutos, como o supra-sumo da sabedoria humana em matéria de organização social e política. Deixa estar o mundo: o que importa é a infinita superioridade (= suficiência) do espírito ou da razão hu-

9. CÍCERO, *De Officiis*. Cfme. HERMES LIMA, *Introdução à Ciência do Direito*, 13.^a ed., *cit.*, p. 246.

10. Refere-se KELSEN, excelentemente, no seu estudo sôbre “A idéia do Direito natural”, à “afirmação indemonstrada, e indemonstrável para os submetidos à norma, de que a autoridade que estabelece o Direito positivo se encontra de posse do Direito natural, da justiça” E acrescenta: “Pode mostrar-se fãcilmente que se trata apenas do intento de legitimar como Direito natural o Direito positivo, justificar qualquer conteúdo dêste com uma autorização concedida pelo Direito natural à autoridade que estabelece a norma, e de estabilizar assim uma forma de govêrno autocrático-aristocrática; pois não é Direito natural e sim Direito positivo, porque o que se trata de fundar com isso é uma forma de govêrno”. KELSEN, *ob. cit.*, p. 52.

mana. Eis o pressuposto dessa orgulhosa concepção do homem — concepção que estava destinada a fazer “mundo” na história do pensamento ocidental.

3. Teoria da justiça ou teoria do Direito em si.

O que é criado — pela vontade do homem — se tem como “artificial”, ou “não-natural”, de certo modo “pro-fano”, nas origens dessa Teoria do Direito natural. O Direito natural seria expressão de uma “ordem justa” na medida em que essa ordem é “dada”, é “natural”, e portanto permanente. O Direito positivo se apresenta, assim, como uma simples obra humana. “Enquanto procede da insuficiente vontade humana — escreve KELSEN — se apresenta sempre, com relação ao “natural”, como mais ou menos “arbitrário”¹¹. E nessa mesma medida não seria “justo”¹².

Portanto, a justiça corresponde a uma ordem natural. Natureza e Justiça se identificam. A ordem natural — ou a ordem universal da Natureza, — é uma ordem essencialmente “justa”; o mesmo vale dizer: tudo o que existe é bom, é justo, é verdadeiro *em si mesmo*. Ou seja, independente do homem. Não depende do homem para ser “aperfeiçoada”. Essa ordem “em si” é precisamente a “ordem natural”, que corresponde à Justiça.

Já se vê que, numa tal concepção, o que é “natural” — e por isso necessariamente justo — é imutável e eterno. Dado uma vez por tódas. É obra de Deus, ou dos

11. *Ob. cit.*, p. 19.

12. Sobre a “falsa oposição entre Direito natural e Direito positivo”: “A justiça, como valor, integra o dado jurídico, sem que se possa desgalhá-la dêle com o nome de *Direito natural* (em oposição ao *Direito positivo*) para nos encontrarmos, depois, diante do problema de compor os membros previamente despedaçados do dado único”. ENRIQUE R. AFTALIÓN (e outros), *Introducción al Derecho*, Tomo II, Librería “El Ateneo” Editorial, Buenos Aires, 5.^a ed., 1956, p. 357.

deuses. Os homens estão automaticamente excluídos dessa ordem natural¹³.

Fonte do Direito natural seria a Natureza (vista como Deus, ou como Razão). Já o Direito positivo, promulgado pelos homens, é um Direito “menor”, relativo, “falível”, e de alguma maneira “injusto” (ou mais ou menos justo)¹⁴. Quer dizer que o progresso jurídico, a realização da justiça, não seria obra humana — ao contrário, os homens só poderiam desviar-se da justiça, do direito “justo”, na construção da Cidade Terrena. Sòmente a norma de “Direito natural”, que é intrinsecamente justa, tem validade objetiva. O Direito positivo seria apenas formalmente válido, porque promulgado pela autoridade competente¹⁵.

O Direito natural se apresenta como algo “dado” (metafisicamente). O Direito positivo, como algo “pòsto” (positivamente). Nisto se distinguem estas duas ordens

13. Entre os Gregos, como se sabe, dominava a idéia de que os deuses regem o destino dos homens. Consideravam êles o Direito “como um dom da divindade, como lei eterna, divina...” CATHREIN, *ob. cit.*, p. 164. Assim, não se via no Direito o resultado de uma “conquista” do homem e dos povos, mas como um “dom” dos deuses. Era o Direito “revelado” — como revelada era a verdade religiosa. HESÍODO, nos seus *Trabalhos e os Dias*, observa que “sòmente aos homens Saturno concedeu leis, pois os peixes, o animal na selva e os pássaros do céu vivem da rapina mútua porque *carecem do Direito*; mas aos homens o Direito outorga o dom soberano”. *Id.*, *ibid.*

14. A “positividade” de um direito — escreve KELSEN — consiste “em ter sido legislado pela vontade humana”, que é uma razão de validade alheia, por sua essência, à validade própria do Direito natural, já que êste, como ordenação natural, não foi produzido pelos homens, nem pode ser considerado de modo algum como suscetível de ser produzido por um ato humano” HANS KELSEN, *La Idea del Derecho Natural y Otros Ensayos*, p. 20.

15. As normas do Direito natural — ao contrário do Direito positivo — não são jamais “postas”, editadas pelos homens. Trata-se de uma ordem natural, de algo dado uma vez por tòdas, independentemente da vontade humana. Ver *ob. cit.* KELSEN, p. 19 ss.

normativas. Uma, o chamado Direito natural, fala “interiormente” ao homem; o outro, o Direito positivo, se impõe, “exteriormente”, ao homem¹⁶.

O Direito natural é, essencialmente, a teoria do Direito “em si”, que se identifica, afinal, com a Justiça. É, neste sentido, uma Teoria da Justiça. Mas o que é, “em si”, a Justiça (o Direito natural)? Passará, acaso, de uma “idéia”? E o Direito como idéia pura, que dispensa a sua realização positiva — que está, por isso, divorciado do vir-a-ser da realidade, em que se cometem injustiças, e se luta pelo Direito — não é Direito, por mais “natural” que se pretenda, mas uma simples “aspiração” abstrata de justiça. Essa aspiração é legítima quando faz corpo com a realidade, abdica das excelsitudes de que geralmente aparece nimbada, e vem se bater pelas causas concretas dos homens.

Pressupõe, pois, o Direito natural que haja uma ordem de conexões “necessárias” a presidir os acontecimentos humanos. Essa ordem natural sancionada pela vontade divina, pode justificar a injustiça, em nome de princípios absolutos e imutáveis. Pode justificar tudo. Daí o que há de perigoso no chamado Direito natural — cujo conteúdo passa a ser a manutenção da ordem existente, a justificação do *statu quo*.

16. Direito natural nada mais é do que ética, ou moral. Com êsse nome não se designa, afinal, senão o “fôro íntimo”, onde fala a “voz da consciência”. É o coração do homem, em última palavra — e o imperativo moral, o poder de decidir que tem o homem, em face das circunstâncias de sua vida — é êste o conteúdo efetivo do chamado Direito natural. Como afirma LUIZ LEGAZ Y LACAMBRA, “embora se possa dizer que há um Direito natural válido, êste constitui mais ética do que Direito” (LUIZ LEGAZ Y LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943, pp. 254-274. Cfme. JOSEF L. KUNZ, *La Filosofía del Derecho Latinoamericana en el siglo XX*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1951, p. 60). Neste sentido não se pode negar a existência do Direito natural.

4. A doutrina estóica da igualdade dos homens. Natureza humana e Direito natural.

Os estóicos, por assim dizer, terminavam *no principio*, onde seria necessário começar. Um Direito natural comum, baseado na razão, nos identificava, em ZENÃO e seus discípulos, com a razão divina — mas ignorava a nossa condição de *homens*, ou seja, sêres diferenciados, que não se ajustavam à unidade e universalidade da ordem natural ou divina. O que era a conquistar, se apresentava como *dado*: a liberdade e a igualdade de todos os homens. O homem estóico contentou-se com um “em si” abstrato e ideal, desinteressando-se pela *humanização* do homem, o que equivale a dizer: pela realização do próprio Direito. A humanidade era, para os estóicos, um *minus*, um estado inferior, degenerado — ao passo que o Direito natural era o Direito absoluto correspondente à “idade de ouro” da humanidade. O homem, portanto, era considerado um ser que *já fôra perfeito*, e deixara de o ser: decaira de sua dignidade própria¹⁷.

O princípio (estóico) da “igualdade” é, em si mesmo, neutro: dizer que todos os homens são iguais, por natureza, é apontar para o *ponto de partida*, apenas, da humanização do homem. Desiguais pelas condições sociais e pessoais de cada um, iguais são os homens *por natureza*: eis o que essa doutrina da igualdade dos homens pretende enunciar. Igual segundo a natureza quer dizer: igual *pelo nascimento*, pela origem comum da humanidade. Mas é pelo *crescimento* que os homens se diversificam — e se humanizam. A origem é comum; o desenvolvimento é singular, ou “pes-

17 “O Direito natural absoluto da idade de ouro teve de ser substituído por um Direito natural relativo, não tão perfeito, que, segundo os estóicos, devia levar em conta as condições reais da situação existente e a natureza imperfeita do homem. EDGAR BODENHEIMER, *Teoria del Derecho*, p. 112.

soal”. O que é “comum”, no homem, o iguala aos outros homens. É, sem dúvida, esta, a sua natureza (no sentido de que os homens nascem *iguais uns aos outros*). Mas é o que os diferencia entre si — e no entanto os irmana ainda mais -- o que conta ¹⁸.

Já mostramos que a chamada “lei natural” ¹⁹ pode ser fonte de justiça, tanto quanto, de injustiça. Dependendo do que se pretende tirar dela — e também do que se pretende atingir com ela. É sempre a “comum humanidade” do homem que conta. Mas se considerarmos essa comum humanidade como “natureza” dada uma vez por tódas, a conclusão a tirar é de que essa humanidade do homem não é a realizar. Conclusão das mais graves, porque implica em “rebaixar” o homem, impedindo-o de crescer, ou de atingir a sua própria “altura”.

A “natureza humana” é entendida como “razão”, pelos estoícos. Cultivar a razão é cultivar o que há de mais próprio, ou humano, nessa “natureza”, e vice-versa. Natureza e razão se identificam, pois, para os estoícos — no homem. “Natureza humana” passa a significar natureza “racional” do homem. O homem é *ratio*, tanto quanto “natureza”. Donde a conclusão de que o não-racional no homem está fora da sua natureza, é inumano. E o que é, no homem, o não-racional? É, próprio, — diremos nós — todo o homem, ou melhor, a totalidade do homem, exceto a razão.

18. A lei moral natural que, segundo SANTO AGOSTINHO, Deus escreveu no coração do homem, “era por êle considerada como o trasunto ou a cópia da lei eterna divina, da razão divina soberana e imutável, no coração dos homens”. CATHREIN, *Filosofia del Derecho*, p. 179. Mas se silencia, nessa concepção, que tudo depende da evolução ou do desenvolvimento do próprio homem.

19. A lei moral natural seria uma lei inscrita no coração dos homens, uma lei que “nasce” com o homem. “A lei moral natural, diz SANTO AMBRÓSIO, não se escreve, mas nasce conosco, e portanto não é pelo estudo que chegamos ao seu conhecimento, senão que êste procede do interior da própria natureza e se torna público a todos”. CATHREIN, *Filosofia del Derecho*, p. 179.

Tinha-se como “natural” uma ordem jurídica perfeita, imutável e eterna. Por que “natural”? Natural seria o que é imutável e eterno: o que não varia, e portanto não está sujeito ao tempo, e ao arbítrio humano (como as leis, o direito positivo). Natureza é, pois, um conceito metafísico: há uma “ordem natural”, que é verdadeira na medida em que é imutável e eterna. Há, assim, uma “minimização” do humano — oposto ao que é natural.

O Direito, para ser “real”, verdadeiro, pretende-se que tenha de corresponder à ordem “imutável” da natureza²⁰. A natureza se opõe à história, e por isso seria uma ordem imutável e eterna. A verdade seria *o que não muda* — e julgava-se que a natureza era imutável. Daí pensar-se que o Direito fazia parte dessa ordem natural imutável.

Como vemos, essa concepção estática do Direito, chamada Direito natural, casa muito bem com a concepção, também estática, de uma “natureza humana” imutável e eterna²¹. São conceitos que se correspondem e completam, o de natureza humana e Direito natural. Em ambos os casos se quer “imobilizar” o homem e o Direito, negar o seu “devenir”.

5. Quem estatuí em definitivo, sôbre o Direito natural?

Os ideais humanos se incorporam, sempre, na legislação, se convertem em direito positivo. “A maior parte dos princípios que integram o Direito natural — escreve RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ — se incorpora à ordem jurídica

20. O Direito, na sua natureza intrínseca, não “fluiria”, não variaria — como acontece com as normas do Direito positivo; seria um Direito imutável e eterno, e por isso verdadeiro fundamento do Direito positivo.

21. A “natureza humana” é uma entidade metafísica. E a Escola Clássica do Direito Natural pretendeu deduzir, racionalmente, os princípios do D. N. de uma natureza humana imutável. Da mesma forma que a escola teológica fundava o Direito Natural na inteligência ou vontade divinas.

positiva ao ser incluída nas legislações. E isto por exigência ineludível da natureza do homem e da sociedade, que não poderiam viver sob um regime distinto”²². Por onde se vê que o chamado Direito natural é, mais pròpriamente, uma expressão perifrástica do próprio Direito conquistado pelo homem e pelos povos, no curso da evolução histórica²³. Dizer, como o faz SANTO TOMAS, que a lei positiva que contém alguma prescrição contrária ao direito natural não é moralmente obrigatória, porque “já não será lei, e sim corrupção da lei”²⁴ é esquecer que a lei como algo “pôsto” pela autoridade social, pode existir, sem obrigar os súditos. Ou seja, sem impedir a “resistência” contra ela — a qual pode assumir as mais diversas formas. Mas o problema está em saber quem irá decidir que as normas positivas “violam” o chamado Direito natural. Ou seja: quem estatui, em definitivo, sôbre o Direito natural?

22. Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ (e Carlos MOUCHET), *Introduccion al Derecho*, 4.^a ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1959, pp. 35/36. E continua êsse autor: “Entre o direito natural e o positivo existe, com efeito, uma relação de hierarquia análoga à que existe entre a Constituição e as leis. Estas últimas devem conformar-se às normas superiores da Constituição, e é isso o que ocorre na imensa generalidade dos casos. Excepcionalmente, no entanto, se sancionam algumas que são logo declaradas contrárias à lei suprema. Foram aplicadas e produziram efeitos antes dessa declaração de inconstitucionalidade, mas não há dúvida alguma de que sua inconstitucionalidade era intrínseca e originária, o que lhes tirava natureza jurídica. Do mesmo modo — prossegue — o direito positivo se ajusta em grande parte ao Direito natural, mas as normas contrárias a êste último padecem de um vício que as priva de todo caráter jurídico. A única diferença que existe entre esta e aquela relação reside no fato de que não há poder algum — salvo o das consciências e o da razão — que declare a anti-juridicidade das leis injustas”. *Ob. cit.*, pp. 36/37.

23. Continua Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *loc. ob. cit.*: “Resulta inconcebível, com efeito, a existência de uma comunidade em que se autorizasse o roubo ou o assassinato, se proibisse o cumprimento das obrigações, ou se privasse os cidadãos de certas liberdades elementares”.

24. SANTO TOMAS, *Summa Teológica*, I-II, 9.95, art. 2 e II-II, 9.

6. A luta contra a injustiça: Antígona.

Existe uma ordem intrinsecamente justa, que valha por si mesma e seja “posta” de uma vez por tôdas, quer dizer, para valer para todo o sempre? — É êste o problema — e a exigência maior — do chamado Direito natural. Com êle se afirma um dualismo invencível entre ordem jurídica *positiva* e ordem jurídica *natural*, aquela, contendo preceitos de vigência temporal e transitória, esta, preceitos intemporais e imutáveis. Dualismo que parece irreduzível na concepção jurídica do Ocidente.

O Direito natural não é “editado”, não é “pôsto” pelo legislador. Mas seria algo que se impõe (que se “põe”) por si mesmo, a todo individuo racional, a todo homem. Seria, nesse sentido, um imperativo da razão, o seu reconhecimento. Mais: os preceitos do direito positivo sòmente têm validade plena (e não apenas formal), na medida em que sejam expressão de preceitos do Direito natural.

Como vemos, o problema é complexo²⁵. Em que consiste (ou qual o “conteúdo”) dessas normas não-escritas e imutáveis do chamado Direito natural?²⁶.

25. “A enorme variedade de concepções do direito natural que registra a história — escreve GARCIA MAYNEZ — explica-se em função do grande número de sentidos em que os teóricos empregam a voz *natureza*. O único ponto em que coincidem os partidários da tese é o da afirmação do dualismo normativo. Mas suas opiniões se separam quando se intenta definir aquela palavra. O fundamento do direito é a natureza; mas, como entender êsse vocábulo? Trata-se da natureza num sentido físico Da natureza racional do homem?.. Ou a validade da ordem natural depende da índole peculiar de seu conteúdo?...” EDUARDO GARCIA MAYNES, *Introduccion al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México, 7.^a ed., 1956, pp. 40/1.

26. “A teoria clássica do Direito Natural sempre admitiu — escreve WERNER GOLDSCHMIDT — implicitamente que êste compreendia um conjunto de critérios de valoração, e nunca pretendeu introduzir de contrabando em lugar dêles normas de reparte dotadas como tais de eficácia operativa. Esta substituição se deve mais pròpriamente à ciência jusnaturalista protestante” WERNER GOLDSCHMIDT, *La Doc-*

A ilustração clássica da tese jusnaturalista, na sua expressão teológica, é encarnada por ANTÍGONA, na peça famosa de SÓFOCLES. ANTÍGONA, contrariando o édito real, que proibia dar sepultura a seu irmão POLINICE, e mantém com o tirano CREON o seguinte diálogo:

CREON: — Tu, que inclinas a cabeça ao solo, confessas ou negas ter dado sepultura a POLINICE?

ANTÍGONA: — Confesso, não nego ter-lhe dado sepultura.

CREON: — Conhecias o édito que proibia fazer isso?

ANTÍGONA: — Sim, conhecia. Todos conhecem.

CREON: — E ousastes violar as leis?

ANTÍGONA: — É que ZEUS não fêz essas leis, nem a Justiça que tem seu trono em meio aos deuses imortais. Eu não acreditava que os teus éditos valessem mais do que as leis não escritas e imutáveis dos deuses, posto que és apenas um simples mortal. Imutáveis são, não de hoje nem de ontem; e eternamente poderosas; e ninguém sabe quando nasceram. Não quero, por medo às ordens de um único homem, merecer o castigo divino. Já sabia que um dia havia de morrer — como ignorá-lo? — ainda sem tua vontade. E se morro prematuramente, oh! será para mim uma grande sorte. Etc..

Aí, como vemos, as “leis não-escritas e imutáveis dos deuses”, se têm como superiores às leis escritas. Mas aí se afirma, também, o valor e a dignidade da revolta humana contra as leis injustas. É isto o que importa ressaltar. Luta-se contra a injustiça — é isto o que há de “válidamente” imutável e eterno no chamado Direito natural, ou seja, o que há de “válido” e legítimo para o homem nessa ordem superior ao direito positivo, proclamada e defendida pelos partidários do Direito natural.

trina del Mundo Jurídico (Programa de la ciencia jurídica como ciencia socio-dike-normológica), no Anuário III (Tomo I) do “Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología” da Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 1962, p. 69.

Sôbre a Evolução do Problema do Direito Natural*.

Nelson Nogueira Saldanha

(Docente-livre de Direito Constitucional na
Fac. de Direito da Univ. Federal de
Pernambuco).

SUMÁRIO: Liberdade e direito natural nos tempos modernos: ligação entre suas trajetórias. Peripécias do jus-naturalismo contemporâneo: seus desdobramentos e suas dificuldades. "Direito" natural e "teoria" do direito natural: anotação à margem dos livros sôbre direito natural. Reflexões pouco conclusivas.

Qual o interêsse, para povos na situação do brasileiro, de questões como a de direito natural? À primeira vista, poderia parecer que semelhante classe de temas, cujo contôrno se acha marcado com as características de uma origem estranha à nossa experiência cultural, não interessa à ordem de premências que hoje estão necessitadas de discussão entre nós; poderia parecer que os problemas que conduziram o desenvolvimento da teoria do direito natural, sendo problemas situados na história dos povos europeus, não encontram correspondência concreta no caso da dos povos ditos periféricos. Em realidade, é preciso convir que todo problema doutrinário tem um condicionamento histórico, e os conjuntos de conceitos e de categorias, que formam um tema como o do direito natural, surgiram e cresceram sob aquêle condicionamento. Mas nem isso impede, antes certamente permite, que a questão das metamorfoses do direito

* Conferência pronunciada em 17 de setembro de 1955 na Faculdade de Direito de Caruarú, Pernambuco.

natural seja revista dentro dos níveis intelectuais da vida brasileira, tal como nos propomos aqui sugerir ou tentar: não só porque os países como o nosso precisam sempre das lições da história dos outros, desde que lucidamente entendidas, como porque, onde quer que se estude o Direito, semelhante questão se reveste de vibrante importância.

Liberdade e Direito natural nos tempos modernos.

De certo modo, as experiências passadas da humanidade vêm tendo o seu perfil traçado, ou retraçado, em função de experiências novas. Assim, o que se chamou de “liberdade antiga” foi algo cuja descrição serviu no século XIX para contraste perante a idéia liberal de liberdade; e outros elementos da vida de outras épocas, como o direito ou a pedagogia, têm seus caracteres reconstruídos tôda vez que uma geração quer, servindo-se da história, dar fundo propício ao que faz ou quer fazer.

No caso da idéia de *liberdade*, que em si mesma corresponde a uma vivência intransferível, a sua conceituação durante o liberalismo utilizou, como tela ou marco arqueológico, o quadro da *polis* em que o indivíduo — dizia-se — era absorvido, mesmo na medida em que fôsse livre, pela comunidade política e cultural. Note-se que a ciência histórica, que trabalhava sôbre os temas clássicos, se abeberava dos princípios daquele mesmo liberalismo moderno, a que alimentava.

Olhando-se, agora, os componentes da gênese e da evolução dessa teoria moderna da liberdade, encontramos, ao lado do condicionante social, ou seja do predomínio crescente da classe burguesa e de seus padrões econômicos, uma série de ingredientes culturais: a secularização da mentalidade, o individualismo, o racionalismo. Assim, a teoria da liberdade, desenvolvida nos marcos burgueses, vinha sincronizada com um racionalismo que tudo queria pôr em princípios corretos, em evidências geométricas, em fórmulas

universais; entretanto ela, aquela teoria, tomou gosto em montar comparações históricas, e em distinguir-se por elas de tudo o que era antigo: democracia antiga, direito antigo. Por um lado suas matrizes clássicas a ligavam ao direito natural, a um direito imutável, desdobrável em direitos inerentes a cada qual, atomizados e pré-positivos; por outro, sua consciência de modernidade, que descrevia seu regime social como coisa nova, moldava-lhe uma vocação histórica.

Esse tema é de suma importância. A teoria moderna da liberdade nasceu em paralelo com a da democracia burguesa, e ambas cresceram como oposição a regimes sociais e políticos, cuja queda fez que tais teorias se generalisassem. Mas nesse processo elas vinham levantando complicadas problemáticas, de sorte que desde o advento da democracia liberal os movimentos políticos são ocasião, sempre, de discussão, e nenhum regime pôde mais dispensar a autojustificação. A teoria liberal tinha de se justificar em cada passo, pondo aliás com isso questões permanentes. Sucedeu então que, de dentro mesmo dos temas que surgiram, cresceu a oposição entre a matriz clássica universalizante e intemporalizante da teoria liberal e sua tendência a fazer história e a justificar mutações. A matriz clássica era o cartesianismo trazido para a política, a tendência a tirar da razão, e só dela (ou do bom senso como às vezes se dizia) as bases das instituições; tendência frutificada inclusive em ROUSSEAU, na medida em que seu ideal político supunha uma específica “razão política” de base individual e apesar da derrapagem comunitarista que sua “vontade geral” envolvia. Era universalizante e intemporalizante, e nesse sentido, bem do século XVIII, o *direito natural* era um perfeito complemento, senão um fundamento, da idéia de liberdade. Chegou-se ao ponto em que, numa certa fase, falar de direito natural e de filosofia do direito era a mesma coisa. Já a necessidade de alusões históricas, que havia na temática das discussões como que se autojustificava o ideal demoliberal, trazia consigo a idéia de que certas mudanças

históricas são necessárias, senão mesmo a idéia da história como ordem de mudanças necessárias. Por um tempo, falou-se apenas de PÉRICLES, da democracia grega e de coisas assim, que os inglêses do tempo de GROTE muito apreciavam; depois, porém, a filosofia assumiu o tema, e viu-se HEGEL, entusiasta da revolução francesa, estabelecer a idéia da racionalidade essencial de tôda transformação real. E os juristas da Escola Histórica — apesar da pouca simpatia de SAVIGNY por HEGEL — deram à noção de direito um tratamento, em que o jusnaturalismo clássico ficava mal colocado: agora o fundamental era o conjunto orgânico da vida do povo, como berço do direito, um conjunto tomado em concreto, como uma coisa real.

Para o problema da situação histórica do conceito de liberdade moderna, v. meu *Liberdade moderna e história da liberdade em Anais do IV Congresso Brasileiro de Filosofia* — S. Paulo — Fortaleza, 1962. O problema, no caso da liberdade, será o de situar as circunstâncias institucionais, necessárias para “fazer” história, sem desligar do “sentimento” de liberdade, sinal de sua efetiva existência. Sobre o desencadeamento de teorizações justificadoras de regimes e de contra-regimes desde as revoluções liberais, meu *Notas para uma tipologia de las mentalidades políticas*, em *Estudios de Sociología*, n. 2, Buenos Aires, 1962. — No artigo “Liberty”, na *Encyclopaedia of Social Sciences* (ed. de 1935, vol. IX), H. LASKI encontra dois grandes períodos na evolução da liberdade desde a Reforma: primeiro, o da luta pela libertação do individuo perante travas religiosas, econômicas, políticas, com sentido negativo, por ser mais uma luta pela liberdade “contra” algo; segundo, o das lutas sociais, pedindo-se uma liberdade para todos, com sentido positivo por ser já uma luta por uma liberdade “para” algo. O mesmo esquema é adotado por FROMM em seu *Mêdo da Liberdade*, mas, apesar de sugestivo, é muito simplificador e discutível: porque na fase do individualismo a pugna contra pressões de origem medieval era também impulso “a favor” de certos fins, valores ou concessões, e na fase social a referência a positividade visadas não dispensa o complemento, que é a necessidade de livrar-se “de” situações que obstem as pretensões.

Peripécias do jusnaturalismo contemporâneo.

A posição da Escola Histórica, porém, não foi a palavra definitiva sôbre o Direito Natural, e há hoje uma série de revisões do tema, a ter em conta. Felizmente, aliás.

Há que considerar, na trajetória do direito natural durante o largo processo que os historiadores chamam de “advento dos tempos modernos”, a sua divisão em uma corrente teológica e outra secularizada. Ou antes: o direito natural de linha teológica, que vinha dos claustros da Idade Média, continua a atuar literariamente depois da Reforma luterana (e continua sobretudo entre os jesuitas espanhóis), mas agora coexistindo com uma nova e poderosa versão do direito natural, conduzida em sentido secular e racionalista, vinculada à cultura dos países protestantes.

O que sucedia era algo paralelo ao caso da teoria do contrato social; esta teoria, cultivada durante a Idade Média e bastante conhecida pelos escritores dos séculos XIII a XVI, assume depois, com HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU, uma importância tão realçada, que é como se se tratasse de uma formação doutrinária inteiramente nova. Cada uma das grandes teorias contratualistas carregou, por sinal, uma determinada concepção do direito natural e dos direitos naturais: uma em HOBBS, outra em LOCKE etc..

Voltando, porém, ao ramo secularizado-racionalista do jusnaturalismo, êle informou uma bôa parte do pensamento social nos séculos XVII e XVIII, servindo orientações diferentes, mas sempre marcando a temática jurídico-política por um padrão expositivo tipicamente apriorista e dedutivista. O jusnaturalismo moderno se generalizou, assim, como um “momento” do próprio espirito europeu em seu desenvolvimento, como um elemento dentro do grande fenômeno da “secularização” da mentalidade ocidental.

Havia, entretanto, problemas e percalços, no tocante à relação entre o jusnaturalismo e a teoria da liberdade, que viria a ser alcançada por uma série de reivindicações sociais.

Um detalhe a que pouca gente prestou a atenção, foi o fato de que, segundo o jusnaturalismo clássico, a concepção ideal da sociedade se plasmava como um todo unitário e — um tanto leibnizeanamente — harmonioso. A ordem política deveria assentar-se sobre a substância de um grupo social perfeitamente coeso. Isso conduzia, por consequência, a uma resistência à idéia de partidos: e por isso êles foram chamados, por muito tempo, de “facções” e “seitas”. E ocorreu que, inclusive pelas necessidades e conveniências do parlamentarismo inglês, tornado modelo, a democracia liberal consagrou os partidos e chegou a dar-lhes o caráter de essenciais à liberdade política: havia nisso uma implícita concessão à parte de “movimento” que devia haver na vida política, por cima do ideal um tanto estático que aquela harmonia representava.

De qualquer sorte, o direito natural se integrou na experiência democrática. O século XVIII, cuja ideologia segundo CARL BECKER era uma espécie de terrestriização da “cidade de Deus” agostiniana, construiu as suas reclamações sobre a idéia de uma ordem naturalmente desejável, na qual a vontade individual livre (na verdade a vontade burguesa) era o “organon” e o “metron” para todas as dimensões. A liberdade era um dos direitos, ditos inatos e inalienáveis, mas era, antes disso e mais do que isso, a condição de toda ordem. Assim as definições de “direito” — modelo, a de KANT — tomaram a liberdade como marco, e a pluralização dela como sistema.

Talvez as consciências daquele tempo não tenham visto tudo assim; mas a história é um rever, em que os protagonistas não sabem de seus espectadores futuros.

O certo é que, para a compreensão que hoje se projeta sobre tudo aquilo, a Revolução Francesa foi um episódio jusnaturalista: quer dizer, um movimento em cujo arsenal de idéias os princípios do Direito Natural ocupavam parte eminente, e êsse arsenal de idéias era, ocioso é dizer, o de todo o século XVIII. Há, porém, mais ainda: dada a exemplaridade histórica que aquela revolução assumiu, chegou

a formar-se a opinião de que em “tôda” revolução atua uma idéia jusnaturalista, pois que todo embate consciente contra uma ordem dada implica a fé em valores superiores, implica a opinião de que, “acima” da positividade da ordem a derrubar, vigoram preceitos cujo valor independe da vigência concreta mas que é legítimo fazer vigorar por meio da luta. Já existe sôbre isso, por sinal, um vasto rosário de referências, mais explicitas umas, outras menos. O que sucede é que êste paralelo, entre revolução em geral e jusnaturalismo em geral, reduz ambas as coisas e representações um tanto esquemáticas e bastante amplas, ficando por isso ao alcance da crítica histórica, sempre faminta de peculiaridades e de “diferenças específicas”

Retomemos, porém, a situação da teoria social da democracia. Ela, tendo nascido em berço geométrico, instalada nos claros meridianos individualizantes e universalizantes do classicismo, adotou em tempo as inovações trazidas pelas escolas de ciência social, e eram as contribuições da filologia, da etnografia, da sociologia, de permeio com as escolas “históricas” de política, de direito e de economia. Essas inovações em termos de ciência social puxavam o ideário democrático para terreno concreto, em que impressionava antes de tudo o espetáculo do variável: as coisas humanas, nos grupos ou nas pessoas, passavam a ser vistas como variabilidade no tempo e no espaço, conforme séculos e épocas, ou continentes e climas. Isso era propício ao desenvolvimento de uma tendência da doutrina democrática, mencionada atrás, a de pôr o debate em termos de história.

Mas então o direito natural, categoria típica da forma de pensar universalizante, ficava difícil de conciliar com essas novas tendências. A sociologia, desde COMTE, repudiava a idéia abstrata dos direitos, taxados de metafísicos; as escolas históricas enxergavam por tôda parte sistemas concretos, com contôrnos e condicionamentos bem situados; a filosofia crítica impugnava todo apriorismo. Foram, portanto, três os “fronts” em que se viu combatida a venerável e já então encanecida figura do direito natural: a) o po-

sitivismo sociológico, vinculado ao empirismo em geral e aos sociologismos e evolucionismo de tóda sorte, incluindo os etnografistas do direito; b) o criticismo gnoseológico e epistemológico, rejeitador de sistemas de cunho dogmático, que atingia justamente as matrizes pufendorianas e wolfianas do direito natural de até começos do século XIX; c) os romantismos e nacionalismos, ocupando-se com os particularismos populares e com a promoção de um saber das nações sobre si próprias, através da história, e considerando o direito produto interno de cada uma delas.

Por falar em história, cumpre anotar que a Escola de SAVIGNY não foi intencionalmente antijusnaturalista, e que não rechaçou expressamente a idéia de princípios jurídicos extralegais; o que fez foi substituir a anterior fundamentação da *ciência* jurídica em preceitos ditos filosóficos, por uma fundamentação no estudo dos costumes e da evolução da “vida” jurídica dos povos. Tanto que num autor como AHRENS encontramos uma conciliação — nem tanto lograda — entre jusnaturalismo e perspectiva histórica.

De qualquer modo, a crise do direito natural, ou do jusnaturalismo, era patente. E como ambas as coisas vinham sendo componentes essenciais do enraizamento do pensar jurídico europeu no próprio cerne da vida espiritual do chamado Ocidente, pareceu a certos autores que aquela crise era algo grave, algo alarmante; alguns acharam mesmo que certas formas de negar o direito natural eram deletérias. Assim o famoso ERNST TROELTSCH, num exagêro explicável, escreveu um ensaio dizendo que a oposição ao jusnaturalismo ocidental, levada a cabo pelo historicismo alemão, era um perigo para a permanência dos valores culturais europeus e tinha sido inclusive um dos caminhos para o nazismo. Mas deixemos isso.

Para a explanação da teoria do Direito Natural, com todos os seus ingredientes e extensões, entre os séculos XVI e XIX, v. os capítulos clássicos de GIERKE, traduzidos por BARKER num volume intitulado *Natural Law and the theory of Society*. No número 4 do § 16 (p. 107 ss), investiga as

relações entre o contratualismo e o jusnaturalismo: êste aparece acolhendo como um “dogma” a hipótese do contrato original. BODENHEIMER encontra três fases na marcha da doutrina do Direito Natural: primeira, a do protestantismo nacionalizado e mercantilista; segunda, a do liberalismo ascendente; terceira, a da voga do conceito democrático de soberania popular (*Teoria del Derecho*, FCE, México, 1946, cap. VII, p. 129). Mais sôbre isso tudo em GURVITCH, antigo “Natural Law” na *Encyclop. of S. Sciences*, vol. XI, analisando a seqüência das diferentes versões da idéia, e em M. VILLEY, *Leçons d’Hist. de la Phil. du Droit*, Paris, 1957, observando (p. 224) que a dita “laicização” do D. Natural não excluiu das obras dos séculos XVII e XVIII as citações bíblicas. Sôbre a secularização da cultura ócidental moderna, C. DAWSON, *Progreso e Religião*, ed. A. Amado, 1943 — O detalhe mencionado no texto, e a que poucos tem dado atenção, está salientado por S. COTTA no ensaio “*Les partis et le pouvoir dans les theories politiques du début du XVIIIe siècle*” contido na publicação coletiva *Le pouvoir*, tomo I, PUF, 1956; e sôbre êle publiquei uma nota no n. 3, 1963, de *Estudos Universitários*, Recife — Sôbre a integração do direito natural leigo na teoria democrática, lembra A. STERN que ela foi promovida pela filosofia da ilustração, abrigadora do racionalismo (*La fil. de la hist. y el problema de los valores*, B. Aires, 1963, cap. VI, pág. 166). A alusão a BECKER refere-se ao seu famoso livro (*La ciudad de Dios en el s. XVIII*, trad., México, 1943). Sôbre a relação do jusnaturalismo de então com a figura dos “direitos” (que eram liberdades), ver J. D. MABBOTT, *The state and the citizen*, London, 1956, cap. VII; VILLEY, *op. cit.*, p. 277; TAWNEY, *Religion and the rise of capitalism*, ed. Pelican, 1938, p. 167; C. BRINTON, art. “Natural Rights” em *Encyclop. of the Sciences*, vol. XI, págs. 299 e segs.). Mais sôbre o tema em A. L. MACHADO NETO, *Para uma sociologia do direito natural*, Salvador, 1957. — O rosário de referências ao vínculo entre jusnaturalismo e revolução, eu o começaria com uma passagem de RECASÉNS SICHES, “tôda revolución implica uma creencia iusnaturalista, pero especialmente la volucion francesa, magna apoteosis de la fé en el Derecho Natural” (*Vida Humana, Sociedad y Derecho*, México, 1945, cap. X, p. 322). Seria de perguntar-se, mas sem levar avante agora, se a palavra “creencia” vai aí em sentido orteguiano. Em sentido análogo há expressões em RADDBRUCH, TRÖELTSCH, ALFRED

WEBER, WHITEHEAD, LACAMBRA, DILTHEY, WOLF, etc. todos sentindo o fato de que dismantelar um ordenamento implica elementarmente a concepção de agir em nome de princípios melhores. Como ressalva, cabe porém anotar a ponderação de KELSEN, para quem as formulações jusnaturalistas, de ARISTÓTELES até hoje, têm um caráter conservador, porque nada mais fazem do que remeter, através de regras que em si nada ordenam de específico, à vigência das normas efetivamente vigorantes em cada época (*Justice et Droit Naturel*, no vol. coletivo *Le Droit Naturel*, PUF, v. 959, pp. 23, 27 e 110). Seria aliás o caso de indagar, ainda naquêlo caso, se não haveria tantos “tipos” de jusnaturalismo quantos de revolução, histórica e socialmente representáveis; e então o jusnaturalismo, mesmo ligado como um princípio ou um elemento a algo de genérico, ficaria “reduzido” a uma variável. De resto, o próprio conceito de revolução (revolução “autêntica”, “definitiva” etc.) vem sendo reivindicado por cada uma das revoluções ocorrentes, mas sem nenhuma conseguir monopolizá-lo. — O ensaio de TROELTSCH é *As idéias de Direito Natural e de Humanidade na política mundial*, e vem como apêndice na edição de Gierke — Barker, citada atrás.

“Direito” natural e “teoria” do direito natural.

A crítica ao jusnaturalismo, por parte do sociologismo “oitocentista”, toma como objeto aquilo que as teorias clássicas do direito natural dizem sôbre o direito. No mesmo sentido, a do historicismo daquêlo tempo. Isto é, essas críticas se opõem à idéia de um direito abstratamente considerado, de um direito igual em tôda parte, imutável, invariável, passível de ser deduzido da mera racionalidade da condição humana, ou da relação desta com a divindade. Opõem-se à universalidade do conceito e ao impalpável do objeto. Argüem que aquela idéia traz a marca de um pensamento estático, de uma “metafísica do lugar natural”, de uma concepção incompatível com a positividade de todo verdadeiro direito, ou então com a experiência histórica, com a evolução, com a variação sócio-cultural. Mas situam-se sempre perante a “coisa” direito natural, perante aquilo que como tal era apresentado pelas teorias.

Ora, uma crítica ao nível do século xx não pode contentar-se com isso. Ela tem de referir-se, não só ao caráter histórico do direito, como também ao da *teoria* do direito. No caso, tem de ser, além de crítica do direito natural, crítica do jusnaturalismo, e “crítica” aqui significa inclusive compreensão e situação. É preciso fazer, portanto, a “redução histórica” das doutrinas mesmas, não apenas do objeto delas. A própria importância dessas doutrinas, em relação com os padrões éticos de pensamento que as impeliram, ressaltará assim.

Essa é portanto uma anotação necessária. As “refutações” do direito natural até aqui têm sido mais ou menos fundadas na idéia da variabilidade do jurídico. E isso tem ensejado sempre as mesmas respostas dos jusnaturalistas: que aquela historicidade implica uma idéia reguladora, que para se reconhecer algo na história como sendo direito exige-se que se disponha de um conceito prévio, etc.. O fato de terem os debates ficado situados nessa faixa, provém do caráter *noção do direito* de que se dispôs: uma idéia feita em moldes clássicos, substancialista, essencialista, ligada ao tema da justiça e a outros. Com ela, era normal que se alegasse um fundamento “natural” para o direito (e natural ainda que meta-físico). Nêsse sentido, a objeção consistente em dizer que o jurídico, por ser convenção, não pode ser natural, traz o problema, mas não o desdobra. E não o desdobra, nem o resolve, porque de fato a idéia antiga de direito (ou melhor a que atribuímos aos antigos sobre o que dizemos ter sido o direito dêles) podia ser, e era, natureza. A que talvez não seja natureza é a idéia moderna do direito. Assim, o nuclear numa crítica do direito natural e do jusnaturalismo é a referência à concepção do direito, de que historicamente se trata. A análise do jusnaturalismo deve visar a situação histórica da idéia de direito que baseia o saber jurídico dentro do qual se dá a crença num direito natural. O saber jurídico grego era mais uma reflexão sobre a justiça; nós é que fazemos dêle um saber jurídico. O romano era jurídico, mas fundava-se, para as definições

gerais, no dito pelos gregos sôbre *fisis e temis*. O Ocidente moderno, porém, sob a idéia de positividade com que o legalismo formalizou o caráter estatal das normas, “separou” o natural e o positivo, antes simplesmente distintos (como em S. TOMÁS) — e separou, correlatamente, a ciência jurídica da filosofia do direito, esta por alguns confundida, em tempos, com a teoria mesma do direito natural. E como o direito que o saber jurídico “sentia” e aplicava era o positivo, o direito *natural* ficou sendo para o pensamento contemporâneo um. . “problema”: não o era para o antigo. É portanto a idéia moderna de direito que não o comporta.

O saber jurídico moderno joga com a noção de um direito cujo conceito se capta independentemente de tempo e espaço, mas se sabe que seus contornos são afetados pela experiência institucional e doutrinária contemporânea. O autoconhecimento dessa experiência, aliás em fase já de transformações e mudanças, é a grande e dramática tarefa das gerações de hoje.

Sôbre a necessidade de ser, a perspectiva histórica, aplicada não só à compreensão do jurídico mas também à da respectiva teoria, ou seja ao “saber” jurídico, pronunciei-me no cap. III, § 8, de meu *O Problema da história na ciência jurídica contemporânea* (Recife, 1964). A referência ao “essencialismo” contido na idéia de direito herdada dos clássicos, é feito no sentido da crítica de SARTRE: o essencialismo consiste em considerar a realidade cognoscível de algo como independente de suas inserções existenciais, como consistente em um molde intemporal. — A anotação desdobrada nessa parte do texto, pensada como uma observação aos livros sôbre Direito Natural em geral, inspirou-se na leitura do de LEO STRAUSS, *Droit Naturel et Histoire*, trad., Plon, 1954. Na verdade, são puramente sistemáticas certas críticas do Direito Natural, como a de SICHES (citada por C. J. GUTIERREZ, em *Riv. Internazionale di Fil. del Diritto*, nov.-dic. 63, ano XL, fasc. VI, pág. 712), a de KELSEN, a de STERNBERG, etc., isto é, omitem o prisma histórico, onde se situa o verdadeiro “sentido” do problema. Há certos pontos, dentro da teoria clássica, que envolvem sérias aporias se mantidos pelo pensamento moderno, e cujo sentido está nas matrizes

antigas a que se prendem: exemplo, o tema da passagem do “estado natural” ao “civil”, constante da literatura seiscentista sobre Direito Natural. Na realidade, tal passagem só pode ser tomada como postulado; é como a da pré-história à história, em que, ou o processo de transição já foi histórico, ou não haveria passagem, pois resultantes históricas implicam condições históricas. No caso do natural ao civil, ou o processo seria “social” e então o problema se evapora, ou não, e então há uma impossibilidade empírica. — Acerca do cunho moderno da aura de “problematicidade” vestida pelo Direito Natural, há que acrescentar, com STERN (*op. cit.*, p. 165) que tampouco para a Idade Média era êle algo problemático. E no caso do pensamento pós-medieval, o “problema” vem da antinomia entre a realidade jurídica contemporânea, em que se estriba a idéia de direito mantida pelo saber jurídico, e o apêgo dos pensadores à idéia de direito atribuída aos clássicos, e conservada como um *cânon* que se pretende ter continuado válido por via intelectual, independentemente das mudanças da experiência jurídica. — Recolhendo a idéia de serem jusnaturalistas as revoluções, uma parte correta dela estaria em que elas (as grandes) podem de cada vez refazer a concepção do direito mesmo, com o que se faz sempre possível retomar idéias do tipo antigo e pretendidamente permanente, inclusive a idéia da justiça, que entra na temática do direito pelo nível dos “princípios” que é onde vigora o problema do Direito Natural. Valha lembrar, contudo, que mesmo aí latejam diferenças: a justiça, à helênica e à clássica, era pensada em termos de harmonia, e agora o é em termos de reivindicações sociais e de técnicas respectivas.

Reflexões pouco conclusivas.

Voltando ao assunto liberdade: vejamos a situação em que ela ficou durante o século XIX, sob os diversos puxantes ideológicos. Por um lado, perigosos apogeus, desde o principio kantiano de que a existência da moralidade supõe a de uma vontade livre. Socialmente caracterizada, a tendência continuadora das revoluções individualistas, considerando liberdade a potencialidade de conduta lícita existente em cada homem, limitada pela ordem geral, sim,

mas em última instância fundamentadora desta. Igualmente caracterizada, a inclinação conservadora, acentuando os valores tradicionais, e dando como liberdade a aceitação das continuidades orgânicas da nação, em cujo seio cada homem vive. Nos socialismos de timbre utópico, uma consequência do próprio liberalismo e do jusnaturalismo, como defesa extremada dos interesses “de cada um”; no marxista, uma oposição ao jusnaturalismo, por burguês e ideológico.

No século xx, um painel de combinações e revisões dos temas do anterior. A própria diferença entre liberdade antiga e moderna, acentuada pelos autores do xix, vai sendo revista e reduzida. A idéia de liberdade, acusada por tantos de ilusão idealista, sai adotada como um pressuposto, tanto pelo raciovitalista ORTEGA, como pelo materialista SARTRE. Revisões também do conceito de democracia e das marcas individualistas que trazia. A discussão sobre a liberdade, dantes ligada ao tema do livre arbítrio e do determinismo, instala-se no campo social e se amarra a conceitos sociais e econômicos, alienação, planejamento, justiça social etc.. Onde se tem oportunidade de reclamar reformas, denuncia-se a liberdade como vã e ôca; onde o poder absorve as reclamações, reclama-se a liberdade. Se se quer acusar um regime por não praticar a igualdade, fala-se da liberdade inútil; se se quer acusar o igualitarismo como falso ou insuficiente, é a liberdade o que se diz estar faltando.

Enquanto isso a teoria do direito natural, posta na crise já mencionada, contra a qual já lutara durante a ascensão do neotomismo ao tempo de TAPARELLI, retoma no século xix uma série de veredas pelas quais tenta refazer-se. Com STAMMLER, procurou-se uma composição um tanto artificiosa, com o conceito de um direito-natural-de-conteúdo-variável; com GÉNY e com a escola do “direito livre”, a idéia de uma superação do direito puramente legal ensejou a valorização das tendências jusnaturalistas; e até hoje prossegue o movimento, com filósofos e juristas os mais eminentes a dar-lhe impulso, e estão no caso DEL VECCHIO, WELZEL, LEO

STRAUSS etc.. Fala-se, então, de um “renascimento” ou de um “eterno retôrno” (HENRI ROHMEN) do Direito Natural, um retôrno meio palingenésico e algo quiliástico. O fundamento do entusiasmo de seus defensores é que, não só a superação das filosofias empiristas e o advento da axiologia requerem que se retome o tema de um direito suprapositivo, como também a sangueira das guerras e a torpeza dos regimes violentos pedem que se considere como jurídico algo que paire acima do nível dos comandos estatais. O direito natural renascente seria então um novo bastão de TAUNHÄUSER, a reflorir na redenção.

Vejamos, porém. Há uma série de argumentos contra a idéia de direito natural que se mantêm, e aliás para o repúdio às mazelas do século o apêlo a uma moral humanística seria bastante. Independente disso, entretanto, é preciso perguntar se se pode reeditar sem mais aquela uma concepção cujo molde cultural se vinculou historicamente a uma série de experiências culturais, hoje postas de lado ou transformadas. Considero os reclamos jusnaturalistas de hoje, úteis como advertência contra o positivismo jurídico, não porém bastantes para a restauração de um modo de pensar. E hoje o acúmulo de consciência histórica, como consciência crítica, faz compreender que a situação de uma idéia como a do direito natural é precisamente essa: uma situação. de idéia. Uma teoria jurídica historicamente crítica deverá considerar, não mais ou não puramente o tema “do” direito dito natural, mas sim — ou principalmente — o papel do jusnaturalismo como doutrina, e portanto como fator de conduta. Nisso, a multissecularidade da idéia do direito natural, que poderia apresentar-se com pretensões de provas da “existência” de seu objeto, pode ser tomada em sua perspectiva autêntica: a da longevidade de uma idéia que de vez em quando tem atuado nas consciências humanas, e que representa a intuição permanente de uma exigência ética para o direito.

E por outro lado, parece que o que se chama de Ocidente tem uma tendência aos dualismos. Nesse caso, a con-

traposição de um direito ideal ao vigente seria um seu corolário; mas isso não é bem direito natural, e o jusnaturalismo não se reduz a essa contraposição. Não escondo minha simpatia pela possibilidade de distinções entre ideais e vigências, mesmo porque as utopias são o sal dos projetos humanos: mas resisto a admitir um direito natural como tal. E se reconheço o jusnaturalismo como fôrça histórica, é precisamente com esta ressalva: fôrça capaz de acompanhar-se de uma lucidez que, ao menos depois da obra dessa fôrça, veja que ela é histórica, que muda, e que seus supostos e seus produtos são sempre mutáveis.

A revisão das idéias do século XIX sôbre suas diferenças perante a “liberdade” grega foi esboçada por CROCE no cap. V de seus *Elementos de Política*. Sôbre a reposição, contida no marxismo, do tema da liberdade humana e de seu regime social, ver HANS BARTH, *Verdad y Ideologia*, México, 1951, p. 101. Sôbre os debates jusnaturalistas em nosso século, v. o livro notável de H. WELZEL, *Derecho Natural y Justicia Material* (trad. Aguillar, 1957).

— Seria de pensar-se, ante tudo isso, que a curva do aumento da liberdade, que subiu durante os séculos mais recentes, vai descendo. O fato, porém, é que êsses séculos deram ao homem ocidental o hábito da lucidez, ou ao menos o desejo dela como exigência ou critério. Como ser lúcido, porém, se a luta dos absolutismos políticos, militares, técnicos, econômicos, publicitários, ou o que seja, reimplantar moldes dogmáticos sôbre o espírito humano a pretexto de inseguranças sociais? Terá o liberalismo sido, além de breve, inútil?

Contribuição Baiana à Filosofia Jurídica e à Sociologia do Direito.

A. L. Machado Neto

(Da Universidade da Bahia).

1. Advertência.

Fundada em 1891, a Faculdade de Direito da Universidade da Bahia logo se constituiu num centro de especulação jusfilosófica e de indagação sociológica como preocupações complementares ao puro tratamento técnico-dogmático do fenômeno jurídico.

Quanto à significação dos estudos de ordem sociológica, realizados nessa entidade acadêmica, baste citar o depoimento insuspeito do Prof. Thales de Azevedo que a ela atribui “os primeiros estudos e influências da sociologia na Bahia”¹.

Se temos em vista que a filosofia em voga no Brasil, e, pois, na Bahia da época, era o positivismo, nas suas numerosas variantes, especialmente o evolucionismo spenceriano, veremos claro a impossibilidade de distinguir o sociológico do filosófico na produção intelectual daquele momento em tais setores da cultura.

Quem compulse os *Estudos de Filosofia do Direito* de LEOVIGILDO FILGUEIRAS e a *Classificação dos Conhecimentos Humanos e das Ciências Jurídicas* de VIRGÍLIO DE LEMOS ou, mesmo, o mais recente *Prolegômenos à Ciência do Direito*

1. THALES DE AZEVEDO, NELSON DE SOUZA SAMPAIO, A. L. MACHADO NETO, *Atualidade de Durkeim*, ed. da Univ. da Bahia, 1959, p. 7 (Introdução).

de EDGARD SANCHES, verá claro, que, embora aparecessem como obras filosóficas, assinadas por professôres de filosofia jurídica, o sociológico e o filosófico não apresentam fronteiras definidas no pensamento de teor naturalista e positivista dêsses iniciadores da sociologia e da filosofia jurídicas entre nós.

Diante da impossibilidade fáctica de proceder a essa separação, optamos pela solução óbvia de tratar os assuntos em conjunto, numa tentativa de compendiar o patrimônio cultural que representa para a Bahia a contribuição de alunos e professôres de nossa Faculdade de Direito na formação e elaboração da cultura sociológico e filosófico-jurídica na Bahia.

Para a realização dêsse empreendimento foi de especial oportunidade a ajuda prestada ao A. pela Fundação para o Desenvolvimento da Ciência na Bahia, que, dêsse modo, torna patente o fiel cumprimento da alta missão de que se acha investida pelas próprias finalidades explícitas da Instituição.

Também deve ser deferido ao Dr. Antonio Cabral de Andrade um especial agradecimento pelo modo como acedeu ao nosso convite para se ocupar do encargo assaz tedioso de compendiar a obra do A. para essa resenha.

2. Período Inicial.

Com a fundação da então Faculdade Livre de Direito da Bahia, criou-se, na Província um centro natural de aglutinação e elaboração do pensamento teórico voltado para os temas culturais da sociologia e da filosofia, destinado a desloca o eixo da suserania intelectual nesses setores do único núcleo de atividade acadêmica que era, até então, a velha Faculdade de Medicina, onde resplenderam os talentos de um EDUARDO FERREIRA FRANÇA (1809-1857) e de um DOMINGOS GUEDES CABRAL (1852-1883).

O papel que representaram, na Colônia, o Colégio dos Jesuitas e os conventos de religiosos, e, no Império, a Fa-

culdade de Medicina do Terreiro de Jesus, estava fadada, a nóvel academia jurídica, a representar na República, como centro de elaboração filosófica e de preocupação pelos problemas humanos e sociais.

Formados nas duas iniciais faculdades de Direito, os professôres na nóvel academia traziam de Recife e São Paulo a fermentação das novas idéias que acabávamos de importar da Europa como todos os bens materiais da cultura evoluída dos povos industrializados e cultos. Era a voga do evolucionismo de HAEKEL, do positivismo de COMTE, do materialismo de BUCHNER, que, como reações ao pensamento tradicional, foram assimilados pela *intelligentsia* de um país colonial, como expressões ideológicas e quase religiosas de uma reação natural de descontentamento própria do intelectual em face ao contexto social arcaico e dominado pelo espírito dogmático de progênie religiosa em que se acha enquadrada, contexto que lhes negava as oportunidades de um pensamento realmente original e criador.

Na “circunstância” provincial, essas novas idéias atuavam sob a forma espelhística, como um reflexo do reflexo, reproduzindo as influências dominantes nos centros mais evoluídos do País.

O pensamento dominante, na Província, nos setores da filosofia e da sociologia do Direito não poderia ser outro senão o pensamento vigente nos grandes centros intelectuais do País, graças à importação das idéias dominantes na Europa, por certo que com algum retardo natural ao processo de transplantação cultural.

Nenhum pensador original pode ser assinalado, mas não há negar que era grande o empenho daqueles iniciadores por estarem em dia com o que lhes parecia o mais significativo das contribuições do pensamento europeu no setor de suas especializações. Alguns dêles, como, por exemplo, ALMACHIO DINIZ, chegaram a manter contactos directos com as mais significativas expressões da filosofia naturalista européia da época, num empenho muito vivo por participarem ativamente da elaboração e da divulgação das novas

idéias em nosso ambiente conservador, mas pleno de reverente admiração pelo ar iconoclasta do livre pensador capaz da ousadia de empreender o combate franco e direto aos valores consagrados, especialmente os religiosos.

Mesmo nas tradicionais classes médias de rentistas, funcionários e profissionais liberais, que têm representado tradicionalmente um papel conservador, os arrojos anti-clericais e anti-religiosos dos porta-vozes das novas idéias encontravam admiradores, que, embora aderidos vitalmente aos valores tradicionais da comunidade conservadora em que viviam, valores pelos quais continuavam a orientar suas existências, não regateavam o aplauso às exterioridades do arrôjo e do brilho daqueles inovadores.

O panfleto, a polêmica e o jornalismo virulento tiveram sua voga mais representativa entre nós por êsse tempo, tendo-se, mesmo, tornado famosa a polêmica jornalística de um catedrático de Filosofia do Direito com um seu talentoso ex-aluno.

A vida intelectual — movida pela insinuante nota política que envolvia o combate das novas concepções agnósticas ou abertamente materialistas contra as resistências conservadoras da vida de Província — transformou-se em vida pública e o gôsto do discurso, tão característico da tradicional cultura baiana, contribuiu com sua parte para essa publicização da inteligência ou do talento, para usarmos uma palavra típica da época que comentamos.

Ocioso será assinalar o ar enciclopédico da cultura de então. As exigências da vida social pré-industrial não poderiam levar ao especialismo, senão ao poligrafismo. A variegada cultura de RUY BARBOSA — tratado pela imprensa da época com um luxo oriental de adjetivos encomiásticos, impossível de se reproduzir hoje para um homem vivo — era o exemplo dominante que todos desejavam imitar.

A gramática exercia uma verdadeira tirania sôbre as elites intelectuais. Uma incorreção na colocação dos pronomes estragava reputações. Enfim, o quadro intelectual que a Província exhibia nesse tempo não poderia ser senão

o mesmo quadro da vida intelectual na situação colonial, tal como no-lo descreve ROLAND CORBISIER^{1.a} VIEIRA PINTO² e GUERREIRO RAMOS³, apenas com as tintas mais carregadas no caráter ornamental e ostentatório da cultura.

Nesse ambiente pouco favorável à necessária interioridade e autenticidade da vida do espírito, a fundação da nóvel Faculdade de Direito iria lançar as raízes e uma tradição inicial de estudos filosófico e sociológico-jurídicos, cuja significação intrínseca talvez nos possa parecer, hoje, amesquinhada, mas cujo significado, como início de uma tradição intelectual que somente agora poderia começar a produzir os seus primeiros frutos, não pode ser desconhecido ou olvidado. Há que assinalar, em homenagem a êsses inovadores, que êles trouxeram ao ambiente estagnado da Província um considerável influxo de transplantação cultural sem o qual não se poderia esperar um efetivo progresso teórico nesses setores.

Se aqui se acentuou o ambiente espiritual em que floresceu a sua meditação, nisso não houve sequer uma intenção crítica, mas antes a expressão da indispensável simpatia que há de conformar todo ato de compreensão. Se se assinala a circunstância pouco propícia em que exercitaram sua atividade intelectual, isso antes os exalta e valoriza do que os compromete ou minimiza. Numa província de um país ainda inteiramente dominado pelo que BALANDIER denominou de situação colonial, nada se poderia fazer de melhor que a transplantação cultural das novas idéias que vinham de dar à luz os grandes centros da cultura européia. Essa foi a tarefa que lhes coube, e êsse o seu grande mérito.

1.^a. ROLAND CORBISIER, *Formação e Problema da Cultura Brasileira*, Ed. ISEB Rio.

2. ALVARO VIEIRA PINTO, *Ideologia e Desenvolvimento*, ed. ISEB, Rio.

3. GUERREIRO RAMOS, *A Redução Sociológica*, ed. ISEB, Rio.

LEOVIGILDO FILGUEIRAS.

O primeiro nome a destacar num escôrço histórico da meditação filosófica e sociológica acêrca do Direito é o de LEOVIGILDO (IPIRANGA DO AMORIM) FILGUEIRAS. Um dos fundadores da Faculdade, foi o primeiro ocupante da cátedra de “Filosofia e História do Direito”

Em seu livro *Estudos de Filosofia do Direito*, onde deixa patente a influência do evolucionismo spenceriano, não se logra perceber com nitidez a distinção existente entre filosofia do Direito e sociologia, malgrado os esforços do A. nesse sentido. Entendendo que a razão fundante da filosofia do Direito e o próprio título de sua diferenciação da “ciência geral da sociedade”, a sociologia, é a “necessidade de uma disciplina que descubra, mediante o exame das suas formas mais simples e rudimentares, a origem do direito e, seguindo-lhe as fases históricas sucessivas, determine as leis que regulam a sua formação e o seu processo evolutivo”⁴, LEOVIGILDO FILGUEIRAS não poderia apresentar melhor definição do que hoje se entende como o aspecto dinâmico ou histórico da sociologia jurídica.

Em verdade, os temas que propõe para a meditação filosófica sôbre o Direito são todos êles temas de origem e evolução da realidade social-jurídica, e, como tais, temas de ciências de objetos empíricos como a sociologia e a história do Direito. É que ao filosofar naturalista — e, portanto, malgrado seu, embora, positivista — de LEOVIGILDO FILGUEIRAS, os temas mais autênticos da especulação jusfilosófica, como, e.g., o tema axiológico, não poderiam aparecer às suas vistas e às do ambiente espiritual em que viveu senão como temas metafísicos e, como tais, desleixáveis ou superfluos, ao saber da moda positivista da época.

É que os supostos básicos em que se fundava — a classificação dos conhecimentos humanos que SPENCER divulgou em seu famoso *First Principles* — não lhe permitiam a visão

4. *Estudos de Filosofia do Direito*, M. Orosco & Cia., Rio, 1904.

clara da diferenciação entre o saber filosófico (“saber totalmente unificado”), e o científico (“saber parcialmente unificado”) em tal sistemática apenas separados por uma questão de grau e não de essência.

E, assim, reduzindo a filosofia jurídica a uma “teoria geral da origem e evolução do direito”⁵, LEOVIGILDO FILGUEIRAS, por maior que seja o seu empenho em diferenciá-la da sociologia, na verdade a identifica com um capítulo dinâmico da sociologia jurídica, ou, no máximo, reduz a especulação jusfilosófica ao capítulo da filosofia jurídica especial que MIGUEL REALE denominou culturologia jurídica. E ainda mais se acentua aquela referida identificação quando escreve que “a filosofia do direito deve encontrar na sociologia o seu fundamento científico”⁶.

A linha geral do pensamento norteador dessa culturologia jurídica ou filosofia da história do Direito está orientada por uma síntese de evolucionismo spenceriano e otimismo iluminista que se casam numa visão otimista e progressista acêrca da evolução humana e do papel do Direito nesse processo como elemento civilizador.

Uma amostra suficiente dêsse progressismo otimista pode ser-nos proporcionada pelo seguinte trecho de sua obra acima citada:

“Considerada, pois, a evolução no conjunto do seu movimento histórico, vemos que reproduz perfeitamente os caracteres gerais que distinguem o desenvolvimento social, isto é, o predomínio progressivo dos fatores históricos sôbre os naturais, a eficácia cada vez mais freqüente das energias ideais acumuladas no curso do tempo, a parte sempre maior que tomam a reflexão e a vontade. Dahi vem que, à medida que se eleva o grau da intelligencia e da cultura, a consciencia collectiva elabo-

5. *Op. cit.*, p. 194.

6. *Op. cit.*, p. 200

radora do direito vai adquirindo uma idéia mais clara, mais ampla e, sobretudo, mais reflexa das condições de existencia e dos fins por estas determinados”⁷

Se ainda restasse dúvida quanto à composição evolucionista e iluminista de seu pensamento de progênie sociologista, um simples perpassar d’olhos sôbre o índice de sua obra, pela própria dominância dos temas sociológicos deixaria clara e confirmada a nossa assertiva acêrca da identificação de sociologia e filosofia jurídicas (essa última, por vêzes, apresentada como a ciência jurídica) no pensamento do primeiro ocupante da cátedra de “Filosofia e História do Direito” em nossa Faculdade de Direito.

E até mesmo por essa identificação, e pelo largo conteúdo sociológico que se contém em seu compêndio, LEOVIGILDO FILGUEIRAS nos aparece como a primeira figura obrigatória dessa resenha por ambos os interêsses que ela persegue.

VIRGILIO DE LEMOS.

Após LEOVIGILDO FILGUEIRAS, a cátedra de “Filosofia e História do Direito” foi ocupada por VIRGILIO DE LEMOS. Dono de uma personalidade vigorosa e lotado das qualidades espirituais do líder, VIRGILIO DE LEMOS exerceu na Província uma notável influência intelectual como portador e divulgador de idéias novas e de uma atitude racionalista e secular em face da vida.

Embora exercesse um verdadeiro fascínio sôbre seus discípulos — que, ainda hoje, lhe tributam uma entusiástica admiração — não se pode dizer que tenha feito escola. Nenhum discípulo notável lhe seguiu as pegadas deixando obra escrita em que sua influência intelectual pudesse ser convenientemente apurada. Também não foi um escritor fecundo, tendo deixado, apenas, como mais significativa

7. Id. ibd.

contribuição escrita a lição inaugural intitulada *Da Classificação dos Conhecimentos Humanos e das Sciencias Jurídicas*⁸, publicada em 1916. Seu grande influxo foi, portanto, exercido verbalmente, o que talvez venha a explicar o fato de que seus discípulos — seguindo-lhe o exemplo — também não tenham deixado obra escrita.

O evolucionismo spenceriano é a influência mais palpável em seu pensamento. E é da famosa classificação das formas de saber que nos legou SPENCER — embora que assumindo em face dela uma atitude crítica — que VIRGILIO DE LEMOS vai se abeberar para produzir sua classificação geral dos conhecimentos humanos⁹.

É ainda inspirado em SPENCER que êle refuta COMTE naquilo de considerar em sua classificação do saber apenas os conhecimentos teóricos, excluindo os práticos, apresentando-nos a interessante sistemática dos conhecimentos humanos que se segue, e onde as ordens do saber estão representadas desde a especulação filosófica até o saber artístico inerente às artes e ofícios e o saber vulgar, como se pode verificar no quadro que se segue:

| | |
|--|--|
| 1.º Quadro (conhecimentos filosóficos) | A — filosofia geral B — filosofias especiais |
| 2.º Quadro (conhecimentos formais) | C — lógica D — matemática |
| 3.º Quadro (conhecimentos abstratos) | E — mecânica F — física G — química |
| 4.º Quadro (conhecimentos abstrato- concretos) | H — astro-geologia I — biologia J — psicologia K — sociologia |

8. Imprensa Official do Estado, Bahia, 1916.

9. Cfr., p. 11, *op. cit.*.

| | |
|--|--|
| 5.º Quadro (conhecimentos concretos teóricos) | L — ciências concretas teóricas, de que são tipos a mineralogia, a botânica, a zoologia, a di-ceiologia etc.; |
| 6.º Quadro (conhecimentos práticos e tecnológicos) | M — ciências concretas práticas ou aplicadas; N — saber tecnológico inerente às artes e profissões científicas; |
| 7.º Quadro (conhecimentos empíricos) | O — saber artístico inerente às artes e ofícios empíricos; P — saber vulgar acêrca das várias ordens de fenômenos naturais. ¹⁰ |

Dentro dessa sistemática universal do conhecimento, onde se situaria o saber jurídico?

Quanto à dogmática, jurisprudência ou ciência jurídica no sentido estrito, VIRGILIO DE LEMOS, após criticar severamente a omissão do jurista acêrca de sua problemática (*op. cit.*, p.43), conclui que ela não é nem apenas uma ciência nem tão pouco somente uma arte ou técnica: “Com elle (Pedro Lessa) affirmo que a jurisprudência, ou dogmática jurídica, não é uma *sciencia*, mesmo quando, na linguagem empolgada de Jhering, a reputamos o precipitado da sã razão humana em matéria de direito” Mas também não a podemos considerar no seu conjunto integral uma pura *arte*, no sentido arido ou empirico desse vocábulo como parece reputal-o o dr. Pedro Lessa” (*op. cit.* p. 49).

No entender de nosso autor, a jurisprudência é a *explicação de uma arte*. E esclarece:

“A jurisprudência é justamente isso, porque representa, na arte jurídica, aquela parte *theorica*, que todas as artes possuem, mais ou menos desenvolvida, e a do direito talvez

10. Cfr. *op. cit.*, pp. 41-43.

mais que todas, e que se superpõe à parte *prática* ou *executória*, para inspiral-a e fecunda-la, servindo de laço connectivo entre a arte propriamente dita e a respectiva *sciencia de applicação*, a que cada uma das *artes scientificas* se prende e se liga, conforme deixei reforçado, no passo onde refutei a opinião inconsequente e exagerada de *Stuart Mill*, perfilhada pelo dr. Pedro Lessa”. (id. p. 50).

Assim caracterizada a jurisprudência ou ciência do direito, a técnica jurídica será por êle conceituada nos seguintes termos: “A arte jurídica propriamente dita, quero dizer, a *parte prática* da arte do direito, longe de caracterizar-se como uma “*explanação*”, caracteriza-se como uma actuação, como uma realização, e consiste no complexo de actos e processos que tornam effectivas as regras, as normas, as determinações applicáveis a este ou aquele *caso concreto*” (p. 50).

Assim dividida a ciência jurídica em teoria e prática, êle muito a aproxima da sociologia como ciência abstracto-concreta da qual decorre essa forma de conhecimento concreto teórico que é a jurisprudência, denominada por nosso autor com o neologismo de *diceiologia*.

Ou, em sua própria expressão:

“ . esta ordem de estudos se subordina a uma categoria de estudos mais amplos e mais comprehensivos, à categoria dos estudos *sociológicos*, porque afinal de contas, se o phenomeno jurídico é um phenomeno *natural*, é um phenomeno natural da categoria dos *sociaes*. A disciplina teórica que os corporifica é uma disciplina *concreta*, que está para a sociologia, como a botânica e a zoologia estão para a *biologia*”.

E continúa:

“Que é botânica, senão o estudo da *phenomenologia vegetal*? Que é a zoologia, senão o estudo da *phenomenologia animal*? Nas mesmas condições, a sciencia concreto-teórica do direito, a que chamariamos *diceiologia*, é o estudo da *phenomenologia juridica*”.

Aqui desponta o sociologismo jurídico de que VIRGILIO DE LEMOS seria, em nossa Faculdade, um elo de uma longa cadeia, que, iniciada em LEOVIGILDO FILGUEIRAS se estenderá até NESTOR DUARTE e ORLANDO GOMES, em nossos dias.

Quanto à filosofia do Direito, as idéias de VIRGILIO DE LEMOS estão em plena consonância com a sistemática geral dos conhecimentos humanos acima apresentada.

Ela é, no seu entender, o estudo dos primeiros princípios, das idéias fundamentais relativas à ciência jurídica ou *diceiologia*.

Assim como a diceiologia se situaria no quinto quadro, e, provavelmente a técnica ou arte jurídica, no sexto, a filosofia do direito como filosofia especial encontraria sua localização na letra *b* do primeiro quadro.

“Em resumo, — poderíamos concluir com suas próprias palavras — o saber jurídico se compõe de várias disciplinas de feições lógicas diferentes. Encarado com o critério gradativo, elle se decompõe em conhecimentos *empíricos*, artísticos ou técnicos, representados pela *jurisprudência*, tomada esta palavra, quer no sentido lato, quer no seu sentido estricto; em conhecimentos *científicos*, representados pela *sciencia practica* ou *aplicada*, e pelas *sciencias teóricas do direito*; e em conhecimentos *philosophicos*, representados pela *philosophia juridica*. Apreciado com o critério *objectivo-genético*, o saber jurídico se filia às sciencias dos phenomenos sociais, ou à *sociologia*. Contemplado com o critério *qualitativo*, elle é um saber *concreto*, muito embora pela *philosophia do direito* se prenda também à ordem das sciencias *constructivas* e *syntheticas*”. (p. 65)

ALMACHIO DINIZ.

O professor que sucedeu a VIRGILIO DE LEMOS na cátedra de “Filosofia e História do Direito” e depois catedrático de Enciclopédia Jurídica, ALMACHIO DINIZ, foi o mais prolifero dos autores que deverão ser considerados nessa síntese. Sua bibliografia é realmente espantosa, e foram muitos os campos do saber em que exerceu sua incansável atividade

intelectual. Sua produção abrange não somente os setores da cultura teórica aqui considerados, mas também o direito positivo em seus vários ramos e especialidades, a etnologia, a filologia, o romance, a crítica literária, e, até, a própria literatura didática infantil.

No setor que aqui nos importa, sua bagagem bibliográfica é, já, bastante considerável, nela se destacando: *Curso de Filosofia Elementar, Ensaios Filosóficos sobre o Mecanismo do Direito, Questões Actuais de Philosophia do Direito, Sociologia Soviética. Uma Objetividade nova do Direito: o Direito dos Soviettes, e A Idéia Revolucionária nos Meus Princípios Filosóficos.*

Sua orientação filosófica é o evolucionismo em sua fórmula monística segundo os princípios de HAECKEL.

Desde o ensaio que o próprio autor, em dedicatória a seu progenitor, qualificou como seu “primeiro esforço scientificphico”, que essa predileção pelo monismo haeckeliano é proclamada, não sem certo acento que hoje não poderia deixar de nos parecer ingênuo. Dêsse ensaio colhemos essa preciosa profissão de fé filosófica que, ao menos em suas linhas gerais, não foi desmentida por tôda a sua vida:

“Eu, por mim, adoto a efficacia e a intelligibilidade da gravitação exercida como o equilibrio dos astros, e, por isso, poderia fazer minhas as considerações de Herbert Spencer, no sentido de que “se o espaço é uma forma do *não ser*, deve produzir no *eu* alguma forma universal correspondente”, que é, para Fausto Cardoso, a consciencia. Ainda mais: adopto o mecanicismo dos mundos, que é o verdadeiro monismo naturalístico de Haeckel, descrendo della e abominando a metaphysica philosophica do monismo de Noiré; estou certo, finalmente, de que, por effeito do monismo universal, ha o direito no mundo social, ou dos homens, como unia relação de equilibrio, da mesma forma que no mundo sideral ou sociedade dos astros, há a gravitação, no mundo physico ou organico, ha a vida, e no mundo physico, ou das intelligencias, ha a consciencia. Ahi está a minha philosophia!

— Evohé! philosophia mecanicista dos mundos sem dogmas nem preconceitos religiosos”¹¹.

Em sua concepção mecanicista do fenômeno jurídico, os traços naturalistas e monistas dessa profissão de fé filosófica não desaparecem, mas, ao contrário, se afirmam e solidificam.

Também a desassombrada e polêmica atitude anti-clerical e, até mesmo, anti-religiosa, que, naquele pronunciamento, se revela, vai ser outra nota dominante da atividade intelectual e da própria vida e conduta do nosso autor. A êsse respeito é curioso anotar — como expressão do estado de espírito da intelectualidade de uma época já superada da evolução espiritual baiana — a seguinte notícia que aparece em uma de suas obras, como anúncio de seus romance de idéias *A Carne de Jesus*:

“A Carne de Jesús — novella histórica, ellogiada por Max Nordau, com excomunhão do Senhor Arcebispo da Bahia — Brochura com gravuras (No Prelo)”.

O modo como o elogio de MAX NORDAU é contrastado com a exibição da excomunhão do Arcebispo da Bahia qualifica, de forma típico-ideal, a figura a um só tempo recejada e furtivamente admirada do livre pensador capaz de arrostar as punições canônicas como um galardão a mais, por si só capaz de garantir a bôa qualidade de um produto intelectual. Se hoje essa conduta nos pode parecer “demodé” e infantil, não há como negar a sua significação polêmica num momento em que era preciso espantar o marasmo confessional, que dominava o pensamento eminentemente tradicionalista e dogmático da Província para permitir-lhe a assimilação do pensamento novo, de conteúdo naturalista, que a Europa exportava àquele tempo.

Ninguém o fêz com maior calor emocional e — quem sabe?! — com ânimo mais religiosamente apostólico do que êsse extraordinário amigo baiano de MAX NORDAU.

11. *Questões Actuais de Philosophia do Direito*, H. Garnier, Rio, 1909, p. 174. *Genesis Hereditaria do Direito*, Bahia, 1903.

EDGARD SANCHES.

O derradeiro nome a considerar nesse período inicial é do Prof. EDGARD SANCHES.

Em sua tese de concurso para a cátedra de Filosofia do Direito, intitulada *Prolegomenos à Sciencia do Direito*, o tema epistemológico é o dominante, como aliás sugere o seu título.

A orientação geral que o domina é a mesma que dirige o pensamento de seus antecessores, embora mais atualizado. O evolucionismo spenceriano ou haeckeliano foi superado pela filosofia francêsa das ciências dominantes na época — BINET, RIBOT, POINCARÉ, CHARLES BLONDEL, LACHELLIER, BOUTROUX, BERGSON. Também o neo-positivismo de MACH e o pragmatismo de WILLIAM JAMES deixam a marca de seu influxo sôbre o pensamento do prof. EDGARD SANCHES.

Seu ponto de partida gnoseológico é o mais extremo e radical empirismo:

“A lógica é um sistema abstracto de principios tirados da experiência, principios que são as relações necessárias mais gerais dos fatos, traduzidos na ordem intellectual das idéias”¹².

Não poderia haver mais franca negação dos objetos ideais. E, dessa negação, a fatalidade da inclusão da ciência do direito como ciência de objetos reais naturais, como, aliás, parece são tôdas as ciências no entender do notável professor.

“A ciência juridica ha de ser o estudo do phenomeno juridico, praticado da mesma maneira que o dos demais phenomenos da natureza.

Ha de estudar o direito como a matematica estuda a grandeza, como a physica estuda a materia, a chimica o elemento, a biologia estuda a vida, a psychologia, os factos psychicos, como estuda a sociologia os phenomenos sociais”¹³.

12. EDGARD SANCHES, *Prolegómenos à ciencia do direito* — Imprensa Official do Estado, Bahia, 1927, pp. 12-13.

13. *Op. cit.*, p. 103.

Através desta citação é fácil depreender que o prof. EDGARD SANCHES identifica a matemática às ciências de objetos naturais como consequência, aliás, decorrente de sua anterior “empiricização” da lógica e negação implícita dos objetos ideais.

A partir desses pressupostos, não poderia fugir ao sociologismo como posição epistemológica face à jurisprudência. E essa não é apenas uma conclusão deixada à inferência do leitor, senão que uma confissão patente do Autor na página de *Advertência* que encabeça a sua tese:

“Chamamos sciencia do direito o a que certos autores têm denominado philosophia do direito, e Nardi Greco *sociologia juridica* (p. I).

Também nesse quarto nome de período inicial não há, pois, com estabelecer a distinção entre o sociológico e o filosófico-jurídico em seu pensamento.

Aliás, esta que foi a perspectiva dominante na fase inicial prolonga-se de maneira inercial na intermediária, constituindo, mesmo, uma preocupação dominante no período crítico e renovador que esses estudos estão vivendo presentemente entre nós.

3. O Período Intermediário.

Os quatro nomes cuja obra comentamos no capítulo anterior representam, na história da meditação teórica sobre o fenômeno jurídico na Bahia, o período heróico de fundação desses estudos na Província.

A fase que se segue, e que preenche as décadas dos trinta e dos quarenta, é, a esse respeito, um período tranqüilo em que os discípulos daqueles primeiros arautos das idéias inovadoras de progênie naturalista podem recolher os louros da conquista, prolongando as linhas da meditação científicista que vão do evolucionismo spenceriano ao haeckeliano e do positivismo comteano ao sociologismo durkheimiano e ao economicismo marxista. Naquela po-

sição encontramos NESTOR DUARTE, atual catedrático de “Introdução à Ciência do Direito”, cadeira que substituiu a destronada Filosofia do Direito nesta última, ORLANDO GOMES, hoje o nome mais prestigioso das letras jurídicas baianas, e, intentando uma síntese das duas posições em composição com certas contribuições mais recentes do pensamento filosófico, HERMES LIMA, docente de nossa Faculdade, mas, como tantos outros baianos ilustres, atraído pelo Rio de Janeiro, onde exerce as funções de catedrático de Introdução à Ciência do Direito da Universidade do Brasil.

Tal como o primeiro período representou o transplante das novas ideologias naturalistas de recente aparição na Europa, êsse segundo reproduz, em nosso meio, os efeitos anti-filosóficos que a vigência do positivismo determinou na Europa à sua hora.

Entre nós, êsses efeitos anti-filosóficos foram institucionalizados através da supressão das cadeiras de Filosofia nos cursos secundários e das de Filosofia do Direito nos cursos jurídicos.

Num período de post-revolução, ditadura e guerra, a sociologia apareceu como a panacéia eminentemente organizadora capaz de resolver todos os problemas e atrair tôdas as atenções, como legítima sucessora da destronada e morta filosofia jurídica. Não terá sido por acaso que o mais significativo evento da história literária nacional seja, nessas duas décadas o romance social nordestino, movimento em que, aliás, está envolvido o prof. NESTOR DUARTE, através de seu romance *Gado Humano*.

NESTOR DUARTE.

Em sua tese de concurso para a cátedra de Introdução à Ciência do Direito, intitulada *O Direito, Noção e Norma* e no artigo doutrinário *Os Fundamentos do Direito Natural* e as *Direções do Positivismo Jurídico*, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Bahia*, (v. 16, 1941) resume-se o essencial da produção intelectual do professor NESTOR

DUARTE no que nos diz respeito nessa resenha. Em setores próximos do nosso interesse central nesse trabalho, o mestre de introdução à Ciência do Direito publicou também um exitoso ensaio sociológico sobre *A Ordem Privada e a Organização Política Nacional (Contribuição à Sociologia Política Brasileira)*, em que analisa a grande dominância da ordem privada, representada na família patriarcal, sobre a organização política de nosso País, e *A Reforma Agrária*, fundamentação de um projeto legislativo de sua autoria sobre o momentoso e controverso tema. Sua obra de romancista, iniciada com o romance social (*Gado Humano*) acima referido, foi recentemente reencetada com a publicação de um romance de idéias que pretende retratar as angústias e as vacilações ideológicas dos intelectuais brasileiros nesses *Tempos Temerários*¹⁴.

O pensamento jurídico do prof. NESTOR DUARTE inicia-se com o dilema da escolha entre filosofia ou sociologia do direito. Esse dilema é o transporta para o primeiro capítulo de sua tese de concurso.

ORLANDO GOMES.

Se o sociologismo durkheimiano é a inclinação predominante da obra do prof. NESTOR DUARTE, o materialismo histórico é a nota dominante da já considerável obra jurídica do prof. ORLANDO GOMES.

Iniciando, ainda muito jovem, a sua carreira intelectual com uma tese à cátedra de Introdução à Ciência do Direito, intitulada *O Estado e o Indivíduo*, o prof. ORLANDO GOMES orientou-se, depois, para o direito positivo, especializando-se em direito civil e direito social ou do trabalho, disciplinas de que é, hoje, catedrático nas Faculdades de Direito e Ciências Econômicas, respectivamente.

Malgrado essas especializações propriamente jurídicas, o prof. ORLANDO GOMES jamais pôde eludir os impulsos teóricos de sua vocação inicial, e, mesmo em seus livros de

14. Ed. da Livraria José Olympio, Rio, 1958.

direito positivo, largos parênteses sociológicos e, às vêzes, filosóficos, permeiam a sua rigorosa exposição dogmático-jurídica.

Outrossim, em sua bagagem literária, de permeio a ensaios e tratados de direito civil e trabalhista, sempre despontam lúcidos opúsculos e claros ensaios de teor evidentemente sociológico-jurídico que lhe garantem a palma de o mais lúcido e objetivo sociólogo baiano do direito. Nesse caso estão os seus livros *A Crise do Direito*¹⁵ e *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*¹⁶ e os opúsculos *Materialismo Histórico e Direito*, *As Classes Sociais na Formação do Direito*, *Variações Sôbre a Reforma do Código Civil*, *A Evolução do Direito Privado* e o *Atraso da Técnica Jurídica*, todos editados pelo Centro Acadêmico Ruy Barbosa, órgão oficial dos acadêmicos de nossa Faculdade.

Num terreno fronteiriço, mais que isso, indeciso, entre a filosofia e a sociologia jurídicas situa-se sua recente obra intitulada *Marx e Kelsen*¹⁷.

Se deixamos de parte sua tese de concurso à cátedra de Introdução à Ciência do Direito, obra juvenil de exposição entusiástica das teses de MARX sôbre o fenômeno jurídico, o mais significativo da produção sociológico-jurídica do prof. ORLANDO GOMES está compreendida nos ensaios que enfeixou no livro *A Crise do Direito* e no inspirado pequeno grande livro sôbre as *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*.

No primeiro, o tema dominante é a sociologia do direito individualista e sua decadência (*A Elegia do Código Napoleão*) em face das novas condições objetivas que a revolução industrial, e sua conseqüência jurídica — o direito social — vêm determinando.

15. 1.^a ed., Papelaria Vera-Cruz, Bahia, 1945.

16. Ed. da Liv. Progresso, Ed. Universidade da Bahia, Bahia, 1958.

17. Ed. da Liv. Progresso, Ed. Universidade da Bahia, Bahia, 1959.

Esse “Leitmotif” não abandona inteiramente a sua meditação histórico-sociológica sobre as raízes do nosso Código Civil. Esta obra situa-se, em rigôr, no campo da sociologia jurídica de nossas instituições positivas, onde o docente de Introdução à Ciência do Direito, e, portanto, professor de sociologia jurídica, compõe-se em harmoniosa unidade com o catedrático de direito civil e direito social.

Após sumariar brevemente a formação histórica de nosso direito privado, salientando aí a grande influência do direito civil português graças à longa vigência entre nós das Ordenações filipinas, que regulava ainda muitos aspectos de nossa vida civil após sua revogação em Portugal, nosso Autor passa ao aspecto sociológico de sua pesquisa, acentuando, na esteira de OLIVEIRA VIANNA e NESTOR DUARTE, a predominância da “ordem privada” ou do “privatismo doméstico” em nossa formação jurídico-política, privatismo que é solidário da predominância do rural sobre o urbano a que nos condicionou nossa economia eminentemente agrária até há bem pouco tempo.

O seguinte capítulo traça-nos um quadro das linhas mestras da estrutura social do País no período de elaboração do código, que nos apresenta a coincidência dos interesses coloniais e anti-desenvolvimentistas das duas mais ponderáveis camadas da elite nacional — a burguesia latifundiária e a burguesia mercantil — coincidência apenas levemente perturbada pelos ímpetos idealistas das camadas intelectualizadas e urbanas da classe média, que, seguindo velho sestro nacional, procurava transplantar para o País as instituições individualistas do direito europeu, que então começavam a sofrer os primeiros solavancos reformadores em seu próprio solar pátrio.

O Código Civil nos aparece, então, como uma obra de transição entre os arrojados individualistas desses intelectuais da classe média — arrojados bafejados pelo apoio da burguesia urbana e mercantil que enxergava no liberalismo econômico a ideologia a mais compatível com a expansão de seus interesses — e a ação conservadora dos representantes

da burguesia rural e agrária “que não toleravam certas ousadias” (p. 48).

Procurando, em seguida, sondar o grau de adaptação do Código Civil aos novos rumos do direito privado desenvolvidos pelo agravamento da questão social, mostra-nos a nenhuma ressonância que suscitavam em nosso meio, nos começos do século, as progressistas tentativas legislativas de especial proteção ao trabalhador, seja regulando especialmente a locação de serviço, seja os acidentes do trabalho para concluir que “é certo que as condições materiais do país não forneciam a introdução de principios avançados na época” (p. 66).

Concordando, embora, que era cedo demais — dado o subdesenvolvimento do País — para a plena adoção dos principios básicos do direito do trabalho, lamenta, entretanto, que o nosso Código Civil se mostrasse reacionário a certas conquistas trabalhistas já bastante divulgadas na época.

Concluindo, assinala certo descompasso entre o direito escrito e a realidade social, descompasso proveniente de ter-se o código colocado, via de regra, algo acima da realidade brasileira, “incorporando idéias e aspirações da camada mais ilustrada da população” (p. 71), não se esquecendo de salientar, todavia, que algo depois da primeira guerra mundial êsse descompasso se anulou, pois a realidade social logo evoluiu no sentido de alcançar sua legislação progressista.

No setor da filosofia jurídica, a obra principal do prof. ORLANDO GOMES é um pequeno trabalho recente intitulado *Marx e Kelsen*, no qual, em visível atitude polêmica, o A. intenta mostrar a incompatibilidade do pensamento jurídico dêsses dois autores, mais uma vez definindo-se pelo materialismo histórico.

A suposta contradição invencível de quem intentasse associar o purismo jurídico de KELSEN, em matéria epistemológico-jurídica, e o materialismo histórico, em sociologia jurídica, decorre de o prof. ORLANDO GOMES ter encarado as

duas doutrinas como se elas se situassem no mesmo plano lógico, o que, evidentemente não acontece, uma vez que o marxismo é predominantemente uma ontologia sociologista ou economicista de direito, enquanto a obra de Kelsen, um típico neo-kantiano, situa-se nos domínios da epistemologia jurídica ou teoria filosófica da ciência do direito. Daí decorre, pois, que se dissolva a contradição invencível apontada pelo autor de Marx e Kelsen, uma vez que a mesma palavra — direito — tem, no materialismo histórico e na teoria pura, uma significação diversa, ou melhor, são coisas distintas.

O que Marx chama direito seria para Kelsen, dada sua intenção purista, uma impureza, uma série de fenômenos *naturais* que não constituem objeto da ciência jurídica.

Ao contrário, o que Hans Kelsen designa com tal nome, ou é a ciência do direito — e não há como confundir uma ciência com seu objeto — ou é o objeto da ciência jurídica já depurado de impurezas de toda ordem (inclusive o econômico e os fenômenos de ordem ideológica) por uma especial atitude metodológica, em termos a permitir o tratamento científico do mesmo.

O fato, pois, de que Kelsen, num empenho visivelmente epistemológico, queira purificar o jurídico de toda impureza extra-normativa não impede que um kelseniano — ao menos não ortodoxo, já que não é bem nítida a posição do mestre de Viena face aos títulos de cientificidade da sociologia jurídica, embora a opinião mais sustentável seja a de que ele aceite a possibilidade dessa especialidade sociológica — possa aceitar (como atitude metodológica essencial para construir a ciência jurídica) que o direito que interessa à jurisprudência seja a norma em sua pureza, embora reconheça a possibilidade de prolongar o estudo do jurídico em termos sociológicos, perspectiva em que lhe está facultada a adoção do materialismo histórico, malgrado a superação desse sistema ideológico em tantos aspectos pela sociologia do século xx.

HERMES LIMA.

Como já ficou acima referido, o prof. HERMES LIMA, decente-livre de nossa Faculdade de Direito tornou-se catedrático de introdução à Ciência do Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Brasil e Ministro do Superior Tribunal Federal.

A consideração de sua obra nessa resenha deve-se ao fato de que as raízes ideológicas de seu pensamento estão ainda profundamente ligadas ao sociologismo imperante, na Faculdade de Direito da Bahia.

Outrossim, foi na Bahia que o ilustre mestre iniciou sua produção intelectual com uma tese intitulada *Conceito Contemporâneo de Sociologia*, com a qual concorreu à livre docência de Sociologia do então Ginásio da Bahia.

Nesse trabalho que não apresenta outro mérito senão o de ser uma divulgação de teses e doutrinas sociológicas de COMTE e DURKHEIM e LEVY BRUHL, pode-se já notar a inclinação sociologista que o A. herdou da tradição acadêmica da Faculdade de Direito e que iria permear o seu pensamento filosófico e sociológico-jurídico hoje compendiado nas várias edições de seu *Introdução à Ciência do Direito*.

Nesse último livro, a obra sobre a matéria mais divulgada no país, a posição sociologista e para-marxista do A. impede-lhe a visão do caráter eminentemente epistemológico (sem prejuízo de ser também sociológica, já que o seu teor é enciclopédico) da disciplina introdutória à ciência jurídica. Isso faz com que o professor da Universidade do Brasil realize as transposições bastante arriscadas a que o sociologismo se obriga, por falta de uma rigorosa atitude epistemológica, não tomando conhecimento das fronteiras existentes entre o tratamento sociológico, o filosófico e o propriamente jurídico.

A obra e a atividade intelectual do prof. HERMES LIMA como pensador, ideólogo político e fino comentarista e intérprete dos eventos políticos e sociais do presente brasileiro não se esgotam no setor a que aqui nos restringimos por

imposição temática; e isso é uma lástima porque assim, dêse homem realmente excepcional, arriscâmo-nos a perder o melhor pedaço. Mas desgraçadamente, assim tem que ser por imposição irrecorrível do nosso tema.

4. O Período Crítico.

Não se pode dizer que a Bahia intelectual esteja vivendo, hoje, um período áureo. Isso não quer dizer, porém, que outro período tenha havido em sua história que superasse o presente em atitude crítica e floração intelectual. Aliás, nesse aspecto, mais uma vez a velha Província reflete o panorama nacional como um fiel espelho.

Também aqui a quebra dos velhos padrões retóricos e grandiloqüentes se está verificando em favor de uma cultura mais integrada na realidade nacional e local, que não vacila em sacrificar o ornamental pelo instrumental. Também os estilos culturais estão se transformando em favor da especialização e em detrimento do onisciente bacharelismo. De qualquer sorte um ambiente novo agitado por uma inédita fermentação cultural revolve a Província, atingindo até as gerações mais novas, nas quais alguns nomes já repontam tendo já uns a seu crédito promissoras realizações culturais e outros tantos justificando as mais sólidas esperanças.

No terreno que nos importa considerar nesse trabalho, o marco mais significativo das transformações que se operam nessa Província pode ser identificado com o início da docência universitária do prof. NELSON DE SOUZA SAMPAIO, que é, assim, pois, o primeiro nome a considerar nesse período.

NELSON DE SOUSA SAMPAIO

Salvo alguns artigos juvenis, a obra do prof. NELSON SAMPAIO se inicia com a publicação de sua tese sôbre *As Idéias Fôrças da Democracia*, com a qual obteve a docência livre de Teoria Geral do Estado.

Nêsse livro, seguindo o processo do condicionamento imanente das idéias, pesquisa as vinculações conceituais das teses que conduzem à democracia ou aos sistemas políticos anti-democráticos.

De 1941, data da publicação desse trabalho, até 1951, quando aparece *A Desumanização da Política*, a atividade intelectual do prof. NELSON SAMPAIO foi predominantemente voltada para a docência universitária — alcançada com aquela tese — onde exerceu extraordinária influência sôbre a nova geração, no sentido de uma atitude intelectual menos grandiloqüente e mais crítica, com o que contribuiu de maneira singular para a desprovincianização da vida intelectual baiana nos setores próximos de sua atuação.

Com a publicação de *A Desumanização da Política* o prof. NELSON SAMPAIO passa a explorar em livro o meio mais rico de sua contribuição docente que é a meditação epistemológica sôbre o político, que iria culminar em sua dissertação de cátedra significativamente intitulada *Ideologia e Ciência Política*.

Já naquele primeiro ensaio dedicado ao tema, a investigação epistemológica — que o conduziu ao estudo dos irracionanismos políticos que ameaçam destroçar a meditação coerente e sistemática sôbre o político, erigindo a violência em lugar da discussão liberal como processo consagrado do êxito político — deixa-se permear por uma inflexão moralizante e humanista de um racionalista liberal, que dirige sua meditação sôbre os condicionantes irracionais da ação e da teoria políticas num sentido que, nesse aspecto, poderíamos chamar socrático, porque inspirado na mais desenganada crença na razão e na sua possibilidade de organizar o mundo ético-político em termos de individualismo e humanismo.

Num mundo de decadência do liberalismo, sua análise do curso histórico ascendente dos irracionanismos políticos não pode concluir senão pelo pessimismo lamentoso que se depreende dessa página final de *A Desumanização da Política*:

“Houve época em que a conduta política obedecia à revelação. Em outra, foi a razão quem se arrogou dirigi-la. Agora, os instintos ou impulsos parecem reivindicar essa tarefa. A parte sub-humana do homem, como um Incitatus vitorioso, se eleva a árbitro e inspirador do govêrno.

Porisso mesmo, o ruído das passadas do Leviatã parecem, por vezes, abalar o edificio da civilização, e nos estremecem em meio dos nossos pesadêlos, dando-nos a impressão de que aquêle centauro microcéfalo se transformou, afinal, num centauro decapitado, a cavalgar desenfreado, dentro da noite, em plena fúria das paixões e dos instintos”.

Dêsse desencanto pessimista com o presente sai o Mestre por dois caminhos igualmente idealistas e racionalistas. Um é a pregação oratória das excelências da democracia como *A Arte de Ser Livre*, título sugestivo de uma pequena coletânea de três discursos, editada pela Progresso em 1957.

O outro é o que já assinalamos como o mais significativo de sua meditação e de sua docência, o seu mais alto legado intelectual à nova geração baiana — é o filão epistemológico. E êsse está dignamente representado na obra com que se apresentou candidato ao último escalão da dignidade universitária — *Ideologia e Ciência Política*.

Êsse livro, que constitui, até aqui, a obra máxima do prof. NELSON SAMPAIO, percorre os mesmos caminhos que *A Desumanização da Política* desbravou, é verdade que já num ângulo de maior purificação epistemológica, porque mais desprendido da preocupação moralizante ou ética.

São aí analisados — com uma segurança e uma seriedade que fariam a glória de qualquer *schollar* europeu ou americano dos melhores centros universitários — todos os grandes teóricos do irracionalismo político, desde os sofistas até PARETO e SPENGLER, sem esquecer a relativização do saber político decorrente das investigações da psicanálise, do marxismo e da sociologia do conhecimento.

Após essa análise, o argumento contra o cético é utilizado como arma definitiva que expõe à luz da razão a con-

tradição em que se debatem êsses negadores de uma saber universal sôbre o político, mas que acabam todos encader-nados nos compêndios de história das idéias políticas, porque não se furtam à aventura de proporem mais uma teoria sôbre a sociedade, o Estado e a vida política em geral.

Limpando, assim, o terreno pela auto-destruição de todos os relativismos políticos, passa o Mestre à segunda etapa de sua investigação, à pròpriamente positiva ou construtiva, que seria a de fundamentação dos títulos de cientificidade da suposta ciência política.

Nesse ponto, porém, deixa muito a desejar a sua investigação epistemológica, porque não chegou jamais a precisar o conceito de ciência política e mostrar-lhe os títulos de cientificidade como disciplina autônoma, diversa portanto do direito político, de história política e, particularmente, da sociologia política. Nesse ponto, prevaleceu em seu espírito, parece, um prestígio não devidamente analisado. Referimo-nos ao fato de as universidades e os teóricos americanos denominarem de Ciência Política algo muito próximo daquilo que, com maior rigor epistemológico, denominamos de Teoria Geral do Estado, em nossas faculdades de Direito, ou de apenas Política em nossas faculdades de Filosofia.

Por certo que para se falar de Teoria Geral do Estado como um saber enciclopédico, englobando, a um só tempo, as investigações da filosofia política — que, por suposto, não é uma ciência, por ser filosofia — da história política, do direito político e da sociologia política, e apenas para rebater o excessivo relativismo dos irracionalistas políticos em termos tais que justifiquem a preocupação com aquêle saber enciclopédico ou com cada um dos seus setores, a argumentação anti-relativista do Mestre tem plena procedência. A nada mais do que a isso se achava êle obrigado numa tese de concurso para a cadeira de Teoria Geral do Estado.

A expressão ambiciosa de Ciência Política, herdada da tradição universitária americana que o Mestre frequentou

numa bôlsa de estudos anterior à sua docência, prejudicou visivelmente a *pars construens* daquele livro marcante.

E isto porque o político, pelo caráter decisional que envolve, é visceralmente valorativo, e, portanto, incompatível com o tratamento científico, ao menos para quantos enxergam — como Mestre NELSON SAMPAIO tão bem soube transmitir a seus alunos — no princípio de neutralidade axiológica a pedra de toque do saber da ciência.

Dir-se-ia que nada impede o tratamento factual dos valores, inclusive os políticos, mas que outra coisa poderia ser isso senão sociologia política?

À parte, pois, do que seja histórico, sociológico ou jurídico, nada há no político senão aquêl irreduzível conteúdo valorativo que repele o tratamento científico, inscrevendo-se, assim, no seu grau mais elevado, no setor do pensamento filosófico, e em dimensões menos egrégias e até algo mal vistas pelo moralismo idealista do Mestre, como técnica ou arte política.

Dir-se-ia, talvez, que ciência política, como a entendem os americanos não é senão um outro rótulo intelectual — quiçá mais pomposo — para as investigações de sociologia política.

Mas, essa não seria uma escusa em termos a justificar todo o grande esforço epistemológico empreendido nesse livro realmente magistral. De fato, para perserverar num equívoco terminológico não valeria a pena uma abordagem crítica — como a empreendida em *Ideologia e Ciência Política* — a tôda a estrutura de relativismo político, desde suas raízes sofisticadas até sua fronde científica com a psicanálise e a sociologia do conhecimento. Há aí, pois, uma visível decadência do mais alto filosofar, exibido na *pars destruens*, para o mais elementar senso comum em que conclui a *pars construens*. E isso, quer-nos parecer, tem raízes mais profundas do que as aparentes, na personalidade do prof. NELSON SAMPAIO e na sua localização histórica e generacional, capaz de arrojar alguma luz sôbre o problema

histórico da evolução intelectual dessa Província nos setores que aqui nos são afetos.

Para efeitos meramente metodológicos, resumiremos em duas ordens de razões e explicação que aventuramos a seguir:

- a) Razões de ordem histórico-generacional.
- b) Razões de ordem política.

No item *a* queremos sintetizar a trama de relações generacionais em que se viu envolvido o Prof. NELSON SAMPAIO quando iniciou sua meditação e sua atividade docente. Constatando a total entrega dos seus antecessores teóricos na Faculdade de Direito às florações da filosofia naturalista e positivista do século passado e tendo em mira colocar-se à altura dos tempos, o mestre de Teoria Geral do Estado se propõe absorver, com prevenida atitude crítica, a filosofia anti-positivista que se seguiu, na Europa, ao baixar-mar do ciclo naturalista que dominou a paisagem espiritual da passada centúria. Com isso, conseguiu, de fato, semear na Bahia as novas tendências doutrinárias, em particular as da filosofia dos valores. O excessivo espírito crítico com que pretendeu superar o ingênuo dogmatismo de seus predecesores perdeu-o, porém, para tôda afirmação doutrinal de cunho teórico que vá além do chão comum do liberalismo tradicional em matéria política e de um racionalismo inspirado no senso comum. Esse não chega a ser um ponto de vista pessoal, com ser a própria matriz de que originariamente há que partir quem comece a sua meditação do contexto em que se situa o nosso autor.

A fidelidade a êsse ideal comum de sua juventude — o liberalismo — herança política incontestada do pensamento teórico de nossa Faculdade em tal matéria, embatendo-se com um mundo cada dia menos liberal não poderia resultar senão em pessimismo e abandono ou fuga da realidade.

Em face de um Brasil e de um mundo que teimava em apartar-se, cada vez mais, da doutrinação liberal, Mestre NELSON SAMPAIO refugiou-se no mundo das idéias onde,

porem, o seu espírito exacerbadamente crítico e a sua demissão da prática¹⁸ não lhe permitem o engajamento a qualquer posição filosófica, contentando-se, assim, com a segurança tranqüila do senso comum, do que a conclusão final de *Ideologia e Ciência Política* nos proporciona um exemplo significativo.

Dessa sua rejeição teórica da realidade pode servir de exemplo a conferência que sôbre *As Doutrinas Políticas Contemporâneas e suas Relações com a Segurança Nacional* pronunciou a convite da Escola Superior de Guerra.

O exemplo é extraordinariamente significativo pelas circunstâncias singulares que cercam o aludido estudo.

Trata-se do fato de que uma escola superior de preparação de nossas Fôrças Armadas convoca, da Província, um mestre que tem grangeado um justo galardão de competência e seriedade nos estudos políticos, porque quer ouvir o seu depoimento sôbre um tema vital para as fôrças Armadas, responsáveis primeiras pela segurança nacional do Brasil.

¹⁸. Muito significativo é que após três legislaturas como deputado estadual pela U.D.N. o prof. Nelson Sampaio tenha renunciado a sequer concorrer à reeleição. Quer parecer-nos que tal desistência da participação política pode ser imputada à contradição vital em que se encontrava um liberal puro, amante do voto consciente e pessoal, vendo-se na contingência de beneficiar-se da engrenagem clientelística do coronelismo. Tal estado de coisas não poderia ser vivido sem angústia por alguém tão respeitavelmente preocupado com a coerência e os princípios éticos. Representando uma ideologia entre nós identificada socialmente com a das elites politicamente decadentes, por mais coerente, pura e digna que fôsse — como o foi — a doutrinação política do deputado da U.D.N., ela não foi capaz de angariar-lhe a soma de votos suficiente — que só a liderança das massas lhe poderia proporcionar — para lograr um desvinculamento da originária engrenagem coronelística a que deveu, em grande parte, suas sucessivas eleições. Sua mensagem não tendo podido imantar as massas (que já se encontravam, há muito, atraídas por outras motivações que não as puramente idealistas e moralistas do liberalismo) o Mestre de teoria política não pôde lograr a eficácia que a política requer e que nem sempre os princípios alcançam.

Não seria de supor que aquêlê departamento universitário de nossa aparelhagem de segurança nacional teria chamado um técnico no saber político para ouvir-lhe um conselho prático, uma norma, uma diretriz de eficácia, ou pelo menos o equacionamento empírico particularmente nacional do binômio proposto — as doutrinas políticas e a segurança nacional?!

Não nos parece excessivamente aventurada essa interpretação.

Mas, muito longe desse caráter instrumental está o espírito de análise que o prof. NELSON SAMPAIO serviu aos militares brasileiros naquela conferência. Passa-se por alto a circunstância nacional que será referida apenas acidentalmente. Descura-se por inteiro a nossa situação de país subdesenvolvido, de mundo periférico, bem como o fenômeno omnipresente do imperialismo, de inequívoca significação para a nossa segurança nacional, na hipótese — também não ventilada — de poder ser ou vir a ser nacional essa defesa ou segurança.

Em resumo: o Brasil não conta para nada, nem, por suposto, a aparelhagem de segurança nacional dêsse país ali presente como mero público de alunos que poderia ser o mesmo dos estudantes de nossa Faculdade numa aula de Teoria do Estado.

O espírito da conferência não refoje ao espírito didático das classificações e relações gerais, exposição das doutrinas políticas contemporâneas, considerações universais sôbre o poder atuante das ideologias e ainda mais genéricas sôbre a interferência dessas ideologias sôbre a segurança nacional in abstracto, e, finalmente a ponderação das doutrinas políticas — a democracia, o socialismo, o totalitarismo, o nacionalismo e o pacifismo — e de seu influxo sôbre a guerra e a paz ¹⁹.

19. Para uma comparação que esclareça o sentido de nossa crítica à falta de instrumentalidade dessa peça realmente egrégia de teoria política que é a aludida conferência, serviria às maravilhas uma conferência pronunciada um ano após, pelo sociólogo baiano

A mais recente obra do prof. NELSON SAMPAIO situa-se no terreno da sociografia política e marca, portanto, uma tentativa de reconciliação com a realidade que o cerca. Trata-se da pesquisa de sociologia política intitulada *O Diálogo Democrático* na Bahia, editada em Belo Horizonte pela Revista Brasileira de Estudos Políticos de que o professor baiano é co-diretor.

Nesse trabalho, seguindo o modelo descrito da sociologia eleitoral em voga, o prof. NELSON SAMPAIO apresenta um retrato da vida política baiana em especial após a redemocratização, embora contendo constantes referências ao sistema e hábitos políticos da República velha.

Não tenta, porém, nesse ensaio de abordagem teórica à prática política, de que tem sido observador participante, altamente categorizado, encontrar as linhas diretrizes da evolução política local, desconhecendo, por completo, o fato da existência entre nós da mesma divisão supra-partidária que hoje assinala a política brasileira, inclusive a baiana. Referimo-nos à ideologia desenvolvimentista ou nacionalista de um lado, e às formas amorfas e inconfessas de resistência a essa ideologia, de outro. Em vez de anotar êsse fato incontestado da vida política brasileira e que no Estado repercutiu visivelmente na última campanha sucessória onde os três candidatos ao posto de governador porfiaram por identificar a sua campanha com as teses centrais do nacionalismo — o que é de fato incontestado —, o prof. NELSON SAMPAIO, preferiu num *bias* jurdica indesculpável no sociólogo político, fundar tôdas as suas verificações estatísti-

GUERREIRO RAMOS no auditório do Instituto Superior de Estudos Brasileiros e, por feliz coincidência, sôbre o mesmo tema, ou seja *Ideologias e Segurança Nacional* (ISEB, Rio, 1957). Não se pode dizer que haja menos erudição na conferência do prof. Guerreiro Ramos que na do prof. Nelson Sampaio. Uma não ficaria em nada a dever à outra no que se refere à profundidade do tratamento e conhecimento da matéria. Apenas, os comprometimentos ideológicos em que a vida enredou os dois pensadores conterrâneos abrem ao ex-sociólogo do ISEB um horizonte muito mais largo de efetiva e instrumental criação científica. Não é, porém, aqui o lugar para analisarmos a contribui-

cas e demais conclusões na base do quadro sociològicamente pouco significativo das legendas partidárias, isso quando a formação de partidos médios entre nós como o PR e o PL decorrem, como é sabido, de defecções pessoais e disputam internas de liderança no seio da UDN, e não de qualquer evento de real significado ideológico.

Êsse que é o maior reparo que se pode fazer a êsse estudo honesto e minudente do prof. NELSON SAMPAIO, também deriva daquelas implicações ideológicas acima referidas e que mais uma vez demonstraram a sua infecundidade teórica.

Apesar disso, não há como negar que êsse estudo empírico marca — como autêntico sinal dos tempos — um esforço sincero, por parte de um intelectual honesto, no sentido de integrar-se em sua circunstância, o que tem sido a nota dominante da “intelligentsia” brasileira depois que a sociologia da situação colonial veio pôr a nu a situação de insanável alienação a que está prêso, na colônia, o intelectual, se um esforço subjetivo ou pessoal de desalienação, caucionado pelo despertar nacional do seu povo, não concorre para retirá-lo dessa situação de espelhismo e inautenticidade.

AUTO JOSÉ DE CASTRO.

Após recente e exitoso concurso, o prof. AUTO JOSÉ DE CASTRO, já docente-livre de História da Filosofia em nossa Faculdade de Filosofia, alcançou a cátedra de Filosofia do Direito.

ção de Guerreiro Ramos à compreensão da circunstância brasileira em geral ou às vinculações das ideologias políticas com a segurança nacional, em particular, pelo simples fato de que, embora baiano e ex-aluno de nossa Faculdade de Direito, o sociólogo de *A Redução Sociológica* realizou-se intelectualmente em termos de total desvinculação da tradição teórica de nossa Faculdade emigrando para o Rio de Janeiro ainda estudante de Direito e lá, portanto, tendo sofrido influências absolutamente estranhas ao meio intelectual da Província.

Sua obra de filósofo resume-se nas teses que elaborou para concorrer aos concursos de docência-livre de História da Filosofia e Filosofia do Direito e de cátedra para essa última.

No primeiro caso estão, respectivamente, a sua tese sobre EPICURO e sobre a filosofia do direito de HEGEL, intitulada *O Direito como Determinação do Absoluto*, e, no segundo, a sua tese entre sociológico e filosófico-jurídica sobre *A Ideologia Jusnaturalista*.

Essa última é a sua obra fundamental até aqui. Nela, inspirando-se na teoria da ideologia do marxismo e na moderna sociologia do conhecimento — mais naquela do que nesta, como veremos a seguir — propõe uma interpretação sociológica das filosofias jusnaturalistas como ideologias religiosas ou seculares que tendem a acobertar os interesses dos detentores da propriedade privada. Nesse intento, a história do pensamento jusnaturalista, desde o estoicismo até a ONU, é perlustrada, tendo em vista o procedimento comum no marxismo de desmascaramento das ideologias.

Com êsse procedimento o prof. AUTO DE CASTRO se aproxima muito mais da teoria da ideologia como ela foi formulada por MARX do que da moderna sociologia do conhecimento, que tende a patentear que o condicionamento ideológico é uma constante de todo pensamento, da qual ninguém pode eximir-se, disso resultando que as explicitações das raízes ideológicas de uma concepção não baste, por si só, para invalidá-la. Foi isso que o temperamento polêmico do prof. AUTO DE CASTRO não lhe permitiu observar fazendo com que re-descobrisse como instrumento polêmico o processo de desmascaramento das ideologias, uma arma de luta de que o marxismo já se servia em pleno século XIX e HELVETIUS e d. HOLBACH até antes disso.

Aliás, não apenas no ânimo polêmico, mas também do aguerrido espírito anti-religioso e anti-clerical do prof. AUTO DE CASTRO reata a tradição dos anteriores catedráticos de

Filosofia do Direito. No aspecto pròpriamente doutrinário, ao contrário, longe de prosseguir a tradição sociologista, é o iniciador do kelsenismo na cátedra, embora o seu kelsenismo tente uma fusão eclética com o marxismo como filosofia social e sociologia jurídica, fusão esta que pareceu impossível ao prof. ORLANDO GOMES, como já referimos ao analisar o seu *Marx e Kelsen*.

Abril, 1960

Bibliografia.

- ARAÚJO, J. J. — *Os princípios democráticos e a constituição de 1937* — R.F.D. — v. 13 — 1938.
- AYRES, JAYME JUNQUEIRA — *Contradição de métodos e unidade de fim democrático no Direito Civil Moderno* — R.F.D. — v. 16 — 1941.
- *Censura ao penôbr dos juristas para as instituições democráticas* — R.F.D. — v. 16 — 1941.
- *O porque das novas tendências denominadas de espiritualização, humanização e socialização do Direito* — R.F.D. — v. 26 — 1951.
- BALEIRO, ALIOMAR — *A Política e a Mocidade* — Livraria Progresso Ed. — Bahia — 19... —
- *Universidade, Elites e Líderes* — R.F.D. — v. 28 — 1953.
- BALEIRO, JAYME — *Ruy e a Emancipação Econômica do Brasil* — Forum — v. XIX — a. IX — fasc. 21.
- BALTHAZAR DA SILVEIRA, ALFREDO — *Contra o voto dos analfabetos* — Rev. dos Tribunais — v. 56 — n.º 2.
- BALTHAZAR DA SILVEIRA, EVANDRO — *A Moral e a Religião no Direito* — Secção Gráfica da Escola de Aprendizes Artífices — Bahia — 1933.
- *Os golpes frustos da fôrça contra a supremacia do Direito* — R.F.D. — v. 22 — 1947.
- BARBOSA, MARIO FIGUEIREDO — *O juiz e a Lei* — Rev. Trib. — v. 45 — n.º 1.
- *A Crise do Direito* — Rev. Trib. — v. 47 — n.º 1.
- BARRETTO BASTOS, JENNER — *A Filosofia do Direito e a Gnoseologia* — Tip. Beneditina — Bahia — 1954.
- *A Volta ao Direito Natural* — R.F.D. — v. 9 — 1934.

- BASTOS, FILINTO JUSTINIANO FERREIRA — *Os princípios de Direito Natural segundo o prof. Luiz Bridel, da Faculdade de Direito da Universidade de Tokio* — R.F.D. — v. 9 — 1934.
- *O jurista e a Organização Social, a Moral e a Religião* — R.F.D. — v. 10 — 1935.
- *O Estado moderno, suas funções, meios de que se serve para a consecução de seus fins. A atividade jurídica e a atividade social* (capítulo de um compêndio de D. Administrativo) — R.F.D. — v. 31 — 1956.
- BOTELHO, BENJAMIM JOSÉ — *Noções de Sociologia e Direito* — suplemento ao v. XII da Rev. Trib..
- CARVALHO, JONAS M. — *O Direito na Sociedade* — R.F.D. — v. 7 — 1932.
- CARVALHO, NICANOR DE — *O Syndicalismo no Estado Moderno*, — R.F.D. — v. 10 — 1935.
- CARVALHO FILHO, ALOYSIO DE — *Em favor do divórcio* — R.F.D. — v. 18 — 1943.
- *Revolução e Tradição* — R.F.D. — v. 23 — 1948.
- CASTRO, AUTO JOSÉ DE — *O Direito como Determinação do Absoluto* — Salvador — Bahia — 1953.
- *A Ideologia Jusnaturalista* — Bahia — 1954.
- *O Renascimento: seu significado para o pensamento filosófico, jurídico e político moderno* — R.F.D. — v. 29 — 1954.
- CLEMENTE, ÁLVARO — *A Justiça e as idéias políticas através a história* — Rev. Trib. — v. 37 — n.º 2.
- DINIZ, ALMACHIO — *Genesis Hereditaria do Direito* — Bahia — 1903.
- *Ensaio Philosophico sobre o Mecanismo do Direito* — Typografia Bahiana — Bahia — 1906.
- *A Sciencia do Direito* — Bahia — 1907.
- *Questões Actuaes de Philosophia do Direito* (com Introdução de Clóvis Bevilacqua) — H. Garnier — Rio — 1909.
- *Sociologia e Crítica* — Magalhães e Moniz — Pôrto — 1912.
- *Curso de Philosophia Elementar para uso dos candidatos ao Curso de Bacharel em Direito* — Liv. Catilina — Bahia — 1912.
- *Uma Teoria Geral do Direito ou um Curso de Encyclopédia Jurídica* — Liv. Catilina — Bahia — 1913.
- *Três Estudos Sôbre Organização e vida Municipais* — Bahia — 1914.
- *Uma Objectividade Nova do Direito: O Direito dos Soviettes* — Rio — 1930.
- *Por uma Ditadura Militar* — Rio — 1930.
- *A Idéia Republicana nos meus Princípios Philosophicos* — Rio — 1932.

- *S. Paulo e a Sua Guerra de Secessão* — Pongetti — Rio — 1933.
- *Sociologia Soviética* — Schema Editora — Rio — s.d.
- DUARTE, NESTOR — *O Direito, Noção e Norma* — Calvino Filho Distribuidor — Bahia — 1933.
- *A Ordem Privada e a Organização Política Nacional* — Cia. Ed. Nacional — S. Paulo — 1939.
- *Reforma Agrária* — Min. da Educação e Saúde — Serviço de Documentação — Rio de Janeiro — 1953.
- *Os Fundamentos Morais da Ordem Jurídica Atual* — R.F.D. — v. 9 — 1934.
- *A Lei no Conceito de Duguit* — R.F.D. — v. 10 — 1935.
- *Os Fundamentos do Direito Natural e as Direções do Positivismo Jurídico* — R.F.D. — v. 16 — 1941.
- *O Princípio da Igualdade Perante a Lei* — R.F.D. — v. 28 — 1953.
- *Ruy e o Processo Cultural Democrático* — Rev. Trib. — v. XIX — a. IX — f. 21.
- FARIA, ROGÉRIO GORDILHO DE — *O Juíz Inglês* — R.F.D. — v. 7 — 1932.
- *Os Juízes e a Justiça* — R.F.D. — v. 10 — 1935.
- *Justiça Real* — R.F.D. — v. 13 — 1938.
- *Nazismo e Direito* — R.F.D. — v. 19 — 1934.
- *Clovis Bevilacqua e a Aplicação do Direito* — R.F.D. — v. 21 — 1946.
- *O Sentido Humanista do Direito* — R.F.D. — v. 23 — 1948.
- *Humanização do Direito* — R.F.D. — v. 24 — 1949.
- *Direito de Juristas* — R.F.D. — v. 29 — 1954.
- *A Finalidade da Justiça* — R.F.D. — v. 30 — 1955.
- FILGUEIRAS, LEOVIGILDO IPIRANGA DO AMORIM — *Compêndio de Filosofia do Direito* — Bernardo da Cunha e Cia. — Bahia — 1900.
- *Estudos de Filosofia do Direito* — M. Orosco e Cia. — Rio — 1904.
- FRAGA, ALBERICO — *A fallencia da Democracia* — R.F.D. — v. 8 — 1933.
- *Democracia e Constituição* — R.F.D. — v. 12 — 1937.
- FRANCO SOBRINHO, MANOEL DE OLIVEIRA — *O Conceito de Administração na Filosofia Jurídica* — R.F.D. — v. 18 — 1943.
- GOMES, ORLANDO — *O Estado e o Individuo* — Bahia — 1933.
- *A Crise do Direito (Ensaio)* — Papelaria Vera-Cruz — Bahia — 1945.
- *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro* — ed. da Liv. Progresso Ed. — Universidade da Bahia — Bahia — 1958.

- *Marx e Kelsen* — ed. da Liv. Progresso Ed. — Universidade da Bahia — Bahia — 1959.
- *Materialismo Histórico e o Direito* — ed. do CARB — Bahia — 1951.
- *As Classes Sociais na Formação do Direito* — ed. mimeografada pelo CARB — Bahia — s.d.
- *Variações sobre a reforma do Código Civil* — ed. mimeografada pelo CARB — Bahia — s.d.
- *A Evolução do Direito Privado e o Atraso da Técnica Jurídica* — ed. mimeografada pelo CARB — Bahia — s.d.
- *O Direito Privado aos Países Socialistas* — ed. do CARB — Bahia.
- *O Conteúdo de Classe do Direito Civil* — R.F.D. — v. 10 — 1935.
- *Aspectos da Democratização do Direito* — R.F.D. — v. 12 — 1937.
- *Uma revolução estrutural no Direito Civil* — R.F.D. — v. 16 — 1941.
- *À luz dos Novos Tempos* — R.F.D. — v. 22 — 1947.
- *Aspectos da Crise do Direito* — R.F.D. — v. 26 — 1951.
- *Influência do Direito Público sobre o Direito Privado* — R.F.D. — v. 30 — 1955.
- *O Dever das Elites* — R.F.D. — v. 30 — 1955.
- *A Crise da Justiça* — Rev. Trib. — v. 49 — n.º 3.
- *Significado da Evolução Contemporânea do Direito de Propriedade* — Rev. Trib. — v. 48 — n.º 1.
- GONÇALVES, ADEBAL — *Da Renovação dos Valores Éticos-Jurídicos* — R.F.D. — v. 30 — 1955.
- *A valorização do Direito através da sentença* — Rev. Trib. — v. 38 — n.º 6.
- GUIMARÃES, JOÃO ALFREDO — *O Direito* — R.F.D. — v. 8 — 1933.
- *Quando o juiz cria a norma jurídica a ser aplicada a um caso concreto procede como legislador* — R.F.D. — v. 15 — 1940.
- LEMS, VIRGILIO DE — *O Conceito de Soberania* — Typografia Bahiana — Bahia — 1900.
- *Da Classificação dos Conhecimentos Humanos e das Ciências Jurídicas* — Imprensa Oficial do Estado — Bahia — 1916.
- LIMA, HERMES — *Conceito Contemporâneo de Sociologia* — Imprensa Oficial do Estado — Bahia — 1925.
- *Introdução à Ciência do Direito* — Rio — várias edições.
- MACHADO, AUGUSTO ALEXANDRE — *O Liberalismo Económico e o Proletariado* — Casa Ramalho — Macéio — 1935.
- *População e Miséria* — R.F.D. — v. 20 — 1945.

- *A Organização do Trabalho e a Vida dos Trabalhadores* — R.F.D. — v. 21 — 1946.
- *As Escolas Economicas e a Evolução da Economia Política* — R.F.D. — v. 26 — 1951.
- *O Movimento Corporativo e a noção de Liberdade* — Forum — v. XII — a. V — fasc. 5.
- *O Materialismo de Marx e a Vitória Espiritual do Mundo* — Forum — v. XVIII — a. VII — f. 16.
- MACHADO, HERMANO AUGUSTO PALMEIRA — *O Mercantilismo* — R.F.D. — v. 30 — 1955.
- MACHADO NETO, A. L. — *Sociedade e Direito na Perspectiva da Razão Vital* — Liv. Progresso Ed. — Bahia — 1957.
- *Sociologia do Direito Natural* — Liv. Progresso Ed. — Bahia — 1957.
- *Para Uma Sistematização das Ciências do Direito* — Separata de "Tecnica" — n.º 38 — 1957.
- *O Problema da Ciência do Direito* — Liv. Progresso Ed. — Bahia — 1958.
- *A Sociologia Jurídica da Escola Objetiva Francesa* — in *Atualidade de Durkheim* — ed. da Liv. Progresso Ed. — Univ. da Bahia — Bahia — 1959.
- *Nova Filosofia da Interpretação do Direito* — in *Rev. Brasileira de Filosofia* — S. Paulo — v. VII — fasc. I — n.º 25 — 1957.
- *Introdução à Ciência do Direito como Disciplina Epistemológica* — *Rev. Bras. de Filosofia* — v. IX — fasc. III — n.º 35 — 1959.
- *A Ordem Jurídica e o Desenvolvimento Econômico* — ed. mimeografada — Bahia — 1960.
- MARINHO, JOSAPHAT — *O Direito e as suas causas geradores* — R.F.D. — v. 12 — 1937.
- *Diretrizes do Pensamento Jurídico e Político de Filinto Bastos* — R.F.D. — v. 31 — 1956.
- *Conteúdo, Valor Jurídico do Preâmbulo das Constituições* — *Rev. Trib.* — v. 50 — n.º 3.
- *Função Criadora da Jurisprudência* — Forum — v. XVI — a. VII — f. 13.
- *O Jurista e a Renovação do Direito* — *Rev. Trib.* — v. XXI — a. XIII — f. 23-25.
- MARQUES DOS REIS, JOÃO — *O Desarmamento Moral e a Missão dos Juristas* — R.F.D. — v. 8 — 1933.
- MOREIRA FILHO, JOÃO — *Justiça e Democracia* — R.F.D. — v. 18 — 1943.

- NASCIMENTO JUNQUEIRA, JOÃO J. — *O Primado Supremo do Direito* — R.F.D. — v. 7 — 1932.
- NOGUEIRA, ADALICIO COELHO — *Concepção de Direito Natural entre os Romanos* — R.F.D. — v. 23 — 1948.
- *Direito e Moral* — R.F.D. — v. 25 — 1950.
- *Direito e Idealismo* — Rev. Trib. — v. 41 — n.º 1.
- PALMEIRA, SINVAL — *Capitalismo e Democracia* — Forum — v. XI — ap. V — f. 1.
- PARANHOS, FERNANDO GOMES DE FREITAS — *O Fundamento do Direito Internacional* — R.F.D. — v. 8 — 1933.
- RAMOS, CLAUDIONOR — *Sobre a livre manifestação do pensamento* — R.F.D. — v. 9 — 1934.
- SÁ, JULIO VIEIRA DE — *Integralismo e Medievalismo* — R.F.D. — n.º 8 — 1933.
- SÁ PEREIRA, GABRIELA LEAL DE — *O Contágio do Crime* — R.F.D. — v. 7 — 1932.
- SAMPAIO, NELSON DE SOUZA — *As Idéias — Fôrças da Democracia* — Imprensa Regina — Bahia — 1941.
- *A Desumanização da Política* — Liv. Progresso Ed. — Bahia — 1951.
- *Ideologia e Ciência Política* — Liv. Progresso Ed. — Bahia — 1953.
- *A Arte de Ser Livre* — Liv. Progresso Ed. — Bahia — 1957.
- *O Diálogo Democrático na Bahia* — ed. da Rev. Bras. de Estudos Políticos — Belo Horizonte — 1960.
- *As Doutrinas Políticas Contemporâneas e suas Relações com a Segurança Nacional* — Escola Superior da Guerra — Rio — 1956.
- *Nosso Mundo de Contradições* — R.F.D. — v. 16 — 1941.
- *A Evolução do Estado* — R.F.D. — v. 21 — 1946.
- *As Duas Faces de Comte* — R.F.D. — v. 30 — 1955.
- *Carrell e a Democracia* — Forum — v. XV — ano VI — f. II.
- *O Parlamentarismo e a Realidade Brasileira* — Rev. Bras. de Est. Pol. — n.º 5 — 1959.
- *Eleições Baianas* — Rev. Bras. de Est. Pol. — n.º 8 — 1960.
- SANTOS, MILTON — *As Instituições Políticas e o Direito* — Forum — v. XXI — ano XIII — fasc. 23-25.
- SCHLAEFFER, LAURA — *O Direito e a Moral* — R.F.D. — v. 9 — 1934.
- *A Enciclica Rerum Novarum* — Forum — v. XIV — ano VI — fasc. 9.
- SILVA, ADHEMAR RAYMUNDO DA — *Sociedade, Nação, Estado* — R.F.D. — n.º 8 — 1933.

- SIMAS SARAIVA — *O Direito na sua formação e Interpretação* — Rev. Trib. — v. 58 — n.º 2.
- SOUZA DANTAS, CARLOS FERNANDO DE — *O Direito e o Estado — Modernas Teorias* — Rev. Trib. — v. 32 — n.º 6.
- SPÍNOLA, CLOVIS — *O Poder Judiciário na Democracia* — Rev. Tribs. — V. 37 — n. 4.
- TOURINHO, DEMETRIO CYRIACO FERREIRA — *Direito Livre, Direito Justo* — R.F.D. — v. 13 — 1938.
- VALENTE, SILVIO — *Tarde e o Atavismo Moral* — R.F.D. — n.º 11 — 1936.
- VIANNA FILHO, LUIZ — *Um Olhar Sobre o Direito* — Forum — v. XIV — ano VI — fasc. 8.

Introdução à Deontologia Jurídica.

Silvio de Macedo

(Presidente do IBF de Alagoas — Prof. de
Filosofia do Direito da Universidade de
Alagoas).

O primeiro problema que se apresenta no campo da Deontologia Jurídica é aquêlê pertinente à *subjetividade*.

O homem diante da profissão, eis o problema.

Não temos ressaltado que, na profissão, o homem se pode integrar de corpo e alma, dando de si mesmo com inteligência e coração para transformar uma atividade “epidérmica” numa atividade profunda?

Não é possível uma forma de atividade em que o homem seja visceralmente interessado, com as projeções catatímicas?

Muitos dos julgamentos não são meros reflexos dos fatores catatímicos?

Só indivíduos privilegiados de inteligência, de grande equilíbrio psíquico, são capazes daquelas poderosas auto-análises que levam ao conhecimento de si mesmos. A maioria age por hábitos, automatismos de tôda espécie, sendo escassa sua “área” de liberdade.

Algo conspira para que o homem isole, faça uma abstração de sua *atividade profissional* — que deve ser resultado de uma opção cada vez mais consciente.

Fazendo essa abstração o homem como que separa a sua vida profissional da sua própria vida, no que ela tem de mais autêntico. E então o que pode ocorrer é êsse fenômeno de desdobramento psicanalítico, de dois *eus*, duas personalidades diferentes, a do homem como profissional e

da do homem nas suas relações mais íntimas. Pode ocorrer até a existência de um homem de tal tipo profissional, com determinadas reações de personalidade, simpáticas ou anti-páticas, agressivas ou não, e um indivíduo nas suas relações mais estritas, no círculo de suas amizades verdadeiras, apresentando reações bem diferentes daquelas.

Difícil é assim o processo de integração da *profissão* na *vida*, no que ela tem de mais consciente e criador.

Existem níveis diferentes de integração da profissão na vida. Em alto nível de integração se acham aqueles que dão corpo e alma à *profissão*, transformando-a em *missão*. É, esta, por assim dizer, a profissão na qual se colocou o “élan” vital.

A missão é a grandeza da profissão.

Realização social é isto: integração da profissão na ordem social.

Quando se dá esse fenômeno de integração da atividade profissional na atividade toda do homem, então aí o homem se *realiza*. Não é o simples êxito material que condiciona a realização do homem principalmente como *felicidade humana*.

Como não há forma de o homem realizar-se, senão através de uma profissão, é nesta que êle pode colocar a sua grandeza ou a sua insignificância. A grandeza da profissão é também a marca da grandeza do homem.

O exercitar de um trabalho leva à formação do “*métier*”, onde o homem se aperfeiçoa. E esse fato interessa à Arte, como à Deontologia.

Eis uma forma de exteriorização do homem, que, de certo modo, pode dar a medida do próprio homem. Não se busca, aqui, a vida de interioridade de cada homem, que pouco conhecemos. Não interessa à Filosofia do Direito, através da sua especialização deontológica, a investigação sobre o mundo psicológico de cada um, seus dramas, que é outra especialidade. O que atrai o Deontólogo é aquêle aspecto social do homem comprometido com sua ação, com a sociedade inteira. Então nós encontramos as “pontes”

invisíveis que ligam o homem à profissão, êsse homem, *patente*, visível em todos os momentos — que é objeto da deontologia jurídica.

Aquêle outro aspecto do homem, interiorizado, com suas manifestações características, permanentes ou episódicas, como o “grito da consciência”, o remorso, o homem “sublunar”, do subconsciente, êsse homem nós não o investigamos na Filosofia do Direito.

É certo e recerto, entretanto, que a Filosofia do Direito não pode ignorar a existência dêsses outros aspectos, porque a classificação das ciências são *critérios* abstratos, e a realidade é uma só. Mas temos necessidade dêsses expedientes didáticos sob pena de, sem método, não conhecermos coisa alguma. Corremos apenas o risco de ficarmos sugestionados pelo fenômeno, pela linguagem do fenômeno e nessa sugestão jamais começarmos a conhecer. Ficamos estáticos, num estado de deslumbramento diante da realidade. E essa atitude “búdica”, de mera expectativa, não é própria da Filosofia do Direito. Sua função, pelo contrário, é eminentemente ativa, em decorrência da natureza mesma da matéria que tem de enfrentar.

É o jurista, e o filósofo também, comprometido na “trama dos próprios fenômenos que investiga. Êle penetra na tecitura dos fenômenos sociais, pois o social é o que há de mais *imediate* ao homem.

Essa situação do homem, e , particularmente, do cientista social, em face dos problemas que investiga, é que dificulta a “neutralidade” — um dos requisitos da ciência.

A profissão é uma atividade humana, e não animal. Só o homem é capaz de profissionalizar-se. Na profissão o homem se manifesta *socialmente*, adquire visibilidade e relêvo social o ser humano.

Não há personalidade sem a marca do social.

A primeira premissa deontológica é a de que a profissão é uma atividade humana, vinculada no sentido de sua integratividade. Tem o homem de ser *diagnosticado* na sua profissão, através da qual revela sua fôrça e suas debili-

dades. Não há ajuste ou desajuste social que não tenha relação com a profissão. Êxito ou frustração profissional é em termos deontológicos.

Há, até, homens *traídos* na sua profissão.

A profissão impõe um “status”, e por força dêle o homem compete e se conflita, acomoda-se e sofre a aculturação.

Na deontologia o homem aparece comprometido com sua profissão. Mas pode acontecer que um certo número de profissionais não tenha consciência nítida de seu “status”, do papel que está a desempenhar na sociedade, e busque apenas o imediatismo da satisfação das suas necessidades materiais, a paga do seu trabalho, restringindo assim a sua profissão.

O verdadeiro profissional, *deontologicamente* considerado, é um homem capaz de algum sacrifício, age mais pelo ideal que pelo interesse. Só é capaz de certo sacrifício quem é capaz de amar a sua profissão e possivelmente transformá-la, em alguns casos, em missão. E é essa impregnação que o profissional leva para sua carreira o instrumento capaz de transformação da sociedade.

O profissional, em termos deontológicos, se torna um instrumento jurídico de transformação da comunidade.

Passemos agora ao segundo aspecto deontológico, ou seja aquêle de que o Direito, nas diversas atividades profissionais, desvela a estrutura técnica da sociedade em que surge.

É sabido que cada sociedade tem sua estrutura. E a estrutura de uma sociedade é coisa complexa, abrangendo desde as condições físicas, técnicas, psicológicas, até as econômicas, jurídicas, etc..

Não se quer hoje mais admitir a hegemonia de qualquer de um desses fatores. Superada já a era das sociologias monovalentes.

Quando o jurista se apercebe de que o Direito não é uma estrutura estática, simétrica, como se encontra nos livros, nos códigos, nos textos legislativos, finalmente não se

resume nessa arquitetura mais ou menos cristalizada em letra de fôrma, e então intui que o Direito está mais na vivência que inflama o fenômeno societário, pode êle tomar uma posição considerada deontológica: o Direito é um instrumento de transformação social. É necessário profissionalizar-se, como se capacitando para intervir no mecanismo complexo da sociedade. Quanto ao fato de transformar a profissão em missão, isso é uma outra grandeza.

Por conseqüência, Deontologia Jurídica tende a despertar em todo profissional e de preferência ao Jurista — que afinidade especial pela área do social — a missão de traduzir melhor a liderança na comunidade. A êle, por natureza e por formação, deve competir de preferência a outro profissional o papel de liderar os grupos sociais.

Ao Jurista, consciente dessa responsabilidade na sua profissão, se lhe pode atribuir o “papel” de agente transformador da sociedade.

Temos então uma espécie de dualismo. De um lado, a realidade estática do direito, nas suas formas legislativas e habituais mais ou menos cristalizadas, da sociedade. Uma estrutura que não se modifica aos golpes, que resiste à modificação, porque é solidária com as demais estruturas sociais e com tendência a se tornarem arcaizantes.

A estrutura jurídica, que traduz o fenômeno social de liderança, se vincula às estruturas econômicas, às estruturas políticas e psicológicas ou de mentalidade.

A função autêntica, revolucionária, no sentido de transformar para melhor, e que se não confunde, com o tumulto, porque exige consciencialização, é uma clara função deontológica jurídica.

Portanto, o estudo das atividades profissionais exprime a estrutura técnica da sociedade onde ela surge. Nos mecanismos econômicos mais de ordem material se faz sentir, até, a atuação da fôrça deontológica do jurista autêntico, como no transporte e na produção e suas formas. Porque em todos êles há um fenômeno típico, o da atitude do homem, como reage às solicitações, como atua profissionalmente.

Seja qual fôr o ângulo ideológico da visão estrutural do problema, a necessidade se impõe de uma compreensão deontológica dos problemas sociais.

Quanto mais uma comunidade se enriquece, evoluindo autenticamente, mais é ela penetrada deontologicamente. Por outras palavras, quanto mais perfeita é uma sociedade, mais centrada é ela deontologicamente.

Se o Direito não é apenas um pensamento, uma idéia, uma simples aspiração, se o Direito é mais que isso, é a concretização dos ideais que agitam os homens, então pede êle o sacrificio e a dedicação de uma vida.

Se o Direito não é algo vazio, é pelo contrário vivência e convivência, e a ciência dêle a consciencialização crítica, é que é cheio de conteúdo deontológico, tem dimensão histórica.

O terceiro aspecto é que o Direito é uma regulação consciente que atua sob a fôrça das idéias, fenômeno tão bem analisado por HUSSON.

Isso importa em dizer que a auto-consciência reflexiva leva ao Direito.

O homem pelo Direito, adquire uma inserção no processo social e adquire uma consciência aguda da transformação da comunidade. Não é êle apenas o técnico do Direito, quando tem vocação deontológica. O Direito não se exaure como função técnica, porque se completa deontologicamente. E essa auto-consciência reflexa não é uma imposição profissional, e sim algo além do pragmatismo jurídico, um privilégio de quem tem algo a dar à humanidade.

É essa ordem superior, corporificada em gênios como SAVIGNY, STAMMLER, DEL VECCHIO, os grandes inspirados, num processo “vulcânico” de revelações das profundidades sociais.

Interessam, além das experiências sociais, aquelas experiências subjetivas, com suas intuições criadoras e originais.

O quarto aspecto da Deontologia Jurídica é que o Direito implica uma receptividade social e certa exigibilidade.

É assim o Direito duplo instrumento: intelectual e político.

Nenhuma reforma social se faz sem instrumentação intelectual. Mas, tôda reforma social é reforma política.

Uma reforma econômica, por exemplo, é inexequível, sem o instrumento jurídico. É êste causação de transformação social.

Está nessa intuição um pouco obscura do legislador o sentido das *reclamações coletivas*. Eis à vista o ponto nuclear da deontología jurídica.

É o Direito, deontològicamente visto, um fator que ajuda a forjar o instrumento adequado de transformação da sociedade, mas forja também um instrumento político.

Por essa conclusão, vemos que a política, em seu sentido científico, está a depender do Direito. Não se pode fazer modificação política numa comunidade sem uma instrumentação jurídica adequada.

Já se vê, daí, que o leigo não pode manejar um instrumento fino, como é aquêle capaz de transformar a sociedade. Com isso não se prega a “revolução da elite”, e sim se procura revelar uma verdade científica, de que só se pode reformar com capacidade.

Para se vencer estruturas estagnadas, só com capacidades humanas e científicas, e entre elas a que maneja o instrumento jurídico, imprescindível na transformação do “quadro” social.

Portanto, uma revolução é incompatível com a improvisação dos valores. A Revolução só se faz com a consciência: que cria, modifica e renova.

É através da sua face deontològica que o Direito adquire aquela consciência que permite estabelecer as ligaduras espirituais da regulamentação e da liderança com os fatores de produção e a estrutura política. Com essa consciência deontològica, o Jurista não respeita tabús, nem preconceitos. É uma fôrça inteligente em ação, a serviço da transformação da sociedade.

Filosofia dos Valores e Unidade Histórica.

Alguns pressupostos teóricos de uma doutrina jurídico-filosófica dos valores.

Renato Cirell Czerna

(Docente livre de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo).

- I. Generalidades. — 1. As assim chamadas Teorias tridimensionais. — 2. A concepção dialética de M. Reale. — II. A posição mais recente — 1. História e cultura — 2. Estrutura do conceito de História — 3. Historicidade de valor e liberdade — 4. Conceito de “Humano”

I.

1. As determinantes histórico-jurídico-filosóficas que condicionaram o aparecimento das assim chamadas “Teorias tridimensionais”¹, são sobejamente conhecidas. Lembremos apenas que essas doutrinas surgiram como uma espécie de terceira solução entre uma posição empírico-sociológica — para a qual se tratava exclusivamente de “apreender” os “fatos” jurídicos, extraíndo apenas dêles, no fundo, as leis gerais, como expressão de uma “realidade” aceita como já dada, e descrita apenas exteriormente — e a tendência, que se afirmava sobretudo no âmbito de certo neokantismo, que visava compreender a realidade jurídica

1. Cfr., por exemplo, as obras de WILHELM SAUER, (especialmente *Juristische Methodenlehre*, F. Enke, Stuttgart, 1940), que, neste campo, foram de grande importância, sobretudo para a Alemanha.

de maneira puramente formal e gnoseológica, no sentido das condições lógicas de possibilidade de sua experiência, determinando, pois, essa mesma realidade sobretudo como *norma*.

Entre *norma* e *fato*, o *valor* se afirmava, então, como uma espécie de mediador e termo de conciliação, única possibilidade de compreender a realidade como unidade móvel, ou seja como uma “realidade axiológica” que não se pode conceber nem como “pura lógica”, nem como “pura ontologia”, segundo a expressão de um dos mais notáveis jus-filósofos de nossos dias².

Entretanto, em nossa opinião, os resultados dessa doutrina não corresponderam totalmente á sua intenção, e a “realidade axiológica” se revelou em que pese a exigência de “concretização” — como abstrato ponto de referência das outras “partes” do todo, expressão da simples adição ou justaposição de “esferas” autônomas, a partir da qual se evidenciava impossível seguir o movimento de uma para a outra, ou compreender e determinar a unidade que a tôdas deveria englobar. O “fato” era, no fundo, considerado, desde o início, naturalisticamente, como realidade dada, embora se tentasse explicar sua “elaboração” pela “norma”, em correlação com um “valor” ao qual o “fato normado” *tendia*, e que, por sua vez, desempenhava um papel semelhante á Idéia platônica.

Chegou-se, em virtude disso, a uma fragmentação da única realidade (*Wirklichkeit*), que, no fundo, jamais se constituiu, e á descrição de uma “realidade” (*Realitaet*) cujas partes flutuavam num espaço vazio.

É bem verdade que o “fato” agora, não mais se concebe apenas como dado (*Gegebenheit*) empírico, mas, enquanto formação dotada de sentido (*Sinnvolles Gebilde*), é referido a um valor; a norma já não significa um dado puramente formal, mas um ponto de referência lógico que circunscreve o fato enquanto *referido ao valor*; o próprio

2. W. SAUER, *ob. cit.*, p. 2.

valor, todavia, continua sendo concebido como uma Idéia eternamente válida, estrela polar dos fatos e das Ordens Jurídicas.

A visão perspectivista em que se funda, afinal, tal descrição da realidade, absolutamente não pode conduzir a um conceito orgânico ou a uma séria fundamentação do *desenvolvimento* através do qual a própria realidade se constitui e se revela. Tal desenvolvimento só se torna compreensível como expressão de uma dialeticidade e só pode ser apreendido com fundamento numa posição crítica.

2. Pois bem: a concepção realeana da realidade jurídica como estruturação unitária de três “momentos” essenciais, se distingue, em nossa opinião, de tais doutrinas tridimensionais imóveis ou estáticas³ precisamente enquanto esta unitariedade é concebida como expressão de um processo dinâmico e dialético, e de um devir histórico.

Tal concepção dialética já se manifesta no criticismo gnoseológico de M. REALE — em que, segundo nos parece, já se encontram, por assim dizer, as condições transcendentais de possibilidade de sua compreensão unitária de Direito e Cultura — afirmando-se como função da mobilidade e da dinâmica dessa doutrina axiológica e histórico-cultural do Direito.

Tempo e espaço não nos permitem, infelizmente, uma análise mais detalhada da gnoseologia de nosso autor. Digase-se, apenas, brevemente, que êste realismo crítico não se põe, aqui, expressamente, como terceira posição entre

3. Certamente, não sòmente a doutrina de SAUER (que aqui assinalamos exemplificativamente), mas tôdas as teorias tridimensionais que em última análise se limitam a uma descrição da realidade e de suas partes, sem compreender a unidade do processo, a partir de dentro, e dialeticamente, devem ser concebidas como doutrinas “imóveis” ou “estáticas” Cfr. nosso *Criticismo ontognoseológico e tridimensionalidade*, em *Revista Brasileira de Filosofia*, f. 5, São Paulo, 1955. e agora em *Ensaio de Filosofia Jurídica e Social*, São Paulo, Saraiva, 1965.

dogmatismo e criticismo, mas antes entre realismo dogmático e idealismo absoluto, ou, também, entre a simples admissão da objetividade real e autônoma do empiricamente dado, e a afirmação da absoluta produtividade do espírito e da realidade como sua autopoisição. Êle não pode aceitar, de modo algum, a “redução” da “realidade” ao “pensamento”, ou sua identidade, mas, de certa forma, afirma a autonomia da própria realidade como “algo” que é constituído como objeto pelo sujeito. A estrutura do ato cognitivo é concebida, por conseguinte, como interação ou reflexo recíproco, necessário e funcional, entre sujeito e objeto. Mesmo assim, todavia, esta afirmada realidade, não é a mesma do realismo dogmático ou de um procedimento puramente empírico; ela só atua como “realidade” autêntica enquanto conseqüência do ponto de vista “ontognoseológico”: não se trata de realidade “em si”, mas em relação com o sujeito, como objeto do conhecimento⁴. Na realidade, a ontognoseologia se revela como expressão de uma exigência crítica de polaridade em que o objeto assume a função de necessário ponto de referência da estrutura dessa mesma polaridade.

Não se pode tratar, naturalmente, de uma justaposição de dois termos, um dos quais, — se admitido, — significaria o retôrno a um realismo pre-crítico. É verdade que o conhecimento mesmo não anula ou supera conservando

4. Cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1953, v. I, p. 63, 66, 107, 109. Pessoalmente temos algumas dúvidas quanto à total validade teórica de tal dialética, que é hoje adotada por pensadores e tendências significativas (por exemplo, os adeptos do assim chamado espiritualismo cristão, como também, de outra forma, certos juristas influenciados pelo neo-positivismo), mas os motivos de tal impossibilidade não precisam, aqui, ser apontados. Certa semelhança com esta estrutura dialética mostram certas tendências neo-kantianas, como, por exemplo, a posição, de BRUNO BAUCH, que fala do “ser” como de um “estar em relações” (*Stehen in Beziehungen*) (cfr. *Die Idee*, Reinicke Verlag, Leipzig, 1926).

(*Aufheben*) nêle, os seus termos sujeito e objeto, mas, por outro lado, se põe como âmbito no qual se desenvolve o processo de sua interfuncionalidade. Parece-nos salva, porisso, na intenção do Autor, também a unidade do espírito, que se fragmentaria se se afirmasse mera justaposição dos termos do ato cognitivo, cujas relações recíprocas permaneceriam, nesse caso, inexplicadas.

Essa dialética de implicação atua muito claramente na concepção que REALE tem do processo da realidade jurídica, que se baseia, no fundo, numa consciência crítica semelhante. Nada pode determinar, com efeito, o “tender” do “fato” para um “valor” que lhe é apenas exterior e transcendente, se o fato mesmo fôr entendido como dado real. Se o valor não fôr compreendido como imanente no fato, enquanto dialética que o explica em seu mais profundo sentido, a passagem da imanência do “tender” para o valor ao qual se tende, se afirmará como “deus ex machina”, que só se pode superar enquanto se compreendam “fato” e “valor” como momentos dialéticos de uma unidade móvel, com plena eliminação de todo dualismo entre ambos.

“Fato histórico cultural” deve indicar, portanto, aqui, sobretudo o ponto de convergência em que se *ordena* organicamente os três momentos do Direito: o “valor”, que só pode ser pensado como *sentido* do fato; a “norma”, sem a qual o fato não é *objeto* jurídico (*Rechtsgegenstand*) e que representa o princípio de produtividade do espírito: Esta ordenação unitária é claramente afirmada por MIGUEL REALE: “ Valor, dever-ser e fim são momentos que se desenvolvem *na unidade de um processo* que representa a experiência total do homem (. . .). Não seria absolutamente necessário falar em “norma” e ‘situação normada’, porque a norma é ao mesmo tempo condicionante e condicionado, valor e fato em síntese dinâmica. O Direito é pois compreendido como momento da vida do espírito, enquanto ela se objetiva como imputação social, como fato social ao

qual o valor imprime seu sentido, e como valor que não se pode compreender sem o fato, através do qual se atua historicamente”⁵

II.

1. Em virtude da dinamização e concretização do conceito de valor, também a cultura aparece, na concepção de REALE, como expressão de um processo histórico unitário. “ . As doutrinas (filosóficas)”, esclarece êle em sua última obra⁶, a qual representa sem dúvida sua mais recente tomada de posição, “sòmente possuem universalidade e concretidade na medida em que logram traduzir algo de substancial nos horizontes de nosso ser histórico” Mais ainda, e aqui a problemática do valor não sòmente já não se assenta num mundo meta-histórico e transcendente, e

5. L.c. p. 485, 501. A êste propósito seja-nos permitido notar que as observações de WERNER GOLDSCHMIDT, sòbre a concepção de MIGUEL REALE, em *La Ley*, Buenos Ayres, tomo 112, 18-12-1963, que caracterizam a posição de nosso autor como idealística, repousam, segundo nos parece, num total malentendido. A adoção de um método dialético de modo algum é suficiente para entender a doutrina que assim o faz, como teoria de cunho idealista; as tendências idealistas que procedem dialéticamente (e especialmente tôdas as formas hegelianas e neo-hegelianas do idealismo absoluto) se apoiam numa dialética de opostos e sua superação, possível apenas — naqueles âmbitos — entendendo-se a realidade como pensamento: o pensar os opostos já supera êstes mesmos opostos, como particulares abstratos, na unidade sintética do espírito. Não são, pois, idealistas, tôdas as doutrinas que adotam outra dialética (por exemplo, a de implicação). Por outro lado, não creio que se possa antecipar, na posição de REALE, a “relatividade” dos valores: tal conceito de relatividade se apoia numa concepção nítida e puramente empírica. A inegável tendência historicista na concepção de REALE não significa necessariamente a afirmação de uma relatividade empíricamente entendida. Vemos nisso a repetição daquele malentendido que concebe todo historicismo como “relativista”. Lembre-se, aqui, a distinção entre a problemática historicista de um DILTHEY, MEINECKE ou TROELTSCH e a de um BENEDETTO CROCE.

6. *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 15.

nem sequer numa esfera apenas histórico-objetiva, mas é procurada na intimidade e na auto-consciência, considerada sua fonte mesma: “ Volta, assim, (. . .) o antigo ensinamento (. . .) aconselhando-nos a volver à intimidade da consciência, porque é nela que habita a verdade. Eis aí a razão pela qual surge uma problemática mais urgente do que a problemática do ser: é a problemática do valor (. . .)”⁷ Quando nos elevamos á fonte primeira da cultura, o que se nos revela é o *homem em sua autoconsciência espiritual*, ou, por outras palavras, o espírito como liberdade constitutiva, que dá significado ás ‘coisas’, ao construído e ao sistematizado, ao ‘fático’ e ao ‘normativo’, que tudo se subordina ao valor primordial (. . .)”⁸, “ . . . é só á luz de uma temática axiológica geral, ou por outras palavras (. . .) é só no processo histórico-cultural das “concepções do mundo” que podem ser situados os conflitos entre liberais e socialistas, individualistas e totalitários (. . .)”⁹, o que certamente remete á história da cultura como luta de valores *infieri* e como processo histórico.

Fala-se, é verdade, de uma “ontologia dos valores”¹⁰ a cuja fundamentação se reconhece validade teorética, mas precisamente em sua admitida comparabilidade com outros prismas igualmente válidos e possíveis (como o sociológico, o epistemológico, etc.¹¹), reside a negação de sua absoluteza (e pois de seu caráter especificamente ontológico) e a sua subsunção nas mais amplas categorias da história do espírito e seu ponto de vista.

2. Se lançarmos a vista para a tensão temática em que se encontram os diversos elementos que constituem a estrutura do conceito de história, como êle surge nesta concepção, caminharemos, em nossa opinião, em que pese sua plurali-

7. *Ob. cit.*, p. 16.

8. *Ob. cit.*, p. 28.

9. *Ob. cit.*, p. 19.

10. *Ob. cit.*, p. 19.

11. *Ob. cit.*, p. 20.

dade, para a fundamentação da unitariedade do devir histórico, como reflexo e interação (*Wechselwirkung*) constante e funcional dos momentos desta tensão mesma.

A estrutura da pluralidade ou variedade de valores, aqui afirmada, pode assumir dois sentidos diversos, embora não contrapostos: com efeito, pode se tratar, em primeiro lugar, de pluralidade no mesmo sistema de valores, ou na mesma concepção do mundo; ou, de outro lado, de pluralidade de concepções valorativas ou seja, perspectivas axiológicas (como se viu acima, a propósito das divergências ideológicas)¹². Este segundo aspecto é, para nós, no momento, o mais relevante, como adiante veremos¹³.

Nosso Autor mesmo nos fala, é verdade, de pluralidade de perspectivas *na* História, ou na História da Cultura, manifestando-se contra uma unidade *abstrata*, mas o faz, assim mesmo, segundo nos parece, quase no sentido de uma unidade concreto e funcional de unidade e pluralidade: em outra palavras, a História é a autêntica “Constante”; a História mesma é, de fato, *pluralidade* de “momentos” — e cada um destes momentos é uma situação histórico-cultural, uma conexão de valores e, por sua vez, uma unitária realização de valores — mas ela (história) é, ao mesmo tempo, unidade dialética de unidade e pluralidade, embora o seja numa dimensão de polaridade, e não de oposição. A pluralidade da História, pois, é multiplicidade de períodos culturais e não de homens ou indivíduos particulares; estes só podem ser compreendidos, portanto, como condicionados pelo “Espírito do Tempo” (ou, se quisermos, pela “constelação” ou “sistema de valores”), e os mais “significativos” são aqueles que conseguem expressar essa conexão espiritual ou cultural.

A unidade na tensão já é claramente afirmada na tomada de posição crítica com relação a um conceito de história “existencial” como simples temporalidade: “...tem-

12. I, 2.

13. II, 3.

poralidade não equivale a historicidade. Esta é a temporalidade racionalmente realizada, ou, como me parece mais plausível, é a temporalidade em uma tensão racional, na qual liberdade e valor se implicam e se exigem reciprocamente”¹⁴. A consciência da tensão e, porisso mesmo, da unidade como fundamento de sua possibilidade, se afirma nitidamente, especialmente no tocante á fundamentação existencial da história como futuro. A história deve ser compreendida sem dúvida, também como futuro, e seu conceito entendido como indicando o futuro: “De certo ponto de vista, o homem é a sua história, (.) mas não seria compreender integralmente o homem concebê-lo espelhado unicamente no processo histórico-cultural, pois o homem é, também, a história por fazer-se. É própria do homem, da estrutura mesma de seu ser, essa ambivalência e polaridade de “ser passado” e “ser futuro” (). O futuro () se revela em nosso ser como possibilidade, tensão, abertura para o projetar-se intencional de nossa consciência (.)”¹⁵.

Mesmo assim se afirma, no entanto, (especialmente na crítica ao atualismo gentiliano) a indestrutível significação e autonomia do Passado como constitutivo da História: “(.) impossível a história sem a compreensão da dignidade do fato particular como tal, como momento do espírito, condicionante de outras possíveis aberturas da existência humana, nada se atualizando sem a força motivadora daquilo que já se pensou e se quiz (.)”¹⁶.

14. *Pluralismo e Liberdade*, p. 39.

15. *Ob. cit.*, p. 71.

16. *Ob. cit.*, p. 89. Outro tipo de tensão no processo histórico ou cultural é aquêla que se dá entre teleologia e axiologia, ou entre fim e valor. Aqui REALE discute amigavelmente com LUIGI BAGOLINI (Genova) observando, por exemplo, que “(...) uma cultura em crise é uma cultura que deixou de ser teleológica; mais (.) essa afirmativa não tem sentido em uma doutrina que identifique axiologia e teleologia, quando ambas, por mais que se impliquem, mantêm-se distintas, sendo a respectiva tensão o ritmo da consciência histórica” (*ob. cit.*, p. 86).

A consciência da tensão entre passado e futuro (aqui apenas exemplificada) sintetisa e supera em si, segundo nos parece, a oposição possivelmente subjacente; indica novamente a unidade pelo menos funcional do processo histórico, e significa, necessariamente, a pesar da “pluralidade”, a unitariedade e totalidade da estrutura do conceito de história acima exposto.

3. O conceito de História que acabamos de expor está, em sua estrutura, intimamente ligado aos de cultura, valor e liberdade. E mais, é a historicidade, muito mais do que a ontologia, que, de início, condiciona essencialmente a estrutura mesma do valor: “(. .) essa hipostasia de valores”, diz REALE em sua tomada de posição crítica com relação á doutrina ontológica dos valores, “cria uma separação irreduzível entre êles e a experiência humana, entre êles e a existência do homem, quando é certo que os valores não se revelam nem são suscetíveis de conhecimento fora da experiência histórica que êles condicionam como projeção da vida espiritual”¹⁷. Com efeito, “uma axiologia a-histórica não me parece tenha sentido, pois é na história e pela história que se aperfeiçôa o conhecimento do mundo dos valores (. .). Sendo os valores expressões do próprio espírito humano em sua universal projeção sôbre a natureza, o estudo dos valores na tela da história é, até certo ponto, um reencontro do espírito consigo mesmo, do espírito enriquecido por sua própria experiência estimativa (. .). Daí a essencialidade da história para tôda axiologia que não se estiole na simples justaposição arbitrária de intuições particulares incomunicáveis, como se cada valor só pudesse ser conhecido por ‘intuição estigmática’, em sua singularidade cerrada e irreduzível (. .) é na experiência histórica que o espírito (. .) se conhece a si mesmo e ao mesmo tempo vai se realizando”¹⁸.

17 *Ob. cit.*, p. 87.

18. *Ob. cit.*, p. 87, 89. Também a axiologia jurídica só pode ser concebida, para REALE, em função da experiência histórica. Cfr. *Pluralismo e Liberdade*, p. 63.

Isto não significa apenas uma crítica da axiologia ontológica, mas também a afirmação da historicidade dos valores num processo histórico unitário. A problemática dos valores deve se desenvolver sempre de novo, e cada vez mais em conexão com a teoria do homem na história, já que a história mesma significa aquela *experiência filosófica concreta* através da qual a *polaridade* do existir e do valor se expressa num equilíbrio perenemente variável¹⁹. A conexão de cultura e Homem, porém, não significa, apenas, somente a historicidade do homem, mas também a dos valores, especialmente da *liberdade*, que se atualiza como âmbito funcional de expressão e condição unitária de possibilidade da (muito embora) variável realização de valores. Sem uma tal consciência de historicidade impossível se tornaria uma imagem do homem: “Esta (imagem) ficaria mutilada se fizéssemos abstração do mundo histórico, do complexo de bens materiais e espirituais em que o espírito humano se refletiu e que, uma vez constituídos, passaram a condicionar os atos criadores das gerações supervenientes. Não houvesse a objetivação das intencionalidades no sistema dos bens culturais, e teria sido precário o diálogo das gerações, o intercâmbio espiritual dos ciclos históricos”²⁰.

Valor e Liberdade representam aqui uma insuperável e necessária interação que em sua tensão essencial engloba a concepção do homem concreto, existencial e histórico (e não racional abstrato): “() A liberdade, entendida como espontaneidade criadora, identifica-se com o valor radical do homem; e o homem, que procura se libertar da história, haure na história as forças indispensáveis ao seu incessante superamento”²¹.

A historicidade de Valor e Liberdade significa, no entanto, também a unitariedade da História, que em si compreende ambas as instâncias, e que supera a particula-

19. *Ob. cit.*, p. 18, 20, 21.

20. *Ob. cit.*, p. 27. A própria máquina é o resultado de milênios de história (*ob. cit.*, p. 28).

21. *Ob. cit.*, p. 32, 33.

ridade da realização de valores. Elas representam, com efeito, em sua polaridade, “(.) a vida mesma do espírito, sendo a condição de seu *processus*”²².

4. Para que se compreenda a humanidade como o complexo de sua significação espiritual-global (*geistig-ganzheitlichen*) histórico-cultural, deve-se assinalar, na concepção aqui examinada, o papel dos conceitos de “pessoa” e “personalidade”, designada que é, a primeira, como “valor-fonte”. “Só mesmo reconhecendo a pessoa como fonte de valores (fonte do que *deve ser*, do que ainda *não é*, nem poderá jamais vir a ser de forma conclusa, definitiva) é que se pode, com efeito, conceber a história na conciliação necessária de duas exigências essenciais, a de *unidade* e a de *infinitude*”²³. Todavia, o próprio conceito de “pessoa” designado por outros como “indivíduo concreto”, vive numa tensão funcional que se caracteriza no sentido de aparecer, a pessoa mesma, tanto como *històricamente condicionante*, como igualmente, *històricamente condicionada*. A pessoa, como abertura para o futuro, e pois enquanto expressão da possibilidade aberta do processo, é certamente a raiz da historicidade e da socialidade, mas a história é, por sua vez, a raiz da personalidade em que se manifesta e que ela, pois, novamente condicionada e determinada como tal expressão (que, no fundo, representa sua essência mesma). Na verdade trata-se, também no tocante á experiência humana jurídica “() (de) uma única realidade histórico-cultural *in fieri*, ligada ao sentido de cada época, assim como ligada também á raiz possibilitante dêsse enriquecimento (. .), dêsse perpétuo fazer-se e afirmar-se em que consiste a vida humana, e, mais ainda em que se reflete a essência do espírito. Ao “dar a cada um o que é seu poder-se-á acrescentar: “na medida e na concreção do tempo histórico”²⁴.

22. *Ob. cit.*, p. 42.

23. *Ob. cit.*, p. 74-75.

24. *Ob. cit.*, p. 75-76.

“Valor e historicidade são, assim, inerentes á consistência mesma da pessoa, de maneira que não tem sentido tanto um humanismo a-histórico, ou meta-histórico, quanto um humanismo que se revele integral e absolutamente na história (..)”²⁵.

A própria Sociedade, que no fundo se manifesta como expressão da historicidade “(. .) é condicionada pela sociabilidade do homem, isto é, por algo que é inerente a todo ser humano, e que é condição de possibilidade da vida de relação”²⁶. “O fato do homem só vir a adquirir consciência de sua personalidade em dado momento da evolução histórica, não elide a verdade de que o ‘social’ já estava originariamente no ser mesmo do homem ()”²⁷. Todavia, tal consciência é “(. .) uma expressão histórica da atualização do ser do homem como ser social (.)”²⁸. A personalidade aparece, pois, aqui, como consciência do social. “Pessoa, sociedade e história surgem, assim, como conceitos correlatos, numa concreção dialética (.)”²⁹.

O princípio da personalidade atua, é verdade, como condição de possibilidade do fato histórico da consciência de personalidade, mas o *problema* da pessoa se afirma em virtude de sua historicidade e socialidade. Se se compreende a pessoa em sua realidade histórica e em sua idealidade como implicação de ser e dever-ser, é possível caminhar-se para uma fundamentação de sua concreção histórica e social, numa espécie de conciliação entre “(. .) a direção que de KANT vai a FICHTE e aquela outra que se desenrola de HEGEL a MARX e GENTILE, a primeira apontando para os valores da *subjetividade*, a segunda acentuando os valores da *objetividade* social e histórica”³⁰.

25. *Pluralismo e Liberdade*, p. 76.

26. *Ob. cit.*, p. 64.

27. *Ob. cit.*, p. 64.

28. *Ob. cit.*, p. 64.

29. *Ob. cit.*, p. 64.

30. *Ob. cit.*, p. 65.

Também com base e no espírito da concepção examinada poder-se-ia pois afirmar, apesar de tudo, segundo nos parece, que somente partindo-se da perspectiva do homem empírico é possível falar-se de “passado” e “futuro” como determinados e determináveis. Só há portanto uma eterna auto-presença da história, num processo, que só é devir para o homem, porque o homem mesmo é sempre apenas uma expressão momentânea do todo. Se, porém, o todo se realiza em sua imanência no mundo histórico humano, isto significa que a história é o Sujeito.

‘Uni-Verso’ Realeano*.

Luís Washington Vita

(Do IBF de São Paulo).

Introdução.

A publicação do décimo-quinto livro do prof. MIGUEL REALE é, por si só, um acontecimento cultural no presente momento, seja pela oportunidade dos temas que expõe e discute, seja pelo rigor filosófico com que são debatidos, seja, finalmente, pelo vínculo com que os trava com a realidade nacional, revelando uma clara consciência acêrca do que somos, de modo especial do que somos em face dos outros povos e de nós mesmos. Essa tomada de posição e de autoconsciência é quase peregrina no evolver da história das idéias no Brasil, pois não se trata aqui de mera assimilação das correntes da filosofia européia, mas de sua conversão em instrumental de uma realidade sócio-política peculiar e que, por isso mesmo clama por categorias próprias e vivenciadas. Nesse sentido, e sem nenhum exagêro, a *filosofia brasileira* — e não mais a *filosofia no Brasil* — inicia sua plena maturidade com *Pluralismo e liberdade* de MIGUEL REALE.

Por outro lado, não obstante compôr êste livro ensaios de diversas épocas, ainda que próximas entre si, e de diferentes temas que abarcam praticamente tôdas as disciplinas filosóficas, desde as de caráter metodológico até a metafísica, em verdade seu conjunto compõe uma *antropologia*

* MIGUEL REALE, *Pluralismo e liberdade*, São Paulo, Edição Saraiva, 1963, IX, 300 pp.

política fundamentada no que o próprio autor denomina “historicismo axiológico”, onde *valor* e *história* se implicam num *processus* dialético e no qual a dialética não é apenas o método que se articula numa estrutura conceitual congruente com a própria estrutura da realidade por conhecer, mas é também o pensar intuitivo que se insere no devir do mundo e, graças ao *logos*, une internamente tôdas suas manifestações fenomênicas. Daí *Pluralismo* e *liberdade* consistir, em última instância, um diálogo, às vêzes estridente, outras em sussurros, entre MIGUEL REALE e HEGEL.

Esta verificação nos leva ao conceito hegeliano de “sistema”, no qual a filosofia está contida inteiramente em si mesma e que cresce a partir de dentro dela, como um ponto que se converte em círculo. É o que ocorre em *Pluralismo e liberdade*, onde seus conceitos se relacionam e se conjugam entre si, e se formalizam em proposições e enunciados num sistema orgânico que nada tem de mecânico, mais derivando do real que impôsto pelo conceitual. Também MIGUEL REALE intenta trazer HEGEL do céu à terra, não porém através de mera inversão de têrmos, mas por meio de uma correção de atitude metodológica.

1. Idéia da filosofia.

Para MIGUEL REALE “a filosofia é a meditação sôbre o que no homem se mostra capaz de significação universal” (p. 287), devendo-se aos gregos sua descoberta e que consiste em “pensar o pensamento, resolvendo-o na congruência do conceito e da palavra, na busca do ‘princípio’, do ‘eidos’, do que é essencial a cada homem e ao cosmos, como base do entendimento e da comunicação entre os homens” (pp. 287-8). É no plano das construções filosóficas que ocorre aquela atividade humana, racional, que supera o imediatamente dado “pela integração dos casos particulares em formas abstratas, em sínteses que só aparentemente se desligam das coisas significadas, porque, na realidade, as

compreendem em seus valores essenciais, na sua coerência íntima e necessitante” (p. 48). Por isso “A filosofia é, igualmente, síntese e unidade. Não síntese amorfa e indiferenciada, mas síntese orgânica e de *processus*, unidade de ordem, na qual se preserva a cada parte componente a sua posição específica e própria; nem o todo importa em absorção ou em predomínio avassalador, mas representa antes a co-implicação harmônica de peculiaridades intocáveis. A filosofia é racionalidade, e é racionalidade até mesmo quando o filósofo põe em realce o papel fundamental das forças emocionais e intuitivas. Porque a filosofia é também linguagem, pelo menos uma tentativa de expressão rigorosa, tradução em verbo ou em símbolos daquilo que a experiência oferece de essencial e duradouro” (*ibidem*). “Sendo próprio da filosofia elaborar uma cosmovisão, ou seja, uma compreensão geral do universo e da vida” (p. 3), contudo “a universalidade da filosofia está antes nos problemas do que nas soluções” (p. 8). Todavia, “É necessário se lembre que, se a filosofia é universal, nem por isso deixa o filósofo de receber as influências do meio em que vive, o qual condiciona tanto o conteúdo ideológico quanto as formas expressivas” (p. 50). Portanto, universalidade dos problemas e condicionalidade histórica dos problemas, “eis duas coordenadas inamovíveis do pensamento filosófico. Varia, assim, através do processo histórico, o condicionamento dos problemas universais, bem como o estilo de vida ligado essencialmente à pessoa do filósofo e ao complexo de fatos e valores culturais em que se situa” (pp. 50-1). Vivendo a filosofia de indagações e contrastes perenes pode ela não ser uma ciência universal de resultados, mas deve ser ao menos uma ciência universal de problemas: “É nos problemas, mais do que nas soluções, que reside a *universalidade* da filosofia, embora existam também no plano filosófico soluções universalmente válidas sobre esta ou aquela outra questão, dando lugar a novos problemas ou lançando nova luz sobre problemas antigos (p. 86). Consistindo a filosofia num diálogo, numa troca de idéias, “que, desde Platão, é a

forma por excelência do filosofar” (p. 264), sua principal virtude está em nos prevenir “contra as visões unilaterais e fragmentárias da vida, contra os ‘estrabismos’ intelectuais que, projetados depois do domínio da religião, da política ou do direito, geram as intolerâncias e os fanatismos inconseqüentes” (p. 62). Por isso “mais do que nunca a causa da filosofia se confunde com a da liberdade” (*ibidem*).

2. Idéia do homem.

Consoante o pensador paulista, é o homem, na sua afirmação pessoal, a raiz de todos os valores, valor por excelência, “valor-fonte de todos os valores” (p. 28), pois “o certo é que o homem, neste intranquilo após-guerra, quanto mais se abisma nos mistérios do cosmos, tanto mais sente a urgente necessidade de dobrar-se sôbre si mesmo, na intimidade de sua consciência, no sentido do *eu profundo*, cujo *ser* é o seu *dever ser*, onde se entrelaçam liberdade e valor, *ser* e *dever ser*, individuo e sociedade, existência e transcendência: só então o homem se sente na plenitude de seu ser como *pessoa*, valor-fonte de todos os valores, a prescindir do qual não teriam sentido as mais rigorosas, e verificáveis conquistas das ciências” (p. 46). Disso resulta “que liberdade e valor, tal como subjetividade e objetividade são têrmos correlacionados ou complementares, ambos essenciais à plena compreensão da vida do espírito” (*ibidem*, nota). Daí ‘pessoa’ e ‘convivência histórico-social’ serem têrmos que se exigem reciprocamente “visto como — e este ponto é essencial —, pôr-se como pessoa é pôr-se como história, como alteridade, como comunidade, e a redução de uma à outra romperia a unidade concreta, o mesmo resultando se prevalecesse uma sôbre a outra” (p. 71). Quer dizer: “uma axiologia a-histórica, ou meta-histórica não tem sentido. De certo ponto de vista, o homem é a sua história, concordo, mas não seria compreender integralmente o ho-

mem concebê-lo espelhado unicamente no processo histórico-cultural, pois o homem é, também, a *história por fazer-se*. É própria do homem, da estrutura mesma de seu ser, essa ambivalência e polaridade de ‘ser passado’ e ‘ser futuro’, de ser mais do que a sua própria história. E note-se que o futuro não se atualiza como pensamento, para inserir-se no homem como ato, — caso em que deixaria de ser futuro, — mas se revela em nosso ser como *possibilidade, tensão, abertura* para o projetar-se intencional de nossa consciência, em uma gama constitutiva de valores” (*ibidem*). Ou seja: “O homem não é ‘ser histórico’ em razão da história vivida, mas o é mais pela carência de história futura. É preciso, em verdade, atentar ao significado pleno de minha afirmação de que *o homem é o único ente que originariamente é e deve ser*, no qual ‘ser’ e ‘dever ser’ coincidem, cujo ser é o seu dever ser” (pp. 71-2). Assim, “de certa forma pode-se dizer que, à medida que o homem veio sentindo carência do seu ser histórico, pôsto entre as aporias de uma civilização em crise, mais emergiu e se alargou a pergunta sôbre o destino da espécie, ou como costume dizer, sôbre o *dever ser* do *ser* do homem e o sentido de sua liberdade como *situação* e *ato*, ou seja, em articulação com os valores totais da comunidade, preservada a intransferível valia de sua singularidade pessoal” (p. 18).

Se “quanto mais nos imergimos no mar da socialidade, mais tendemos a encontrar-nos como sêres singulares, surpresos, perante nós mesmos pela fôrça do ‘individual’ resistente de nosso ser” (p. 109), “não é, em verdade, na singularidade ou na subjetividade que se há de encontrar o ponto de partida para a compreensão do homem e da vida, mas antes na co-implicação e na polaridade dos dois têrmos, do ‘sujeito’ e do ‘objeto’, do ‘indivíduo’ e da ‘comunidade’: o nexu subjetivo-objetivo, no plano teórico, corresponde à relação bipolar indivíduo-comunidade no plano da *praxis*” (p. 109-10). Isto porque “cada homem vive, ou melhor, convive num sistema social entrelaçante que condiciona a sua

individualidade. Desde o círculo familiar ao círculo das amizades íntimas; desde o círculo dos interesses econômicos de sua ‘situação social’ ao círculo dos interesses gerais da nação, o homem é sempre um ‘membro de grupo’, um ‘sócio’, um termo de relação. Poder-se-ia medir a fôrça de uma individualidade verificando-se o número de ‘círculos’ em que ela se insere: o que chamamos personalidade é a projeção do indivíduo como ‘constante’ na relacionalidade social, o total das projeções do indivíduo na convivência, como expressão de uma permanência determinada e inconfundível de fôrça ética consciente e livre, que se traduz e se concretiza como trabalho. — Viver, humanamente viver, é atribuir e desejar valores, reconhecer valores nas coisas e nos atos e tentar, ao menos realizá-los. A vida humana é uma estimativa perene” (p. 151). Daí, “quanto mais o homem se multiplica, estendendo sua atividade a um maior número de círculos sociais, mais se liberta do todo coletivo e mais se sente ‘si mesmo’: por mais que pareça paradoxal, quanto mais o homem se multiplica socialmente, mais se encontra; quanto mais trabalha, mais se singulariza, ainda quando o seu esforço tenha de se coordenar com os da coletividade a que pertence” (*ibidem*). Porque “em todo homem, no âmago da trama social que o torna *pessoa*, há um oásis inviolável, que é a sua *subjetividade pura*, resistente a tódas as possíveis asperezas circundantes, e que é, ao mesmo tempo, fonte de convívio e alteridade, na medida e enquanto se reflete nas demais subjetividades, pelo reconhecimento transcendental da igualdade comum” (p. 166). Assim, “o ser do homem é um ser de situação e de alteridade, a ninguém sendo dado libertar-se do próximo e das coisas. Dessarte, ‘o outro’, ao contrário do que proclama SARTRE, é tão essencial ao revelar-se do homem a si próprio, quanto o é a natureza em que se haurem as fôrças essenciais a qualquer projeto existencial. Daí ser necessário reconhecer a polaridade do ser humano que só pode ser para si enquanto o é para outrem, sem que essas duas direções

tensionais jamais possam se elidir ou confundir-se, sob pena de sobrevir a trágica mutilação ou do homem ou da sociedade” (p. 168). Em suma, “o homem não é só indivíduo, mas também não é só social; somos, na realidade, seres bi-valentes, visto sermos, de algum modo, nós mesmos e também os outros” (p. 240).

Contudo, “nada mais contraditório do que o homem, dada a ambivalência essencial de seu ser pessoal, ora voltado para si mesmo, ora voltado para a sociedade; ora desejoso de estabilidade, ora seduzido pelo movimento; ora prêsso às amarras do passado, ora projetado líricamente para o futuro; ora impulsionado pelas fôrças dionisíacas da afetividade, ora sublimado pelas fôrças apolíneas da razão; sempre vacilante entre a certeza empírica de nexos causais imanentes e os planos encobertos da transcendência. — Polaridade do existir, polaridade do valor, num perene equilíbrio instável, através do qual se renovam os ângulos e as perspectivas da história, que constitui, sob êsse prisma, a experiência filosófica concreta” (pp. 20-1). Por isso “o fato de caracterizar a lei [jurídica] por sua aplicação, apresentando-se como a previsão de uma classe de comportamentos futuros, não deve nos levar ao equívoco de pensá-las como simples entidades lógicas; o seu conteúdo, o seu significado são complexos axiológicos e fáticos, correlacionados ou complicados segundo uma dialética que reflete tôda a ambivalência do ser humano, servo, ao mesmo tempo, da realidade e do ideal” (p. 281). MIGUEL REALE, em suma, está convencido de que a verdade está com aquêles que, como GABRIEL MARCEL, reputam o homem livre na medida em que se nega como coisa: “Longe de ‘coisificar-se’, subordinando-se às linhas inflexíveis imanentes ao já acontecido, deve-se reconhecer que o homem vai projetando a sua tonalidade específica sôbre tudo que o cerca: os valores, no fundo, refletem a dimensão humana acrescida às coisas das quais o homem se serve em sua renovada faina histórica” (p. 26).

3. Idéia da sociedade.

De acôrdo com a dialética de implicação e polaridade, homem e sociedade se implicam e se relacionam, ontogeno-seològicamente, sem que um térmo possa ser reduzido ao outro, e sem que, ao mesmo tempo, um dêles seja pensável sem o outro. Ou, nas próprias palavras de MIGUEL REALE: “Diz-se que há polaridade entre dois fatôres quando o conceito de um é essencial à plena determinação conceitual do outro, sem que um possa, no entanto, ser reduzido ao outro, mantendo-se, pois, sempre distintos e complementares” (p. 218), sendo por isso, ao seu ver, o processo dialético de implicação e polaridade, o que “corresponde melhor ao polimórfico e plural desenvolvimento da história, que não pode ser reduzida à dramaturgia de um todo que de antemão já absorveu a liberdade e as inovações dos indivíduos, dos grupos e das nações, tornando paradoxal até mesmo o desenrolar-se da história” (pp. 223-4). Assim sendo, “as filosofias, ou por melhor dizer, as correntes filosóficas, não surgem por acaso, nem constituem produto de elocubrações mentais solitárias, divorciadas da sociedade, livres do atrito dos valores humanos. Tôda autêntica corrente filosófica deve refletir as exigências essenciais de sua época, sendo certo que as doutrinas sòmente possuem universalidade e concretitude na medida em que logram traduzir algo de substancial nos horizontes de nosso ser histórico” (p. 15). Todavia, “a sociedade, longe de constituir um fator originário e supremo, é condicionada pela sociabilidade do homem, isto é, por algo que é inerente a todo ser humano e que é condição de possibilidade da vida de relação. O fato do homem só vir a adquirir consciência de sua personalidade em dado momento da evolução histórica, não elide a verdade de que o ‘social’ já estava originariamente no ser mesmo do homem, no caráter bilateral de tôda atividade espiritual: a tomada de consciência do valor da personalidade é uma expressão histórica da atualização do ser do

homem como ser social, uma projeção temporal, em suma, de algo que não se teria convertido em experiência social se não fôsse inerente ao homem a *condição transcendental de ser pessoa*, ou, por outras palavras, de ser todo homem *a priori* uma pessoa. — Não há dúvida que a compreensão histórica ou até mesmo historicista do problema da pessoa abre perspectivas novas, não só pela necessidade de ter-se presente o caráter de temporalidade que lhe é inerente, mas também porque passa a ser situado com tôdas as suas implicações, isto é, como um problema inseparável da nota de *socialidade* que não lhe é menos essencial. Pessoa, sociedade e história surgem, assim, como conceitos correlatos, numa concreção dialética que torna impossível a compreensão de um elemento com olvido dos dois outros” (p. 64).

Em que têrmos MIGUEL REALE entende a ‘história’? “Consoante ensinamento fecundo da filosofia contemporânea, a história não é um conglomerado de fatos passados, algo de estático projetado atrás de nós. Muda-se a posição do observador no tempo, e eis que os eventos pretéritos adquirem tonalidade nova, expostos à incidência de imprevistos ângulos interpretativos” (p. 274). Dessa compreensão da história defluiu o historicismo realeano, pois “na realidade, quanto mais vivemos, mais nos aprofundamos nos tempos idos: é no futuro que se esconde o valor essencial do passado, e é através dêle que se esbatem os contornos e as perspectivas do autênticamente válido, enquanto que se dissolvem e se olvidam falsas glórias e vaidades caducas” (*ibidem*). Quer dizer: “Nem a história do *eterno começar*, nem a história do *eterno repetir-se*, mas sim a história do homem em perene projeto, na renovada tarefa e porfia inseparável de um ser que não se converte em história a não ser na medida em que a condiciona, e que, sendo a história já vivida, é, por sua própria natureza, a história por fazer-se, nisso consistindo o signo de sua excelência, ao mesmo tempo que de sua ‘carência’ (p. 286). É voltando os olhos para o pretérito que o homem vislumbra o porvir: “Volvamos, pois, os olhos para o passado, pois êste é como um cume que

se galga para se ter a perspectiva do futuro. Estranho ser que é o homem, que tanto mais sobe quanto mais se aprofunda no sentido de suas raízes:” (*ibidem*). Daí a meditação sôbre a condição humana, sôbre a existência e suas circunstâncias, e sôbre o ser do homem como o seu dever ser, revestir-se do condão de abrir a perspectiva de um “historicismo diverso, *uno* em virtude da unidade ontológico-axiológica que é a pessoa humana, e, ao mesmo tempo, *infinito* em virtude da carência e da implenitude do homem. Só mesmo reconhecendo a pessoa como fonte de valores (fonte do que *deve ser*, do que ainda *não é*, nem poderá jamais vir a ser de forma conclusa, definitiva) é que se pode, com efeito, conceber a história na conciliação necessária de duas exigências essenciais, a de *unidade* e a de *infinitude*” (pp. 74-5). Conclui então que a pessoa é a raiz da socialidade e da historicidade, apresentando-se com dupla valência: “a) *no plano ontognoseológico*, como categoria transcendental que torna possível a experiência ético-jurídica, assim como a compreensão racional unitária das incessantes e reiteradas mutações operadas nos ordenamentos jurídicos através da história; b) *no plano ético*, como critério objetivo e primordial de aferição da experiência ético-jurídica, pois *a priori* pode considerar-se injusta tôda ordem social que redunde em diminuição da dimensão já adquirida *in concreto* pela pessoa humana em cada ciclo histórico” (pp. 75-6). Nisso consistiria o que MIGUEL REALE entende por ‘historicismo axiológico’, “um novo conceito de história e de ‘concreção’, concebida esta como funcionalidade e integração de referências” (p. 110), “múltiplo e perspectivístico, capaz de co-implicar e polarizar os contrastes inerentes ao ser do homem” (p. 77, nota).

4. Idéia de valor.

Para MIGUEL REALE, valor e historicidade são inerentes à própria consistência da pessoa, “de maneira que não tem sentido tanto um humanismo a-histórico, ou meta-histórico,

quanto um humanismo que se revele integral e absolutamente na história, aniquilando a condição mesma de sua possibilidade” (p. 76). No que consiste, porém, o valor? “Ressalvado o elemento dinâmico que distingue a positividade das exigências valorativas, poderíamos dizer que os valores são *dados estimativos*, dados vetoriais da experiência humana, suscetíveis de conhecimento racional, embora incompleto. Assim como os *dados sensíveis* constituem a matéria de elaboração do conhecimento teórico, há *dados estimativos* como matéria da cognição axiológica. — Partindo dos elementos que a intuição nos fornece e das conexões que entre êles se constituem, elevâmo-nos ao plano de sua ordenação racional, verificando, assim, o significado e o alcance de cada valor em si mesmo e no sistema geral das estimativas, cuja estrutura e sentido nos permitem distinguir os diversos ciclos histórico-culturais. — Opera-se, desarte, uma *verificação* de estimativas no cenário histórico, à luz de seus efeitos ou resultados, dos frutos auferidos e experimentados nas circunstâncias da vida individual ou coletiva. Uma axiologia a-histórica não me parece tenha sentido, pois é na história e pela história que se aperfeiçoa o conhecimento do mundo dos valores, embora êste transcenda às contingências do viver histórico que jamais logrará captá-los e atualizá-los, definitivamente, em tôdas as suas possibilidades e projeções” (p. 88).

Por outro lado, pode “dizer-me que há uma ‘constante axiológica’, ou, por outras palavras, um conjunto de valores fundamentais que, uma vez trazidos historicamente ao plano da consciência, tornam-se *bens comuns*, essenciais ao viver social” (p. 77). Isto porque “tôda cultura é uma objetivação ou projeção histórica de valores reconhecidos e queridos como fins. A recepção do valor como fim marca o momento culminante da *racionalidade* na objetiva expressão do conteúdo estimativo que, inicialmente, nos é fornecido pela *intuição*, intelectual, emocional ou volitiva. A pura intuição deixa-nos geralmente no limiar do conhecimento axiológico, salvo em se tratando de *evidências axiológicas*,

que tanto como as *evidências teóricas*, se impõem à razão de maneira imediata e irrecusável”, porquanto um valor só pode ser conhecido “enquanto se realiza ou tende a realizar-se, ou seja, enquanto se torna, de certa maneira, momento da experiência humana, individual e social, algo de *vivido* pelo homem e não por êle apenas intuído ou contemplado” (p. 86), isto é, “os valores são inseparáveis da experiência, e só cognoscível através dela, embora nela, como o dissemos, não se esgotem, porque a transcendam” (p. 91), sem esquecer que “cada época histórica oferece, com efeito, uma constelação de valores comuns a todos os povos do mesmo grau de cultura” (p. 255) e, ainda, que “nem tôdas as experiências estimativas ou os valores adquiridos, no decorrer da história, surgem sob o signo da transitoriedade. Elevam-se, ao contrário, no horizonte da experiência social, algumas *constantes axiológicas*, os centros fundamentais de referência e de orientação da espécie humana, em tórno dos quais se elaboram constelações valorativas, que resistem ao tempo exatamente por corresponderem a estruturas conaturais ao homem” (p. 286).

Precisamente uma dessas “constantes axiológicas” é a liberdade, pois o que caracteriza o processo das estimativas é “o perene enriquecimento das idéias-fôrças, adensando-se ao redor dos núcleos resistentes iniciais um complexo de sentidos vetoriais, com o aumento da carga tensional resultante de épocas históricas distintas”, sendo legítimo indagar das “fontes ideais da democracia”, que ultrapassam os horizontes do drama político hodierno como fato empírico, para identificar-se com o destino mesmo do ser humano, “devendo, com efeito, a causa democrática ser vista como *um processo histórico incessante de integração de valores de convivência*, mais do que como uma luta destemida em prol de uma solução política imediata, correspondente apenas às peculiaridades e conjunturas de nosso tempo” (p. 287). Daí, “se a liberdade se acha numa relação original com o valor, tal como o próprio KANT lograra demonstrar, pondo sob nova luz os dados tradicionais do problema ético, mas

se, de outro lado, a unidade kantiana entre valor e liberdade se considera realizada com prejuízo da singularidade concreta do homem, percebe-se a razão pela qual a diade *liberdade-valor* se converte, aos olhos dos filósofos de nossa época, no ponto nevrálgico de uma *antropologia fundamental*, suscitando inquietantes perguntas, como estas: ‘A liberdade se reduz ao valor? Ou é êste que se reduz àquela? Não estaremos, ao contrário, diante de dois têrmos que se exigem reciprocamente em uma rela ao de polaridade?’ (p. 36). MIGUEL REALE responde: “Liberdade e valor, *ser* e *dever ser* são como que fôrças que se sustentam reciprocamente em um processo de implica ao e de polaridade”, porquanto “s omente a dialética de implica ao e de polaridade poderá explicar-nos como   que o valor não se anula quando se insere no plano do ser, por meio da liberdade, a qual   possibilidade infinita de experiências axiológicas, isto  , de a oes, e, por conseguinte, também de valor”, estando a liberdade para o valor como a lógica para a filosofia: “compreende o valor superando-o, e supera-o compreendendo”, assim como, na imagem croceana, o esp lho dágua, que reflete a paisagem,   ao mesmo tempo parte da paisagem (cf. p. 42). Portanto, “se   certo que todo valor já integra, em sua própria estrutura, um ‘dever-ser’, cujo reconhecimento importa em fins, não se pode, no entanto, asseverar a inevitabilidade de suas conseq ncias no plano ético, pois *dizer valor   dizer espírito e liberdade*” (p. 85). Isto  , “t da a história radica no espírito, no ac rvo de contingência e de liberdade que o homem representa no universo como centro de inova ao e de cria oes imprevistas: a possibilidade de uma gnoseologia de valores reside, dessarte, nas condi oes mesmas de nossa consciência, *in interiore hominis*, mas projetando-se para fora em busca incessante de plenitude e harmonia” (p. 90).

Por isso, para MIGUEL REALE, “a liberdade deve, em verdade, ser compreendida como ato de emancipa ao e de superamento do indivíduo das condi oes anormais que estejam impedindo a sua auto-afirma ao ou a realiza ao de

sua personalidade no seio da convivência, podendo-se considerar ‘anormais’ aquelas condições que subtraem a uns possibilidades de ação livre que aos demais se asseguram, nos limites e em função, é claro, do sistema de valores e de fins que caracteriza cada estágio da cultura humana” (p. 142). Assim, tudo deve ser encaminhado “à realização efetiva de uma *democracia social e econômica*, na qual se conjuguem e se harmonizem as exigências fundamentais da igualdade e da liberdade visando à participação crescente do povo nos benefícios da ciência e da técnica, conciliando-se os valores nacionais com o da *communitas gentium*” (p. 255), resultando daí um *Estado Democrático*, que “é necessariamente um Estado plural, próprio das ‘sociedades abertas’, fundadas no pressuposto da legitimidade de múltiplos pontos de vista, no respeito à autonomia e à coexistência pacífica de diversos e até mesmo antinômicos centros de interesses pessoais e grupais, dando origem a distintas concepções políticas abertas no leque projetante e sempre renovado das correntes de opinião, sempre suscetíveis de mútuo e livre entendimento e de pacífica coexistência no plano da *praxis*” (pp. 243-4).

5. Pluralismo e Totalidade.

Ao defender a tese do pluralismo das iniciativas, “fundado no valor irrenunciável de cada homem no seio da ordem juridico-política” (p. 24), cuja remota origem pode ser entrevista na “alma grega, desenvolvida sob o signo da liberdade de pesquisas e de expressão” (p. 53), verifica MIGUEL REALE que nos nossos dias, não obstante certas tentativas de uniformização do pensamento (neopositivismo, marxismo), “tais pretensões desfazem-se por si mesmas, e o princípio da pluralidade e da coexistência das teorias, num diálogo livre e fecundo, ressurgem, como algo essencial ao nosso ciclo de cultura” (p. 55). Isto porque “vivemos num mundo plural, [e] ficaríamos divorciados do valor por exce-

lência da cultura do Ocidente, se almejássemos fundir uma única matriz de pensamento para impingí-la às novas gerações” (p. 56), porquanto “sem a multiplicidade das referências próprias do pluralismo metodológico, escaparmos-á sempre o que há de vivo e de singular no homem, para só ficarmos com uma abstração convencional” (p. 79). Daí condenar as tendências reducionistas “que ainda hoje comprometem todo esforço de síntese superadora, fazendo repousar a dialeticidade do processo ora na *idéia*, ora no *espírito objetivo*, ora na *matéria*, ora na *natureza*, ora na *parte*, ora no *todo*, como se a correção necessária pudesse resultar de uma inversão de termos (a alegação de MARX, por exemplo, de ter reposto a dialética de HEGEL a marchar sobre os pés. .) quando efetivamente, dependia e depende de uma ‘correção de atitude metodológica’ no sentido de estabelecer-se entre os termos polares a necessária complementariedade, numa síntese de convergências tensionais, não de totalização absorvente” (pp. 97-8). Em suma, “as conjunturas recentes demonstram, assim, a insuficiência de soluções unilaterais, que perseverem em defender sistemas e técnicas do século XIX, definitivamente superados pelo pluralismo metódico que informa o saber e a vida de nossa época, marcada pelo desêjo de concretitude, mediante clara e harmônica atualização de valores pessoais e transubjetivos, liberta tanto do mito do ‘Estado abstinente’, que encantou os liberais do passado, como da ‘estatização sistemática’ que é o mito absorvente do marxismo-leninismo, por mais que nos acene com a tese do definhamento progressivo do Estado” (p. 147).

MIGUEL REALE, todavia, adverte: “Dir-se-á que o pluralismo metódico aqui pregado, infenso à rigidez das ideologias e seduzido pelas soluções concretas, necessariamente compreensivas e sintéticas, corre o risco da dispersão, de choques e conflitos internos. O que importa, porém, é realizar uma unidade viva e polivalente no seio da nação, constituindo o pluralismo o signo da liberdade, com todos os riscos inerentes a ela e que constituem a sua fraqueza aparente,

em cotêjo com os sistemas econômicos inflexíveis e totalitários, correspondentes às ‘sociedades fechadas’, nas quais a mobilidade vai se tornando exceção, anquilosando-se as estruturas administrativas, num retôrno desolador ao Estado burocrático de tipo bizantino” (p. 175), pois seu repúdio a tôdas as soluções unilaterais e reducionistas “corresponde a uma das mais preciosas orientações da filosofia contemporânea sôbre o acêrto do *pluralismo* metódico, discriminando dinamicamente os meios de pesquisa em função das múltiplas esferas do real e da vida” (p. 199). Além disso, “a história tem horror à simetria, desfazendo, como castelos de cartas, os planos tendentes a subordinar a soluções monocórdicas os fatores mutáveis e complexos da vida econômica” (p. 201). Por outro lado, se se reconhece a ambivalência do ser humano, na polaridade e implicação dialética do subjetivo e do objetivo, do individual e do social, do imanente e do transcendente, buscando-se uma unidade de relação, ou melhor, de co-relação, que não estanque a continuidade do processo espiritual, “a multiplicidade das análises e perspectivas conflui para a unidade essencial do homem e de sua história, razão pela qual tenho reclamado a aplicação, nos domínios da cultura, de uma dialética da implicação e da polaridade, ou da *complementariedade*, que parte de uma prévia análise fenomenológica do real recebido hipoteticamente como um ‘dado’, para, a seguir, elevar-se à ‘reflexão histórico-axiológica’, ou seja, à *compreensão refletida* como vigência no desenvolvimento histórico das idéias” (p. 80).

Como se vê, êsse *pluralismo metodológico* longe está de se constituir numa posição teórico-metafísica, convertendo-se, antes, num *monopluralismo* ao sustentar, por um lado, a independência das realidades, e, por outro, ao não negar que exista, direta ou indiretamente, uma interação. Ou seja, “nada de procurar valores coletivizantes, nem tampouco valores de insulamento egoístico, devendo prevalecer a conjugação harmônica, a implicação e a polaridade do que há em nós de ‘individual’ e de ‘social’, já que cumpre “re-

conhecer que existe outra forma de *totalidade* não menos dialética e dinâmica, e até mesmo mais dialética e dinâmica [que a marxista], por não conduzir à dissolução das partes no todo, nem encerrar as condições de possibilidade do processo histórico como realização da liberdade: é a totalidade concebida como ‘unidade prospectiva de ordem’ ou ‘totalidade aberta’, na qual as partes subsistem e, enquanto tais, implicam e legitimam o todo *in fieri*” (p. 243). É “dentro dessa *compreensão concreta* e total, necessariamente plurivalente e plurimetódica” (p. 265) que se chega à “captação plurivalente das exigências sociais em uma unidade concreta e dinâmica” (p. 253). Opondo-se à “totalidade compacta” de MARX, “não diferenciada e paralizante do processo histórico, o qual desembocaria numa idealizada sociedade sem classes e sem história. .” (p. 154), afirma MIGUEL REALE: “Verdadeiro divisor das ideologias ou das doutrinas políticas é o problema do valor do indivíduo perante a comunidade, que, por suas implicações com o todo da existência humana, não pode ser considerado *in abstracto*, mas segundo uma linha convergente de múltiplas perspectivas, numa ‘totalidade aberta e dinâmica’ (p. 81). Esse *totalismo plural* (ou uni-verso) realeano é formulado assim: “Se o *ser* do homem é o seu *dever ser*, é sinal de que se sente em sua finitude algo que o transcende, que o seu valer e o seu atualizar-se como pessoa implica no reconhecimento de um valor absoluto, que é a razão de ser de sua experiência estimativa; valor absoluto que ele não pode reconhecer senão como procura, tentâmen, renovadas atualizações no plano da história, mas sem o qual a história não seria senão uma dramaturgia de alternativas e de irremediáveis perplexidades. Assim sendo, o problema do valor correlaciona-se com a consciência que tem o homem de sua finitude; com o *sentido de carência*, próprio de todo ser humano, que o impele a transcender-se, numa faina histórica renovada, refletida nas ‘intencionalidades objetivadas’ que constituem o ‘mundo da cultura’ (p. 72). Isto é, “o fato de se revelarem os valores no âmbito da história não equivale, porém, a re-

duzί-os à história mesma, identificada com o espírito e a filosofia”, porquanto é “impossível a história sem a compreensão da *dignidade do fato particular como tal*, como momento do espírito, condicionante de outras possíveis aberturas e perspectivas da existência humana, nada se *atualizando* sem a força motivadora daquilo que já se pensou e já se quiz, apesar da impropriedade da doutrina que, situada no extremo oposto, exagera a participação dos antecedentes, ou do ‘já dado’, nos processos sociais, como se no passado já estivesse oculto o futuro. — Assim como o *dever ser* exige que logicamente algo venha a *ser*, a história presuppõe que se inclua em seu âmbito aquilo que foi e que, pelo fato de *ter sido*, não perdeu a sua validade essencial” (p. 89). Nisto se resume o conceito de “totalidade” como um dos fundamentos da filosofia social e política, com a distinção necessária entre “totalidade compacta” e “totalidade diferenciada”, que se traduz na antinomia entre “sociedade fechada” e “sociedade aberta” (cf. p. viii).

Conclusões.

A extensão insólita desta recensão teve, de plano, a intenção de manter contato estreito com a problemática complexa e, não obstante, muito coerente da filosofia político-social de MIGUEL REALE. Foi uma tentativa de compreensão de um depoimento especulativo apresentando-o sistematicamente. Disto resulta pelo menos uma conclusão: que MIGUEL REALE é um *filósofo de hoje* não só porque contemporâneo, mas por ir ao encontro de problemas hodiernos e a tudo o que causa ao *homem atual* dificuldade tanto em relação ao pensar racional como à sua própria vida. Por outro lado, se *Pluralismo e liberdade* é um diálogo com HEGEL, é também uma reaproximação a KANT, repensando aquêlo estágio problemático que se insere entre o kantismo e o hegelismo. Sua crítica à prole hegeliana é mais compreensiva que negativa, enquanto polemiza com o existen-

cialismo quanto ao valor da “razão”, momento culminante do ser humano. Claro que êste livro, tão pletório de idéias — e de ideais — ainda que exemplificativo do filosofar realeano não é *tôda* a filosofia de MIGUEL REALE, seja por sua própria complexidade e extensão, espargida em dezena e meia de obras, seja por se tratar de um pensamento em marcha que, se tem desenvolvido intuições juvenís, também vem se renovando e se enriquecendo. E, principalmente, renovando e enriquecendo a filosofia brasileira, projetando-a na universalidade das “filosofias nacionais”. Sem favor *Pluralismo e liberdade* é um marco na história de nossas idéias e um contributo relevante à história filosófica contemporânea.

Fenomenologia e Criticismo Ontognoseológico.

Irineu Strenger

(Livre-docente de Filosofia do Direito e membro do Instituto Brasileiro de Filosofia).

A contribuição mais decisiva dêste século, no campo da filosofia geral, foi, sem dúvida, a da fenomenologia. Esse sistema adquiriu desde logo enorme significação, principalmente porque, representou um aprofundamento conceitual e metódico das teorias do conhecimento e dos objetos, fixando as diferenças entre a contingente ordem psíquica das relações dos elementos representativos e a ordem lógica absoluta das sínteses, que se cumprem na consciência entre os conteúdos objetivos do saber ¹.

A figura eminente, a quem se liga diretamente o movimento fenomenológico, é EDMUND HUSSERL que por si só retrata acontecimento histórico-pessoal digno de destaque, representando sua obra, como se tem reconhecido, um dos três ou quatro grandes fatos intelectuais de nosso tempo.

Entretanto, apesar da importância dêsse sistema filosófico não foi muito extenso o alcance de seus princípios, tendo o próprio HUSSERL afirmado que sua filosofia era ainda uma realidade desconhecida apesar da influência internacional exercida por suas obras.

Não é menos verdade, porém, que nesse vasto processo intelectual, a partir de 1900, HUSSERL teve marcante significação histórica, a êle devendo-se a elaboração de método

1. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia de Derecho*, Barcelona, 1953.

que fecundamente atua numa ampla tela de aplicações, ao mesmo tempo que representa total renovação do filosofar que preencheu magistralmente a vida espiritual do período contemporâneo.

Embora existam algumas incursões fenomenológicas no pensamento filosófico brasileiro², acreditamos que a única resultante expressiva dessa influência se encontre no sistema jus-filosófico de MIGUEL REALE onde as teorias husserlianas se tornaram profícuos mananciais para a solução de alguns dos mais relevantes problemas da Filosofia em geral e da Filosofia do Direito em particular.

Ao exame, principalmente, das últimas elaborações doutrinário-especulativas de MIGUEL REALE, não podem passar despercebidos certos aspectos conceituais que revelam íntima conexão metódica de seu pensamento com a fenomenologia “husserliana”, impondo-se tal tarefa a todos que quiserem interpretar sua obra com fidelidade científica, existindo, nesse sentido, elementos expressivos a evidenciar o grande cabedal de influências que ricamente assimilou nos contatos com aquela corrente da filosofia alemã³.

Como já assinalamos em outra ocasião⁴, considerável autoridade exerceu o fenomenologismo na formação de MIGUEL REALE, mórmente na pesquisa realizada sôbre a consistência da experiência jurídica a partir de uma análise fenomenológica de seus elementos de modo a permitir o exame de seus reflexos como vigência no processo histórico das idéias.

2. Cfr. IRINEU STRENGER, *Influências de Husserl no pensamento jusfilosófico brasileiro*, in *Revista Brasileira de Filosofia*, t. 35, São Paulo, 1959.

3. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 4.^a edição, São Paulo, 1965. O exame dessa edição é de fundamental importância, em face da reformulação que faz o autor sôbre várias questões, cujos conceitos sofreram revisão ou foram atualizados, sobretudo nos capítulos relativos à teoria tridimensional do direito e à bilateralidade atributiva.

4. IRINEU STRENGER, *trab. cit.*.

Todavia, MIGUEL REALE aceita a fenomenologia como método que, aliás, considera profundo, dissentindo apenas de HUSSERL quando êle pretende transformar tal método em sistema cerrado, e excluir tôda vigência de outros processos para converter a “evidência” em fulcro e critério exclusivo da ciência.

Partindo da análise fenomenológica da realidade jurídica, chega ao exame da mesma através do processo dialético de implicação-polaridade. Essa dialética, como pondera LUIGI BAGOLINI, é, por excelência, a dialética da realidade concreta, não se configurando através de uma síntese de elementos opostos dos quais um se resolve no outro, porque exprime, ao contrário, a estrutura do processo histórico, tendo como base e fundamento paradoxal e insuperavelmente antinômico, a realidade humana em seu irreduzível dualismo constitutivo da realidade emocional e da realidade racional. É o nexó concreto de emocional e de racional concebível como nexó de valores e meios: os valores como resultado de uma projeção do elemento emocional da natureza humana e a relação racional de meios a fins como condição de possibilidade da realização dos valores nas situações históricas particulares⁵.

A mais relevante contribuição de MIGUEL REALE consiste, porém, na conversão da “reflexão fenomenológica” em “reflexão histórico-axiológica”, mediante a demonstração de que “a consciência intencional, em verdade, ao volver sôbre si mesma, já se acha enriquecida de todo o cabedal de significações objetivas captado no momento da “redução eidética”, porquanto, ao dobrar-se sôbre si mesma, não se reconhece mais como “eu puro”, vazio e meramente virtual, mas, ao contrário, se põe como fulcro constitutivo da correlação subjetivo-objetiva por ela e com ela instaurado (reflexão ontognoseológica) assim como se dá conta de ser o valor fundante da experiência cognoscitiva em seu desen-

5. LUIGI BAGOLINI, *Direito e Valores no pensamento de Miguel Reale*, in *Revista da Faculdade de Direito*, n.º 47, 1952.

volvimento histórico, graças ao progressivo alargamento do campo das objetividades, à medida que “algo mais” se vai convertendo em objetivo da ação (processo histórico e cultural) ⁶.

Realmente, o marco inicial do método fenomenológico reside na descoberta da intencionalidade da consciência, isto é, a propriedade da consciência ser consciência de abertura para o Mundo, ou melhor dizendo, o homem entra em contato com as coisas, dirigindo sobre elas a consciência, o olhar, de modo que o Mundo possa revelar-se a êle com sentido.

Tôda comunicação do homem com o Mundo se estabelece em têrmos de relação entre o Mundo que preenche minha consciência e minha consciência, que faz surgir o Mundo tal qual êle me parece.

Não há, pois, uma consciência vazia — a consciência é sempre consciência de alguma coisa — ao mesmo tempo que não há um objeto puro, porquanto todo objeto dado é um objeto dado por uma consciência.

Neste passo é que a assimilação da metodologia “husserliana” em MIGUEL REALE assume características relevantes, porquanto procura o eminente jusfilósofo superar o subjetivismo transcendental, evidenciando a possibilidade de um entrelaçamento dialético entre fenomenologia e história, dada a dificuldade de não se reconhecer que a reflexão subjetiva sempre implica a existência de dois momentos essenciais:

“a) a correlação lógica essencial entre sujeito e objeto, e, por conseguinte a impensabilidade do ‘eu transcendental’ sem referibilidade a objetos, ou ao “mundo” em que se situa e

b) o reconhecimento da tensão dialética que une sujeito a objeto e vice-versa, como têrmos distintos mas complementares”⁷.

6. MIGUEL REALE, *op. cit.*, p. 321.

7. *Idem*, p. 321.

Outro fato extraordinário é a construção metódica que faz MIGUEL REALE através do processo dialético de implicação-polaridade para chegar, por caminhos diferentes, a uma solução paralela à de HUSSERL quando acentua a condição objetivante do espírito ao inclinar-se intencionalmente para algo, porquanto admite a subjetividade transcendental como raiz mesma do espírito, mas o espírito como liberdade e poder de síntese e por isso mesmo, força instauradora de valores e de história ⁸.

O último HUSSERL é exatamente uma tentativa de superar a concepção estática da fenomenologia buscando no princípio da “Lebenswelt” um mundo histórico concreto com tôdas as suas tradições, incluindo-se as fluentes representações da natureza, com atribuição, à filosofia da incumbência de examinar o desenvolvimento da ciência objetiva e da cultura como processo e compreendê-las em sua historicidade ⁹.

Transferindo o problema para o terreno jurídico MIGUEL REALE conclui que o conteúdo intencional do Direito só nos pode ser dado na tela da história porque a subjetividade, à qual se volve a reflexão fenomenológica é a do homem na temporalidade de seu ser histórico, em sua concreta universalidade, visto como a correlação de polaridade e complementariedade, que existe entre sujeito e objeto, no plano teórico, encontra correspondência, no plano prático, entre

8. *Ibidem*, p. 323.

9. LUDWIG LANDGREBE, *Das methodenproblem der transzendentalen Wissenschaft vom lebensweltlichen Apriori*, in “Symposium sobre la nocion husserliana de la Lebenswelt”, publicação da Universidade Nacional Autonoma de México, incluindo trabalhos de JOSÉ GAOS, ENZO PACI e JOHN WILD apresentados ao XIII Congresso Internacional de Filosofia realizado no México, em 1963; LANDGREBE foi assistente de HUSSERL e é um de seus principais intérpretes, tendo reconhecido no ensaio supra mencionado a importância que assumiu a história no último HUSSERL: *Die Philosophie muss sich also die totale “Historizität der korrelativen Seinsweise von Menschheit und Kulturwelt” vor Augen halten.*

valor e realidade, porquanto a dialética da complementariedade governa o mundo da cultura como teoria e como praxis ¹⁰.

Compreendeu MIGUEL REALE com muita acuidade o significado “husserliano” da objetividade transcendental intuindo sua correlação com o mundo da vida comum (*Lebenswelt*) porquanto, das muitas questões que podem ser suscitadas em tórno dêsse tema, uma delas é, sem dúvida, como situar o fenômeno jurídico no plano da experiência humana, ou como diria MIGUEL REALE, apreciar o Direito como objeto de compreensão da espécie humana em sua dramaticidade histórica.

A solução do problema foi encontrada numa síntese conceitual precisa: “Cabe-nos ver o Direito como experiência social e o Direito como compreensão espiritual, isto é, *a parte objecti* e *a parte subjecti*, em sua intencionalidade no plano da consciência e no plano da história ¹¹.

ENZO PACI, em outras palavras, confirma a validade de tal conclusão, ao assinalar com muito acêrto que a subjetividade é possibilidade de ação historicamente fundada, ao mesmo tempo que conclui não ser puramente intelectual a necessidade de uma ciência do mundo da vida, pois, nessa ciência, o conhecimento científico objetivo se retrai ao mundo subjetivo relativo da *doxa*, mas, êste é constituído pela vida concreta da temporalidade teleológica que reflete o sentido do ser (*Seinssin*) da história ¹². Ou então, como acentua MIGUEL REALE na perspectiva ontognoseológica: “no ato em que o objeto de uma pesquisa histórico-cultural se reflete na consciência transcendental, esta se põe como temporalidade” ¹³.

Paralelamente coloca-se o pensamento de HUSSERL quando responde a uma indagação que êle mesmo formula:

10. MIGUEL REALE, *op. cit.*, p. 324.

11. *Idem*, p. 325.

12. ENZO PACI, *Die Lebensweltwissenschaft*, trabalho ao XIII Congresso Internacional de Filosofia, in *op. cit.*.

13. MIGUEL REALE, *op. cit.*, p. 324.

“A estrutura espiritual da Europa: que é isto?” “É mostrar a idéia filosófica imanente à história da Europa (da Europa espiritual), ou, o que vem a ser o mesmo, a teleologia a ela imanente, que se revela a partir do ponto de vista da humanidade universal como o aparecimento e o comêço de uma nova época da humanidade, da época de uma humanidade que daí por diante só quer e pode viver na livre formação de sua existência e de sua vida histórica a partir de idéias da razão, para tarefas espirituais” . “Tôda estrutura espiritual se encontra, por essência, num espaço histórico universal ou numa peculiar unidade de tempo histórico segundo coexistência e sucessão”¹⁴.

Evidencia-se, diante das considerações expostas, que os subsídios fornecidos pelas indagações fenomenológicas se desenvolvem na obra de MIGUEL REALE, enriquecidos por nova visão da “epoché” que, como método, valida a dialética da correlação subjetivo-objetiva no processo ontognoseológico, vale dizer, a aplicação do método fenomenológico não só levou MIGUEL REALE a recusar tôda forma de subjetivismo transcendental, como também do objetivismo “hartmaniano”, demonstrando a natureza da funcionalidade existente entre sujeito e objeto, ambos mantidos essenciais na unidade do processo cognoscitivo¹⁵.

Assim, para MIGUEL REALE não há volta à subjetividade, mas correlação expressa numa reversibilidade de construções, visto que o homem sempre se observa através de suas obras e as explica através de sua consciência, ou sinteticamente, no plano das ciências culturais a reflexão fenomenológica é reflexão ontognoseológica.

14. EDMUND HUSSERL, *La crise de l'humanité européenne et la philosophie*, trad. Paul Ricoeur, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, Paris, 1950, n.º 3, p. 225-258.

15. MIGUEL REALE, *Ontognoseologia, fenomenologia e reflexão crítica-histórica*, trabalho publicado na Revista Brasileira de Filosofia, mês de julho, n.º 62, 1966.

Reagindo contra uma pura dialeticidade de termos contraditórios, o autor de *Horizontes do Direito e da História* examina o problema do conhecimento como um fluxo permanente e dinâmico, porquanto entre sujeito e objeto existe perene tensão. Os dois termos são polares, ou seja, não é possível compreendermos sujeito sem objeto, nem objeto sem sujeito. Os dois termos se mantêm distintos, um presupondo o outro sem que haja redução de um ao outro. Há uma dialética de complementariedade que se exprime no processo da concreção subjetivo-objetiva.

Ou com palavras de MIGUEL REALE:

“na posição do criticismo ontognoseológico, infensa à ruptura da relação do conhecimento com a desarticulação de seus dois termos, — o que firma a impossibilidade de uma reflexão subjetiva, de tipo “husserliano”, assim como uma objetivação ontológica, de tipo “hartmaniano”, — sujeito e objeto só têm significado no processo que os condiciona e do qual são condicionados (processo ontognoseológico), não podendo haver universalidade e concreção fora dos meios relacionais que o constituem ¹⁶.

É verdade histórica dizer-se, pois, que o HUSSERL da “*Krisis*. ” propõe-se tarefa já antevista por MIGUEL REALE como premissa proposicional na solução ontognoseológica, isto é, para êste a fenomenologia vale como método enquanto permite compreender o mundo cultural como intencionalidade objetivada ¹⁷.

16. *Idem*.

17 A possibilidade de compatibilizar *fenomenologia* e *história* fôra anunciada por MIGUEL REALE na 1.^a edição de sua *Filosofia do Direito*, publicada em 1953, portanto, um ano antes de ser conhecido o texto do volume VI da *Husserliana* editado sob a direção do prof. H. L. VAN BREDA o.f.m. em 1954 e no qual HUSSERL reformula profundamente seu pensamento para admitir a fundamental significação da história, com o título enunciado na nota 18. Aquela tese do mestre paulista remonta, aliás, às suas aulas taquigrafadas de 1948-49.

Entretanto, na sua última fase¹⁸ a fenomenologia segundo bem adverte ENZO PACI, realiza o que HUSSERL chama “uma operação espiritual” para trazer à luz a subjetividade oculta, ou seja, “enquanto a concepção ‘naturalista’ do mundo permanece na superfície, a fenomenologia descobre uma nova dimensão no mundo: a vida profunda da subjetividade operante”¹⁹.

Em termos ontognoseológicos haveria uma interação reversível entre os mundos como domínios da subjetividade e da objetividade, isto porque quanto mais o homem conhece o mundo, mais conhece a si próprio. Quanto mais o homem domina a natureza, mais êle tem condições para dominar-se, ou como refere MIGUEL REALE “se o ato cognoscitivo culminasse num ‘eidos’ redutível à subjetividade pura, tôda a relação do conhecimento desapareceria como tal, verticalizando-se num ponto que absorveria misteriosamente o ângulo que o constituiria, ângulo êsse formado pelas linhas da subjetividade e da objetividade. O ponto do conhecimento não é algo destacável do processo em que, êle se insere, como o ‘vértice’ é impensável com abstração das retas que se encontram”²⁰.

JOHN WILD visualiza a questão pelo mesmo ângulo ao interpretar o significado da “Lebenswelt” mostrando que ela está centrada em um corpo vivido, pois, o individuo constitui um campo espacio-temporal organizado mediante movimentos intencionais dêsse corpo ativo, realizando-se essa operação na conformidade de certas condições estáveis “a priori” que são condições psico-físicas e assim pela cons-

18. Refere-se à edição da “*Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie*”, publicada sob os auspícios do Conseil International de Philosophie et des Sciences Humaines et de la Federation Internationale des Sociétés de Philosophie avec l’aide de l’U.N.E.S.C.O., em 1954.

19. ENZO PACI, *op. cit.*, in *Symposium sobre la noción husserliana de la Lebenswelt*.

20. MIGUEL REALE, *op. cit.*.

ciência que reside nas intenções e noções corporais, pode-se conhecer as conexões necessárias entre as impressões objetivas. É possível, pois, descobrir uma estrutura uniforme e geral que subsiste enquanto vive neste mundo, e que constitui as condições necessárias para que um mundo seja vivido²¹.

A dialética de implicação-polaridade abriu amplamente a visão do mundo, traçando os rumos metódicos que permitem desvelar o significado da reversibilidade objetivante no processo de comunicação com a subjetividade transcendental.

Segundo observação esclarecedora de RENATO CIRELL CZERNA, o que não pode deixar de caracterizar o criticismo ontognoseológico, é, precisamente, o fato de que a correlação funcional e inscindível de sujeito e objeto se põe, ela própria, no plano transcendental da consciência. A dialética de implicação e polaridade, que estrutura a relação entre sujeito e objeto, colhe-se, por sua vez, na consciência da tensão perene entre os dois termos, instauradora da infinita possibilidade de ulterior conhecimento, em que o futuro é assumido no presente, precisamente como função dessa possibilidade aberta, como sua expressão projetada daqui para além, em que a suprema unidade do espírito humano é a meta antecipada, mas ao mesmo tempo não esgotada num “agora” isto é a realidade adquire, aqui, caráter de realidade concreta, tão somente através da perspectiva ontognoseológica: não é realidade em si, mas para o sujeito, como objeto do conhecimento; o conhecimento, porém, só é tal enquanto

21. JOHN WILD, *Husserl's Life-World and the Lived Body*, in *Symposium*... ; MERLEAU-PONTY, *Les sciences de l'homme et la phénoménologie*, assinala que a visão da essência em HUSSERL não significa uma faculdade supra-sensível absolutamente estranha à nossa experiência... a *Wesenschau* é constante ainda no uso da vida conformada à atitude natural. A visão das essências repousa simplesmente no fato que, em nossa experiência, há lugar para distinguir entre o fato que vivemos e aquele que vivemos através dele.. A *Wesenschau* enquanto experiência, enquanto consiste em captar a essência através da experiência vivida, é um conhecimento concreto..

conhecimento de seu objeto. A realidade como objeto é, pois, compreendida como necessária à estrutura mesma do conhecer, mas, ao mesmo tempo não como validade *em si*, fora do conhecimento; não assume caráter meramente lógico, mas se põe como algo eminentemente funcional e só pode ser compreendida do ponto de vista da polaridade sujeito-objeto como tópicos funcionais necessários ao conhecimento²².

Percebeu bem RENATO CZERNA o fenômeno dialético do conhecimento em MIGUEL REALE, porque, realmente, quem diz que conhece alguma coisa não conhece a coisa em si, e se “S” é uma busca incessante de conhecer algo, então o conhecimento é um esforço da espécie humana para captar a realidade e convertê-la em objeto.

Para MIGUEL REALE, o conhecimento humano é um esforço ininterrupto de captação de algo, convertendo-o em realidade objetiva. E, quanto mais o homem se esforça por conhecer, mais alarga o campo da objetividade, quanto mais o homem conhece a realidade, mais se modifica, quanto mais o homem conhece o mundo, mais conhece a si próprio e, finalmente, quanto mais o homem domina a natureza, mais ele tem condições para dominar-se. Assim é a ontogenoseologia vista no seu “processus”²³.

Em recente trabalho polêmico publicado pela *International Phenomenological Society*, discutiu-se exatamente o perigo do solipsismo “husserliano”, conseqüente de uma

22. RENATO CIRELL CZERNA, *A dialética de implicação e polaridade no criticismo ontogenoseológico*, in *Revista Brasileira de Filosofia*, v. XI, f. 42, 1961.

23. Em artigo publicado na revista *Dianoia*, intitulado *La correlacion funcional del metodo*, observa MIGUEL BUENO: “Al afirmar que abstraccion y concrecion deben ser mancomunadamente los elementos metódicos del filosofar, indicamos el sentido dialético de dichas operaciones, refiriendo que ambos métodos tienen una significacion análoga en cualquier tipo de trabajos; el método abstractivo sirve para llegar a la esfera ideal donde se procura el conocimiento apodictico, integrado en las filosofias por la idea de valor; el método concretizante lleva a

reflexão de caráter não dialético, demonstrando-se que as leis da intencionalidade, reduzidas à experiência meramente subjetiva do humano, não asseguram a validade objetiva das experiências individuais, nem legitima o ser real daquilo que surge na experiência pré-reflexiva²⁴.

Como se vê, a fidelidade de MIGUEL REALE à metodologia fenomenológica permanece íntegra enquanto não se rompe a relação do conhecimento com a desarticulação de seus termos, porquanto a significação do liame sujeito-objeto só pode ser compreendida no processo dialético de implicação-polaridade, do qual se é levado inevitavelmente ao plano da praxis. O homem sempre se observa pelo prisma de suas obras para depois explicá-las através da consciência, ou seja, “a descrição essencial de um fenômeno cultural qualquer, em última análise, se resolve na necessária indagação que qualificamos de histórico-axiológica, ou crítico-histórica inerente à subjetividade transcendental”²⁵.

Fundado metódicamente nessas premissas, MIGUEL REALE procura evidenciar que o historicismo axiológico estruturalmente resulta da função desempenhada pelo valor na história, desdobrada ontologicamente como conteúdo significante dos bens culturais, os quais são somente enquanto valem e, gnoseologicamente, como meio de captar o sentido da experiência cultural. A razão dessa ambivalência — explica — deve ser procurada na fonte de onde todos os valores promanam, que é o espírito humano, o *valor origi-*

hurgar en la individualidad de los objetos que constituyen la experiencia. Cuando afirmamos que la filosofía debe tener simultaneamente como método a la abstracción y la concreción, sostenemos que partirá de los hechos culturales para llegar a la idea de valor, concebida como hipótesis ideal explicativa, y regresar de ahí al terreno de los hechos que comprueban las hipótesis de la filosofía”

24. RICHARD T. MURPHY, *Husserl and Pre-Reflexive Constitution*, in “Philosophy and Phenomenological Research — A Quarterly Journal, publicado pela University of Buffalo Foundation, sob a direção do professor MARVIN FARBER, setembro de 1965.

25. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito, cit.*, p. 324.

nário, o único que se põe por si mesmo, visto ser o homem o único ente que, de maneira originária, é enquanto deve ser²⁶.

As inferências husserlianas se tornam, porém, mais nítidas quando MIGUEL REALE procura esclarecer que o homem ao criar o mundo histórico, o faz à sua imagem e semelhança, pois, ao objetivar em bens materiais e espirituais os ditames e projeções de sua intencionalidade instauradora, enriquece e potencia a sua própria subjetividade, devendo a sua imagem ser encontrada nele e nas coisas que êle criou²⁷.

Numa conferência pronunciada em 1935, HUSSERL afirmava que o aparecimento da atitude teórica tem, como tudo o que surge historicamente, sua motivação fática na conexão concreta do acontecer histórico. Todavia, REALE e HUSSERL mais se aproximam metódicamente, quanto êste, discutindo

26. MIGUEL REALE, (artigo citado na *Rev. Bras. de Filos.*, f. 62. É fundamental a leitura do capítulo *O Direito e a investigação histórico-axiológica*, in *Filosofia do Direito*, 4.^a edição, onde se encontra oportuna e esclarecedora recomendação: “O primeiro dever do estudioso, ao aplicar o método fenomenológico, é procurar afastar de si todos os preconceitos, todos os prejuízos por ventura formados a respeito do mesmo fenômeno, notadamente quanto à sua transcendência, ou realidade fora da consciência (*Epogé fenomenológica*). Devemos colocar-nos em um estado de disponibilidade perante o objeto, no sentido de procurar captá-lo na sua pureza, assim como é dado na consciência, sem refrações que resultem de nosso coeficiente pessoal de preferência para poder descrevê-lo integralmente, com tôdas as suas qualidades e elementos, recebendo-o ‘tal como se oferece originariamente na intuição’ (Descrição objetiva)”; LUIS VILORIO, *La constitucion de la realidad en la consciencia pura*”, in *Dianoia*, 1959, em análise feliz aponta dois motivos dialogando na obra posterior de HUSSERL sem que se confundam plenamente: As *Meditações Cartesianas* e a *Lógica Formal e Transcendental*, sublinhando o motivo transcendental, e os escritos da *Crise* o motivo vital, os quais buscarão nas noções de vida operante da consciência (*leistendes Leben*) e do mundo vital (*Lebenswelt*) sua síntese que, uma vez lograda, fará com que o idealismo transcendental termine seu ciclo para anunciar uma filosofia de novo cunho.

27. MIGUEL REALE, *op. cit.*.

o sentido teleológico da humanidade européia, parte da consideração universal da historicidade da existência humana em tôdas as suas formas de comunidade e em seus graus históricos, para chegar à conclusão de que há um viver diretamente orientado para o mundo, um mundo que, como horizonte universal, se encontra de certa maneira sempre presente na consciência, mas que não é, porém, focalizado tematicamente ²⁸.

Para HUSSERL temático é aquilo para o que alguém dirige sua atenção. Portanto, como êle próprio explica, vida atenta sempre é um estar-dirigido a isto ou aquilo, dirigido a êste ou àquele fim, como a algo relevante ou irrelevante, a algo interessante ou indiferente, ao que é diàriamente necessário ou a algo novo que aparece.

Tudo isto se encontra para HUSSERL no horizonte do mundo, porém, são necessários motivos especiais para quem no horizonte mundano queira reorientar-se e convertê-lo de alguma maneira em temático, tomando por êle interêsse persistente de modo que o “ser consciente” passe a ser um “ter consciência” ²⁹.

A mesma constante se observa em MIGUEL REALE ao sustentar que a ação dirigida finalisticamente é algo que só pertence ao homem, dotado que é da capacidade de síntese e, portanto, em têrmos husserlianos, capaz de tematizar a vida por meio da compreensão, que é uma das formas fundamentais do conhecimento.

Há, portanto uma exigência de compreensão dialética integrante da realidade cultural que se expressa na dependência existencial de sujeito e objeto, desenvolvendo-se num processo de concretitude das relações subjetivo-objetivas, que unitariamente a outra coisa não correspondem senão ao processo histórico-cultural da espécie humana ³⁰.

28. Refere-se à conferência pronunciada em Viena com o título original *Die Krisis des europäischen Menschentums und die Philosophie*, traduzida para o francês por Paul Ricoeur conforme citação anterior.

29. *Idem.*

30. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, cit., p. 325.

Para a ciência da *Lebenswelt* a história também é tema essencial inserindo-se na fenomenologia de maneira íntima e necessária, a tal ponto que, no dizer de ENZO PACI, a fenomenologia não poderia ser o que foi e o que é com a abstração da problemática histórica³¹.

A teoria ontognoseológica traduz, portanto, verdadeira superação daquele impasse com que se deparou HUSSERL nas *Ideen II* e que o levou a considerar as condições de possibilidade do mundo histórico, como operações de auto-constituição temporal da subjetividade transcendental. Ou melhor dizendo: a subjetividade transcendental não podendo deixar de incluir as condições de possibilidade para compreender o mundo da vida em sua historicidade³².

Na instância axiológica da dinâmica implicação-polaridade, o método fenomenológico ainda participa de algumas soluções conceituais do criticismo ontognoseológico, visto que para MIGUEL REALE, no processo da redução eidética, a consciência intencional não rompe seus vínculos com o mundo objetivo, mas, ao contrário, atua como valor fundante da experiência cognoscitiva em seu desenvolvimento histórico, isto é, no plano da *praxis*, a relação não se põe gnoseologicamente entre sujeito e objeto mas sim, eticamente, entre um sujeito e outro sujeito.

As constantes fenomenológicas prevalecem válidas nesse plano porque não concebe MIGUEL REALE a possibilidade de o homem adaptar a natureza aos seus fins sem indagar da intencionalidade do ato criador objetivado na obra ou no bem constituído, porquanto os bens culturais somente são na medida e enquanto possuem um sentido.

Se atentarmos bem para o significado da “*Lebenswelt*”, como acentua TRAN-DUC-THAO³³, veremos que ela deve ser

31. ENZO PACI, *Introdução à edição italiana da La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano, 1965, 2.^a ed., p. 16.

32. LUDWIG LANDGREBE, *op. cit.*, p. 39-41.

33. TRAN-DU-THAO, *Phénoménologie et Matérialisme dialectique*. Paris, 1951, p. 111.

concebida como um dado anterior ao conceito, como o real no sentido comum do termo e que se torna possível através de uma intuição originária, em relação à qual a verdade de todo conceito deve ser experimentada. O ser êle mesmo dêsse conceito é constituído a partir de uma intencionalidade, visando a coisa ou a situação social ela própria, ou melhor dizendo, a intencionalidade objetivante é fundada numa intencionalidade mais profunda que tem correspondência com o objeto real visado.

Nesse sentido, assinala PAUL RICOEUR que o fato marcante na evolução do pensamento husserliano é o abandono progressivo, no contato com novas análises, do idealismo das “Meditações Cartesianas”, mostrando que redução significa cada vez menos “volta ao Ego” e cada vez mais “volta do lógico ao antepredicamento”, portanto, à evidência primordial do mundo. A tônica é posta, não mais sôbre o Ego monádico, mas sôbre a totalidade formada pelo Ego e o Mundo envolvente, no qual êle está vitalmente engajado³⁴.

Realçando como uma das características fundamentais do pensamento contemporâneo o desejo de totalidade e demonstrando que a experiência total do homem se desenrola na unidade de um processo correlacionante de três momentos, *valor, dever ser e fim*, MIGUEL REALE transporta para o âmbito do Direito a noção segundo a qual não existe possibilidade de qualquer fenômeno jurídico sem que se ponha um fim como algo valioso e imperativo de nosso comportamento, esclarecendo que o elemento de fôrça, de domínio ou de preponderância dos elementos axiológicos ou dos valores resulta de uma tomada de consciência do espírito perante si mesmo, através de suas obras, ou seja, “os valores, em última análise obrigam, porque representam o homem mesmo, como autoconsciência espiritual e constituem-se na história e pela história porque esta é, no

34. PAUL RICOEUR, in Émile Brehier, *Histoire de La Philosophie Allemande*, Paris, 1954, p. 196.

fundo, o reencontro do espírito consigo mesmo, do espírito que se realiza na experiência das gerações e nas vicissitudes dos ciclos culturais ou civilizações”³⁵.

Dêsse modo MIGUEL REALE desloca o sentido rigoroso da reflexão subjetivo-transcendental para o plano da fenomenologia do espírito, no qual a realidade jurídica se revela em sua universalidade como momento da consciência histórica³⁶, realizando ao nosso ver aquilo que verdadeiramente faltou a HUSSERL, ou seja, a meditação do problema que HEGEL denominou o princípio ontológico fundamental da objetivação e da exteriorização (Objektivation, Entäusserung): “O homem não pode tomar plena consciência de si mesmo, senão pelo processo dialético cujo primeiro passo constitui a antítese, consistindo ela mesma numa objetivação das forças imanentes à tese. Não é senão por meio dessa exteriorização, pela posição de um ser de seu si-mesmo enquanto seu próprio objeto, que a consciência a ‘idéia’ — sai de seu círculo subjetivo para erigir-se em consciência autêntica na síntese, depois de voltar enriquecida pela passagem da antítese”³⁷.

Essa objetivação não é considerada por HEGEL, como é o caso da fenomenologia, como dimensão intencional conceitual mas como exteriorização prática. Se minha essência, a consciência de mim-mesmo, deve ser procurada no mundo de meus atos e de meus contatos efetivos com os outros, se meu *eu* empírico é a etapa “essencialmente” necessária à tomada de consciência de mim-mesmo, os sujeitos que encontro na minha atividade prática terão importância essencial para a constituição de minha própria consciência de mim mesmo. Coloca HEGEL, portanto, o problema da “reciprocidade ontológica primeira dos sujeitos humanos”, consistente no reconhecimento do “Eu” de um no “Outro”.

35. MIGUEL REALE, *op. cit.*, p. 185.

36. *Idem*, p. 326.

37. HEGEL, *La phenomenologie de l'esprit*, tradução e notas de Jean Hyppolite, Paris, 1939, 1.º v., p. 146.

Segundo os princípios epistemológicos fundamentais de HUSSERL o estudo de toda vinculação empírica do “outro” pressupõe uma análise ontológica da relação “Ego-Alter”. Assim, a fenomenologia exatamente por considerar a ontologia humana como intencionalidade em direção a alguma coisa é levada a tomar consciência do problema de uma experiência do outro, de uma presença prática do outro. A alteridade, o outro enquanto outro, surge no instante em que constato que êle é, êle também, centro de constituição significativa e intencional do mundo³⁸.

MIGUEL REALE reconhece a bilateralidade como uma qualidade da ação humana distinguindo dois prismas no problema da alteridade, a instância valorativa que reside na pessoa do agente e a reciprocidade decorrente do envolvimento do alter e do ego num nexo comum; mas, entende que é só no Direito que o espírito se realiza em sua plenitude como intersubjetividade. Todavia a nota peculiar ao mundo do Direito é a atributividade. E é o conceito de bilateralidade atributiva que põe em realce os dois momentos incidíveis do Direito, o subjetivo e o objetivo expressos na relação dialética de implicação-polaridade³⁹.

A pergunta sobre como ter acesso ao sujeito, ao ego transcendental do outro, também foi enunciada por HUSSERL e, foi em razão desse problema provavelmente, que êle chegou nas *Ideen III* à noção da “Einfühlung” através da qual posso me por no lugar do outro não somente no campo de suas experiências empíricas, mas no centro mesmo de suas significações.

SCHELER reformulou a questão mostrando que essa consciência coletiva ontológica nos termos desenvolvidos por HUSSERL na *Krisis*, consiste simplesmente na nossa expe-

38. ENZO PACI, *Funzione delle scienze e significato dell'uomo*, Milano, 3.^a ed. 1965, p. 159.

39. MIGUEL REALE, *op. cit.*, p. 597-599.

riência do outro e também na sua experiência de nós que está irredutivelmente ligada à nossa experiência dêle ⁴⁰.

A teoria ontognoseológica sistematicamente, desenvolveu-se com o pressuposto de que não era possível negar a historicidade circunstancial do sujeito cognoscente, inserido no mundo circundante, em termos de correlação subjetivo-objetiva, de modo que a exigência de um plano transcendental do conhecimento, não poderia implicar subordinação absoluta a um eu transcendental, com abstração da transcendentalidade concreta ou objetiva.

Pois bem, em HUSSERL a fenomenologia a princípio somente parece ser uma renovação das tradições de BOLZANO e BRENTANO, porém, o problema da realidade objetiva surge com toda sua força quando os fenomenólogos abandonam o terreno puramente lógico e convertem em objeto da “eidética” os fenômenos da vida social.

A trajetória posterior da fenomenologia se destaca cada vez mais no sentido de formular e fundamentar uma ciência da realidade, uma ontologia. Para isso seria necessário, porém, propor-se o problema de quando e em que circunstâncias poder-se-ia chegar à supressão do “parentesis” entre os quais se colocam as “entidades” fenomenologicamente contempladas e a questão de saber-se se a “eidética” seria capaz de captar a realidade, independentemente da consciência.

Sentindo desde logo a importância dessa problemática o criticismo ontognoseológico verificou que sem apelar para a realidade objetiva é simplesmente impossível investigar o conteúdo de uma representação, seja pela via intuitiva ou pela via discursiva. O conteúdo de uma representação somente se obtém comparando seus traços concretos com a realidade objetiva, complementando, retificando ou enriquecendo dêsse modo a representação originária. Quer

40. MAX SCHELER, *Nature et formes de la sympathie — Contribution à l'étude des lois de la vie emotionnelle*, trad. do alemão por M. Lefebvre, Paris, 1950.

dizer, propõe-se o problema preliminar da natureza ou da essência do ato de conhecer, na correlação necessária do sujeito com as esferas distintas de objetos.

“Não há condições do conhecimento a não ser em função de um mundo circundante, mas são condições universais e necessárias a quantos se situem naquelas circunstâncias o que implica uma colocação dos critérios da verdade na correlação sujeito-objeto, o que quer dizer, em termos ontognoseológicos”⁴¹.

Verificamos, assim, alguns aspectos fundamentais da ressonância do método fenomenológico na obra de MIGUEL REALE. A matéria evidentemente não está exaurida nos limites deste ensaio. Entretanto, acreditamos ter enunciado as linhas principais do criticismo ontognoseológico em confronto com a fenomenologia de HUSSERL, pelo menos o suficiente para demonstrar a importância do pensamento de MIGUEL REALE e a necessidade de aprofundar-se a interpretação de alguns de seus temas essenciais.

41. MIGUEL REALE, *Para um criticismo ontognoseológico*, in *Horizontes do Direito e da História*, São Paulo, 1956, p. 335 e segs..

“Pluralismo e Liberdade”¹ do Professor Miguel Reale.

José Cretella Júnior

(Livre docente de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de S. Paulo).

Pluralismo e liberdade, a mais recente obra do Professor MIGUEL REALE, é a epígrafe sob que se reúnem dezessete ensaios, ricos em implicações, fecundos em sugestões.

Imagina-se, em primeiro lugar, a dificuldade extrema com que se defrontou o autor, na escolha do título, porque se agora, diante do livro concluído, nomeado, parte o leitor do nome sintético da obra para aprofundar-se na essência específica de cada ensaio ou conferência, a difícil trabalho inverso se entregou MIGUEL REALE quando, enfeixando tantos e tão ricos temas sob denominação comum, precisou fixar-se em rotulação que abrangesse, sem excluir, nem acrescentar, exatamente o campo referente aos assuntos estudados. Isso, porque cada estudo foi elaborado e divulgado em condições e épocas diversas, para fins e públicos diferentes.

Tal fato não surpreende, porém, aos que se acham habituados a seguir o raciocínio sistemático de REALE, que se desenvolve num processo uno e pré-ordenado de concatenação lógica.

A primeira observação que nos ocorre diante de *Pluralismo e Liberdade* é a da tônica dominante na evolução espiritual do autor, preocupado com a reformulação do sempre novo problema da liberdade, posta em função da pluralidade, condição “sine qua non” para a existência — daquela.

1. *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, 1963, edição Saraiva (300 páginas).

Difícil é sintetizar, num único estudo, o pensamento dominante do autor, formulado e exemplificado com aspectos vivos do mundo atual, visto que cada um dos ensaios componentes da obra mereceria pormenorizada análise pelas considerações várias que suscita.

Há mais de um século, quando RUDOLF HERMANN LOTZE, em sua *Metaphysik* (1841), explicava o pluralismo, considerando que “os seres do mundo são múltiplos, individuais, independentes, não devendo ser considerados como simples modos ou fenômenos duma realidade única e absoluta”, ou quando BOEX-BOREL emprestava ao mesmo vocábulo sentido diverso, defendendo a tese de que “a diversidade, heterogeneidade e descontinuidade prevalecem sempre, no domínio científico, sobre a identidade, a homogeneidade, a continuidade” (*Le pluralisme. Essai sur la discontinuité et l'hétérogénéité des phénomènes*, 1900 e *Les sciences et le pluralisme*, 1922), talvez o mundo filosófico não conseguisse avaliar, então, o eco de tal colocação no mundo contemporâneo, diante duma sociedade-plural, por excelência.

Não nos cabe indagar, por ora, se o pluralismo, opondo-se ao monismo, que sustenta a realidade única e a explicação dos fenômenos como manifestações desta realidade, vê o mundo como um complexo de realidades independentes e irreduzíveis; nem cumpre analisar as derivações do próprio pluralismo, quando se trifurca no pluralismo harmônico, absoluto e monopluralismo.

Por ora, pretendemos apenas acentuar a posição de tôdas as doutrinas pluralistas diante do real, ou seja, a tese da multiplicidade do real, porque êste é um conglomerado de dados heterogêneos e irreduzíveis, condicionante, pois, duma paralela ciência pluralista, resistente a qualquer tentativa de unificação.

Com WILLIAM JAMES atinge o pluralismo momento máximo, “baseando-se na idéia duma liberdade interna e constituindo, por assim dizer, uma monadologia encaminhada à realização duma síntese entre a continuidade e a descontinuidade ” (*A pluralistic universe*, 1908).

Por outro lado, o conceito de liberdade, opondo-se a qualquer tipo de determinismo, é problema primeiro da Filosofia, visto facultar ao homem a possibilidade da escolha, reafirmando-o como ser consciente e senhor do seu destino.

Divide-se o livro em duas partes, consistindo a primeira em nove estudos agrupados sob o nome de *O espírito como liberdade*, compreendendo a segunda os ensaios restantes, em número de oito, dispostos sob a rubrica *Democracia, sociedade plural*. Note-se, já nesses títulos, a correlação intencional, assinalada com os vocábulos *liberdade* e *plural*, correlação essa obedecida a rigor em todos os escritos do livro.

É de assinalar-se também um traço que valoriza sobremaneira o trabalho de MIGUEL REALE: o estilo colorido, não raro poético, sempre entremeado de pensamentos seus ou de outros autores, que tornam extremamente agradável a leitura, ao contrário da maioria dos filósofos, obscuros e cansativos, que afastam a generalidade do público e dificultam a interpretação até do especialista.

Daí, outro mérito do volume que tem a virtude ímpar de endereçar-se a especialistas, ao mesmo tempo que, dentro da linha científica e rígida em que se desenvolve, interessar a todo intelectual preocupado com o problema eterno do homem e de sua autodeterminação.

No primeiro ensaio, assinala MIGUEL REALE a repercussão das novas descobertas do mundo concreto (Marco Polo, Colombo, Copérnico, Galileu, Newton, von Braun) sobre a problemática do homem e a obrigatória revisão periódica das idéias dominantes, numa época, sob o impacto direto duma conquista do mundo físico.

Adverte, contudo, o pensador brasileiro que, na realidade, “tôda descoberta atualizada no plano empírico já refilete prévio modo de ser do homem”.

E é com melancolia que conclui, observando-se o satélite artificial que corta o espaço, bem como o moderno teleguiado, que “o progresso científico nem sempre vai acompanhado de correspondente progresso ético”.

O sentido humano da perda da liberdade é pôsto em relêvo, quando se medita sôbre o homem humilde, sacrificado em seus anseios mais justos, para alimentar, numa troca inequípolete, o progresso das conquistas siderais.

Nem a formulação do problema religioso, em têrmos novos, deixa de ser tratada por MIGUEL REALE, obrigando-nos a repensar a tese da validade universal da mensagem cristã, num sentido “metaterreno”.

A problemática dos valores entre dois mundos antagônicos, em conflito, presta-se de modo perfeito para a revisão, atualização e sistematização dos conceitos axiológicos, culminando com a concepção pluralista da cultura, no mundo ocidental, valor primordial da pessoa humana, o que leva ao princípio assente de que “o limite da liberdade só pode ser outra liberdade”.

Neste ensaio, supera-se REALE a si mesmo, ao proclamar, em página antológica, a predominância do homem sôbre a máquina, ou melhor, do “quantum” que a máquina encerra de humano: “Vêde aquela máquina, harmoniosa no ritmo sincrônico de polias e engrenagens, obedecendo com precisão micrométrica a comandos remotos; é aço, é alumínio, são fios, válvulas, bobinas, tudo o que há de mais material e físico e, no entanto, não nos iludamos: aquela máquina é o resumo feliz de milênios de história, albergando os instantes criadores que iluminaram de súbito as vias ascensionais das hipóteses triunfantes, assim como as longas e penosas jornadas gastas por sábios absertos em seus laboratórios, por operários no bulício das usinas, por empreendedores lançados no campo do lucro e do risco.

O ritmo da máquina reproduz, no fundo, o pulsar do coração humano.

. Através dela, como se fôra uma lente aproximadora de imagens temporais, vejo séquitos de trabalhadores do braço, do capital e da inteligência; vejo se projetando, em esforço diuturno e confiante, o Homem, sim, o homem, na sua afirmação pessoal, como raiz de todos os valores”

Na importante comunicação referente à díade liberdade-valor, tese destituída de sentido aos neo-positivistas, principalmente quando se procura uma correlação entre os termos do binômio, examina MIGUEL REALE um dos mais difíceis temas da filosofia, desde a colocação de WINDELBAND, que liga a liberdade à dupla lei que domina a experiência humana — a lei determinista e a lei do dever moral — para entendê-la como a determinação da consciência empírica mediante a consciência normativa, até o momento atual em que se exige radical recolocação do problema, passando por KIERKEGAARD, NIETZSCHE e KANT, culminando com a formulação da pergunta: reduz-se a liberdade ao valor, ou êste — àquela? Ou ambos se exigem reciprocamente numa relação de polaridade?

Liberdade e valor, ser e dever ser são como que fôrças que se sustentam reciprocamente em um processo de implicação e de polaridade; e se, no fundo, não é possível uma resposta teórica ao problema da liberdade, todos nós presentimos que não podemos querer a nossa liberdade sem sairmos do círculo de nossa singularidade, para querermos pura e simplesmente, a liberdade.

Em conferência pronunciada por ocasião da instalação do Instituto Brasileiro de Filosofia, no Ceará, mostrou MIGUEL REALE, em ensaio de grande profundidade e clareza, a maturidade do pensamento, a luta perene em atingir a essência da filosofia, produto de anos de trabalho ao contrário do que acontece, por exemplo, no setor artístico, em que a precocidade não é incomum.

Vem a propósito a advertência, principalmente num país como o nosso, em que os jovens, excessivamente vivos e inteligentes, não querem dar-se ao trabalho de pensar: “não há ciência sem pena, sem esforço, sem disciplina, sem dedicação perseverante e humilde”.

Na pluralidade dos sistemas, está a fôrça do pensamento duma dada época ou num dado país, visto que tal pluralismo possibilita a liberdade de escolha, ensejando o

diálogo, essência da filosofia, e proscrevendo-se, por nociva e inconcebível, a importação pronta duma doutrina, incorporada ao indivíduo como um corpo estranho e inassimilado.

Tratando da pessoa, tem o mestre brasileiro a oportunidade de acentuar que o reconhecimento da personalidade como um valor é conquista que exigiu anos de lento amadurecer através dos tempos.

Dentro do sistema kantiano, mostra REALE a importância da personalidade como liberdade e o homem como ser pertencente a dois mundos que nêle se tocam, o mundo profano que nos oprime e o moral que nos emancipa.

No mundo hegeliano, passa a pessoa a ser condição de uma atualização progressiva do ser do homem, mas nem KANT, nem HEGEL resolvem as dúvidas que REALE levanta, reconhecendo embora, que são indispensável ponto de partida para a resolução ao mais angustiante quicá de todos os problemas: o da correlação do indivíduo com a sociedade, sempre em conflito, o primeiro lutando por afirmar-se autônomo e livre, a sociedade proclamando a supremacia da personalidade coletiva.

Tendo apresentado livro de prestigioso mestre italiano, desenvolve REALE o prefácio para dar-nos investigação convincente a respeito da dialética dos meios e dos fins, pondo em relêvo, de acôrdo com o título e a orgânica geral do livro, as posições de HEGEL e MARX, que combate, visto que deixam para plano secundário o sentido autônomo dos indivíduos e dos grupos naturais, sem o que não se conceberia uma autêntica ordem democrática, necessariamente diferenciada e plural.

O estudo kierkegaardiano assinala a personalidade paradoxal do filósofo dinamarquês tão interessante e tão atual, mostrando a colocação do pensador diante do mundo, tão grande e complexo, que exige do intérprete um como que desdobramento, o que nos faz lembrar, por associação de idéias, o poeta português FERNANDO PESSOA, que escrevia acobertado por nada menos de quatro heterônimos.

As frases lapidares de KIERKEGAARD são selecionadas com grande felicidade por MIGUEL REALE, que o põe em confronto com HEGEL e MARX, demonstrando depois a contemporaneidade de seu pensamento, não sem sublinhar o tríplice desdobramento, em fases, da experiência filosófica do mestre de Copenhague.

O problema da opção, verdadeiro paradoxo kiergaardiano, mostra o homem como ser livre, mas devendo escolher, não podendo deixar de escolher, não obstante possa escolher livremente.

Com os estudos VIII e IX, encerra MIGUEL REALE a primeira parte do livro.

Acentuando a participação direta de ESPINOSA no processo gnoseológico, analisa REALE a monografia de LÍVIO TEIXEIRA sobre o “filósofo-solitário”. Nesse estudo, MIGUEL REALE assinala que aquele original pensador da Ética busca no isolamento uma forma toda sua de liberdade, fazendo a ligação do passado com o futuro e pondo em primeiro plano a problemática do homem.

Enfim, a posição de FARIAS BRITO, diante do problema da liberdade, revelado mediante a conceituação do Direito, é posta em evidência por MIGUEL REALE que salienta a importância do esclarecimento de termos como *imagem*, *idéia*, *conceito*, sem o que resulta impossível a penetração no pensamento britânico, impressionante por sua modernidade, revelada a cada passo, a saber, por exemplo, na distinção estabelecida entre lei moral e lei natural.

O primeiro estudo da segunda parte do livro é, ao nosso ver, o ponto alto da obra, por abrir corajosas perspectivas e colocar em relêvo a personalidade humana, no mundo moderno.

O binômio homem-trabalho é ressaltado, mostrando-se o anacronismo da ortodoxia liberal e da ortodoxia marxista, posições insuficientes para, em nossos dias, servirem de sustentáculo condicionador da economia dos novos tempos.

O homem moderno vive intensamente, mais do que em qualquer outra época passada, medindo-se-lhe a cultura pela capacidade de participação na escala de valores e, por mais paradoxal que pareça, mais o homem se encontra quanto mais se multiplica em sua decisão pluralista.

Tratando da socialização e da estatização, rememora o Mestre as profecias do teórico de *O Capital*, demonstrando como os fatos as desmentiram.

Pretender que todos sejam iguais e vivam igualmente é vaticínio insincero. O que se pode pretender é a possibilidade da autodeterminação profissional, garantindo-se a todos oportunidades eqüitativas.

O problema da produção na ideologia contemporânea é assunto dos mais palpitantes e complexos. Gravitando em torno do problema do consumo, a economia tinha características bem diversos dos que tem agora, quando a produção é colocada em primeiro plano. Educar para o consumo e não apenas, como se tem feito, educar para a produção. Do contrário, haverá produção para que? Para não ser utilizada pelo ser humano que lhe deu origem? No fundo, temos um problema educacional, que tem de voltar suas vistas para o homem que produz e para o homem que consome, preparando-o para a fruição espiritual e material dos bens produzidos.

Estudando a correlação entre Direito e Poder, tem MIGUEL REALE a oportunidade de explicar, pela teoria tridimensional do Direito, a formação da norma jurídica em nosso parlamento, mostrando depois o conceito moderno da soberania até chegar ao Estado totalitário e pluralista.

De grande atualidade é a tese a respeito da missão do advogado, cuja formação deve ser especializada, sem o esquecimento de que a cultura geral é imprescindível para um preparo perfeito no desempenho da profissão.

Os grandes problemas de nossa época, acentua REALE, no penúltimo ensaio da obra, conferência a que assistimos há 4 anos, continuam sendo os da liberdade e os da nacio-

nalidade. Ora, só a defesa da ordem jurídica pode assegurar a liberdade, cabendo tal papel aos advogados, encarregados da defesa da lei.

Finalmente, passa REALE em exame os valores da cultura ocidental, fazendo um retrospecto histórico do legado greco-romano, bem como do cristianismo, do liberalismo e do socialismo, ligando cada um desses momentos às teses do uno e do pluralismo, numa síntese completa, para a qual convergem inúmeras fontes do pensamento antigo e moderno.

As constantes axiológicas são examinadas demoradamente, desde a lição grega, afirmando a liberdade de pensar como pluralidade de pensar, passando pelo legado romano, consubstanciado na passagem de CÍCERO, que ressalta o homem como capaz de dominar o mero processo natural.

Eis, em resumo, alguns aspectos da obra *Pluralismo e Liberdade*, que abrange dezessete estudos, realizados em condições diversas, mas trazendo todos o mesmo cunho, a mesma orientação, situados todos no mesmo sistema.

A síntese que fizemos da obra *Pluralismo e Liberdade* demonstra o encadeamento lógico do pensamento do autor, que raciocina, não isoladamente, produzindo estudos fragmentários (ilhas), mas em sistema previamente delineado, consistindo cada pronunciamento uma peça funcional de um todo, de antemão visualizado, a tal ponto que, no momento de enfeixar tantos e tão variados ensaios, elaborados e vindos à luz, em situações diversas, foi possível a unificação sob título comum, a atestar a unidade do conjunto.

A quem acompanha o pensamento jusfilosófico de MIGUEL REALE o fato não surpreende, conhecida que é sua vocação para as grandes sínteses e sua preocupação em reformular o pensamento filosófico, em bases concretas, sem perder de vista as coordenadas mestras do pensar universal.

Conflitos no Espaço das Normas de DIP. — Renúncia e Devolução.

Haroldo Valladão

(Catedrático da Faculdade Nacional de
Direito).

SUMÁRIO: 1. A divergência espacial das normas de DIP. Conflitos positivos e negativos de normas de DIP. 2. Critério geral de solução. 3. O conflito positivo. Soluções doutrinárias, legislativas, jurisprudenciais e convencionais. 4. Conclusão do autor. 5. O conflito negativo. 6. Evolução doutrinária. 7. Direito brasileiro. 8. A cópia pela Lei de Introd. do direito italiano e a reação nacional. 9. Anteprojeto brasileiro. 10. Opinião do Autor. 11. Conclusão.

1. As normas de DIP possuem, quais outras normas jurídicas, também o problema de sua aplicação espacial.

Tendo cada Estado, cada Estado membro, etc. suas próprias normas de DIP, segundo já vimos antes, podem elas, também, entrar em conflito no espaço, já então, de segundo grau¹.

1. H. VALLADÃO, *A Devolução nos Conflitos sobre a Lei Pessoal*, São Paulo, 1929/1930, tese à Docência Livre, também publicada, na íntegra, na *Revista de Direito Civil e Comercial*. (BENTO DE FARIA) 96, ps. 10, 247 e 517; *Estudos*, ps. 29, 78, 132, 415/1, 628; *DIP in Delta Larousse*, ns. VIII e XV; *Le Renvoi in DIP*, *Ann. de L'Institut Dir. Int.*, 1957, 47, II, ps. 82/92, 1961, 49, II, ps. 316/8; *A Lei de Intr. Cód. Cív. e sua Reforma*, folheto, R.T.Y.P. 292/7, *Rev. For.*, 185/21, etc.; *Anteprojeto Lei Geral*. arts. 76/7 e *Justificação*, ps. 114/8. A bibliografia, no assunto, é vastíssima; consta dos tra-

E, assim, os fatos e as relações entram em conexão, espacialmente, *com normas autônomas e divergentes de DIP.*

Mas êsses novos conflitos de leis, agora de disposições legislativas de DIP, são da mesma natureza dos anteriormente examinados de textos legais civis, comerciais, processuais, são sempre conflitos de *leis* no espaço². Constituem os conflitos positivos e negativos de regras de DIP, que estudamos, conjunta e sucessivamente, fixando rumos, desde 1929 (VALLADÃO, *A Devolução.* ps. 9 e ss.) e, agora, procuramos solucionar lado a lado (arts. 76 e 77 do *Anteprojeto de Lei Geral*), mantendo e aperfeiçoando aquelas diretrizes.

2. Continuamos a sustentar que tais conflitos de leis de DIP. devem ser resolvidos procurando, para a espécie, a lei mais apropriada, com o mesmo espírito de justiça, equidade e harmonia que propugnamos para solucionar os conflitos de leis civis, comerciais, processuais, etc.

Divergindo as leis de DIP. do fôro e estranha, o legislador e o juiz procurarão, qual fazem numa contrariedade de leis civis, aquela que melhor deverá reger a espécie.

balhos acima e de qualquer obra geral de DIP. Da clássica monografia de POTU, *La Question du Renvoi*, Paris, 1913, ao recente e importante livro de PH. FRANCESKAKIS, *La Theorie du Renvoi*, Sirey, 1958, citem-se, entre vários, os cursos na Haia, de LEWALD, *Recueil*, 29/519, de MAURY, 57/518 e de BALOGH, 57/621 e 688, o magnífico trabalho de crítica da jurisprudência italiana de M. PHILONENKO, *La Théorie du Renvoi in Dir. Comparé*, 1935, o relevante ensaio de ALESSANDRO T. DE VIGNANO, *Note Critiche. . in Tema di Rinvio*, as agudíssimas observações de DE NOVA *in Dir. Internaz.*, 1960, n. 3, R. QUADRI *in Dir. Intern.*, 1959, 110 e de LOUIS LUCAS recentíssimas, Roma 1964/1 e ss.. Leiam-se, ainda, no *An. Int. Dr. Int.*, 1947/II, 1/125, o Relat. do eminente Prof. GEORGES MARIDAKIS, e as observações de outros membros e associados.

2. Antes o fizera, segundo ali acentuamos, ANZILOTTI, *Studi Critici*, 1898, 241/2, e, mais remotamente, VON BAR., *Th. Prax. des IPR*, 1889, § 94, e, ainda, KAHN, *Abhandlungen*, I, após 1920, LEWALD *in Recueil, cit.*, 29, NIBOYET, *Manuel*, ns. 394 e ss., e após a última guerra, BATIFFOL, n. 299 e nota, e, ultimamente, FRANCISKAKIS, *La Théorie*, ns. 56 e ss..

E rechassamos, assim, a opinião radical das escolas apriorísticas, logicistas e chauvinistas, segundo as quais o juiz do fôro deverá aplicar *sempre e exclusivamente a sua lei de DIP.*, que seria, pois, de rigorosa ordem pública internacional, de caráter absoluto, internacional e universalista, *ignorando*, para todos os efeitos, a lei de DIP. estrangeiro.

Esse totalitarismo da *lex fori* consistiria em reacionária marcha à ré na vocação indiscutível do DIP de considerar e respeitar a lei estrangeira, harmonizando e balanceando, com justiça e equidade, as leis em conflito do fôro e de outro sistema jurídico.

O ideal, aliás, da comunidade do direito entre os povos (SAVIGNY) não poderia ficar limitado e restrito às diferentes leis civis, e ser excluído das diversas leis de DIP.

3. A divergência espacial entre normas de DIP. levanta um conflito positivo, à semelhança do que ocorre no direito processual quando cada uma indica o seu próprio direito para reger a espécie com elas conetada.

Assim o antigo juiz norte-americano ou o italiano para decidirem, respectivamente, *questão de direitos reais sôbre bens móveis* pertencentes a *domiciliados* nos Estados Unidos ou a *italianos*, mas *móveis sitos no Chile* ou no *Brasil*, teriam de *sujeitá-los* pelo antigo DIP. dos Estados Unidos (Story, § 376) ou da Itália (Cod. Civ. 1865, D.P.L.G., art. 7.º) à *lei norte-americana ou italiana*, do domicílio ou da nacionalidade do proprietário, enquanto pelo DIP. chileno (Cód. Civ., art. 16) ou brasileiro (Intr., 10, e L. Intr., 8) seriam regidos pela lei chilena ou pela lei brasileira, lei da respectiva situação. Paralelamente, o atual juiz brasileiro ou italiano, para decidir sôbre a *sucessão de uma pessoa domiciliada no Brasil ou de nacionalidade italiana deixando bens imóveis sitos na Inglaterra ou nos Estados Unidos*, teriam de *sujeitá-los* pelo DIP. brasileiro (L. I., art. 10) ou da Itália (Cód. Civ., D.P. 1865, art. 8.º, 1942, art. 23) à lei brasileira ou italiana, domicílio ou da nacionalidade, enquanto pelo DIP. da Inglaterra (DICEY, Rule 127) ou dos Estados Unidos

(STORY, § 483) e Restatement, §§ 245 e 249) estariam sujeitos à lei inglesa ou norte-americana, da respectiva situação. Igualmente o juiz brasileiro para decidir da capacidade, dos direitos de família e de sucessões de um português domiciliado no Brasil aplicaria pelo DIP. do Brasil (L. I. art. 10) a lei brasileira do domicílio, enquanto pelo DIP. de Portugal (Cód. Civ., art. 24 e jurisprudencial) seria competente a lei portuguesa, da nacionalidade.

Para as escolas “aprioristas” o juiz do fôro aplicará “indiscutivelmente” a sua lei de DIP., resultando daí “um conflito que a ciência não pode resolver” (v. Bar, § 94); “as regras de DIP. formuladas nas leis internas de cada Estado constituem para êsse Estado o *verdadeiro direito internacional*”, que “é para êste *uno e absolutamente* exclusivo do direito internacional dos outros Estados, cujas leis são como se não existissem e se apagam completamente” (MACHADO VILELA, *O DIP no Cód. Civ. Br.*, 1921, p. 438), apoiando-se em PILLET para quem “A défaut d’une souveraineté supérieure. il ne peut évidemment appartenir qu’a l’Est de tracer lui-même les limites de sa souveraineté et de la souveraineté d’autre sur son territoire” e seria uma “absurdité” que um Estado abandonasse a outro “lei soin d’indiquer où va sa propre souveraineté”, *Principes*, 1903, ns. 62 e 66); “le conflit. est insoluble (LEWALD, *Rec.* 29/532). Parce que ce sont des conflits de souverainetés. . chaque étant indépendant il n’y a pas de raison pour que l’une s’incline devant autre” (NIBOYET, *Manuel* ³, p. 407). Assim continuam a pensar BATIFFOL ⁴, p. 300) e FRANCESKAKIS (n. 57), e, sem o mesmo apriorismo, ANZILOTTI (4) e MAURY in *Recueil*, 57/526.

3. Mesmo para os *raríssimos* casos em que a norma do DIP desse uma *solução direta*, é claro que ainda poderia surgir um *conflito interespacial*, entre tal disposição e outra de DIP *normal*, isto é, *indireta*, conetadas com o caso, em foro diverso.

4. ANZILOTTI justificava a aplicação sempre do DIP do fôro em face dos termos expressos das regras de conflitos italianos, das DIP que, de acôrdo com a escola manciniana, tinham uma vocação absoluta, universal, p. ex., o art. 8.º, DIP 1865 (*Curso*, p. 103).

Mas os juristas conscientes das realidades, objetivos, os legisladores e os tribunais procederam mui diversamente: verificaram a existência de divergência entre as regras de DIP., e procuraram, também, resolvê-la com critérios de harmonia e justiça.

Já no DIP do Código da Áustria, no ABGB de 1811, encontra-se uma regra de DIP que se limita expressamente para não invadir a área do DIP estrangeiro: assim o art. 34 após proclamar que as leis civis obrigam todos aquêles para quem foram promulgadas declara que os cidadão (austriacos) ficam sujeitos às limitações de sua capacidade pessoal por tais leis, mesmo pelos atos e negócios que realizam fora do território na medida em que tais atos e negócios possam produzir conseqüências na Áustria. Esse salutar princípio, que reconhece em parte o DIP estrangeiro, foi acolhido no Cód. do Chile, art. 15, 1.º, subordinando os chilenos no estrangeiro às leis sôbre estado e capacidade para os atos que *tenham de produzir efeito no Chile*; no de Portugal, art. 24, sujeitando os portuguezes que viajam ou residem em país estrangeiro às leis portuguezas concernentes à sua capacidade civil, ao seu estado e à sua propriedade imobiliária situada no *reino, enquanto aos atos* que houverem *de produzir nele* os seus efeitos; e finalmente, com amplitude, no Cód. do México (1870), para estado e capacidade dos mexicanos, art. 13, forma dos atos mexicanos ou estrangeiros fora do Estado, art. 15, obrigações e contrato de mexicanos no estrangeiro, art. 17, “respecto de atos que deban *ejecutarse* no todo o en parte” no México.

E STORY ao formular as regras de DIP de que os bens móveis (*personal property*) regem-se pela lei do domicílio do proprietário *estabeleceu logo a exceção*, a menos que lei positiva ou costumeira *local* dispuzesse diversamente em casos especiais, fazendo prevalecer a *lex rei sitae* (383) citando acórdão da Suprema Côrte da Luisiania (§§ 390, 392, 395). Eis aí uma solução feliz, conciliadora, em que o prin-

cípio de DIP da lei do domicílio para os móveis cede, renuncia ao se encontrar com outro diverso, da lei da situação do móvel⁵.

Essa posição conciliadora num conflito positivo de normas de DIP passou nos Estados Unidos para o campo legislativo, adotada que foi no primeiro Cód. Civil da Califórnia de 1872 (suprimida, 1873, restabelecida, 1875) e até hoje em vigor, Cód. 1949, sempre no mesmo § 946, dispondo que “não havendo lei em contrário no lugar da situação da propriedade (*personal or movable property*) ela seguirá a pessoa do seu proprietário e é governada pela lei do seu domicílio”; êsse Código influenciou outros que repetiram a regra com outras palavras, Idaho, § 55, Montana, § 67, North Dakota, 947, Oklahoma, § 311, Zona do Canal, § 361, Guam, § 971⁶.

No mesmo assunto, o Código da Itália, de 1865, D.P., art. 7.º, consolidou norma semelhante em que *acata o DIP estrangeiro*, prevendo uma possível colisão com o do fôro, pois determina que “Os bens móveis estão sujeitos às leis da nação do proprietário salvo disposições contrárias da lei do país em que se encontrem”⁷.

Aliás a cláusula final da regra de DIP italiana, do art. 8.º daquele Código mandando reger a sucessão pela lei nacional do *de cuius* “qualquer que seja a natureza dos bens e em qualquer país em que se encontrem” teve uma interpretação profundamente restritiva dos tribunais italianos, assente até 1906, Côrtes de Cassação de Turim, 22/12/1878, e de Palermo, 25/8/1894 que analisamos e elogiamos pela

5. No mesmo sentido LORENZEN, in *Repertoire* VI, n. 138.

6. Também no Baixo Canadá onde o Código de Quebec impõe a lei do domicílio do proprietário para os móveis a jurisprudência e a doutrina limitam-na quando o bem está noutro lugar onde impera a *lex rei sitae* (JOHNSON, II, p. 22 e ss. com o caso *Nugents al. v. Canadian Rock Products*) e CASTELL, p. 161.

7. FEDOZZI demonstrou, irretorquivelmente (*op. cit.*, p. 645) que, no ressaltar o legislador italiano de DIP (lei nacional) mandou aplicar o DIP (*lex rei sitae*) estrangeiro.

sua objetividade desde 1929⁸, aprovada por grande parte da doutrina italiana com GABBA, C.F. à frente⁹ e louvada por sua realidade e justiça, a seguir, 1935, por PHILONENKO¹⁰.

Porém o mais importante, no assunto, é a *defesa que de tal jurisprudência fizera* o principal autor do DIP italiano, MANCINI; em trabalho longamente fundamentado¹¹ afirmando que o legislador italiano de DIP não quis naquele texto: “*farsi arbitro trasformatore e corregitore delle regole de Diritto Internazionale Privato amnesse dagli altri popoli e che ad essi piace mantenere nei propri Stati, cioè sostituire alla Sovranità naturale ed al Legislatore competente della straniero, per determinare il destino de una sucesione che orna si riconoscere sottratta all’autorità ed alla competenza dello stesso Legislatore Italiano*”, e concluindo terminantemente: “*Ogni altra interpretação dell’art. 8 sarebbe manifestamente erronea, excessiva, inesequibile. Il Legislatore italiano si arrogherebbe una specie di sovranità mondiale, e si esporrebbe a cadere nel ridicolo si avesse potuto pretendere di imporre a tutti i popoli della terra la sua volontà, e di assoggettarli alle regole di Diritto Internazionale Privato* que a lui è piaciuto di scrivere nel suo Codice”.

Também BLUNTSCHLI na Suíça seguiu diretriz respeitadora do DIP estrangeiro, dispondo no Cód. Civil de Zurique de 1854, em posição reversa às anteriores, que os móveis se regem pela *lex rei sitae* mas com exceções para “suas relações naturais com diferentes direitos locais e nacionais (art. 4.º, edic. 1887, art. 2.º, e Coment. dêle com referência aliás claríssima à “*lex domicilii*” in *Code, trad. de Lehr*,

8. H. VALLADÃO, *A Devolução, cit.*, ps. 12.

9. *Questioni di Dir. Civ.* 1880, II/105 e *Introd. al. Dir. Civ. Internaz.* e *Accademia dei Lincei*, ps. 15/16, em particular a nota 2 da p. 15.

10. *Op. cit.*, ps. 184 e 232.

11. MANCINI, *Questione de Diritto*, II, 1880, p. 360/7; *Recueil Moderne*, Meijers ps. 95/100; VALLADÃO, *Rev. Jurid.* (F.N.D.) 11/25, R.T. 204/5; *Bolet. Soc. Bras. Dir. Internac.* 13/14, p. 34.

1890, p. 2 nota 1). Era uma aplicação sua de fórmula geral e eqüitativa que ia muito adiante, *respeitando o DIP estrangeiro* até em *matéria pessoal*, pois aplicaria ao estado e capacidade, família e sucessões dos estrangeiros residentes em Zurich as *leis* do seu país, *si elas o exigem*, Cód. 1854, arts. 2.º e 3.º; de 1887, arts. 3.º (família) e 4.º (sucessões). Igualmente, dispuseram os códigos dos Cantões de Zug, 1861 (*Bevilaqua*, § 20), art. 2.º, e dos Grisões (art. 1.º, 4.º, *b* para as sucessões), e, ainda, para a decretação do divórcio e nulidade de casamento de estrangeiros, a Lei Federal de 1874 prescreveu no art. 54 que era necessário estabelecer que o seu Estado reconheceria o julgamento, texto consolidado no Cód. Civil suíço, art. 59, do Tít. Final.

Na Lei Federal de 25/6/1891 reaparece o princípio em geral para os suíços domiciliados no estrangeiro acêrca do direito das pessoas, família e sucessões, que ficam sujeitos ao DIP. estrangeiro salvo quanto aos imóveis sempre regidos pela lei do Cantão de sua situação, art. 28 § 1.º (vide, também, arts. 59, 7 *b* e 7 *g* (divórcios de suíços) do Título Final do Código Civil da Suíça) e, ainda, o princípio se consagra especialmente, para o regime de bens do casamento de suíços domiciliados no estrangeiro que será o do Cantão de origem, se o direito estrangeiro não lhes fôr aplicável, art. 31, 1.ª alínea.

Afinal o princípio do respeito ao DIP estrangeiro do lugar da situação dos bens, foi postulado em forma generica pela EGRGE, L. I. Código Civil alemão, art. 28, seguido pelas leis suecas de 1/6/1912, art. 1.º, de 1/3/1935, art. 14, de 5/3/1937, art. 2.º; na Áustria pelo projeto de 1913, arts. 22, 25 (III) e 41 e Decreto de 25/10/1941, art. 16; na Polônia, Lei de 1926 arts. 16 e 19 (3) e 30 (1); na Tcheco-Eslováquia, Lei de DIP de 1948 arts. 17 e 23. O princípio foi aprovado na Alemanha com o nome de o “direito mais próximo”, “Näherberechtigung”, KAHN¹², da “maior proximidade”, “grösseren Nähe”, WOLF¹³, da auto-limitação do DIP ale-

12. KAHN, *Abhandlungen*, I, § 9 e WOLFF, § 14.

13. *Op. cit.*, § 14.

mão”, “Selbsberchränkung des deutschen IPR”, por MELCHIOR¹⁴ que o generalizou para aplicar o DIP alemão quando obtenha um certo mínimo de eficácia.

É o grande e básico princípio da *efetividade* das normas de DIP. que vimos defendendo há muitos anos (H. VALLADÃO, *Devolução cit.* e *Rev. Juridica* (Fac. Nac. Dir.) 11 (1952-3), 33 a 36). Nas Convenções de Haia sôbre Tutela de Menores, 1902, art. 6.º (2.ª alínea) e Efeitos do Casamento 1905, art. 7.º, e, modernamente, no Tratado Benelux, art. 14 (com menção expressa do DIP. estrangeiro) foi também acolhido aquêlê princípio de limitação do DIP do fôro.

Últimamente, o projeto português do Prof. FERRER CORRÊA, 1951, art. 2.º (III) após estabelecer o princípio da nacionalidade para reger o estado, capacidade, família, proclama o reconhecimento da validade dos atos praticados no estrangeiro por um português ali residindo permanente e efetivamente na conformidade das respectivas leis estrangeiras. Eis a renúncia da regra de DIP português em *matéria pessoal*. É ampliação justa de antigo e vigente direito positivo português, art. 24, citado, do Código Civil, aprovado, emendado e bilateralizado por LUCAS FALCÃO (ps. 192/193), justificado pelo Autor do Código (VISCONDE DE SEABRA) e pela doutrina como acatamento do DIP estrangeiro¹⁵.

No Projeto do Prof. MARIDAKIS, do Inst., Droit Int., Ann., 1957, II/53, sôbre a devolução, admitiu êle que em casos especiais, se adote em substituição à regra de DIP (nacionalidade ou domicílio) para família e sucessões, uma exceção em favor do Direito de outro Estado que seja mais apropriado.

No Brasil, já no Império, PIMENTA BUENO estabelecendo o princípio da lei nacional para as sucessões acrescentava “salvo alguma disposição especial do estatuto real”, o mesmo fazendo NABUCO no seu Projeto, art. 39. No Con-

14. *Op. cit.*, ps. 398 a 418, §§ 264 a 281.

15. VISCONDE SEABRA, *Apostila* 3.ª, ps. 18/20, DIAS FERREIRA, *Cod. Civ.*, I, Comentário, TEIXEIRA DE ABREU, *Relac. Civ. Internac.*, n. 34.

gresso Jurídico Nacional de Centenário do Instituto dos Advogados Brasileiros, de 1943, o Ministro LUIZ GALLOTTI propôs em fundamentado relatório e o Congresso aprovou que: “Nos conflitos no espaço de normas de DIP aplica-se se se tratar de conflito positivo, o princípio da renúncia em certos casos. ”¹⁶.

Essa ilustração histórico-comparativa-doutrinária deixa bem clara a manifesta improcedência da afirmativa simplista da absoluta insolubilidade dos conflitos positivos, pois nos mostra fórmulas conciliadoras em leis, convenções e decisões dos tribunais.

E a tendência geral é a que vimos sustentando desde 1929/1930 (*A Devolução. ., Rev. de Direito*, v. 96) de se respeitar o DIP estrangeiro, considerando-o e observando-o, quando justo, através a *renúncia* do DIP do fôro, desde logo em matéria real, quanto a bens, móveis ou imóveis, sítos no estrangeiro e ali sujeitos a norma diversa de DIP.

Eis a solução que apresentamos em nosso Anteprojeto de Lei Geral; “Na observância do direito declarado competente, as disposições dêste não serão aplicadas pelo juiz brasileiro a bens que estão sujeitos pela lei de sua situação, a normas diferentes” (art. 76). Note-se que não limitamos a renúncia do DIP brasileiro, no caso, a um DIP estrangeiro, que adote a *lex rei sitae*, mas a um DIP estrangeiro que possua “normas diferentes”, p. ex., em matéria de sucessão, que adote a lei da nacionalidade quando no Brasil adotamos a lei do domicílio.

Aliás, justamente, em matéria de sucessões em que Portugal segue o princípio da nacionalidade e o Brasil o princípio domiciliar, a *jurisprudência portuguesa e brasileira chegaram à aplicação, em cada país, dos respectivos princípios através da competência judicial dividida*, realizando

16. *Diário das Sessões*, set. 1943, ps. 354, R.T.S.P. 151/20, *Rev. For.*, 99/153, etc. invocando a opinião de ARMINJON, *Précis*, 1927, 1/152, e a de H. VALLADÃO, *Devolução, cit.*, 52; vide, também *Rev. Jurid.* (FND 11/49 e 17/224).

dois processos autônomos de inventário e partilha dos bens da herança, respectivamente para os bens sitos num e noutro Estado ¹⁷.

Essa extensão do princípio da renúncia do DIP do fôro em favor do DIP estrangeiro *mais próximo* quanto aos bens, não se restringe, pois, apenas numa concessão à “lex rei sitae” civil, mas a qualquer outro princípio de DIP diferente ali seguido, domicílio, nacionalidade, etc. . . .

Ainda em matéria *puramente pessoal*, estado, capacidade, família, constatamos nos textos de direito positivo antes apresentados várias soluções *conciliatórias*, em especial nos Códigos da Áustria, Chile, Portugal, México, com *limitações* ou *renúncia* do DIP do fôro, restrito aos nacionais ou estrangeiros, domiciliados ou residentes no estrangeiro, aos quais o DIP. do fôro só seria aplicável quanto a atos ou fatos lá praticados que *pudessem* (Áustria) ou *devessem* (Portugal, Chile, México) produzir efeitos no fôro; ou na Suíça, Zurich, leis federais 1874 e 1891, e Código Civil, com acatamento geral pelo DIP do fôro das disposições do DIP estrangeiro para os estrangeiros, mesmo no território do fôro, Zurich, e para nulidade do casamento e divórcio, Código Civil suíço, 59, 7 g, ou com renúncia do DIP do fôro para os nacionais domiciliados no estrangeiro que ficam sujeitos ao DIP estrangeiro, Lei de 1891, arts. 28 e 31 e Código Civil, Tit. Final, art. 59, letra h.

Uma renúncia geral do DIP, do fôro que está em conflito em matéria *puramente pessoal* com DIP estrangeiro diferente, porém próximo, mais efetivo, por exemplo, em *favor do DIP do domicílio* ¹⁸ seria perigosa, não havendo como parar no domicílio e não seguir avante, até ao DIP da *residência habitual* ou até ao da *simples residência*, ainda mais pró-

17 VALLADÃO, *Unid. e Pluralid. das Sucessões, Inv. e Partilh. no DIP*, opúsculo, 1952, *Rev. Jurid.* (FND 11/25; R.T.S.P., 204/3; *Bolet. Soc. Bras. Dir., Internac.*, 13/14, p. 34.

18. Assim FELIX ECKSTEIN, ZAIPR DE RABEL, 8 (1934), p. 140 propõe, levando o problema simplesmente para o campo jurisdicional dando à preferência sempre, tratando-se de pessoal ao DIP do domicílio.

ximos da pessoa. E, o que é mais grave, muito facilitaria a fraude ao DIP do fôro, às leis da nacionalidade, do domicílio ou da residência habitual, pelos respectivos nacionais, domiciliados ou residentes.

Mais objetiva é a solução do Código da Áustria, melhorada pelos que o seguiram (“devem” em vez de “possam” produzir), limitando o DIP do fôro, quanto às pessoas, aos atos praticados no estrangeiro que produzam efeitos no fôro¹⁹. Ainda mais justa e eqüitativa é a dos Projetos, citados, de FERRER CORRÊA e MARIDAKIS, reconhecendo, no fôro, plena eficácia aos atos de seus nacionais ou domiciliados, praticados no estrangeiro, *ali residindo permanente e efetivamente*, de acôrdo com as leis estrangeiras, inclusive de DIP.

Consagramos o princípio em nosso Anteprojeto de lei Geral, ligando-o ao tempo, isto é, através do reconhecimento dos direitos adquiridos, na seguinte fórmula: “São reconhecidos no Brasil direitos adquiridos no estrangeiro, de boa-fé, em virtude de ato ou julgamento ali realizados, de acôrdo com o direito estrangeiro vigorante, salvo se fôr caso de competência exclusiva do direito brasileiro, e observadas sempre as reservas estabelecidas no art. 79”.

Destarte o fôro reconhece direitos e situações constituídos no estrangeiro segundo o DIP estrangeiro, salvo se fôr *caso de competência exclusiva do direito do fôro*, ressalvados sempre atos de má fé ou contrários à ordem pública.

Tais casos de exclusividade do DIP do fôro correspondem, de regra, a um interêsse básico do mesmo fôro, evitando sobretudo a fraude à lei; no Brasil temos um exemplo na Lei de Introdução, art. 7.º § 6.º que não reconhece o divórcio de brasileiro no estrangeiro e, no Anteprojeto da Lei Geral, o art. 66 § 2.º.

19. No Brasil, o Trib. de Justiça de São Paulo (*O Direito*, 101/308 e 309) decidiu, ao tempo em que seguíamos a lei da nacionalidade para os direitos de família, não aplicar a lei portugüesa em matéria de filiação natural de pai portugüês, com base no art. 24 do Cód. Port. que *só aplica* a lei portugüesa a ato que tenha *execução em Portugal*.

5. Apresenta a divergência espacial das normas de DIP um *conflito negativo*, quando cada qual exclui o seu próprio direito para reger a espécie.

Assim num caso considerado por um juiz brasileiro sôbre direitos de família ou de sucessões de um brasileiro domiciliado em Roma, deveria êle aplicar, segundo o DIP brasileiro (Lei Intr. arts. 7.º e 9.º) a lei italiana, do domicílio, enquanto pelo DIP italiano (*Cód. Civ.*, D.L.G., art. 23) seria competente não a lei italiana mas a lei brasileira, da nacionalidade. Se se tratasse de um francês domiciliado na Itália o juiz brasileiro teria de submeter o caso à lei italiana e esta o faria à lei francesa.

A diretriz jurisprudencial quase em todos os países, inclusive, ùltimamente, a do Estado de Nova York²⁰, salvo apenas a da Itália²¹, *resolveu o conflito negativo pela teoria chamada da devolução* (reenvio, renvoi, rinvio), *aceitando o juiz do fôro* a referência, a devolução, que a *lex causae* (a lei por êle declarada competente) faça à mesma *lex fori retôrno*, (devolução para trás, retôrno, renvoi au premier degré, rinvio indietro, renvoi of remittal, Rûchverweisung), ou a outra lei, para diante, *devolução à lei estrangeira* (renvoi au deuxième degré, rinvio altrove, renvoi of transmission, Weiterverweisung)²². Destarte nessa posição intuitiva, conciliadora entre os textos de DIP divergentes, o Juiz brasileiro aplica a lei brasileira ao brasileiro domiciliado na Itália (retôrno) e a lei francesa ao francês domiciliado na Itália (devolução à lei estrangeira).

O primeiro e espontâneo emprêgo jurisprudencial da devolução ter-se-ia dado, no século XIX, em língua inglêsa,

20. Decisão célebre de 1950, in *Harvard Law Review*, 64/166 e CLUNET, 1950, 976/90, sucessão SCHNEIDER, revogando orientação contrária, no conhecido caso Talmadge; vide também a C. Apelação do Libano, 1951, in CLUNET, 1952/926. Para os demais países, inclusive o Brasil, veja-se H. VALLADÃO, *A Devolução*, cit., ps. 13/5 e os autores constantes da nota 1.

21. Vide exposição e crítica agudíssima in PHILONENKO, *La Th. du Renvoi*.

22. H. VALLADÃO, *A Devolução*, cit., p. 16.

no caso *COLLIER v. RIVAZ*, da Prerogative Court of Canterbury, 1841²³ com a famosa frase de que o juiz do fôro considerar-se-á, para o caso, julgando no estrangeiro (“the court sitting here. . . must consider itself sitting in Belgium”); em língua alemã em acórdão de 21 de março de 1861 do Oberappellationsgericht de LUBECK²⁴ com a incisiva declaração: “a exata observância do princípio de direito comum (de DIP do domicílio para as sucessões) exige que a legislação em vigor no domicílio do *de cujus* seja aplicada em sua totalidade”, inclusive, pois, quando devolve ao da nacionalidade; finalmente em língua francesa no célebre caso *Forgo*²⁵ em julgados da Côte de Cassação da França, 1878 e 1882 (relator, o ilustre especialista, DEMANGEAT, anotador de FOELIX), submetendo a sucessão dêsse bavarão à sua lei nacional mas aplicando afinal a lei francesa, dos respectivos domicílio e situação dos bens que a lei bavarã de DIP (en matière de statut personnel ou réel) indicava para a espécie²⁶.

Essa jurisprudência, praticamente universal²⁷ em prol da devolução, teve magnífica consagração legislativa.

Foi adotada na *maioria absoluta* dos textos internos vigentes no Mundo desde a Suíça, Cantões de Zurich

23. In LORENZEN, Cases, ps. 827/8. Essa frase levou a jurisprudência, por vêzes, ao chamado “double or total renvoi theory”, in *re Annesley*, in *re Askew*, in *re Ross*, in *re Duke of Wellington* (WOLFF, 195/196, Graveson, 464/69, etc.) aplicando, naturalmente, o DIP estrangeiro na sua totalidade, inclusive nos seus textos sôbre a devolução. Vejam-se os magistrais trabalhos de DE NOVA a respeito, in *Rivista*, 1938/388-426 e *Giurisprud. Comp.*, XI/120. Também H. VALLADÃO, *Estudos*, p. 133.

24. Apud LEWALD, *Recueil*, 29/535/6.

25. CLUNET, 1897/285 e 1883/64; citado e comentado por todos os autores foi objeto de um estudo, em profundidade, por PHILONENKO in CLUNET, 1932, ps. 281 e ss., especialmente, ps. 297/8 e 321/2.

26. Decisões anteriores ao Século XIX, na França e outros países encontram-se reunidas em DELAUME G., *Conflits de Lois à la veille du Code Civil*, e em artigo de NIBOYET, *Revue*, 1926, ps. e ss., com a admissão “pour FROLAND” de um caso de devolução.

27. Autores citados na nota 1.

(*Bluntschli*, 1854-55, arts. 2.º e 3.º), de Zug (1861, art. 2.º), Leis Federais, de 1874, art. 56, de 1891, art. 28 (2) e 31 (1) e Código Civil, art. 59 (7 *f* e *g*); a Hungria, na lei sobre o casamento, art. 108; a Alemanha, na EGBGB, art. 27; o Japão, na lei de 1898, art. 29; a Suécia, Lei de 1904, art. 2.º; a China, Lei de 1918, art. 4.º; Palestina, Order in Council 1922, art. 64 (2) e sobre Sucessões, art. 4.º (III); a Polônia, Lei de 1926, art. 38; Liechtenstein, Lei de 20/1/1926 (pessoas e Sociedades), art. 70 da Parte Final; Finlândia, Decreto 5/12/1929, art. 53; Lei soviética sobre o cheque, 1929, art. 36; Letônia, Código Civil, 1937, art. 23; Sião, Lei de DIP de 1939, art. 4.º; Cód. Civil Romeno, de 1939 (não vigente), art. 24.º; Áustria, Decreto 25/10/1941, Família, § 15; Iugoslávia, Lei de 23/4/1955, Sucessões, art. 156; Lei da Coréia do Sul, n. 966 de 15/1/1962, de Direito Extranacional ou de Conflitos, art. 4.º; Lei da Tcheco-Eslováquia, de 16/12/1963, art. 35 (se a devolução leva a uma solução razoável e equitável). Enfim a devolução é aceita nas Repúblicas Democráticas Populares a partir da Rússia (LUNTZ, IPR., trad. alemã, 1961, págs. 232 e ss.), segundo é, ainda, confirmado em estudo recente do eminente professor húngaro, IZASZY, E., na *Revue*, artigo 1963-244-6. A condenação do reenvio na Itália, em 1939 (em divergência com o projeto, sendo sua jurisprudência absoluta, única no mundo em tal sentido), D.L.G., art. 30, ali criticada por BALLADORE PALIERI e outros eminentes especialistas — constituiu uma exceção nos textos vigentes no mundo, que influenciou apenas o Código da Grécia, de 1940, art. 32, a lei brasileira (Decreto-Lei da ditadura, *vi, clam et precario* de 1942, art. 16) e os Códigos do Egito de 1948, art. 27 e da Síria, 1949, art. 29²⁸.

A fórmula italiana não repercutiu em outros países, sequer nos projetos posteriores. Em verdade, *a favor da devolução são os mais recentes Projetos de DIP*; Venezuela,

28. H. VALLADÃO, *A Devolução, cit., Lei Geral*, ps. 117. No Apêndice à obra de FRANCESKAKIS, cita estes textos de vinte países sobre a devolução, dos quais 15 a favor e apenas 5 contrários.

1963, art. 4.º; Polônia, 1961, art. 4.º; Portugal, 1951, art. 30, da França, 1950, art. 20, e, mais antigo, o Projeto Austríaco, de 1913, art. 53, aceitando, claramente, o retôrno e a devolução à lei estrangeira ²⁹

Nos atos internacionais, consagrada a devolução desde a Convenção de Haia de 1902, sôbre casamento, art. 1.º, foi mantida, posteriormente, nas Convenções de Genebra de 1930 e de 1931 sôbre Conflitos de Leis na Cambial (art. 2.º) e no cheque (art. 2.º), e ùltimamente, de forma básica na Convenção de Haia de 15/6/1955 para regular os conflitos entre a Lei Nacional e a do Domicílio, art. 1.º aceita até pela Inglaterra, e, ainda, em grande parte, no Projeto Benelux, arts. 15, ns. 2 e 3 (Sucessões, devolução à *lex fori* e à lei estrangeira) e 25 (a propósito do direito adquirido), sendo que as três primeiras Convenções vigoram na *própria Itália*, e na *mesma Grécia*. ^{29A}.

6. Entretanto aquela corrente doutrinária “apriorista”, irrealista, do absolutismo e do universalismo da *lex fori* de DIP, já apontada e criticada a propósito do conflito positivo (antes, n. 3), combateu apaixonada e às vêzes, violentamente, em “nome da ciência”, para evitar “o desaparecimento de DIP”, a aceitação jurisprudencial e legislativa da devolução, predominando nos fins do Século XIX e princípios do atual, conseguindo apoio frouxo do Institut de Droit Internationale, em resolução que a considerava “não

29. O projeto húngaro, primitivo, art. 11, também adotava a devolução, e só recuou, art. 11 do novo por ter a jurisprudência ali mudado, qual aconteceu na Itália com recuo idêntico do texto do Projeto para o vigente. Segundo informou o eminente BABINSKY na reunião de Varsóvia do Inst. Dr. Int. o projeto polonês já foi aprovado nas Comissões do Congresso e será breve lei. O novo projeto português (1964) mantém o reenvio em casos especiais, art. 4.º.

29A. Aliás nas convenções internacionais a devolução é a *fórmula ideal*; considere-se a defesa que dela fêz, agudamente, M. CAPI-TANT (*Traité des Dr. Privés...*, 1928, 152 e ss.).

desejável nas leis internas” na Sessão de Neuchâtel 1900³⁰. Exemplo do calor dessa reação “logicista” contra o bom senso e a equidade das decisões e das leis são, na França, aquelas e outras duras expressões de LABBÉ, LAINÉ (“funeste”, “resultat d’une méprise”), BARTIN, PILLET³¹ e a resposta firme do Conselheiro DENIS na Côte de Cassação, “j’aime mieux ce qui est simple que se qui est embrouillé”³².

Mas iria prevalecer, depois, opinião ponderada, objetiva, conciliatória, aceitando a devolução sem absolutismo, de grandes mestres de DIP., de um ASSER na Holanda, de um VON BAR na Alemanha, de um WESTLAKE e de um DICEY na Inglaterra, de um WEISS e de um DE VAREILLES-SOMMIÈRES na França, de um ROLIN na Bélgica, de um BROCHER (1881 I, n. 55, p. 167) e de um ROGUIN na Suíça, de um FIORE e de um BRUSA na Itália, de um TORRES CAMPOS de Granada, TRIAS Y GIRÓ de Barcelona e CONDE Y LUQUE de Madri na Espanha, de um WALKER na Áustria, de um CLOVIS BEVILACQUA no Brasil. Assim após o primeiro quartel do nosso século com outros especialistas, FRANKENSTEIN³³, ENNECERUS (1926, n. 60), NUSSBAUM (1932, § 12), MELCHIOR (1933, REGEL I, §§ 133-43), WOLF (1933, § 13, n. IV), RAAPE (*Recueil*, 1938, 50/410), LEWALD (*Règles Générales*, 1941, p. 60, restritamente “como expediente útil em situações especiais”) na Alemanha; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (1927, p. 240-3, antes, Clunet, 1924/877), DONNEDIEU DES VABRES, H. (*Dr. Pen. Int.*, 1928,

30. *Ann.*, abregé, 1928, ps. 505, 506 a 512 (defesa do “renvoi” por WESTLAKE) 531 a 560 (discussão) e 561 (votação, 21 contra 6, nestes, especialistas eminentes quais VON BAR, BRUSA, ROGUIN, WEISS e WESTLAKE, naqueles predominando os publicistas, contando-se entre os especialistas ASSER em posição transacional, 545/6, BUZZATI; CATELANI, STREIT).

31. H. VALLADÃO, *A Devolução*, ps. 18/19 e respectivamente in CLUNET, 1885/10; CLUNET, 1896/241 *fine* e 253 e *Revue*, 1906 a 1909; CLUNET, 1897/737; na obra *Principes*, §§ 63 a 66. Inspirado nesses exaltados doutrinadores MACHADO VILLELA (Trat. I, ps. 514 e ss., e, especialmente, (DIP. no *Código Civil Bras.*, ps. 348).

32. CLUNET, 1912/1009 a 1013.

33. H. VALLADÃO, *A Devolução*, *cit.*, ps. 20/21.

p. 388), J. MAURY (1936 *Recueil*, 57/549-50), DONNEDIEU DES VABRES, J. (*L'Évolut.*, 1938, p. 728: “un peu de science éloigne du renvoi. . . beaucoup y ramène”) na França; ANZILOTTI (1925, *Corso di Dip*, 51 e ss., 76/78, antes nota in *Rivista*, 1918, p. 289, mudando aí anterior opinião contrária in *Corso di Lez. di DIP — Dir. Priv.* de 1913, litografado em Roma 1919, ps. 102/105 e antes *Studi Grit.*, p. 193, n. 1) e FEDOZZI (1935, *DIP*, ps. 214/218 aprovando o Projeto italiano favorável ao reenvio) na Itália; POULLET (1925, p. 280) na Bélgica, SANCHEZ DE BUSTAMANTE (1927, Proj. Cod. *DIP*, art. 7.º na América Latina, TRIS DE BES (1930, *Recueil* 31/663) e W. GOLDSCHMITH, *La Conseq. Jurid. de la norma del DIP* n. 8) na Espanha, SCHNITZER (1937, Cap. VIII) na Suíça, BENTWITCH (1934, *Recueil* 49/58 e livro *Domicile, Success. and Renvoi*, 1912) na Inglaterra, GRISWOLD (1937, 51 *Harvard L. Rev.*, 1181/2) e COWAN (1938, 87 *Univ. Pensilv. L. Review*, 34) nos Estados Unidos, JOHNSON, W. (1937, III, 93-4) no Canadá, EDUARDO ESPINOLA (1925, § 42) no Brasil³⁴, E. BALLOGH (1936, *Recueil* 57/621 e ss.) e S. BUNDSTEIN (1936, *Revue de Dr. Int. et L. Comparé*, de Gand, 1936/527) no direito comparado.

Destarte o Institut de Droit International também evoluiu, alterando a diretriz de Neuchâtel 1900, para adotar na Sessão de Oslo, 1932, o “reenvio feito pela lei nacional a outra lei”, em matéria de “capacidade”, “considerando que após esta época (1900) uma corrente de ordem convencional, legislativa e jurisprudencial manifestou-se em diversos países a favor de certas aplicações desta doutrina (devolução)³⁵.

No após guerra *avoluma-se* aquela corrente doutrinária, equilibrada, a favor da devolução, na França com a conversão de NIBOYET (*Cours*, 1947, n. 498, já iniciada no *Traité*, vol. III, 1944, p. 483; antes “rejeitava-a absolutamente”,

34. A tal corrente aderimos desde nossa tese de docência livre, *A Devolução*, *cit.*, 1929/1930, também *Rev. de Direito*, v. 96.

35. *Ann.* 1932, vol. 37, ps. 566/7.

Manuel, 1928, p. 491), seguindo-se LEPAULLE, P. (1947, p. 174, CLUNET, 1936, p. 290), BATIFFOL (1949, ns. 305 e ss.) e, agora FRANCESKAKIS (*Op. cit.*, que combatendo o “renvoi” admite-o, expressamente, em três largos casos, da lei nacional para a do domicílio pois estão hierarquizados na França, de exclusão do DIP do fôro para situações adquiridas no estrangeiro e para manutenção da validade de um ato (ps. 261/2), convertido também, LOUIS LUCAS (1964, *Revue*, ps. 4/5; antes contra, *Repertoire*, 10/427; e, ainda, MAURY (*Ann. Institut D. I.*, 1957, ps. 77/8); na Alemanha, RAAPE (1950, § 10), PAGENSTICHER, M. 1951, *Der Grunsatz., cit.*, p. 68); MAKAROV (*Ann. Institut*, 1957, II, p. 75), WENGLER, *Recueil*, 104/375 e *Ann. Institut*, 1957, p. 105/6), LEWALD (1950, a propósito do caso SCHNEIDER, de N. York, ampliando suas próprias exceções), e finalmente, o mais recente tratadista, o Prof. KEGEL G., IPR (1960 que declara incisivamente: “Nur ver genau so entschdetst, wie ein Ausland tatsälicht entschieden wird, macht jedoch vollen Ernst mit der Anwendung auslan-dischen Rechts”); na Inglaterra, GRAVESON (em parte, 1948, p. 57 e até hoje, 1961, p. 70), W. RAEBURN (1948, The open offer formula, 1948, B.Y.B.I.L. 211), WOLFF (1950, Chap. XV), SCHMITOFF (1954, ps. 95 e 101/102); no Canadá, FALCONBRIDGE (1947, p. 158, abrandando anterior condenação radical, para admitir em certos casos); nos Estados Unidos com RAAPE (1945, I, p. 70 e ss., antes *Rev. Der. Priv.*, Madri, 1931/367), MARSH HAROLD (1952, *Marit. Property in Confl. of L.*, p. 114 apud VERPLAETSE, p. 283, n. 10), BRIGGS (1953, VANDERBILT L., *Rev.*, em parte) e VON MEHREN, A. T., 1961 (YNTEMA, *Essays* 394); na Espanha, GESTOSO TUDELA (1947, *La Teoria de la Referencia en DIP*), ORUÉ (1952, n. 326, (1952, I, p. 354), AGUILAR NAVARRO M. (1955, p. 404, antes *Rev. Esp. D. I.*, 1950/813), VERPLAETSE, J. G., (1954, p. 283); em Portugal, com novos professôres titulares, que aceitam a devolução FERRER CORRÊA (Proj. português, art. 30 e DIP, *Lições aditamento*, 1954, ps. 52 e ss.) de Coimbra, e ISABEL M. T. DE MAGALHÃES

COLLAÇO, *A Devolução*, Coimbra, 1959, parcialmente³⁶, de Lisboa. Na Suíça o emérito especialista SAUSER-HALL (1959, *Ann. Institut*, II/46, oração inaugural como Presidente), NIEDERER (1961, *Ann Institut D. I.*, 1961, 293/4) e ainda JAGMETTI (*Revue* 1961/615); na Holanda, MEIJERS (1951, *Proj. Benelux*, art. 25), OFFERHAUSS e KIRSCH (1959, *Ann. Institut*, p. 285/6 e 291); na Itália, QUADRI (*Lezioni*, 1958, ps. 331 e 334, *Ann. Institut*, 1961, p. 309), BALLADORE PALIERI (1959, n. 36), MONACO (*Efficacia*, 1952/68 citando, ainda, ZICCARDI), DE NOVA (1961 *Ann. Institut*, p. 312); no Chile, DUNKER BIGGS (DIP, 1950, n.º 414).

Não pôde, assim, o Instituto de Direito Internacional em sua Sessão de Strasburgo, 1961, aprovar o Relatório e conclusão, *contrários à devolução*, do eminente Professor GEORGES MARIDAKIS, de Atenas, *Ann.* 1957, I, ps. 1/17, apesar de conter uma *exceção*. Na comissão e plenário manifestaram-se adversamente, eminentes professôres, em geral ou com reservas; assim TRIAS DE BES, MAKAROV, MAURY, BATIF-

36. A ilustre catedrática considera a condenação total da devolução pelos Códigos italiano e grego produto de “aquêles sistemas mais intolerantes” de DIP; fiat *justicia pereat mundus*” (n. 65, p. 53). Mantêm êsses juristas tradição que vem do eminente VEIGA BEIRÃO (*in* CLUNET, 1908/367-375), já seguida pelo Dr. LUZO SOARES. A teoria da Devolução e a consideração da lei estrangeira, Lisboa, 1950). Quanto à jurisprudência está assente a favor da devolução, segundo declarou o próprio Supremo Tribunal de Justiça, com invocação do art. 240 do Estatuto Judiciário que a manda observar, no acórdão de 23/1/1959 (caso Hargreaves) *in* *Bolet. Min. Just.* 83, com referência especial ao ac. de 14/12/1936 (caso Levy), *Rev. Tribs.* 55/23, e a outros precedentes judiciais, p. ex., aca. de 28/10/1952 (caso Allard) *Rev. Legisl. e Jurispr.* 85/268, de 15/12/1950, *Boletim* 22/343; o primeiro caso foi a decisão do Juiz SOARES DE ALBERGARIA (caso Davidson) publicado na *Rev. Leg. e Jurispr.* 40/335 e no CLUNET, 1908/369. O Doutor VASCO TABORDA FERREIRA em parecer dado à Fund. CALOUSTE GULBENKIAN analisou a jurisprudência citada até 1958, concluindo que ela não acolheu a devolução. Mas após, em 1959, concluiu, contrariamente à interpretação do ilustrado jurista; manteve a aceitação da devolução e com caráter de norma a seguir pelos tribunais. No Brasil diríamos que o Tribunal o incluiu na “Súmula”

FOL, WENGLER, BABINSKI, WORTLEY, BALLADORE PALIERI, KIRSCH, EUSTATHIDES, SPIROPOULOS, NIEDERER, OFFERHAUSS DE NOVA. Eu também na Comissão e no plenário combati os termos gerais da proposta, e, afinal, propus com BATIFFOL, MAKAROV, DE NOVA, TRIAS DE BES, EGAWA e VAN HECKE voltasse o assunto à Comissão para reestudo, o que foi aprovado (*Ann.* 1961, v. 49, II, págs. 279 e ss. e 318 e ss.).

7. No Brasil, ao contrário do ocorrido em outros países, a doutrina se firmou, desde logo, a favor da devolução, antes que a jurisprudência a consagrasse.

Assim, para citar apenas os grandes mestres, o “*primus inter pares*”, CLOVIS BEVILAQUA (§ 20, da 1.^a, 1906, à última edição, 1944 e Código Civil comentado, art. 8.^o); LAFAYETTE PEREIRA (*Pareceres*, I, n.^o 124 (1902), sucessão no Brasil de norte-americano, domiciliado na Inglaterra, a lei brasileira, do estatuto pessoal (nacionalidade) remetendo, *afinal*, à lei inglesa (do domicílio) e no seu Projeto de Código Pan-Americano de DIP nos Estados do Leste europeu, além de LUNTZ, na Rússia, FILISPECU, na Rumânia (Drept I.P. 1964, págs. 78/79) L. RÉCZEI, na Hungria (DIP em húngaro, 3.^o, 1961) BYSTRICKY, R., na Tchecoslováquia (DIP em tcheco, 1958). (1909, art. 119), EDUARDO ESPINOLA (*Sistema*, I, 1908, p. 203, *Anot. ao Cód. Civil Brasileiro*, v. 2.^o, 1922, ps. 210 e ss., *Elementos*, 1925, § 42 e com ESPINOLA FILHO, *Trat.*, 1941, vol. 7, n. 93 ps. 620/1, *L. Introd.*, III, 1947, p. 489), DIDIMO DA VEIGA (Congresso Jurídico de 1908), EDMUNDO LINS (*Aulas* in *Rev. Forense*, XVI/19 e Acórdão no Supremo Tribunal Federal in *Arq. Judic.* II (1927) p. 48); BENTO DE FARIA (*Aplicação e Retroatividade da Lei*, 1934, n.^o 80, p. 169); F. MORATO (*Rev. Trib. São Paulo*, 81/16; LAUDO DE CAMARGO (em São Paulo, R.T., 83/122 e no Supremo Tribunal Federal, *acórdãos*)³⁷.

37. No mesmo sentido NUMA DO VALLE, *Família no DIP*, 19, 284, PONTES DE MIRANDA, *Trat. Testam.*, 1), n. 181. Opinião dissidente, singular, era, apenas a do professor OSCAR TENÓRIO em termos radicais sob influência da antiga e estremada doutrina francesa, (1942, até

A jurisprudência brasileira, segundo salientamos desde 1930³⁸, completando nossa informação em estudos posteriores até o presente³⁹, tornou-se assente, em numerosos julgados, a favor da devolução, interpretando nesse sentido as normas de DIP brasileiro (*Intr. Cód. Civil*), omissas a respeito.

Assim após 1929/1930, os acórdãos do Tribunal de Apelação de São Paulo, de 4/6/1931 e 25/5/1932 (LAUDO DE CAMARGO) in *Rev. T.S.P.* 81/125 e 123, de 14/12/1938 (THEODOMIRO DIAS, longamente fundamentado, mostrando que: “Longe de encerrar atentado contra a soberania nacional, a adoção do princípio do retôrno ou devolução dignifica homenagem a essa soberania. ” *R.T.S.P.*, 118/716) e de 28/3/1940 (PAULO COLOMBO, afirmando ser “a jurisprudência sempre pela aceitação do retôrno” e citando *acs.* de 22/3/27 (*Rev. Tribs.* 61/500), de 21/8/28 (*R. T.*, 69/117), de 4/6/31 e 25/5/32 já citados, de 6/4/32 (*R. T.* 84/185).

Para o Supremo Tribunal Federal ,citem-se os acórdãos de 5/11/1937, apel. civ. 6832, EDUARDO ESPINOLA dizendo *ser neste sentido a jurisprudência da Côte* e citando a declaração de MELCHIOR, G., de que a jurisprudência brasileira aceita a devolução, in *R.T.S.P.*, 112/134 e *Arq. Judic.* 47/16; de 27/12/1937, apel. civ. 6 716 (PLINIO CASADO, de acôrdo com parecer de LUIZ CALLOTTI, in *Rev. For.* 72/40, in *Rev. For.* 74/457) e, finalmente, o de 28/12/1937 na apel. civ., 6 742 (EDUARDO ESPINOLA, com citação de sua opinião doutrinária (favorável) in *Arq. Judic.* 47/248).

8. Entretanto, a Lei Introdução de 4/9/1942, promulgada pela ditadura, “vi, clam et precario” (vide Capit. anterior, n.º XV), tentou proibir a devolução no art. 16, que é uma tradução, *ipsis litteris*, do art. 30 da D.L.G. do Cód. Civ. italiano, 1939-1942.

hoje mantida, I, 1960, 516/7); ùltimamente, porém, no mesmo sentido, de forma apaixonada, sob inspiração das idéias de LEWALD e PERRAUD, o professor AMILCAR DE CASTRO, de Belo-Horizonte (I, 1956/277).

38. H. VALLADÃO, *A Devolução*, ps. 88.

39. H. VALLADÃO, *Estudos*, ps. 132/135, 182, 460/451.

Compreende-se que o Cód. da Itália condenasse a devolução, *não aceita pela maioria* da doutrina e pela jurisprudência assente da península, embora o texto tenha sido ali criticado pelo seu caráter “sbrigativo” (BALLADORE PALIERI, *cit.*, p. 111) e interpretado restritivamente (MONACO, *Efficaccia*, p. 69) e, recentissimamente, o próprio AGO in *Riv.* 1963, e acórdão do Tribunal de Turim aplicando, *ampliati-vamente*, a Convenção da Haia de 1902 para admitir a devolução na Itália apesar do texto proibitivo daquele art. 30 (*Riv.* 1962/618). E, por isto mesmo, não se compreende como o legislador brasileiro (só mesmo a ditadura de 1937-1945) copiasse aquêle texto italiano radicalmente contrário à doutrina e à assente jurisprudência brasileira.

Daí a crítica que lhe fêz logo o eminente e saudoso professor SERPA LOPES (*L. Intr.* III, p. 392: “a questão não podia ter sido riscada pela forma radical exarada no art. 16”, “Essa tradução literal. não obedeceu a um prévio e cuidadoso exame científico da matéria”. A reação fôra mais longe pois os juristas brasileiros condenaram o citado art. 16 na Comissão de DIP (presidida por EDUARDO ESPINOLA) do Congresso Jurídico Nacional de 1943 (*Diário das Sessões* (setembro de 1943), págs. 354; *Rev. Jur.* (Fac. Nac. Dir.). 17/224-226; R.T. S. Paulo, 151-20, *Rev. Dir.* 148-44, *Paraná Judiciário*, 39-422, *Rev. For.*, 99-563, aprovando o fundamentado relatório do eminente Ministro LUIZ GALLOTTI, que concluiu: “Nos conflitos no espaço de normas do DIP, aplica-se, se se tratar de conflito negativo, a devolução, ainda quando se verifique para outra lei que não a “lex fori”. Ainda, últimamente, o Professor ADAUTO FERNANDES, catedrático da Fac. de Direito da Univ. Fluminense, defende, doutrinariamente, a devolução, e crítica, fortemente, o art. 16 da Lei de Introdução (*Elementos de DIP.*, p. 164 e 167).

A essa reação doutrinária tem correspondido uma jurisprudencial pois os Tribunais brasileiros *continuam* em diversos casos a aplicar a devolução.

Começou por um dos próprios autores da *L. Introd.*, o Ministro PHILADELPHO AZEVEDO⁴⁰ que para aplicar, segundo o DIP brasileiro, a lei nacional dum argentino, declarou que “segundo ela, regeria o princípio domiciliar”, no caso a lei uruguaia por ter o argentino fixado “domicílio no Uruguai” (é a devolução a terceira lei, à lei estrangeira, lei brasileira para argentina e esta para a uruguaia). Assim o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão de 8 de março de 1960 (R.T.S.P. 304/216), e até o Supremo Tribunal Federal nos Recs. Extra. 31.655, 1.^a Turma, ac. de 24-1-1957 (Min. CÂNDIDO MOTA FILHO, *Rev. Trim. Sup. Trib. Fed.*, 1/605) e 34.273, 2.^a Turma, ac. 21-10-1958 (Min. VILLAS-BOAS / D. J. 28-1-1959, Ementa).

9. Por tudo isto, levando em conta o direito pátrio, sua contínua tradição jurisprudencial e doutrinária através de suas manifestações supremas antes mencionadas, e o direito mundial, doutrina predominante, jurisprudência assente e a quase totalidade dos textos legislativos e projetados, o Ante-projeto de Lei Geral, brasileiro, aceitou a devolução no art. 77 que assim dispõe: “Na observância do direito estrangeiro declarado competente, o juiz brasileiro atenderá às disposições do mesmo direito sôbre a respectiva aplicação, inclusive a referência a outro direito com base em critério diferente, religião, raça, origem, naturalidade, nacionalidade, domicílio, vizinhança, residência, território etc.”⁴¹.

O preceito resolve o conflito negativo de normas de DIP., com regra ampla que orienta o juiz brasileiro na aplicação, em geral, do direito estrangeiro declarado competente, inclusive na referência que êle faça, o que ocorre, freqüentemente, a critérios diferentes, p. ex., à religião, à raça, à origem, à nacionalidade, à naturalidade etc..

40. H. VALLADÃO, *Estudos*, ps. 133 e 182; voto na Sentença Estrangeira 1028 (*D. Just.*, 18-8-1943, p. 5479 e de 5-10-1943, p. 3960).

41. O parágrafo único contém limitações nestes termos: “A referência acima só ficará excluída se não fôr feita ao direito brasileiro ou se não fôr feita a qualquer outro direito que afinal a aceite”.

O princípio fundamental do texto é o de que na observância do direito estrangeiro o juiz brasileiro não procederá irrefletidamente, atenderá às disposições do mesmo direito sobre a respectiva aplicação, vigência espacial, pessoal e temporal, interpretação, etc.. Evidentemente seria inadmissível que o juiz do fôro, no caso, o juiz brasileiro, fôsse decidir sobre a data e o lugar em que vigora uma norma estrangeira, sobre sua interpretação, etc., levando em consideração os princípios sobre a aplicação das leis no Brasil.

Mas se a lei estrangeira, qual ocorre em vários países, determina a regência da espécie por um critério diverso, para aplicar uma lei religiosa (em numerosos países do Oriente e mesmo do Ocidente, Portugal, Itália, Espanha, etc.) ou uma lei do grupo étnico (Tcheco-Eslováquia, *Lei de DIP.*, art. 54, *fine*) ou uma lei racial ou tribal (numerosos países da Ásia e da África, inclusive nas Províncias portuguesas de Ultramar) ou uma lei de origem (Suíça), ou da naturalidade (“ciudadania local o de natividad”, p. ex., México, H. VALLADÃO, *Estudos*, págs. 52), ou da “vizinhança” (Espanha), domicílio, residência, nacionalidade, território, zona etc. — *tal referência deverá ser aplicada.*

O texto resolve dois problemas que alguns separam sem razão, e que sempre reunimos (ainda modernamente os une, também, BATHIFOL, pág. 305) pois se a lei brasileira de DIP, manda aplicar a lei do domicílio para reger o casamento e o domicílio dos interessados é em Portugal e o direito português, na metrópole, manda aplicar, se são católicos, o direito da Igreja Católica, ou, no Ultramar, o direito da respectiva tribo — o juiz brasileiro há de aplicar aquêle direito religioso ou tribal, como também aplicará, p. ex., a lei brasileira ou outra lei estrangeira nos casos em que a lei portuguesa de DIP ordenar a aplicação da lei nacional.

Fora daí é deixar o caso sem solução, verdadeira denegação de justiça ou desnaturar, ditatorialmente, as leis estrangeiras, de voltar atrás após ter prescrito a sua apli-

cação... E, no dizer sempre conciso e perfeito de CLÓVIS BEVILAQUA, é “amputar a lei estrangeira que a lei pátria mandou aplicar (*Op. cit.*, 4.^a ed., 1944, p. 146).

10. No Anteprojeto, art. 77, consubstanciamos nosso modo de ver, de seguir as referências que o direito estrangeiro, declarado competente, faça a outras leis, expresso em numerosos trabalhos nossos no Brasil e no estrangeiro desde 1929/30 ⁴².

A nossa orientação tem sido a de não seguir pontos de vista extremados, e, sobretudo, apaixonados num assunto que há de ser solucionado não com rigorosos princípios de lógica formal mas atendendo a razões de justiça, equidade e conveniência no ideal humano de solidariedade jurídica universal, antevisto por SAVIGNY, da comunidade jurídica entre os povos.

Se a lei do fôro ordena ao seu juiz que aplique, em certo caso, outra lei, seja de uma outra nação ou a de um outro Estado, ou mesmo, internamente, de um para outro (a) Código ou lei, é para que êle a cumpra integralmente e não o fará se a considerar apenas numa parte, p. ex., em um artigo sôbre sucessões, ali pinçado violentamente, abstraindo dos outros textos que lhe dão vitalidade, condicionando-o no tempo (vigência, retroatividade ou não), no espaço (território, regras de DIP), na interpretação, etc...

É essa a diretriz normal e justa, que atende à finalidade da ordem e à justiça para o caso, acatando e respeitando a *outra* lei que se julgou mais apta a decidí-lo.

Afastando-se, não considerando a outra lei em seu todo, o juiz do fôro *altera-a, modifica-a, cria êle próprio* “uma terceira lei” que não é mais a “outra lei” pois cada legis-

42. H. VALLADÃO, *A Devolução cit.*, e *Rev. Dir.*, v. 96; *Estudos*, 1948, 132, 181 e 460/I, Delta Larousse, DIP., n.º VIII; *A Lei de Intr. ao Código Civil in Rev. Jur.* (Fac. Nac. Dir.) 17-219; *Ann. de l'Inst.*, 1957, v. 47, II, págs. 89/92 e 1961, v. 49, II, págs. 316/318).

lação, cada direito, é *um sistema*, vivendo cada texto, cada lei, em função de outros, genéricos ou específicos que o delimitam substancial, temporal e espacialmente.

Ademais a *referência*, a devolução, a *outra lei*, é a *vocação própria da norma de DIP.*, e, pois, o juiz do fôro indo à lei estrangeira em cumprimento à lei do fôro, deverá acatar a referência que ela faça, também, a outra lei. É raciocínio normal, em desenvolvimento espontâneo da norma inicial do fôro para que seja atingida a respectiva finalidade.

Proibí-la e, absolutamente, qual fêz o art. 16 da L. Intr. levará, ainda, às mais bradantes injustiças⁴³, como se poderá ver nos exemplos seguintes: cumprindo aquêle art. 16, o juiz brasileiro para apreciar a validade substancial de um casamento de pessoas domiciliadas em Portugal, na Metrópole ou no ultra-mar, deverá aplicar a lei do domicílio (art. 7.^a L. I.), a lei de Portugal “sem considerar qualquer remissão por esta feita a outra lei”, e, assim, *apenas os arts. sôbre casamento do Código Civil de Portugal*, embora o direito português *mandasse aplicar, para a espécie, e tivesse mesmo sido aplicado*, o direito canônico se católicos, o direito tribal se indígenas, o direito brasileiro se brasileiros⁴⁴.

Os argumentos contrários à devolução, enunciados, emocionalmente, nos fins do Século XIX e repetidos na Europa até a década dos trinta, no Brasil ainda agora, já estão ultrapassados, qual se pode ver de qualquer artigo ou livro atualizado.

43. Com acêrto VERPLAETSE pergunta referindo-se ao art. 30 dos D.L.G. do código italiano e aos que o copiaram se “these provisions are not the Procrustean bed of justice” (*Revue Hellenique*, 1955, p. 157).

44. O insigne e saudoso Professor RABEL imaginando também um caso de devolução irrecusável chegou a dizer que “The unsound rejection of renvoi in article 16 were relaxed to permit further reference from Cuban to German Law”, que “a errônea regeição do reenvio pelo artigo 16 se afrouxava para permitir referência posterior da lei cubana à lei alemã” (IV, p. 518).

As objeções contrárias à devolução têm uma característica comum: consideram o problema em abstrato, no vácuo, fora da terra, e num logicismo formal já inadmissível no campo jurídico ⁴⁵.

Assim é *irreal* dizer que o juiz do fôro seguindo a devolução — a remissão — estabelecida pela lei estrangeira, arria a bandeira da soberania nacional frente à estrangeira, pois o juiz do fôro está, simplesmente cumprindo a regra do fôro que o mandou aplicar a lei estrangeira, e tanto não abdica êle da soberania nacional ao aplicar a lei sucessória estrangeira quanto ao aplicar a lei da remissão estrangeira, e muito menos o que seria paradoxal, *ofenderia o juiz brasileiro à soberania brasileira* se tendo que aplicar a lei do domicílio para a sucessão dum brasileiro domiciliado em Portugal, aceitasse a devolução do direito *português e applicasse a lei nacional, no caso a lei brasileira*.

Assim as distinções que se pretende fazer na expressão “lei estrangeira”, usada pela regra de DIP do fôro, para limitá-la às leis estrangeiras “internas” e não às “leis estrangeiras internacionais” que seriam as de DIP, estrangeiro — são imaginárias, não correspondem ao direito vivo, positivo, pois, não só em sua absoluta maioria as regras de DIP são “internas”, como o juiz de um país, nacional ou estrangeiro, ao resolver em concreto uma questão, p. ex., de sucessões, não aplica exclusivamente o artigo de sua *lei sucessória* mas *todos* que c delimitam, alterando-o, revogando-o, restringindo-o, temporal ou espacialmente, etc. ⁴⁶.

Assim, também, só no vácuo, fora de tempo e espaço, se verificará o chamado “circulus inextricabilis”, o gabinete de espelhos, de o DIP do fôro remeter ao de outro Estado

45. Exposição e crítica in H. VALLADÃO, *A Devolução e Rev. Dir.*, vol. 96, e nos autores modernos, já citados.

46. As distinções, “civil”, “comercial”. “penal”, “processual”, são puramente acadêmicos. O direito positivo, aplicado pelos tribunais é um todo, um sistema.

e êste ao primeiro, e, assim, infinitamente, pois, no *caso concreto, um juiz de determinado país está apreciando certa espécie em certo local e tempo e sua lei o remete para decisão do caso à lei doutro país, e esta lei dará a solução definitiva*, pois tem o domínio do caso⁴⁷. Não se trata de ficar no ar, comparando, de cima, fora da vida, as duas leis divergentes de DIP. Constitui o argumento num êrro de posição, já usado pelos sofistas gregos⁴⁸, desfeitos ao primeiro contato da realidade, qual a derrota de Achilles na corrida com a tartaruga, etc.

Assim, finalmente, é equívoco afirmar que, apesar da devolução, o conflito perdurará, supondo-se, fora dos fatos, dois juizes, dois foros, decidindo ao mesmo tempo a mesma questão, sem ponderar que, normalmente um decide antes, e que essa sentença terá melhor acolhida no outro, se aplicou a lei dêste, e, em geral, pelo princípio corrente do respeito ao direito adquirido no estrangeiro (vide Anteprojeto de Lei Geral, art. 78).

11. Concluindo, os conflitos de normas de DIP, devem ser resolvidos como se resolvem os conflitos de leis civis, comerciais, processuais, etc..

47 LOUIS LUCAS in *Revue*, 1964, 14, diz que êle fica com o "monopole" do caso, e PHILONENKO com "le pouvoir de commandement" (CLUNET, 1952/184, nota (1)).

48. H. VALLADÃO, *A Devolução, cit.*, p. 66. Também na mecânica os princípios abstratos p. ex., da inércia, de que a tôda reação corresponde uma reação àquela contrária, só funcionam plenamente no vácuo; na realidade o atrito, a fôrça da gravidade impedem o seu funcionamento. Vide, a seguir, o excelente trabalho de COWAN, *Renvoi does not involve a logical fallacy* in 87 *Univ. of Pensilv. L. Review* (1938) 34 e ss.

São conflitos da mesma natureza, no fundo e na realidade, sempre conflitos entre a lei do fôro e a lei estranha.

E devem ser solucionados todos, sem idéias *a priori*, de excessivo rigor lógico, mas com justiça, eqüidade, sem prevenções discriminatórias contra o DIP estrangeiro, no espírito de harmonia que é o padrão do DIP ^{48A}.

48A. O Inst. Dr. Int. em sua 52.º Sessão, de Varsóvia, 1965, não aprovou o relatório do Prof. MARIDAKIS na 23.º Comissão, contrário à devolução; aceitou proposta que redigimos com os Profs. WENGLER e MIAJA DE LA MUELA com a adesão de DE NOVA e BATIFFOL de dissolver aquela Comissão e criar outra, nova, encarregada dos problemas relativos à “prise en consideration des règles de conflits étrangers”, isto é dos casos em que se deverá aplicar o DIP estrangeiro, em geral, quer no conflito positivo, com a renúncia ou princípio da maior proximidade, quer no conflito negativo com a devolução do 1.º ou 2.º grau. É a vitória da orientação que defendemos desde 1929, *A Devolução*. e consagramos no *Anteprojeto da Lei Geral*, arts. 76 e 77; v. págs. 3/4, 9 e 18 do presente trabalho, do estudo e resolução conjunta e analógica dos dois problemas.

Das Verfassungsgericht in der Bundesrepublik Deutschland und die richterliche Beurteilung der Politik.

Dr. Gerhard Leibholz

Richter des Bundesverfassungsgerichts und
Professor der Rechte an der Universität
Göttingen

Das Bundesverfassungsgericht ist ein selbständiger Gerichtshof, der mit allen Garantien richterlicher Unabhängigkeit ausgestattet ist und eine rechtsprechende Tätigkeit im materiellen Sinne entfaltet. Das Bundesverfassungsgericht ist zur Rechtsverwirklichung aufgerufen; seine Entscheidungen sind, wie schon der Abgeordnete von Merkatz in den Beratungen im Bundestag bemerkt hat, "echte richterliche Entscheidungen, bei denen nicht etwa gefunden wird, was im Grundgesetz nicht enthalten ist, sondern bei denen das, was als Gehalt des Willens des Gesetzgebers tatsächlich schon vorentschieden vorhanden ist, gefunden" wird. Der ermittelte Gehalt der verfassungsrechtlichen Normen verdeutlicht daher nur bestehendes Verfassungsrecht. Dieses wird sozusagen zu Ende gedacht. Soweit Recht daher vom Bundesverfassungsrecht festgestellt wird, hat es den Charakter von Gerechtigkeit und Vernunft verkörperndem standing law (und nicht von judge-made law).

Insoweit das Bundesverfassungsgericht in diesem Sinne als Gericht tätig wird und über das verfassungsmässige Zusammenspiel der Verfassungsorgane in Bund und Ländern wacht und dafür Sorge trägt, dass die staatlichen Funktionsträger die verfassungsmässig geschützten Grund-

rechte respektieren, und die Existenz der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung schützt, ist das Gericht der "Oberste Hüter der Verfassung". Die Verwendung gerade dieses Begriffes ist legitim, weil unter ihm das Organ zu verstehen ist, das mit letzter rechtlicher Verbindlichkeit für Volk und Staat die ihm durch das Grundgesetz zur Beurteilung zugewiesenen Rechtsstreitigkeiten und Meinungsverschiedenheiten zu entscheiden hat. Auch andere Organe mögen bei der Ausübung ihrer verfassungsmässigen Funktionen für sich in Anspruch nehmen, Hüter der Verfassung zu sein. Oberster Hüter der Verfassung ist verfassungsrechtlich gesehen — wenn angerufen — jedoch allein das Bundesverfassungsgericht.

Das Bundesverfassungsgericht unter scheidet sich jedoch in seinem Charakter wie seiner Bedeutung von der ordentlichen Gerichtsbarkeit dadurch, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit zugleich in den Bereich des Politischen hineinragt. Schon unter der Weimarer Verfassung hat der Staatsgerichtshof des Deutschen Reiches bemerkt, dass "in Hintergrund jedes Verfassungsstreites eine politische Frage steht, die geeignet ist, sich zur Machtfrage auszuwachsen". Tatsächlich kann nicht bestritten werden, dass die der Verfassungsgerichtsbarkeit unterworfenen Fragen politische Fragen berühren und dass die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wie jedes Verfassungsgericht unter Umständen ausserordentlich weitreichende politische Folgen haben und das politische Kräftespiel massgeblich verändern können.

Dieses Hineinragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Bereich des Politischen ergibt sich daraus, dass diese Gerichtsbarkeit im Gegensatz-etwa zur der Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit es mit einer besonderen Art von Rechtsstreitigkeiten, nämlich den politischen Rechtsstreitigkeiten, zu tun hat. Das Verfassungsrecht unterscheidet sich in seinem Wesen von dem Zivil-, Straf-, Arbeits- und Verwaltungsrecht dadurch, dass im Bereich des Verfassungsrechts das Politische selbst inhaltlich den Charakter der

rechtlichen Norm bestimmt. Verfassungsrecht (ebenso wie im übrigen auch Völkerrecht) ist im spezifischen Sinne des Wortes politisches Recht. Wird aber über politisches Recht vor einem Verfassungsgericht gestritten, so wird das Politische selbst in der Form des politischen Rechts zum Gegenstand der richterlichen Beurteilung gemacht. Diese ergreift die der Entscheidung zugrunde zu liegende politische Rechtsnorm (Verfassungsnorm) wie die zu prüfende Norm, die den eigentlichen Gegenstand des verfassungsgerichtlichen Verfahrens bildet.

Damit wird zugleich der besondere Charakter oder, wenn man will, die besondere Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit deutlich. In seiner idealtypischen Struktur besteht nämlich zwischen dem Wesen des Politischen und dem Wesen des Rechtes ein innerer, letzten Endes nicht auflösbarer Widerspruch. Dieser lässt sich darauf zurückführen, dass das Politische seinem Wesen nach in der dynamisch irrationalen Sphäre verhaftet ist und sich den sich dauernd verändernden Lebensverhältnissen anzupassen sucht, während umgekehrt das Recht in seiner grundsätzlichen Wesensstruktur etwas statisch Rationales ist, das die im politischen Bereich nach Ausdruck ringenden vitalen Kräfte zu bändigen sucht.

Dieser latente Konflikt zwischen dem in ständiger Bewegung befindlichen Politischen und dem vorzugsweise in Ruhe verharrenden Recht, oder anders ausgedrückt, der Konflikt zwischen Existentialität und Normativität, oder, in einem weiteren Sinne, der Konflikt zwischen Natur und sittlicher Vernunft, ist es, der, wie dem Verfassungsrecht, so auch der Verfassungsgerichtsbarkeit das dieser eigene Gepräge gibt.

Dieses Spannungsverhältnis findet in der Verfassungsgerichtsbarkeit in vielfältigen Formen seinen Ausdruck. Es erklärt z.B. warum politische Instanzen, die das soziale Leben schöpferisch gestalten wollen, nicht selten der am Rechtswert ausgerichteten justizförmigen Verfassungskontrolle kritisch, wenn nicht gar ablehnend gegenüberstehen,

weil sie nicht einzusehen vermögen, dass politische, intentionsmässig am bonum commune ausgerichtete Zielsetzungen deshalb nicht verwirklicht werden können, weil sie einer Verfassungsnorm widerstreiten. Dieses Spannungsverhältnis erklärt ferner, warum das Verfassungsrecht in einem erheblich grösseren Ausmass als dies etwa im Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht der Fall ist, rechtliche Allgemeinbegriffe von hochgradiger Abstraktheit verwendet, die jedenfalls im Wortlaut zunächst gehaltsarm zu sein scheinen.

Ebenso ergeben sich aus dem angedeuteten Spannungsverhältnis Besonderheiten des Verfassungsprozesses gegenüber etwa dem Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozess. Denn wenn das Recht, das der Verfassungsrichter zur Anwendung zu bringen hat, das Politische selbst zum Gegenstande hat, so dürfen dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht nicht zu enge Schranken auferlegt werden. Deshalb ist der Prozess vor dem Bundesverfassungsgericht kein Parteienstreit wie im Zivilprozess. Deshalb beruht das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht auf der *Offizialmaxime* und ist es Pflicht des Gerichts, die objektive Wahrheit zu erforschen. Deshalb muss das Bundesverfassungsgericht gegebenenfalls auch über die Beweisanträge der Parteien hinausgehen und bei der Frage der Gültigkeit eines Gesetzes dieses auf alle möglichen Gesichtspunkte prüfen, selbst wenn auf die einzelnen zu prüfenden Gesichtspunkte von seiten der Parteien nicht ausdrücklich hingewiesen worden ist. Aus dem gleichen Grunde ist es nur dann dem Bundesverfassungsgericht gestattet, die tatsächlichen Feststellungen eines rechtskräftigen Urteils seiner eigenen Entscheidung zugrunde zu legen, wenn das Urteil in einem Verfahren ergangen ist, in dem die Wahrheit von Amts wegen zu erforschen war, und kann das Gericht sogar (allerdings nur mit einer erhöhten Mehrheit) die Schweigepflicht eines Zeugen oder Sachverständigen aufheben. Deshalb ergehen die Urteile des Bundesverfassungsgerichts in der überwiegenden Regel auch in der Form eines Feststellungs- und nicht eines Leistungsur-

teils und haben die Entscheidungen eines solchen Gerichts meist eine über die Entscheidung des konkreten Falles hinausgehende, in die Zukunft weisende, rechtlich die Allgemeinheit und damit den Staat als Ganzes verpflichtende Bedeutung. Die Zivilprozessmaxime von der beschränkten Rechtskraftwirkung des das Verfahren abschliessenden Urteils gilt nicht für das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht.

Es gehört zu den "basic principles" der Verfassungsrechtsprechung, dass im Gegensatz zu den politischen Rechtsstreitigkeiten rein politische Streitigkeiten einer solchen Gerichtsbarkeit nicht unterstellt sind. Die vom Supreme Court in den Vereinigten Staaten entwickelte "political clause" Doktrin, mit deren Hilfe dieser Gerichtshof Rechtsfragen von politischer Bedeutung häufig mitentscheidet, ist vom Blickpunkt des kontinental-europäischen Juristen nicht ohne Vorbehalte annehmbar, weil sie der grundlegenden Unterscheidung zwischen den politischen Rechtsstreitigkeiten, die einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterstellt werden können, und solchen, bei denen diese Voraussetzung entfällt, weil sie rein politischer Art sind, nicht gebührend Rechnung trägt. Politische Streitigkeiten sind im Gegensatz zu den politischen Rechtsstreitigkeiten Streitigkeiten, die nach Rechtsregeln deshalb nicht entschieden werden können, weil es sich bei der Frage der Schaffung neuen Rechtes "um Streit um das Recht und nicht nach dem Recht" handelt. Solche Fragen können durch ihre etwaige justizmässige Behandlung ihres politischen Charakters nicht entkleidet werden. Ihre Beurteilung durch die Justiz kann derselben nur zum Schaden gereichen, ohne der Politik einen Gewinn zu bringen.

Nicht von Belang ist dagegen, ob ein politischer Rechtsstreit politische oder gar hochpolitische Wirkungen hat, da — wie gezeigt — eine hochpolitische Frage Gegenstand einer rechtlichen Regelung und damit der Beurteilung eines Verfassungsgerichts unterstellt sein kann. Unerheblich ist auch, ob ein echter Verfassungsstreit unter einem anderen

Blickpunkt möglicherweise als ein rein politischer Streit betrachtet werden kann. Entscheidend bleibt allein, ob der der Kognition des Gerichts unterstellte Streit an Hand einer inhaltlich näher bestimmbaren Norm einer rechtlich vernünftigen Lösung entgegengeführt werden kann.

Charakteristisch für die Verfassungsrechtsprechung ist, dass in der Regel das Gericht zwei Normen mit verschiedenem Geltungsanspruch miteinander zu vergleichen und bei einer etwaigen Unvereinbarkeit der niederen die Geltungskraft gegenüber der höheren Norm zu versagen hat. Aber auch die Tätigkeit des ordentlichen Richters beschränkt sich nicht darauf, lediglich bestimmte Sachverhalte unter die bestehenden Rechtsregeln zu subsumieren. Der Satz Montesquieus, dass die Richter nur der Mund seien, der die Gesetzes des Staates spreche, leblose Wesen, die weder seine Stärke noch seine Härte zu mildern vermögen, kann nicht einmal unumschränkte Geltung für die frühere Zeit der grossen Kodifikationen, geschweige denn für die Gegenwart beanspruchen. Immer ist es Aufgabe des Richters gewesen, zugleich Zweifel und Meinungsverschiedenheiten über Inhalt und Tragweite von gesetzlichen Normen zu beheben. Ob ein Richter aber bei Streitigkeiten, Zweifeln, oder Meinungsverschiedenheiten eines Verfassungsgesetzes oder eines anderen Gesetzes rechtsgestaltend zu beheben hat, ist nicht von Belang. Die Wertungen, die ein Verfassungsrichter bei der Urteilsfindung von denen des ordentlichen Richters nur dadurch, dass die ersteren gegenständlich an den in der Verfassung enthaltenen politischen Rechtsentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers, die letzteren dagegen an denen des in concreto auszulegenden Zivil-, Straf- oder Verwaltungsgesetzes orientiert sind.

Diese Verschiedenheit rechtfertigt nicht, politisches Recht und Politik miteinander zu identifizieren, d.h. Verfassungsvorschriften, soweit sie nicht in ihrem Wortlaut über jeden Zweifel erhaben sind, zu politischen Entscheidungen zu stempeln und Verfassungsrechtsstreitigkeiten in rein politische Streitigkeiten umzudeuten. Ein solcher

Schluss ergibt sich insbesondere auch nicht aus der behaupteten, besonderen "sachlogischen Struktur" und dem formal rationalen Legalitätscharakter der Verfassung, der heute wie in den zwanziger Jahren von den Gegnern der Verfassungsgerichtsbarkeit ins Feld geführt wird, um mit Hilfe einer *petitio principii* zunächst die auslegungsbedürftigen verfassungsrechtlichen Normen ihres rechtlichen Gehaltes zu entkleiden und sodann diese der verfassungsrechtlichen Kontrolle überhaupt zu entziehen.

Auch dass der Verfassungsrichter den einzelnen Verfassungssatz, zu dessen Auslegung er berufen ist, in die Wirklichkeit hineinzustellen hat, unterscheidet seine Tätigkeit nicht grundsätzlich von der Tätigkeit des ordentlichen Richters. Im Bereich des Verfassungsrechts als politischen Rechtes ist der Verfassungsrichter geradezu gezwungen, die Norm auf die politische Wirklichkeit zu beziehen. Ein Verfassungsgericht kann einfach nicht sich der politischen Lebensordnung gegenüber, in die seine Entscheidungsregulierend eingreifen soll, unbeteiligt verhalten. Es wäre eine Illusion und darüber hinaus ein unzulässiger formalistischer Positivismus, zu vermeinen, dass es im Bereich des Verfassungsrechtes möglich oder auch nur erlaubt wäre, etwa eine Norm, wie den Gleichheitssatz, oder institutionelle Garantien oder allgemeine Verfassungsprinzipien, wie z.B. das Rechtsstaatsprinzip, in irgendeiner Form zur Anwendung zu bringen, ohne zugleich den Versuch zu unternehmen, diese zu der politischen Wirklichkeit in eine sinnvolle Beziehung zu setzen.

Vielmehr gehört es geradezu zu den Pflichten eines Verfassungsgerichtes, die politischen Folgen seiner Entscheidungen in den Bereich seiner Erwägungen mit einzubeziehen, wenn es sich darum handelt, der Interpretation bedürftige Bestimmungen der Verfassung juristisch richtig auszulegen. Anders ausgedrückt, ein Verfassungsrichter, der seiner richterlichen Aufgabe gerecht werden soll, muss die verfassungsrechtlichen Normen nicht nur unter Zuhilfenahme grammatischer, logischer und historischer Regeln,

sondern auch vor allem unter systematischen Gesichtspunkten richtig würdigen; d.h. er muss die Verfassung als ein einheitliches Sinngefüge begreifen und das von der Verfassung gewollte Sinnsystem als systematisches Ganzes vor Augen haben, dessen Aufrechterhaltung seine Entscheidung gilt. Er muss dabei in den Kreis seiner Erwägungen jene Rechtsauffassung einbeziehen, die der in der Verfassung getroffenen politischen Rechtsentscheidung in Folge und Wertung am ehesten gerecht wird.

Gerade weil der Verfassungsrichter diese besonderen zusätzlichen Aufgaben hat, muss er mehr als der ordentliche Richter auch etwas vom Wesen des Politischen und den das politische Leben bestimmenden sozialen Kräften verstehen. Deshalb ist ein besonderer Wahlmodus für Verfassungsrichter, der — wie z.B. der des Bonner Grundgesetzes — dieser Zielsetzung dient, grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn dieser im einzelnen, wie dies in der Bundesrepublik Deutschland der Fall ist, nur so gestaltet ist, dass er zugleich die Gewähr für die Herausstellung qualifizierter Fachkräfte gibt.

II.

Die besondere Stellung, die nach dem bisher Gesagten das Bundesverfassungsgericht als der Oberste Hüter der Verfassung gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit einnimmt, zeigt sich noch in einer anderen Richtung.

Das Bundesverfassungsgericht bewegt sich bei der Ausübung seiner rechtsprechenden Tätigkeit innerhalb des Verfassungsrechtskreises, d.h. jenes Rechtskreises, in dem der Staat zugleich sein spezifisches Wesen bestimmt und sich zur Einheit konstituiert. Seine Rechtsprechung wirkt zugleich gestaltend, bewahrend und regulierend auf das Verfassungsleben und machtvorteilend und machtbegrenzend auf die anderen Verfassungsorgane ein. Wie der frühere Präsident des italienischen Verfassungsgerichtsho-

fes, Azzariti, einmal bemerkt hat: Der Verfassungsgerichtshof “übt Funktionen aus, die mässigend und antreibend auf die gesetzgeberische und verwaltende Tätigkeit des Staates wirken; sie haben nicht so sehr repressiven, Sanktionen verhängenden Charakter; es handelt sich vielmehr um echtes Zusammenwirken mit der gesetzgebenden, vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt”. Durch diese durch das Recht geforderte und inhaltlich bestimmte, gewaltenhemmende Funktion, die das Bundesverfassungsgericht ausübt, ist dieses in eine grundsätzlich andere Ebene wie die ordentlichen Gerichte gerückt. Seine Stellung unterscheidet sich — pointiert formuliert — von der der ordentlichen Gerichte dadurch, dass seine Entscheidungen dadadurch, dass sie sich am Rechtswert orientieren, zugleich dem politischen Integrationswert dienen.

Diese Doppelfunktion des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich deutlich in dem bereits erwähnten besonderen Charakter der Streitigkeiten, die das Bundesverfassungsgericht nach dem Grundgesetz und dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz zu entscheiden hat.

Wenn das Bundesverfassungsgericht dazu berufen ist, im Rahmen der ihm durch das Grundgesetz zugewiesenen Zuständigkeiten durch seine Rechtsprechung zugleich an der Ausübung der “obersten Staatsgewalt” teilzunehmen, und wenn das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der allgemeinen Kontrolle heute aus dem vom Grundgesetz normierten System der Trennungen und Verbindungen, der Machtverteilungen und Machtbegrenzungen nicht mehr wegzudenken ist, so wird verständlich, warum der erstmalig im Statusbericht des Bundesverfassungsgericht mit Nachdruck hervorgehobene Charakter desselben (ebenso wie der Verfassungsgerichte der Länder) als eines Verfassungsorgans heute in Theorie und Praxis nicht mehr ernsthaft bestritten wird.

Verfassungsorgane (oder unmittelbare Staatsorgane im Sinne der Terminologie von Georg Jellinek) sind jene mit besonderer Autorität begabten Organe, deren Entstehen,

Bestehen und verfassungsmässige Tätigkeit erst recht eigentlich den Staat konstituieren und seine Einheit sichern. Die Qualifizierung eines Organs als eines Verfassungsorgans hängt damit von der Stellung ab, die dieses im Rahmen der Gesamtverfassung einnimmt und weniger von der Art und Weise, welche Tätigkeit von diesem in concreto wahrgenommen wird.

Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz legt daher das Grundgesetz richtig aus, wenn es die Verfassungsorganqualität des Bundesverfassungsgerichts voraussetzt, indem es das Bundesverfassungsgericht allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber für selbständig und unabhängig erklärt. Im Rahmen der allgemeinen verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung stehen Verfassungsorgane nicht in einem hierarchischen Verhältnis der Über- und Unterordnung, sondern im Verhältnis der Koordination zueinander. Daher hatte der Abgeordnete Laforet seinerzeit mit Recht bemerkt, dass das Bundesverfassungsgericht "ein Verfassungsorgan in der Reihe der durch das Grundgesetz geschaffenen Verfassungsorgane: Bundestag, Bundesrat, Bundespräsident, Bundesregierung, ist" Das Bundesverfassungsgericht hat einen eigenen verfassungsrechtlichen Status; dieser steht an Bedeutung dem des Bundestages, des Bundesrates, des Bundespräsidenten und der Bundesregierung verfassungsrechtlich nicht nach.

Damit ist zugleich klargestellt, dass das Grundgesetz im Prinzip nicht die Suprematie des Bundesverfassungsgerichts gegenüber anderen Verfassungsorganen und damit die Herrschaft der "noblesse de robe" begründet hat. Eine solche zentrale Stellung im Rahmen der Gesamtverfassung kann das Bundesverfassungsgericht schon deshalb nicht einnehmen, weil es überhaupt nur auf Anstoss von aussen — also nicht von Amts wegen — tätig wird und weil es ausserdem vor allem nur eine kontrollierende und hemmende Funktion ausübt und sich primär darauf beschränkt, potentiell verfassungswidrige Zustände zu beseitigen. Der

Verfassungsgerichtsbarkeit widerstreitet es, die “suprema potestas” für sich in Anspruch zu nehmen.

Nur so wird auch verständlich, warum das Bundesverfassungsgericht, — wie im übrigen jedes Verfassungsgericht — als Verfassungsorgan und oberster Hüter der Verfassung die artbestimmenden Tendenzen des modernen Staates bei der Ausübung seiner Funktionen zu respektieren hat. Wie z.B. Mr. Justice Stone einmal bemerkt hat: “The only check upon our own exercise of power is our own sense of self restraint.” Dies ist auch der Grund, warum die zur Gesetzgebung berufenen verfassungsmässigen Instanzen bei ihren freien Ermessensentscheidungen auch berechtigt sind, “the benefit of doubt” für sich in Anspruch zu nehmen und die Verfassungsgerichte und damit auch das Bundesverfassungsgericht solche Entscheidungen nicht etwa daraufhin überprüfen dürfen, ob die gesetzgebenden Instanzen von ihrem freien Ermessen einen politisch weisen Gebrauch gemacht haben. Ein politisch neutrales Verfassungsgericht wie das Bundesverfassungsgericht kann solche Entscheidungen des Gesetzgebers nicht unter Zweckmässigkeitsgesichtspunkten nachprüfen; es hat insbesondere nicht seine politisch sachlichen Erwägungen an die Stelle der zur Gesetzgebung berufenen Instanzen zu setzen. Lediglich, wenn freies Ermessen von den gesetzgebenden Instanzen offenbar nicht sachgerecht, d.h. missbräuchlich gehandhabt wird und der richterlichen Kognition unterstellte Akt als objektiv willkürlich charakterisiert werden kann, ist es Sache des Bundesverfassungsgerichts, korrigierend den verfassungsmässigen Zustand wiederherzustellen.

Diese schon im Statusbericht des Bundesverfassungsgerichts des näheren entwickelten Grundsätze sind im Laufe der Jahre zu einem integrierenden Bestandteil der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geworden.

Ihre Anwendung hat z.B. bei der Normenkontrolle zu dem Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung eines als grundgesetzwidrig angefochtenen Gesetzes geführt, d.h. zu einer Auslegungsregel, nach der bei verschiedenen

Auslegungsmöglichkeiten eines Gesetzes derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben ist, die das angefochtene Gesetz - wenn möglich - noch als mit dem Grundgesetz vereinbar erscheinen lässt. Es kann nicht, auch wenn in der Literatur gelegentlich das Gegenteil behauptet wird, an Hand der Rechtsprechungswirklichkeit dargetan werden, dass das Bundesverfassungsgericht unter Preisgabe der traditionellen Kunstregeln verfassungsrichterlicher Interpretation gesetzgeberische Funktionen usurpiert hat.

Hiermit steht nicht in Widerspruch, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Kompetenzen in einem gewissen Umfang auch Funktionen ausübt, die dem Grundgesetz nach zum Tätigkeitsbereich anderer staatlicher Organträger gehören. Wenn das Bundesverfassungsgericht z.B. eine politische Partei für verfassungswidrig erklärt, weil diese darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen, oder wenn das Bundesverfassungsgericht die gänzliche oder teilweise Verwirkung der im Grundgesetz aufgeführten Grundrechte ausspricht, weil diese im Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung missbraucht worden sind, so haben solche Urteile, auch soweit es sich um materielle Rechtsprechungsakte handelt, zugleich den Charakter hochpolitischer Regierungsakte. Wenn das Bundesverfassungsgericht in den Fällen der sog. Normenkollision über die Vereinbarkeit von bundes- und landesrechtlichen Normen mit dem Grundgesetz oder von Landesrecht mit dem Bundesrecht oder über die Frage entscheidet, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist, so hat eine solche rechtliche Entscheidung zugleich Gesetzeskraft mit der Wirkung, dass der Bundesminister der Justiz gehalten ist, die Entscheidungsformel wie ein Gesetz im Gesetzesblatt zu publizieren. Wenn das Gericht im Wege der einstweiligen Anordnung, "wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zu Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grunde zum gemeinen Wahl dringend geboten ist", etwa den Vollzug eines Ge-

setzes aussetzt oder die Anwendung eines Gesetzes der durch die Aussetzung oder das Urteil geschaffenen Lage anpasst, so wird das Gericht zugleich in einem Bereich tätig, der nicht zum spezifisch richterlichen gehört.

Aber dieses Hinübergreifen der richterlichen Tätigkeit in andere Funktionsbereiche kann nur überraschen, wenn man sich nicht gegenwärtig hält, dass schon seit langem das traditionelle Gewaltenteilungssystem in den modernen Verfassungsstaaten (auch nicht in den Vereinigten Staaten) nicht in reiner Prägung zur Anwendung gelangt. Gemeinhin ist z.B. die Regierung in einem bestimmten Umfang an der materiellen Rechtsetzung beteiligt. Umgekehrt nehmen in den modernen Verfassungsstaaten die zur Gesetzgebung berufenen politischen Körperschaften in einem nicht unerheblichen Ausmass — z.B. durch Misstrauensvoten, Interpellationen, Etatfeststellung — an Regierung und Verwaltung, sogar gelegentlich, wie die Verhältnisse in England zeigen, an der Rechtsprechung teil. Diese nicht vermeidbaren Überschneidungen im Rahmen des Gewaltenteilungssystems stellen nicht in Frage, dass im modernen Verfassungsstaat die Gerichte, auch soweit sie als Verfassungsorgane in den Prozess der staatlichen Willensbildung eingeflochten und in einem gewissen Ausmass an der Normsetzungs- und Regierungsgewalt beteiligt sind, grundsätzlich zur Rechtsprechung im materiellen Sinne berufen sind und ein echtes "Stück" im Funktionssystem der Gewaltenteilung darstellen.

Miguel Reale e a Renovação dos Estudos Jurídicos no Brasil*.

Teófilo Cavalcanti Filho

(Docente livre de Introdução à Ciência do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e membro do IBF de São Paulo).

Vinte e cinco anos formam período suficientemente prolongado ou exíguo, dependendo da perspectiva por que o contemplamos. KANT, após uma vida excepcionalmente trabalhosa, lamentava que fôsse demasiado curta para a realização da tarefa que se propusera. Os anos se medem, assim, pelo projeto humano a que correspondem. Serão suficientes ou insuficientes, serão muitos ou serão poucos, de acôrdo com o plano pessoal de cada um, que fornece a perspectiva para a sua própria avaliação. Se se pudesse encarar o tempo, como algo inteiramente independente da vida pessoal, da conjuntura humana, certamente se deveria considerar um quarto de século como algo dilatado, como uma marca avançada, que corresponde a uma geração inteira. Mas com isso, insensível e mesmo involuntariamente, já se estaria colocando um contexto humano, para comparação, a fim de dar significado à temporalidade, que jamais seria assim pura, mas sim algo que adquire expressão quando posta em cotejo com algo humano. Fala-se, com freqüência, em aceleração do tempo, em uma maior ou menor vertiginosidade no seu transcurso, mas os que a isso se referem esquecem-se de que, ao invés do tempo, do

* Parte de um livro em preparo sôbre a teoria tridimensional do direito.

transcorrer puro e simples, estão aludindo a acontecimentos humanos, a transformações humanas, a fatos que envolvem o homem, que no fundo é a marca do tempo, o senhor do acontecer, do transcorrer numa sucessão infundável. BERGSON notou que o homem espacializa o tempo, a fim de poder agir com maior eficiência e facilidade. Percebeu, todavia, apenas um aspecto, sem dúvida de grande importância, mas nada mais do que um aspecto, do fenômeno que traduz um viver total, que implica uma manifestação global do existir humano em sua radical amplitude. Ai está porque, quando se pretende analisar a obra de um homem, é antes de tudo necessário volver-se para ela própria, mas visualizando-a no seu desenvolver temporal, porque os dois aspectos se implicam, se englobam, se tornam inseparáveis. Há uma dimensão temporal, em toda obra humana, notadamente nas obras espirituais. Na essência mesma da espiritualidade, seja qual fôr a sua manifestação, existe uma nota de temporalidade, de fuga ao quantitativo, de repúdio ao espacial. Por isso, a significação de qualquer obra do gênero se mede pelo conteúdo significativo que apresenta e não pela maior ou menor duração que exigiu para ser realizada, ou pela maior ou menor soma de energia que foi necessária para moldá-la. Não obstante isso, o tempo interfere, de maneira considerável, na apreciação da importância maior ou menor que o projeto humano encerre. Mas a temporalidade, no caso, diz mais respeito à significação em si mesma da obra desenvolvida do que ao tempo que foi necessário gastar para realizá-la. A duração, em sentido de permanência atuante, de presença em sentido real, é aspecto dos mais sugestivos para demonstrar a densidade humana da obra humana.

Assim, o marco temporal de um trabalho deve servir tão somente de indicação, de advertência para a verificação daquelas condições, que traduzem e refletem a significação do trabalho espiritual. É nesse sentido, e somente nesse sentido, que nos deve preocupar o transcurso do vigésimo quinto aniversário de atividade docente do prof. REALE, que

está sendo orgulhosamente assinalado, e com tóda a razão, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O que importa, todavia, é fazer um levantamento da atividade desenvolvida pelo eminente professor nesses vinte e cinco anos, fixando a sua eventual significação.

II.

Temos para nós que nada melhor expressaria a importância real, significativa portanto, da atividade docente do ilustre Mestre, do que uma verificação exata do que ela trouxe para a mentalidade jurídica nossa, para a nossa consciência jurídica. Constitui lugar comum afirmar-se que o Mestre molda espíritos. A nosso ver, o verdadeiro Mestre não se limita a reproduzir o que a experiência das gerações anteriores lhe propiciou, mas procura impulsionar as novas gerações, aparelhando-as para a realização de uma obra que o futuro exige. A moldagem de espírito, que um refrão conhecido acentua, sòmente pode ser entendida com autenticidade dessa forma. Se se encarassem as coisas de outro modo, difficilmente a ciência progrediria. A sabedoria seria estática. A atividade intelectual não passaria de uma monótona e esteril repetição de posições já estabelecidas. O progresso, em sentido real, praticamente inexistiria. O Mestre, entretanto, é e deve ser um típico propulsor de progresso, de rasgador de horizontes, no sentido efetivo de descobridor e pregoeiro de novas perspectivas. O seu papel fundamental está nisso, em revelar novas perspectivas e indicar os meios que permitam descobri-las e ultrapassá-las em perspectivas novas, capazes de propiciar novas conquistas, novas descobertas, que representem acréscimos efetivos à cultura, entendida esta na totalidade de sua compreensão. Dizendo isso, evidentemente, estaremos também levando em conta o aspecto moral, que não se desvincula do intelectual, e estaremos apenas colocando de maneira mais particularizada e explícita o conceito de homem, no desdobramento infinito de suas possibilidades.

III.

O que se impõe portanto é fazer a indagação fundamental, concernente a saber o que a atividade docente de REALE representou em avanço, em desdobramento de novas perspectivas, em estímulo, em progresso, naquele sentido que acabamos de indicar. Terá trazido algo de novo, algo de anteriormente inexistente, algo que importasse em mudança na maneira até então dominante de encarar o direito, de compreender a realidade jurídica?

Pensamos encontrar-nos em situação privilegiada para dar, a tal respeito, o nosso testemunho. E com êle, para proceder a um levantamento cuidadoso da repercussão do trabalho desenvolvido pelo incansável autor da *Teoria do Direito e do Estado*.

Integramos a turma que, em 1944, seria das primeiras a receber as lições orais do novo catedrático de Filosofia do Direito. Assumira êle a regência da Cadeira a 15 de maio de 1941, mas pouco tempo depois iria interromper a atividade docente em virtude de nomeação para membro do Departamento Administrativo do Estado, cujas funções passaria a exercer, a partir de 14 de janeiro de 1942.

Ascendera à Cátedra, após concurso que alcançara a maior repercussão, com uma tese hoje rara, *Fundamentos do Direito*, na qual ventilava idéias geralmente desconhecidas em nossos meios jurídicos e mesmo filosóficos.

As provas do concurso, notadamente as de arguição, a que tivemos a ventura de assistir, e de cujas passagens fundamentais conservamos ainda hoje na memória trechos bastante sugestivos, deixaram a impressão, no espírito do adolescente de então, despreparado, obviamente, para avaliar com exatidão as objeções e as respostas, de uma colidência frontal de mentalidades e de idéias. De um lado, alguns mestres, de provecta competência e de grande conhecimento, mas aferrados a posições tradicionais; e de outro, o candidato, revelando grande poder de argumentação e

serenidade, procurando ventilar idéias novas, colhidas em correntes de pensamento que não haviam encontrado ainda boa acolhida sob as Arcadas.

Temos ainda bem presente a radical divergência que se estabeleceu entre um argüente, por sinal professor de outra Faculdade,¹ e o candidato. A memória reteve a passagem, mais por causa do aspecto físico do examinador, que ao falar lançava uma longa cabeleira sôbre os olhos, do que pròpriamente pelo dialogo, que só posteriormente haveria de se nos tornar sensível, demonstrando um choque de posições que de certo modo traduzia um conflito mais amplo, existente entre os vários juristas brasileiros. O argüente não podia, e o confessava sem rebuços, conceber a separação entre o mundo do ser e o do dever ser, e menos ainda a possibilidade de uma conciliação entre ambos, numa esfera nova, como a que apregoava o argüido, em seu ensaio, onde as idéias culturalistas tinham ampla repercussão. O ponto que suscitou divergência ainda maior foi o capítulo conclusivo da tese, intitulado *Fato, Valor e Norma*², onde já se enunciava, embora de forma ainda imprecisa, talvez mesmo vacilante, o tridimensionalismo, que haveria de celebrizar o seu autor e torná-lo um dos nossos mais influentes juristas. A rigor, nesse diálogo, transparecia o choque a que acima aludimos, de maneira mais flagrante, entre as posições até então predominantes, e a posição nova, que indicava novos rumos para o pensamento jurídico universal e que já empolgava as novas gerações de juristas europeus.

Os demais integrantes da banca examinadora, exceção aberta para dois únicos, os profs. HAHNEMANN GUIMARÃES e MARIO MAZAGÃO, se encontravam em situação idêntica, isto é, de divergência radical com o candidato. A divergência, que é normal no campo das idéias, e até mesmo útil para o intercâmbio espiritual, no caso assumia características especiais, isto é, de inconciliabilidade flagrante, dadas as po-

1. Trata-se do Prof. EDGARD SANCHES, da Bahia.

2. MIGUEL REALE, *Fundamentos do Direito*, Capítulo VIII, São Paulo, 1940.

sições previamente estabelecidas. Forçoso é reconhecer que os profs. MARIO MAZAGÃO e HAHNEMANN GUIMARÃES mantinham divergências, mas nem por isso se mostravam insensíveis aos novos princípios. Mesmo assim, ao que tudo indica, só o segundo manifestou simpatia, embora de modo restrito, para a mensagem que o livro oferecia à mentalidade jurídica brasileira. O primeiro, dada a familiaridade que mantinha com a filosofia hegeliana, tinha condições mais do que suficientes para uma apreciação simpática da obra, mas não condescendia com as conclusões que apregoava.

O que importa porém ressaltar, nesse levantamento que estamos realizando, é essa circunstância da maior importância, que se revelara no concurso de 1940. No debate que se travou, entravam em choque duas posições, fixando-se de um lado a que procurava manter-se e de outro a que procurava impor-se, em substituição à primeira.

Esse ponto, aliás, foi já na época salientado por um arguto analista de nossas idéias, TRISTÃO DE ATAÍDE, o qual, em nota crítica que então publicou, reconheceu que *Fundamentos do Direito* trazia uma contribuição inestimável para a renovação dos estudos jurídicos no país.

Examinado êsse livro, à altura em que hoje nos encontramos, nenhuma dúvida há de que vale sobretudo pelo que prometia de novo. A uma leitura atual, entretanto revela, a cada página, a cada passo mesmo, uma notável inquietação, uma insatisfação irrequieta por tudo o que se oferecia, valendo também pelo que negava, pelo que procurava destruir. Com argúcia admirável, punha à mostra as falhas das doutrinas então em voga, as incertezas e incongruências, num esforço vigoroso para abrir caminho e identificar o caminho certo, que conduziria ao mistério da realidade jurídica. E de fato, numa verdadeira clarinada, ouve-se, no final, a sinfonia tridimensionalista, que é antes enunciada do que delineada, e mesmo no que diz, fica apenas num esboço, que será completado, alargado, modificado, através de vinte e cinco anos de trabalho ininterrupto.

Certo, os alicerces aí já se encontram, mas êles próprios seriam depois robustecidos com seiva nova, oriundos especialmente do hegelianismo, do historicismo, e da fenomenologia.

IV.

Permita-se-nos uma pausa, para reexame, embora ligeiro. *Fundamentos do Direito* ocupa uma posição singular, na obra de REALE, posição que somente pode ser exatamente compreendida através de um exame retrospectivo da sua obra anterior. Através de uma contemplação dessa natureza, *Teoria do Direito e do Estado*, que apareceu quase concomitantemente³, é que é uma obra que marca um ciclo evolutivo no pensamento do autor. É o trabalho conclusivo de estudos e ensaios árduamente empreendidos, a partir de *O Estado Moderno*, alcançando momento culminante em *Atualidades de um Mundo Antigo*. Tôda a elaboração doutrinária, que corre através das obras referidas, bem como de numerosos ensaios, esparsos por revistas e jornais, encontrava a sua formulação definitiva na *Teoria do Direito e do Estado*, que principalmente depois dos retoques recebidos, em 1959, continua a ser um dos trabalhos mais bem construídos do autor.

Seria difícil, ou mesmo impossível, conceber-se *Fundamentos do Direito* sem essa elaboração anterior. Sobre-tudo, sem a meditação dos temas relativos à Teoria do Direito e à Teoria do Estado, à História, à Cultura, ao Homem, à Concepção do Mundo, que se refletem em tôdas as obras enunciadas. Seria impossível ao autor ter a visão da realidade jurídica, que enuncia na sua tese de 1940, sem o estudo e a reflexão pessoal da massa enorme de material doutrinário acumulado nos livros anteriores. Mas é indiscutível que *Fundamentos* reponta, com originalidade, não

3. MIGUEL REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, edição de 1940, Editora Martins. A 2.^a edição, da mesma editora, de 1959, se diferencia substancialmente da primeira.

revelando pròpriamente travamento algum, no que diz respeito à concepção e planejamento, com os trabalhos antecedentes. De certa forma, porém, apresenta um reexame do material acumulado, para servir de base a uma idéia antes não surpreendida. É todavia indiscutível que flui, através de todos os indicados trabalhos, a mesma concepção fundamental, numa admirável coerência especulativa. O que há é que *Fundamentos* de repente, surge a indicar um rumo novo, que claramente não fôra ainda esboçado, embora a uma análise retrospectiva se sinta que guarda afinidade lógica indiscutível com todo o material anterior. Poder-se-ia mesmo afirmar que, desde o primeiro livro, numa ascensão bastante significativa, as idéias vão-se somando, num crescendo notável, e estendendo-se a novos campos. Mas a mesma concepção básica se mantém e vai penetrando novos setôres, colorindo-os expressivamente. Haja vista esta observação, que resume, através de uma posição metódica precisa, a concepção central realeana, que já se vislumbra no pórtico de *Atualidades do Mundo Antigo* — “Não é possível a ciência do homem sòmente segundo as leis de causa eficiente, a não ser que se aceite, de antemão, o principio de que o homem é um pedaço de natureza, um pedaço da sociedade, subordinado inexoravelmente às leis desta. Então a história passaria a ser uma ciência natural. Há uma ciência do Espírito e da Liberdade que aprecia os fatos e os atos segundo o dever ser; e há uma ciência da Natureza e do Determinismo que é a do mundo do ser. Elas não são antagônicas, não se excluem. Elas se completam e se influenciam reciprocamente, mas uma não pode ser reduzida à outra, como fazem os materialistas de um lado, os idealistas em campo oposto. É o vicio do unilateralismo que faz um MARX só ver a economia, ou um RATZEL só ver a geografia. Os objetivos da ciência do homem são distintos, mas a verdade integral é só aquela que tòdas conjuntamente alcançam. Seus processos são diferentes porque diferentes são as maneiras de apreciar idênticos objetivos. Ora, na história necessário é aplicar um processo integral. Em verdade

que é a história senão o estudo dos fatos fundamentais da humanidade, dos atos desenrolados no tempo e no espaço a fim de realizar aquilo que deve ser? E para realizar o que deve ser, não atua o homem no que é, não se contrapõe ao que existe? não se afirma contra ou a favor do que é? O homem se serve dos conhecimentos obtidos no determinismo do mundo objetivo para realizar os fins que a sua subjetividade livremente estabelece”⁴.

Tudo isso não foi repetido, sob roupagens várias, e a propósito de assuntos diversos, em outros trabalhos? E não deparamos a mesma inspiração fundamental em *Pluralismo e Liberdade*⁵, ou então na última edição da *Filosofia do Direito*?⁶.

Tudo isso fica claro, agora, quando se abarca, numa visão retroativa, a obra realeana inteira. Mas quem reenceite, desde os primeiros trabalhos, a marcha evolutiva que o autor descreveu, procurando “pôr entre parêntesis” o que veio depois, não poderá ter uma visão tridimensional do Direito, que surge, assim, como uma descoberta notável, enunciada em *Fundamentos*. Daí o dizermos que êsse livro, apesar de tôdas as limitações que hoje nele se reconhecem, e que o próprio autor, com aquela honestidade que o caracteriza, também não esconde, desempenha um papel decisivo na estrutura global da obra, e portanto na própria estrutura do pensamento jurídico brasileiro atual⁷.

De certo modo, portanto, trata-se de um livro que lança as bases de um novo ciclo evolutivo no pensamento do autor, aquêle que se abre para a realidade jurídica com perspectivas novas, não obstante utilizando as premissas conquistadas na fase anterior. Esta, assim, deve ser considerada uma fase preparatória. Mesmo no que diz respeito à concepção

4. *Atualidades de um mundo antigo*, Introdução, p. 14.

5. M. REALE, *Pluralismo e Liberdade*, São Paulo, 1962.

6. M. REALE, *Filosofia do Direito*, edição de 1966.

7. O Prof. REALE, mais de uma vez, nos tem dito que para reeditar os *Fundamentos do Direito* teria que praticamente escrever um novo livro.

do homem, da história, do próprio mundo, a fase que se desdobra, após *Fundamentos*, guarda peculiaridades extraordinárias, que a anterior não consegue prenunciar. Isso não quer dizer — convem repetir — que haja contradição entre ambas, ou mesmo discordâncias. Mas há diferenças fundamentais. A segunda assume características inteiramente independentes, conforme se pode ver, notadamente, em *Pluralismo e Liberdade*, que é onde o autor alcança a sua mais vigorosa expressão teórica. O mesmo se diga, no que concerne ao aspecto propriamente jurídico, em relação a *De Dignitate Jurisprudentiae* e à última edição da *Filosofia do Direito*, tendo em vista *Fundamentos* e alguns trabalhos que, de imediato, o seguiram.

V.

Mais importante, porém, do que a análise esboçada, e que outra coisa não quis indicar senão o papel que *Fundamentos* desempenhou na própria evolução do pensamento realcano, é verificar o que essa obra importou para o pensamento brasileiro, e notadamente para o pensamento que se desenvolveu sob as Arcadas.

Como já dissemos, pensamos encontrar-nos numa posição privilegiada para estabelecer comparações nesse sentido. Já fizemos alusão ao contraste que se estabeleceu no concurso de 1940, contraste êsse que teve por base as idéias ventiladas em *Fundamentos*. Pela primeira vez, provavelmente, no país, mas sem dúvida alguma, nas Arcadas, o pensamento jurídico mais atual era desdobrado aos olhos dos juristas e dos estudiosos na plenitude de suas perspectivas. Isso não quer dizer que, em outros concursos e em outras oportunidades, aspectos particulares do pensamento jurídico contemporâneo não tivessem sido, igualmente, considerados e mesmo aproveitados como fundamento para conclusões essenciais. A Faculdade do Direito, não obstan-

te sempre mal compreendida, esteve sempre aberta às idéias novas, para delas recolher o que apresentam de útil e verdadeiro. Mas nas oportunidades aludidas, por fôrça das próprias exigências de especialidades, tinham-se em vista, tão só, implicações peculiares de certas doutrinas, nas esferas especiais do Direito Civil, do Direito Comercial, do Direito Constitucional, do Direito Penal, do Processo. Uma visão de conjunto, na plenitude de suas implicações, não chegara a ser feita.

As duas cadeiras, que poderiam ensejar oportunidade para uma tarefa dessa natureza, tinham sido até então ocupadas por mestres de tendência positivista, tomista, hegelianista, e que se mantinham rigorosamente dentro dos limites de sua visão pessoal. Verdade é que JOÃO ARRUDA procurara, de certa forma, dar uma visão de conjunto das várias concepções do Direito, inclusive algumas mais modernas, mas não tivera oportunidade de chegar aos momentos fundamentais do pensamento contemporâneo. Também não era menos exato que MARIO MAZAGÃO procurara, com precisão e clareza que hoje nos causam admiração, expor as teorias hegelianas sôbre o Direito, sem esquecer as idéias kantianas, mas não tivera tempo de desvendar os mistérios do pensamento posterior, inclusive daqueles que, prendendo-se ao pensamento do autor da Fenomenologia do Espírito, haviam dado impulso decisivo à cogitação filosófico-jurídica.

Certo, VICENTE RAO, que como poucos juristas positivos é dotado de visão geral dos problemas jurídicos, fazia incursões soberbas pelos temas gerais, quando expunha a Parte Geral do Direito Civil. Mas não lhe era dado estender-se muito, nem aprofundar indevidamente as suas pesquisas. E a nossa turma, a de 1944, se vira privada inclusive dessas sugestivas indagações, que teriam sido de utilidade inestimável, em virtude de haver sido o douto jurista afastado da cátedra, quando cursávamos ainda o primeiro ano, para a ela retornar sòmente depois, no segundo ano.

A cadeira de Introdução à Ciência do Direito, essa sim, se prestaria, como se presta — e realmente está desempenhando esse papel — a indagações amplas quanto ao pensamento jurídico atual, bem como a respeito de temas fundamentais de Teoria Geral. Mas o nosso mestre de então, espírito lúcido e profundo, preferia imprimir ao curso um caráter mais de técnica jurídica, dando-lhe desenvolvimento adstrito ao direito positivo. Estava, provavelmente, convencido de que o mais importante era levar ao espírito dos alunos certos dados técnicos, que sobrelevavam em interesses à discussão ampla das teorias, com que aliás se mostrava intimamente familiarizado. Infelizmente para nós, não procurou, de viva voz, transmitir-nos o que se continha nas Leis fundamentais da evolução jurídica⁸, nem no papel do jurista na hora atual⁹. Nesses trabalhos, apesar de reduzida dimensão, segundo GOFREDO TELLES JUNIOR, esboçavam-se as bases de uma doutrina inteira do direito.

Daquilo, que o atual catedrático de Introdução à Ciência do Direito qualifica como realismo jurídico, não nos foi dado nada perceber, pois de tais assuntos, infelizmente, êle não cuidou. Entretanto, como nos teria sido útil, no pórtico do curso jurídico, receber a memorável lição, que hoje todos admiramos, de que devemos buscar o direito nas coisas mesmas, na vida quotidiana, o que certamente teria evitado que andássemos transviados por outros jardins, para usar a sua formosa expressão! Nem tampouco pudemos haurir nada do seu utilitarismo, assim como não pudemos ter nenhuma idéia das suas concepções gerais a respeito da justiça e do direito. Em grande parte, teria sido isso decorrência da moléstia, de que já então se ressentia, e que em breve iria afastá-lo da faculdade e dos alunos, a que amava extremosamente. Seria assim necessário aguardar a ascen-

8. Sobre SPENCER VAMPRÉ, consulte-se o curioso estudo que lhe dedicou o Prof. GOFREDO TELLES JUNIOR, na *Revista da Faculdade de Direito*, v. 60, p. 25 e seguintes.

9. Cf., a tal propósito, o trabalho do prof. GOFREDO TELLES JUNIOR.

ção à cadeira de GOFREDO TELLES JUNIOR, para que a cadeira se incumbisse no papel que lhe é naturalmente reservado, desvendando horizontes filosóficos e jurídicos gerais¹⁰. E depois, de ALBERTO MONIZ DA ROCHA BARROS, que passaria a reger o curso noturno revelando-se aberto a tôdas as sugestões doutrinárias.

Outra oportunidade, de que deveríamos beneficiar-nos, seria o Direito Constitucional, incluído no segundo ano. Mas essa oportunidade estava praticamente sacrificada, em virtude do regime, tipicamente discricionário, então vigente. Não havia mesmo ambiente para o debate amplo, sem fronteiras, das grandes idéias que agitavam os constitucionalistas, com implicações diretas na Teoria Geral do Direito, tal qual depois virificaríamos através do estudo das obras de HAURIUO, de LÉON DUGUIT, de GASTON JÈZE, de CARL SCHWITT.

A problemática jurídica, assim, embora de uma maneira inevitável e necessariamente restrita, nas suas perspectivas fundamentais, nos foi apresentada por vias indiretas, através do Direito Penal, do Direito Processual e do Direito Social, mas isso mesmo, como se impunha, de modo forçadamente fragmentário, com intuítos introdutórios, e com indicações apenas indispensáveis para que nos afeiçoássemos aos temas centrais das disciplinas. Os profs. BASILEU GARCIA, SIQUEIRA FERREIRA e CESARINO JUNIOR faziam mesmo, a tal respeito, uma verdadeira ginástica mental, desviando-se dos rumos a que estavam adstritos, para peregrinações que nos enlevavam, a setores por que a rigor não deveriam incursionar.

Numa situação semelhante, em que nem mesmo existia ainda uma cadeira de Teoria Geral do Estado, é fácil perceber o impacto que representou, para todos nós, uma cátedra que nos convidava a volver aos princípios, aos fundamentos mesmos do Direito, e que transformava em problema tudo o que, até então, nos parecera pacífico e tranqüilo. Recordâmo-nos bem, ainda, tal a impressão que experimentamos, da inquietação de que nos vimos possuído,

10. Cf. GOFREDO TELLES JR., *Filosofia do Direito*, v. 1.

quando nos foi posto diante dos olhos, com uma evidência excepcional, a incerteza quanto ao conceito do direito. E daí por diante, com avidez extraordinária, todos nós nos vimos súbitamente envolvidos numa sucessão de questões e num mar de teorias, que conflitavam entre si, a respeito de dados que antes pareciam insuscetíveis de qualquer contestação e de qualquer dúvida. Um enorme clarão se abria, súbitamente, diante de todos nós.

Através daquela mole imensa de idéias, que jorravam do topo da cátedra de Filosofia do Direito, num desdobramento fecundo, uma convicção se apossava cada vez mais do nosso espírito e jamais dêle se desprenderia. O direito ganhava vida, ganhava consistência, ganhava concretude. Deixava de ser a mera forma vazia, adiáfora, que parecera ser até então, para se impregnar de realidade, de textura. Mas logo, no nosso arrebato, ouvimos a advertência do Mestre, de que não transformássemos a realidade jurídica em pura realidade fática, coisificando o que tinha, como ponto essencial, uma dimensão valorativa. Essa advertência, que ouvimos ainda nos bancos acadêmicos, nos tem sido, no correr dos anos, de uma utilidade extraordinária. Mais tarde, naturalmente, iríamos compreender melhor, através do contacto com as idéias husserlianas e as lições de DILTHEY e de WINDELBAND, a razão profunda dessa advertência. Nela está, porém, presente o que de mais profundo existe, o que de mais sugestivo se vislumbra numa concepção do direito que procure fugir aos equívocos do formalismo, mas que também evite descambar para os exageros do sociologismo. Hoje, mais do que em qualquer outro momento, sentimos a profundidade com que o prof. MIGUEL REALE enfoca o problema, indo direto à identificação do ponto sensível do objeto jurídico, indo à essência mesma do jurídico.

Tudo isso desabou sobre todos nós, na época, com um impacto tremendo. Pela primeira vez tínhamos oportunidade de ver desdobrar-se diante de nossos olhos, em toda a extensão, a problemática inteira do direito, na riqueza

imensa e variegada que lhe imprimia o pensamento moderno, em tôdas as suas manifestações. O direito assumia uma estrutura diferente, se vinculava ao homem, na multiplicidade de suas atuações, adquiria aquilo que a filosofia moderna sublinhava como historicidade e concretidade. A própria idéia de justiça, tradicionalmente tida como abstrata, ganhava objetividade concreta, consistência histórica, dimensão cultural, embebendo-se de historicidade. As coisas, de certa forma, desciam do céu para a terra. E a pessoa, que se inseria no processo histórico, tornava-se algo real!

Éramos levados, espontâneamente, a reexaminar, à luz dessas idéias, problemas que já tínhamos como assentes, e definitivamente assentes. Haja vista o que ocorria em relação ao problema da interpretação, que passava a adquirir perspectiva inteiramente nova.

Onde, todavia, a visão mais se enriquecia, e punha em cheque a nossa argúcia, era quando se cogitava de uma visão da realidade jurídica.

Nessa fase do curso, REALE ainda não lograra uma fórmula definitiva para a sua concepção do direito. A sua hoje famosa teoria tridimensional do direito, a essa altura, estava ainda nos primórdios, tinha uma feição marcada-mente estática, bem diversa do dinamismo que hoje a caracteriza.

VI.

Não obstante isso, já constituía então um desafio direto às concepções tradicionais e mesmo às concepções modernas, que circulavam com maior ou menor insistência, especialmente fora das Faculdades de Direito. REALE surgia, no ambiente jurídico, não só em oposição às posições tradicionais, mantidas pelos juristas, mas também àquelas, que, fora dos círculos jurídicos, procuravam absorver a perspectiva jurídica, com o propósito de demonstrar a sua incon-

sistência e deficiência. REALE, divergindo dos primeiros, repudiava também os segundos. A sua atitude era a de demonstrar que a jurisprudência tinha o vigor necessário para sobreviver e que a ciência jurídica podia, desde que mudasse os rumos que até então seguira, vencer as suas próprias dificuldades, e desincumbir-se a contento da tarefa que, no contexto do saber humano, lhe era reservada. Surgira assim, dentro do círculo pròpriamente jurídico, uma reação ao anti-jurídico, àquelas tendências que procuravam eliminar a perspectiva jurídica, em proveito de outras perspectivas, notadamente as de caráter sociológico.

Com veemência, com riqueza de argumentação, combateu o sociologismo, e grande parte de sua obra definitiva reproduz, com abundância de dados doutrinários, essas primeiras elaborações. Fê-lo, todavia, não pelo gôsto de salvar a jurisprudência, por uma questão de bairrismo científico, mas porque estava plenamente convencido — e o evidencia de maneira insuperável de que a jurisprudência tem uma perspectiva própria, uma razão de ser, um objeto formal, inconfundível com o de qualquer outro ramo do saber humano. O sociologismo, desde o da primeira hora até o de última hora, não soube ver isso, e por essa razão é que se preocupou em absorver o direito, desnaturando-o. A verdade, entretanto, é que a jurisprudência tem uma perspectiva própria, uma maneira peculiar de considerar a realidade jurídica, inconfundível com qualquer outra. Essa maneira peculiar, específica, de encarar a realidade jurídica, é que dá autenticidade à jurisprudência.

Essa perspectiva se vincula, todavia, a uma concepção da realidade jurídica que se não confunde com outra qualquer. “O Direito — diria êle, mais tarde, em sua *Filosofia do Direito* — não pode ser reduzido, a nosso ver, a um sistema de normas concebidas como puros juízos de dever ser, erradicados do processo histórico social em cujo âmbito se constituem e adquirem significado, mas, nem por isso, deixa de haver um aspecto lógico fundamental na consideração da

Jurisprudência” (4.^a edição, p. 271). E com mais precisão ainda, acentuaria:

“O filósofo do direito, o sociólogo e o jurista não podem deixar de estudar o Direito na totalidade de seus elementos constitutivos, na tridimensionalidade de sua contextura, embora possam e devam ser distintos os respectivos prismas ou modos de pesquisa. Cada grupo de estudiosos cuidará, é claro, mais dêste do que daquele outro momento da experiência jurídica, mas deverá determinar sempre o significado autêntico de seu objeto de indagação em função dos outros dois. Sem essa referência aos demais, um fato da experiência jurídica não poderia ser logicamente concebível, ou como fato jurídico (seria mero fato jurídico indistinto ou indiscriminado), ou como norma jurídica (seria simples norma ética), nem mesmo como valor de interesse para o mundo do Direito” (Idem, Capítulo xxxiv).

Essa concepção já se acha esboçada na fase inicial. Entretanto, com o correr dos anos e o aprofundamento da meditação, vai adquirindo uma dinamicidade que antes não possuía, vai-se impregnando de um sentido dialético predominante.

Para o aspecto que, a esta altura, nos interessa, o que importa sobretudo é salientar que REALE dirigiu uma advertência fundamental aos sociólogos, bem como aos juristas de formação positivista e aos naturalistas de todos os matizes, pondo à mostra que não era possível reduzir o direito a processos puramente causais, sob pena de despojá-lo do que nêle havia de mais específico. Assim, não era concebível uma explicação exclusivamente sociológica do direito, abstraindo de tôda e qualquer outra perspectiva, como pretendiam certas correntes sociológicas. E isso porque essa tendência redundava no mesmo exagêro das demais, reduzindo o direito a mero fato, o que importava na pura negação do direito.

VII.

Vista assim, do ângulo que acabamos de apresentar, não teria a obra de REALE, já nessa primeira fase do seu desenvolvimento, um alcance nacional? TRISTÃO DE ATAÍDE, quando, ao entrar em contacto com *Fundamentos do Direito*, a apontara como uma obra destinada a contribuir para a renovação dos estudos filosófico-jurídicos entre nós, não vaticinara algo certo? Estamos plenamente convencido de que sim.

A mentalidade então dominante, nas Arcadas, refletia, de certo modo, a situação geral existente, em matéria de direito, no país inteiro, conforme já salientamos e procuraremos melhor demonstrar a seguir.

A par de remanescentes do positivismo, existiam representantes naturalistas de todos os matizes. E a êles se aliavam os sociologistas das várias origens. Mesmo aquêles, que ocupavam cátedras universitárias, em faculdades de direito, não fugiam a essas orientações. EDGARD SANCHES, PONTES DE MIRANDA, HERMES LIMA, DJACIR MENEZES, CARLOS CAMPOS, EDUARDO ESPÍNOLA, QUEIRÓS LIMA, CLOVIS BEVILAQUA, FRANCISCO CAMPOS, MARIO MAZAGÃO, SPENCER VAMPRÉ, VICENTE RAO, NELSON HUNGRIA, VALDEMAR FERREIRA, HAHNEMANN GUIMARÃES, que compunham a vanguarda do pensamento jurídico de então, e cujas idéias exerciam real influência entre mestres e discípulos, entre juristas e advogados, sem esquecer promotores e magistrados — todos êles, mais acentuadamente ou menos acentuadamente, se filiavam a orientações que, à falta de uma designação melhor, se poderia qualificar de naturalista¹¹. Mesmo o mais influente

11. Cf. PEDRO LESSA, *Estudos de Filosofia do Direito*; JOÃO ARRUDA, *Filosofia do Direito*; PONTES DE MIRANDA, *Ciência Positiva do Direito*; HERMES LIMA, *Introdução à Ciência do Direito*; DJACIR MENEZES, *Introdução à Ciência do Direito*; SPÍNOLA, *Tratado de Direito Civil e Sistema de Direito Civil*; QUEIROZ LIMA, *Sociologia Jurídica*; CLOVIS BEVILAQUA, *Juristas Filósofos, Esboços e Fragmentos, Teoria Geral do Direito Civil*.

dos nossos juristas, que era CLOVIS BEVILAQUA, não se afastava dessa linha. Havia, naturalmente, diferenças sensíveis entre vários deles, que compunham correntes independentes entre si. Ninguém poderia confundir as idéias de PONTES DE MIRANDA e DJACIR MENEZES com as de HERMES LIMA, ESPÍNOLA ou QUEIRÓS LIMA. Mas substancialmente tinham pontos de contacto íntimo, e a concepção geral que os inspirava estava muito mais próxima do que eles próprios estariam inclinados a admitir.

“O sociologismo jurídico — acentua REALE — traduz uma exacerbação ou exagêro da Sociologia Jurídica, pois esta, quando se contém em seus justos limites, não pretende explicar todo o mundo jurídico através de seus esquemas e leis, até ao ponto de negar autonomia à Jurisprudência, reduzindo-a a uma arte de bem decidir com base nos conhecimentos fornecidos pelos estudiosos da realidade coletiva”. (Idem, p. 380). Essa afirmação viria depois, é certo, em forma escrita, mas na verdade já estava expressa nas primeiras lições, nas primeiras mensagens que dirigia aos estudiosos. Nós a recolhemos sôfregamente, com os nossos colegas de então, quando êle expunha, da cátedra, o sociologismo jurídico notadamente o de tendência durkheimiana. Naquela ocasião, ainda não lhe podíamos apreender, com a exatidão devida, o verdadeiro alcance. Êste desbordava, porém de muito, o âmbito puramente estudantil. Tinha alcance universitário. Tinha alcance nacional. Era uma tomada de posição polêmica, um grito de reação e de renovação. No fundo, conforme já acentuamos, representava um anátema, que alcançava diretamente os positivistas, mas que na verdade alcançava deterministas de todos os matizes, os naturalistas de tôdas as origens. À atenção se volvia, particularmente, para os sociólogos, porque êstes, ao impulso de certos preconceitos então em voga, pretendiam estabelecer um verdadeiro monopólio em relação aos fenômenos humanos, negando-se a compartilhar o estudo da sociedade com qualquer outro processo científico. A dignidade da jurisprudência, a dignidade científica da jurisprudência, o direito à

subsistência da ciência jurídica, como ciência, se colocava assim, por força de uma posição nova, no âmbito de uma concepção que deitava raízes em uma ampla concepção do homem, do mundo, da sociedade, infensa às explicações naturalistas.

Não representava isso um acontecimento extraordinário, dentro como fora da Faculdade, no âmbito das Arcadas e fora das Arcadas? A repercussão foi imediata, especialmente no espírito dos jovens que tiveram a fortuna, como nós, de recolher primeiro essa mensagem espiritual, que acenava com algo novo, com algo que se enraizava profundamente no homem, na sociedade e na história.

Já dissemos que tudo isso desabou sobre nós, adolescentes de então, com um impacto extraordinário. E assim foi, em todo o rigor do termo. Vivíamos todos mais ou menos imbuidos de positivismo, se não filosófico, pelo menos jurídico. É esse aliás um ponto que algum dia deverá merecer atenção especial dos estudiosos. A maioria dos nossos juristas, mesmo aquêles que repelem as premissas positivistas e que apregoam antipositivismo, sem o notar, quando tratam de assuntos jurídicos, adotam posições positivistas. REALE nos chamou a atenção para tudo isso e nos ensinou a fazer uma revisão completa dos temas que até então havíamos ingerido, sem crítica alguma, e com adesão fácil. O efeito, como acentuamos, foi decisivo. Não só no que diz respeito aos problemas jurídico-positivos, pròpriamente ditos, mas também aos temas jurídicos mais gerais. Havia uma preocupação geral em recorrer à sociologia, em busca de explicação para os fenômenos jurídicos. De certo modo, eram duas as posições que se abriam diante de nós — sociologismo ou tomismo. Não se vislumbrava nada diferente. Não havia outra via a seguir. O próprio marxismo, que posteriormente alcançaria intensa divulgação, não encontrava maior repercussão e mesmo entre os seus adeptos não se afirmara com consciência plena, em relação aos problemas jurídicos e notadamente, o que era de importância maior, em relação aos problemas jurídicos nossos. Para

isso contribuía a carência de indagações, entre os próprios corifeus do marxismo, com relação aos temas fundamentais do Direito. O que nos restava portanto eram as duas posições já indicadas, que por vários motivos não satisfazia à maioria. REALE veio mostrar a possibilidade de uma terceira posição, que fugia às dificuldades das duas e permitia ao jurista afirmar-se, com autenticidade, entre os que se apresentavam como ponta de lança do pensamento atual.

Não resta dúvida que a maioria, se não mesmo a totalidade, deixou os bancos acadêmicos sem ter conseguido assimilar grande coisa, em virtude de deficiências próprias, da Filosofia do Direito. Mas é inegável que de lá saímos todos com algo mais precioso do que a familiaridade com todos os sistemas — a plena consciência da temática jurídica, a posse de um novo método e o estímulo imperecível de uma pesquisa nova, a respeito do direito. Era fora de dúvida que para todos nós um horizonte novo se abria e iríamos, sem dúvida, procurar alargá-lo ainda mais, na carreira que então se iniciava.

O nosso meio jurídico a essa época, sem exageros, respirava ainda a atmosfera que criara a Escola de Recife, pois não se podia esquecer que CLOVIS era, autenticamente, um filho espiritual da oportuna reação de TOBIAS, o mesmo ocorrendo com os demais. A qualificação, sob vários aspectos, se ajustava a PONTES DE MIRANDA, cuja obra, quer como jurista-filósofo, quer como sistematizador de direito, se embebia dos mesmos princípios.

E São Paulo tinha, a tal respeito, uma tradição pro-
vecta, muito mais densa e profunda, do que parecera à maioria dos analistas do nosso pensamento. Basta citar dois nomes, que foram objeto, ultimamente, de estudos cuidadosos, para que se tenha uma idéia precisa do que estamos dizendo — ALBERTO SALES e PAULO EGÍDIO¹². Cada

12. Cf. os formosos estudos de LUÍS WASHINGTON VITA, ALBERTO SALES, São Paulo, 1963; MIGUEL REALE, *A Filosofia em São Paulo*, São Paulo, 1963.

um a seu modo, procurou trazer para as ciências do homem, inclusive o direito, aquêles princípios naturalistas que a Escola do Recife propagara pelo país inteiro.

A verdade, todavia, é que a Escola do Recife trazia dentro de si mesmo algo mais, que passara inteiramente despercebido aos estudiosos contemporâneos e aos pósteros, e que entretanto assumia significação extraordinária. O culturalismo, que era uma das facetas mais expressivas do pensamento de TOBIAS BARRETO, fôra praticamente posto à margem, ou pelo menos esmaecera, diante das demais idéias, especialmente as haeckelianas, que despontavam com um vigor polêmico excepcional da pena do bravo sergipano. Por curioso que possa parecer, e que se reveste de importância sem dúvida decisiva, a reação às idéias da Escola do Recife surgiria do seu próprio seio, daqueles que em grande parte se tinham nutrido dos seus princípios, como é o caso de FARIAS BRITO, em cujo pensamento as correntes culturalistas teriam uma repercussão notável, inclusive no que se refere ao direito¹³.

Apesar porém da reação espiritualista, e não obstante a imensa influência que FARIAS BRITO passara a exercer, notadamente no setor da filosofia e mesmo da literatura¹⁴, com reflexos na política, o pensamento jurídico se manteve fiel, nas suas expressões fundamentais, às diretrizes que lhe tinham traçado a Escola do Recife.

A nossa tradicional Escola não ficou livre dêsse clima. Aliás, como acentua IRINEU STRENGER, na tese com que disputou e conquistou a livre-docência de Filosofia do Direito, desta Faculdade, houve, de certa forma, nas Arcadas, manifestações que importam em verdadeira antecipação ao germanismo da Escola do Recife, embora, naturalmente,

13. A tal respeito, cf. MIGUEL REALE, *Horizontes do pensamento jurídico* e TEOFILO CAVALCANTI FILHO, *O Pensamento Jurídico de Farias Brito*.

14. TRISTÃO DE ATAÍDE vê no simbolismo uma manifestação em que FARIAS esteve presente. Veja-se *Literatura Brasileira*, vol. III.

com propósitos e diretrizes bem diferentes¹⁵. Mas é importante notar o fato, para ressaltar como o ambiente cultural da Faculdade de Direito foi sempre aberto às especulações de toda natureza, e jamais criou barreiras ao livre trânsito de ideologias.

No que se refere, especificamente, às idéias positivistas, é indiscutível que, desde muito cedo, elas repercutiram em nosso ambiente acadêmico, aqui encontrando, notadamente na mocidade estudantil, seguidores entusiastas. “Tal a penetração da Filosofia Positiva, na Faculdade de Direito de São Paulo — adverte IVANS LINS — na década de 1880 a 1890, que o prof. dr. JOSÉ MARIA CORREIA DE SÁ E BENEVIDES, católico e tomista irredutível, quase não dava uma aula sem objetar algum aspecto da obra de COMTE, embora fôsse o Direito Romano a matéria sobre a qual devia discorrer. Na trigésima nona lição do seu curso de Direito Romano, assim se referia o dr. BENEVIDES ao Positivismo: “Positivismo é uma destas coisas que andam por aí espantando a todo mundo; positivismo não tem nada de novo, nada absolutamente senão o nome, não é senão o pedantismo da forma e a audácia das conclusões, mas, no fundo, positivismo é, afinal de contas, Bacon, é, afinal de contas, Aristóteles, com suas variantes”¹⁶.

15. IRINEU STRENGER mostra, em seu trabalho, como RIBAS foi dos primeiros a se preocuparem, entre nós, pela ciência jurídica alemã. De maneira especial, voltou êle a atenção para a pandectística germânica, cuja importância científica soube compreender e ressaltar. Cf. *Da Dogmática Jurídica*, capítulo V.

16. IVAN LINS, *História do Positivismo no Brasil*, p. 138. O prof. JOSÉ MARIA CORREIA DE SÁ E BENEVIDES, em artigo que publicou no *Correio Paulistano* e que se pode ler, agora, no vol. 9, tomo II, das *Obras Completas de Rui Barbosa*, faz a seguinte observação, a respeito do trecho citado: “Este período foi escrito sem gramática e confusamente reproduziu o que disse. Em substância o que anunciei na preleção foi que a propaganda da filosofia positivista entre nós já estava espantando a todo o mundo e despertando nos jovens algum entusiasmo; que não tinha razão de ser, porque o método positivista era no fundo o método fundado por Aristoteles e organizado siste-

Também já deviam estar em voga, entre nós, os livros de DARWIN, SPENCER e HAECKEL, tanto assim que JULIO RIBEIRO, em 20 de maio de 1885, indagava “que filosofia é a do dr. Benevides, que esfalfa-se ridiculamente a refutar na aula Comte e Darwin, Spencer e Haeckel, malbaratando um tempo que poderia muito melhor aproveitar?”¹⁷.

SPENCER VAMPRÉ, em sua magnífica *Memória da Faculdade de Direito*, faz observação idêntica a respeito da divulgação do positivismo no ambiente das Arcadas, sem poder esquecer que êle próprio refletiria essa influência, com manifestações spencerianas¹⁸.

Aliás, não demoraria a que o positivismo adquirisse uma tribuna permanente, através da cátedra de ALMEIDA NOGUEIRA, que se deixara influenciar por muitos aspectos da filosofia de COMTE.

Não é por outra razão, que o primeiro pesquisador do desenvolvimento das idéias positivistas no Brasil, JOÃO CAMILO DE OLIVEIRA TORRES, ao fazer um levantamento da influência de COMTE em nosso Estado, proclama que “A Faculdade de Direito de São Paulo foi um dos grandes centros culturais do Brasil durante o Imperio. Não havia novidade no mundo das idéias que não tivesse repercussão sob as Arcadas. Como seria natural, o Positivismo teve também grande repercussão aí. Mas, graças às condições sociais peculiares a uma escola de direito, dominou ali o positivismo dissidente, que se apresentou caracterizado por um acentuado criticismo no plano logico e um republicanismo de aspecto nitidamente revolucionario, no plano das realidades politico-sociais. Desta escola saíram Silva Jardim, Deme-

maticamente por Bacon, e as idéias, que se diziam novas, formuladas pela filosofia positivista, só tinham a novidade da forma, que era pedantesca, e a audacia das conclusões.”

17. *Apud* IVAN LINS, *op. cit.*, p. 139.

18. Os prof. PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO e MOACIR LOBO DA COSTA nos revelaram que, quando alunos de VAMPRÉ, tiveram oportunidade de ouvir preleções do Mestre, em que êle expunha com grande simpatia as idéias de SPENCER.

trio Ribeiro, Julio de Castilhos, José Leão, Americo de Campos. . . Como de lá saiu Lafayette, o kantiano de Vindiciae.”¹⁹.

A influência positivista, de resto, consoante ressaltam os historiadores, se fez sentir nas Arcadas, notadamente, através de inúmeras publicações, que se encarregaram de divulgar amplamente as idéias de COMTE.

Essa geração, que se formou no ambiente positivista então dominante na Faculdade, iria ter uma influência decisiva no país, através de alguns representantes de nível intelectual dos mais elevados. Basta referir JULIO DE CASTILHO, BORGES DE MEDEIROS, SILVA JARDIM, LUCIO DE MENDONÇA, ALBERTO SALES, JOÃO PINHEIRO, RODRIGO OTÁVIO, RIVADAVIA CORREA, ALCIDES MAIA, BASILIO MAGALHÃES, VICENTE DE CARVALHO, PEDRO LESSA, DEMETRIO RIBEIRO, JOSÉ LEÃO e AMERICO DE CAMPOS.

Nas Arcadas, dois mestres dos mais eminentes, que exerceram, sem dúvida, influência no espírito da juventude que os ouvia, continuaram, da cátedra, a transmitir idéias em que essa influência subsistia, como é o caso de PEDRO LESSA, primeiro, e de JOÃO ARRUDA, depois. Em grande parte, as gerações que passaram pelas Arcadas, nos primeiros vinte e cinco anos do corrente século, formaram a sua mentalidade sob a influência desses mestres e também de outros mestres, notadamente de Direito Penal, que não escondiam a sua predileção pela corrente positivista.

Os escritos, que nos deixaram os dois professôres que exerceram a cátedra de Filosofia do Direito em nossa Escola, e que ainda hoje são dignos de meditação e estudo cuidadoso, põem à mostra a orientação uniforme fundamental existente entre ambos, não obstante as indiscutíveis e numerosas discrepâncias que os distinguem.

Para o que tenho em vista, porém, basta assinalar o caráter geral das idéias que nutriam, e que foram responsáveis, indiscutivelmente, pelo aspecto mais saliente da men-

19. J. C. OLIVEIRA TORRES, *O Positivismo no Brasil*, p. 198.

talidade de nossa Escola, até por volta de 1940, quando se realizou o concurso para o provimento da cátedra de Filosofia do Direito. A tal ponto essa influência se exercera, que em dado momento, considerou-se a Cadeira de Filosofia desnecessária, no curso de bacharelado, porquanto a Filosofia, segundo a concepção positivista, nada mais era do que uma síntese dos conhecimentos científicos, levado a um grau de generalização mais acentuado.

VIII.

Num trabalho da natureza do que estamos empreendendo, de reconstituição da mentalidade dominante em nossa Escola, em determinado período de sua existência, são particularmente importantes os dados atinentes aos programas das cadeiras de determinados professores, notadamente aquêles que tiveram uma influência maior no espírito dos estudantes e no ambiente acadêmico, bem como o exame direto das obras que elaboraram e deixaram para a posteridade.

Com êsse objetivo, cabe, antes de mais nada, verificar a atuação de PEDRO LESSA, que incontestavelmente foi, dos mestres do final do século passado e do início do corrente, um dos que mais funda marca de sua passagem deixaram na Faculdade de Direito. Em relação a PEDRO LESSA, ademais, há uma circunstância que o coloca em situação particularmente importante, para os fins que aqui se tem em vista — é a de que foi êle, praticamente, o primeiro a exercer a cátedra de Filosofia do Direito da Faculdade, porquanto o mestre que o antecedeu, o prof. BRASÍLIO AUGUSTO MACHADO DE OLIVEIRA, nela não permaneceu mais de um ano, de 1890 a 1891. Pedro Lessa assumiu-a em 1891, ficando à sua frente até 1907, tendo uma atuação notável. Retrata-o, como mestre, VALDEMAR FERREIRA, baseado em VAMPRÉ, desta maneira expressiva — “Professor insigne, de uma cultura profunda, foi, verdadeiramente, o criador

da cadeira de filosofia do direito, nos cursos jurídicos. . . Era dos professôres mais acatados pelos moços”²⁰.

A sua formação, como estudante, coincidiu com a ampla circulação das idéias positivistas, em São Paulo, e notadamente nas Arcadas, apesar da firme reação de SÁ BENEVIDES, que exercera, por vários anos, a cátedra de Direito Natural.

O programa de ensino, elaborado pelo próprio PEDRO LESSA, já reflete a nova mentalidade que passara a vigorar sob as arcadas e a que êle emprestaria o vigor de sua personalidade e de sua inteligência.

Começava com uma parte introdutória, na qual expunha as principais teorias sôbre o direito, iniciando-se com as concepções jurídicas dos gregos, dos juriconsultos romanos, para depois passar ao que denominava de filosofia teológica e atingir o kantismo, o krausismo, o utilitarismo de BENTHAM, a escola histórica e, finalmente, IHERING. Entretanto, onde mais sensível se apresentava a sua orientação era na parte, que denominava geral, que se abria com uma noção típica de filosofia, desdobrando-se na explicação das três posições fundamentais — a teológica, a metafísica e a positiva. Igualmente, na parte atinente ao direito, as mesmas idéias se refletiam²¹.

O modo de expor essa matéria, e o colorido que a ela emprestava PEDRO LESSA, são fàcilmente verificáveis através da leitura de seus *Estudos de Filosofia do Direito*²², que, como se sabe, e êle próprio o revela, são reproduções, ampliadas, de lições que professou na Faculdade.

Tôdas elas, consoante êle próprio sintetiza, se orientavam por uma idéia capital. — “Não tendo podido, jamais compreender, desde os primeiros anos do meu tirocinio academico, a confusão do direito com a religião, que faziam

20. *Revista da Faculdade de Direito* de São Paulo, v. 24, p. 90.

21. Cf. Faculdade de Direito de São Paulo, Programa de Ensino da 1.^a cadeira do 1.^o ano, *Filosofia do Direito*, apresentado pelo catedrático, dr. PEDRO LESSA, São Paulo, 1901.

22. PEDRO LESSA, *Estudos de Filosofia do Direito*, São Paulo 1912.

escolas muito em voga naquela época, nem a vaga, balofa e incolor explicação do direito, contida nas doutrinas metafísicas, dentre as quais a mais propagada em nosso país era então a de Krause, exposta por Ahrens, esforcei-me sempre por estudar esse fenomeno social pelos mesmos processos logicos, pelo mesmo metodo, composto exclusivamente da indução e da dedução, por que se estudam os fenomenos do dominio das outras ciencias, sociais e inferiores”²³.

Para LESSA, o processo lógico, que conduziria ao estudo científico do direito, seria aquêl decorrente da concepção positivista, em conformidade com o qual “as ciências sociais se devem estudar pelo mesmo metodo por que se estudam as ciências inferiores”²⁴ e que outro não são senão os métodos dedutivo e indutivo, aplicados conjuntamente, para que se possa alcançar os princípios gerais. Consoante insistentemente acentua, às ciências humanas, e entre elas figura a jurisprudência, devem ser aplicados, para que alcance a indispensável dignidade científica, o mesmo procedimento que se reserva para as ciências naturais, nas quais os resultados alcançados foram verdadeiramente inestimáveis. PEDRO LESSA, ao longo de tôda a sua fecunda carreira, se manteve sempre fiel a essa posição fundamental, que se inspirava, diretamente, na corrente positivista. Entretanto, consoante acentuam todos os seus críticos, e não obstante a sua afinidade com essa corrente de pensamento, a ela não se escravizou, assumindo, a muitos respeitos, a posição não só independente mas original.

Já REINALDO PORCHAT, no curioso estudo que dedicou ao “Pensamento Filosófico no Primeiro Século da Academia”²⁵, salienta, certeiraamente, que LESSA, embora tenha formado o seu preparo “nos moldes filosoficos da doutrina

23. *Op. cit.*, V.

24. PEDRO LESSA, *Estudos de Filosofia do Direito*, Metodologia Jurídica.

25. REINALDO PORCHAT, *O Pensamento Filosófico no Primeiro Século da Academia*, in *Revista da Faculdade*, v. XXIV, p. 367.

de Augusto Comte, não se deixou entretanto escravizar pela ortodoxia positivista”²⁶.

Outro analista da obra de LESSA, o prof. MIGUEL REALE, por isso mesmo, prefere filiá-lo ao naturalismo, em sentido genérico, e ainda assim sublinhando as suas características independentes e mesmo originais²⁷

De qualquer forma, o que parece fora de dúvida é que LESSA se manteve fiel aos ideais positivistas, pelo menos no que de mais característico havia naquilo que se pode denominar de espírito dessa filosofia. E com isso, inegavelmente, contribuiu de forma decisiva para instaurar, no ambiente das Arcadas, a mentalidade positiva, que nela haveria de prevalecer, até por volta de 1930, quando novas manifestações começaram a surgir, notadamente no seio da mocidade acadêmica, que partilhava de outras idéias e de outras aspirações. Era uma geração nova, que se alimentava de idéias também novas, bem diferentes daquelas que haviam inspirado a mocidade acadêmica, à época em que LESSA cursava a velha e sempre nova Academia.

Em 1910, quando o prof. JOÃO PEDRO DA VEIGA FILHO substituiu LESSA, na regência da cadeira, que ainda se incluía no programa do 1.º ano, as diferenças não eram sensíveis. O espírito que inspirara a organização do curso do eminente antecessor ainda persistia, firmemente. O programa compreendia uma parte geral, onde se ministrariam noções acerca do direito e da filosofia, para depois o expositor poder passar à explanação das escolas filosóficas, numa catalogação que lembra, claramente, a sistematização comtiana. Vinham depois as inevitáveis indicações acerca das três direções da filosofia (a teológica, a metafísica e a positiva). A seguir, o exame da evolução jurídica, atendendo já às escolas evolucionistas²⁸.

26. Idem, idem.

27. MIGUEL REALE, *Filosofia em São Paulo*, p. 120.

28. Programa de ensino de Filosofia do Direito, para o ano de 1910, organizado pelo prof. dr. JOÃO PEDRO DA VEIGA FILHO, São Paulo, 1910.

Mais acentuado ainda, se revelava então o espírito positivista, no setor do Direito Criminal, através do magistério do prof. CÂNDIDO MOTA. Foi êle, consoante o testemunho de REINALDO PORCHAT, quem primeiro fêz circular na academia as idéias propugnadas por LOMBROSO, imprimindo ao desenvolvimento do seu curso uma orientação caracteristicamente positivista. O exame do seu programa, entretanto, revela quão exagerada foi a posição assumida pelo saudoso mestre, convertendo o Direito Penal em uma espécie de Criminologia, que se confundia, por sua vez, em uma antropologia de tipo lombrosiano. Aliás, o curso, de acôrdo com o delineamento que lhe traçou o douto mestre, ostentava a designação inicial de Criminologia, exigindo a sua definição, com a discriminação dos fatôres da criminalidade, entendidos êstes, fundamentalmente, nos aspectos endógenos, embora não esqueça também as implicações de ordem sociológicas²⁹.

É curioso observar como, na mesma época, a outra cátedra de Direito Criminal, confiada ao prof. JOSÉ MARIANO CORREA DE CAMARGO, imprimia ao curso orientação inteiramente diferente, atendo-se mais àquelas características que compõem a denominada Escola Clássica³⁰.

Não discreparia JOÃO ARRUDA, o douto professor que, em 1911, assumiria a cátedra de Filosofia do Direito, da orientação até então imprimida ao curso. É o que se depreende, por uma parte, do seu programa de ensino, e por outro, de suas preleções, que não faz muito foram reeditadas pela Editôra Saraiva³¹. Nêles, em suas linhas fundamentais, estão presentes as notas essenciais ao espírito positivo, que em sua época, ainda se mantinha vivo nas Arcadas, prolongando-se, como já acentuamos, em suas manifestações, notadamente no direito positivo, até época posterior. O mesmo espírito, as mesmas diretrizes se fizeram

29. Prof. CÂNDIDO MOTA, *Programa de Direito Criminal*, 1910.

30. Prof. JOSÉ MARIANO CORREA DE CAMARGO ARANHA, *Programa de Direito Criminal*, 1910.

31. Prof. JOÃO ARRUDA, *Programa de Filosofia do Direito*, 1911.

sentir ainda em época posterior, através do próprio JOÃO ARRUDA, que em 1931 exercia a cadeira de Introdução à Ciência do Direito, deslocada que fôra a de Filosofia, do Curso de Bacharelado para o de Doutorado³².

SPENCER VAMPRÉ, não obstante não se colocasse na mesma linha ideológica do seu antecessor, dela discrepando em pontos essenciais, nem por isso imprimia ao seu curso um desenvolvimento de grandes perspectivas ou mesmo de inteira autonomia com relação à corrente anterior. Ficara prêso a uma orientação quase que estritamente técnica, mais preocupado com os instrumentos necessários ao manejo do direito positivo do que pròpriamente com os princípios gerais informadores do direito. Isso é claramente perceptível no seu programa de ensino. Temos presente o que foi formulado para o ano de 1938, que é bem característico da sua orientação.

Cuida, em primeiro lugar, do direito e das leis, para ater-se ao que seja lei, passando logo à distinção das várias modalidades de direito, entre as quais não esquece de colocar o direito natural. A seguir, vêm as conceituações de direito subjetivo e objetivo. Após, cuida das inter-relações entre as instituições jurídicas e as instituições sociais, entre o direito e a moral, o direito e os costumes, com as religiões, para, depois, enveredar firmemente para noções de direito positivo, em suas múltiplas manifestações³³.

Guardamos ainda recordação mais ou menos precisa de suas lições, que ouvimos em 1940, e lembrámo-nos de que se mantinha estritamente fiel a êsse programa. Fazia explanação simples, acessível aos iniciantes, mas atendo-se rigidamente ao propósito de apetrechá-los para o acesso ao direito positivo.

Do prof. MOACIR LOBO DA COSTA, ilustre livre-docente de Direito Processual Civil, de nossa Faculdade, recolhemos

32. Prof. JOÃO ARRUDA, *Programa de Introdução à Ciência do Direito*, 1931.

33. Prof. SPENCER VAMPRÉ, *Programa de Introdução à Ciência do Direito*, 1938.

também o testemunho de que, em fase anterior, quando VAMPRÉ se encontrava na plenitude de sua capacidade intelectual e de sua energia, não dava ao seu curso colorido diferente daquele que conhecemos embora, como já registramos, intercalasse às vêzes noções gerais, de inspiração spenceriana.

Bem diferente, todavia, já era, a essa época, a orientação imprimida ao Direito Penal, que adquirira aspectos autônomos, tomando feição mais consentânea com o seu caráter de ciência humana, e que se libertara acentuadamente das premissas positivistas. Mesmo aquêles, como o prof. NOÉ AZEVEDO, que se tinham formado no ambiente carregadamente positivista de nossa Faculdade, já sentiam o sôpro de ventos novos, que vinham de diferentes direções.

Seria, entretanto, conforme já acentuei, necessário aguardar a ascensão do prof. GOFREDO TELLES JUNIOR à Cátedra de Introdução à Ciência do Direito, para que esta se libertasse plenamente das premissas positivistas, a que ficara jungida, desde o seu nascimento. Com o novo titular, adquiriu ela plena autonomia em relação às orientações anteriores, tornando-se sensível às novas correntes de pensamento, que soube o ilustre professor conciliar com a filosofia clássica. A cadeira, ao mesmo tempo, assumiu uma feição diferente, volvendo as atenções para os grandes temas concernentes ao fundamento, à validade, à eficácia do Direito, sem esquecer as premissas de caráter puramente filosófico, que são ministradas largamente aos alunos, por consideradas indispensáveis à compreensão exata do direito positivo. A tal respeito, são bastante ilustrativos os enunciados dos pontos do programa organizado pelo ilustre professor, bem como o seu livro, ultimamente aparecido, e que se intitula Filosofia do Direito. O mesmo se diga em relação ao Curso Noturno, sob a regência do Prof. ALBERTO MONIZ DA ROCHA BARROS.

Nessa ligeira tentativa de reconstituição do ambiente intelectual das Arcadas, à época em que se verificou o concurso do prof. REALE, uma referência especial se impõe à

notável contribuição que se deveu, para a constituição do espírito renovador, à nova processualística. São Paulo, e mais exatamente, a nossa Faculdade, foi sempre um centro conspícuo de estudos processuais. Alguns nomes, como RIBAS, JOÃO MONTEIRO, JOÃO MENDES, LUÍS EULALIO VIDIGAL, ALFREDO BUZOID, MOACIR AMARAL SANTOS, alcançaram mesmo, graças às suas obras, e sobretudo à influência que exerceram e exercem, renome nacional, ou mesmo internacional.

Em geral, porém, a processualística, ao contrário do que se verificou com outras disciplinas, seguiu caminho autônomo, em relação ao positivismo, ou mesmo a êle contrário. Deve, entretanto, ser aberta uma exceção notável, quanto a êsse ponto, para JOÃO MONTEIRO, espírito admirável, sem dúvida, mas que também sofreu o influxo das idéias dominantes à época de sua formação, nas Arcadas.

Consoante a observação do prof. MIGUEL REALE, “Ninguém, em São Paulo foi tão rigorosamente fiel à “concepção naturalista do Direito” como JOÃO MONTEIRO”³⁴. Manteve-se êle, realmente, fiel, ao curso de tôda a sua vida de professor e de escritor, aos princípios positivistas, notadamente aos apregoados por SPENCER. Entretanto, nem por isso ficou alheio às idéias novas, que despontavam na Europa, especialmente no campo de sua disciplina, ao final do século passado. Talvez uma análise mais atenta da sua elaboração doutrinária, e sobretudo da sua atividade docente, pudesse demonstrar até que ponto, embora de forma indireta, teria êle contribuído para a renovação que depois se verificaria em nosso meio jurídico, com relação à ciência processual. É inegável, todavia, que na sua obra, que no seu trabalho fundamental, dedicado à Teoria do Processo Civil e Comercial, quer nos estudos de menor tomo, que deixou e que ainda hoje podem ser lidos com grande interesse, se vislumbram os traços de sua posição filosófica fundamental.

34. MIGUEL REALE, *Filosofia em São Paulo*, p. 116.

O inverso, como é sabido, ocorre em relação a JOÃO MENDES JUNIOR, contemporâneo de JOÃO MONTEIRO e seu opositor, como representante de uma corrente filosófica divergente, e, como era inevitável, também propugnador de princípios diferentes, no âmbito da ciência processual. A posição de JOÃO MENDES cresce de significação, dentro e fora das Arcadas, dada a sua autonomia de pensamento, caracterizada pela sua fidelidade à filosofia neoescolástica, a que se manteve fiel, de forma incontestável, inclusive nos momentos culminantes do império do positivismo em São Paulo.

Mantém êle, sem dúvida, a linha tradicional da própria Escola, afeita ao espírito aristotélico-tomista, mesmo quando o positivismo assumiu a liderança do pensamento das Arcadas, através de PEDRO LESSA.

No que se refere, especificamente, ao processo, uma notável contribuição deixou o ilustre mestre, calcando as suas conclusões em premissas filosóficas, coisa rara, especialmente entre nós. Disso nos dão idéia precisa seu Processo Criminal e o seu Programa de Ensino de Prática Forense, todos êles reeditados e ainda tão úteis, se não mesmo indispensáveis aos que desejem estudar, seriamente, os temas processuais³⁵.

Evidentemente, não poderia JOÃO MENDES alçar-se àquelas noções que decorreriam de uma extraordinária elaboração doutrinária, que se verificaria na Alemanha, ao final do século passado, e iria alcançar tôdas as suas conseqüências no decorrer do presente século, notadamente na Itália, através das figuras de CHIOVENDA e CARNELUTTI. Mas é fora de dúvida que as suas concepções do processo não podem deixar de impressionar, desde que se tenha em vista a época em que foram expostas. E se se abstrair dos temas gerais, para ater-se, exclusivamente, às instituições, consideradas

35. JOÃO MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, *Direito Judiciário Brasileiro, Programa de Ensino, Apontamentos sôbre o Processo Criminal Brasileiro*, todos reeditados pela Editora Freitas Bastos.

em suas peculiaridades, não se poderá deixar de reconhecer os méritos excepcionais das análises que, a respeito delas, oferece.

Chamam, especialmente, a atenção, as considerações que tece a respeito das instituições processuais penais, cuja vitalidade, praticamente, se mantém intacta. Diretrizes que, ainda hoje, se adotam na vida forense, a respeito de situações processuais penais, decorrem, diretamente, do seu tratado de processo penal, que assim continua a ser uma obra da maior atualidade.

Seria, entretanto, necessário aguardar a atuação de uma nova geração de processualistas, tôda ela formada sob as Arcadas, para que a ciência processual alcançasse a plenitude do seu desenvolvimento, ao impulso da inspiração de novas idéias e novos princípios. LUÍS EULALIO DE BUENO VIDIGAL, ALFREDO BUZUID, MOACIR AMARAL SANTOS, LOPES DA COSTA, JOSÉ FREDERICO MARQUES, entre outros, recolheriam essa inspiração fundamental, que nos vinha da Alemanha e da Itália, para imprimir rumos definitivamente científicos ao processo. Um fato, aparentemente sem significação, contribuiu decisivamente para que isso ocorresse. Foi a presença de ENRICO TULLIO LIEBMAN entre nós, especialmente em São Paulo. O que isso representou, para o desenvolvimento dos estudos de direito processual no Brasil, di-lo, de maneira insuperável, ALFREDO BUZUID — “A presença de Liebman entre nos significa a alvorada do direito processual civil como sistema científico. A sua passagem pelo Rio de Janeiro, embora curta, já prepara uma escola, dirigida por Eliezer Rosa. Este ilustre processualista, ungido de fé, mantém há vinte anos um curso, formando sucessivas turmas de iniciados no culto da ciência. A prolongada permanência de Liebman em São Paulo foi a dádiva maior. Tanto que iniciou o magistério da Faculdade de Direito, viu-se logo cercado por um grupo de estudiosos. Estes primeiros discípulos, ávidos de saber, encontram em Liebman um sábio, pródigo de bondade e de dedicação. Começa aí o fadário do mestre. O ofício de

ensinar não se cinge à atividade de rotina na universidade; prossegue, com vibrante entusiasmo, na residência, onde o mestre recebe os discípulos todos os sábados. A casa da Alameda Rocha de Azevedo se transforma no berço do movimento de renovação científica do direito processual civil. Vários dos discípulos, conquistando a cátedra, se esforçam por corresponder às esperanças do mestre. Fundam o Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, hoje órgão anexo da Universidade de São Paulo; publicam a Revista de Direito Processual, a quinta editada no mundo; realizam dois congressos, um internacional e outro nacional. Bastaria este legado para fazer a gloria de Liebman. Mas o mestre não para aí. No plano puramente intelectual, escreveu, além das notas às Instituições de Chiovenda, numerosos artigos e conferencias, que vêm a lume nos Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro (Saraiva e Cia., São Paulo, 1947) e, por derradeiro, o Processo de Execução (Saraiva e Cia., São Paulo, 1946 e 1963), como que para cingir de loiros a despedida do Brasil. O pensamento de Chiovenda e de Liebman está vivo. Fulge nas lições dos professores, nos acordãos dos Tribunais, nos debates doutrinários dos tratados, manuais, artigos e dissertações de concurso”³⁶.

Os mestres de processo civil, hoje, em São Paulo, e em algumas das principais faculdades do país, foram discípulos de LIEBMAN ou se filiam à sua orientação. Na Faculdade de Direito de São Paulo, o predomínio atual das novas idéias processuais é absoluto, através de LUÍS EULALIO VIDIGAL, BUZUID, MOACIR AMARAL SANTOS, MOACIR LOBO DA COSTA, CELSO NEVES, TOMÁS PARÁ FILHO, LUÍS AMBRA, JOSÉ INACIO MESQUITA.

E já se incorporaram, fundamentalmente, ao sistema positivo, através do Código de Processo Civil, em vigor, sendo ainda mais larga a sua atuação no anteprojeto de Código de Processo Civil, elaborado pelo prof. ALFREDO BUZUID.

36. ALFREDO BUZUID, introdução à 2.^a edição da tradução brasileira, de J. GUIMARÃES MENEGALE, das *Instituições de Chiovenda*. Edição Saraiva, São Paulo, 1965.

Deve ponderar-se, entretanto, que a situação atual não corresponde à que formava, em 1940, quando REALE fêz o seu concurso, à mentalidade dominante nas Arcadas. Naquela ocasião, conforme já se salientou, refulgiam ainda, em últimos lampejos, as inspirações positivistas, ou mais exatamente, naturalistas, e as idéias neoescolásticas, propugnadas por autorizados intérpretes. De certa forma, como se depreende da reconstituição que acabamos de fazer, a Faculdade se manteve sempre fiel às suas diretrizes básicas, numa dicotomia constante entre tendências naturalistas e aristotélico-tomistas.

Fácil é imaginar o que representou, portanto, para o ambiente então existente, a tese do candidato, os *Fundamentos do Direito*, que se desgarrava das duas orientações básicas, e vinha enveredar por um caminho novo, num convite aberto aos jovens e aos mestres para que o experimentassem. Tinha, sem dúvida, um tom marcadamente polêmico — e isso ressalta de cada uma de suas páginas — com relação às posições tradicionais, mas tinha sobretudo uma mensagem de renovação, que iria constituir, com o desenvolvimento posterior da teoria esboçada, uma contribuição inestimável para o pensamento jurídico brasileiro e mesmo extracontinental.

A Presidência do T.R.T. e a Ética Profissional*.

Helio Miranda Guimarães

Presidente do Tribunal Regional do Trabalho
da 2.^a Região.

Desnecessário acentuar o quanto me honrou o convite para proferir esta aula inaugural do curso de Direito do Trabalho. A distinção foi tão grande, a honraria tão intensa que tive de aceitá-la em que pese a tarefa assoberbante, volumosa e estafante de presidir um Tribunal do Trabalho.

E, porque não dizê-lo, foi na aceitação muito de vaidade e de orgulho. Que ex-aluno desta Faculdade não se envaideceria com a oportunidade que ora me é deferida?

Algo de inusitado se continha no amável ofício que o Prof. Cesarino, êsse meu mestre permanente, fêz chegar às minhas mãos por intermédio da culta e dedicada prof.^a Nair Lemos Gonçalves. Indicava êle como tema dessa nossa conversa a minha experiência adquirida na presidência do Tribunal.

Foi um choque.

É que na febricitante vida de presidente, entremeada de despachos, julgamentos, pedidos de emprêgo, visitas protocolares, instrução de dissídios coletivos, jamais tivera ocasião de parar um pouco, por pouco que fôsse, para meditar a respeito da minha própria atividade. A rotina me empol-

* Aula inaugural proferida em 2 de março do corrente ano (Curso Noturno) e 3 de março (Curso Diurno), na Cadeira de Legislação Social (Direito de Trabalho e da Segurança Social), dando início à execução do programa da Cadeira, na parte em que tem por objetivo aproximar os alunos da realidade social.

gara. O volume da faina impedia considerações outras que não fôsem as exigidas pelo deslinde das questões examinadas.

Tudo muito casuístico e particular.

O convite impunha súbita alteração de conduta. Exigia generalidades. Reflexão sôbre o conjunto. Sugeria ao pesquisador da fôlha que discorresse sôbre tôda a frondosa árvore.

A primeira e natural indagação que me fiz, naquela azáfama, foi por que a Justiça do Trabalho?

Que enorme abrangência deparei nestes vocábulos!

Presido Côrte que se dispõe fazer justiça ao Trabalho.

A sua própria existência é um repúdio à conceituação da antiguidade clássica que tinha a vida contemplativa superior à vida ativa. O ócio se sobrepunha ao labor. O trabalho enfeiava o corpo e envilecia a alma. Os deuses gregos de tudo fizeram. Odiaram, amaram, guerream mas trabalhar nunca trabalharam. Para sempre, também, afastada a sujeição do servo à gleba, dos companheiros e aprendizes aos rígidos regulamentos das corporações. Principalmente, banida de uma feita a pretensa igualdade entre o rico e o pobre. Tirou-se, definitivamente, a venda dos olhos da Justiça para que em contato com a realidade palpitante do dia a dia pudessem os juizes do trabalho não só dar a cada um aquilo que já era seu como ainda acudir a cada um segundo às suas necessidades.

Representa, enfim, a Justiça do Trabalho a proclamação efetiva e altisonante, da dignidade da pessoa humana inserta em todo trabalhador. A essa tarefa que talvez sobrepuje a humana debilidade se dedicam os juizes do trabalho.

Posso lhes asseverar, sem mêdo de erronia, que estão todos êles imbuídos daquela perspetiva histórica que é uma constante nas minhas cogitações: a de que a nós foi atribuída a incumbência rara na vida das nações que é a de criar nôvo ramo do Poder Judiciário.

Pesado fardo. E tanto mais hercúlea a tarefa quando se sabe que até o presente, quando completa a Justiça do trabalho 25 anos de vida, ainda não possui lei orgânica que lhe discipline a existência, acomodações condignas com a majestade de suas atribuições e porque não mencioná-lo, remuneração que propicie a tranqüilidade indispensável ao exercício da função judicante.

Estamos em época de reformas. Todos os setores sociais têm sido sacudidos pela ânsia de alterações.

Nesse transmutar algumas medidas têm sido contraditórias.

Pretende-se, por exemplo, que o sindicalismo nacional seja livre, extirpando-se o peleguismo e outras formas de degenerescência do espírito gregário.

Para a obtenção dêsse intento há necessidade de líderes sindicais autênticos, que sintam as necessidades da profissão, que sejam capazes de interpretar as reivindicações das categorias e por elas combater eficazmente.

É obvio que tais líderes não se improvisam. Não há matéria plástica que a essa confecção se preste. Originam-se êles na forja das lutas sindicais. Sem esta dura experiência nunca serão autênticos. Há portanto que se lhes deixar o campo livre, dentro do Estado soberano, a fim de que do cadinho das competições surjam os verdadeiros líderes.

No entanto, em que pese, o truísmo destas assertivas, embora se proclame ter aquêlê intento, legisla-se de molde a evitar o surgimento do caldo de cultura dos líderes sindicais legítimos.

Aí está, para comprovar, a Lei 4.725, manietando a atividade de patrões e empregados. Aí está o Decreto-lei n.º 3, a cercear o direito de greve.

São medidas temporárias, bem o sabemos, e que visam precipuamente deter a inflação que corroía tôda a nacionalidade. Algumas estão produzindo resultados benéficos, não há como se negar. Mas, nós brasileiros, não podemos olvidar que o temporário entre nós tende a permanecer.

Nem poderemos deslembrar que a Economia influi decididamente no Direito do Trabalho.

Mas, mais do que êste explosivo aspecto do Direito do Trabalho, preocupe-me, na meditação a que me obrigou o preclaro mestre, com a atuação do Homem no processo. Tem sido êle, creio, o grande esquecido.

Qual o seu papel no processo?

A resposta pertence evidentemente à deontologia jurídica.

Uma coisa posso desde logo adiantar. Por melhor que seja o sistema judiciário de nada valerá êle se os que nêle se agitam e o impulsionam não forem norteados por rígidos princípios morais ou pelo menos insuflados por ditames de boa fé.

As leis são feitas pelos homens. Nascem, portanto, sob o signo da imperfeição. São os homens que as tornarão eficazes, uma vez que por êle serão interpretadas e aplicadas. Por mais sábios que sejam serão sempre falíveis. Sujeitos à inata debilidade. Assim tudo me leva a crer que o problema a que o processo se propõe a resolver não se funda tanto na perfeição ou imperfeição dos textos legais, mas sim, radica no fator humano.

Examinemos a conduta do advogado.

O primeiro dever a êle imposto é o de ser leal. Não só para com o cliente, como frente ao adversário e ao juiz.

“Se às astúcias do adversário e às suas deslealdades respondêssemos com outras astúcias e deslealdades, nos diz *COUTURE*, já não seria o juízo a luta de um homem honrado contra um velhaco senão a luta de dois velhacos”.

Nem o nosso Código de Processo Civil nem a Consolidação das Leis do Trabalho fazem referência expressa ao dever de lealdade como o faz o italiano. No entanto, no Código de Processo pátrio, no passo de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, defrontâmo-nos com a vedação de demandas interpostas por espírito de emulação, mero capricho ou êrro grosseiro, abuso que também poderá florescer quando o réu opuzer maliciosamente resistência injustificada ao andamento da causa.

O grande número de advogados, que fatalmente ocasiona a estreitez econômica de muitos, sugere a adoção de práticas dilatórias. Agem os que assim procedem “com a mesma solícita benevolência com que o aldeão leva todos os dias a pastar a sua única vaquinha, na esperança de poder ordenhá-la ainda durante muitos anos”, no pitoresco reparo de CALAMANDREI.

Infelizmente essa prática dilatória tenho sentido com freqüência indesejável no apreciar agravos de petição que são de exclusiva atribuição da presidência. Que impressão desfavorável deixam tais protelações. Já tive mesmo ocasião de advertir a um ou outro profissional com os quais tenho certa liberdade, para não reincidirem em tão malsã conduta.

Nesse momento é que necessita o advogado de sua absoluta independência moral para se antepor ao cliente e ponderar-lhe a indefensibilidade da causa.

Ésse o momento crucial da profissão.

Não pelo que possa representar de perda do cliente, mas pelas derivações morais ou imorais que a atitude do advogado possa engendrar.

ANGEL OZORIO, num chocante paralelo, assevera que “a prostituição pública resultaria sublime, pois ao final, a mulher que vende o corpo pode defender-se com o protesto de sua alma, enquanto que o advogado venderia a alma para nutrir o corpo”.

Inaceitável que se conspurque o processo. Inadmissível seja pervertido, transformado em luta desleal, ao invés de ser o instrumento de afirmação exata e rápida da Justiça.

Difícil, por certo, a repressão preventiva ao abuso do direito de demandar. Posso proclamar, sem mêdo de êrro, que não há meio de prevenir o mal. Impedir ou restringir o direito de ação sob o pretexto de evitar seu abuso, sempre tão nocivo, seria ferir frontalmente uma das garantias asseguradas até pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 8.º).

Seria matar o enfermo para combater a doença.

O único meio indireto de prevenção, ensina Pontes de Miranda, é a ação declaratória “que antecipa o pronunciamento da Justiça sôbre a existência ou inexistência da relação jurídica ou sôbre a autenticidade ou falsidade do documento”.

Nem só é necessária a ética no propor a demanda. Mister oriente as partes e os procuradores no desenrolar da instância.

O dever da veracidade, por exemplo, é regra a que não podem fugir os litigantes e seus defensores. Que não se imite aquêle patrono que recriminou o seu cliente que lhe faltara com a verdade, apostrofando: diga-me a verdade inteira que me encarrego de mentir aos juizes.

Para coibir essa falta aí está o art. 63 do C.P.C. que veda a alteração intencional da verdade e comina pena para os infratores.

Como se pretender justiça alterando o suporte fático da ação?

“Justiça nenhuma, adverte Couture, pode se apoiar na mentira”. Que a parte escolha os fatos a serem narrados, mas que na exposição não sejam êles deformados. Mesmo a mentira judicial do defensor, na preocupação da defesa do interêsse do cliente, sujeita o advogado embusteiro a sanções disciplinares.

O Código de Ética Profissional é expresso no sentido de ser defeso ao advogado alterar maliciosamente ou deturpar o teor de depoimento, documento, alegação de advogado contrário, citação de obra doutrinária, de lei ou de sentença; redigir infielmente depoimento ou declaração, em suma por qualquer modo iludir ou tentar iludir o adversário ou o juiz da causa.

Que se dizer do juiz?

Ao juiz, principalmente ao juiz, em virtude de sua própria função, se exige conduta irreprochável no desenvolver da instância e fora dela.

Dirigirá o processo assegurando à causa andamento rápido, sem prejuízo da defesa dos interessados. No exercício dêsse poder que lhe outorga o caráter publicístico do processo indeferirá as diligências inúteis em relação ao seu objeto ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios. Será civilmente responsável quando, sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar providências que deveria tomar de ofício ou a requerimento das partes. Igual responsabilidade terá se no exercício de suas funções incorrer em dolo ou fraude.

Sua atividade visará a busca da verdade real. Nessa pesquisa não se moverá como um pesquisador em seu laboratório a quem se facultam marchas e contra-marchas. Não deverá ser tardinheiro. Justiça atrasada, já o disse RUY, não é justiça senão injustiça qualificada e manifesta.

Conta MARIO GUIMARÃES que “uma decretal de Carlos Magno autorizava o litigante a quem o juiz não provesse logo com a sentença, a transportar-se para a casa do magistrado, passando a viver a custa dêste, até que tivesse feito o seguimento”.

Os reclamos contra essa forma de injustiça qualificada e manifesta são velhos. Por isto mesmo a C.L.T. acena com a possibilidade do desconto correspondente a um dia de vencimento, para cada dia de retardamento do juiz, que não despachar ou praticar todos os atos decorrentes de suas funções.

Já que me referi ao dever de lealdade, ordena êle que diga não ter tido ciência da aplicação de tais penas, embora não possa afirmar o mesmo em relação a juizes morosos.

Que não incida o magistrado trabalhista no relato de PERRETTI GRIVAS “No tempo das circulares fascistas incitantes da conciliação em tôdas as fases da lide, havia juizes, que, um pouco para se livrarem das sentenças, um pouco para fazer bela e fascística figura nas estatísticas que oportunamente eram solicitadas para registrar as benemerências da boa vontade dos conciliadores, esforçavam-se ao

máximo para alcançar uma composição, ainda que a custo de fazer compreender ao recalitrante, talvez insinceramente, a probabilidade de ver declarada a sua sem razão”.

Nada mais deletério que tal conduta. Torna o litigante descrente da aplicação da lei. Perde o juiz a ocasião de realmente harmonizar as partes através de ação persuasiva e educativa. Faz da conciliação, êsse notável instrumento de concórdia, meio de prejudicar a quem possa perder alguma coisa. E o que sobreleva, faz perder a confiança na Justiça.

CALAMANDREI naquela sua notável obra de arte florentina que é o *Elogio dos Juizes Escrito por Um Advogado* formula o seguinte questionário para o exame de consciência de um magistrado no final de sua carreira:

“Nunca me ocorreu, enquanto parecia estar convencido da culpabilidade do imputado, dar-me conta, de repente, que começava a considerá-lo inocente ao saber de quem era filho?

Nunca me ocorreu, ao decidir uma lide, não poder afastar de minha mente as opiniões políticas ou a fé religiosa ou o parentesco ou as amizades da parte a quem logo dei razão?

Nunca me ocorreu, na mesma audiência, para convidar testemunhas a tomar assento diante de mim, empregar para cada uma delas, uma fórmula distinta: para uma “tenha a bondade de sentar-se” e para outra “sente-se”?

Nunca me ocorreu, ao ditar uma sentença, pensar sem querer nas conseqüências que de proferí-la desta ou em outra forma poderia seguir para mim promoção ou transferência?

Doce e tranqüila velhice, finaliza o tratadista, a do magistrado jubilado que a tôdas estas indagações puder responder: *Nunca*”.

Vale a longa transcrição como um Código de Ética para os juizes.

Examinada a posição singular, de modo sumário, de cada uma das pessoas que de modo principal se entrelaçam no processo, importa perquirir das relações entre advogados e juizes.

Ainda aqui nos socorre o Código de Ética. Entre os deveres dos advogados está o de zelar pela dignidade da magistratura. Não se exige subserviência. Ao contrário, aquêle repositório de normas morais acentua o dever do advogado de tratar as autoridades do juízo com respeito e independência. Sobretudo independência. Nenhum receio de desagradar a juiz, diz o Código, deterá o advogado no cumprimento de seus deveres.

Como conciliar o direito de defesa que ineludivelmente acarreta o ataque a sentenças injustas ou ilegais com o respeito à dignidade da magistratura?

Quem melhor respondeu à indagação foi o saudoso “batonier” AZEVEDO MARQUES que, depois de analisar a relevância das funções judicantes e advocatícias no mesmo plano alto de servidores da lei, da humanidade juridicamente organizada, conclui por sentenciar:

1. O respeito devido à magistratura não exclui o respeito à liberdade de defesa.
2. A liberdade de defesa jamais deve equivaler ao ataque ultrajante à pessoa individuada do juiz.
3. A liberdade de ataque é permitida pela ética profissional contra decisões consideradas injustas a juízo do advogado, porém sem menção dos nomes de seus prolores e sem incidências nos delitos de Direito Comum.
4. No processo oral é menos rigorosa do que no escrito a apreciação das palavras da defesa e da intenção do orador.

Caros acadêmicos

Parodiando GEORGE SCELLE digo-lhes que até aqui tiveram os senhores oportunidade de exumar um cadáver ao estudarem o Direito Romano; vem acompanhando os passos trôpegos de um ancião que é o Direito Civil. De hoje em diante terão a rara e feliz oportunidade de investigar a evolução de um corpo jovem e robusto, na plenitude da mocidade, que é o Direito do Trabalho.

Propositalmente cometi a “gaffe” de, numa aula inaugural do curso de Direito do Trabalho, pouco ou quasi nada ter me referido à peculiaridade da matéria. Nenhum mal lhes advirá. Têm os senhores, como mestre, êsse nome universalmente conhecido que é o professor CESARINO JUNIOR, que vem sendo tão bem coadjuvado por êsse pugilo de auxiliares do vulto da Dra. Nair e do Dr. Gottschalk, os quais melhor do que ninguém lhes abrirão tôdas as mansões do Novum Jus.

E se assim procedi é por estar convicto, plenamente certo de que, tôdas as reformas, tôdas as mudanças serão sempre inócuas se não se iniciarem pela mudança interior de todos nós individualmente.

Fundamentação do Título de Doutor
“Honoris Causa” Conferido pela Uni-
versidade de Gênova ao Professor
Miguel Reale.

A Faculdade de Direito da Universidade de Gênova conferiu, em janeiro último, ao Professor Miguel Reale o título de doutor “honoris causa”, em cerimônia presidida pelo Magnífico Reitor daquela Universidade, com a presença das mais altas autoridades locais e do Ministério da Educação e Cultura da Itália.

É a seguinte a fundamentação oficial da outorga do título ao mestre paulista, conforme lhe foi comunicado pelo Diretor daquela Escola, Professor Mario Casanova.

“O professor Miguel Reale, brasileiro, catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de S. Paulo, ex Magnífico Reitor daquela Universidade, Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, presidente da Sociedade Inter-americana de Filosofia, presidente do Instituto Brasileiro de Filosofia, Diretor da “Revista Brasileira de Filosofia”, membro de Academias e Sociedades filosóficas e jurídicas de vários países, benemérito no incremento das relações culturais entre a Itália e o Brasil, dotado de larga experiência profissional nos setores da atividade legislativa, da administração pública, e nas lides forenses, é universalmente reconhecido como um dos mais altos expoentes do pensamento filosófico-jurídico na América do Sul.

“É autor de vastos e significativos trabalhos e monografias de Filosofia do Direito, de Teoria do Estado, de pesquisas sôbre os fundamentos do direito positivo, alimen-

tadas por um profundo preparo humanista, e reavivadas por uma constante aderência à concreta fenomenologia social e jurídica, expandindo-se sobre os amplísimos campos da disciplina por êle professada.

“Em consideração dos singulares méritos, por êle adquiridos, a Congregação da Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Gênova, por unanimidade de votos, delibera conferir ao Professor Miguel Reale a láurea “ad honorem” em Jurisprudência.

“Vista a deliberação tomada pela Congregação, em 16 de dezembro de 1963 e a aprovação do Govêrno da Itália, proclamo o Professor Miguel Reale doutor “honoris causa” em Jurisprudência da Universidade de Gênova.”

BIBLIOGRAFIA

MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 4.^a edição, Saraiva, São Paulo, 1966.

Desta quarta edição da "Filosofia do Direito", do prof. MIGUEL REALE (1), o que cabe dizer, antes de qualquer outra coisa, é que não se trata de uma simples reimpressão, mas de uma verdadeira edição nova. O livro, de fato, além de se apresentar com roupagem nova, externamente, também se mostra com alterações extensas, algumas das quais de cunho essencial, como ocorre na parte metodológica, onde o pensamento do autor é não só melhor esclarecido, como também se robustece de elementos novos, inclusive no que diz respeito aos seus fundamentos, graças ao contato com as publicações mais recentes de trabalhos de EDMUNDO HUSSERL. E também, no que se refere à estrutura mesma da sua concepção do direito, à já conhecida teoria tridimensional do direito, ganha agora contornos mais precisos, em pontos fundamentais, com a incorporação, ao texto do livro, de certas indagações feitas pelo autor, com relação a certos aspectos da experiência jurídica. São sensíveis os avanços alcançados, em precisão, extensão e profundidade no que concerne à nota de atributividade bilateral do direito, que desde há anos constitui um dos pontos mais firmes do pensamento do prof. MIGUEL REALE.

A par dessas modificações, de maior importância e significação, outras muitas se notam, ao longo de toda a obra, mas que não alcançam o mesmo nível de interesse das indicadas. Dito isso, à guisa de apresentação desta nova edição, cabe aproveitar a oportunidade para fazer um balanço quanto à significação da obra em si mesma. Hoje se fala muito, se fala talvez até demais, em tridimensionalismo jurídico. Juristas e juristas-filósofos, que guardam entre si muito pouco de afinidade, se intitulam, sem a menor restrição, de tridimensionalistas. Tridimensionalistas se consideram ROSCOE POUND, como CAIRNS; STONE, como GARCIA MAYNEZ; LASK ou JEROME HALL; RADBRUCH, WILHELM SAUER, SANTI ROMANO, HAURIOU e RECASÉNS SICHES. Quem conheça, ainda que por simples contato, a doutrina de todos esses pensadores, logo se apercebe de que entre eles os pontos de divergência e diferenciação superam, de muito, as eventuais afinidades. E o tridimensionalismo, que na maioria deles se vislumbra, é mais um simples rótulo do que uma realidade estrutural e orgânica. E não faltam os que, como GARCIA MAYNEZ, chegam quase a transformá-lo numa metodologia, sem valor ontológico intrínseco. Isso é dito e ressaltado para

mostrar a importância da contribuição que o prof. REALE trouxe não só para o tridimensionalismo (por não tê-lo percebido é que um autor tão arguto, como WERNER GOLDSCHMIDT, não soube classificá-lo adequadamente), mas também para a exata compreensão da realidade jurídica. Aliás, uma coisa está intimamente relacionada com a outra.

O tridimensionalismo de REALE não é apenas uma denominação, mas antes a compreensão da realidade jurídica como uma realidade tridimensional. Não se trata, assim, nem de designação, nem tampouco de pura posição metódica. O direito, para êle, é e não pode deixar de ser tridimensional. Em qualquer momento de sua manifestação, quer considerada abstratamente, de forma conceitual, quer concretamente, através da experiência, implica, necessariamente, em tríplice dimensão. Isso é exato não só no que concerne às manifestações mais avançadas da experiência humana, como também às mais modestas. E assim é porque o direito constitui uma constante na experiência histórica, pois esta nada mais é do que um reflexo do espírito humano. O direito é um produto cultural, e cultura é reflexo do espírito, em sua realização histórica. Não há história sem direito, por razões óbvias. Direito e história se integram, tendo mesmo um jurista italiano dos nossos dias, e dos mais argutos, GUIDO FASSÒ, confundido a experiência histórica com a experiência jurídica. Essa conceituação do direito, essa maneira de "ver" a realidade jurídica está se impondo de maneira decisiva, conforme se depreende de estudos ultimamente realizados, tanto no Brasil como no estrangeiro. RECASÉNS SICHES, em sua *Filosofia do Direito*, explicitamente reconheceu a superioridade da "formula Reale".

Um jurista italiano, de formação universitária densa, como VITO PASINI, também se utiliza das sugestões tridimensionalistas, e largamente, em seu excelente estudo, intitulado *Vita e Forma nella Realtà del Diritto*. Entre nós, o ilustre magistrado FRANCISCO CHIARADIA NETO já aplicou, com excelentes resultados, a concepção tridimensional ao campo do direito penal. IRINEU STRENGER, igualmente, serviu-se das premissas estabelecidas pelo prof. REALE para o exame de problemas implícitos na dogmática jurídica, com resultados também francamente positivos. Pedimos licença, ainda, para acentuar que tivemos oportunidade de fazer o mesmo com relação ao problema da segurança, que consideramos essencial, em nosso trabalho *O Problema da Segurança no Direito*. E outro tanto por várias vezes, o fizemos, com relação aos problemas atinentes ao Juri. Com isso, queremos apenas ressaltar a importância e significação da obra, que condensa todo o pensamento jurídico do autor, apresentando-o de forma sistemática.

Revista Brasileira de Filosofia, Instituto Brasileiro de Filosofia, S. Paulo.

O fato de uma publicação, como a *Revista Brasileira de Filosofia*, completar quinze anos de existência, é a melhor demonstração de que já possuímos condições para um trabalho especulativo ordenado. Melhor do que qualquer outra coisa, revela êle que já contamos com pesquisadores, não só em número apreciável, mas também de qualidade necessária para alimentar, com a indispensável continuidade, um periódico do gênero. Quer sob um aspecto, quer sob outro, o fato se reveste da maior importância. A tal ponto, que seria hoje praticamente impossível ter uma idéia exata do momento filosófico brasileiro, nos seus vários setores, prescindindo do conteúdo da *Revista*. Foi isso, aliás, que já compreenderam várias instituições culturais e não poucos estudiosos americanos e europeus, que tiveram as atenções voltadas para o nosso ambiente. Nem poderia ser de outra forma, dadas as características que têm marcado a publicação, desde o seu primeiro número. É ela, sem dúvida, um veículo de divulgação de idéias, sem fronteiras intelectuais de qualquer natureza. Nas suas páginas, vêm encontrando guarida para os seus trabalhos os ensaístas das mais variadas e mesmo divergentes orientações.

Católicos, existencialistas, fenomenologistas, direitistas e esquerdistas, monistas e pluralistas, filósofos puros e pesquisadores sociais, lógicos e homens de ação, todos, indistintamente, nela encontram um lugar para expor as suas idéias e os resultados mais recentes do seu trabalho intelectual. Com isso, a *Revista* pôde constituir-se num espelho, quanto possível fiel, da moderna atividade filosófica em nosso país. Quem quiser realizar uma análise, mesmo ligeira, das nossas tendências, em qualquer setor, obrigatoriamente tem que a ela recorrer. Outro ponto, que chama a atenção e exige um registro é o extenso campo, que procura cobrir. As publicações do governo, quer européias, quer americanas, revelam a tendência à especialização. Por isso mesmo, em sua grande maioria, refletem apenas as preocupações de determinados setores da inteligência. Coisas diversas e que por isso mesmo a singulariza, se dá com a nossa *Revista*.

O material que tem divulgado engloba, praticamente, tôda a atividade filosófica, na sua gama imensa de manifestações. Metafísica, Teologia, Estética, Filosofia Científica, Filosofia Jurídica e Social, Teoria Geral do Direito, História da Filosofia, etc.. Uma razão a mais, portanto, para possibilitar ela uma visão global da nossa atividade intelectual. Para atermo-nos, tão-sòmente, ao campo que mais de perto nos diz respeito isto é, o das pesquisas jurídicas, deve acentuar-se que, em quase todos os números, vêm ensaios a respeito de

temas jurídicos da maior atualidade, mostrando como os nossos estudiosos acompanham o desenvolvimento da doutrina jurídica em todos os países e procuram também colaborar para o seu maior progresso. Outro ponto, que também está a exigir uma referência, é o que a *Revista* se esforça também por divulgar ensaios de autores europeus, norte-americanos e latino-americanos, pondo assim ao alcance de qualquer leitor nacional o que de melhor se tem elaborado fora de nossas fronteiras.

Era preciso dizer tudo isso, para os que ainda não se familiarizaram com a publicação, para que possam ter uma idéia precisa do que ela representa para a nossa formação cultural. E sobretudo, para que todos tenham uma idéia do que ela deve representar em esforço, dedicação e entusiasmo pela causa da inteligência em nosso meio. Um periódico com essas características, que consegue durar quinze anos — um verdadeiro milagre, sem dúvida — é fruto, pura e exclusivamente da iniciativa particular, do trabalho conjunto de vários entusiastas, que se congregaram em torno do Instituto Brasileiro de Filosofia, sob a orientação do eminente catedrático de Filosofia da Faculdade de Direito de São Paulo, prof. MIGUEL REALE. Se outro mérito não lhe sobrasse, bastaria, para consagrá-lo, o de ter revelado, aos nossos próprios olhos, que no Brasil já é possível um esforço de pesquisa ordenado em torno de assuntos filosóficos.

ÍNDICE.

| | |
|---|-----|
| Prof. Dr. Miguel Reale | 9 |
| Igualdade e Desigualdade Perante a Justiça — Giorgio del Vecchio | 26 |
| La Filosofía del Derecho de Miguel Reale — Luis Recaséns Siches | 44 |
| Teoría Tridimensional del Derecho — B. Mantilla Pineda | 69 |
| La Filosofía del Derecho de Miguel Reale — Luis Legaz y Lacambra | 78 |
| O Chamado Direito Natural — Em que Consiste — Wilson Chagas | 86 |
| Sôbre a Evolução do Direito Natural — Nelson Nogueira Saldanha | 101 |
| Contribuição Baiana à Filosofia Jurídica e à Sociologia do Direito — A. L. Machado Neto | 117 |
| Introdução à Deontologia Jurídica — Silvio de Macedo | 158 |
| Filosofia dos Valores e Unidade Histórica — Renato Cirell Czerna | 165 |
| 'Uni-Verso' Realeano — Luis Washington Vita | 179 |
| Fenomenologia e Criticismo Ontognoseológico — Irineu Strenger | 198 |
| Pluralismo e Liberdade do Professor Miguel Reale — José Cre- tella Júnior | 218 |
| Conflitos no Espaço das Normas de Dip — Haroldo Valladão | 227 |
| Das Verfassungsgericht in der Bundesrepublik — Gerhard Leibholz | 257 |
| Miguel Reale e a Renovação dos Estudos Jurídicos no Brasil — Teófilo Cavalcanti Filho | 270 |

CONFERÊNCIA.

| | |
|--|-----|
| A Presidência do TRT e a Ética Profissional — Hélio Miranda Guimarães | 307 |
|--|-----|

CRÔNICA UNIVERSITÁRIA.

| | |
|--|-----|
| Fundamentos do Título de Doutor «Honoris Causa» Conferido pela Universidade de Gênova ao Prof. Miguel Reale | 317 |
|--|-----|

| | |
|---------------------------|-----|
| BIBLIOGRAFIA | 319 |
|---------------------------|-----|

I N D E X.

| | |
|---|-----|
| Mr. Le Professeur Miguel Reale | 9 |
| Egalité et Inégalité par devers la Justice — Giorgio del Vecchio | 26 |
| La Philosophie du Droit de Miguel Reale — Luis Recaséns Siches | 44 |
| La Théorie Tri-dimensionnelle du Droit — B. Mantilla Pineda | 69 |
| La Philosophie du Droit de Miguel Reale — Luis Legaz y Lacambra | 78 |
| Le Droit Naturel — Qu'est-ce qu'il est — Wilson Chagas | 86 |
| Sur l'Evolution du Droit Naturel — Nelson Nogueira Saldanha .. | 101 |
| La Contribution de la Bahia pour la Philosophie du Droit et la Sociologie Juridique — A. L. Machado Neto | 117 |
| Introduction à la Déontologie Juridique — Silvio de Macedo | 158 |
| La Philosophie des Valeurs et l'Unité Historique — Renato Cirell Czerna | 165 |
| L'Univers de Miguel Reale — Luis Washington Vita | 179 |
| La Phénoménologie et la Critique Ontognoséologique — Irineu Strenger | 198 |
| Pluralisme et Liberté chez Miguel Reale — José Cretella Júnior | 218 |
| Les Conflits dans l'Espace des Lois de Droit International Public — Haroldo Valladão | 227 |
| Das Verfassungsgericht in der Bundesrepublik — Gerhard Leibholz | 257 |
| Mr. le Professeur Miguel Reale et le Renouveau des études Juridiques au Brésil — Teófilo Cavalcanti Filho | 270 |

CONFERENCE.

| | |
|---|-----|
| La Présidence du Tribunal Regional do Trabalho et l'Éthique Professionnelle — Hélio Miranda Guimarães | 307 |
|---|-----|

CHRONIQUE UNIVERSITAIRE.

| | |
|--|-----|
| Les Raisons par lesquelles Mr. le Professeur Miguel Reale a été décerné le titre de Professeur «Honoris Causa» pour l'Uni- versité de Genova | 317 |
|--|-----|

| | |
|----------------------------|-----|
| BIBLIOGRAPHIE | 319 |
|----------------------------|-----|

TABLE OF CONTENTS.

| | |
|---|-----|
| Professor Dr. Miguel Reale | 9 |
| Equality and Inequality Before Justice — Giorgio del Vecchio ... | 26 |
| Miguel Reale's Philosophy of Law — Luis Recaséns Siches | 44 |
| Tri-dimensional Theory of Law — B. Mantilla Pineda | 69 |
| Miguel Reale's Philosophy of Law — Luis Legaz y Lacambra ... | 78 |
| The so-called «Natural-Law — What it is — Wilson Chagas | 86 |
| On the Evolution of Natural Law — Nelson Nogueira Saldanha ... | 101 |
| The Contribution of Bahia to Juridical Philosophy and the Socio- logy of Law — A. L. Machado Neto | 117 |
| Introduction to Juridical Deontology — Silvio de Macedo | 158 |
| Philosophy of Values and Historical Unity — Renato Cirell Czerna | 165 |
| The Universe of Miguel Reale — Luis Washington Vita | 179 |
| Phenomenology and Ontognoseologic Criticism — Irineu Strenger | 198 |
| Professor Miguel Reale's Pluralism and Liberty — José Cretella Júnior | 218 |
| Conflicts in space of International Private-Law Norms — Haroldo Valladão | 227 |
| Das Verfassungsgericht in der Bundesrepublik — Gerhard Leibholz | 257 |
| Miguel Reale and the Renewal of Juridical Studies in Brazil — Teófilo Cavalcanti Filho | 270 |

CONFERENCE

| | |
|--|-----|
| The Presidency of «Tribunal Regional do Trabalho» and Professional Ethics — Hélio M. Guimarães | 307 |
|--|-----|

UNIVERSITY CHRONICLE.

| | |
|---|-----|
| The Reasons why Professor Miguel Reale was given the title of Doctor Honoris Causa by the University of Genova | 317 |
|---|-----|

| | |
|---------------------------|-----|
| BIBLIOGRAPHY | 319 |
|---------------------------|-----|

ESTA REVISTA FOI COMPOSTA E IMPRESSA NAS OFICINAS DA
EMPRESA GRÁFICA DA "REVISTA DOS TRIBUNAIS" S.A., NA RUA
CONDE DE SARZEDAS, 38, SÃO PAULO, BRASIL, EM 1966.

ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais. Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

2. Atribuição. Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

3. Direitos do autor. No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente (dtsibi@usp.br).