

ULYSSES DE MELLO E SILVA

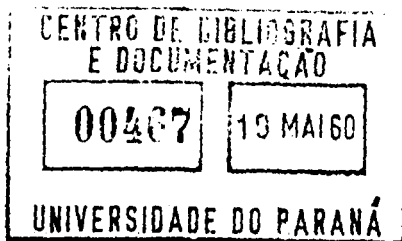
A JUSTIÇA E O DIREITO

*Tese de concurso à Cadeira de Introdução
à Ciência do Direito, apresentada à Douta
Congregação da Faculdade de Direito da
Universidade do Paraná.*

1952

UFPA - Sistema de Bibliotecas

BC/MUFPR - MEMORIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANA
AUTOR
R\$ 10.00 - Doacao
Termo No. 588/03 Recontro:352,735
02/12/2003



*A MINHA MÃE EM TESTEMUNHO
DE AMOR E GRATIDÃO*

*AO PROFESSOR ENÉAS MARQUES
DOS SANTOS, O MESTRE E AMIGO,
OFEREÇO.*

"A Deus a prece fervorosa do crente"

1. — Tõda teoria é um sistema de juízos que pretendem ser verdadeiros. E' propensão natural da mente humana perguntar "como" e o "porquê" último das coisas e da vida. Os problemas se apresentam diante dos olhos humanos e provocam a especulação do espírito. O assombro comove o espírito e a resposta restabelece o equilíbrio perturbado. O problema gera a resposta e todo conhecimento é, em síntese, a resposta dada a determinados problemas. Mas, a resposta já está contida na própria pergunta. O fenômeno, como a moeda, tem em uma das faces a pergunta e na outra a resposta. Porém, o homem, ao responder, não o apreende nem totalmente nem com evidência. O vício está na própria natureza humana (1).

Dada a precariedade das soluções, em virtude das relações entre o espírito e o mundo, surgiu o problema prévio — de como podemos conhecer e quais

(1) Juan Llambias de Azevedo — "Eidética y Aporetica del Derecho", pg. 12 e ss. — Espasa Calpe Argentina, S. A. — 1940. Luiz Recasens Siches — "Vida humana, Sociedad y Derecho" — pg. 64 — Fondo de Cultura — México — 1945.

são as possibilidades do entendimento — em face do mundo exterior.

Qual a origem do conhecimento?

Para o empirista, não há dúvida, a única fonte do conhecimento é a experiência. A mente se assemelha a uma fôlha em branco que depois se enche de noções extraídas da realidade empírica. Estas servirão de condição indispensável para novos conhecimentos.

Separa o empirista, de um modo categórico e estrito, o mundo dos fatos do mundo das idéias, e faz destas uma conseqüência ou epifenômeno do primeiro. Dentro da atitude empirista, há orientações diversas e para estas não há um denominador comum, a não ser a experiência. Tal atitude é muito antiga e foi professada, especialmente, pelos sofistas, epicuristas e estóicos. Modernamente, Locke e Hume são as suas maiores expressões. Constitui princípio empirista que a todo conceito corresponde uma sensação, e se algum conceito escapa à regra, não é verdadeiro.

Oposta ao empirismo encontramos a atitude racionalista que admite ser a razão a única fonte do conhecimento. Ela é a origem e o elemento reitor do processo. A experiência dentro dos limites do racionalismo só nos revela o cambiante, o fracionário, o parcial. Há conceitos anteriores a todo contacto com a realidade, como, por exemplo, os usados pela Matemática.

Platão, Aristóteles e Tomás d'Aquino defenderam tal proposição e, modernamente, Descartes, Leibniz, Spinoza (2).

(2) Martin T. Ruiz Moreno — "Filosofía del Derecho", pág. 5 e ss. Editorial Guilherme Kraft Ltda. — Buenos Aires, 1944.

Segundo Leibniz, todo conhecimento do mundo se deriva de algumas verdades racionais, por êle denominadas "verdades necessárias", e, quando na indagação destas, encontrou outras, fornecidas pelos próprios fatos perceptíveis, chamou a estas "verdades de fato". Esta atitude limitou, em parte, o poder da razão (3).

Wolff admite que só pelo princípio da não contradição, por via dedutiva, a razão humana tudo pode conhecer.

Admitir-se o racionalismo será admitirem-se as idéias que se acham na base do plano divino da criação. Como modêlo de tais idéias, podemos indicar o conhecimento geométrico, que, desde Pitágoras, teve seus princípios tratados no plano do pensamento puro. Graças a Platão, o conhecimento geométrico juntamente com o lógico se converteram de pensamentos filosóficos em o "nervus probandi" da afirmação da existência de verdades fundamentais independentes da experiência.

Partindo das relações mais elementares entre os dados mais simples, tais como o ponto e a reta, a geometria euclidiana alcançou as relações métricas do plano e do espaço, em um sistema cerrado de perfeita unidade. Graças ao encadeamento lógico e aos seus postulados fundamentais, transportou-se, automaticamente, sôbre tôdas as proposições derivadas. Descoberta a possibilidade da demonstração geométrica, nasceu com ela todo o edifício científico.

(3) W. Windelband — "Historia de la Filosofia Moderna", pág. 350 — I — Editorial Nova — Buenos Aires. — 1951.

Outra atitude que responde à pergunta formulada é a do **criticismo**, que pretende conciliar o empirismo com o racionalismo. Sustenta e demonstra que o conhecimento se compõe de duas partes: uma que nos é dada pela razão, e, por isto, "a priori"; a outra, que nos é proporcionada pela experiência e, como tal, "a posteriori". A primeira antecede e condiciona a segunda. Kant explica em sua "Crítica da Razão Pura" a atitude tomada diante do conhecimento "não há dúvida de que todo conhecimento começa com a experiência. Mas, se é certo que êle começa com ela, nem por isto, origina-se todo nela". Isto quer dizer, que, antes da experiência, não há nem pode haver conhecimento, fato que dá valor ao empirismo. Porém, uma vez recebida a experiência, o entendimento acrescenta algo, por sua parte, extraído dêle mesmo e que não foi fornecido pela realidade exterior. São os conceitos puros "a priori" admitidos pelos racionalistas. Não pretendeu o filósofo de Koenisberg fundar nova filosofia, tão somente estabelecer um método — como ensinar a filosofar; como podemos conhecer; e quais os limites do conhecimento humano.

A sensibilidade é, para o filósofo, a faculdade que dá o diverso, sem enlaces, espalhado no espaço e no tempo. E o entendimento é a faculdade que une e sintetiza tal diversidade. Sensibilidade e entendimento não possuem, em separado, objetos próprios, senão que concorrem ambos ao conhecimento de um único objeto (4). Dêste pensar nasceram a estética e

(4) Emanuel Kant — "Crítica de la Razón Pura y Prolegomenos a Toda Metafísica Futura", pág. 45 e ss. — "El Ateneo" — Buenos Aires. — 1950.

a analítica transcendental, estudando a primeira o que há de "a priori" e universal na diversidade do dado, e a segunda a operação que intelectualmente os unifica.

Paralelamente às três atitudes indicadas, encontramos a fenomenológica. As anteriores tomam a razão, em maior ou menor escala, como o agente do "conhecer" e o próprio empirismo admite que é só pela via racional que se podem considerar os fatos ministrados pela experiência sensível.

Cada uma dessas posições tem o seu método próprio: o empirismo, o indutivo, baseado na evidência sensível; o racionalismo, o dedutivo, baseado nas verdades da razão; e o criticismo, o crítico. A fenomenologia, seguindo a via irracional, adota, como método, a intuição; é o conhecimento do mundo em um único ato. Por meio da intuição aprendemos na realidade as "essências", objetos ideais. Essências são, na fenomenologia, os objetos universais, como, por exemplo: homem, planta, etc. Tudo que pode ser pensado tem uma essência. Sendo anterior a intuição ao pensamento, sua função é a de dirigir êste.

A fenomenologia, no dizer de Heidegger, tem como objeto o estudo do todo que se mostra e se mostra por si mesmo (5).

* * *

Estabelecidas as quatro atitudes fundamentais, a segunda proposição que nos ocorre é a do valor ou da verdade que se apresenta no conhecimento.

(5) Heidegger — apud — Georges Gurvitch — "Las tendencias actuales de la Filosofía Alemana", pág. 19 — Editorial Losada, S. A. — Buenos Aires. — 1944.

Existirá um conhecimento real das coisas? Poderá ser conhecido o mundo na sua expressão total? O que damos por conhecido não será uma ilusão dos sentidos? Tais questões são respondidas de várias formas, sendo as principais condensadas em quatro teorias: a dogmática, a ceticista, a positivista e a criticista.

Admitida pelo dogmatismo a existência do espírito, êste está devidamente capacitado para "o conhecer", e esta capacidade em nenhum instante é posta em dúvida.

Històricamente, sempre ou quase sempre, o racionalismo e o dogmatismo marcharam juntos.

Considerado o dogmatismo como a completa submissão, sem exame pessoal, aos princípios ou à autoridade que os impõe ou revela, podemos considerar entre os dogmáticos os filósofos do século XIX que endeusaram a experiência e lhe atribuíram valor absoluto. Tôda doutrina extema é necessàriamente dogmática.

Opondo-se ao dogmatismo, o ceticismo sustenta que não há segurança alguma em face da natureza do conhecimento. A limitação e a imperfeição das nossas faculdades psíquicas e a circunstância de que o conhecimento é um fato individual não nos permitem a aquisição de realidades válidas universalmente.

Na antiguidade, foram céticos radicais Górgias e Protágoras, especialmente quando êste afirmava "ser o homem a medida de tôdas as coisas". Modernamente, ressurgue sob o nome de pragmatismo e economismo filosófico, desenvolvido êste por Ernst Mach.

No campo da Matemática tem especial projeção a figura de Poincaré, o mais ilustre dos matemáticos franceses.

A oposição entre o dogmatismo e o ceticismo toma um novo sentido, quando Augusto Comte diz ser aquêlo o estado normal da inteligência humana, para o qual tende, por sua natureza, de maneira contínua, inclusive quando mais parece afastar-se dêle, porque o ceticismo não é senão um estado de crise, resultado inevitável do interregno intelectual que sobrevém, necessariamente, tôdas as vêzes que o espírito humano é chamado para mudar de doutrina (6).

O ponto intermediário entre o dogmatismo e o ceticismo é o criticismo, que procura estabelecer as condições, formas e limites em que se pode dar o conhecimento.

Kant afirma que podemos conhecer as coisas tais como se apresentam e os fenômenos como se nos aparecem. A "coisa em si" ou o "nôumeno" é totalmente incognoscível para a inteligência humana. Únicamente dentro das faculdades do sujeito é possível o conhecimento, e a antinomia entre o sujeito e o objeto não torna possível o conhecimento total das coisas.

O positivismo limita tôda certeza, tôda noção de certeza, aos resultados experimentais obtidos pela ciência positiva. O que foge ao campo desta ciência, carece de valor como conhecimento. A realidade só pode ser conhecida mediante o estabelecimento de leis.

(6) Augusto Comte — "Primeiros Ensayos", pág. 270 — Revista de Occidente, Madrid — Textos filosóficos dirigidos por José Gaos. — 1948.

O velho método experimental de Aristóteles (7), re-explicado por Bacon (8), com aditamentos especiais, é o método positivo de Augusto Comte.

* * *

No estudo dos laços históricos que unem as origens das ciências naturais, observamos que, especialmente as chamadas ciências da natureza, estão intimamente ligadas à geometria euclidiana. O método e os critérios geométricos foram tidos por quase dois mil anos como indiscutíveis. Mas, os axiomas não serão de origem experimental? Não serão conhecimentos empíricamente derivados?

A geometria, inteira e imediata representação das propriedades do espaço, constitui o inatacável suporte da filosofia de Kant. As proposições euclidianas eram juízos sintéticos "a priori", e não seria admissível uma proposição contrária.

Acontece que, criada outra geometria por Lobatchesky e as demonstrações de Riemann sôbre a possibilidade de mais outras, nova feição foi dada ao problema.

Se a intuição não é a fonte exclusiva dos postulados geométricos, volveremos necessariamente para a experiência. E desta não poderíamos partir em busca da geometria verdadeira?

(7) P. Leonel Franca S. J. — "Noções de história da filosofia" — Ed. Nacional — 1943.

(8) R. Leslie Ellis — "Metodo y problemas de filosofia de Bacon" — pág. 45 — Losada, S. A. — Buenos Aires — 1941.

Gauss, medidos os ângulos de um triângulo entre três montanhas, Lobatchesky numa mesma tentativa com três estrêlas, foram frustrados nos seus propósitos para responder a tal pergunta.

A primeira dificuldade foi a falta de rigor das observações humanas e a segunda, a natureza dos instrumentos empregados, que haviam sido construídos conforme princípios euclidianos.

Diante do insucesso dessas e outras emprêsas houve a necessidade de uma revisão total e uma crítica geral das bases do conhecimento. Este trabalho coube a Hilbert e a H. Poincaré.

Partindo de que corpos invariáveis, absolutamente rígidos não existem, deduz-se que os axiomas geométricos não podem ser fatos experimentais. O mundo imaginário de Poincaré, na sua clássica alegoria, do universo térmico, nos mostra a dependência estrita entre os axiomas e a rigidez dos corpos de medição. A inexistência de tais corpos não permite que a experiência seja a legisladora dos axiomas.

Conclui Poincaré que os axiomas não são nem juízos sintéticos "a priori", nem fatos empíricos, mas convenções. Nestas há necessidade de se evitarem as contradições com os fatos da experiência. Há possibilidade sempre da descrição de um fato por sistema de concepções diferentes, sendo de preferência adotadas as mais simples, porque somos levados pela lógica, que os mais simples contêm um menor número de arbitra-

riedades. A indicação dêste mínimo, existente na axiomática geométrica e nos fundamentos das ciências, é o mérito de Poincaré (9).

* * *

2. — O realismo, o idealismo e a fenomenologia disputam a solução do mais complexo dos problemas filosóficos, a saber: — o objeto do conhecimento.

O realismo, distinguindo as coisas em reais e fenomênicas, somente admite estas últimas.

O idealismo nega a realidade existente por si mesma e reduz os corpos a grupos de qualidade. No idealismo tudo é pôsto, nada é dado.

O fenomenologismo, segundo Johann H. Lambert, em prefácio de sua obra "Neues Organon", é a investigação destinada a distinguir a verdade da aparência.

Kant na fenomenologia examina o movimento ou repouso da matéria em relação com a forma de representação.

Hegel chama de fenomenologia do espírito a ciência que mostra a sucessão das diferentes formas ou fenômenos da consciência, pela sensação, até chegar ao saber absoluto (ciência).

Husserl, com método descritivo e filosófico, pretende estabelecer: a) uma disciplina psicológica "a

(9) Desiderio Papp — "Filosofia de las Leyes Naturales", pág. 52 a 61 — Espasa — Calpe Argentina, S. A. — Buenos Aires. — 1945.

priori" que permita o estabelecimento sôbre bases seguras a uma psicologia empírica; b) uma filosofia universal que proporcione um "organum" para a revisão metódica de tôdas as ciências (10).

Segundo a fenomenologia, as leis da natureza não se derivam das coisas, senão das condições preestabelecidas pela nossa própria inteligência.

O conhecimento do mundo dos fenômenos exige a correlação entre as leis do universo e as da nossa inteligência. As coisas que pensamos são para nós o que o nosso espírito quer que sejam, dêste modo, tudo que pensamos não existe em si mesmo, senão em relação a nós (11).

Tôda ciência tem algum objeto por conhecer; é qualquer coisa que possa ser sujeito lógico de um juízo. Todavia os objetos das ciências não se apresentam com características comuns, impossibilitando-nos, desta forma, de agrupá-los sôbre denominadores comuns, conforme se pretendeu no século XIX.

Investigações fenomenológicas nos levam a admitir quatro famílias de objetos, sem características comuns que não permitem estudá-los pelos mesmos processos, uma vez que as diferenças específicas não são redutíveis.

Temos em primeiro lugar os objetos ideais e neutros ao valor, como por exemplo: o triângulo, o círculo, ou a estrutura de um juízo. Tais objetos existem tão só idealmente, não estão na experiência, pois que

(10) Enciclopédia Britânica — Tomo XII — pág. 699-701.

(11) Morseli — "Princípios de lógica" — pág. 235 — Ed. Cost. 1928.

triângulo ou círculo, estudados pelos geômetras, não são conhecidos por nossos sentidos e não se confundem com triângulos e círculos traçados nos livros.

São ainda neutros ao valor, porque, a não ser dentro das mentalidades primitivas, infantis ou patológicas, podemos falar nas qualidades boas ou más de um triângulo, nem tampouco podemos atribuir-lhes valores estéticos, etc.

O método para o estudo do objeto da Matemática e da Lógica é o racional dedutivo. Deduzir é partir de uma verdade ou princípio geral para se chegar ao conhecimento das verdades particulares. A dedução vale como método por sua racionalidade, que, como vimos anteriormente, baseia-se nas verdades de razão, juízos apodícticos que se apoiam no princípio da não-contradição. Em oposição às verdades de razão temos as verdades de fato que carecem dessa necessidade intrínseca.

As bases do método dedutivo racional, no campo da Matemática, são constituídas pelos axiomas; e no campo da Lógica, pelos princípios. O ato de consciência, suporte do método racional dedutivo, é a intuição intelectual ou a inteleccção, isto é, a visão direta de uma coisa ou de uma situação, contemplação de algo imediatamente presente, penetração no interior de uma realidade. A intuição é empírica, quando se relaciona com o objeto por meio da sensação, e é pura quando nela nada há que pertença à sensação. A questão da exigência da presença momentânea do objeto à apreensão intuitiva constitui problema alheio aos nossos propósitos. Husserl nos dá o seguinte exemplo

da intuição intelectual: "na soma um mais um é igual a dois" a evidência é imediata, instantânea, sem nenhuma complicação da mente.

Chamaremos de naturais ao segundo grupo de objetos estudados pelas Ciências Naturais, tais como os da Física, os da Biologia e os da Psicologia. Êstes estão na experiência, são revelados pelos sentidos e, assim os objetos ideais, são neutros ao valor.

As Ciências Naturais empregam o método empírico indutivo, sendo que, por empírico, devemos entender, fundado na experiência, e, por indutivo, a atitude que parte dos fatos particulares e eleva-se ao princípio geral.

O suporte lógico do referido método é a **EXPLICAÇÃO**, que pode ser definida como o ato de fazer presente o que estava simplesmente latente, o que necessitava para o seu conhecimento ser desenvolvido. Seria, pois, passar dos efeitos às causas, seria o conhecimento das coisas por algo que não é a própria coisa.

O objeto das Ciências Naturais é real, está na experiência e é neutro ao valor.

* * *

A terceira categoria de objetos encontrada em nossa experiência, é constituída, em termos gerais, pelos objetos da cultura. São as características deste terceiro grupo — ter existência, estar na experiência e ser valioso.

O ato de consciência, seu suporte lógico, é a **COMPREENSÃO (12)**.

(12) Carlos Cossio — "El Derecho en el Derecho Judicial", pág. 28 — Editorial Guillermo Kraft Ltda. — Buenos Aires — 1951.

A compreensão originariamente psicológica se converte em um processo mais amplo, em uma hermenêutica encaminhada para a interpretação de estruturas objetivas. Compreender significa passar de uma exteriorização do espírito à sua vivência extraordinária. Dilthey diz: "Explicamos a natureza, compreendemos a cultura". Por outra parte, o conceito de valor não pode ser definido, assim como o do ser e o da existência. Pode significar três coisas diferentes: a vivência, a qualidade, e uma idéia de valor. Mas, orientando-nos pelo próprio fenômeno, devemos rejeitar o conceito apriorístico, pois que o valor é, sem dúvida, objeto de uma vivência. Assim, experimentamos a beleza de uma paisagem, o caráter sagrado de um lugar, falamos de valores religiosos, éticos, estéticos. Nestas vivências, a qualidade dos objetos é que lhes dá o caráter e, por sua vez, desperta no sujeito a respectiva vivência.

Todo homem quer e não pode querer senão aquilo que, de qualquer forma, lhe pareça valioso e como tal digno de ser desejado. É da essência do ser humano: conhecer, querer e valorar. Valoramos coisas as mais diferentes, tais como: água, pão, livros, homens e opiniões.

Em tôdas as coisas encontramos duas direções possíveis para as nossas valorações — a positiva e a negativa. Algumas coisas são valiosas e outras desvaliosas. Mas por que essas coisas nos têm valor? Elas nos são valiosas, porque nos satisfazem necessidades fundamentais, bem como as do espírito. Ao afirmarmos que os valores satisfazem necessidades, parecemos que os focalizamos simplesmente em seus efeitos e não em sua essência.

O valor não é, como pretende Nicolau Hartmann, algo em si, mas algo existente para alguém. Não devemos, contudo, admitir que seja o sujeito o indivíduo valorante. Os valores não são impressões subjetivas de agrado ou desagrado. Outro é o critério do valor. Uma coisa pode nos produzir agrado e ser considerada má, como também pode produzir desagrado e ser considerada boa. Não é outro o sentido do pecado. Ele é grato, porém mau. Como diz o poeta — vejo o melhor e o aplaudo, e pratico o pior.

O sujeito não é a medida dos valores e não devemos compreender a referência a um sujeito, como a compreendeu Johannes Hessen, como referência a um sujeito em geral, um sujeito mais abstrato. O autor em questão diz que os valores se orientam para a mais profunda camada do ser que se acha presente em todos os indivíduos (13).

Há entre os juízos de valor e os de existência nítida distinção. Os primeiros nada enunciam a respeito do ser. Os juízos de valor não são, como acima dissemos, impressões subjetivas. Não são também objetos ideais, por não possuírem as características de tais objetos. Caracterizam-se por não ser. Que será esse não ser que é algo?

Esta variedade ontológica dos valores que consiste em não ser foi descoberta em meados do século passado pelo filósofo Lotze. Para designá-los usou a palavra — valer —. Eles não são, valem. Valer e ser

(13) Prof. Johannes Hessen — “Filosofia dos Valores”, pág. 46 — Armenio Amado Editor — Coimbra — 1946. Trad. do Prof. L. Cabral de Moncada.

são coisas diferentes. Quando afirmamos que algo vale queremos dizer que não nos é indiferente. A não indiferença é pois a essência do valor.

O valor pertence ao grupo ontológico que Husserl, seguindo ao psicólogo Stumpf, chama de objetos não independentes (14).

Não há, como é de precipitada conclusão, uma separação entre o ser e o valor; êste não existe a não ser através da realidade (15). Os valores às vêzes começam por ser algo ideal, depois penetram, em dado momento, na esfera do real. Podem ter origem individual, mas só são considerados como realidade, quando alcançam a consciência coletiva e nela submergem.

Íntimas são as relações entre o valor e o "dever ser". Afastada a idéia de um "dever ser" abstrato da Filosofia neo-criticista, a fenomenologia tem-se esforçado para obter uma situação clara entre o "dever ser" e o valor. O princípio inicialmente reconhecido por Max Scheller entre o "dever ser" e o valor é o seguinte: Todo "dever ser" se funda no valor (16). Distingue também o referido autor o "dever ser" ideal do "dever ser" normativo. Chama de "dever ser" ideal, quando se funda num valor que já é por nós contemplado como um possível ser real, e diz em seguida que

(14) Manuel Garcia Morente — "Lecciones Preliminares de Filosofia", pág. 370 e ss. — Losada, S. A. — Buenos Aires — 1949.

(15) Felix Kaufmann — "Metodologia de las Ciencias Sociales", pág. 136-37 — Fondo Cultura Economica — Mexico — 1946.

(16) Max Scheller — "Etica", pág. 79 e 187 — Revista de Occidente, Buenos Aires — 1948.

as relações que se estabelecem entre o “dever ser” e o querer, que se propõe realizá-lo, é o “dever ser” da obrigação. Como exemplo cita: “O mal não deve existir” e “não deves praticar o mal”, o primeiro como ideal e o segundo como normativo (17).

O método adotado para o conhecimento dos objetos culturais é o empírico-dialético; dialético aqui empregado significa união de coisas heterogêneas postas em função de mútua co-implicação pelo espírito.

E, finalmente, encontramos a quarta classe de objetos possíveis, denominados, pelos filósofos, de metafísicos e que se caracterizam por ter existência, não estar na experiência e ser valiosos.

* * *

3. — Ensina Kant que há — em todo conhecimento dois elementos: um de estrutura empírica, que é tomado da experiência, e outro lógico, constituído de conceitos. Entre ambos há a mais íntima relação que pode ser assim enunciada: A estrutura lógica é a forma de que o conteúdo empírico é a matéria. A estrutura não só é necessária, como também é ela que nos dá as verdades de razão, e o conteúdo empírico é contingente. Na técnica criticista são usados como termos equivalentes: formal, necessário e “a priori”, porque, segundo Kant, o “a priori” constitui uma verdade não dependente da experiência, e, pelo que cabe

(17) Max Scheller — obra citada, pág. 214.

ao elemento natural, não só é chamado de contingente, como também de "a posteriori" e por isto mesmo dependente da experiência.

Aplicado o sistema kantiano ao campo do Direito, deve-se inicialmente reafirmar que os objetos próprios das disciplinas culturais devem ser "compreendidos", visto como são portadores de um valor. Isto posto, penetremos mais no campo da cultura, individualizando, identificando o fato jurídico.

Inicialmente observamos que o campo da cultura não compreende somente fatos jurídicos, mais é constituído "evidentemente por um conjunto integral de utensílios e bens dos consumidores, pelo corpo de normas que regem os diversos grupos sociais, pelas idéias e artefatos, crenças e costumes" (18).

* * *

Limitado o problema ao corpo das normas que regem os diversos grupos sociais, ainda ali se observa que nem tôdas são jurídicas, como também morais, convencionais, etc. Muito se tem escrito nas tentativas de separação entre os campos da Moral, Direito, Usos e Convencionalismos.

Assim Usos e Convencionalismos objetivam-se na repetição de um determinado comportamento. Mas, pela própria designação como são tratados, nota-se que se opõem neste assunto os vários autores: Austin

(18) Bronislaw Malinowski — Una teoria Científica de la Cultura, pag. 49 — Trad. — A. R. Cortazar — Sudamericana — Buenos Aires — 1948.

os chama de "moralidade positiva"; Ihering, de "usos sociais"; Hartmann, de "regras de trato externo" e Stammler, de "normas convencionais". Ocorre, todavia, que autores, tais como Del Vecchio e Radbruch, negam a possibilidade de distingui-los das regras jurídicas. Assim o primeiro, conforme o convencionalismo, o situa no campo do Direito ou da Moral, e o segundo considera-o como embrião em que as características ainda não surgiram e, por êste motivo, não pode constituir objeto próprio de indagação científica. Os primeiros autores citados, Stammler, Ihering e outros afirmam que podem, segundo o "âmbito de validade", origem da "fôrça obrigatória", "origem estatal ou social" e "natureza da sanção", distinguir Usos, Convencionalismos, Direito e Moral (19). Concluindo, parece-nos que Usos e Convencionalismos constituem fronteiras indeterminadas do mundo social.

* * *

O problema das relações e distinções entre a Moral e o Direito somente adquire sentido a partir de Tomasius quando êste autor procura distingui-los, atribuindo ao primeiro um valor subjetivo de "não fazer" e ao segundo um valor positivo de "fazer". O problema na sua expressão total é de extraordinária complexidade, e os critérios distintivos baseiam-se em argumentos os mais diversos. Na maior parte as distinções repousam em elemento subjetivo e, por tal motivo, não podem ser aceitas.

(19) Eduardo Garcia Maynes — Introduccion al Estudio del Derecho, pág. 25 — I — Jus — Revista de Derecho y Ciencias Sociales — Mexico — 1944.

A antiguidade não nos legou nenhum subsídio sobre a matéria. Os romanos, ao definirem o Direito em suas fórmulas, envolveram sempre o conceito de ética. Definiram o Direito ou a Justiça como "a arte do bem e do justo" (Celso); "o que sempre é bom e justo" (Paulo); a vontade constante e permanente de conceder a cada um o seu direito" (Ulpiano).

A Idade Média, nitidamente religiosa, não permitiu que os problemas do Direito e da Moral adquirissem corpo e pudessem gravitar fora da órbita da Teologia.

Logo após as primeiras tentativas, outras foram realizadas por Tomasius, fortemente influenciado pelas concepções individualistas do século XVIII. Caracterizou as regras de Direito como uma atitude negativa e, por êste motivo, podem ser impostas coativamente aos indivíduos pelo poder público, e, quanto às regras morais, impondo deveres ao homem, escapam a toda sanção externa.

O critério adotado foi aceito por todos os individualistas, inclusive Kant, que sustentou ser o Direito a garantia da liberdade e o seu fundamento "um conceito inato e essencial ao homem, fornecido "a priori" pela razão sob a forma de um preceito absoluto: "conduze-te de tal modo que a tua liberdade possa coexistir com a liberdade de todos e de cada um" (20).

A obra filosófica de Kant proporcionou inúmeros argumentos para as distinções entre as duas disciplinas. Baseados no conceito da "vontade pura", alguns

(20) Kant — "Principios Metafisicos del Derecho", pag. 47
Trad. F. Ayala — Americalee — 1943. Buenos Aires.

autores pretenderam distinguir a Moral do Direito, opondo à interioridade da primeira a exterioridade do segundo. Diz-se que a ação é boa, quando praticada não somente "conforme ao dever", mas também "por dever", exigindo assim a Moral a retidão de propósitos. E, por outro lado, o Direito limita-se a prescrever a execução externa de certos atos. Se é bem verdade que o Direito observa uma certa elasticidade, no tocante às motivações, isto não significa que deixe de considerar, em absoluto, o elemento psíquico. Não seria possível a valoração jurídica de ato algum, sem, de certo modo, desembocar nos motivos. O certo é tão só que a Moral parte da consideração do motivo para chegar depois ao aspecto físico ou externo, enquanto o Direito segue um processo inverso, mas, tanto em um como em outro caso, trata-se só de procedência ou preponderância, porém não da exclusividade (21).

Outro critério nascido da Filosofia de Kant e aplicado à questão é o da autonomia da vontade. Toda vez que uma pessoa age e que a sua ação não se deriva do seu livre arbítrio, seu proceder é heterônomo e carece, por conseguinte, de mérito moral. Heteronomia é a sujeição a um querer alheio, renúncia à faculdade de auto-determinação normativa. Opondo-se à heteronomia, encontra-se a autonomia, que quer dizer auto-legislação, reconhecimento espontâneo de um imperativo ditado pela própria consciência. Esta noção kantiana, diz Hartmann, já foi superada por contraditória, pois que o legislador ali imaginado não é uma

(20) Kant — "Principios Metafisicos del Derecho", pág. 47 211 — I — Trad. — Recasens Siches — Hispano-Americana — Mexico — 1946.

pessoa real. Os preceitos éticos são, em relação à pessoa, uma legislação independente do seu arbítrio (22).

Maynez, professor da cadeira de Introdução ao Direito, na cidade do México, em obra já citada, procurou distinguir os preceitos da Moral dos jurídicos, amparando-se na autoridade de Georges Gurvitch e Leon Prataczky, e assevera que as diferenças se baseiam na afirmação de que as regras morais são unilaterais e as jurídicas bilaterais. "A unilateralidade das regras éticas se faz sentir no fato em que, face ao sujeito a quem obriga, não há outra pessoa autorizada para exigir d'ele o cumprimento do seu dever. E as jurídicas são bilaterais, porque, além de impor obrigações, concedem direito". Como nos referimos, esta é também a opinião de Gurvitch, quando diz que "a estrutura do preceito jurídico é essencialmente bilateral ou em termos mais precisos, plurilateral, enquanto que a estrutura do preceito ético é unilateral (23).

Em exame mais detido, observa-se que a ação humana pode apresentar-se em duas situações: A) Em dada ocasião, pode um sujeito realizar esta ou aquela ação, mas a realização de uma delas implica em não-realização das restantes. Entre as várias possibilidades práticas, subjetivas, uma só será prescrita, a que resulta estar mais conforme com o princípio ético do sujeito. Assim o "fazer" apresenta-se diante do "omitir". A antítese que se dá entre o que se deve fazer e o que se não deve fazer, quando considerado o confli-

(22) Eduardo Garcia Maynes — "La definicion del Derecho", pág. 142 — Editorial Stylo — Mexico — 1948.

(23) G. Gurvitch — "Le temps présent et l'idée du droit social", pág. 105 — J. Vrin — Paris — 1950.

to sempre num mesmo sujeito, é o que constitui a categoria ética da Moral. B) A relação é estabelecida com atos de outro sujeito e então esboça-se uma relação objetiva entre sujeitos, e o que o sujeito pretende fazer, pode ser impedido por outrem. O princípio jurídico tende a instituir uma coordenação objetiva de obrar e tradu-se em uma série correlativa de possibilidades e impossibilidades de conteúdo, com respeito a vários sujeitos (24).

Carlos Cossio diz que se conclui em forma evidente, que as ações humanas podem interferir não só subjetivamente, como também intersubjetivamente, e que em todo direito há pelo menos dois sujeitos compreendidos pela relação jurídica (25).

* * *

4. — Reconhecida a norma jurídica como uma relação intersubjetiva, vejamos quais os seus elementos constitutivos: Há em toda norma uma estrutura lógica que se reduzirá à fórmula — "dado A deve ser B" — e há os dados que são fornecidos pela experiência jurídica, incluindo-se necessariamente nestes a valoração jurídica, que é a referência da norma a valores de conduta em interferência intersubjetiva.

No estudo desses elementos, o que maior importância adquire, pelo papel que desempenha é, sem dúvida, o relativo à valoração. Essa é que vai estabelecer as relações funcionais no campo social, entre os vários

(24) Giorgio Del Vecchio — obra citada, pág. 113.

(25) Carlos Cossio — obra citada, pág. 76.

fatos que podem ser objetos da norma jurídica e os outros que com êles formam o mundo dos valores. A norma é determinada no seu aspecto valorativo pela totalidade dos elementos da situação, sendo que ela própria existe em função de um complexo de relações de diversas variáveis. Os valores jurídicos não tendo sua existência condicionada às variações das opiniões humanas, são, contudo, relativos às pessoas individualmente consideradas, como também à sociedade. No primeiro caso, temos que a conduta da pessoa juridicamente obrigada, é sempre relativa a um pretendente e, no segundo, devemos considerar que casos há nos quais o dever jurídico de um particular é correlativo a um direito que pertence à sociedade juridicamente organizada. Como também no direito subjetivo a observância da obrigação beneficia igualmente à sociedade e ao Estado, como órgão por excelência de realização de valores jurídicos. A sociedade e o Estado têm o máximo interêsse em que os preceitos e o direito se ajustem e harmonizem normalmente.

Diz Hartmann que a justiça como valor de ordenação objetiva da comunidade não interessa somente aos particulares, como também à comunidade mesma.

A fundamentação filosófica da participação criadora dos individuos no estabelecimento do direito repousa na idéia da responsabilidade solidária de todos os membros da comunidade.

A solidariedade "é o momento mais profundamente criador na vida histórica dos povos. E' também algo primário no ser ético do cidadão; e quando se manifesta poderosamente e rebaixa os impulsos egoístas, a grandeza da comunidade floresce com ela. Esta soli-

dariedade, que consiste na disposição do indivíduo de sacrificar-se ao todo, é um autêntico valor da atividade virtuosa, pois é o valor da intenção de cada indivíduo, pelo qual sua força só se adverte na magnitude da ação conjunta" (26).

Quando, na vida social, surgem situações e exigências que reclamam solução, cabe ao legislador, ao regulamentá-las, realizar certos valores. Mas a matéria da regulamentação modifica-se constantemente. O que é valioso, em determinada situação, poderá deixar de ser em situação distinta, ou em lugar e tempo diversos. Como as situações nas quais os valores jurídicos se produzem são fatos reais, capazes de se transformarem e desaparecerem, devemos admitir que tais valores são relativos ao espaço e ao tempo, onde e quando se realizam. Isto equivale a se admitir que todos possuem âmbitos espaciais e temporais limitados. Schreier, tratando do assunto, fala de uma lei de causalidade jurídica que expressa nos termos seguintes: "Tôda alteração no fato condicionante determina uma modificação das conseqüências normativas" (27).

Inegavelmente, o Direito é um fenômeno de cultura e o valor que pretende realizar é o do justo. Todo fenômeno cultural se caracteriza em função de um fim a que tende, pois a cultura não é outra coisa senão uma realidade orientada para valores. Mas se não logra alcançar os valores a que aspira, imprime sem-

(26) Nicolau Hartmann — apud Maynes — La Definicion del Derecho — pág. 186. Fondo de Cultura — Mexico.

(27) Fritz Schreiner — "Concepto y Formas Fundamentales del Derecho", pág.... — Trad. — E. Garcia Maynes — Losada, S. A. — Buenos Aires — 1942.

pre um sentido à conduta humana. A justiça é o supremo objetivo de todo direito histórico, e, para alcançá-la, o Direito realiza outros valores imediatos, tais como a paz e a ordem. Tôda justiça se apoia no princípio seguinte: Tratar igualmente os iguais e desigualmente os distintos, na proporção de sua desigualdade. Porém, não nos proporciona o padrão de medida para o estabelecimento da igualdade e desigualdade entre os homens. Historicamente, a solução do problema é dependente de um conjunto de juízos estimativos, devidamente fundados em uma filosofia acêrca do mundo e da vida, própria de cada época. Todavia, segundo o relativismo epistemológico, não é possível demonstrar-se qual a concepção verdadeira. O problema dos fins do Direito deve ser congruente com uma determinada visão panorâmica do Cosmos.

* * *

5. — O mundo jurídico atual está constituído de regras que têm uma significação normativa diante da conduta dos homens. Existe todavia uma super-estrutura de tais regras, formada pelos princípios puramente ideais, que encontram seus fundamentos nos valores próprios da justiça. Quando há discrepância entre os valores acima citados é que se observa a atualidade dos valores próprios da Justiça, donde um preceito formalmente válido carece de valor intrínseco, quando fôr materialmente injusto.

A idéia do justo tem experimentado através da história diversas modificações.

A justiça era para o grego uma maneira de aplacar o excesso crescente que dava lugar à vingança interminável, que constituía a tragédia. Era, antes de

tudo, o meio de se escapar à tragédia de um crescimento contínuo e inevitável de uma desigualdade; era forma de se restabelecer uma suposta igualdade originária. O injusto será o desmedido, o que clama vingança, e exige que as coisas voltem a ser postas dentro dos seus limites.

Pouco sabemos das lutas travadas no período homérico, porém a proeminência, em tais lutas, da justiça como fundamento da sociedade humana estende-se na literatura jônica, desde os tempos primitivos até o século V A.C. Constitui o motivo principal das obras de Hesíodo e se estende por toda a história grega. *Conforme as tradições, todo Direito dos primeiros tempos estava em mãos dos nobres que administravam a justiça sem lei escrita. Com a fundação das colônias que, como consequência, trouxe para a metrópole a grande revolução industrial, houve o enriquecimento de cidadãos alheios à nobreza. Apoiados pela nova força, os homens livres empenharam-se na conquista das primeiras leis escritas.*

As palavras de Hesíodo de condenação aos cavaleiros venais são evidentemente anteriores a essa época, mas, desde os seus tempos que a palavra "dikê" se converteu em um lema de luta de classes. Sobre as particularidades históricas da luta para a codificação pouco sabemos, contudo, o princípio que a inspirava, resumia-se na conquista do Direito escrito que proporcionasse "direitos iguais para todos, poderosos e humildes".

"Dikê" na sua significação fundamental equivale aproximadamente a "dar a cada um o que lhe é devido"; o que a cada um é devido e, por este motivo, o

que êle pode exigir e é ao mesmo tempo o princípio garantidor dessa exigência. Concretamente significa o processo, o juízo e a pena. Não é menos antigo que "Thémis", palavra com que Homero designa o Direito. Zeus dava aos reis de Homero "o ceptro e Thémis", sendo êste o indicativo da nobreza cavalheiresca dos antigos senhores.

Assim como "Thémis" se refere à autoridade do Direito, sua legalidade e validade "dikê" significa o cumprimento da justiça.

Durante o período das lutas que, conforme dissemos, se estende dos tempos homéricos até a época de Solon, "dikê" é a bandeira e, se originariamente, significou a igualdade, posteriormente, o seu significado quer dizer "que é necessário pagar o mesmo com o mesmo, devolver o mesmo que se há recebido e dar uma compensação igual ao prejuízo causado" (28).

Estudadas as fontes, estas nos revelam as variações que sofre o conceito da justiça, nos vários períodos da história do povo helênico.

Foi tida como uma necessidade natural no Anônimo de Jamblico. Segundo êste autor, "os homens não podem viver por natureza isolados e são impulsionados pela necessidade a se reunir, porém, não lhes era possível manterem-se reunidos sem lei e, por esta necessidade, a lei do justo deveria reinar entre êles, pois esta coisa lhes havia sido dada pela natureza. Quem por fim há chegado à posse de um bem deseja-

(28) Werner Jaeger — "Paideia", pág. 121 — I — Trad. — Joaquim Xirau — Fundo de Cultura Economica — Mexico — 1942.

do, deve usá-lo para o bem e para o justo. Deve buscar-se por meio de uma norma de pensamento ou ação — a virtude completa: esta consistirá em beneficiar o maior número possível” (29).

Segundo Protágoras, a justiça nada mais é do que um trabalho elaborado pela mente humana e variável de cidade para cidade. O justo é o convencional (opinião da cidade), porque as coisas que parecem justas e belas para uma cidade, são — no enquanto as crê como tais. As suas próprias palavras dizem: “que não se creia esta (a justiça) existente por natureza ou automaticamente recebida como dom, senão conquistada por meio da aprendizagem e exercício. E’ o que tentarei demonstrar agora . . . Quem castigar razoavelmente, não castiga pela injustiça passada (pois isto não converteria em não produzir o fato), senão com vistas ao futuro para que não volte a pecar, nem êle nem outros, sendo êste castigado”. Com tal pensamento julga a virtude, objeto da instituição, pois castiga para prevenir (30).

Na opinião de Trasímaco da Calcedônia, a justiça confunde-se com o direito do mais forte, e é —, em sua expressão, idêntica à legalidade. São suas as palavras: “Afirmo que o justo não é mais que o útil ao mais forte . . . isto é em todos os Estados, o justo é sempre aquilo que convém ao governo constituído (31).

(29) Anônimo de Jamblico — apud — Rodolfo Mondolfo -- “El Pensamiento Antiguo”, pág. 142 — I — Losada, S. A. — Buenos Aires — 1942.

(30) Platão — “Teeteto”, pág. 62 — Obras Completas — Madrid — 1927.

(31) Platão — “La Republica”, pág. 388 — Obras Completas.

Outro pensamento que também deve ser considerado entre os gregos, no tocante à matéria, é o com o que Cálicles afirma ser a justiça o direito do mais forte oposto à legalidade. É o ideal do dominador contra a igualdade pretendida pelos homens. "Quase sempre são contrárias estas duas coisas — natureza e lei. Com efeito, para a natureza, o pior é sempre o que é também o de maior dano; para a lei, ao contrário, o pior é cometer injustiça. Não é digna do homem a passividade de sofrer injustiça, é própria do escravo, para quem seria melhor morrer do que viver, pois ofendido e maltratado não é capaz de defender-se a si mesmo, nem aos demais a quem ama. Porém creio que, quem fêz as leis, foram os débeis e as massas. Estabeleceram como lei o que os beneficia e favorece... atemorizando os mais fortes e capazes de superá-los. Êles, os mais débeis, se contentaram com a igualdade... porém, a meu parecer, a natureza mesma demonstra que o justo é que o mais forte exceda o mais débil, e o mais poderoso ao impotente. E de muitas maneiras é evidente que assim seja, como entre os animais, Estados e raças humanas, pois tal é o critério do justo — o domínio e predomínio do mais forte sôbre o mais fraco" (32).

Também no discurso dos atenienses aos de Melo, Tucídides nos afirma categòricamente "quem pode recorrer à violência, não tem necessidade de recorrer à justiça".

Ao lado dêsses autores, foram muitos os outros, tais como Hípias e Antífon, que admitiram a justiça

(32) Platão — "Gorgias", pág. 482-84 — Obras Completas.

baseada no princípio da igualdade e fraternidade humana. Do primeiro são as palavras: "Ó homens aqui presentes, creio-os todos unidos, parentes e concidadãos, por natureza e não por lei; porque o semelhante está unido em parentesco com seu semelhante por natureza; porém a lei, como tirana dos homens, em muitas coisas, emprega violência contra a natureza". E de Antífon são tais palavras: "Nós respeitamos e veneramos o que é nobre de origem. Fazendo isto, obramos com respeito aos outros. Porque, por natureza, somos todos iguais, absolutamente, bárbaros e helenos" (33).

Platão e Aristóteles constituem os marcos da história da justiça, e não seria exagerada a afirmativa de que tudo o que se tem ensinado e escrito sobre a essência da justiça depois deles, constitui repetição das suas idéias.

A metafísica platônica ensina que a efetivação da justiça no seu aspecto puro é um problema que se afasta da realidade humana, isto é, que se situa além da experiência em um outro mundo. E toda vez que os homens indagam de suas determinações, deverão, ao interrogá-la, submeter-se aos desígnios de Deus.

A metafísica de Platão é fundamentada na doutrina pitagórica, pois gira ao redor da crença de que, após a morte, a alma será castigada ou premiada pelo mal ou bem que haja praticado.

É o reconhecimento do princípio da retribuição "post-mortem" e, como consequência, a alma deverá sobreviver e transformar-se de sujeito em objeto da jus-

(33) Antífone, Fragmentos II — apud — Bignone — "Studi sul pensiero antico" — Lofredo — Napoli — 1938.

tiça. Tais idéias constituem o tema principal dos diálogos "Fedon", "Górgias" e especialmente da "A República". Neste último, o mito da retribuição não só constitui o tema central, como também o seu prólogo e epílogo. Não queremos com isto afirmar que Platão não tenha distinguido a retribuição da justiça. Diz "não se castiga o malfeitor pelo passado que não pode ser reparado, ao castigá-lo deve-se olhar para o futuro e desejar que o homem que recebe o castigo, bem como aquêle que o presencia, sejam para diante dissuadidos de cometer novos delitos" (34). Depois de haver afirmado a imortalidade da alma, sendo desta o mais elevado bem, a justiça, Platão conclui a sua obra "A República", enumerando quantas e como são grandes as recompensas que a justiça e as outras virtudes dão tanto aos deuses, como aos homens, na vida como depois da morte (35).

Paralelamente ao problema da imortalidade e da justiça, Platão tomou dos órficos e pitagóricos a sua interpretação ético-política da natureza. Conhecer o bem é a mais alta ciência. A interpretação da teoria das idéias possui para o filósofo um caráter puramente normativo, isto é, moral.

Em sua polêmica contra a filosofia de Anaxágoras, declara que a mera intuição da relação entre causa e efeito, é absolutamente inadequada para se compreender o sentido do mundo. O conhecimento deve estar orientado não para a natureza, que nos é revelada pelos nossos enganosos sentidos, mas para o bem,

(34) Platão — "La Republica", pág. 337.

(35) Idem, pág. 612.

para as idéias, para os valores conhecidos pela razão. Adota um sistema de valores em cujo centro se acha a sociedade.

O Estado tem como função realizar a justiça, mas esta não constitui em si objeto de indagações especiais. Limita-se o filósofo ao estudo do Estado ideal e da sua organização. Não se refere, salvo melhor juízo, ao direito substantivo, nem ao ordenamento justo que regula a conduta do sujeito. Para tais problemas, a solução indicada surgirá, graças às virtudes dos filósofos, que formarão o Govêrno daquele Estado ideal. Em que consiste êste bem que deverá realizar o filósofo, Platão nada nos diz.

Interrogado sôbre o problema da justiça, responde nos seguintes têrmos: "Como, meu querido amigo, pode alguém responder, se em primeiro lugar não conhece e em segundo lugar, ainda que tivesse uma noção do assunto, um homem de autoridade não deve apresentar as suas suposições como uma resposta". Depois de uma extensa divagação, conclui: "Em minha opinião nunca poderemos conceber, neste mundo, o assunto, com os métodos que estamos empregando atualmente na discussão. Porque o caminho que nos conduz a êle é mais longo e penoso" (36).

O sexto livro da "A República" volta a tratar do conceito da justiça, sendo que, nesta ocasião, é substituído pelo do bem e novamente é abandonado, o que levou Gláucon, seu companheiro, a exclamar: "Em nome do céu, Sócrates, não te retires no momento de triunfar!"

(36) Platão — "La Republica", pág. 331-337.

O conhecimento da substância do bem dá-se, segundo o filósofo, como resultado de uma dedicação contínua ao tema com que se está em comunhão "e, súbitamente, nasce na alma como uma luz que acende, uma chispa que salta e que daí por diante se alimenta por si mesma". A especulação racional que se maneja com conceitos não nos dá acesso a essa experiência; é uma conquista da alma que se pode alcançar pela graça, pela purificação e pela renúncia, no exercício da meditação.

Poderíamos concluir que, para o filósofo, o problema da substância da justiça oculta-se no mistério divino.

Opondo-se à filosofia metafísica de Platão, Aristóteles estuda a justiça, sob o aspecto racionalista.

Inicialmente, este filósofo admite que a justiça existe somente neste mundo. Conseqüentemente lhe é completamente estranha a idéia de uma retribuição transcendental. Sua ética e política são ideologias do Estado concreto e do direito positivo, e, por este motivo, confinadas à esfera terrena. A alma, fenômeno biopsicológico, é o poder vital. É a alma da vida e não a da morte que constitui o sujeito da psicologia aristotélica. A idéia que ela possa sobreviver ao corpo e ter uma existência dêle separada, é aqui impossível. Este conceito não possui em Aristóteles um sentido total. Em *lato senso* distinguiu dentro da alma um elemento especial ou "nous", suporte do pensamento verdadeiro, que não se origina e nem desaparece com as outras partes dela. O "nous", em si preexiste, penetra o homem do exterior e não participa da sua morte. Sobrevive, mas, nessa *post-existência* não tem substân-

cia; separado do corpo deixa de pensar e perde a memória e consciência. Sobre o seu destino o filósofo silencia (37).

A respeito deste mesmo assunto, escreve Émile Bréhier: "A alma é, pois, para Aristóteles, antes de tudo, o princípio da atividade vital, o motor imóvel de tal atividade. . . não tem objeto próprio e separado como na tradição pitagórica e platônica. Ela já não é considerada como viajante que vai de corpo em corpo para cumprir o seu próprio destino, senão que está ligado ao corpo, assim como a vista ao olho. Aristóteles admite acima da nossa inteligência uma inteligência eternamente em ato, inteligência impassível, pôsto que seja um pensamento fixo e indefectível, que não sofre modificações, produtor de todos os outros pensamentos. Qual é exatamente a situação desta inteligência? Constitui uma parte da alma humana? Não será idêntica ao motor das esferas, a Deus, que é pensamento eternamente atual? Porém, acêrca destas questões, Aristóteles também nada nos informa de modo categórico (38).

Orientado o problema nesse sentido, não poderia Aristóteles indagar dos metafísicos próprios das dissertações platônicas.

(37) Aristoteles — "Moral a Eudemo", pág. 737 e ss. — Trad. — Patricio de Azcarate — "El Ateneo" — Buenos Aires — 1950.

(38) Émile Bréhier — "Historia de la Filosofia", pág. 247 — I — Sudamericana — 1944.

Na obra "Ética a Nicómaco" diz — "O que importa não é conhecer o bem em si, senão o bem humano (39).

Aristóteles partiu da doutrina pitagórica, onde justiça significa igualdade, procurando criticá-la e não tê-la como base. Entre os pitagóricos, a justiça se reveste de caráter essencialmente social e só se encontra e desenvolve onde as ações são nascidas da exigência de vários indivíduos. O mesmo pensamento já é encontrado em Homero quando, por exemplo, faz referência ao gigante Polifemo e aos outros cíclopes que "não têm onde reunir-se para deliberar nem leis" (40).

Segundo a escola pitagórica, como dissemos, justiça é igualdade, isto é, correspondência entre termos contrapostos, assemelha-se ao quadrado de um número ou seja o igual multiplicado pelo igual, pois também a justiça devolve o mesmo pelo mesmo. Sobre o número oito, escreve Macróbio, citado por Del Vecchio: "Os pitagóricos chamavam a êste número (isto é, ao 8) justiça, porque é o primeiro de todos que se desintegra em números igualmente pares, ou seja em duas vêzes quatro, de maneira tal que a mesma divisão se resolve em números igualmente iguais, ou então em duas vêzes dois. Também o número se compõe em modo semelhante: dois por dois por dois. Visto

(39) Victor Brochard — "Socrates e Platon", pág. 216 — Trad. — León Ostrov — Losada, S. A. — Buenos Aires — 1940.

(40) Homero — "Odisséia", pág. 159 — I — Trad. Padre E. Dias Palmeira — Livraria Sá da Costa — Lisboa — 1938.

como a composição do número se processa com idêntica igualdade, assim como em sua desintegração, retorna de igual maneira até a mônada que não aceita divisão, segundo a razão aritmética, este número recebe legitimamente o nome de justiça, em mérito de sua igual divisão" (41).

Diante de tais idéias, Aristóteles criticando-as, ao interpretar a compensação material como base da justiça, diz que tal conceito não pode valer, nem como princípio da justiça distributiva, nem da igualadora ou corretiva. Não se trata de uma simples igualdade material, mas, sim, de uma correspondência de valores. Seria contrário ao justo a troca de coisas iguais em quantidade ou número, sendo desiguais no valor. Também não seria justo estabelecer uma mesma pena para delitos materialmente iguais, porém executados com intenções e condições diversas (42).

A filosofia aristotélica é um sistema cerrado e fundado na razão, e a moral se norteia pela virtude, sendo a justiça a virtude por excelência, completa e acabada. É completa no sentido de que o homem que a possui, pode aplicá-la com relação aos demais e não só a si mesmo.

Com o propósito de medir o valor moral das nossas ações, pretende o filósofo ter descoberto um método que se encontra em sua famosa doutrina do "mesotes". Segundo este critério, a virtude é um estado

(41) Giogio Del Vecchio — "La Giustizia", pág. 58 — Editrice Studium — Roma — 1946.

(42) Aristoteles — "Moral a Nicomaco", pág. 191 — "El Ateneo" — Buenos Aires — 1950.

médio entre dois extremos, sendo que êstes são viciosos, um por excesso e o outro por deficiência. A perfeição consiste em obra na qual se não possa aumentar ou diminuir. O moralista, como o geômetra, deverá buscar a virtude no equidistante. De tudo que é divisível e contínuo, é possível tomar-se parte maior ou menor ou a parte igual, e, essas partes maiores, menores, ou iguais podem ser tomadas, tanto em relação à coisa mesma como relativamente a nós. A parte igual é o ponto médio entre o excesso e a deficiência. Por ponto médio da coisa diz Aristóteles — “Quero significar um ponto igualmente distante de ambos os extremos, o qual é um e mesmo para todos; por ponto médio relativo a nós, aquêle ponto que não é nem excessivo, nem diminutivo e que não é igual para todos” (43).

Mas a primeira dificuldade que se depara na aplicação da doutrina do “mesotes”, é apontada pelo próprio Aristóteles, quando diz: “E’ uma árdua tarefa a de ser bom, porque é difícil de se encontrar o ponto médio; não é qualquer o que pode encontrar o centro de um círculo, senão quem conheça geometria” (44).

Pretende Aristóteles desta forma reduzir a qualidade do mundo dos valores a quantidades, o que constitui uma verdadeira falácia. As ações humanas, no mundo da moral, estão ou não, conforme os preceitos ali admitidos; ajustam-se ou não às normas pressupostas. A doutrina do “mesotes” estabelecendo um esque-

(43) Aristoteles — “Moral a Nicomaco” e “La Gran Moral” — Cap. V e I.

(44) Idem — Moral a Nicomaco, pág. 194.

ma tripartido nos dá a aparência de que é uma mesma norma que se viola, quando nos excedemos ou diminuimos nas nossas ações.

Ocorre que as normas morais, regra geral, estão em conflito entre elas e há necessidade de uma limitação das suas esferas, e dizer-se que se deve permanecer no ponto médio, quer parecer que isto significa devemos ficar num ponto onde nossa ação não entre em conflito com outras normas. Mas, como proceder para harmonizar dos preceitos morais, e como determinar o valor do seu conteúdo, Aristóteles não nos dá as soluções.

Proseguindo diz Aristóteles: "O justo implica, portanto, quatro elementos, pelo menos, pois que as pessoas às quais se aplica são duas; e as coisas nas quais se encontra são igualmente duas. A igualdade aqui é a mesma para a pessoa e para as coisas. Quer dizer que a relação na qual estão as coisas é também a relação das pessoas entre si. Se as pessoas não são iguais, não deverão tampouco ter partes iguais. . . todos estão de acordo em reconhecer que nas divisões o justo deve acomodar-se ao mérito relativo dos pretendentes. Só que nem todos fazem consistir o mérito nas mesmas coisas. Os partidários da democracia o colocam na riqueza e no nascimento e os da aristocracia na virtude" (45). Novamente não nos indica o filósofo a natureza da moral democrática ou aristocrática; não nos ensina o porquê dos vícios e das virtudes e parece que a sua ética admite-os, vícios e virtudes, como verdades aximáticas. Qual dos critérios é o justo? Não nos responde o filósofo.

(45) Aristoteles — "Moral a Nicomaco", pág. 198.

"A Magna Moralia" reconhece duas classes de justiça. A primeira do justo, segundo a lei, e, neste sentido, chama de justo às coisas que a lei ordena. Mas na justiça tal como a lei ordena, pode o indivíduo ser exclusivamente por si mesmo e frente a frente de si mesmo. Porém o justo que se refere a outro é muito diferente do justo tal como resulta da lei, e, quando se dispõe relativamente aos demais, é, segundo o filósofo, a "equidade", a "igualdade" (46).

Levados por esta orientação, teríamos de concluir que todo ato violador da lei é injusto, e que todo ato conforme à lei é justo.

A igualdade que constitui a característica da justiça particular, também se apresenta sob duas formas: a da justiça corretiva e a da justiça distributiva.

A justiça distributiva consiste na distribuição de honras, riquezas e outras vantagens da comunidade as quais se dividem entre os seus membros em partes iguais ou desiguais, isto é, consiste na distribuição de direitos privados e políticos. A segunda, a corretiva, é que dá um princípio corretivo nas transações, sejam estas voluntárias ou involuntárias. O princípio da justiça distributiva é o da igualdade proporcional, isto é, se um direito "a" é atribuído a um indivíduo A e um "b" a um B, a justiça distributiva se realiza, se a proporção do valor "a" para "b" fôr igual à proporção do valor A para B.

Assim estabelecida os critérios a seguir, não traça Aristóteles os meios capazes de estabelecer ou dis-

(46) Aristoteles — "La Gran Moral", pág. 445-46 — Obra citada.

tribuir as diferenças naturais entre os indivíduos, tais como — sexo, idade, riqueza, etc.

Pelo que cabe à justiça corretiva, diz ainda o filósofo que a prestação e a contra-prestação sejam iguais. E a mesma relação deve existir entre o delito e a pena. Deve esta última ser correta, adequada e justa.

* * *

Depois de Aristóteles, o pensamento filosófico sofreu pequenas oscilações, sempre, contudo, guardando o conceito platônico da justiça como "virtude universal". Como vimos, o próprio Aristóteles a considera primordialmente em sua generalidade como "virtude total". Para o estagirita, o justo se identifica com o "igual" ou seja com o "mesotes".

O aspecto lógico da concepção é recolhido pelo Cristianismo, modificado necessariamente pela sua subordinação a Deus, conforme o princípio contido nos Evangelhos.

Neste novo período se elabora mais uma vez a idéia da justiça divina, distinta da humana. "Considerada como virtude divina, a justiça, à semelhança de outras virtudes, tem em Deus mesmo existência exemplar" (47). Idêntico pensamento é encontrado em S. João Crisóstomo, quando chama a justiça de virtude universal, e diz que existe também a justiça dos ho-

(47) S. Tomás de Aquino — "Suma Teologia", pág. 397 e ss. — I — Trad. — Alexandre Correia — Editora Odeon — S. Paulo — 1934.

mens que procede das leis exteriores, que porém é vil, nada tem de perfeita e de absoluta e consiste de pensamentos humanos.

Mas é, sobretudo, na escolástica que mais se manifesta a influência da doutrina platônica-aristotélica e mui especialmente na obra de Santo Tomás d'Aquino. Nesta se afirma de modo indiscutível a noção de justiça, como "virtude geral". Ela se sobressai entre tôdas as virtudes morais, porque se acha mais próxima da razão, e o seu objeto é o mais vasto, compreendendo as ações que realizamos com respeito aos nossos semelhantes.

Modernamente, Leibniz retorna ao velho tema, quando afirma que o Direito não só serve para regular as relações exteriores do homem, senão que se baseia no amor moral que sente a necessidade de reconhecer os esforços feitos por outros para alcançar a felicidade. Este amor se desenvolve, negativamente, como terror ante o prejuízo do bem alheio e positivamente, em parte como contribuição à felicidade da sociedade, e em parte e em particular, como divisão racional dos bens do mundo, de acôrdo com a perfeição e os méritos de cada pessoa (48).

Leibniz denominava as três formas de justiça como recíproca, benévola e distributiva (JUSTITIA COMMUTATIVA, AEQUITAS e JUSTITIA DISTRIBUTIVA). Acima das três está a justiça devota (pietas), que

(48) Leibniz — "Tratados Fundamentales", pág. 78 e 79. — Trad. P. Quintero — Losada, Buenos Aires — 1941.

se esforça no sentido de conformar t^oda vida à harmonia consciente de t^odas as relações, a partir do conhecimento da ordenação divina do universo.

* * *

Observado o panorama histórico do conceito da justiça, temos que o elemento mais objetivo que tiveram em vista os filósofos, s^obre o qual muito reflexionaram, sem dúvida, foi a relação de troca, contrato bilateral, em que cada um recebe do outro tanto quanto lhe entrega. Não se trata de receber o mesmo, o idêntico, mas, sim, o equivalente, algo que sendo diverso, tenha, contudo, o mesmo valor. Mas, para a medida da magnitude do valor de uma coisa em relação a outra, não foi estabelecida a unidade, um t^{er}mo de comparação que permitisse a homogeneização estimativa de coisas heterogêneas. Desta forma estará novamente desviado o problema da questão da justiça (igualdade) para o critério estimativo.

6. — Vimos nos capítulos anteriores que todo pensamento começa com a afirmação que tem por objeto unir idéias que são apresentadas isoladas, flutuantes, sem ligação. O ato de afirmar é um juízo que tem como seu enunciado a proposição.

No tocante à norma jurídica verificamos ser ela um caso particular das proposições que se caracterizam por seus juízos condicionados a um evento e ainda mais precedidas da conjunção "se" que lhes dá o caráter de hipotéticas. Como tal juízo é a norma formada de três elementos: conceito-sujeito, conceito-nexo e o conceito-predicado. Mas, o sujeito da norma e o destinatário são exclusivamente o homem. O nex

é constituído pelo "dever ser" e o predicado é um débito ou exigência, conceito de uma conduta determinada pelo nexó. A cópula "dever ser" enlaça os elementos de modo indefinível, e busca um elemento último que é algo que não é, e que há necessidade de que seja, sem subordinar-se à causação. Mas se não fôr, não perde a sua validade com o "dever ser", e sendo não se dissolve como "dever ser". Não é verdadeiro ou falso e sim vigente ou não, justo ou injusto.

Ao lado dêsse elemento formal há também o material constituído da valoração jurídica e dos conteúdos dogmáticos. Assim como a estrutura lógica, a valoração jurídica é elemento necessário, pois que, não pode deixar de haver e se pudéssemos admitir um instante o seu desaparecimento, o próprio Direito pereceria, pois em qualquer instituição jurídica há sempre alguma ordem, segurança, etc. Como resultado dessa afirmação o que cabe deduzir é que os elementos formais e materiais das indagações kantianas não se superpõem, porque, como diz Carlos Cóssio, encontramos como valoração jurídica um elemento que é material e necessário. O mesmo autor afirma que a valoração jurídica é imanente, intrínseca ao Direito e a qualquer de suas figuras concretas. Como dissemos é a valoração jurídica o sentido do Direito (49).

Em face da afirmação de que o justo se realiza em todo ordenamento social dado, justiça, neste sentido, quer dizer conformidade com o Direito.

(49) Carlos Cóssio — "El Derecho em el Derecho Judicial".
pág. 80-1.

Compreendendo-se a justiça como igualdade ante o Direito, ela quer significar legalidade, jurisdição. Assim, é justo que uma norma seja efetivamente aplicada a todos os casos em que, de acordo com o seu conteúdo, essa norma tem que ser aplicada. O injusto seria a sua aplicação num caso e não no outro. A justiça como legalidade será a garantia de uma ordem positiva mediante a aplicação escrupulosa da norma.

Reconhecida a legitimidade do poder, justifica-se que todo direito dê emanado seja aplicado igualmente para todos. É a condição de ordem para a manutenção da vida em sociedade, atmosfera de segurança para o desenvolvimento da atividade social do homem. É o direito real possível e não o direito reto, ideal que se confundiria com a justiça. É o estabelecimento do direito convencional entre os homens, que não deve satisfazer os interesses de um indivíduo com sacrifício de outros, mas que logra um compromisso de interesses opostos e reduz ao mínimo os conflitos resultantes do convívio social. É a conquista da paz por um ordenamento legítimo, isto é, que tem a sua origem na vontade dos "gênios invisíveis da cidade".

O direito, por sua essência, procura o repouso, quer o equilíbrio estável e, portanto, tende a cerrar-se, aperfeiçoar-se e a abranger a vida toda. Porém as forças sociais que o direito pretende disciplinar são instáveis e, por isso mesmo, a cada instante provocam modificações na estrutura geral da sociedade (50). Tais modificações alteram a situação básica sobre a

(50) Roscoe Pound — Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico — pág. 5. S. Ariel — Barcelona — 1950.

qual está erigido o sistema jurídico. O direito atua, sem dúvida, sobre a estrutura de dominação no sentido de estabilizá-la, e situando os grupos sociais, pretende, desta forma, a estabilização da realidade social. Acontece que as repêras estabelecidas são impotentes para manter o caudal e, em consequência, as modificações decorrem de modo inevitável, o que traz a necessidade inadiável de se alterar o ordenamento jurídico. Dito em outros termos, o direito deverá mover-se, o que vem contrariar a sua própria essência que é a tendência à estabilidade.

“Por isso, toda reforma da ordem jurídica propugnada, exigida e introduzida em atenção à justiça revela, não tanto um progresso na realização do valor, como uma alteração substantiva nas relações de poder entre os grupos sociais por cujo efeito aquela ordem jurídica se há degradado, perdendo a sua legitimidade, desprovida de conteúdo espiritual”.

De que natureza deverá, ser a norma jurídica? Assim como a lei natural, deverá ser enunciada na forma mais simples a lei social e a jurídica, a fim de que possam abranger o maior número possível de casos que por natureza são personalíssimos, e destarte sofrer as mínimas variações.

Contudo, na sua simplicidade, o direito deverá compreender a maior harmonização de interesses, de modo que os valores próprios do campo social possam, por sua vez, realizar os valores integrais da vida humana.

A dominação do homem pelo homem encontra a sua justificação em motivos que variam da submissão inconsciente até a puramente racional com o pro-

pósito de realizar valores. E' mantida pelo costume, de modo puramente afetivo, por interêsses materiais ou por motivos ideais. Êstes argumentos mantêm frágeis as relações entre dominadores e dominados. Via de regra, aparecem costumes, interêsses materiais e utilitários como elementos objetivos da relação, mas o fator que lhe assegura a existência, que é o motivo imperioso do respeito, é a "crença na sua legitimidade".

A legitimidade do poder não repousa em princípios racionais e as suas regras flutuantes e vulneráveis sustentam-se graças ao poder mágico com que se revestem. Quando os homem se levantam contra tais princípios, regra geral, logo se cbatem, deixando-se vencer pelo mêdo da sagrada regra violada. "Até o ditador se assusta do seu poder, porque o há adquirido, violando um princípio de legitimidade".

Segundo Max Weber há três tipos puros de dominação, cujos fundamentos primários de sua legitimidade podem ser:

1 — de caráter raiconal: que repousa na crença da legalidade da ordenação estatuída e dos direitos de mando dos chamados por essas ordenações para exercer autoridade (autoridade legal).

2 — de caráter tradicional: que repousa na crença quotidiana da santidade das tradições que regeram desde os antigos tempos e nos assinalados por esta tradição para exercer a autoridade (autoridade tradicional).

3 — de caráter carismático: que repousa na entrega extra-quotidiana à santidade, heroísmo ou

exemplaridade de uma pessoa e nas ordenações por ela criadas ou reveladas (autoridade carismática)".

Assim expostos os três princípios, o citado autor indica que, no caso da autoridade legal, são obedecidas as ordenações impessoais legalmente estabelecidas. No da autoridade tradicional se obedece à pessoa do senhor chamado pela tradição; e no da carismática se obedece ao caudilho, carismaticamente qualificado.

* * *

7. — Depois de haver afastado os valores que não influem diretamente sobre o Direito, tais como os religiosos, os estritamente morais, etc., a moderna especulação tem como ponto de partida que o Direito é a regulamentação exterior da conduta humana para a consecução de uma situação valiosa por seu conteúdo.

Dentro das conexões do valor, podemos situar as questões:

- a) O fim último do Direito é, exclusivamente, a perfeição da personalidade ética, e o sentido da vida em comunidade se mede pela realização deste ideal.
- b) O ordenamento e as instituições humanas possuem uma excelência própria, um valor específico, não derivado do ético individual.
- c) Existindo no Direito um valor especificamente social junto ao ético individual, e, se existem fins sociais últimos, de que o Direito é um dos meios, poderá ser êle, não só simplesmente meio, mas o elemento integrante de uma construção ordenada do "espírito objetivo".

A filosofia do Direito do século XIX se orientou no sentido de afirmar o absoluto e específico das relações sociais, sem sacrificar o reconhecimento do indivíduo como auto-fim, conquista do século XVIII. Como antítese ao sistema valorativo puramente personalista, a nova concepção proclama valores transpessoais e estabelece que o fim último da existência social é o seu aperfeiçoamento e não o do homem individual.

O idealismo de Hegel reconhece o direito à liberdade individual, porém só como um momento superado, como um membro que se articula, necessariamente, na construção do todo (51). Quais os fins do Direito e como êste se subordina àqueles fins? Os homens foram criados para o Estado? Ou os Estados foram criados para os homens? Quais valores, os individuais, os coletivos, ou os de cultura, devem liderar a hierarquização dos valores?

O individualismo afirma que os valores culturais e coletivos servem aos valores da personalidade. A cultura serve apenas de meio para a formação e desenvolvimento dela. O Estado e o Direito são meios de segurança dos indivíduos com objetivos de lhes promover o bem-estar. O super-individualista admite que os valores pessoais e os de cultura estão a serviço dos coletivos, moralidade e cultura ao serviço do Estado e do Direito. E a concepção transpersonalista afirma que os valores individuais e coletivos é que estão a serviço da cultura.

(51) Emil Lask — Filosofia Jurídica, pág. 28 a 52 — Depalma — Buenos Aires — 1946.

Resumindo, são os fins últimos para o individualista — a liberdade; para o super-individualista — a nação; e para o transpersonalista — a cultura.

Segundo Tonnies, as expressões técnicas para significar os diferentes tipos de relações humanas, de acôrdo com os diferentes pontos, são: "sociedade", que designará a forma de vida em comum, que se funda no individualismo (contrato); "totalidade unitária" ou "personalidade do todo, ou coletiva" — para o super-individualismo; e, por último, "comunidade" para designar a forma transpersonalista das relações entre os homens.

Enquanto as expressões "sociedade" e "personalidade coletiva" exprimem a existência de relações sociais imediatas de homem para homem, a expressão "comunidade" afirma antes uma figura especial, cuja essência é constituída por uma relação mediata entre os homens, derivada da existência de uma obra comum que os prende entre si (52).

Inúmeras tentativas têm sido realizadas no sentido de separar a sociedade, a comunidade e a personalidade. Tarefa impossível, uma vez que tais elementos sòmente existem um em função dos outros. Operam no mesmo campo e só são realidades uma vez tomados em seu conjunto.

No estudo da personalidade observa-se que reações individuais estão ligadas a fatores hereditários e ambientais, incluindo-se, entre êstes últimos, as influências sócio-culturais.

(52) Gustav Radbruch — Filosofia do Direito, pág. 161 — I — Trad. Cabral de Moncada — Saraiva — S. Paulo — 1947.

Os grupos sociais exigem conformidade a certos padrões de comportamento, mas esta exigência se faz dentro das diferenças dos traços físicos, mentais e emocionais. Dois processos diferenciais concorrem para a formação da personalidade — uma diferença individual no sentido estrito e uma diferença de reação social (53).

No estudo das percepções, escreve Blondel: "Nós só percebemos sêres e coisas que já foram percebidos uma vez e cujas singularidades foram retidas pela nossa experiência pessoal. Estas experiências variam sobremodo de um homem a outro, segundo os meios que freqüentaram, segundo ambiência material que lhes foi familiar. Não conhecemos as mesmas pessoas, não vivemos todos na mesma localidade, não estamos em contacto durável com os mesmos objetos. Numa palavra, não temos todos a mesma história e é pelo que tenham pertencido anteriormente à nossa história, que somos capazes ou não de reconhecer homens e coisas por suas particularidades. Variáveis com os interessados, segundo as circunstâncias de sua história, tais percepções merecem, pois, ser chamadas pessoais e históricas" (54).

Ao definir a personalidade humana, Artur Ramos diz que a mesma é o resultado de tôdas as influências ambientais sôbre o indivíduo e a sua resposta consequente. Nela, estão não sômente as bases físicas, biológicas da individualidade, como as múltiplas influ-

(53) Arthur Ramos — Introdução à Psocologia Social, pág. 71 — José Olímpio — Rio — 1936.

(54) Blondel — Introduction à la Psychologie Collective, pág. Armand Collin, Paris — 1928.

ências sócio-culturais. Diz ainda o mesmo autor que, no estudo da personalidade, é o homem, o tipo "homem total", que deve ser compreendido, nos seus hábitos sociais, nas suas opiniões, mas inseparável do do seu círculo de vida, do seu passado, da sua história, dos seus ideais e das suas aspirações.

Mas, se as formas sociais exercem decisiva influência sobre as atividades humanas, não é menos certo que estas reagem sobre aquelas, contribuindo para a sua modificação. Elas tanto podem ser efeito como causa.

Conforme observa Bougle, "nada mais freqüente em matéria social, do que semelhantes ações e reações; e nada nos impede, quando procuramos saber que relações constantes unem nossas diferentes atividades às diferentes formas sociais, tomar aquelas ora por ponto de partida, ora por ponto de chegada; a obra pode reagir sobre o agente e o efeito tornar-se causa" (55).

Consideradas a consciência individual e a coletiva, diz Gurtvich dois pontos de vista abstratos são tomados sobre duas direções opostas; ou, por outras palavras, as duas consciências, ditas individual e coletiva, são consubstanciais, pressupõem-se reciprocamente, são imanentes uma a outra, se as tomarmos na sua realidade concreta (56).

(55) Bougle C. — Qu'est-ce que la sociologie, pág. 18 — Felix Alcan — Paris — 1921.

(56) Fernando de Azevedo — Princípios de Sociologia, pág. 20 — Melhoramentos — 1952.

A vida individual e coletiva não se resume em si e por si, realiza-se também no campo da cultura que lhe dá sentido e valor. Mas a realização do valor cultural nos remete, ao procurarmos as suas causas, para o campo do social e do individual, e assim como estes são causa daquele, por sua vez aquêle se realiza nestes. Como bem observa Marcel Mauss, "a realidade é títal", e nesta totalidade as partes não só são dependentes como também refletem o todo. Personalidade só se pode alcançar e se desenvolve por meio da completa consagração do indivíduo a uma obra, assim do mesmo modo uma grande obra, verdadeiramente notável, só pode ser a incarnação de uma rica e forte personalidade. Só cria grandes coisas quem não pode deixar de as criar (57).

Mas a unidade espiritual que se exige para realização da cultura não reside na consciência individual, repousa na consciência coletiva, na íntima "coexistência de vivos e mortos".

Pretendemos desta maneira ter exposto a impossibilidade que há para se atribuir, numa época, importância maior a um dos três elementos. São inseparáveis e constituem elos de uma mesma cadeia.

Recasens Siches nega a possibilidade de um ecletismo em face às três posições e, ao se decidir, elege o personalismo como a única forma condizente com a nossa formação moral e cristã. Os argumentos invocados são muitos e bem conduzidos para o fim que pretende justificar. Defendendo o personalismo, a pessoa, como centro da vida grupal, esqueceu o mestre

(57) G. Radbruch — Obra citada, pág. 105.

que, pelo fato de se admitir o grupo, negue-se a existência dentro dêle da realidade pessoal.

A história nos ensina como o homem vem adquirindo a sua personalidade através dos tempos, sempre em face das lutas que se realizam entre os grupos. Assim, vemos na história como os direitos e prerrogativas que, no início, eram exclusivamente de um, pouco a pouco, foram-se transferindo para todos. Ainda não se alcançou o grau de consciência necessário para se justificar e compreender a lei da "divisão do trabalho social" que dispõe em sistema harmônico os interesses e que tem por fim a concepção de um ideal de fraternidade humana.

Leon Duguit observa que, em virtude da solidariedade orgânica, a divisão do trabalho se processa no sentido de uma melhor vida, mas o que se tem visto na realidade, é que tal divisão se realiza agravando a luta de classes. De acôrdo com êste autor, o individualismo do século XVIII hipertrofiou-se e foi considerado como o mais importante dos elementos que compõem a realidade humana, transformando-se em valor absoluto. Nesse individualismo, aceito por inúmeros autores, o que se defende é o privilégio de alguns em prejuízo de todos.

Nesta altura e por êste caminho, necessariamente teremos de concluir que o objeto procurado cada vez se afasta mais. Não serão as máximas de homens maus e estúpidos da época revolucionária presente, nem tampouco dos homens venturosos do Iluminismo que nos irão guiar ao fim desejado. Há de ser o homem real, capaz, a um tempo, de baixezas e erros e de sacrifícios sublimes, que nos proporcionará o ele-

mento valorativo para as considerações em torno da aplicação da justiça. Devemos abandonar os sistemas já superados e avançar um pouco mais, levados, não pela idéia, mas pelo coração, pelo sentimento, pois que, como nos ensina o sábio, "o coração tem razões que a razão desconhece". Não há justiça sem Deus, e há necessidade para sua efetivação que se creia nêle e que os homens se comportem como se Ele efetivamente existisse. Não estaremos relembrando os iniciados de Platão?

Dos elementos formais e materiais do Direito, vimos como entre os materiais, necessariamente deve existir a justiça que virá dar à norma o seu caráter valorativo. Se a eliminássemos do Direito, estaríamos mutilando a realidade, pois que a validade do Direito dela depende. E' como nos diz Legas y Lacambra: "A justiça é um horizonte na paisagem do Direito, horizonte que pertence à paisagem, sem ser a paisagem mesma; porém a paisagem não só tem horizonte, senão que está no horizonte, sem confundir-se, porém, com êle; o horizonte é limite para a paisagem, e graças ao horizonte podemos, pròpriamente, falar da paisagem, distinguir os objetos e estabelecer as perspectivas" (58).

O filósofo José Ortega y Gasset estudando a realidade da vida diz que — a vida nos é dada, mas não é dada feita, e temos, portanto, de fazê-la, e ao fazê-la, temos de escolher dentro das possibilidades que se nos oferecem aquelas que nos convenham. A deci-

(58) L. Legaz y Lacambra — Introducción a la Ciencia del Derecho, pág. 414 — Bosch — Barcelona — 1943.

são depende de um ajustamento dos fatos às nossas crenças. São elas o solo da vida, e, verdadeiramente, constituem o estado do homem (59).

Nesta situação onde se fundem elementos racionais e irracionais sem explicar ou justificar o seu destino, há esperança de que para o conflito exista uma possibilidade racional de solução. Pode-se lentamente ir afastando os limites do irracional, porém, em virtude da complexidade da explicação, as coisas vão se tornando de tal modo, que, pouco a pouco, se rebaixa a capacidade compreensiva do pensar racional. Sentimos os seus limites antes de tocar o que buscamos com a lei da razão (60). Tôda vez que o horizonte, pelo contraste, nos permite divisar com mais nitidez os objetos, o que encontramos efetivamente em tal mundo é o nosso próprio eu. Ele está sempre nos dados que pretendemos conhecer, e não só está como já tomou posição e desempenha o papel que lhe cabe realizar. O espírito realiza desta forma uma síntese que é a própria vida.

8. — Assim como ocorre com as ciência naturais, há necessidade de uma revisão total dos conhecimentos pertinentes às ciências sociais. Novos valores básicos deverão surgir a fim de se conseguir uma filosofia que atenda aos anseios de nossa época. Isto posto nela insertaremos o Direito como uma de suas formas.

(59) J. Ortega y Gasset — Obras Completas. Vol. VII, pág. 13. Revista de Occidente — Madrid — 1952.

(60) C. G. Yung — “Tipos Psicológicos”, pág. 534 — Sudamericane — 1943.

Tornou-se axiomática entre nós a afirmação de que o progresso das ciências espirituais não acompanhou "pari-passu" o desenvolvimento das técnicas humanas. Esta é uma época de crise e o patrimônio cultural do homem necessita ser aumentado de novos valores, e outros que já integram êste mesmo patrimônio devem ser renovados a fim de que possa o homem satisfazer o seu destino histórico. O reajustamento dos elementos deve ser feito no sentido de que as técnicas modernas, atendendo às necessidades humanas, se subordinem aos valores do espírito.

Desenvolvendo as suas infinitas possibilidades, o homem tem os limites da sua atividade social marcados pela moral, e, dentro dessas fronteiras, regulando as suas ações inter-subjetivas, está o Direito. Êste é a base e ordenação desta vida, são ambos inseparáveis porque o Direito é algo estrutural da vida.

O Direito é um conjunto de atividades objetivadas que se caracterizam pelo propósito de orientar-se para a realização de valores, essa intenção, êsse propósito é da essência do Direito. Realiza para o homem suas condições existenciais, a solidariedade e a liberdade. Estas idéias não constituem um esquema de realidades independentes porque a vida não é só o sujeito, o individual, mas, sim, a indivisível relação entre o sujeito e o objeto, entre o "eu" e o mundo. Emerge da vida em forma mais ou menos rígida e estável e pretende regular e canalizar esta mesma vida no sentido dos seus valores. E' estável, sem contudo permanecer inalterável. Reconcilia as necessidades contraditórias de estabilidade e transformação.

Mas a vida humana que se faz a si mesma não é só o ser que obra por si, como diz São Tomás, porém o ser que obra por si e que se faz a si mesmo.

O homem, animal eminentemente social, dotado das faculdades de generalizar e falar, o que torna possível que aprenda o seu papel na comunidade, não tendo ao nascer um destino prefixado, é um tipo orgânico qualitativamente novo.

Em virtude de um "porquê" e um "para quê" o homem empreende as suas ações. A vida, binômio fatalidade e liberdade, fatalidade pela imperiosa necessidade de ser construída neste mundo, e liberdade pela oportunidade de eleição de meios e fins, nem sempre concede ao homem a possibilidade de ações espontâneas e ante êle justificadas, mas também se realiza em virtude de pautas dadas de antemão que lhe impõem uma determinada conduta, cuja vigência não depende do seu parecer. Essas pautas em sua ativa pressão constituem os fatos sociais, formas rígidas, cristalizadas, resultantes da continuidade histórica da vida. São resultados da experiência acumulada pela raça que impõem e fornecem bases sólidas para construção do mundo do homem. São o "nível histórico" donde se parte para a "existência".

"Existir, diz Heidegger é "existir com", é "ser com outro" que está neste mundo, é viver como sendo êle. E', como diz o filósofo, a existência dotada desta curiosa dimensão que é "a existência de todos". Se a existência humana não pode ser concebida à margem das outras, não pode, todavia, converter as outras em objeto seu. "Fazer-se" consiste em estar em forma, naquela forma que se dá a si mesmo, ao fazer-se. Po-

rém nem sempre o que tem forma se há formado a si. Sòmente existe quem se há dado a si mesmo e dar-se significa possibilidade de distintas formas, eleição da forma que se há dado. Donde, existência implica necessariamente liberdade que é o signo do espírito.

Como foi dito, existência é ontològicamente co-existência. Esta é um fato inexorável que se nos impõe duramente e com o que temos de contar. A condição primeira da sociabilidade é a de que nenhuma existência pode desenvolver-se afastada das demais, e a liberdade é que dá realidade e forma a essa sociabilidade. Uma das formas responsável pela realidade social, é o Direito. Chegamos assim à afirmação de que a existência e conseqüentemente a liberdade são os supostos apriorísticos do Direito.

Outro elemento decorrente da "co-existência" é a solidariedade, resultante da satisfação em comum de necessidades comuns, dos princípios mecânicos ou orgânicos da divisão do trabalho, ou do princípio ético, quando equiparada ao amor ao próximo. A solidariedade como moral de amor ao próximo se há firmado sôbre as demais formas da vida, na filosofia cristã. A negação de si mesmo, a entrega e o amor são considerados na conexão desse sistema como as virtudes por excelência. É a solidariedade ética do amor auxiliador que deverá constituir-se em envoltura onde outros valores deverão manifestar-se. Um dos momentos dessa solidariedade é que está a reclamar dos povos o direito à assistência e a prática da caridade legal. A velha solidariedade dos povos primitivos, que levou a hospitalidade à categoria de uma instituição, consagrada pela religião e pela lei, é que se impõe aos povos modernos.

Cícero se expressava: "De tôdas as fontes do dever é a mais fecunda, a que mantem a sociedade humana e serve de fundamento à união de um homem com os outros homens. Há que se distinguir nela, primeiro a justiça, onde a virtude brilha com todo o seu esplendor e que é a qualidade por excelência do homem de bem; depois a beneficência, irmã da justiça, e que também se pode chamar de bondade ou generosidade. E' como diziam os estóicos: tudo que a terra produz é criado para o uso do homem e o homem mesmo para os seus semelhantes; como a nossa lei é ajudarmo-nos mutuamente, devemos ser fiéis às inspirações da natureza, pôr em comum tôdas as nossas vantagens mediante a troca recíproca de bons ofícios, dando e recebendo alternativamente, empregando o nosso espírito, nosso trabalho, nossos recursos em apertar os laços que unem os homens uns aos outros em sociedade" (61).

A força do amor e da liberdade deverão levar o homem à conquista suprema da afirmação da sua existência no mundo dos seus semelhantes.

Será êste ideal que orientará nossas ações, no sentido de um mundo melhor e onde o Direito será o conjunto de normas legítimas que traduzirá o ideal de justiça como forma de vida social, que, limitando a esfera do lícito e do obrigatório, afirmará de modo autárquico o princípio da existência humana.

E, se de alguma forma, reavivarmos o ideal no coração dos homens, teremos atingido o nosso propósito, porque, como diz Scheller: "Todo saber é, em definitivo, de Deus e para Deus".

(61) Ciceron — "De officiis" libro I. Cap. 7.º — Barcelona — 1944.

CONCLUSÕES

1.^a — O conhecimento, em princípio, repousa em argumentos metafísicos, são êstes os "supostos" dos juízos científicos.

2.^a — O método das ciências culturais é o empírico dialético e o ato de consciência, seu suporte lógico, é a compreensão.

3.^a — Não há critérios que nos forneçam razões suficientes para uma nítida distinção entre os campos do Direito, da Moral e dos Convencionalismos Sociais. Distinguem-se, apenas, pelos fins que pretendem alcançar.

4.^a — O Direito como fenômeno de cultura está orientado para o valor — justiça.

5.^a — Do ponto de vista histórico-filosófico tem prevalecido a doutrina aristotélica do "mesotes" como único processo para o estabelecimento da justiça "em que cada um recebe do outro tanto quanto lhe entrega".

6.^a — a) Justiça como legalidade é o igual tratamento das pessoas perante a lei. Sua garantia é a aplicação escrupulosa da norma;

b) O Direito só é válido quando os seus princípios são legítimos.

7.^a — Em seus fins imediatos o Direito deverá realizar a paz e a ordem para assegurar a existência humana, compreendidas nesta a liberdade e a solidariedade.

8.^a — O Direito é um conjunto de normas legítimas que traduz o ideal de justiça como forma de vida social, e, limitando a esfera do lícito e do obrigatório, realiza de modo autárquico o princípio da existência humana.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS CONSULTADAS E CITADAS

- ARISTÓTELES — “Los tres tratados de la Ética — El tratado del Alma” — Buenos Aires, 1950 — “La Politique” — Thurot — Paris, s/data.
- ANDRÉ LALANDE — “Vocabulaire de la Philosophie” — Paris, 1947.
- ARTURO ORGAZ — “Lecciones de Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales” — Córdoba, 1945.
- ARTUR RAMOS — “Introdução à Psicologia Social” — Rio de Janeiro, 1936.
- ALFREDO FRAGUEIRO — “De las Causas del Derecho” — Córdoba, 1949.
- BRONISLAU MALINOWSKI — “Una Teoria Científica de la Cultura” — Buenos Aires, 1948.
- BLONDEL — “Introduction à la Psychologie Collective” — Paris, 1928.
- BOUGLE — “Qu'est ce que la sociologie? — Paris, 1921.
- BIGNONE — “Studi sul pensiero antico” — Napoli, 1938.
- CARLOS E. MASCARENAS — “Nueva Enciclopedia Juridica” — Barcelona, 1950.
- C. G. JUNG — “Tipos Psicologicos” — Buenos Aires, 1936.
- CARLOS COSSIO — “El Derecho en el Derecho Judicial” — Buenos Aires, 1945.
- CICERON — “De Officiis” — Barcelona, 1944.
- DESIDERIO PAPP — “El Legado de Henri Poincaré al Siglo XX” — Buenos Aires, 1944. “Filosofía de las Leyes Naturales” — Buenos Aires, 1945.
- EDUARDO GARCIA MAYNEZ — “Introducción al Estudio del Derecho” — Mexico, 1944. “La definición del Derecho” — Mexico, 1948.
- ENRICO OPOCHER — “Lezioni di Filosofia del Diritto” — Padova, 1951.

- ERNESTO EDUARDO BORGA — “Ciencia Juridica o Jurisprudencia tecnica” — Buenos Aires, 1943.
- EMIL LASK — “Filosofia Juridica” — Buenos Aires, 1946.
- EMMANUEL KANT — “Critica de la Razón Pura y Prolegómenos a toda Metafisica Futura” — Buenos Aires, 1950. “Principios Metafisicos del Derecho” — Buenos Aires, 1943.
- ÉMILE BRÉHIER — “Historia de la Filosofia” — Buenos Aires, 1944.
- ENRIQUE LUNO PENA — “Historia de la Filosofia del Derecho” — Barcelona, 1948.
- EUSÉBIO DE QUEIROZ LIMA — “Principios de Sociologia Jurídica” — Rio de Janeiro, 1931.
- EDUARDO SPRANGER — “Formas de Vida” — Buenos Aires, 1949.
- EMILIO DURKHEIM — “La Division del Trabajo Social” Madrid, 1928. “Sociologia y Filosofia” — Buenos Aires, 1944.
- FRITZ SCHREIER — “Concepto y Formas Fundamentales del Derecho” — Buenos Aires, 1942.
- FERNANDO DE AZEVEDO — “Principios de Sociologia” — S. Paulo, 1951.
- FERDINAND TONNIES — “Principios de Sociologia” — Mexico, 1942.
- FELIX KAUFMANN — “Metodologia de las Ciencias Sociales” — Mexico, 1946.
- FRANCISCO ROMERO — “Teoria del Hombre” — Buenos Aires, 1952.
- FRANCISCO AYALA — “Historia de la Sociologia” — Buenos Aires, 1947.
- FRANCESCO ORESTANO — “I Valori Umani” — Palermo, 1907.
- F. G. SCHELLING — “La Essencia de la Libertad Humana” — Facultad de Filosofia y Letras — Buenos Aires, 1950.
- GUSTAV RADBRUCH — “Filosofia do Direito” — S. Paulo, 1947.
- GUGLIELMO FERRERO — “El Poder” — Buenos Aires, 1943.
- GIOELE SOLARI — “Filosofia del Derecho Privado” — Buenos Aires, 1946.
- GAOS, J. — “Introduccion a “El ser y el Tiempo” de Martin Heidegger” — Mexico, 1948.
- GEORGES GURVITCH — “Las tendencias actuales de la Filosofia Alemana” — Buenos Aires, 1944. “Le temps présent et l'idée du droit sociale” — Paris, 1950. “Sociologia del Derecho” — Buenos Aires, 1946.

- GIORGIO DEL VECCHIO — “La Giustizia Editrice Studium” — Roma, 1946. “Derecho y Vida” — Barcelona, 1942. “Filosofía del Derecho” — Mexico, 1946.
- HOMERO — “Odisseia” — Portugal, 1938.
- HERBERT SPENCER — “La Justicia” — Buenos Aires, 1947.
- HENRY PRATT FAIRCHILD — “Diccionario de Sociología” — Mexico, 1949.
- HERMES LIMA — “Introdução à Ciência do Direito” — Rio de Janeiro, 1949.
- HANS AULMANN — “Introducción al Derecho” — Buenos Aires, 1940.
- HEINZ WERNER — “Psicología Evolutiva” — Barcelona, 1936.
- HENRI POINCARÉ — “La Ciencia y la Hipotesis” — Mexico, 1945.
- H. RICKERT — “Ciencia Cultural y Ciencia Natural” — Buenos Aires, 1943.
- HANS Kelsen — “La Idea del Derecho Natural e Otros Ensayos” — Buenos Aires, 1946. “Sociedad y Naturaleza” — B. Aires, 1945. “Las Metamorfosis de la Idea de Justicia” — Buenos Aires, 1951.
- HEIDEGGER — “El ser y el Tiempo” — Mexico, 1950.
- HONORIO DELGADO — “Ecología, Tiempo Anímico y Existencia” — B. Aires, 1948.
- JOSÉ LOZANA MUNOZ — “Introducción al Derecho y a las Ciencias Sociales” — B. Aires, 1941.
- JOSÉ FERRATER MORA — “Diccionario de Filosofía” — Buenos Aires, 1951.
- J. M. CARVALHO SANTOS — “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro” — Rio de Janeiro, 1952.
- JOHANNES HESSEN — “Filosofía dos Valores” — Coimbra, 1946.
- JOHN A. RYAN — “Justicia Distributiva” — B. Aires, 1950.
- JOSÉ ORTEGA Y GASSET — “Obras Completas” — Madrid, 1950.
- JAMES GOLDSCHMIDT — “Estudios de Filosofía Jurídica” — Buenos Aires, 1947.
- JOAQUIM COSTA — “Teoría del Hecho Jurídico” — B. Aires, 1947.
- KELSEN-COSSIO — “Problemas Escogidos de la Teoría pura del Derecho” — Buenos Aires, 1952.
- L. LIARD — “Lógica” — S. Paulo, 1942.
- LEONEL FRANCA S. J. — “Noções de História da Filosofia” — Rio, 1943.
- LÉON JULLIOT DE LA MORANDIÈRE — “Introduction a L'étude du Droit” — Paris, 1951.

- LUIZ RECASENS SICHERS — "Vida Humana, Sociedad y Derecho" — México, 1945. "Filosofía del Derecho" — México, 1946. "Los Temas de la Filosofía del Derecho" — Barcelona, 1934.
- LUIZ LEGAZ Y LACAMBRA — "Horizontes del Pensamiento Jurídico" — Barcelona, 1947. "Introducción a la Ciencia del Derecho" — Barcelona, 1943.
- LEIBNIZ — "Tratados Fundamentales" — B. Aires, 1946.
- MANUEL GARCIA MORENTE — "Lecciones Preliminares de Filosofía" — B. Aires, 1943.
- MARCEL MAUSS — "Sociologie et Anthropologie" Paris, 1950.
- MAX WEBER — "Economía y Sociedad" — México, 1944.
- MAX SCHELER — "El saber y la Cultura" — México, 1944. "Ética" — B. Aires, 1948. "El Porvenir del Hombre" — México, 1942.
- MARTIN T. RUIZ MORENO — "Filosofía del Derecho" — 1944.
- MAX ASCOLLI — "La giustizia" — Roma, 1951.
- MORSELI — "Principios de Lógica" — Ed. Cast., 1928.
- PLATÃO — "Obras Completas" — Madrid, 1927. "L'Etat ou la République" — Bastien - Paris, s/data.
- RODOLFO MONDOLFO — "El Pensamiento Antiguo" — Buenos Aires, 1942.
- ROSCOE E POUND — "Las grandes tendencias del Pensamiento Jurídico" — Barcelona, 1950.
- THEODOR STERNBERG — "Introducción a la Ciencia del Derecho" — Buenos Aires, 1940.
- TOMÁS DE AQUINO — "Suma Teológica" — Rio, 1934.
- TOMAS D. CASARES — "La Justicia y el Derecho" — Buenos Aires, 1945.
- UGO SPIRITO — "El pragmatismo en la Filosofía Contemporánea" — B. Aires, 1945.
- V. CATHREIN — "Filosofía del Derecho" — Madrid, 1946.
- VICENTE RAO — "O Direito e a vida dos Direitos" — S. Paulo, 1952.
- W. WINDELBAND — "Historia de la Filosofía Moderna" — Buenos Aires, 1951.
- WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA — "Diretrizes de Filosofía Jurídica" — S. Paulo, 1951.
- WERNER JAEGER — "Paideia" — México, 1933.
- WILHELM DILTHEY — "Leibniz e a sua época" — Pôrto, 1947. "Introducción a las Ciencias del Espíritu" — México, 1949.
- W. RAWLEY — "Vida de Bacon" — Buenos Aires, 1941.



PAPELARIA REQUIÃO