

Gustav RADBRUCH

**O HOMEM
NO DIREITO**

seleção de conferências e artigos
sobre questões fundamentais do Direito

tradução e introdução:
Prof. Jacy de Souza Mendonça

ÍNDICE

Radbruch – dados biográficos	3
Dedicatória	4
Apresentação de Fritz Hippel	5
Prefácio	6
I – O homem no Direito	7
II – Direito classista e idéia de Direito	14
III – Do Direito individualista ao Direito social	20
IV – A idéia de educação no Direito Penal	28
V – Direito Penal autoritário ou social ?	35
VI – O relativismo na Filosofia formas do Direito	44
VII – Os fins do Direito	48
VIII – Primeiro posicionamento após a hecatombe de 1945	57
IX – Injustiça legal e Direito supralegal	61
X – A internacional do espírito	69

Gustav Radbruch

Nascido a 21/11/1878 em Lübeck e falecido a 23/11/1949 em Heidelberg.

Foi discípulo do reformador do Direito Penal Franz v. Liszt e professor de Direito Penal e Filosofia do Direito nas Universidades de Königsberg, Kiel e Heidelberg. Ministro da Justiça alemã em 1921/1922 e 1923 e autor de um projeto de parte geral para o Código Penal, em 1922; em 1933 foi destituído de sua cátedra por motivos políticos; em 1946 foi reintegrado no cargo, na Universidade de Heidelberg. Como Decano da Faculdade de Direito, participou ativamente da reorganização da Universidade.

Obras principais (na seqüência em que foram editadas): *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Introdução à Ciência do Direito), 1910; *Rechtsphilosophie* (Filosofia do Direito), 1914; *Kulturlehre des Sozialismus* (Doutrina cultural do Socialismo), 1922; *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs* (Projeto de Código Penal), 1922, publicado, pela primeira vez, em 1952; *P. J. Anselm Feuerbach, ein Juristenleben* (P. J. Anselmo Feuerbach, a vida de um jurista), 1934; *Elegantie Juris Criminalis*, 1938; *Gestalten und Gedanken* (Figuras e Pensamentos), 1945; *Theodor Fontane oder Skepsis und Glaube* (Teodoro Fontana, ou ceticismo e fé), 1945; *Der Geist des Englischen Rechts* (O espírito do Direito inglês), 1946; *Vorschule der Rechtsphilosophie* (Introdução à Filosofia do Direito), 1947; *Geschichte des Verbrechens* (História do Crime) – com H. Gewinner -, 1951; *Der innere Weg. Aufriss meines Lebens* (O caminho interior. Traçado de minha vida), 1951.

A meu íntimo amigo
Dr Hermann Link
com fiel solidariedade

*Justum et tenacem propositi virum
non civium ardor prava iubentium
non voltus instantis tyranni
mente quatit solida*

Esta coleção foi selecionada e preparada para a impressão em outubro de 1949 pelo próprio Gustav Radbruch que, um mês depois, ao completar 71 anos de idade, viria a falecer.

Apesar de sua modéstia, ele sabia da importância desta seleção, ainda que fossem eliminados alguns artigos que, durante dois tormentosos decênios, tinham elevado seu nome no âmbito nacional e internacional, não apenas pela quantidade, pela reconhecida profundidade de pensamento, pela cultura e beleza estilística, mas também pelo importante acréscimo de alguma coisa profundamente nova: a possibilidade de neles encontrar-se uma autobiografia relativa a suas lições e sua atuação pública, a suas confissões e advertências, a sua persistência, seus esclarecimentos e reiterações. Trata-se de um complemento e de um contraste em relação ao “caminho interior”, o destino de uma vida profissional dedicada ao Direito, que foi o esboço de autobiografia ditada por ele em 1951. Um texto que representa uma evolução em grande estilo humanístico-jurídico.

Embora preparado por ele mesmo para a impressão, o trabalho só foi publicado dois anos depois de sua morte, por iniciativa de sua viúva *Lydia Radbruch*. Nele está descrito, sob a forma de depoimento pessoal de um jurista e humanista alemão, o cenário de sua atividade pública e de seu amadurecimento em três campos de batalha: a República de Weimar, o Terceiro Reich e o caos da destruição do pós-guerra.

As lutas aqui relatadas de forma muito particular pertencem a um período ultrapassado da História, mas os fatos que o sucederam obrigam a retornar a elas porque as profundas discordâncias que conduziram aos problemas e posições que lhes deram causa tinham, em última instância, natureza supra-pessoal, supra-temporal, e são para nós, ainda hoje, determinantes de nosso destino. Por isso resta-nos, depois destes longos e obscuros anos, despertar o verdadeiro “homem no Direito”, sempre disposto ao sacrifício e profundamente humano, que continua merecedor de gratidão e é sempre obrigatório.

Freiburg, setembro de 1957

Fritz von Hippel

prefácio

Os discursos e artigos contidos neste livro mostram como determinada concepção do Direito, que sinteticamente podemos qualificar de humanista, afirmou-se e transformou-se no curso da História.

Os três primeiros estudos pertencem à época da República de Weimar; os dois seguintes estão sombreados pelas ameaças de barbarização e caducidade do Direito; os próximos dois foram expostos a ouvintes políticos de fina percepção, na época da ditadura, em Lyon e Roma, e aceitos com perfeita compreensão; os três últimos pertencem aos anos que se seguiram à hecatombe do regime nacional-socialista.

Devo especial agradecimento à editora I.C.B. Mohr (Paul Siebeck), de Tübingen, pelo fato de ter permitido que esta coleção seja iniciada pela conferência “O Homem no Direito”, por ela publicada, e de ter utilizado o mesmo título para a obra.

A dedicatória do livro refere o nome de meu amigo mais antigo. Juntos, ainda no curso primário, lemos as palavras de Horácio utilizadas na dedicatória. O espírito que delas emanam inspirou o trabalho dele em política social e Direito do Trabalho, como homem justo e fiel a suas convicções, que não se deixou abalar nem pela falta de amor ao povo nem pelas ameaças da tirania.

Heidelberg, outubro de 1949

Gustav Radbruch

I

O homem no Direito ¹

Propondo-me a falar sobre o homem no Direito, meu tema não versará sobre a forma como o Direito valora o homem ou sobre a forma como ele atua ou deve atuar sobre o homem, mas sobre o modo como o Direito imagina o homem sobre o qual pretende atuar, sobre o tipo humano para o qual ele está predisposto. Meu tema não é, portanto, relativo ao homem real, mas à imagem de homem para o qual o Direito está constituído e para o qual suas disposições estão organizadas.

Tal imagem mudou, de acordo com a evolução do Direito. Pode-se mesmo afirmar que a mudança de imagem do homem proposta ao Direito “constitui cada uma de suas épocas”. Nada é mais decisivo para o estilo de cada período jurídico do que a concepção de homem à qual ele se destina.

Os diversos ordenamentos jurídicos históricos não podem ser definidos em função de um homem real que se desloca sobre a terra com seus caprichos, maus humores e melancolias, no imenso herbário de plantas raras chamado humanidade. A partir deste homem empírico concreto não se chega a nenhum ordenamento jurídico, mas somente à negação de toda ordem jurídica. Quem, como *Max Stirner*, parte do homem isolado, só pode chegar ao anarquismo. A norma jurídica, em sua generalidade, só pode ordenar-se a um tipo humano geral – por isso, múltiplas e distintas peculiaridades humanas aparecem nas diversas épocas do Direito como típicas, essenciais, como decisivos pontos de ataque para a normatividade jurídica.

A concepção do homem em determinada ordem jurídica pode ser facilmente perceptível quando se atenta para o que ela entende por direito subjetivo ou dever jurídico. É preciso, mesmo, partir do fato de que a ordem jurídica não está menos preocupada com a definição dos direitos do que com o cumprimento dos deveres. *Jhering* mostrou com profundidade que uma ordem jurídica se destrói não apenas quando os deveres por ela estabelecidos não são mais cumpridos, mas também quando os direitos por ela assegurados não são mais buscados. A vontade da ordem jurídica expressa-se tanto em direitos reconhecidos quanto em deveres estabelecidos. Quando é que essa vontade se expressa sob a forma de direito ou sob a forma de dever? Direitos são outorgados quando se admite poder contar com a motivação das pessoas voltada na mesma direção da ordem jurídica e deveres são impostos quando é necessário admitir que esta motivação é contrária a seus desejos. Por isso, através dos direitos e deveres por ela instituídos pode-se claramente conhecer a motivação que ela considera predominante entre os homens.

A respeito do Direito alemão medieval e da imagem de homem que ele pressupunha só posso falar sobre os condicionamentos do profano e sobre a necessidade

¹ Aula inaugural na Universidade de Heidelberg, publicada na coleção *Direito e Estado*, Editora I.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1927.

de controles. Para mim, aquela época, no Direito, caracteriza-se pela abundância de direitos penetrados por deveres, de direitos disciplinados por deveres, de direitos concedidos no pressuposto de serem exercidos na medida dos deveres. Para que tais direitos pudessem funcionar sem risco deveriam apoiar-se sobre uma Moral e uma Religião vinculadas ao dever e à solidariedade entre os homens; e, de fato, a Economia e a ordem estatal da Idade Média estruturavam-se sobre tal concepção do homem. A ordem baseada em classes pressupunha a outorga de privilégios, na certeza de que a honra da classe seria garantia suficiente do rendimento de um trabalho de qualidade – certeza que, de fato, foi confirmada durante séculos. A ordem classista concedeu amplos direitos sob o pressuposto quase incontrolável e incoercível de que eles seriam exercidos com espírito de lealdade – pressuposto que, a final, fracassou: o império acabou quando os senhores de classe se transformaram em senhores de territórios; fracassou, portanto, em virtude de uma concepção cada vez mais inadequada do homem no Direito.

O Renascimento, a Reforma e a recepção do Direito Romano desligaram o homem, enquanto indivíduo, da comunidade e fizeram dele, assim isolado, assim motivado não mais pelo dever, mas pelo interesse, o fundamento do Direito. Um novo tipo humano foi modelado no Direito na figura do comerciante, voltado totalmente para o lucro e o cálculo (*não há cordialidade nos negócios*). As necessidades do comerciante foram uma das causas essenciais para a recepção do Direito Romano e, em consequência, para a adaptação do Direito ao novo tipo humano. Com certo exagero pode-se dizer que, a partir de então, o Direito considera todos os homens comerciantes, até mesmo o trabalhador, que passa a ser considerado um vendedor da mercadoria *trabalho*.

A época do Direito na qual o homem é concebido como personificação do egoísmo é dividida em dois períodos: a do Estado policial e a do iluminismo. O Estado policial não confia na imatura razão dos destinatários do Direito, assumindo por isso a proteção deles, mesmo contra seus próprios erros, e dedicando-se a torná-los felizes, mesmo contra sua vontade. Ele é (nas palavras de uma Câmara da Corte da Bavária, em 1766) o tutor natural de seus súditos, os quais devem ser educados ainda que contra a própria vontade, assim como se organiza a economia doméstica. Não apenas direitos, mas também obrigações fundamentam-se, com frequência, no mesmo egoísmo. O que não está proibido está determinado – não apenas permitido. A ordem jurídica imagina seu destinatário como um homem muito egoísta, a ponto de deixar-se conduzir exclusivamente por seus interesses, mas não suficientemente inteligente para reconhecer por si mesmo estes interesses.

O iluminismo e o Direito Natural orientaram a ordem jurídica para o mesmo tipo humano do qual partira o Direito Romano: um indivíduo não só egoísta, mas também capaz de perseguir o que entendia como de seu interesse; um indivíduo liberado, por isso, de todos os laços sociológicos e sujeito apenas a vinculações jurídicas que assentam no que entende serem seus interesses individuais. Aí reside, ao mesmo tempo, uma inalienável visão metodológica e uma concepção historicamente condicionada. De fato, o legislador deve formalizar a lei considerando os homens egoístas a ponto de buscarem seus interesses sem nenhum escrúpulo, como se inexistissem limitações legais, e inteligentes a ponto de reconhecerem imediatamente as lacunas das limitações existentes; a lei (repetindo *Kant*) deve adaptar-se também a uma população de demônios, desde que possuam ao menos a razão. Como disse *Maquiavel*,

ninguém pode outorgar uma Constituição ou uma lei a uma República se não partir do pressuposto de que todos os homens são maus. É o mesmo que consta de velho provérbio jurídico: *maus costumes fazem boas leis*. Todas as leis devem orientar-se pela figura fictícia de um homem profundamente egoísta e inteligente. Naquele período jurídico, no entanto, esse tipo humano era mais do que uma construção fictícia, pois ele correspondia realmente do tipo empírico médio: não só a Economia nacional clássica, também a teoria do Direito Natural admitia que os homens, em sua maioria, correspondem realmente ao *homo oeconomicus*. Essa época de brilho e vivacidade não percebeu que o homem não é, em sua maioria, egoísta, inteligente e ativo; ao contrário, é bom, imbecil e acomodado.

Só a crença ingênua na veracidade de sua concepção humanista habilitou essa época a estruturar a ordem jurídica sobre um novo tipo de homem com admirável coerência. Desapareceram as demais configurações medievais e patriarcais: todos os direitos atribuídos sob o falso pressuposto de serem exercíveis na medida dos deveres foram puramente divididos em direitos e deveres separados. Mesmo os deveres do Estado policial foram eliminados, no interesse dos próprios obrigados, ainda que não reconhecido por estes; onde tais deveres coincidiam com o interesse egoísta, não foram impostos como deveres, mas outorgados como direitos: *beneficia non obtrunduntur* (benefícios não são impostos): mesmo quem não quer, recebe-os; a vontade do homem é seu reino celestial. Pressupõem-se inteligência e ação que reconhecem os interesses e os meios para obtê-los, inclusive os meios jurídicos: *ignorantia juris nocet, jus vigilantibus scriptum* – o Direito não se preocupa com os que dormem! São ignorados todos os vínculos sociais e econômicos que poderiam impedir a busca dos interesses adequadamente entendidos, exceto os instituídos pelo Direito; a possibilidade jurídica é transformada em possibilidade de fato; a liberdade contratual, de caráter jurídico formal, por exemplo, passa a ser entendida como liberdade real de contratar. Todos os homens, vistos como egoístas, racionais, ativos e livres, são considerados iguais, uns aos outros. As partes de um contrato são tratadas como iguais, como se fossem pessoas diante de sua própria imagem no espelho; na vida do Direito entra sempre o mesmo homem diante de si mesmo, como fantásticos sócias, na multiplicidade de papéis repetidos milhares de vezes.

O pensamento jurídico foi dominado por esta concepção do homem até época muito mais recente do que imaginamos e queremos. Partiu do Direito Privado para chegar, de forma conseqüente, ao Direito Processual Civil: a máxima de relacionamento supunha que, no processo, estavam frente a frente, em igualdade de condições, algo como dois experimentados jogadores de xadrez, dois peritos muito conscientes dos interesses que os moviam, sem necessitar da ajuda do juiz. O Direito Penal, sob inspiração de *Feuerbach*, estava também sob esta orientação: sua teoria da coerção psíquica supõe homens que buscam interesses pessoais de maneira puramente egoísta e racional, sem nenhuma pressão instintiva ou consciente resultante do cálculo das vantagens e desvantagens decorrentes de seu crime. Até o Direito Público foi fundamentado e desenvolvido com base na teoria do contrato social, nos interesses individuais de homens livres e iguais. No mesmo sentido, aparece o exercício do direito de voto como pura manifestação de interesses individuais; a maioria e a minoria resultantes de uma eleição aparecem como o resultado ocasional das manifestações de interesses assemelhados. Os fundamentos sociológicos do voto individual, no entanto, assim como o Partido e a Classe, ficam longe da perspectiva do Direito. Se Rousseau combateu as formações partidárias porque falseavam a manifestação dos interesses

individuais, da mesma forma o Direito estatal e a ciência do Direito estatal, em um passado não tão distante, no mínimo ignoraram os Partidos Políticos, apesar de sua importância. Eles representariam puras formações sociológicas, sem dignidade jurídica; para o Direito existiriam somente eleitores individuais. Esta era a orientação do Direito, em todos os seus setores, voltado para um tipo humano individualista e intelectualista. Apenas em um fragmento da ordem jurídica era ainda vigente o pensamento patriarcal como limitação do indivíduo, através de direitos impostos e penetrados por obrigações – no Direito de Família. Confiavam-se, como antes, ao marido e pai, direitos relativamente à esposa e aos filhos, na esperança de que eles seriam exercidos na medida dos deveres. Mas também no Direito de Família foram incluídas, cada vez mais, garantias, visando a assegurar o exercício dos direitos, de acordo com os deveres de maridos e pais; lembre-se, a este propósito, a criação dos Juizados de Menores e dos Códigos de Menores. Também aqui teve lugar a substituição dos direitos empapados de deveres por direitos relativos a interesses individuais e a deveres relacionados aos interesses de terceiros.

Entretanto ficou cada vez mais evidente quão fictício era o tipo médio empírico de homem aceito no período jurídico liberal. Nem sempre ele se encontra em condições de reconhecer seu próprio interesse ou de agir em conformidade com o interesse reconhecido, embora seja sempre motivado exclusivamente por seu interesse. Em todos aqueles casos de desconhecimento da necessidade, ou de descuido, o direito, constituído exclusivamente no pressuposto de um homem inteligente, livre e motivado por interesses conduzia à destruição do próprio homem. Através da lei da usura, renovou-se a proteção jurídica do sujeito de direito, apesar de sua manifestação de vontade em sentido contrário. Progrediram as limitações contratuais, como na proteção jurídica ao trabalhador. No processo civil – a começar pelo processo civil austríaco –, quebrando cada vez mais a máxima da livre negociação, imiscuiu-se o juiz no jogo livre das partes, auxiliando e orientando, certamente no interesse destas mesmas partes. No Direito Penal, naufragou a intimidação física proposta por *Feuerbach*; evidenciou-se que o criminoso é quem se encontra na pior situação para avaliar friamente as vantagens e desvantagens de seu comportamento e para decidir-se pelo caminho mais vantajoso – por isso é necessário melhorá-lo, isso é, elevá-lo, para que possa apreender seu próprio interesse e agir de acordo com o interesse assim apreendido. Dizendo melhor (como demonstra a nova idéia de homem), por trás do tipo único de agente é descoberta, mesmo no Direito, considerável variedade de tipos psicológicos – o criminoso de ocasião, o habitual, o corrigível e o incorrigível. A nova doutrina do Direito Penal pode ser qualificada como sociológica, pois eleva ao plano jurídico uma série de fatos até então tidos como puramente sociais. Estamos diante de nova concepção de homem no Direito; prepara-se nova transformação temporal do Direito; irrompe nova época jurídica.

Em comparação com o esquema da época liberal, da liberdade abstrata, do egoísmo e da racionalidade, a nova imagem do homem é muito mais próxima da vida, nela incluindo-se também a capacidade intelectual, econômica e social do sujeito de direito. O homem, para o Direito, a partir de então, não é mais Robinson ou Adão, não é mais um indivíduo isolado, mas é o homem em sociedade, o homem coletivo. Com esta aproximação do tipo humano jurídico à realidade social, subdivide-se também o sujeito de direito em uma multiplicidade de tipos sociais relevantes, agora também jurídicos. Tudo isso pode ser percebido especialmente na predominância do Direito do Trabalho

na época social do Direito, da mesma forma como o Direito Comercial predominara na época liberal.

O Direito Privado, ou *burguês*, conhecia apenas sujeitos de direito que, de forma bilateral, celebravam contratos a partir de manifestações livres da vontade; não o trabalhador com sua inferioridade na relação com o empresário. Desconhecia também a solidariedade entre os trabalhadores, que procura compensar a inferioridade das forças do trabalhador individual diante do empresário; desconhecia ainda as organizações sindicais que, através dos acordos coletivos passam a ser as verdadeiras partes contratantes do trabalho; reconhecia somente as partes individualmente e os contratos individuais de trabalho. Nada conhecia sobre as associações empresariais. O Direito burguês só via a multiplicidade de contratos de trabalho de cada empresário com seus trabalhadores, sem qualquer vinculação jurídica entre estes. Não via o pessoal da empresa como unidade sociológica fechada – não via o bosque, oculto pelas árvores. Esta é, no entanto, a essência do Direito do Trabalho: sua proximidade à vida. Ele não vê apenas pessoas, como ocorre com o Direito burguês, mas vê a empresa, o operário, o funcionário; não vê apenas pessoas isoladas, mas associações e empresas; não vê somente contratos livremente negociados, mas também duras lutas pelo poder econômico, que determinam fundamentalmente as pretensas contratações livres. Vê os indivíduos como membros de suas associações, de suas empresas e, em última análise, do todo econômico e da sociedade, com as motivações que daí emergem, provenientes de um sentimento coletivo ou, pelo menos, do egoísmo ampliado, que denominamos solidariedade.

O Direito Público foi também afetado por esta nova concepção do homem. Encontramo-nos em meio a uma transformação do conceito de democracia: esta idéia, construída sobre o homem individualizado, está sendo repensada a partir do conceito de homem coletivo. Já não significa mais, para nós, *igualdade de todos aqueles que têm face de homem*, mas, quase ao contrário disso, corresponde agora ao melhor método de escolha da autoridade. Em conexão com isto, não mais considera a soma dos indivíduos, mas grupos sociologicamente muito complexos, classes e Partidos. Isto não vale apenas para o conceito sociológico e político de democracia, senão também para seu conceito jurídico: estes grupos, com sua participação eleitoral proporcional, adquirem relevância jurídica. Os Partidos, até pouco tempo atrás das cortinas, passam a ser vistos como importantes órgãos do Estado e participam da cena do Estado de Direito e da ciência do Direito Público.

Pensar o homem no Direito como ser coletivo significa, finalmente, introduzir nele uma parcela do *ethos* coletivo. Concretiza-se desta forma nova *etização* do Direito; nova introdução, nele, do conteúdo ético do dever: afirma-se que *a propriedade obriga* e que *o direito de votar é também o dever de votar*; como *Jhering* já tinha elevado, de forma impressionante, a luta pelo direito à condição de dever moral. Com tal injeção de dever no direito, a era social do Direito retoma as idéias da era patriarcal: todo direito assemelha-se, agora, a uma simples concessão da coletividade. Mas esta injeção de dever impõe ao Direito, diferentemente da época do Direito patriarcal, um condicionamento pelo dever. A Economia de guerra ensinou-nos a ver todos os direitos como transitórios, confiados ao indivíduo somente no pressuposto de serem exercidos em conformidade com o dever e o legislador está sempre pronto a eliminar os direitos mal exercidos, a eliminar dos grupos sociais os direitos que eles não exercem em

conformidade com seus deveres. Todos os direitos se transformaram, desta forma, em direitos revogáveis.

Nossa tarefa não se esgota com este esboço das diversas concepções do homem como objeto da ordem jurídica. Faz-se necessário, ainda que em breves traços, esboçar como o Direito concebe o homem como seu sujeito, como seu criador. Mais ainda: verificar se ele admite o legislador humano como seu criador, pois o homem como legislador não é uma idéia pacífica, mas uma conquista tardia da História.

Na pré-história germânica, direitos, costumes, moralidade, religião, eram produtos da sabedoria dos antepassados, eram ditames da consciência popular, da vontade dos deuses e, portanto, não decorriam da legislação humana. O aperfeiçoamento do Direito, mediante sua formulação escrita, consumou-se quando o que era considerado novo passou a ser considerado velho. Na introdução ao Espelho da Saxônia (famoso livro de Direito de 1220) consta: *eu não inventei este direito, mas ele nos foi legado por nossos bons antepassados.*

Os primeiros legisladores devem, por isso, ter sido considerados homens que, com mãos sacrílegas, imiscuíam-se nas prerrogativas dos deuses. Na Alemanha, a caminhada rumo à legislação humana ocorreu de forma especialmente tardia e lenta. Neste processo, as legislações merovíngias e carolíngias representaram decisiva transformação. O rei não podia legislar diretamente para o povo, mas seus funcionários podiam fazê-lo. A lei jurídica era apenas administrativa e obrigava somente os juízes do rei, enquanto o povo e os juízes do povo regiam-se pelo Direito consuetudinário. Muito tempo durou a luta pelo domínio, entre Direito Administrativo e Direito costumeiro, sob a decisiva forma, sempre reiterada, de um *eterno processo entre o Direito e o Estado.*

Vamos dar agora um longo salto até os tempos modernos! Mesmo muito avançadas na modernidade, a ciência e a prática jurídicas não costumavam se ocupar da lei, mas afirmavam-se a partir de outras autoridades como a Bíblia e os clássicos da antiguidade. Parece que ainda não reconheciam a força hoje incondicionalmente obrigatória da lei estatal. É a época do Direito Natural, na qual não se reconhecia a validade do Direito Positivo como decorrente do simples fato de ser editado pela autoridade estatal, mas apenas na medida da justiça de seu conteúdo. Mesmo *Hobbes* precisou repetir muitas vezes, diante de tal concepção: *a lei não é um conselho e sim um comando.*

A recepção do Direito Romano, escrito por aquele que foi considerado predecessor do Imperador romano, preparou a aceitação da validade da vontade do Estado como lei, mas só o Estado absoluto conseguiu impô-la. No Estado dos funcionários predominou somente o Direito da administração. Só o iluminismo conseguiu substituir o querer instintivo do espírito do povo pelo querer teleológico do legislador estatal. A linguagem é, também aqui, o melhor testemunho da transformação ocorrida nas consciências. Quase de um só golpe surge a linguagem jurídica moderna, a linguagem que se torna consciente do poder jurídico do Estado, a maravilhosa e conseqüente linguagem do imperativo categórico, que se distingue cada vez mais intensamente da linguagem da persuasão, do convencimento, da doutrinação. Finalmente, entra na cena da História a figura do homem como dominador absoluto, como legislador.

A evolução que vai do Estado absoluto ao Estado constitucional significa que a vontade do Estado transformou-se em vontade do povo, que o novo Direito despersonalizou-se e socializou-se. Atualmente, a legislação apóia-se não apenas na representação popular, mas no próprio povo. Especialistas e interessados são convocados para prepará-la, cada vez mais, às vezes informalmente e outras vezes até com respaldo constitucional – como no Conselho Econômico do Reich. A lei transformou-se em nova espécie de direito do povo – não mais o desorganizado impulso do espírito do povo, mas o querer finalístico de uma vontade popular absolutamente organizada.

O curso da História vai assim, a partir de um querer coletivo inconsciente que se impõe ao querer individual consciente, ao querer coletivo consciente do legislador, em exata correspondência a nossa consideração sobre o homem como sujeito e como objeto do Direito. Todo Direito é, em primeiro lugar, tanto em sentido subjetivo quanto objetivo, Direito da comunidade, da consciência coletiva, Direito para a comunidade humana; em seguida, o direito individual e o legislador de direitos individuais estão voltados para indivíduos imaginados como isolados; finalmente, outra vez em seu duplo significado, temos o Direito da comunidade – não mais Direito da comunidade patriarcal e sim da comunidade organizada.

Retornamos uma vez mais ao homem como objeto do Direito. As considerações anteriores não são sem precedentes. De alguma outra forma foram sempre cultivadas sob o véu transparente das construções históricas, na doutrina do estado de natureza. Por este não se entende essencialmente outra coisa senão o estado original da alma humana, no qual o Direito encontra-se já constituído e no qual encontra seu ponto de partida. As diversas épocas do Direito renderam diferentes homenagens a contraditórias concepções deste estado de alma, designadas, nas doutrinas do estado de natureza como *appetitus societatis* (Grotius) ou *homo homini lupus* (Hobbes). Georg Jellinek mostrou, numa conferência tão cheia de espirituosidade quanto de conteúdo, como o tipo humano que a velha teoria do Estado tomou como ponto de partida estava ajustado à figura do pai da estirpe humana: o velho Adão, em suas cambiantes formas históricas de manifestação – o homem no Direito.

Com o nome que acabo de referir, desperto a lembrança de uma época gloriosa de nossa gloriosa Universidade, a Heidelberg de Georg Jellinek, Wilhelm Windelband, Emil Lask, Ernest Tröltzsch, Eberhard Gothein e Max Weber. A esta Heidelberg agradeço minha formação espiritual e, como me é permitido agora retornar ao velho lar de meu espírito, desconheço melhor forma de gratidão do que a invocação destes grandes mestres. Mas estranho destino quis que dois homens tivessem aqui seu círculo de influência e sua última morada; homens que, nos dois setores de trabalho de minha vida, foram profundamente professores, mestres e amigos fraternais: Franz Von Liszt e Friedrich Ebert. Permitam-me, por isso, que, nesta hora, para mim tão solene, mencione também seus nomes, com imorredoura veneração e gratidão. Sob a inspiração deles quero tomar nas mãos este novo arado para trabalhar novas terras.

Com imensa felicidade, o trabalho cotidiano de minhas mãos cria e permite que eu conclua minha tarefa.

II

Direito classista e idéia de Direito ²

Conforme foi exposto, o Direito surge do espírito do povo como histórico, não intencional e sem luta, como a linguagem; ou surge da razão, como Direito natural, invariável e supranacional. Assim apresenta-se sua origem principalmente àqueles que desfrutaram de seus benefícios. Aqueles sobre os quais recai preponderantemente a pressão do Direito vêm em tais teorias apenas belos sonhos: na teoria do espírito do povo, o sonho já passado de uma idade de ouro perdida; na teoria do Direito Natural, o sonho futuro de um terceiro reinado ainda por vir. Não encontram, todavia, o Direito do presente, a partir dos sentimentos nem das idéias, mas só a partir de uma vontade insensível e irracional, a partir dos interesses e da força. Foi assim que *Jhering* pensou o Direito como *a política da força*. Foi assim, também, que *Karl Marx* e *Friedrich Engels* viram os fundamentos do Direito. Relações jurídicas não são senão relações sociais de poder, traduzidas sob forma jurídica; ordem jurídica é o poder da classe dominante juridicamente reconhecido. No Estado sem classes, cessaria o exercício da força sobre os oprimidos e o que hoje entendemos por governo sobre os homens seria substituído por uma simples *administração de coisas* ³.

A interpretação econômica da História ensina, portanto, duas coisas: o Direito, como simples superestrutura das relações sociais de poder tem apenas uma *existência aparente*; e mesmo esta *existência aparente é passageira*; em uma sociedade sem classes, força, pena, Estado e Direito desaparecerão, *fenecerão*.

O comunismo russo construiu desta forma quase anárquica e provocativa sua singular teoria historicista do Direito. *Direito*, conforme um princípio oficial do Direito Penal russo, *é um sistema de relações sociais que correspondem aos interesses da classe social dominante e são, por isso, mantidas pela força organizada (do Estado)*. Não apenas o Direito do passado capitalista, mas também o Direito da ditadura do proletariado é um Direito de classe. Só que este é confessadamente de classe, *não maquiado*; bem ao contrário, tem a marca do proletariado. É uma tolice protestar contra o Direito e a Justiça de classe – pode-se apenas protestar contra o fato de que a classe que edita o Direito e aplica a Justiça não seja a própria classe. Trata-se somente de substituir o Direito da classe capitalista pelo Direito da classe proletária, até que, em uma sociedade sem classes, tenha fim o predomínio de uma classe sobre as outras e o predomínio do Direito de uma classe. Não se trata, portanto, de uma luta pelo Direito, mas de uma luta pelo poder – uma luta de classes. ⁴

² Publicado na *Zeitschrift für soziales Recht* (Revista de Direito Social), janeiro de 1929

³ Comparar a crítica de *Rudolf Stammler* à concepção jurídica do materialismo histórico com a judiciosa exposição de *Karl Kautsky* – *A Concepção Materialista da História*, I, 1927, p. 833 e sgs.

⁴ Vide: *P. Stutschka* – *O Problema do Direito e da Justiça de Classe*, 1922; *S. Hessen* – *A Filosofia do Direito e do Estado no Comunismo Bolchevista*, em *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* (Arquivos de Filosofia do Direito e de Economia), vol. 19, 1925-1926, p. 3 e sgs.; *Maurach* – *System des russ. Strafrechts* (Sistema de Direito Penal Russo), em *Fontes e estudos do Instituto Europeu Oriental em Breslau*, 1928, p. 7 e sgs.

Tinha razão, portanto, o Dr. Simon, Presidente do Tribunal do Reich, em sua famosa observação, em discurso proferido em Munique: *a luta de classes não é conciliável com a função judicante, que deve implantar a igualdade perante a lei; a luta de classes corresponde a uma consciente injustiça*⁵. Para os socialistas, no entanto, está claro que o perigo da luta de classes não reside apenas em um dos lados, o daqueles que admitem a teoria da luta de classes; ela predomina exatamente, e com muito mais intensidade, no lado de quem dela participa de forma inconsciente e ingênua. É exatamente este que tende a suportar os prejuízos de sua classe, por evidentes imposições da Justiça. Por outro lado, a tomada de consciência pelos socialistas do condicionamento classista que o Direito implica serve como um sinal de alerta que evita adotar como evidente alguma concepção do Direito sem análise crítica e sem autocontrole.

Desta forma, dever e vontade são naturalmente pressupostos pela Justiça, o que difere e é muito mais que o interesse da própria classe. Os realistas russos costumam ignorar uma realidade, apesar de sua evidência: a realidade psicológica do movimento operário atual, à qual pertence o intenso *pathos* do sentimento de justiça – *o proletariado acredita na Justiça*⁶. As explosões de indignação contra o Direito de classes, contra as leis de exceção e a Justiça de classes não se voltam apenas contra o Direito de classes, as leis de exceção e a Justiça de classes *dos outros*; mas provêm de um posicionamento que rechaça *totalmente* o Direito de classes, as leis de exceção e a Justiça de classes; resultam de uma profissão de fé em um Direito que não deve reconhecer tais degenerações. Não por outra razão, o canto de guerra mais próximo do coração da força operária começa assim: *Viva aqueles que se preocupam com o Direito e a Verdade!* Mesmo os comunistas russos, na época em que careciam de leis, não invocavam perante os juízes o interesse do proletariado, mas a *consciência jurídica revolucionária* e quando, com a nova política econômica, surgiu a *legalidade revolucionária*, a legislação de *concessões*, no duplo sentido desta palavra, foi acentuado com insistência que, com ela, oferecia-se *sólido fundamento à lei*, a partir da *igualdade para todos*, desligando-se ainda mais o Direito do puro interesse do proletariado dominante.

Esta concepção do movimento operário corresponde também, em última análise, às posições fundamentais de seus teóricos. Já *Jhering* vira no Direito a *Política* da força; não da força pura e simples, mas da força inteligentemente recoberta pela roupagem do Direito; e reconhecia que o Direito é mais do que a simples força, pois é uma realidade, um poder que se compraz em ter a força a seu lado. Do mesmo modo *Marx* entendia o ideal como *o material posto e traduzido de cabeça para baixo na consciência dos homens*: também, na sua opinião, as relações jurídicas não são simplesmente relações do poder econômico, mas são relações de poder traduzidas em outra linguagem, transpostas para outro tom. Qual é este tom e qual é esta linguagem? Quando *Lassalle* compara a Constituição com as relações reais de poder e estas não estão diretamente expressas na forma escrita da Constituição, mas apenas *de forma mais trabalhada*, pergunta-se: que forma é esta?

Alguns exemplos dão-nos a resposta. A exigência de liberdade e do respeito a ela correspondem ao interesse e ao poder da burguesia em ascensão. Mas a liberdade a

⁵ Formulação autêntica, constante de carta publicada por *Justiz* (Justiça), t. II, 1927, p. 332

⁶ Assim, *Ernest Fraenkel – Zur Soziologie der Klassenjustiz* (Por uma Sociologia da Justiça Classista), 1927, p. 32

que ela se referia não se destinava apenas ao indivíduo e sim a todos – por esta razão era exigida a liberdade como *direito*. O Direito deve fundamentalmente buscar a Justiça e esta exige princípios gerais, exige igualdade perante a lei. Apresentar uma exigência sob forma jurídica significa então possibilitar ao outro o que é exigido para si próprio. Pretendendo a burguesia a liberdade sob forma de direito, esta liberdade devia, em consequência, ser exigida para todos – por isso precisou ser respeitada a liberdade de associação na luta do proletariado, liberdade que se transformou em instrumento de luta contra a própria burguesia, de cujos interesses originalmente derivou. O que vale para a liberdade vale também para a democracia, adotada também no interesse da burguesia, mas que, sob forma de lei, transformou-se em democracia para todos, inclusive para o proletariado, e, na luta do proletariado, em instrumento de luta contra a burguesia que havia plantado a bandeira democrática em seu interesse.

Estes exemplos mostram três coisas. Em *primeiro* lugar, que a *transformação e tradução* dos interesses e do poder econômico sob a forma cultural jurídica significou a gradativa separação da legalidade jurídica do domínio do poder econômico. *Em segundo* lugar, que a legalidade ostentada pelo Direito é capaz de modificar, por seu lado, as relações do poder econômico das quais surgiu, o que contraria as bases da ideologia jurídica da superestrutura econômica. *Finalmente*, que, graças a esta capacidade da legalidade e às consequências de sua transformação, também a classe oprimida pode ter interesse no respeito aos direitos estabelecidos pela classe dominante. (Esta reflexão esquemática deixa claro o fato de que a atual divisão da relação de poderes entre burguesia e proletariado não permite mais um verdadeiro direito de classes, mas somente um enfraquecido direito civil limitado por compromissos e concessões de diversos graus.) É exatamente assim que a classe oprimida evolui, em inúmeras lutas, sob a proteção da ordem jurídica que a classe dominante lhe impôs, porque esta ordem jurídica, embora classista, é *Direito* que, portanto, não é visto como algo nu, preocupado apenas com os interesses da classe dominante, mas vestido com a roupagem jurídica; e seu conteúdo, qualquer que seja, serve também aos oprimidos. Graças a um refinado instinto de classe, o proletariado aprende que a pior das leis é a *lei flexível* inspirada essencialmente pela idéia formalista do Direito: embora só o formalismo jurídico possa proteger a classe oprimida dos atos arbitrários de uma legislação e de uma prática jurídicas que se encontram nas mãos da classe adversária ⁷.

Na famosa carta a *Mehring*, de 14 de julho de 1893 ⁸, na qual a interpretação histórica da Economia é esclarecida e complementada, exatamente na forma aqui exposta, admitiu *Friedrich Engels* que, tanto ele quanto *Marx*, descuraram, na formulação original do materialismo histórico, *da relação entre forma e conteúdo*. Na verdade, a legalidade e a retroatividade das ideologias apóiam-se no fato de que os impulsos que ascendem da esfera econômica são recolhidos e modelados pelas diversas formas culturais que, embora não tenham validade perene, procedem de época *anterior* à econômica, a cujos resultados ajudam a dar forma cultural; são anteriores e sobreviventes de diversas épocas da Economia. A forma cultural da generalidade e da igualdade, características de tudo aquilo que pretende o qualificativo de direito, não precisa ser considerada uma *categoria* que, com exigência lógica, recolhe os condicionamentos econômicos da ideologia jurídica, mas representa poderosa realidade que apreende esta ideologia sob a forma de necessidade causal. As tendências jurídicas

⁷ *Ernst Fränkel* – obra citada, p. 39 e sgs.

⁸ *Mehring* – *Geschichte der deutschen Sozialdemokratie* (História da Social-democracia alemã), 6ª e 7ª eds., tomo I, 1919, p. 385 e sgs.

de uma classe que chega ao poder não se concretizam em um espaço jurídico vazio e sim através da modificação das funções de institutos jurídicos pré-existentes ⁹ ou da criação de novos institutos no sistema jurídico anterior; nos dois casos, incorporam-se à poderosa arquitetura secular cujo edifício é por elas alterado apenas quanto a pequenos detalhes, permanecendo, no entanto, influenciados de alguma forma por seu estilo. Suponhamos que uma classe em ascensão implante novo sistema jurídico em seu proveito – ele incluirá de algum modo, necessariamente, as tradicionais formas jurídicas da generalidade e da igualdade. O *Partido Político* é o órgão através do qual uma classe expressa politicamente suas reivindicações e as transforma em realidade. Deve, por necessidade sociológica, no mínimo, *garantir* que o interesse da classe por ele representada coincida com o interesse geral, propondo um programa segundo o qual suas exigências correspondam ao melhor para todos. Em certos casos, precisará levar a sério a ideologia pretendida, para não perder os partidários vinculados por interesses estranhos aos da classe, ou seja, a vinculados em razão do programa, pois tanto estes quanto seus adversários *aderiram* ao programa. É o que *Hegel* chamou *astúcia das idéias*, segundo a qual, quando alguém invoca uma idéia em seu interesse, está obrigado a realizá-la, mesmo quando ela deixe de ser-lhe útil. O Partido Político é, assim, uma das duas forças sociológicas que conservam a forma do Direito – a outra é a organização dos *juristas*. O Direito sai das mãos dos políticos encarregados de criá-lo para a dos encarregados de zelar por ele; os juristas são a classe profissional que busca justificar sua existência na realização do Direito, justificar seus interesses vitais, sua dignidade, seu orgulho artesanal e sua rotina profissional exatamente na proteção da forma do Direito. Se, nos meios políticos, o interesse de classe impõe-se à forma jurídica, nos meios jurídicos, evidentemente, predomina a forma jurídica sobre qualquer conteúdo relativo ao interesse de classes ¹⁰. Resulta daí que toda situação jurídica é realmente, em essência, força; mas força que, através de sua forma, se enobrece; ao mesmo tempo em que a força é fortalecida é também enfraquecida: enfraquecida porque não poderá valer se não estiver acompanhada ao menos do brilho da Justiça; e fortalecida porque, na medida em que queira ser válida, deverá incorporar a dignidade da Justiça.

Naturalmente há também a concepção segundo a qual mesmo a forma jurídica vazia de igualdade e generalidade não seria imutável e eterna, uma vez que, como o conteúdo jurídico, seria impulsionada também apenas pelas relações econômicas até ser arrastada por nova ordem econômica. Assim *Engels* classificou a concepção jurídica do mundo como *a visão clássica do mundo da burguesia*, que liquidou a concepção teológica do feudalismo ¹¹, isto é, indo mais adiante, a forma do Direito como ideologia do intercâmbio econômico com a qual ela é mantida e soçobra. *Karl Marx* mostrou que a ideologia da igualdade apóia-se na sociologia do mercado e do dinheiro e este faz desaparecer toda a diferença qualitativa entre os bens, ao mesmo tempo em que nivela todas as diferenças específicas entre aqueles que comerciam, a ponto de que, no mercado, não se encontram mais, frente a frente, pessoas com suas peculiaridades concretas, mas comprador e vendedor, comerciante e comerciante, ambos de valores

⁹ Vide o importante trabalho de *Karl Renner (Josef Karners) – Die soziale Funktion der Rechtsinstitute* (A função social dos Institutos Jurídicos) – em *Marx-Studien* (Estudos sobre Marx – tomo I, 1904), do qual é felizmente esperada nova edição.

¹⁰ *Engels* descreve de forma extraordinária a função sociológica da classe dos juristas em *Feuerbach, Neue Zeit* (Novos Tempos), 1886, p. 206 (edição especial de 1910, p. 51 e sgs.)

¹¹ Em um artigo anônimo publicado em *Juristen-Sozialismus* (Socialismo Jurídico) – contra Anton Menger – em *Neue Zeit* (Novos Tempos), 1887, p. 49 e sgs.

equivalentes como as mercadorias e os preços que permutam. Que tens tu? – pergunta o mercado, e não: quem és tu? ¹² Diz-se que já está sendo anunciada a extinção da forma jurídica, com o crepúsculo desta Economia de trocas. Os fenômenos reunidos sob o rótulo de *publicização do Direito privado*, todos os comprometimentos das regras da Economia do livre contrato, toda a proteção da ordem jurídica aos economicamente mais fracos às expensas da parte contratual economicamente mais forte, todo o Direito do Trabalho, por exemplo, correspondem a um extravasamento do Direito relativamente aos *estreitos horizontes do Direito Civil (Marx)*, em relação à tradicional forma jurídica da igualdade burguesa, assim como significam também o fenecimento de todo o pensamento jurídico, que deverá desaparecer por completo na sociedade socialista. *Direito, foi a palavra de salvação no advento da época burguesa; o Direito proletário, socialista, é um Direito que sepulta a si mesmo; seu conteúdo conduz à extinção da forma* ¹³.

Não é possível provar que a forma do Direito seja eterna; tal prova só seria possível a partir de um conceito *a priori* de Direito. Uma coisa, porém, pode-se demonstrar: que o processo acima exposto, relativo ao fenecimento das formas jurídicas, em razão da crescente publicização, ou seja, da socialização do Direito Privado, assim como a progressiva concretização do socialismo, não são, de forma alguma, compulsórios. Para isso, deve-se partir dos inesquecíveis pensamentos que *Aristóteles* legou à Filosofia do Direito: a distinção entre Justiça comutativa e distributiva. A Justiça comutativa corresponde à absoluta igualdade no intercâmbio das prestações; a distributiva corresponde à relativa igualdade na distribuição de benefícios ou imposição de encargos, distribuição esta que leva em conta a classe e a situação das pessoas envolvidas. Aquela pressupõe pelo menos duas pessoas que se relacionam, enquanto esta pressupõe três: duas pessoas às quais uma terceira, que lhes é superior, distribui as vantagens ou impõe os ônus. Não é necessário comprovar que a Justiça comutativa é a Justiça do Direito Privado e a distributiva a do Direito Público. A publicização do Direito Privado e a socialização da ordem jurídica significam, por conseguinte, que o Direito se distancia, cada vez mais, do domínio da Justiça comutativa, rumo à distributiva. O que não significa, de forma alguma, que aquilo que até agora se chamava Direito saia do mundo da Justiça, isto é, da igualdade em geral, mas apenas que, em lugar da absoluta igualdade de prestações e contraprestações, e, em consequência, em lugar da absoluta igualdade dos homens que se inter-relacionam, surge cada vez mais a igualdade relativa, que distingue cada um de acordo com suas peculiaridades e situações, suas capacidades e necessidades, mas trata a todos com uma só e a mesma medida. A forma do Direito não se encontra, no entanto, vinculada a esta primeira igualdade, pois corresponde apenas à exigência inerente a todo Direito de que suas disposições não sejam *arbitrárias*, isto é, não acarretem, sem fundamento, consequências diferentes para cada cidadão, mas que simplesmente sejam igualmente válidas para casos iguais; em sentido mais amplo, que sejam dominadas pelo princípio da igualdade. Deste modo concretizam-se Justiça, igualdade, forma jurídica e Direito, também na sociedade socialista. Porque a absoluta igualdade da Justiça comutativa, a igualdade jurídica para os socialmente desiguais, a igualdade do Direito Privado, mesmo entre patrões e empregados, significa, na verdade, o fortalecimento dos mais fortes e o enfraquecimento dos mais fracos: *aos que já têm, dá-se mais; aos que têm*

¹² V. *Bouglé, Les idées égalitaires (As idéias igualitárias)*, 3ª ed., 1925, p. 199 e sgs.

¹³ *Anatol Rappoport*, em valiosa dissertação sobre *Die marxistische Rechtsauffassung (Concepção Jurídica Marxista)*, 1927, p. 37/42, aderindo a *Paschukanis – Allgemeine Rechtslehre und Marxismus (Teoria Geral do Direito e Marxismo – 1924, em língua russa)*

pouco, retira-se o que têm. Igualdade do Direito, mas iniquidade da medida aplicada, ou seja, desigualdade relativa do Direito. É só no tratamento desigual, na medida das desigualdades das pessoas e de suas situações, no tratamento jurídico diferenciado dos fracos em relação aos fortes, na igualdade relativa da Justiça distributiva que adquire significado a igualdade de medidas – a verdadeira e definitiva igualdade.

Igualdade, forma jurídica e Direito não são, também para os socialistas, simples preconceitos burgueses. Sendo Direito, o Direito de classes reconhece, também na classe oprimida, dignidade e interesses. O ordenamento de uma sociedade socialista, enfim, não pode ser senão jurídico, embora, através do Direito, não seja possível instituir-se uma nova ordem social – e, ao referir este equívoco, estamos rechaçando o *socialismo dos juristas*. Mas a nova ordem social emergente da transformação econômica jamais poderá prescindir da força modeladora do Direito e, neste sentido, o socialismo jurídico de *Anton Menger* revela mérito inquestionável, como uma tentativa de refletir sobre os condicionamentos econômicos e as peculiaridades legislativas das formas jurídicas de uma sociedade socialista.

III

Do Direito individualista ao Direito social ¹⁴

Quando os cinquentões de hoje tinham quinze anos, costumavam repetir com frequência em suas conversas algumas palavras significativas: personalidade, gênio, super-homem! Hoje, tais palavras perderam o brilho. Foram apagadas por outra palavra, embora desgastada e empalidecida: comunidade.

A transformação conhecida como passagem da concepção individualista para a concepção social do mundo foi sensível em toda a cultura. Na arte, pode ser qualificada como a transição da cultura lírica para a arquitetônica. A juventude daqueles que agora começam a envelhecer vivia de poesias, de monólogos de uma alma que, sem ser notada, escutava a outra. Na medida em que, hoje, as obras de arte não tocam mais as almas, deixaram de ser poemas e passaram a ser edifícios, ou seja, obra de arte de comunidades para comunidades. Esta transformação é mais evidente, porém, na ciência, em particular no surgimento e progresso de um novo campo de pesquisa que coloca todos os domínios do espírito sob o aspecto da vida social: a Sociologia, que assume sobre as demais ciências papel assemelhado ao que a Filosofia exerceu na época do individualismo.

Não foi por acaso nem por um capricho do espírito que se deu esta transformação. Ela foi consequência das transformações econômicas. Na ordem econômica capitalista, o proletariado tomou consciência, antes dos demais, de que, isoladamente, nada era e de que somente como classe podia ascender ou descer. Por outro lado, a evolução, no capitalismo, de uma Economia livre para uma Economia comprometida proporcionou ao empresário a visão de seus irrecusáveis vínculos sociais. A evolução social da cultura é, portanto, tão-somente um reflexo da realidade de uma economia social.

O Direito seguiu esta mesma evolução. Embora muitos não saibam, ou não o percebam, estamos experimentando, no momento, uma transformação do Direito: uma transição não menos significativa do que a recepção do Direito Romano ou do Direito

¹⁴ Publicado na Revista do Direito e da Justiça Hanseática (*Hanseatischen Rechts- und Gerichtszeitschrift*), setembro de 1930. *Schlegelberger – Die Entwicklung des deutschen Rechts in den letzten 15 Jahren* (A Evolução do Direito alemão nos últimos 15 anos) – 1930, p. 41 – fala de uma transformação da atitude individualista do Direito em um pensamento comunitário. *Geiler – Gruchots Beiträge* – (Contribuições de Gruchot), vol. I, 68, p. 612 e sgs. afirma que *estamos assistindo o Direito e a Economia de todos os estados da cultura darem passagem a uma síntese da tese capitalista-individualista para a antítese socialista-capitalista*; e *Wertheimer – Entwicklungstendenzen im deutschen Privatrecht* (Tendências do desenvolvimento do Direito Privado alemão) – 1928, p. 31: *a época denominada liberal..., essencialmente, acabou. A idéia de comunidade,, acordou-se novamente...e uma era social está nascendo*. Em sentido contrário, denomina-a *Hedemann – Reichsgericht und Wirtschaftsrecht* (Justiça estatal e Direito econômico), 1929, p. 2, de forma estrita e absolutamente dirigida para um determinado objetivo: *fala-se de uma época social e de um pensamento voltado para o coletivo e correlatamente de um Direito social e coletivista como espelho do espírito de uma época e como traço predominante do presente*.

Natural. *Nossa época caracteriza-se pela passagem de um período individualista para um período social*, afirmou o Ministro da Justiça nas festividades relativas ao cinquentenário do Tribunal do *Reich*, palavras que o Presidente do Tribunal acolheu imediatamente.

Mas não entenderemos a profundidade desta evolução para o Direito social se, sob a denominação de Direito social, concebermos apenas um Direito que se preocupe com a segurança e o bem-estar dos economicamente mais fracos. Direito social repousa, acima de tudo, sobre uma transformação estrutural do pensamento jurídico e sobre um novo conceito de homem: não admite o homem como ser isolado, carente de individualidade, despido de suas peculiaridades, reconhecido como frustrado, subtraído de sua sociabilidade, mas apenas o homem social concreto ¹⁵. Somente quando o Direito está voltado para esta imagem de homem torna-se possível compreender a diferença entre potência e impotência social, cujo conteúdo a definição do Direito social evidencia, principalmente em relação aos demais ramos do Direito.

A tradicional ordem jurídica individualista estava orientada para o indivíduo isolado, sem individualidade. Diante de altas árvores, não queria ver a floresta; diante de grandes indivíduos, não queria perceber sua vinculação social. Expressão máxima desta visão individualista do homem é o conceito jurídico de pessoa. Um conceito igualitário que nivela as diferenças entre os homens: pessoa é, da mesma forma, tanto o proprietário quanto quem nada possui, tanto o indivíduo débil quanto a gigantesca pessoa jurídica. Nele estão incluídos: a igualdade jurídica, a igual liberdade em relação à propriedade, a igual liberdade de contratar. Mas, na realidade jurídica, a livre propriedade nas mãos do economicamente forte é profundamente diferente do que ocorre quando ela se encontra nas mãos do socialmente fraco. A livre propriedade do proprietário deixa de ser livre disposição das coisas para transformar-se em livre disposição das pessoas: quem manda nos meios de produção tem também o poder de comando sobre os empregados. Propriedade, enquanto poder não apenas sobre as coisas, mas também sobre as pessoas, chama-se capital; livre propriedade, associada à liberdade de contratar é, na realidade social, liberdade para o socialmente poderoso comandar e servidão para o socialmente impotente. O fundamento jurídico do capitalismo é a livre propriedade conjugada com liberdade de contratar, construída sobre o conceito formal de igualdade das pessoas.

Quanto mais o capital se concentra sob forma monopolística, tanto mais se transforma em poder sobre as pessoas – não apenas sobre o trabalhador, mas também sobre o consumidor – que pode ser pressionado pelos preços – e sobre o concorrente – do qual podem ser desviados fornecedores e clientes.

A pressão do direito de propriedade sobre os não proprietários resulta da concepção jurídica do livre contrato. A liberdade contratual, na realidade social, transforma-se, para os socialmente poderosos, em liberdade de se impor e, para os socialmente impotentes, em servidão. Somente em uma sociedade de pessoas com igualdade de poder social, em uma sociedade de pequenos proprietários, poderia a livre propriedade conservar seu caráter original de livre disposição das coisas e a liberdade

¹⁵ Vide Radbruch – *Der Mensch im Recht* (O Homem no Direito) 1927; Sinzheimer – *Der Wandel im Weltbild des Juristen* (Modificação da Imagem do Jurista) – *Zeitschrift für soziales Recht* (Revista de Direito social) – ano I, p. 2 e sgs.

contratual poderia conservar seu caráter original de igualdade para todos ¹⁶. A evolução do capitalismo fez, no entanto, com que a realidade jurídica estivesse cada vez mais em contradição com a forma jurídica: no que se refere a esta, estão previstas somente pessoas iguais, com igual propriedade e igual liberdade de contratar; mas, na realidade jurídica, em lugar de pessoas iguais, encontramos possuidores e não possuidores; e, em lugar de liberdade contratual para todos, encontramos a liberdade para os economicamente fortes imporem suas condições e a submissão dos economicamente fracos – a servidão à propriedade e, com ela, a transformação essencial da propriedade, que deixa de significar poder sobre as coisas e passa a significar domínio sobre as pessoas ¹⁷.

Em face de tudo isso, a teoria do Direito social revela significado quádruplo: em primeiro lugar, evidencia, por trás da abstração niveladora do conceito de pessoa, as peculiaridades individuais, o poder e a servidão sociais; não mais reconhece apenas pessoas, mas leva em consideração empregador e empregado, funcionários e trabalhadores; no Direito Penal, não reconhece só delinquentes, mas criminosos habituais e de ocasião, recuperáveis e irrecuperáveis. Com a visualização de poderosos e impotentes, são reconhecidas as individualidades, possibilitando-se o auxílio social aos necessitados e a limitação dos poderes dos socialmente poderosos. Enquanto a concepção individualista do Direito se fundamentava na igualdade, fundamenta-se o Direito social na compensação; lá dominava a Justiça comutativa e aqui a distributiva. Todavia, quando o indivíduo é concebido como ser social, a mais privada das relações jurídicas deixa de ser considerada apenas questão daqueles que dela participam e passa a ser considerada relação social; por trás das pessoas privadas que dela participam surge como terceiro e mais importante partícipe a figura poderosa da sociedade, do Estado, que a observa, está pronto a nela interferir e freqüentemente nela interfere. Com isto, no entanto – e este é o quarto aspecto do Direito social – ressurge, em novo plano, a harmonia entre forma e realidade jurídicas.

Esta manifestação essencial do Direito social manifesta-se, em sua estrutura formal, de três modos: em primeiro lugar através de uma relação hierárquica diferente entre Direito público e privado. Para a ordem jurídica individualista, o Estado é uma tênue linha protetora que contorna o Direito privado e o direito de propriedade; para a ordem jurídica social, ao contrário, o Direito privado é apenas um espaço provisoriamente liberado à iniciativa privada, sendo restringido, cada vez mais, no interior do Direito público que tudo engloba; é preservado, no pressuposto de que a iniciativa privada estará a serviço da utilidade comum, mas é suprimível se esta expectativa não se consumir. Em uma ordem jurídica social, o Direito público e o Direito privado não encontram limites precisos entre si, mas, ao contrário, sobrepõe-se um ao outro. Esta interpenetração do Direito privado com o Direito público realiza-se, acima de tudo, no novo segmento jurídico do Direito do Trabalho e do Direito Econômico, nos quais eles são evidentemente distintos, mas inseparáveis. Em conexão

¹⁶ *Fichte* traduz este fato sociológico-jurídico em uma teoria filosófico-jurídica ao fundamentar o direito de propriedade a partir do reconhecimento recíproco da propriedade em um fictício contrato de propriedade, no qual apenas proprietários são partes, e que não obriga os não proprietários. *Cada um é titular de sua propriedade, na medida e sob a condição de que todos os cidadãos possam viver do que é seu. A partir do momento em que alguém se torna miserável, a parte da propriedade necessária para tirá-lo da miséria não pertence a mais ninguém, pois pertence juridicamente aos miseráveis.*

¹⁷ Essa contradição entre a forma e a realidade jurídicas na ordem econômica capitalista é o tema de *Karl Renner* em *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion* (Os institutos jurídicos do Direito Privado e sua função social), 1929.

com a publicização do Direito privado surge, em terceiro lugar, a penetração do conteúdo de deveres sociais no direito subjetivo privado. Por isso a Constituição do *Reich* apropria-se da teoria de Goethe sobre *a propriedade e o bem comum*¹⁸. *A propriedade obriga. Seu uso deve estar a serviço do bem comum* (art. 153). O Direito social apresenta estrutura semelhante à do direito feudal da Idade Média. Também este facultava direitos sob o fundamento objetivo da prestação de serviços, com a natural consequência de que o direito não era concedido graças ao serviço, mas o serviço o fundamentava, enquanto o direito gozava das características de privilégio. Mas o Direito social protege-se contra semelhante desnaturamento baseado em uma legislação segundo a qual direitos não exercidos na medida das obrigações são limitados ou suprimidos. Por isso, na Constituição de Weimar, deixou-se pendente sobre a propriedade privada a espada de Dâmocles da desapropriação, ou seja, da socialização (arts. 153, 155 e 156).

O que foi até aqui exposto de forma geral pode ser mostrado de forma esquemática em cada ramo do Direito. Em primeiro lugar, no *Direito Privado*¹⁹. Evidentemente a nova orientação social não conseguiu penetrar a rígida estrutura de nosso Direito Civil, de orientação classista burguesa, ou seja, individualista. Mas é inegável que, embora tenha sido mantida a velha estrutura normativa, operou-se significativa modificação funcional, especialmente no mais individualista dos segmentos jurídicos, aquele que foi o pioneiro na experiência do Direito individualista: o *Direito Comercial*. Já foi demonstrado suficientemente como, por exemplo, sem nenhuma alteração legislativa, as sociedades anônimas modificaram-se em sua essência e em seus fundamentos; o que domina a vida da sociedade não é mais o interesse individual do acionista, mas o fim econômico da sociedade; os acionistas transformam-se, cada vez mais, em meros titulares de obrigações e os funcionários em agentes fiduciários não só do capital que lhes foi confiado, mas também do interesse geral²⁰. A nova concepção social não encontrou expressão legal no âmbito dos dois antigos códigos civis, mas encontrou-a nos novos segmentos jurídicos gerais que foram criados: o Direito do Trabalho e o Direito Econômico. O essencial, para estes, não está em voltar-se para o indivíduo isolado, mas para o homem concreto e socializado, de forma que se pode encontrar esquematicamente a diferença entre estes dois setores jurídicos no fato de que o Direito do Trabalho preocupa-se com a proteção do socialmente impotente e o Direito Econômico com a limitação daqueles que detêm a supremacia social.

A vinculação do *Direito do Trabalho* com o homem socializado não necessita de prova minuciosa. Ele está preocupado em destacar, por trás do conceito de igualdade das pessoas, tipos como o empregador e o empregado, o trabalhador e o funcionário; está preocupado em realçar o significado jurídico da socialização do trabalhador

¹⁸ *Wanderjahre* (Anos de transição), Lv. I. cap. 6. Esta e outras considerações de Goethe sobre a propriedade foram interpretada no passado (distorcendo tanto o pensamento dele quanto do socialismo) como socialistas. Vide *Ferd. Gregorovius – Goethes Wilhelm Meister in seinen sozialistischen Elementen* (Mestre Wilhelm Goethe em seus elementos socialistas), 2ª ed., 1855; *Karl Rosenkranz – Goethe und seine Werke* (Goethe e suas obras) – 2ª ed. 1856, p. 353 e sgs; *Karl Grün – Über Goethe vom menschlichen Standpunkte* (Goethe sob o ponto de vista humanístico), 1846, p. 281 e sgs. *Grün* resume o significado do poema de *Goethe – Katechisation* (Catequese) com as seguintes palavras: *la propriété c'est le vol*; e acrescenta: *quando falei isso a Proudhon, este acreditava ter lido pouco de Goethe, mas acreditava tratar-se de um moço inteligente: je l'ai toujours cru un garçon intelligent.*

¹⁹ Vide *Hedemann – Das bürgerlich Recht und die neue Zeit* (O Direito Civil e a atualidade), 1919.

²⁰ Vide *Geiler – Die wirtschaftliche Methode im Gesellschaftsrecht* (O método econômico no Direito societário) – *Gruchots Beiträge*, 68 – 1927, p. 593 e sgs.

individual sob a forma de sindicato e de operariado; em colocar na ótica jurídica, como fundamentos do contrato individual de trabalho, o acordo e a convenção coletiva. O homem associado e a própria associação, até então ignorados pelo Direito individualista, ingressam no plano jurídico através do Direito do Trabalho.

Enquanto o Direito do Trabalho nos oferece hoje um sistema completo, o *Direito Econômico* é, até agora, apenas um programa, um fragmento, o que se pode verificar claramente na legislação sobre cartéis e inquilinato, nas limitações ao *lock out* e nas obrigações de expandir-se, bem como na sindicalização compulsória. Assenta-se sobre a concepção, amargamente experimentada no terrivelmente estreito período da economia de guerra, segundo a qual qualquer relação de direito privado está incrustada no todo da economia e da sociedade, no qual produz conseqüências ainda que remotas; segundo a qual o exercício da propriedade não diz respeito exclusivamente ao proprietário; e segundo a qual a celebração de um contrato não interessa apenas às partes contratantes, mas também a um terceiro maior do que eles: a sociedade e sua organização – o Estado. Quando, no interesse da sociedade, o Estado interfere, regulando e organizando as relações de Direito Privado, surge o Direito Econômico ²¹. A essência, portanto, do Direito Econômico consiste em reconhecer e tratar as relações jurídicas individuais como sociais.

Em outro importante setor do Direito Privado – o *Direito de Família* – dá-se, todavia, uma transformação cuja tendência parece contradizer o Direito Econômico. Enquanto neste a evolução respeita os vínculos sociais, o Direito de Família, ao contrário, parece ignorar e rever os relacionamentos sociais tradicionais. Objetivando efetivar a completa equiparação entre marido e mulher, facilita o divórcio e, objetivando efetivar a equiparação entre filhos legítimos e ilegítimos, adota a teoria segundo a qual o casamento, ou o estado de casados, não é uma instituição duradoura entre os esposos, mas apenas uma relação contratual válida na dependência da transitória vontade de cada contratante. Com a extinção do fideicomisso familiar e a condenação do direito sucessório ilimitado, em favor de um direito sucessório comunitário ou estatal, revela-se que o conceito de *família*, que unia parentes distantes, retrocede em favor de um conceito de família como relação pessoal entre seus membros – é a grande família superindividualista contra a pequena família individualista. Mas precisamente desta forma manifesta-se ao menos a tendência do Direito social de adaptar as formas jurídicas à realidade social. O desmonte do Direito matrimonial e de Família reproduz a evolução do capitalismo que destrói o lar, a fazenda e a família como unidades econômicas; que separa profissionalmente os membros da família transformando-os em participantes de outras unidades econômicas; tudo isto, ao colocar o homem na fábrica, a mulher no trabalho doméstico de terceiros, o filho no escritório, a filha na loja, talvez nas grandes unidades comerciais de consumo, roubando-os cada vez mais da família onde se ocupavam com atividades específicas, como lavar, assar pão, tecer e cuidar do jardim. Assim considerada, a evolução do Direito de Família não se mostra como uma dessocialização das antigas relações sociais, mas como a substituição de uma formação social por outra. O verdadeiro significado da evolução do Direito de Família torna-se evidente a partir da análise do *direito à educação* que, no Código Civil, fundamenta-se no pátrio poder, ou seja, tem por origem os direitos dos pais. A Constituição alemã (art.120) define-o como *supremo dever e direito natural dos pais, cujo exercício é controlado pela comunidade estatal*. Mas o Código e o Juizado de Menores revelam,

²¹ Hans Goldschmidt fundamenta esta concepção do Direito Econômico como o *Direito próprio da Economia organizada – Reichswirtschaftsrecht* (O Direito da Economia Política) – 1923, p. 6 e sgs.

senão em suas manifestações ao menos em sua regulamentação, o deslocamento do direito à educação do pátrio poder para a comunidade estatal. De acordo com suas disposições, a comunidade é, em última instância, a titular do direito à educação familiar, que a confia aos pais, no pressuposto de que eles a exercerão em conformidade com os interesses da comunidade, e revoga a delegação quando este interesse for frustrado. Assim o novo direito à educação limita-se à formação social, que procura ampliar, ajustando-se, portanto, à evolução do Direito social.

Ao conceito de pessoa no Direito Privado corresponde, no *Direito Penal*, o de agente. Da mesma forma como, no Direito Privado tradicional, o trabalhador era o possuidor da força de trabalho carente de individualidade, era o vendedor da *mercadoria trabalho*, no Direito Penal tradicional o delinqüente não era senão o infrator, carente também de individualidade. Na antiga concepção da relação de trabalho vendia-se a força de trabalho como mercadoria e, da mesma forma, na antiga concepção do Direito Penal, punia-se o delito ²²; e assim como o novo Direito do Trabalho reconhece que a força de trabalho não é separável do homem, mas é o próprio homem visto sob determinado aspecto, o novo Direito Penal reconhece que o delito não é algo separável do delinqüente, mas, novamente, é a pessoa integral, sob determinado ponto de vista. O novo Direito Penal já foi rotulado sob o lema *não o fato, mas seu autor*, embora melhor fora referir não o autor e sim o homem. Assim ingressa no campo do Direito o homem concreto com suas particularidades psicológicas e sociais. Ao mesmo tempo, o conceito de delinqüente divide-se em múltiplos tipos psicológicos e sociológicos: delinqüente habitual e de ocasião, corrigíveis e incorrigíveis, adultos e juvenis, plenamente e relativamente imputáveis. Por isso denomina-se a nova escola do Direito Penal *escola sociológica*, porque trouxe para o âmbito do Direito fatos que, até então, pertenciam exclusivamente à Sociologia.

A nova concepção do Direito Penal reflete-se também no *Direito Processual Penal*. O aperfeiçoamento do processo penal teve lugar, até agora, no seu aspecto contencioso, no qual as duas partes, contrapondo suas interpretações do material probatório, ofereciam condições para uma decisão alternativa: o acusado é o autor deste fato, ou não? Ao futuro processo penal acrescenta-se a difícil tarefa de elaborar a figura típica do criminoso; não se trata mais da mera decisão alternativa entre anjo e demônio, mas da cuidadosa análise de inúmeras possibilidades de interpretação, do esboço de uma imagem com inúmeros traços, todos eles determinantes do resultado final; traços que, uma vez alterados, dão à imagem final aspecto diferente. Um novo órgão para esta nova missão do processo penal encontra-se em desenvolvimento: a assistência social judiciária; e a dificuldade para integrar este órgão no processo penal tradicional demonstra que, com ele, foi virada nova página na história do processo penal, completou-se a transição do processo penal liberal para o processo penal social ²³.

Do mesmo modo manifesta-se a evolução do Direito Privado no *processo civil*. No momento em que a relação jurídica deixa de ser pura questão de Direito Privado, pura questão de oportunidade para seus integrantes, a lide não pode mais continuar sendo apenas uma disputa privada entre as partes. À posição passiva do Estado liberal relativamente ao livre jogo da Economia correspondia exatamente, no processo civil, a

²² Vide E. Paschukanis – *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (Teoria Geral do Direito e Marxismo), 1929, p. 149 e sgs.

²³ Vide Radbruch – *Strafrechtsreform und Strafprozessreform* (A Reforma do Direito Penal e do Direito Processual Penal) – em *Juristische Rundschau* (Revista Jurídica), 1928, p. 189 e sgs.

posição passiva do juiz no conflito entre as partes. A essência do *processo civil social*, como diz *Franz Klein*, consiste, no entanto, no fortalecimento do papel do juiz relativamente às partes e seus advogados e no estabelecimento do predomínio de sua responsabilidade no processo. Em última análise, no entanto, a concepção jurídico-social do processo civil emerge de nova concepção do homem: as partes, no processo civil, não são mais tidas como pessoas firmemente orientadas por seus interesses, perfeitamente conscientizadas, mas são aceitas como deficientes, carentes de ajuda, nem sempre adequadamente auxiliados por advogados sobrecarregados de trabalho – são individualidades sociais concretas.

Particularmente evidente é esta evolução em direção ao homem socializado na *organização judiciária*, na velha e na nova concepção do juiz laico. O juiz laico, no antigo foro de leigos – os jurados e vogais – eram cidadãos abstratos, dos quais o juiz ignorava a profissão e a classe a que pertenciam, embora jamais pudessem ser eliminadas as conseqüências de tais condicionamentos. O juiz leigo do novo estilo, no entanto, integra o Tribunal do Trabalho como homem social e assume a cadeira de juiz exatamente enquanto empresário, empregado ou funcionário. O desdém que indiscutivelmente atingiu a confiabilidade dos antigos juízes laicos e a crescente confiança depositada por amplos círculos populares sobre os juízes laicos do novo estilo evidenciam que os primeiros pertenceram a uma época ultrapassada e os últimos participam de uma nova época social.

Até nas alturas do *Direito Público* pode-se visualizar a transmutação da ordem jurídica rumo à individualidade socializada. A ideologia democrática tradicional era ²⁴ individualista, orientada pela soberania popular correspondente à soma das individualidades; orientada pela maioria e a minoria enquanto soma de resultados eleitorais ocasionais, enquanto resultante do maior ou menor número de pessoas; ignorava totalmente os laços sociais que vinculavam e se sobrepunham a estes homens, tais como os grupos, as classes e os Partidos. O Estado popular assemelhava-se a um ladrilho formado por indivíduos iguais e livres; assemelha-se hoje a um conjunto de silos formado por grupos, classes e Partidos. A velha ideologia buscava expressar-se no princípio da igualdade de todos aqueles que têm um rosto de homem; a nova, quase ao contrário, concebe a democracia como escolha dos líderes, como organização da aristocracia; vê o chefe e seus seguidores como integrantes do Estado popular, e não mais como individualidades isoladas. Esta nova ideologia procura expressão jurídica. A organização parlamentar, em um processo que, sem dúvida, encontra-se ainda em seu começo, garante aos Partidos o direito proporcional de votos e às facções partidárias tratamento como se fossem organismos jurídicos ²⁵.

Exatamente este panejamento da evolução do Direito social, relativamente ao Direito público, torna transparente o risco do pensamento jurídico social: ele consiste em partir não de formas sociais reais, mas de puras construções sociais a que se aspira, como se já existissem. Esta é exatamente a essência da idéia de um Estado corporativo, presente em todas as comunidades de trabalho, corporações talvez desejáveis, mas que certamente não são reais. Assim, a famosa decisão do Tribunal alemão de 6 de fevereiro de 1923 (tomo 106, p. 272 e sgs), sobre a greve parcial, tratou de uma fictícia e

²⁵ Vide *Radbruch – Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts* (Os Partidos Políticos no sistema constitucional alemão), em *Anschütz-Thoma: Handbuch des deutschen Staatsrechts* (Manual do Direito estatal alemão), 1929, p. 285 e sgs.

desejável comunidade como se ela fosse uma realidade, ao admitir que, entre o empregador e seus trabalhadores, há *uma comunidade de trabalho que constitui o fundamento da empresa*. A dominante associação que caracteriza a empresa capitalista foi erroneamente interpretada como fictícia *comunidade social de trabalho e empresa*, como cooperativa ²⁶.

São formas indevidas de uma idéia que não pode, apenas por isso, ter sua validade colocada em jogo. A evolução social do Direito, e isto é o que há de grande e impressionante nele, não se apresenta como realização de um programa, mas como auto-realização de uma necessidade histórica supraconsciente, que existia antes de ser conhecida, que é mais forte do que todas as resistências que lhe são opostas; mais consciente de seus objetivos do que todos os mal-entendidos de todos os homens. A marcha inconfundível e irresistível desta evolução ainda haverá de encher de satisfação a todos aqueles que a buscam, de todo o coração, como um objetivo desejado, porém distante – o objetivo de uma organização social mais justa, que não reconheça, na relação de trabalho, senhores e subordinados, mas apenas cidadãos que trabalham.

²⁶ Vide Fraenkel – *Zehn Jahre Betriebsrätegesetz* (Dez anos da Lei sobre Comissões de Fábrica), em *Gesellschaft Jg.* (Sociedades), VII, 1930, p. 117 e sgs.

IV

A idéia de educação no Direito Penal ²⁷

Senhor Presidente!
Autoridades!
Minhas senhoras e meus senhores!

Os senhores confiaram a tarefa de proferir hoje esta conferência, em homenagem ao homem que, há 100 anos, estimulou a fundação deste centro de recuperação de prisioneiros em Baden, a seu quinto sucessor e hoje responsável por sua cátedra. Permitam-se, então, iniciar pelas lembranças de *Karl Josef Anton Mittermaier*. Dificilmente se encontrará um jurista alemão tão vinculado como ele ao Direito mundial e à realidade jurídica; nenhum que como ele tenha servido tão ativamente ao progresso do Direito, inspirado pela fraternidade no mundo jurídico! Pouco afeito à doutrina, como era, jamais desenvolveu uma teoria jurídica própria. Mas a idéia de proteção social esteve sempre por trás de suas preocupações jurídico-penais; para ele, o melhor meio de proteção social, assim como o seu sentido humanitário, radicavam na educação do delinqüente.

Ao lado de *Mittermaier*, no entanto, precisamos também lembrar hoje um homem que atuou durante decênios à sua sombra em Heidelberg, menos favorecido pela sorte acadêmica, e que não pode ser comparado a ele no que se refere à profundidade e amplitude de sua obra, mas que lhe era superior quanto à energia pensante: *Karl Röder*. Este elaborou sistematicamente, até o fim, uma teoria penal fundada na idéia de aperfeiçoamento, com surpreendente ousadia para seu tempo – chegando até à proposta da pena indeterminada.

Acima de tudo, manifestou-se contrário à concepção estritamente liberal, para a qual a pena objetivava exclusivamente ao *aperfeiçoamento do cidadão*, à melhoria do relacionamento e não à melhoria do caráter. Na realidade, tratava somente do cumprimento da pena como forma de aperfeiçoar a conduta exterior do agente ajustando-a ao Direito, sem preocupação com a correspondente melhoria interior do delinqüente. Só o despertar e a reafirmação do hábito da justiça podem gerar garantia satisfatória para o comportamento jurídico. Por isso hoje não necessitamos mais empregar a palavra excessivamente farisaica *melhoria*, mas preferimos outra de conteúdo assemelhado, porém menos presunçosa – *educação*.

Kant afirmou que só é possível melhorar alguém a partir do pouco de bem que lhe resta. De fato, para a maioria dos delinqüentes – os delinqüentes por impulso e os delinqüentes de ocasião – a educação pode partir de sua consciência jurídica. Para a maioria dos chamados criminosos comuns, todavia, é exatamente o ato delituoso por eles praticados que pode servir como ponto de partida da educação criminal. O ladrão destrói a propriedade alheia para construir a sua; com seu ato, afirma, portanto, o direito de propriedade, a necessidade de protegê-la e tudo o mais de que ela carece, inclusive a

²⁷ Discurso proferido por ocasião do centenário do Centro de Recuperação Prisional de Baden, publicado no Boletim Mensal da Comissão Conjunta do Governo para ajuda judiciária.

punição ao furto e a própria punição que ele, criminoso, recebeu. O falsificador de documento pretende que o papel por ele falsificado mereça a mesma credibilidade que o original cuja credibilidade fraudou, reconhecendo, destarte, a validade e a proteção jurídica dos documentos e por via de consequência também a punibilidade da falsificação documental e o acerto da pena que lhe foi imposta. Desta forma, o criminoso comum está em contradição consigo mesmo. É refutado por si próprio. Com a pena, foi-lhe atribuído exatamente o que, em última instância, ele mesmo reconheceu como devido. Neste sentido escreveu *Hegel* que, com ela, o infrator recebeu o seu direito; foi honrado como ser racional, recebendo o melhor que desejou para si próprio. A pena é, portanto, para o criminoso comum, uma punição moral, embora diferente do que ela é para os outros homens superiores a ele, como os juízes; uma punição que reside nele mesmo, no melhor de seu ego. Sua culpa radica na contradição entre a ação e sua consciência, por isso, tornar consciente esta contradição é a primeira tarefa da educação criminal. *Friedrich Wilhelm Förster* disse certa vez que ninguém pode ser maior do que sua culpa antes de sofrer por causa dela. Se a pena, enquanto retribuição, é o despertar da consciência de culpa, enquanto educação, ela é também retributiva; não certamente a educação como retribuição, mas a retribuição como instrumento da educação.

Ao lado dos delinqüentes comuns, que infringem a norma jurídica com más intenções, há dois grupos de infratores que enfrentam a pena educativa com dificuldade muito maior: aqueles que infringem a regra com boas intenções e aqueles que carecem totalmente de consciência. Infrator de boa intenção é o delinqüente por convicção. Ele não está em contradição consigo mesmo. Não é refutado por si próprio. Age a partir de uma visão de mundo fechada em si mesma, à qual pode-se opor, mas não sobrepor outra. Pensa de outra maneira; não como o delinqüente comum, considerado menos valioso, de acordo com seus próprios juízos de valor. Contra ele, a pena não pode prevalecer como repreensão moral nem como forma de melhoramento, educação ou retribuição, mas apenas como instrumento de luta que o Estado ou a ordem social empregam como legítima defesa contra um inimigo interno, como uma espécie de prisão bélica em uma guerra intestina.

Refiro-me apenas aos pequenos grupos de autênticos delinqüentes por convicção, que chamamos delinqüentes por convicção positivos, para diferenciá-los de um terceiro grupo próximo deles, os chamados delinqüentes por convicção negativos; e, ao lado dos delinqüentes por convicção, aos delinqüentes por falta de convicção, decorrente de uma posição niilista no mundo dos valores. A crítica cada vez mais implacável contra nossas instituições econômicas e sociais ou, falando objetivamente, a crescente problematização de nossa situação econômica e social tem abalado terrivelmente nossos tradicionais juízos de valores. Basta lembrar algumas evidências: em Economia, a imprecisão das fronteiras entre o verdadeiro negócio e o comportamento criminoso; em Política, os não menos inseguros limites entre os instrumentos de luta permitidos ou reprováveis, a insegurança das normas relativas ao eroticamente admissível ou inadmissível, a quebra da confiança e da boa-fé no mundo jurídico, até a perturbação legislativa em relação à confiabilidade dos contratos. Na verdade, não estamos mais muito distantes da opinião segundo a qual tudo é permitido e a única coisa que justifica é o êxito – total ausência da consciência. Um experiente policial como *Hagemann* mostrou, na reunião do J.K.V. de Essen, como, graças à carência de valores na sociedade, a criminalidade profissional com relativa preocupação social se transforma em criminalidade completamente carente de preconceitos e

escrúpulos, em criminalidade absolutamente niilista, e como isso lamentavelmente se dá em significativa parte da juventude. É a criminalidade profissional que caracteriza o cerne de nosso terceiro grupo, o grupo dos carentes de consciência, dos irrecuperáveis, ou, na linguagem atual, em respeito à bela advertência da Igreja de que não se deve perder a esperança relativamente a ninguém (*nemo deseperandus est*), dos dificilmente recuperáveis.

A educação destes dificilmente recuperáveis só seria possível se eles pudessem ser colocados diante de enfático convencimento da importância dos valores, de forma impressionante, irrecusável e irretroatável. Mas exatamente isto é impossível neste mundo em ruínas. A crença em valores se contrapõe à ruidosa realidade social e econômica, o que não digo motivado por determinada e particular filosofia de vida: nenhum Partido, da extrema direita à extrema esquerda, deixou de reconhecer e difundir claramente esta contradição, que foi até enfatizada, de modo especialmente rude, sob o ponto de vista da mais conservadora de todas as concepções do mundo, na *Encíclica Quadragesimo Anno*. Qualquer afirmação de valores morais pode, por isso, ser de imediato e ironicamente contestada pela referência à sua carência de validade na vida econômica e social. A recuperação da fé na validade dos valores depende da construção de uma nova ordem social e econômica mais justa. Até lá, deverá permanecer como é hoje: que praticamente ninguém ache justa a pena que lhe foi imposta – cometi uma ilicitude, dirá, mas, com a pena que me foi imposta, foi cometida contra mim uma ilicitude cem vezes maior. Até agora, a pena com função educativa foi inócua, principalmente para os delinquentes mais difíceis de serem recuperados, aqueles que têm a consciência destruída em relação aos valores, não apenas porque o apelo destes valores não encontrou neles o mínimo eco, mas porque, o que é ainda pior, nem para o Juiz este apelo encontra o sólido fundamento de uma consciência inabalável.

Os dados estatísticos revelam que a aplicação do Direito Penal perde cada vez mais a confiança em si mesma, perde a boa consciência. É o terrível resultado de uma das mais significativas revelações da nova literatura criminal, o livro de *Franz Exner* sobre a prática da dosagem da pena pelos juízes alemães. Ele mostra a progressiva redução da dosagem das penas, a crescente rejeição das penitenciárias e sua substituição pelas prisões simples, a substituição das penas privativas de liberdade por multas, o predominante reconhecimento de circunstâncias atenuantes a serem aplicadas sobre a pena base; o emprego, enfim, de todos os meios possíveis para atenuar o castigo. Tudo com justo motivo: o profundo reconhecimento das causas sociais do delito e a certeza da política criminal relativamente ao caráter nocivo do emprego da pena privativa de liberdade; a isto se deve acrescer ainda o adormecimento da consciência dos valores, motivo pelo qual o Juiz, a quem, nas palavras de *Bismarck*, se confia extraordinária força humana sem justificação superior, não se sente suficientemente forte para utilizar a espada da justiça. A prova dessa motivação irracional do enfraquecimento das penas encontra-se, em última análise, na frequência com que penas restritivas da liberdade, de breve duração, são aplicadas, sem encontrarem justificativa na política criminal; e também na inadequada leniência com que delinquentes profissionais são tratados, até mesmo quando reincidentes. Este progressivo enfraquecimento das penas ocorre exatamente sob o domínio de teorias penais que acreditam poder garantir, em grande parte, a *seriedade das penas*: as teorias retributivas e intimidatórias. Elas revelaram-se absolutamente incapazes para a racionalização da dosagem de penas e, em lugar disso, como mostrou *Exner*, abriram caminho a motivações sentimentais, totalmente irracionais e tradicionais, para sua aplicação. A principal tarefa de uma reforma do

Direito Penal deve consistir na determinação de critérios de aplicação da pena, presididos por considerações racionais de política criminal. Para tanto não basta, certamente, obrigar os juízes a adotarem formalmente nos processos critérios legais de individualização e graduação das penas, determinados pelo fato e a personalidade do agente – único efeito do § 69 do projeto. Deve-se obrigar legalmente o juiz a fazer constar da sentença, de modo explícito, não apenas o *porque*, mas também o *para que* de sua opção por determinada dosagem de pena; se, na sua gradação, levou em conta a finalidade de melhoria do delinqüente, de segurança, de intimidação do agente, ou se, por acaso, preocupou-se com a intimidação de outros e com a mera retribuição. Assim se obrigaria o juiz a esclarecer, através de considerações finalísticas de política criminal, o vago sentimento de *adequação e suficiência* da pena aplicada, possibilitando aos tribunais a comprovação jurídica de tais considerações pressupostas como finalidade da sanção aplicada e a elaboração de uma doutrina adequada sobre os fins e a graduação das penas.

Não que eu considere a pena educativa menos problemática do que a retributiva! Ela está carregada de complicada problemática tríplice, quase insuperável: trata-se de educação de adultos, compulsória e punitiva. Ora, ainda não estamos preparados para a educação dos jovens, como demonstra a multiplicidade de inconvenientes de nossas instituições assistenciais e a educação de adultos oferece outros problemas, muito mais difíceis de serem resolvidos. O adulto só pode desenvolver-se por ele mesmo, através do aprendizado e da experiência; diante da manifesta intenção educativa de terceiro, costuma obstinar-se, principalmente quando se trata de educação imposta pela força e mais ainda quando ela tem caráter penal. É necessário advertir enfaticamente para o contra-senso de qualquer educação penal; o contra-senso ínsito no querer *educar mediante a aplicação de uma pena*. A punição em Pedagogia caracteriza-se como ato isolado no âmbito de um relacionamento marcado por recíproca confiança; a educação criminal, ao contrário, pretende educar compulsoriamente durante a aplicação de uma pena, criando, desta forma, para uma das partes, uma atmosfera de desconfiança e, para a outra, uma atmosfera de obstinação, a partir do suposto de que só a educação pode gerar resultados positivos. Reiteradamente, na aplicação do Direito Penal e da execução penal, vincula-se a idéia de educação à de pena que nela se pretende subsumir. De minha parte, acredito que o problema não esteja tanto no que diz respeito à pena quanto no adequado tratamento do delinqüente. Critico o Código Penal soviético, elaborado a partir do projeto *Ferri*, que não prevê penas, mas apenas medidas de segurança social, porque, muitas vezes, sob novos nomes, impõe velhas penalidades intimidatórias e retributivas, inclusive a pena de morte. Parece-me, todavia, que talvez meta mais distante já esteja sendo anunciada: não um Direito Penal melhor, mas quem sabe alguma coisa melhor do que o Direito Penal, isto é, o tratamento racional do criminoso, voltado para sua educação e para a segurança da sociedade.

Por enquanto, este tratamento racional do criminoso encontra obstáculos muito mais intransponíveis em seu caminho do que o conceito cada vez mais restritivo de pena. A arquitetura atual de presídios, como fortalezas construídas exclusivamente contra fugitivos potenciais, é reveladora, para os prisioneiros, dos objetivos de perseguição; é incompatível com qualquer idéia de educação. Essas construções são expressão de determinado espírito institucional: revelam, como objetivo da reclusão, a predominância dos fins relativos à segurança sobre todos os demais. Não devemos nos envergonhar, pois *Obermaier*, o maior teórico da execução penal, há mais de cem anos, escreveu: *Na minha opinião, não devem nem podem existir nos estabelecimentos*

penais, em especial nos estabelecimentos que visam à recuperação, mais perigos do que costumam ser encontrados na vida em liberdade.

Na verdade, nós sabemos como deveria ser um estabelecimento penal moderno, capaz de cumprir seus fins educativos: semelhante a um sanatório. Ou seja: um conjunto de pavilhões, casas individualizadas, destinadas a grupos de formação cuidadosamente selecionados, tornando o mais imperceptível possível a limitação à liberdade; sem muros fortificados nem grades nas janelas. Casas fortificadas, nos moldes das atuais prisões, deveriam ser destinadas apenas ao pequeno número dos verdadeiros furtivos. Mas, como obter os meios necessários a estas construções – e como encontrar pessoas para este trabalho com prisioneiros? Para a execução da pena não basta a consciência de dever por parte de dedicados candidatos; exige-se verdadeira dedicação e renúncia monásticas, quase o desapego à própria existência, em benefício da vida da comunidade de presidiários. Quantos serão os pais que dedicam a seus filhos tanta compreensão e tanto vigor quanto pretendemos exigir de funcionários encarregados de trabalhar na execução da pena, a benefício de estranhos, sumamente difíceis? É próprio de uma efetiva execução da pena que a sociedade em geral procure entendê-la e que, por motivos de concorrência, não crie novas dificuldades a importantes instrumentos da pena privativa de liberdade (trabalho realmente produtivo na prisão) e, por causa de preconceituosa desconfiança contra os condenados, torne praticamente impossível assisti-los. Pelo menos os legisladores não deveriam criar obstáculos à reintegração social do condenado. Vigilância policial, desmoralização, punições difamantes no presídio, deveriam desaparecer totalmente, sem deixar vestígios. Não sem rubor recordamos que tais exigências, até hoje não cumpridas, foram formuladas por *Obermaier* há quase 100 anos! Enquanto elas não se tornam realidades, a situação continua tal que, quanto mais remédio o paciente receba, mais seguros estaremos de que ele há de morrer – quanto mais intensa a pena aplicada ao delinqüente, tanto mais certa sua reincidência. Enquanto nossa política criminal permanecer essencialmente uma *política criminal negativa*, certamente voltada à melhoria, mas acima de tudo pensada como forma de evitar a pena privativa de liberdade e substituí-la por outras penalidades, em especial pela multa, estamos convencidos de que a privação da liberdade não é um remédio e, apesar de não servir para nada, de não prejudicar, é uma medida de vida e morte.

Não desconheço a vida agitada que se verifica há alguns anos em relação à execução da pena na Alemanha e vejo de bom grado pessoas importantes nela se envolverem. Rendo efusivas homenagens às esperançosas inovações introduzidas pelas normas do Conselho de Estado de 1923, que atingiram seu clímax em 1929, com a Ordenança prussiana sobre execução gradual da pena. Exatamente as palavras introdutórias desta Ordenança manifestam clara resignação ante os princípios dominantes no Conselho de Estado. Apontam como objetivo da execução escalonada das penas a *recuperação moral* dos prisioneiros e, sobre os resultados até hoje da aplicação deste sistema, diz a Ordenança prussiana: *De acordo com as experiências recolhidas até agora sobre a execução gradual da pena, o sistema das pretendidas compensações escalonadas apresentou as seguintes vantagens: facilitou a disciplina e a ordem no estabelecimento penal, mesmo sob difíceis circunstâncias, motivou os prisioneiros a manterem bom comportamento e reduziu o uso de medidas punitivas no estabelecimento.* Objetivava-se um instrumento de educação para a liberdade, todavia chegou-se apenas a um excelente instrumento para melhorar a disciplina interna! Mas exatamente porque o autor daquela Ordenança não se limitou à pura contemplação das

consequências atuais do sistema progressivo, os excessos decorrentes de seu pensamento criativo proporcionam mais confiança no futuro deste sistema. Ainda bem que foram oportunamente evitadas exageradas esperanças em relação à execução gradual da pena. Sistemas como este são frequentemente recebidos como panacéia e em seguida, depois do fracasso, ocorre profunda desilusão: foi o que ocorreu com o trabalho nos presídios, com a reclusão celular e parece dar-se também com a execução gradual da pena. Nenhum sistema limitado a suas próprias forças será eficaz, mas cada um deles, nos limites de sua competência, pode servir como instrumento para os fins educacionais. Aquilo que *Mittermaier* afirmou sobre os mais famosos teóricos do sistema de execução gradual da pena de seu tempo vale ainda hoje para todos os administradores de estabelecimentos penitenciários: *o sistema do senhor Obermaier é o senhor Obermaier.*

Os maiores obstáculos à pena gradual são os mesmos opostos à reforma de nosso sistema penal. Podemos, como *Wilhelm Kahls Hingang* manter esperanças de que ela se concretize? Se a resposta for negativa, devemos decidir-nos a transferir imediatamente a valiosa carga da reforma geral deste navio encalhado para algum bote salva-vidas, acondicionando-a em uma ou mais reformas parciais. Não devemos esquecer que a motivação para o movimento reformista não radicava nas questões da parte especial, que hoje aparecem em primeiro plano, mas principalmente em exigências de política criminal a cuja realização deveria servir a reforma, contidas em duas seções da parte geral: o capítulo relativo à dosagem da pena que, além de levar em conta a espécie de pena prevista na parte especial, correspondente à gravidade do delito, deveria ajustar-se à personalidade do agente; e o capítulo relativo às medidas de segurança e recuperação, que deveriam preencher as finalidades relativas à segurança e à melhoria do agente, exigíveis daquelas penas, em paralelo com a intimidação e a retribuição. Com estas duas inovações e com uma lei de execuções penais, que desse uma forma segura às conquistas do movimento reformista, sem impedir seu desenvolvimento ulterior, estariam satisfeitas as necessidades mais prementes. Naturalmente, as leis especiais não produziram o mesmo *efeito* que uma reforma geral poderia determinar: o choque psicológico que toda codificação produz; a tomada de consciência de um completo recomeço; a sinalização de que os governantes assumiram nova filosofia em relação ao Direito Penal.

Quanto mais imperfeito o Direito Penal, maior é a necessidade de medidas de assistência aos egressos dos presídios. *Wilhelm Kahl* denominou a assistência aos liberados *o complementar dever afetivo da sociedade*. Assim como a pena busca modificar a personalidade, a assistência ao liberado procura modificar as circunstâncias ambientais do crime, com o objetivo de prevenir contra a reincidência. Sua missão foi assim definida por uma figura importante: *Uma vez que o homem é criado por suas circunstâncias, é necessário humanizá-las (Karl Marx)*. Eu não preciso dizer nada sobre os obstáculos, econômicos ou psicológicos que se opõem a este trabalho nem sobre a *dureza de coração* que o cuidado com os liberados frequentemente enfrenta.

As últimas semanas nos proporcionaram um símbolo comovente destas dificuldades. Um navio argentino cruzava o mar há muito tempo. Ao chegar em Marseille, duas companhias policiais estavam já sobre o cais, de armas em punho, para impedir que alguém deixasse a embarcação. Navegou até Gênova, mas aí, novamente, enfrentou a reação dos funcionários – sentinelas nos moles e ordens para retornar ao alto mar. Foi para Hamburg e, outra vez, a polícia portuária obrigou o capitão, depois de

breve estada, a continuar a viagem. Tudo porque nele eram transportados 33 perigosos delinquentes apátridas, aos quais todos os países recusam a acolhida.

Aprisionados em tal barco, impedidos de encontrar nova pátria, encontrar-se-ão todos os prisioneiros se as senhoras e os senhores não estenderem uma ponte de desembarque que proporcione a estes rechaçados a passagem do navio para a ordem social.

Neste ano de *Goethe*, quero concluir com palavras dele em *Anos de Peregrinação*: *Que caminhos não terá percorrido a humanidade até chegar a ter moderação diante do culpado, consideração para com o delinqüente, humanidade diante do desumano! Certamente foram homens com natureza de deuses que, pela primeira vez, aprenderam esta lição, que dedicaram suas vidas a tornar possível e rápido este exercício.* Com estas palavras, *Goethe* pensava em homens como *Beccaria* e *Filangieri*, homens da Ilustração, considerada hoje superficial, à qual devemos, no entanto, o que consideramos civilização, sobretudo no Direito Penal.

Frente às ameaças de rebarbarização, permitam-me, minhas senhoras e meus senhores, afirmar, ao menos no que diz respeito a nosso setor de trabalho, os eternos valores da verdade, da justiça, da humanidade!

V

Direito Penal autoritário ou social? ²⁸

Curiosamente, o surgimento e o desenvolvimento do Direito Penal dificilmente são explicados sob o ponto de vista do materialismo histórico, embora sua origem e sua essência estejam intimamente ligadas à luta de classes ²⁹.

Costuma-se indicar como formas primitivas de Direito Penal, de um lado, o sistema da vingança e sua substituição pela retribuição; de outro lado, a pena de morte sacral. O desenvolvimento do Direito Penal na época cristã não podia ser relacionado diretamente com a última, em razão de seu caráter de sacrifício; a vingança e o sistema da retribuição teriam desaparecido em determinado momento da História.

O Direito da vingança e retribuição tratava com pessoas iguais e economicamente do mesmo nível; era um Direito para aqueles que eram capazes de dar satisfação e de pagar, mas deixou de ser suficiente, principalmente porque, por baixo desta super-estrutura, desenvolveu-se um estrato popular muito fraco para o desafio e muito pobre para a pena, principalmente quando o delito deixou de ser uma ocorrência individual e passou a ser um fenômeno social.

Este estrato social inferior formou-se na época dos francos. Em sua maioria, os servos da época germana foram entregues cada um a si mesmo e muito poucos integrados à sociedade familiar. Em razão dos grandes latifúndios da época, numerosos servos se uniram – e com eles também os que foram libertos da dependência dos senhores da terra. Desenvolveu-se, então, a diferença entre o Direito Penal Público, vigente para os homens livres, e o Direito Penal dos senhores da terra sobre seus servos. As penas que eram aplicadas aos escravos – castigos corporais, açoites, mutilações e certamente até pena de morte – passaram a ser aplicáveis também aos libertos. Surgiu assim o Direito Penal e com ele, pela primeira vez, uma consciente política criminal. Somente a partir da época do império franco *pode-se falar, em sentido próprio, de uma política legislativa no campo do Direito Penal* ³⁰. Nos capítulos de *Childeberto II* ³¹, de 596, é expressamente indicada como finalidade das penas contra bandidos: *disciplina in populo modis omnibus obsevetur* – impor, de qualquer forma, a disciplina sobre o povo. Assim, apenas contra os carentes de bens tinha aplicação este novo Direito Penal. Do sistema de retribuição resultaram também as penas públicas. Passou a existir, desde então, e por longo tempo, um duplo Direito Penal: um destinado aos abastados e outro aos carentes. O pobre pagava com seu próprio corpo aquilo que o rico pagava em dinheiro.

Nos sistemas da vingança e da retribuição, aqueles que se agrediam ou se reconciliavam eram considerados, uns diante dos outros, igualmente titulares de

²⁸ Artigo publicado na Revista Sociedade, tomo X, caderno 3, em março de 1933. Por causa dele, a revista foi proibida.

²⁹ Valiosas observações de *Richard Schmid – Die Aufgaben der Stafrechtspflege* (A missão da assistência jurídico-penal) – 1895; antes, em *Köstlin – Geschichte des deutschen Strafrechts* (História do Direito Penal Alemão), 1859.

³⁰ *Richard Schmidt*, p. 150

³¹ Childebert II (570-595) – Rei da Áustria (575-596) e da Borgonha e Orléans (593-595).

direitos; a partir daí aparecia o julgador com total superioridade diante do violador e o delinqüente ficava em condições de inferioridade diante daquele que tinha autoridade para puni-lo, inferioridade que constitui a essência do Direito Penal e que decorre, em última análise, da diferença de posição social existente entre o senhor e o escravo. *Nietzsche* reconheceu intuitivamente esta conexão:

*A partir de então, o caráter ultrajante penetrou de tal forma nas penas que certos castigos passaram a ser ligados a pessoas desprezíveis (escravos, por exemplo). Os mais punidos eram homens desprezíveis e as penas eram definitivamente algo ultrajante*³².

Esta instituição encontra sua confirmação científica nas palavras de recente historiador do Direito Penal³³, que, em referência ao Direito Penal italiano da Idade Média diz:

Confundem-se as valorações sociais e morais. Aqueles que nada têm, que se situam nas camadas mais baixas da sociedade, que exercem profissões desonrosas, que são moralmente inferiores, são referidos sob forma genérica (laborator, rubaldus, vilis, vagabundus – trabalhador, ladrão, vil, vagabundo)... Não há nenhum escrúpulo em identificar o fato de pertencer a estes grupos ao caráter moralmente suspeito. O social se transforma em imoral.

Assim o Direito Penal, em sua origem e essência, limitava-se a coibir a delinqüência daqueles que, dentre os demais, eram considerados uma camada do povo de menor valor. A pena equivalia a uma *capitis diminutio* social porque pressupunha a *capitis diminutio* daqueles aos quais era aplicada, ou seja, pressupunha a existência de estamentos, de classes sociais. Testemunhos disso dão as tentativas de esforço conjunto, ao mesmo tempo válidas e necessárias, que se estendem por toda a história do Direito Penal, visando a salvar do rigor das penas os integrantes das camadas superiores da sociedade quando, em situações especiais, caíam nas malhas da lei – desde a conversão da pena em multa até a custódia honesta. Sem nenhum pudor dizia um refrão, um pouco mais tarde: *aos preguiçosos, juro elevados ou elevados patíbulo*s.

Destas afirmações derivam, todavia, os prognósticos de uma sociedade de igualdade não apenas civil e cidadã: em uma futura sociedade, na qual reine a igualdade, não haverá mais espaço para a pena, cuja origem e essência se encontram em uma sociedade de estamentos, de classes sociais. Nela, a pena difamante e carregada de emotividade cederá lugar a sóbrias medidas de proteção e assistência social, medidas de segurança substituirão as sanções, como foi planejado no projeto *Ferri* e como foi concretizado, ainda que de forma insatisfatória, pelo Código Penal russo. O progresso do Direito Penal corresponde a uma crescente liberação dos sentimentos. A uma desmitificação e racionalização das penas.

O passo decisivo no caminho da desmitificação da pena foi dado pelo grande criminalista *Anselm Feuerbach*, cujo centenário de falecimento comemora-se no dia 29 de maio deste ano. O mérito dele é triplo: distinguiu rigorosamente Moral e Direito, justificou a pena exclusivamente como medida conveniente ao Estado e, com a

³² *Wille zur Macht* (Vontade de Poder), aforismo 471.

³³ *Georg Dahm – Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter* (O Direito Penal Italiano na Idade Média tardia) – 1931 – p. 25 e sgs.

proposição *nullum crimen, nulla poena sine lege*, fundamentou a pena exclusivamente na lei. Transformou-se, portanto, no fundador do liberalismo no campo do Direito Penal.

Rapidamente misturaram-se a seu pensamento idéias muito heterogêneas, de origem essencialmente hegeliana. *Feuerbach* fundamentou o Direito Penal do Estado de Direito, mas ele foi permeado pelo pensamento jurídico-penal autoritário: a concepção da pena como restabelecimento da autoridade estatal ferida, como retribuição. A idéia de retribuição compatibilizava-se com a de Estado de Direito porque este, além do caráter autoritário, tinha natureza liberal. Por isso considerava-se *jurídica* a pena retributiva. Ela tornou o Direito Penal dependente do ato, não da personalidade do criminoso. *Sem consideração de pessoas*, passou a ser o *slogan* autêntico do Estado de Direito, sucedendo a idéia jurídico-liberal de segurança. As provas dos fatos podem ser obtidas com evidência, enquanto a psicologia da personalidade, com suas nuances, carrega o perigo do erro. Assim como a concepção liberal do Estado de Direito não vê individualidades, somente *sujeitos de direito* iguais; assim como, para ela, os trabalhadores são apenas mãos, titulares e vendedores impessoais de sua força de trabalho; da mesma forma, os delinqüentes são apenas *agentes*, sujeitos impessoais de seus atos. A doutrina da retribuição reúne em si, portanto, duas idéias aparentemente contraditórias – a autoridade do Estado e a igualdade dos homens. Representante desta associação liberal e autoritária do Estado continua sendo para nós *Karl Binding*.

O que acabamos de descrever é o espírito do Direito Penal de 1870, ainda vigente: uma estranha mescla ao mesmo tempo liberal e autoritária – da mesma forma como o sistema político de *Bismarck* era, ao mesmo tempo, Estado de Direito e Estado autoritário, uma concepção *nacional-liberal*.

A transformação do Direito Penal liberal-autoritário do Estado autoritário, na reforma do Direito Penal, partiu de *Franz v. Liszt*. Também ele foi um liberal convicto. Causa freqüente admiração o fato de ele, cuja política criminal é totalmente baseada na subjetividade do delinqüente, ter preferido, em sua dogmática jurídico-penal, as características exteriores, visíveis e apreensíveis – a *teoria objetiva* –, pretendendo nelas encontrar a manifestação de uma superada época naturalista. Na verdade, esta característica objetiva de sua doutrina jurídico-penal corresponde às exigências liberais de segurança jurídica, agudamente reveladas em sua famosa afirmação do Código Penal como Carta Magna do delinqüente.

Mas *Liszt* não foi apenas fruto do liberalismo; foi, ao mesmo tempo, precursor da concepção social do Direito. Concebeu o crime, enquanto fenômeno social, sob duplo significado: de um lado, uma ação anti-social; de outro, em contrapartida, um comportamento socialmente condicionado. Em consequência, via a pena essencialmente como re-socialização do delinqüente e este não apenas como *agente*, mas também como um tipo de determinada constituição biológico-social: o delinqüente de ocasião, que precisa ser admoestado; o delinqüente de situação, que deve ser melhorado e o incorrigível que deve ser neutralizado. Por baixo do monótono conceito de agente, via a individualidade do homem. Esta individualização não correspondia, no entanto, ao individualismo liberal, que é exatamente o contrário: é desconsideração da pessoa. Não se trata de uma individualização a benefício do indivíduo, mas, ao contrário, voltada para os fins da re-socialização.

Com razão qualifica-se a teoria jurídico-penal de *Liszt* como liberal; incorretamente, no entanto, como *liberalista*. Ao contrário, do contato com as idéias sociais resulta uma *metamorfose de contato* do pensamento jurídico liberal. Liberal foi o fundamento político do Direito Penal, restrito exclusivamente à lei. Às idéias jurídicas sociais evidenciam, por trás do conceito legal de crime, a ação típica, antijurídica e imputável, o *conceito material do delito*, a ação anti-social. Por isso orgulha-se a Rússia soviética de ter fundamentado seu Direito Penal no conceito material de delito – tanto a favor como contra o criminoso: a parte especial do Código Penal está ainda incompleta e sua complementação está confiada à jurisprudência, a partir de exemplos de ações anti-sociais. *Liszt* e a reforma do Direito Penal alemão, ao contrário, mantêm-se fiéis ao princípio *nullum crimen, nula poena sine lege* e recusam usar o conceito material de delito a favor do delinqüente. Apesar disso, a jurisprudência tem acolhido muitas vezes o conceito material de delito, em favor dele. Não será este o significado da negativa de punibilidade reconhecida pelos tribunais em razão de um estado de necessidade supra-legal? Não será este o significado do reconhecimento pela doutrina de circunstâncias supra-legais justificadoras da inimputabilidade, embora o fato seja formalmente punível, sob a alegação da inexistência de características materiais do crime, de ausência de punibilidade ou de inexistência de caráter anti-social?

A reforma liberal-social do Direito Penal proposta por *Liszt* não é *liberalizante* nem *humanizante*. Ele não coloca em primeiro plano a idéia de humanização, mas sim a de racionalização do Direito Penal. Uma vez que, sem dúvida, a razão proíbe ocasionar sofrimento desnecessário mesmo contra criminosos, a reforma atua, em muitas situações, buscando exatamente a racionalização de forma humanizadora, sem, no entanto, conduzir à atenuação do rigor penal. Naturalmente é necessário reconhecer que o movimento reformista por ele provocado, a partir da revolução política de 1918 foi implantado em parte, de forma fracionada, com lamentável parcialidade e em contradição suas idéias, tornando, no entanto, realidade seus desejos de reforma, na medida em que beneficiava o delinqüente: multas em lugar de restrições à liberdade, suspensão da pena em lugar de seu cumprimento, medidas educacionais em lugar de prisões, decretação da graça em grande quantidade, sem jamais proteger os criminosos irrecuperáveis. Ver na incorrigibilidade não uma incapacidade do educando, mas do educador; não se render a nada ou a ninguém; considerar a incorrigibilidade (de acordo com as belas palavras de *Liepmann*) apenas uma verdade teórica e a capacidade de recuperação um princípio pedagógico – este deve ser, de fato, o espírito da execução penal. Por outro lado, a lei penal não pode fechar os olhos à trágica verdade da incorrigibilidade e o movimento reformista do Direito Penal também jamais esqueceu de enfatizar, ao lado da melhoria dos recuperáveis, a necessidade de segurança em relação aos incorrigíveis. A União Criminalista Internacional reiterou em suas últimas reuniões, ao tomar conhecimento da reforma do Direito Penal, suas preocupações diante do grave perigo de uma reforma unilateral, voltada exclusivamente para o acusado.

Uma segunda crítica poder-se-ia opor ao atual movimento reformista do Direito Penal. O trabalho mais significativo de política criminal dos últimos anos, o livro de *Exner* sobre a prática da graduação das penas nos tribunais alemães, tornou evidente o espantoso quadro da sempre crescente atenuação das penas na prática penal alemã: a reclusão penitenciária é uma pena agonizante, a pena privativa de liberdade é sempre mais curta e substituída cada vez mais por penas pecuniárias, as circunstâncias atenuantes deixam de ser exceção para se tornarem regra cada vez mais freqüente, com o esgotamento de todas as possibilidades de atenuação das penas, a pena máxima é

praticamente inaplicável – este é o quadro atual da execução das penas no Direito Penal alemão. Este movimento não se desenvolveu sob o domínio da teoria da recuperação do delinqüente, mas sob inspiração das idéias retributivas e intimidatórias. Desenvolveu-se porque o crescente sentimento social opunha obstáculos cada vez mais freqüentes às penalidades que pretendem apenas impor sofrimento sob a forma retributiva e intimidatória. Sob perspectiva social, a pena, para servir, da mesma forma, à sociedade e ao delinqüente, não poderia ter esta visão inibitória do delinqüente. A redução das penas que observamos deve também ser atribuída ao fato de que as penas retributivas e intimidativas perderam o prestígio de que gozavam, em razão da aceitação do conceito social de delito e, além disso, porque, tanto a reforma do Direito Penal quanto os estudos relativos a ele ficaram na metade do caminho: aceitaram a concepção social para o crime, mas não para a pena.

Por outro lado, aqueles que criticam a tendência redutora das penas devem-nos ainda a demonstração estatística de que ela conduza ao crescimento dos índices de criminalidade. Ao contrário, apenas esporadicamente observam-se aumentos significativos destes índices, atribuíveis evidentemente a recorrentes crises econômicas e políticas que não autorizam concluir, a partir dos dados da estatística criminal, outra coisa senão que a influência do Direito Penal, bom ou mau, sobre a criminalidade é mínima, enquanto a influência da situação social é significativa; donde se infere que a melhor luta contra o crime não deve partir da reforma penal, mas sim da reforma das condições sociais.

A reforma liberal-social do Direito Penal tem, portanto, condições para superar os defeitos que lhe são atribuídos. Nem é necessária qualquer mudança de direção. O tríplice estágio da dialética hegeliana exerce sobre muitos espíritos um poder mágico. Desta forma, gerou-se o desafio segundo o qual, assim como a reforma liberal-autoritária do Direito Penal de 1870 foi sucedida pelo movimento reformista social-liberal, deva este, por sua vez, ceder lugar ao Direito Penal social-autoritário. Visto com maior precisão, falta a esta reforma somente o elemento autoritário, enquanto desaparece totalmente o elemento social. Isto vale tanto para o famoso reformador nacional-socialista do Direito Penal *Helmut Nicolai*³⁴ e seus intérpretes, o Conde *Gleispach*³⁵, como para os não exatamente radicais de direita, os livre docentes *Georg Dahm* e *Friedrich Schaffstein*³⁶, cujo programa de reforma do Direito Penal reflete as concepções nacionalistas alemãs (em que pese a contestação que lhe foi oposta por este autor), assim como para *Albrecht Erich Günther*³⁷, que representa uma terceira forma de pensamento jurídico-penal autoritário.

O ponto de vista nacional-socialista exposto pelos dois primeiros escritores pode ser caracterizado a partir de seis pontos de vista:

1. O nacional-socialismo volta-se contra a visão social do crime; considera-o um comportamento essencialmente condicionado pelos fatores sociais. *Segue*

³⁴ Dr *Helmut Nicolai*, Diretor da Divisão de Política Interna da NSDAP, *Die rassengesetzliche Rechtslehre* (Teoria Jurídica da lei racial), 1932.

³⁵ Comunicação da União Criminalística Internacional, sessão de Frankfurt, setembro de 1932.

³⁶ *Georg Dahm* (Heidelberg) e *Friedrich Schaffstein* (Göttingen) – *Liberales oder autoritäres Strafrechts?* (Direito Penal liberal ou autoritário?) – Hamburg, Editorial Hanseático.

³⁷ *Albrecht Erich Günther* – *Was wir vom Nationalsozialismus erwarten* (O que esperamos do nacional-socialismo) – 1932, p. 100 e sgs.

a teoria das influências hereditárias e opta pela negação ou enfraquecimento da teoria ambiental (Gleispach). O fato da existência de influências hereditárias... deve ser tomado como ponto de partida para qualquer reflexão (Nicolai). É assim que, graças a uma mudança de concepção sobre o mundo, supera, com assombrosa firmeza, a questão empírico-científica: *hereditariedade ou ambiente?*

2. Os sub-humanos natos são irrecuperáveis. Em conseqüência, à teoria das influências hereditárias corresponde, no nacional-socialismo, um Direito Penal seletivo; a *motivação geral*, a par da eliminação e da intimidação, criam um Direito Penal essencialmente terrorista e seletivo. Pena de morte, prisão perpétua, esterilização eugênica situam-se no ponto central de seu interesse. *A educação na aplicação da pena não pode ser simplesmente desprezada, mas uma execução pedagógica da pena só pode ... ser considerada em relação a pequeno grupo de condenados*, na opinião de um expositor da teoria do Direito Penal nacional-socialista (Gleispach), enquanto outros são ainda mais radicais. *A pena não tem como objetivo melhorar ou purificar o delinqüente – porque ninguém é capaz de melhorar uma constituição defeituosa.* Por isso o nacional-socialismo começou fechando o Instituto Educacional Modelo da Turingia, dispensando em primeiro lugar seu Diretor e, em seguida, também o altamente competente Diretor de Execuções Penais do Ministério da Justiça.
3. Assim como o crime não foi concebido pelo nacional-socialismo como ação socialmente condicionada, também não lhe parece adequado tratá-lo como ação anti-social. Ele não é visto como contrário à sociedade ou contrário à soma dos indivíduos, mas como contrário à comunidade enquanto raça. Objetivo do Direito Penal é *a cultura da comunidade alemã (Gleispach)*, a *proteção do povo face aos inimigos mortais, o dano jurídico da degeneração (Nicolai).*
4. Enquanto a serviço da sociedade, o fim do Direito Penal é a ressocialização, de certa forma apreensível objetivamente: valores sociais como a lealdade, a operosidade e a pacificidade estão, na medida do possível, fora das disputas das filosofias de vida. Valores da comunidade admitidos como supra-pessoais, no entanto, são admitidos como diferentes em cada filosofia de vida, em cada concepção de Estado, em cada Partido, de tal forma que, concebido o Direito Penal em função deles, qualquer uma dessas concepções pode ser adotada como superior às demais e unicamente válida. De fato, fala-se de *convicções fundamentais comuns (Nicolai)* como ponto de partida e fim do Direito Penal, de *normas que nem todos aceitam como leis para suas ações, mas que são admitidas de forma objetiva com pretensão de absoluta validade pelo povo (Gleispach).* Na mesma medida em que, no nacional-socialismo, antecipa-se o Direito Penal do futuro, uma concepção política, a nacional-socialista, deve ser imposta por uma parte da população sobre sua totalidade. *Abandona-se o relativismo (Gleispach)*; deixam de existir, no nacional-socialismo, o Estado neutro, a luta entre Estados ideais colocados em pé de igualdade e a tolerância entre concepções partidárias. O conceito de delinqüente por convicção, considerado no Estado liberal apenas como forma diferente de pensar e não como delito, desaparece novamente no

Direito Penal: o delinqüente por convicção, de matiz não nacional-socialista, ou seja, o *marxista*, é, para o nacional-socialismo, entre todos os degenerados, o mais degenerado. Na verdade, um sub-homem.

5. Em conexão com esta absolutização de sua visão de mundo, encontra-se na doutrina nacional-socialista do Direito Penal nova concepção das relações entre Direito e moralidade. *A separação romana entre Direito e Moral (Nicolai)*, na verdade uma façanha da Filosofia e da doutrina penal do idealismo alemão de *Kant, Fichte e Feuerbach*, é, para o nacional-socialismo, apenas um preconceito liberal. *A legitimidade da contradição entre estes dois sistemas de normas deve ser completamente rejeitada (Gleispach)*. A afirmação segundo a qual *o Direito é a Moral* equivale à de que *a pena é infamante*. A difamação de quem pensa de forma diferente é, portanto, conseqüência necessária do pensamento jurídico-penal nacional-socialista. O lamentável projeto de lei nacional-socialista para proteção da nação alemã, de 12 de março de 1930, codificou esta concepção do Direito Penal, prescrevendo pena de morte para inúmeras formas de manifestação consideradas, na concepção nacional-socialista, traiçoeiras em relação ao povo e à pátria alemães. Nesse projeto, ao mesmo tempo ridículo e monstruoso, concebido pelo nacional-socialismo apenas como meio de propaganda, encontra *Gleispach* um *conteúdo conceitual adequado à pesquisa e à criação científicas*, exigindo proteção penal *pura e simplesmente para honra e dignidade do povo alemão e seus heróis, para a fecundidade da raça alemã*. A propósito, também *Dahm e Schaffstein* querem proteger eficazmente *a dignidade do Estado e a honra da nação*. Evidentemente o modelo italiano dá fundamentação a estes projetos, embora seja exigida *a eliminação, no Direito Penal alemão, de idéias jurídicas estrangeiras (Gleispach)* e *deva ser considerado como bem estrangeiro que deve ser esquecido tudo aquilo que, no curso de dois milênios de História do Direito, foi a ela incorporado (Nicolai)* – isso significa que nosso Direito Penal, desde a recepção do Direito Romano e desde o iluminismo não é senão uma forma internacional – praticamente todo o Direito Penal!
6. Sob este pano de fundo revela-se imediatamente o perigosíssimo significado da *cuidadosa preocupação do nacional-socialismo com os motivos da ação (Gleispach)*. Esta motivação não deve ser analisada a partir da própria convicção do agente, mas a partir de uma medida *objetiva* resultante de determinada concepção do mundo e da Política. Insinua-se, desta forma, o perigo de uma dupla moral jurídica, o perigo de duas formas de Direito, um para os próprios partidários e outro para os inimigos políticos. Basta lembrar o posicionamento de *Alfred Rosenberg* no *Völkischen Beobachter* (Observador Popular) a propósito do julgamento de *Potempa* – um homem não é igual a outro homem, um homicídio não é igual a outro homicídio, o assassinato do pacifista Juarez é avaliado na França, com razão, de forma diversa em relação à tentativa de homicídio do nacionalista *Clemenceau*. O agente de um delito por motivos patrióticos não pode ser submetido, de forma alguma, à mesma pena aplicada a outro cujos motivos (segundo a visão nacional-socialista) estão voltados contra o povo.

Enquanto a concepção jurídico-penal nacional-socialista está orientada para a comunidade popular concebida como raça, as idéias jurídico-penais da nação alemã orientam-se para a autoridade do Estado. *Dahm* e *Schaffstein* revelam um posicionamento muito mais espiritual e uma discrição muito mais prudente do que seus irmãos espirituais nacional-socialistas, embora em sua coletânea de textos seja possível encontrar-se, com toda a evidência, dois erros: um refinado e outro irrelevante, os quais se tornam evidentes quando estes autores procuram *uma nova ideologia penal* em conformidade com os decretos daquele momento. Em sentido contrário, adotam posição muito mais cautelosa do que os nacional-socialistas no que diz respeito a *natureza versus ambiente*, advertindo, em oposição à visão conservadora do mundo, para a *excessiva ênfase sobre as influências naturais e para as teorias degenerativas, das quais resultam a aceitação da tese da inevitável degeneração*. Mantiveram, portanto, em seu *limitado domínio* as teorias da possibilidade de melhorar e da prevenção especial, encontrando ainda palavras de louvor para a execução penal pedagógica da Turíngia que, *sob a administração de eminentes autoridades educacionais obtiveram importantes resultados*. Apenas deveria compatibilizar-se com ela o fato de que, *em uma época na qual milhares de pessoas submetem-se voluntariamente à disciplina militar e na qual talvez a parcela mais importante dos Partidos Políticos alemães busca a formação política, principalmente através de organizações paramilitares*, acentua-se, para a execução da pena, *o extraordinário significado do rigor e da disciplina militares* (sem querer transformar as modernas instituições penais em *quartéis pré-guerra*). Compatível também com o louvor à Turíngia é o ideal autônomo de educação que cada indivíduo quer como melhor para si próprio. *Dahm* e *Schaffstein* propõem, em lugar disso, ideais pedagógicos heterogêneos correspondentes à *concepção autoritária do Estado* e à *idéia nacional dos valores tradicionais da nação e da cultura alemã*, em oposição à doutrina da luta de classes. Segundo esta concepção, a educação compulsória dos prisioneiros como forma de execução da pena deve ser elevada à condição de missão específica de um ideal estatal. Em consequência, o conceito de criminoso por convicção, *exemplo clássico adequado, no Direito Penal social-liberal, ao pálido e vazio ideal de Estado*, transfere-se para o *Estado neutro*. *Um Estado que acredita em si mesmo e na idéia que lhe dá suporte não pode, de forma alguma, pôr em dúvida sua superioridade moral diante do delinqüente*. Por trás desta mitologia de um *Estado que acredita* não se descobre senão, dentro do Estado, o sincero pensamento sociológico de determinados grupos que acreditam. A concepção personalíssima que o autor tem perseguido, a *política de convicção como ponto de vista dos jovens* é, portanto, a única credenciada a impor-se aos pensam de outra forma sobre educação penal!

Mas o Estado não tem por missão *salvar todas as almas*. A pena objetiva a melhoria, mais do que a intimidação, mais do que todas as outras práticas necessárias à luta contra a delinqüência, mais do que a tarefa de servir como *modelo público de convivência para a totalidade dos cidadãos*, a tarefa (precisamos, ao menos uma vez, desta expressão em moda) de integração do Estado. *O Estado utiliza a pena como forma de demonstrar visivelmente seu poder a todo o mundo*. *Nela manifesta-se simbolicamente a honra do Estado; a pena de morte torna evidente que o indivíduo deve ser sacrificado a benefício do Estado*. Como é ameaçador o homem que se torna patético! Nós aceitaríamos ocasionalmente uma pena de morte concebida como útil e inevitável instrumento para obter a inocuidade, mas permanece insuportável para nós a pena de morte concebida essencialmente como cerimonioso sacrifício ao ídolo Estado. Espero que jamais nos livremos o suficiente de *nosso típico e exagerado temor liberal face ao erro judiciário*.

É mais suportável o tipo de Direito Penal autoritário manifestado sem rodeios por *Albrecht Erich Günther*, que declara abertamente querer *restabelecer o caráter político do Direito e livrá-lo de sua falsa concepção social. O Direito Penal não deve proteger os interesses da sociedade, mas purgar a lesão à dignidade do Estado. Fundamento da pena é a ofensa à dignidade do Estado pela desobediência do súdito às normas a que está sujeito e finalidade da pena é a restauração dessa honra ferida. Com a pena, é estabelecido um modelo: usando o delinqüente como exemplo, o Estado revela a coercibilidade das normas jurídicas aos olhos de todos os seus subordinados. Conclui-se daí que o fato e não seu autor está no ponto central da essência da pena.* Fecha-se o círculo. Retornamos ao ponto de onde partimos: *Karl Binding*. No pensamento jurídico-penal de *Binding* não falta jamais o elemento liberal ao lado do autoritário: nega-se o Direito Penal centrado no agente porque *abre-se o mais íntimo de sua personalidade à agressão do aparelho burocrático*. Na propagação do Direito Penal pedagógico, é claro, este liberal-ortodoxo, em estranha contradição inimigo do liberalismo, vê uma *arrogância blasfema exatamente na reforma liberal do Direito Penal*.

Renunciamos a evidenciar o substrato sociológico que está por trás das ideologias autoritárias do Direito Penal ³⁸. Como ocorre freqüentemente, também aqui as fanfarras acadêmicas sobre a ideologia não revelam de onde provem o vento que as faz ressoar. A concepção autoritária do Estado e da pena não é senão a concepção estatal do capitalismo recolhido à cidadela da ditadura para a batalha final contra o proletariado e a democracia. Neste momento, mais importante do que assinalar os fundamentos sociológicos destas ideologias é trazer à lembrança a ideologia do proletariado e seu poder sociológico que foi sempre seu melhor instrumento de luta; é recordar que o socialismo significa sem dúvida oposição ao liberalismo, mas é ao mesmo tempo o liberalismo levado a suas últimas conseqüências; que no socialismo sobrevive o melhor do liberalismo, pois ele significa organização da Economia e também liberdade de espírito. Por isso falamos de alma do socialismo quando nos reunimos sob seu grito de guerra: liberdade!

³⁸ Esta teoria foi proposta em um manuscrito de *Hugo Marx* que tenho diante de mim e deverá aparecer na próxima *Justiça*.

VI

O relativismo na Filosofia do Direito ³⁹

Em uma época como a nossa, é necessário ter muita coragem para confessar-se relativista. Ingressamos em um período de valores tidos como absolutos, de cujas alturas manifesta-se geralmente certo desdém e até desprezo pelo relativismo. A imagem do cético sorridente não representa mais a figura ideal do sábio. Interpreta-se o relativismo como falta de convicção e caráter. Para destruir estes mal-entendidos, proponho-me a mostrar que relativismo não significa carência de convicção, mas, ao contrário, forte convicção, até mesmo agressiva.

Desenvolveu-se o sistema relativista em oposição à doutrina do Direito Natural. Esta oposição baseia-se em determinados princípios metodológicos, em particular na concepção de que há uma idéia de Direito justo unívoca, cognoscível e demonstrável. A contestação desta tese parte de dois fundamentos, um dos quais se situa no campo das ciências experimentais e outro na teoria do conhecimento. A História do Direito e o Direito Comparado descobriram infindável variedade de manifestações da realidade jurídica, nas quais não há qualquer sinal de tendência a uma unidade ideal. Por outro lado, o criticismo de Kant provou-nos que tanto as formas de cultura quanto as formas de Direito são absolutas e têm validade universal, embora seu conteúdo dependa de dados empíricos e seja, portanto, totalmente relativo.

O relativismo em Filosofia do Direito parte da tese segundo a qual qualquer concepção sobre o Direito justo só terá validade desde que pressuposta determinada situação social ou determinado sistema de valores. As situações sociais são infinitamente mutáveis; o número de sistemas de valores, ao contrário, é limitado. É, por isso, possível desenvolver-se um sistema de valores integral, aplicável a determinada situação social; mas é impossível decidir sobre qual dentre estes vários sistemas seja científico, demonstrável e irrefutável. A escolha entre eles só poderá ser feita a partir de profunda decisão da consciência individual. Isto significa que o relativismo corresponde a uma renúncia na razão teórica e simultaneamente a uma mais forte exigência da razão prática. Limitação para o pensamento científico, mas não covardia ou indiferença para o querer moral. O relativismo contém, pois, ao mesmo tempo, o desafio à luta contra a convicção do adversário, cuja indemonstrabilidade ele demonstra, e uma exortação ao respeito pela convicção do contendor, cuja irrefutabilidade ele exhibe: disposição para a luta, de um lado, tolerância e justiça no julgamento, de outro. Esta é a Moral do relativismo. Este é o método relativista representado, na Filosofia do Direito alemã, por *Max Weber*, *Georg Jellinek*, *Hans Kelsen* e *Hermann Kantorowicz*.

Mas o relativismo é mais do que um método da Filosofia do Direito. É também parte essencial do sistema filosófico-jurídico. Não se trata pura e simplesmente de um agnosticismo; é mais que isso: é fonte importante para a visão objetiva.

³⁹ Apresentado em Lyon e publicado nos *Archives de Philosophie du Droit*, nº 1/2, 1934

Acima de tudo, o relativismo é a única origem possível para a força obrigatória do Direito Positivo. Se existisse um Direito da natureza, uma verdade jurídica única, cognoscível e demonstrável, não seria possível, de forma alguma, explicar porque o Direito Positivo contrário a esta verdade absoluta teria força obrigatória – ele deveria desaparecer, como um erro desmascarado por tal verdade. A obrigatoriedade do Direito Positivo só pode fundar-se no fato de que o Direito justo é incognoscível e indemonstrável. Sendo impossível o julgamento sobre a verdade ou falsidade das inúmeras concepções jurídicas e sendo necessário, de outra parte, um Direito único para todos os cidadãos, cumpre ao legislador, colocado diante de tal necessidade, cortar, com um golpe de sabre, o nó górdio que a ciência não pode desfazer. Sendo impossível descobrir o que seja justo, torna-se necessário determinar o que seja Direito. Em substituição a um impossível ato de verdade, torna-se necessário um ato de autoridade. *O relativismo conduz ao Positivismo.*

Mas, ao mesmo tempo, o relativismo fornece o parâmetro para avaliação do Direito Positivo e os postulados aos quais este está obrigado a adequar-se. Conforme já dissemos, a decisão do legislador não é ato de verdade, mas de vontade e autoridade. Ela pode emprestar força obrigatória a determinada opinião jurídica, mas jamais emprestar-lhe força de convicção; pode encerrar a luta de poder entre Partidos conflitantes, mas nunca a luta das convicções. A solução do conflito de opiniões ultrapassa a competência do legislador. O poder legiferante lhe é confiado sob a condição de deixar intocável o combate ideal entre as diversas convicções jurídicas. Ao mesmo tempo em que o relativismo lega ao Estado o direito de legislar, limita-o e obriga-o a respeitar determinadas regras de liberdade e subordinação: a liberdade de pensamento, a liberdade de ciência, a liberdade de consciência e a liberdade de imprensa. *O relativismo conduz ao liberalismo.*

Para aquele que não se deixou convencer pela opinião adotada e sancionada pelo legislador, o Direito Positivo não passa de força bruta e autoridade amoral. Mais precisamente: o legislador possui apenas aquele mínimo de autoridade haurida de sua função de estabelecer a ordem e a segurança, mas que pode ser contrabalançado pelo peso de eventual injustiça, contida, segundo o convencimento do cidadão, na regra positiva. Desta circunstância decorrem importantes conseqüências para o campo do Direito Penal. Retribuição e recuperação pela pena partem do pressuposto da superior dignidade moral do Estado, encarregado da punição, em relação ao inferior valor moral do culpado, que deve ser punido. O acusado por manter convicção contrária à adotada pelo Estado, da mesma forma que o criminoso político ou social, não são, no entanto, pessoas de valor inferior, mas apenas homens com outra forma de pensar. Por isso fracassam os fins da pena – a retribuição e a recuperação – em relação a eles. Também a missão de intimidação – pois o martírio tem, muitas vezes, algo de sedutor para o criminoso para ele. Resta ao Estado apenas interná-lo sem danos, o que corresponde muito mais a uma medida de combate, a uma forma de captura durante uma guerra interna, do que a uma penalidade criminal. *O relativismo conduz a um Direito Penal específico para os criminosos por convicção.*

Direito Positivo é ato de autoridade a serviço da ordem e da segurança jurídicas, com o objetivo de encerrar a luta de convicções; ele só pode cumprir esta tarefa de segurança sob a condição de a ele sujeitarem-se não só as partes conflitantes, mas também o próprio legislador. Não se lograria segurança jurídica se o legislador pudesse, arbitrariamente, criar exceções à lei. A legislação lhe é confiada apenas sob a condição

de ele mesmo sujeitar-se ao império da lei. O Estado subordinado a suas próprias leis denomina-se Estado de Direito. *O relativismo conduz ao Estado de Direito.*

Abstenho-me de demonstrar detalhadamente que, sem separação de Poderes, não existe Estado de Direito. Se o Poder Executivo tivesse o poder de legislar, poderia, a qualquer momento, livrar-se das leis às quais deveria sujeitar-se. *Na medida em que o relativismo conduz ao Estado de Direito, exige, ao mesmo tempo, a separação de Poderes.*

O relativismo afirma que o conteúdo de verdade das diversas convicções políticas e sociais não pode ser cientificamente apreendido e, por isso, todas elas são tratadas como equivalentes. Mas tratá-las como equivalentes significa tratar todos os homens como iguais. Diferenças entre pessoas, em razão de estado, classe ou raça, só podem fundar-se em insensibilidade intelectual ou moral na busca de pretensa verdade política e social única. Na realidade política, no entanto, a igualdade entre os homens só pode ser lograda de forma aproximada; a concretização absoluta, com característica de unanimidade, é impossível. A igualdade política desemboca, destarte, no sistema majoritário, na Democracia. *O relativismo exige o Estado democrático.*

Democracia, por seu turno, pressupõe relativismo – tese que *Kelsen* fundamentou de maneira impressionante e convincente. Ela consiste na disposição de confiar o poder a qualquer espécie de convicção que possa conquistar a maioria, sem questionar seu conteúdo e valor. Esta atitude só pode ser considerada conseqüente se for admitida a equivalência de todas as opiniões políticas e sociais, ou seja, se for aceito o relativismo.

Neste momento, encontramos-nos ante uma contradição aparentemente insolúvel. Parece que o relativismo se autodestrói. Parte da equivalência prática de todas as opiniões e sistemas políticos e sociais, da equivalência, portanto, do Estado democrático liberal com o Estado ditatorial e o corporativo, para desembocar na identificação entre relativismo e democracia.

A solução deste dilema deriva do caráter formal da Democracia. A liberdade de renunciar à liberdade é inerente à idéia de liberdade. Por esta razão, uma ditadura pode estabelecer-se sob forma democrática. Democracia é uma forma de Estado entre outras e, ao mesmo tempo, é o fundamento universal de todas as formas de Estado. É o fundamento não apenas da origem, mas também da existência de todas as formas de Estado. Nenhum Estado pode prescindir definitivamente de seu fundamento democrático. A maioria de hoje não pode fundar uma ditadura que a maioria de amanhã ou depois de amanhã não possa destruir. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que tem). A Democracia pode abdicar em favor de uma Constituição ditatorial, mas não pode abdicar do direito de dispor sobre a própria Constituição. Não se trata aqui de uma impossibilidade apenas sociológica, mas também de uma impossibilidade jurídica. O direito a plebiscito sobre a Constituição é lei não escrita, é conteúdo tácito e evidente de todas as Constituições.

A Democracia assim resultante, esta soberania popular, é também – como vimos – conseqüência inelutável do relativismo. A Democracia pode fazer qualquer coisa, exceto renunciar definitivamente a si mesma. O relativismo pode tolerar qualquer

opinião, exceto aquela que pretenda ser absoluta. Daí resulta o posicionamento do Estado democrático a respeito de Partidos antidemocráticos. Acolhe todas as opiniões dispostas a competir ideologicamente com as demais e reconhece-as como equivalentes, mas quando uma opinião considera-se absolutamente válida e por isso pretende conquistar ou manter o poder independentemente da maioria, torna-se necessário combatê-la por todos os meios, não apenas com idéias e discussões, mas com o poder do Estado. *O relativismo é a tolerância universal, exceto em relação à intolerância.*

Até aqui, nossa dedução foi puramente ideológica e não levou em conta a realidade sociológica. Nosso pressuposto foi a igualdade de chances a todas as convicções jurídicas discrepantes. A única diferença admitida entre elas foi a que resulta da força persuasiva das próprias convicções, do poder ideológico das idéias. Mas a esta igualdade fictícia entre as chances de todas as opiniões corresponde, na realidade, infinita desigualdade. Na competição entre as idéias serão vitoriosas aquelas que contarem a seu favor com significativo poder social, quer do capital, quer da massa. Torna-se necessário, então, neutralizar essas forças irracionais, a fim de que possa concretizar-se o poder específico das idéias, sua capacidade ideológica. O socialismo corresponde à destruição de todas as forças irracionais e anti-rationais, à liberação do poder ideológico intrínseco das idéias, à afirmação da necessidade da liberdade. E assim *o relativismo desemboca no socialismo.*

As idéias aqui desenvolvidas são tradicionais, mas acredito que lhes dei nova fundamentação, especialmente no que diz respeito ao relativismo. A *ars nesciendi* (arte da ignorância) mostrou-se fecunda, uma vez mais. Deu-se um milagre lógico: o nada extraiu de suas entranhas o tudo. Partimos da impossibilidade de conhecer o Direito justo e terminamos aceitando considerável grau de conhecimento dele. Tiramos do próprio relativismo conseqüências absolutas, em especial quanto aos postulados tradicionais do Direito Natural clássico. Contrariando o princípio metodológico do Direito Natural, tornou-se possível fundamentar as exigências objetivas do Direito Natural: os direitos do homem, o Estado de Direito, a separação de poderes e a soberania popular. Liberdade e igualdade, ideais de 1789, ressuscitaram das ondas céticas em que pareciam submersas. São os fundamentos indestrutíveis dos quais podemos nos distanciar, mas aos quais torna-se necessário regressar sempre.

VII

Os fins do Direito ⁴⁰

Quatro velhos adágios apontam para os princípios fundamentais do Direito, embora, ao mesmo tempo, fortes antinomias reinem em relação a eles. Diz o primeiro: *salus populi suprema lex est* (o bem-estar do povo é a suprema lei), ao que responde o segundo: *iustitia fundamentum regnorum* (a justiça é o fundamento dos impérios). A justiça, e não o bem comum, apontada como fim supremo do Direito. Não uma justiça suprapositiva, mas a justiça positiva, a legalidade, como consta do terceiro adágio: *fiat iustitia, pereat mundus* (faça-se justiça e dane-se o mundo) – a obediência à lei acima do bem comum. Ao que responde o quarto adágio: *summum ius, summa iniuria* (o excesso no direito é o máximo de injustiça) – a aplicação rigorosa da lei pode levar à mais cruel das injustiças. Portanto: *bem comum, justiça e segurança jurídica* aparecem como supremos objetivos do Direito, não em perfeita harmonia, mas em acentuado antagonismo.

Aceita-se geralmente que o Direito deve servir ao *bem comum*, porém, sobre o significado de bem comum contradizem-se as diferentes filosofias da vida, as diversas teorias sobre o Estado e os programas dos Partidos Políticos. Com um significado *social*, pode-se entender bem comum como o bem de todos ou do maior número possível de indivíduos – a maioria, a massa. Pode-se, de forma *orgânica*, entender bem comum como o bem dos integrantes de um Estado, ou povo, o que é mais do que a soma das individualidades. Pode-se, finalmente, entender bem comum, de um ponto de vista *institucional*, como a busca da realização objetiva de valores, não no interesse dos indivíduos nem no interesse de sua totalidade, mas no seu próprio interesse: a ciência e a arte, com seus valores específicos, são exemplos significativos desta concepção. Mas seja qual for a forma de conceituar bem comum, seu significado estará em contradição com o que *Del Vecchio* escreveu certa vez: *o direito de uma pessoa é tão sagrado quanto o direito de milhões de homens* ⁴¹. Chamamos *liberalismo* a doutrina que reconhece ao indivíduo, em determinadas situações, o direito de defender-se contra a maioria e até contra a totalidade, resistindo aos objetivos por elas estabelecidos. Esta doutrina fundamenta-se nos outros fins que servem ao Direito além do bem comum: na *justiça* e na *segurança jurídica*. Estes valorizam a igualdade e a liberdade do indivíduo, contra os exageros do bem comum. Não existe, é óbvio, prova de que o Direito deva obrigatoriamente proteger os fins liberais, ao lado dos fins sociais, orgânicos e institucionais – embora não se deva esperar por nenhuma prova absoluta no terreno do dever. Mas não é menos verdade que não pode pretender o nome de Direito uma ordem que sirva exclusivamente ao bem comum e impossibilite a defesa dos indivíduos, a defesa de seus interesses contra ele; em tal circunstância, seria impossível uma ciência do Direito; mantido este pressuposto, seriam inexplicáveis inúmeros fenômenos práticos hoje reconhecidos, tais como a independência do Tribunais, os direitos subjetivo públicos e o Estado de Direito.

⁴⁰ Apresentação feita no Congresso do Instituto Internacional de Filosofia do Direito, em Roma, publicada no seu anuário – 1937/1938

⁴¹ *Indivíduo, Estado e Corporação* – Basel, 1935, p. 26

Este é o tema de minha exposição. Particularmente na época em que vivemos, o grave significado dos problemas aqui apresentados deve merecer especial consideração, pois é tendência em quase todo o mundo estruturar a ordem social exclusivamente em função do bem comum, ignorando os evidentes princípios da justiça e da segurança, e destruindo, desta forma, a própria idéia de Direito.

Começemos pelo conceito de *justiça*. Não por aquele conceito com o qual sintetizamos tudo o que esperamos do Direito e que pode ser reduzido fundamentalmente ao conceito de correção, mas por um conceito específico de justiça que qualifica o Direito em face de outras obrigações.

Aristóteles definiu categoricamente: justiça é igualdade. Não tratamento igual para todos os homens e casos, mas igualdade quanto à medida de tratamento. Diversidade de tratamento, de acordo com a diversidade entre as pessoas e os fatos. Portanto, não absoluta igualdade no tratamento, mas proporcionalidade: *suum cuique* (a cada um o seu). Esta é a *justiça distributiva* de *Aristóteles*. Sua *iustitia commutativa* é apenas uma aplicação dela, ou seja, é a justiça distributiva aplicada a pessoas consideradas iguais. Somente pressupondo a igualdade das partes pode-se exigir igualdade entre prestação e contraprestação – pois se a uma delas fosse concedido mais do que ela prestou, ela seria beneficiada em relação à outra⁴². Se *iustitia commutativa* é a aplicação da justiça a pessoas cuja desigualdade é considerada irrelevante, *equidade* significa, ao contrário, a justiça que se aproxima, tanto quanto possível, das particularidades mais individualizadas do caso concreto. Mas, mesmo neste extremo de particularização, a justiça continua sendo a aplicação de uma medida universal. Pressupõe um mínimo de semelhança entre pessoas e fatos, abstraindo de sua individualidade mais profunda, e trata, pois, como iguais, situações que, na realidade, são diferentes. Apesar de seu caráter proporcional, justiça significa igualdade de tratamento jurídico a grupos de pessoas ou fatos mais ou menos amplos, ou, o que dá no mesmo, a aplicação de regras mais ou menos gerais na regulamentação destes comportamentos.

O que explica a valorização da igualdade no comportamento jurídico, ou o caráter geral da norma? A resposta foi tentada a partir da necessidade de conciliar a inveja universal – mas não explica o sentimento de justiça das pessoas não envolvidas no problema. Foi procurada a partir do sentimento estético da simetria – mas outra vez não explica a violência elementar e explosiva do sentimento de justiça. Foi considerada exigência do bem comum – *iustitia fundamentum regnorum* (a justiça é o fundamento dos impérios) – pois a injustiça gera perturbação do equilíbrio social e leva ao perigo da violência revolucionária. Mas, desta forma, confunde-se causa e efeito: uma situação não é injusta porque provoca desequilíbrio social, mas exatamente ao contrário: provoca o desequilíbrio social por ser injusta. Na verdade, do ponto de vista psicológico, a justiça só pode ser considerada um sentimento primordial e inevitável; do ponto de vista filosófico, deve ser considerada um valor entre os demais valores absolutos como o bem, a verdade e a beleza.

⁴² *Ferdinand Tönnies – Thomas Hobbes – 3ª ed. 1925, p. 219: A justiça no tratamento pode ser dividida em comutativa e distributiva. Na verdade, a injustiça não está na desigualdade da coisa que deve ser trocada ou distribuída, mas na desigualdade pretendida por alguém em relação a seu parceiro, contra a natureza ou a razão.*

É impossível deduzir uma norma jurídica exclusivamente da justiça, como pode ser demonstrado por um exemplo do Direito Penal. A justiça determina que deve ser imposta pena grave a quem revela culpa grave e pena leve a quem age com culpa mais leve. Não afirma, no entanto, que o homicídio seja mais grave do que o roubo. Cria, porém, instrumentos para que se possa dosar a culpabilidade, que será maior ou menor, em função do grau de perigo oferecido ao bem comum. Não diz também *como* o culpado deve ser castigado – se o assassino deve ser torturado na roda e o ladrão enforcado ou se o primeiro deve ser recolhido à prisão perpétua e o segundo à prisão temporária. Não cria, também, o sistema de penas, mas só determina o tipo de pena aplicável, dentro de um sistema de punições previamente estabelecido: a espécie de pena em concreto deverá ser determinada em função da importância para bem comum. A justiça só estabelece, pois, a relação entre determinada pena e seu grau, com base em um sistema de penas dado. O conceito de culpa e o sistema de penas devem ser estabelecidos, então, a partir da idéia de bem comum. A justiça, portanto, define apenas a punibilidade *relativa*, não a absoluta. É também em razão dela que este conceito relativo resulta de uma medida *geral* – o conceito de culpa – delimitada por uma escala geral de penas e de sua graduação. Este exemplo revela, de um lado, o caráter relativo e, de outro, a natureza *geral* da justiça.

O caráter *relativo* da justiça significa que ela deve relacionar entre si, comparar e conciliar, os indispensáveis conceitos de maioria de pessoas, de situações jurídicas e de interesses em conflito. Justiça é, essencialmente, solução de conflitos. *Le problème de la justice* – afirma Georges Gurvitch – *ne se pose que si l'on admet la possibilité d'un conflit entre des valeurs morales équivalentes. La justice suppose essentiellement l'existence de conflits; elle est appelée à harmoniser les antinomies; dans une ordre harmonique par avance..., la justice est inapplicable et inutile.* (O problema da justiça – diz Georges Gurvitch – não se coloca senão quando é admitida a possibilidade de um conflito de valores morais equivalentes. Supõe essencialmente a existência de conflitos; deve harmonizar antinomias; em uma ordem harmônica pré-estabelecida... ela seria inaplicável e inútil)⁴³. Muito particularmente, a justiça não é pensável nas relações entre comunidade e indivíduo quando se afirma a impossibilidade de conflito entre estes, reconhecendo-se a supremacia incondicional do bem comum sobre qualquer interesse individual. Contra tal concepção levantou-se *Del Vecchio* de forma agradavelmente decisiva: *A pura negação apriorística da oposição existente..., afirmar, por exemplo, que o Estado é a única realidade e o indivíduo é por ele absorvido ou é com ele identificado, não é um bom método... Estado e indivíduo são dois elementos da realidade que, embora possam e devam estar em harmonia e de acordo, não podem ser negados, pois existem. A afirmação... segundo a qual um ou outro destes elementos, por ser irreal ou idêntico ao outro, não deve ser levado em consideração... de fato, não dá nenhum passo em direção à solução do problema.*⁴⁴ A idéia de justiça pressupõe a possibilidade de tensão entre a comunidade e o indivíduo, que ela exatamente tem por tarefa superar. É um contrapeso individualista-liberal à idéia superindividualista de bem comum.

A justiça transfere seu caráter relativo ao conceito de Direito no qual predomina: Direito é também solução de conflitos. Por isso, a noção de Direito participa da natureza *geral* da justiça: Direito é solução de conflitos a partir de normas gerais, afirmação que

⁴³ Georges Gurvitch – *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* (A Experiência Jurídica e a Filosofia Pluralista do Direito) Paris, 1935, p. 99

⁴⁴ *opus cit.*, p. 4

pode ser comprovada por uma dedução a partir do conceito de Direito ⁴⁵ – aqui, basta uma prova indireta: a norma jurídica não poderia distinguir-se das demais normas se não fosse uma forma de solução de conflitos e não possuísse caráter geral. Somente quando ela se considera uma forma de solução de conflitos pode distinguir-se das puras normas de orientação a funcionários públicos; somente quando nela se reconhece o caráter geral pode distinguir-se da sentença e do ato administrativo. Uma norma destinada a servir exclusivamente ao bem comum é uma determinação administrativa, não Direito. Estes exemplos demonstram também que o fenômeno ao qual é necessário negar a qualificação de norma jurídica não perde, de forma alguma, sua justificação. Uma ordem contra determinada pessoa pode justificar-se como medida de exceção e não será necessariamente *arbitrária*. Não tem caráter jurídico. Não perde apenas o rótulo jurídico, mas também a indescritível ênfase que vibra a partir deste nome e a força moral que dele emana. Por isso os Partidos Políticos vitoriosos transformam sempre seus interesses particulares em normas jurídicas de caráter geral – e a partir desta transformação buscam lograr conseqüências muito concretas.

Permito-me oferecer outro exemplo histórico. A liberdade, em qualquer sentido, era uma necessidade e uma reivindicação da burguesia ascendente, formulada como exigência jurídica fundada no Direito Natural. Por isso a burguesia não podia exigí-la exclusivamente para si, precisava fazê-lo de forma geral, ou seja, para todos. Mas esta liberdade como direito, exigida e conquistada sob forma geral, trouxe também em seu seio a liberdade de associação para a ativa classe dos trabalhadores, transformando-se em instrumento de luta exatamente contra a classe cujo interesse pela liberdade se transformara em direito. Em virtude da forma jurídica que normalmente passam a adotar as reivindicações políticas, os poderosos, em geral, só podem impor encargos sobre seus dominados quando os assumem também; da mesma forma, só podem reivindicar vantagens quando estão dispostos a assegurá-las também a seus subordinados. Na verdade, essa generalização pode continuar sendo mera aparência, pois (nas palavras irônicas de *Anatole France*), *a lei, em sua majestosa igualdade, proíbe ricos e pobres de mendigar nas ruas, dormir embaixo de pontes e roubar pão* – mas pode também adquirir significado muito real, como na hipótese da liberdade de associação. Por isso o Direito de Classe, pelo fato de ser Direito, ou seja, por ter assumido a forma da generalidade e da igualdade, pode constituir-se em algo valioso, ao menos em certa medida, também para os oprimidos, as minorias, os fracos e os excluídos.

Em suma: a justiça distingue-se claramente de bem comum e, como fim do Direito, encontra-se até em certo relacionamento conflituoso com ele. Pressupõe a situação de conflito, ao contrário da idéia de bem comum que não lhe dá atenção ou até a nega. A justiça coloca na balança bem comum e interesses jurídicos individuais, enquanto, ao contrário, a idéia de bem comum mantém seu caráter individualista-liberal. Caracteriza-se ela pelas marcas da igualdade e da generalidade, que não desempenham nenhum papel em relação ao bem comum. Finalmente, a idéia de justiça imprime seu caráter no conceito de Direito, ao reconhecê-lo como forma de solução de conflitos através de normas gerais. Exclusivamente a partir da idéia de bem comum, não pode ser deduzido o conceito de Direito. Não há dúvida de que a justiça é essencial ao bem comum – como *fundamentum regnorum*. Sua essência não decorre, todavia, desta utilidade para o bem comum; ao contrário, ela é útil a ele por sua própria legitimidade – exatamente como a ciência e a arte, que somente o servem quando, sem nenhuma

⁴⁵ *Radbruch – Rechtsphilosophie* (Filosofia do Direito), 3ª ed., 1932, p. 29 e sgs.

preocupação com ele, realizam suas próprias leis de verdade e beleza. Portanto, para compreender a justiça dentro de um conceito mais amplo de bem comum, deve-se distingui-la imediatamente do conceito restrito de bem comum.

Semelhante é o resultado da discussão sobre *segurança jurídica*, aqui exposta. Em primeiro lugar, é necessário determinar o conceito de segurança jurídica, que pode ser entendido de três maneiras ⁴⁶:

1. Como *segurança por meio do Direito*: segurança contra o homicídio, contra o roubo e o furto, segurança no trânsito etc. Segurança jurídica, neste sentido, é elemento do bem comum, nada tendo a ver, portanto, com nosso tema, embora, naturalmente, seja ela afim ao que entendemos por segurança jurídica, pois pressupõe que haja segurança no próprio Direito.
2. A *segurança do Direito* exige o firme conhecimento da norma jurídica, a prova cabal dos fatos dos quais sua aplicação depende e a correta execução do que foi promulgado como Direito. Trata-se da certeza do Direito vigente em determinado momento, não de sua validade. Certeza que seria ilusória se, por qualquer motivo, a qualquer tempo, pudesse o legislador eliminá-la. Por isso, a certeza de determinado Direito vigente precisa ser completada, ao menos em certa medida, pela
3. *segurança do Direito contra modificações*, através de limitações previstas no sistema legislativo – como a divisão dos Poderes e as dificuldades impostas às alterações constitucionais –. Mas segurança jurídica, neste terceiro significado, normalmente, não diz respeito ao Direito objetivo e sim ao subjetivo: é a *proteção ao direito adquirido*. Este princípio, conservador e, em determinadas circunstâncias, reacionário, não tem relação com nossa matéria. Precisamos, no entanto, abordá-lo porque, sem ele, a segurança do Direito em vigor, em si mesma, seria uma ilusão; é necessária a segurança contra modificações arbitrárias, a qualquer momento, ou, como já afirmamos, é necessária uma certa dose de segurança contra alterações do Direito.

Não são necessárias longas provas para demonstrar que a segurança jurídica é diferente de bem comum, ao qual, com freqüência, até se opõe – aquilo que, no interesse da segurança, muitas vezes é *summum ius*, sob o ponto de vista do bem comum é *summa iniuria*. A segurança jurídica, por vezes, permite que a lei e o Direito se transformem em doença incurável. Por outro lado, segurança jurídica e justiça mantêm estreito relacionamento entre si, confundindo-se até. A segurança jurídica exige a mesma generalidade das normas que integra a essência da justiça: só a norma geral pode regulamentar, com anterioridade, casos vindouros e fundamentar o Direito justo para o futuro. Direito incerto, além disso, é, ao mesmo tempo, Direito injusto, pois não pode assegurar igualdade de tratamento a casos futuros assemelhados; pode-se, por isso, traduzir a idéia de segurança jurídica como *igualdade perante a lei*, como afirmou Lord Bacon: *legis tantum interest ut certa sit ut absque hoc nec iusta possit* (a certeza da lei é

⁴⁶ Veja-se a respeito Demogu – *Lês notions fondamentales du droit privé* (As noções fundamentais do Direito Privado), 1911, p. 63 e sgs; também Max Rümelin - *Rechtssicherheit* (Segurança Jurídica), 1924

tão importante que, sem ela, a lei não conseguiria ser justa) ⁴⁷. A segurança jurídica comparte também com a justiça seu caráter liberal individualista: não significa segurança do Direito no interesse do Direito, mas segurança do Direito no interesse individual – contra o arbítrio e, neste sentido, em defesa da liberdade.

A segurança do Direito, ao contrário da justiça, não é um valor absoluto e indispensável. Por mais forte que seja a já referida tensão entre ela e o bem comum, em sentido restrito, seu valor resulta de sua utilidade para o bem comum, em sentido amplo. Utilidade que foi destacada, de forma impressionante, por *Jeremy Bentham* – o maior panegirista da segurança, ao lado de *Ludwig Knapp*, recentemente sacados do esquecimento por *Luigi Secco* ⁴⁸. *Bentham* via na segurança jurídica a propriedade essencial da civilização, a diferença entre a vida dos animais e a dos homens, pois é ela que possibilita fazer planejamentos para o futuro, trabalhar e economizar. Só ela pode garantir que a vida não seja apenas uma série de momentos particulares, mas uma sucessão contínua. Só ela estabelece uma cadeia entre o presente e o futuro, tecida pela prudência e a previsão, projetando-se sobre as gerações que se seguirão.

Não é necessária pormenorizada exposição sobre o fato de que nós e todo o mundo nos encontramos longe daquela visão panegírica apaixonada de *Bentham*. Em primeiro lugar, a *Escola do Direito Livre* demonstrou que a pretendida segurança quanto à decisão judicial não existe, ao menos na forma como era imaginada, pois, freqüentemente, o que determina a decisão, mais do que se pensava, não é a lei e sim a opinião do juiz. Os juízes foram então estimulados a criar o Direito, a criar uma jurisprudência imprevisível. A seguir, o legislador ampliou o espaço de competência deixado aos juízes, assim como a possibilidade de decisões inesperadas, fenômeno que recentemente foi acolhido pelas consciências em geral sob o título de *fuga para as cláusulas gerais* ⁴⁹. Sob múltiplas formas, foi confiada ao juízo de valores dos juízes a decisão sobre todas as áreas do Direito – mesmo aquelas em que, até então, predominava rigorosamente o princípio da legalidade, como o Direito Penal, no qual se estabelecera o firme bastião da certeza jurídica através da proibição da punibilidade com fundamento na analogia. Nem falta coragem para a elaboração jurídica *contra legem* sempre que, em conseqüência a mudanças políticas, uma lei ainda em vigor contraria o espírito do novo regime. Em Estados nos quais os obstáculos à legislação foram eliminados pela unificação de legisladores e administradores, há o risco da fácil modificação do Direito, até como solução de situações individuais.

Como chegou o ideal da segurança jurídica a este grau de depreciação? De 1871 a 1914, experimentamos uma época de estabilidade nas relações sociais tão longa como talvez nunca tenha ocorrido na história da humanidade. O período capitalista produzia a necessária segurança jurídica: *Max Weber* demonstrou cabalmente que um Estado e um Direito racionais eram necessários ao capitalismo e foram por ele criados ⁵⁰. *Jakob Burckhardt* pôde afirmar que *toda a Moral daquela época estava essencialmente orientada para a segurança, de forma que, ao menos como regra, cumpria ao individuo tomar as mais graves decisões sobre a defesa de sua casa e de seu bem-estar. A*

⁴⁷ Com outra fundamentação, *Wilhelm Sauer – Grundlagen der Gesellschaft* (Fundamentos da Sociedade), 1924, p. 443, chama a segurança jurídica de *justiça estrita*.

⁴⁸ *Luigi Secco – Luigi Knapp e sua Filosofia do Direito*, 1936

⁴⁹ vide *Justus Wilhelm Hedemann – Die Flucht in die Generalklauseln* (A fuga para as cláusulas gerais), 1933

⁵⁰ *Max Weber – Wirtschaftsgeschichte* (História da Economia), 1923, p. 289 e sgs.

*segurança exigia, como condição da felicidade, a subordinação do arbítrio a um Direito assegurado pela polícia, a regulamentação de todas as questões relativas à propriedade através de leis positivas objetivas, a maior segurança possível aos lucros e ao comércio. E aquilo que o Estado não podia fazer, o regime de seguros podia. Mas Burckhardt não ocultou certa dúvida a respeito desta segurança burguesa quando afirmou que a segurança foi deficiente, em elevado grau, em várias épocas revestidas de eterno esplendor e que ocuparão posição destacada na história da humanidade até o fim dos tempos. Em Atenas deve ter imperado o sentimento de segurança em intensidade tal que jamais será igualado no mundo*⁵¹.

A questão da segurança impactava muito mais duramente a juventude daquela época. Para comprová-lo, apresento um texto juvenil escrito em 1910, na primeira edição de minha *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Introdução à Ciência do Direito): *certamente podemos considerar a ciência e a ordem jurídicas, a lei natural e a norma, como gigantesca luta pela eliminação, da face da terra, do inevitável e do acaso. Mas, e se estes conseguissem realmente sair vitoriosos, tornando a vida absolutamente previsível, valeria a pena viver? O acaso e a imprevisão, o inesperado, a surpresa e a decepção, o doce sofrimento do ritardando e a fascinante sensação de perigo do acelerando tornam a música sedutora e, da mesma forma, fazem com que amemos a vida: o inesperado é a mais antiga dentre as coisas nobres do mundo (Nietzsche). Como seria a vida se não pudéssemos mais esperar pelo milagre? Aquele que não estiver totalmente mergulhado no cotidiano preferirá sempre a felicidade da incerteza à certeza da felicidade. Embora a ordem jurídica esteja longe de dominar a incerteza, um número sempre crescente de requintadas naturezas humanas sofre ainda hoje a cinzenta regularidade da vida burguesa: quantos não serão os homens em cujo berço, ou, digamos de forma mais cuidadosa, em cujo momento do crisma não se possa já descobrir o esquema de sua oração fúnebre? O instinto da aventura, de enfrentar o perigo, o impulso fáustico de transformar o próprio ego em ego do mundo, o prazer romântico pela indisciplina da beleza e a exuberância da existência, voltam-se contra a regularidade e a ordem do Direito e arrastam o homem, consciente ou inconscientemente, em direção ao anarquismo afetivo.* Frágeis ecos do “viver perigosamente”, exaltado por Nietzsche.

Estes sonhos realizaram-se intensamente. A partir de 1914, a partir da primeira guerra mundial e em razão de suas dramáticas conseqüências, experimentamos permanentemente a felicidade de viver perigosamente. Talvez seja nossa época ou nossa avançada idade que nos permitam hoje melhor compreender as frívolas palavras de Montesquieu: *heureux le peuple dont l’histoire est ennuyeuse* (feliz o povo cuja história é monótona); mas não é necessário ser profeta para predizer que a ânsia pela segurança, em especial pela segurança jurídica, será, no futuro, cada vez mais perceptível e mais fervorosa.

O crescente valor que se começa a atribuir novamente à segurança jurídica revela o reconhecimento de que ela é exigência essencial até para as ideologias jurídicas orientadas exclusivamente pelo bem comum; tem sido invocada, mesmo nos Estados autoritários, como fundamento da organização comunitária. A lei é a vontade do poderoso; sua infração equivale, portanto, a uma violação ao dever de fidelidade à autoridade; por isso é considerada ilícita e contrária à segurança jurídica. Esta

⁵¹ Jacob Burckhardt – *Weltgeschichtliche Betrachtungen* (Considerações sobre a História Universal), 3. ed., 1918, p. 260 e sgs.

fundamentação da segurança jurídica na obediência à autoridade estatal está intimamente ligada à orientação exclusiva do Direito ao bem comum: as ordens da autoridade servem para que os cidadãos colaborem na realização do bem comum e evitem os conflitos entre si. Esta construção conceitual de segurança jurídica a partir da idéia de autoridade e de bem comum é incompatível, no entanto, com certos fenômenos jurídicos que não podem ser ignorados. Fosse o Direito apenas um comando da autoridade, não seria possível explicar a sujeição da própria autoridade ao Direito nem, portanto, o Estado de Direito e os direitos subjetivos públicos. Tais conceitos devem ser explicados, do ponto de vista formal, pelo conteúdo positivo da idéia de segurança jurídica e, do ponto de vista material, pelo conteúdo individualista da idéia de justiça. Também a independência dos juízes seria incompreensível se o Direito fosse apenas ordem do chefe a serviço do bem comum, se não ostentasse sua legitimidade, independente da mera idéia de finalidade e obediência às determinações. A independência do juiz não é senão a liberdade da ciência aplicada à ciência jurídica prática. A idéia de Direito não é, no entanto, pura idéia finalística a serviço do bem comum – pois, neste caso, não se distinguiria da Política e da Administração. Orienta-se, ao contrário, pelos princípios de legalidade e de justiça; interpreta as determinações legais a partir da segurança jurídica, sob o ponto de vista da justiça, ou seja, da igualdade. Mas não é necessário destacar a importância do papel que, nesta matéria, desempenha a idéia de finalidade. Extraordinário foi o serviço prestado pelas novas teorias jurídicas ao enfatizá-lo. Ao contrário, o que se faz necessário reforçar agora é que a idéia de finalidade deve ser aplicada nos limites da legalidade e da justiça. Da mesma forma que o Estado de Direito, os direitos subjetivos públicos, a autonomia do judiciário e da ciência do Direito, o conceito de Direito orienta-se pela idéia de justiça e de segurança jurídica. Enquanto a idéia de justiça qualifica a essência do Direito como solução de conflitos com base em normas gerais, a segurança jurídica agrega-lhe o subsequente caráter de positividade. *Huizinga*, em seu belo livro *Nas sombras matinais*⁵², escreve que da necessidade de segurança decorre tudo o que denominamos Direito; podemos recolher sua frase, mas sob outra forma: da necessidade de segurança decorre tudo o que denominamos Direito *positivo*.

As idéias de justiça e segurança jurídica, elementos individualistas do Direito, não se encontram totalmente vinculadas ao pensamento supra-individualista de bem comum, mas sua vinculação é pelo menos tão estreita quanto o conceito de Estado de Direito, de direito subjetivo público, de independência dos tribunais, de autonomia da ciência jurídica e, finalmente, do próprio conceito de Direito. Nem as autoridades estatais querem abandonar estes valores, afirma novamente, com ênfase, *Del Vecchio*: *La sovranità della legge e l'eguaglianza dei cittadini dinanzi ad essa rimangono i cardini dello stato fascista, il quale è perciò, e vuol essere, Stato di diritto* (a soberania da lei e a igualdade do cidadãos diante dela continuam sendo os pontos cardiais do Estado fascista que, graças a isso, pretende ser um Estado de Direito). Também e acima de tudo, a liberdade pertence à sua essência. É mais fácil compreender hoje do que no passado que a vida de uma nação e de um indivíduo se interpenetram.⁵³

Bem comum, justiça e segurança jurídica exercem um condomínio sobre o Direito – não em perfeita harmonia, mas, bem ao contrário, em viva antinomia. O domínio de um ou de outro destes valores em relação aos demais não pode ser

⁵² *Huizinga – Im Schatten von morgen*, 1935, p. 32

⁵³ *Giorgio Del Vecchio – Stato fascista e Vecchio regime* (O Estado fascista e o velho regime), 2. ed., 1932

determinado por nenhuma norma – tal norma não existe –, mas apenas pela opção responsável de cada época. O Estado de polícia dava preferência ao bem comum, o Direito Natural à justiça, o positivismo à segurança jurídica. O Estado autoritário iniciou novo processo evolutivo, colocando novamente o bem comum no primeiro plano. Mas a História ensina que não faltará a antítese e que uma nova época deverá reconhecer, mais do que ocorre no presente, ao lado do bem comum, o elevado valor da justiça e da segurança jurídica ⁵⁴. *Justitia una virtus omnium est domina et Regina virtutum* (a justiça é a mesma virtude para todos e é a rainha das virtudes), *Cicero – De Officiis –* IIIc. 28.

⁵⁴ A. Roberto Goldschmidt – *Studi in memória di Aldo Albertoni*, (Estudos em memória de Aldo Albertoni)III, p. 505

VIII

Primeiro posicionamento após a hecatombe de 1945

1. Reflexão filosófico-jurídica

1. Ordens são ordens, diz-se aos soldados. A lei é a lei, dizem os juristas. Enquanto, porém, para o soldado, a obediência ao dever e o direito desaparecem quando ele sabe que a ordem objetiva a prática de um delito ou um ilícito, desconhecem os juristas, há mais ou menos um século, desde a morte dos últimos jusnaturalistas que existiam entre eles, qualquer exceção assemelhada relativamente à validade da lei e à obediência dos que a ela estão sujeitos. A lei vale porque é lei e é lei porque, em geral, tem o poder de impor-se.

Esta concepção de lei e de sua validade (que denominamos doutrina positivista) tornou os juristas, assim como o povo, impotentes diante das leis, por mais arbitrárias, cruéis ou até criminosas que fossem. Em última análise, equiparam-se Direito e Força; só onde há força há Direito.

2. Pretendeu-se complementar ou substituir a afirmação por esta outra: Direito é aquilo que for útil ao povo.

Isto significa que arbitrariedade, violação contratual e ilegalidade passam a ser Direito na medida em que forem úteis ao povo. Praticamente, considera-se Direito tudo aquilo que o detentor do *poder* entende ser útil ao povo, embora se trate apenas de uma idéia ou capricho dele, de condenação sem lei e sem julgamento ou de assassinato de enfermos sem lei. Este *poder* significa: o interesse do dominador é considerado bem comum. Desta forma, a equiparação do Direito a um benefício ao povo, mesmo apenas presumido ou pressuposto, transformou o Estado de Direito em Estado de injustiças.

Não se deve afirmar que tudo o que é útil ao povo é Direito, mas ao contrário: tudo o que é Direito é útil ao povo.

3. Direito é busca da Justiça. Mas Justiça significa julgamento sem acepção de pessoas, significa medir todos com a mesma medida.

Quando se festeja o assassinato de adversário político, quando se condena à morte alguém porque pertence a outra raça, quando um fato é punido com penas agravadas, mais cruéis e infamantes, somente por ter sido praticado contra correligionário, não temos nem Justiça nem Direito.

Quando as leis denegam explicitamente a busca da Justiça, por exemplo, quando os direitos humanos são garantidos ou negados arbitrariamente, elas

carecem de validade; ninguém lhes deve obediência e os juristas devem ter a coragem de acusá-las como carentes de natureza jurídica.

4. Certamente, o bem comum é também fim do Direito, ao lado da Justiça. Certamente, a lei, em si mesma, inclusive a má lei, tem sempre ao menos *um* valor – o de tornar evidente o direito em casos de dúvida. Certamente, a imperfeição do homem não permite que estejam sempre associados harmonicamente na lei os três valores do Direito: o bem comum, a segurança jurídica e a Justiça. Apesar disso, precisamos ponderar se, por razões de segurança jurídica, devemos atribuir validade às más leis, às leis perigosas e injustas, ou se devemos negar-lhes validade em virtude de sua injustiça e de sua periculosidade em relação à comunidade. É necessário impregnar profundamente a consciência popular e os juristas de que *podem* existir leis com tal carga de injustiça e periculosidade para a coletividade que lhes devemos negar não só a validade como também o caráter jurídico.
5. Existem também princípios jurídicos superiores a qualquer regra, de tal forma que uma lei que os contrarie carece de validade. Denominam-se princípios de Direito Natural ou de Direito racional. É certo que eles estão particularmente rodeados por muitas incertezas, mas o trabalho de séculos produziu a respeito deles sólida definição, reunindo-os nas chamadas Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão de tal forma coincidentes que, em relação a alguns, somente o deliberado ceticismo pode ainda suscitar dúvidas.

Na linguagem da fé, estas idéias estão reveladas em duas passagens bíblicas. De um lado, está escrito que *todos os homens estão sujeitos à autoridade que tem poder sobre eles* (Romanos, 13, 1) e, de outro, que *devemos obedecer mais a Deus do que aos homens* (Atos dos Apóstolos, 5, 29) – não se trata de desejos piedosos, mas de regras jurídicas válidas; e não é possível superar a tensão entre elas através de uma terceira, como *dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus* – uma vez que esta deixa também lugar a muitas dúvidas. Acima de tudo, transfere a solução para a palavra de Deus, que só em casos especiais fala diretamente à consciência de cada homem.

2. Renovação do Direito

É das Faculdades de Direito que deve partir a renovação do Direito, a conversão dos juristas alemães e a educação jurídica de todo o povo alemão. Para isso, parecem-me indispensáveis os seguintes princípios:

1. Olhamos para trás e vemos doze anos de injustiças e arbitrariedades, de predomínio do poder estatal, que aceitou como lícito tudo o que lhe era útil e atropelou de forma impensada leis válidas, mesmo quando estavam a serviço dos fins mais sagrados como a proteção da vida humana. Da ilegalidade e da arbitrariedade devemos retornar ao império da lei; do Estado injusto, ao *Estado de Direito*. O povo alemão deve tomar consciência e ser educado na idéia de Estado de Direito, na idéia de Estado subordinado às próprias leis, que, no passado, eram tão evidentes e aceitas como vitais.

2. Olhamos para trás e nos lembramos de uma época em que as leis deviam servir para punir as injustiças e os delitos. A concepção dominante entre os juristas – o positivismo – no entanto, ao reconhecer a validade e a natureza jurídica de qualquer lei elaborada de acordo com a ordem estabelecida, ficou indefeso diante de leis injustas e criminosas. Precisamos, por isso, relembrar os direitos do homem, que sobrepassam a todas as leis e o Direito Natural que nega validade às leis inimigas da Justiça.
3. Nos últimos doze anos, assistimos todos os demais poderes espirituais, como as Universidades e a ciência, os Tribunais e a prática jurídica, a filosofia de vida e os Partidos Políticos, curvarem-se diante da tirania, enquanto apenas um dentre eles se afirmava: *o cristianismo e a Igreja*. Esta experiência não deixou de impressionar o povo alemão: ressuscitou a crença religiosa, no mínimo a veneração e a esperança da fé. Também o Direito não deixará de ser atingido: ele deverá ser concebido como parte da ordem da criação e a santidade do Direito e dos contratos voltará a ser mais do que uma simples forma de falar.
4. O mutável e o eterno no Direito tornam-se mais evidentes no *Direito comparado*. Para tanto é necessária, em especial, a comparação das duas maiores culturas jurídicas nas quais se divide o globo terrestre: a européia continental e a anglo-americana, construída sobre o Direito Romano e suas codificações tardias; sobre a lei, formulada através de decisões judiciais. Somente a partir da comparação entre estas duas culturas jurídicas pode-se aprender a reconhecer cada uma delas em suas peculiaridades e a valorizá-las através de suas insuficiências e suas vantagens. O estudo do Direito anglo-americano é importante por razões muito mais profundas do que a necessidade do Direito em razão da atual situação da Alemanha.
5. Mesmo em países nos quais o Direito Romano jamais foi vigente é ele objeto de investigação acadêmica – tanto na Inglaterra como na América. Por isso os conceitos e os termos nele empregados são instrumentos adequados ao entendimento entre estas culturas, apesar de suas diversidades – uma espécie de esperanto do mundo jurídico. Esta é uma razão pela qual a ciência jurídica alemã deve conservar ou reinstalar o magistério do Direito Romano. O Direito Romano é uma forma humanística aplicada ao Direito e nós não queremos ser juristas inspirados pela rotina, mas juristas cultos.
6. Sem dúvida, o desenvolvimento de nosso Direito deve, cada vez mais, transcender o espírito meramente individualista do Direito Romano, a rigorosa separação entre Direito Público e Privado. A recuperação de nossa Economia não poderá fazer-se sob forma exclusivamente privada, mas deverá seguir a modelagem do *Direito social*, ou seja, com maior penetração nas modificações jurídicas de natureza pública sobre o Direito Privado, da forma como já começaram a ocorrer em relação ao Direito Econômico e ao Direito do Trabalho.

7. A maior devastação entre todos os setores jurídicos foi sofrida pelo Direito Penal. Impõe-se a nós substituir o arbítrio pela segurança jurídica, o sadismo pelo humanismo, a intimidação e a retribuição pela recuperação e a educação – mas não substituir a desumanidade pela debilitação, pois o educador, atualmente, deve ter um coração misericordioso, além da mão firme.
8. Não é necessário insistir em que o Direito do Estado futuro só pode ter caráter democrático. Por outro lado, é necessário destacar que a construção democrática desde baixo, a partir da comunidade, não é uma necessidade decorrente apenas da situação atual, mas uma idéia política fecunda que corresponde muito especialmente à cultura alemã: é a idéia que inspira a reforma constitucional preparada pelo Barão *von Stein* e que começou a ser implantada a partir da Ordenação Prussiana (1808).
9. Finalmente, a ciência jurídica alemã está pronta a cooperar para o surgimento de um novo Direito Internacional cujo objetivo principal deve ser a paz mundial duradoura, a cooperar com a obra de São Francisco para a prevenção das guerras e com a obra de Nürnberg no que tange à criação de um Direito Internacional que não obrigue apenas os Estados, mas também os homens de Estado pessoalmente, um Direito Internacional que persiga pessoalmente os destruidores da paz.

IX

Injustiça legal e Direito supralegal

1

Utilizando-se de dois princípios, o nacional-socialismo conseguiu manietar, de um lado, seus soldados e, de outro, seus juristas: *ordens são ordens* e *a lei é a lei*. O princípio segundo o qual *ordens são ordens* jamais gozou de validade universal, pois a obrigação de obedecer cessava diante de ordens orientadas por fins delituosos (Código Penal Militar, § 47). O princípio segundo o qual *a lei é a lei* não conhecia, entretanto, nenhuma limitação. Era uma forma de expressão do positivismo jurídico que, por decênios, predominou entre os juristas alemães, quase sem resistência. Injustiça legal era, por isso, assim como Direito supralegal, uma contradição em si mesma. Atualmente, a práxis coloca-nos sempre mais em confronto com os dois problemas. Foi publicada e comentada, por exemplo, no SJZ (*Süddeutsche Juristenzeitung* – Revista Jurídica do Sul da Alemanha), p. 36, uma decisão do Tribunal de Wiesbaden segundo a qual *as leis que declararam transferidas para o Estado as propriedades de judeus contrariam o Direito Natural e eram, portanto, nulas, desde sua promulgação*.

2

A mesma questão foi suscitada na zona de ocupação soviética em debates e decisões relativas ao Direito Penal.

1. O Tribunal do Júri da Turíngia condenou à prisão perpétua um funcionário do Poder Judiciário *Puttfarken* por ter denunciado o comerciante *Göttig*, denúncia da qual resultou sua condenação à prisão perpétua.⁵⁵ *Puttfarken* acusou *Göttig* de ter escrito em um banheiro público que *Hitler* era *um genocida e criminoso de guerra*. A condenação levou em conta, além disso, que ele escutava emissoras de rádio estrangeiras. O libelo do Promotor de Justiça da Turíngia, Dr. *Kuschnitzki* foi divulgado pela imprensa local em todos os seus detalhes (*Thüringer Volk, Sonneberg*, 10/05/1946). Caracterizava-se um crime? Esta foi a primeira questão tratada.

É irrelevante a declaração do acusado segundo a qual apresentou a denúncia em razão de suas convicções nacional-socialistas, pois não há direito à denúncia, nem mesmo sob convicção política. Nem havia na época de Hitler. O que importa, então, investigar é se ele agiu a serviço da administração da justiça. Mas para isso seria necessário que o Poder Judiciário se encontrasse em condições de exercer suas funções. Ora, os juizes criminais do tempo de Hitler careciam de preocupação com os pressupostos da legalidade, da busca da justiça e da segurança jurídica, requisitos essenciais do poder judicante.

Quem, naquela época, denunciasse alguém, devia contar – e ele contava – com o risco de entregá-lo a um processo judiciário sem garantias legais para a

⁵⁵ Outro processo resultante de denúncia foi instaurado contra os irmãos Scholl, na Câmara de Munique.

descoberta da verdade e para um julgamento justo; contava apenas com a arbitrariedade.

Acolho, neste passo, na sua íntegra, o parecer jurídico do decano da Faculdade de Direito de Jena, Professor Dr. Lange. As condições do Terceiro Reich eram tão conhecidas que todos sabiam precisamente: se alguém, durante o terceiro ano da guerra, fosse responsabilizado por ter escrito que Hitler era um genocida e criminoso de guerra, não teria como permanecer vivo. Um homem como Puttfarken não podia imaginar como o Poder Judiciário iria violentar o Direito, mas estava certo de que isso iria ocorrer.

Inexistia também a obrigação de denunciar, com fundamento no § 139 do Código Penal. É certo que este parágrafo prevê punição para quem, tendo conhecimento verossímil do propósito de alguém de cometer alta traição, deixa de passar imediatamente esta informação às autoridades; e não há dúvida de que Göttig foi condenado à morte pelo Tribunal de Kassel por atos preparatórios de alta traição, mas, a partir de uma análise jurídica, jamais existiram tais atos preparatórios. Por outro lado, a frase corajosa de Göttig (Hitler é um genocida e criminosos de guerra) era a pura verdade. Quem a proclamava e difundia não ameaçava o Reich nem sua segurança, pois tentava somente salvar o Reich afastando seu corruptor, o que é exatamente o contrário de alta traição. É preciso afastar todas as tentativas de ocultar, por meio de formalidades jurídicas, este fato evidente. Além disso, há dúvidas sobre se era possível considerar chefe de Estado o chamado Führer e Chanceler do Reich e, em consequência, protegê-lo por este artigo relativo à alta traição. De nenhuma maneira refletiu, também, o acusado, sobre este enquadramento jurídico de seu ato e, a seu entender, nem poderia fazê-lo. Nem esclareceu se denunciou Göttig por perceber em seu ato um comportamento típico de alta traição que gerava nele a obrigação de denunciar.

Em seguida, analisa o Promotor nova questão: tratava-se de ato culposos?

Puttfarken admitiu basicamente que pretendeu levar Göttig ao cadafalso, o que foi confirmado por uma série de testemunhos. Caracterizou-se, portanto, a intenção de matar, nos termos do § 211 do Código Penal. O fato de Göttig ter sido executado por ordem de um Tribunal do Terceiro Reich não exclui a responsabilidade de Puttfarken, com fundamento na figura jurídica da autoria mediata. É verdade que este conceito, desenvolvido pela jurisprudência do Terceiro Reich objetivava outros fatos, especificamente aqueles em que o autor imediato se valia de pessoas sem capacidade regular de exercício da própria vontade involuntários ou inimputáveis. Ninguém imaginara antes que um Tribunal alemão pudesse servir como instrumento para um homicida. É, no entanto, o que ocorre agora e o caso de Puttfarken não será o único. Não invalida a tese da autoria mediata a circunstância de ter o Tribunal procedido corretamente sob o aspecto formal. As possíveis dúvidas ficam desfeitas pela Lei Complementar da Turíngia, de 08/02/1946, que dá a seguinte redação ao artigo II, § 47, inciso I, do Código Penal: Será punido como autor aquele que pratique, de forma culpada, o comportamento punível, pessoalmente ou através de terceiro, ainda que o terceiro tenha procedido legalmente. Não se trata, portanto,

de disposição jurídica com efeito retroativo; trata-se de interpretação autêntica do Direito Penal vigente desde 1871 ⁵⁶ .

Na minha opinião, após cuidadosa ponderação dos prós e contras, não se pode deixar de reconhecer a existência de um homicídio sob a forma de autoria mediata. Mas aceitemos que, neste caso – e precisamos contar com isso – o Tribunal chegue, talvez, a outra conclusão. Qual seria o problema? Se for recusada a teoria da autoria mediata, será necessário reconhecer como assassinos os juízes que, contra o Direito e a lei, condenaram Göttig à morte. Neste caso, o acusado deveria ser processado como cúmplice e, sob este aspecto, também condenado. Se existirem dúvidas ponderáveis a respeito disso – e não posso ignorá-las – será necessário lembrar o art. 2c da Lei nº 10 do Conselho de Controle Aliado, de 30/01/1946, segundo o qual o acusado responderia por crime contra a humanidade. De acordo com esta lei, não cabe indagar se o Direito local foi violado ou não. São puníveis os comportamentos desumanos e as perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos. De acordo com os artigos 2 e 3 desta lei, ao acusado será aplicada a pena que o juiz julgar adequada, mesmo que seja a pena de morte.

Como jurista, estou acostumado a limitar-me a apreciações meramente jurídicas. Mas é sempre bom colocar-se acima dos fatos e examiná-los com a pura racionalidade humana. O conhecimento jurídico é sempre apenas um instrumento que o jurista intelectualmente responsável emprega para chegar à decisão juridicamente suportável.

Os jurados não condenaram Puttfarken por autoria mediata, mas por cumplicidade no homicídio. Em consequência, os juízes que condenaram Göttig contra o Direito e a lei deveriam ser condenados à morte, pois foram culpados por sua morte.

2. A imprensa (*Tägliche Rundschau* – Revista Diária – 14/03/1946) publicou a intenção do Procurador Geral da Saxônia, Dr. J. U. Schroeder, de fazer valer a *responsabilidade penal por sentenças desumanas*, mesmo quando prolatadas com base em leis editadas pelo Partido Nacional-Socialista.

A legislação no Partido Nacional-Socialista, determinando a aplicação da pena de morte, como neste caso, carece absolutamente de validade.

Fundamenta-se na chamada Lei Autorizativa, que foi promulgada com total desrespeito à exigência constitucional da maioria de dois terços. Hitler impediu violentamente a participação dos Deputados comunistas na discussão e aprovação desta lei, prendendo-os, com absoluto desrespeito à sua imunidade

⁵⁶ Em sua edição do Código Penal, na versão da Turíngia (Weimar, 1946) afirma o professor Richard Lange (p. 13) que muitas dúvidas foram suscitadas a respeito da autoria mediata, nos casos em que o autor tenha abusado da administração da Justiça para lograr seu intento (como se dá na delonga processual e na denúncia política). Por isso, o artigo II da Lei Complementar de 08/02/1946 declarou expressamente que é punível a autoria mediata mesmo quando a pessoa utilizada tenha procedido legalmente ou no cumprimento de um dever legal.

*parlamentar. Os demais Deputados, principalmente os do Centro, foram forçados, pela AS, a votar a favor desta lei.*⁵⁷

Nenhum juiz poderia invocar tal lei e nela fundamentar sua decisão, pois ela não era apenas injusta, mas, na verdade, criminosa. Lembremos os direitos do homem, que pairam acima das leis escritas, e o inalienável e inalienável direito de desobediência à ordem criminosa de tiranos desumanos.

*Com base nestas considerações, entendo que devem ser processados os juízes que sentenciaram contra os mandamentos da humanidade, prolatando sentenças de morte pela prática de atos insignificantes.*⁵⁸

3. Segundo informações providas de Halle, os verdugos Kleine e Rose foram condenados à morte pela participação em inúmeras execuções ilegais. Kleine teria atuado, de abril de 1944 a março de 1945, em 931 execuções, pelas quais recebera 26.433 marcos. Consta que a condenação teve por fundamento a Lei nº 10 do Conselho de Controle Aliado – crimes contra a humanidade. *Os dois exerciam seu cargo imundo por livre disposição de vontade, uma vez que todo verdugo é livre para renunciar a seu posto a qualquer momento, alegando qualquer motivo* (Jornal Liberal-Democrático, Halle, 12/06/1946).
4. É conhecido também o seguinte caso da Saxônia (conforme o artigo do Procurador Geral Dr. J. V. Schroeder, de 09/05/1946): no ano de 1943, um soldado da Saxônia, engajado no front oriental, encarregado da custódia de prisioneiros de guerra, desertou, *enojado pelo tratamento desumano que era dado aos prisioneiros e talvez também cansado de prestar serviços às tropas de Hitler*. Durante a fuga, não conseguiu evitar entrar na casa de sua mulher, onde foi surpreendido e detido por um guarda. Conseguiu, sem ser percebido, apoderar-se da pistola de serviço do guarda, que derrubou com um tiro pelas costas. Em 1945, retornou ele da Suíça para a Saxônia, foi preso e o Ministério Público denunciou-o pela morte de funcionário público, por meio insidioso. O Procurador Geral determinou, no entanto, sua libertação e o trancamento do processo, com fundamento no § 54 – inimputabilidade por estado de necessidade. *O que antes era entendido como verdadeiro Direito – afirmou ele – hoje não vale mais. Desertar do exército de Hitler e Keitel, de acordo com nosso Direito, não caracteriza nenhum crime que desonre o desertor e justifique sua condenação; não o torna culpado.*

Todos estes casos sugerem a luta contra o positivismo, sob o ponto de vista da injustiça legal e só Direito supralegal.

3

O positivismo, com sua convicção de que *a lei é a lei* deixou os juristas alemães totalmente desarmados diante de leis de conteúdo arbitrário e criminoso. Além disso, não consegue, por suas próprias forças, fundamentar a validade das leis. Acredita que o fato de a lei ser vigente seja suficiente para justificar sua validade. Mas, sobre a vigência (a força), talvez seja possível fundamentar o poder, nunca o dever. Este só

⁵⁷ O debate consistiu em saber até que ponto uma decisão revolucionária pode valer como Direito, invocando-se a *força normativa dos fatos*.

⁵⁸ Veja-se também, a respeito da responsabilidade penal por sentença ilegal, *Buchwald* em seu notável trabalho *Gerechtes Recht* (Direito Justo), Weimar, 1946, p. 5 e sgs.

pode fundar-se em um valor inerente à lei. É verdade que toda lei positiva contém *algum* valor, independentemente de seu conteúdo: é sempre melhor do que a inexistência de lei, pois gera, pelo menos, segurança jurídica. Mas esta não representa o único nem o mais importante valor que o Direito pode concretizar. Junto a ela estão dois outros valores: a adequação aos fins e a justiça. Na hierarquia destes valores, devemos colocar em último lugar a adequação do Direito ao bem comum, pois, em última análise, de nenhuma maneira é Direito *o que é útil ao povo*; ao contrário, útil ao povo é apenas o Direito, que gera segurança jurídica e que aspira à justiça. A segurança jurídica inerente a toda lei positiva em razão de sua positividade ocupa destacada posição intermediária entre o ajustamento aos fins e a justiça: de um lado, é exigência do bem comum e, de outro, exigência também da justiça, pois é também exigência da justiça que o Direito não seja interpretado e aplicado de uma forma aqui e agora, e de outra ali e amanhã. Onde há conflito entre segurança jurídica e justiça, entre uma lei positiva de conteúdo discutível e um direito justo, mas não consubstanciado em lei, há, na verdade, um conflito da justiça com ela mesma, ou seja, um conflito da justiça aparente com a verdadeira justiça. Este conflito está expresso de forma magnífica no Evangelho que ordena, por um lado, *que se obedeça à autoridade que tem poder sobre nós* e, por outro, manda que se *obedeça mais a Deus do que aos homens*. Este conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser solucionado aceitando-se que o Direito positivo assegurado pela promulgação e pela força seja preeminente mesmo quando seu conteúdo seja injusto e inadequado aos fins objetivados, a menos que o conflito entre lei positiva e justiça seja de tal forma insuportável que a lei, por sua injustiça, deva ceder à justiça. É impossível traçar uma linha definida entre os casos de leis arbitrárias e leis válidas, apesar de seu conteúdo injusto. Uma delimitação, todavia, pode ser feita com exatidão, relativa às hipóteses em que não se pretende jamais alcançar a justiça; às hipóteses em que a igualdade, que constitui o núcleo essencial da justiça, é evidentemente negada pela posituação do Direito; às hipóteses em que *o Direito* não só é *injusto* como também carece absolutamente de natureza jurídica. De fato, não se pode definir o Direito, nem mesmo o Direito positivo, senão como uma ordenação ou uma norma especificamente destinada a servir à justiça. Medidos por este parâmetro, setores inteiros do Direito nacional-socialista jamais conquistaram a dignidade de Direito válido. A mais destacada característica da personalidade de Hitler, que, a partir dele, estendeu-se por todo o *Direito* nacional-socialista era sua total carência do sentido de verdade e de Direito; porque lhe faltava o sentido da verdade, podia atribuí-la, a qualquer momento, à sua exposição oratória, sem vergonha nem escrúpulo; porque lhe faltava o sentido de Direito, podia transformar, sem nenhum escrúpulo, a mais crassa arbitrariedade em lei. No início de seu exercício no poder, aparece aquele telegrama de simpatia pelo assassino de Potempa; no final, a horrível desonra dos mártires de 20 de julho de 1944. Já ao ensejo do julgamento de Potempa, esposou *Alfred Rosenberg*, no *Observador Popular*, a teoria segundo a qual um homem não é igual ao outro e um homicídio não é igual ao outro. A morte do pacifista Juarez, na França, tinha sido considerada juridicamente de forma muito diferente da tentativa de homicídio contra o nacionalista Clemenceau; um autor movido por sentimentos patriótico não merecia a mesma pena da que seria aplicada a outro, cuja motivação (segundo a concepção nacional-socialista) estava voltada contra o povo. Estava claro assim, desde o início, que o Direito nacional-socialista era propenso a desprezar o requisito essencial da justiça – o tratamento igual aos iguais. Em conseqüência, carecia totalmente de natureza jurídica; não se tratava de um Direito injusto, mas da total ausência de Direito. Isto vale especialmente para aquelas disposições através das quais o Partido nacional-socialista, contra a natureza *parcial* de qualquer Partido, pretendeu assumir a totalidade do Estado.

Da mesma forma, carecem de natureza jurídica todas as leis que tratam os homens como sub-humanos e lhes negam os direitos universais de homens. Como careciam de natureza jurídica as cláusulas penais que, sem considerar as diferentes manifestações de gravidade dos delitos, inspiradas apenas pelas momentâneas necessidades de intimidação, imputavam a crimes de gravidade diversa a mesma penalidade, freqüentemente a morte. Todos estes são exemplos de leis injustas.

Não se pode ignorar – precisamente depois da experiência destes doze anos – os terríveis perigos para a segurança jurídica que podem acarretar atitudes representadas pelo conceito de *arbitrariedade legal* ou pela negação da natureza jurídica às leis positivas. Esperamos que tais injustiças permaneçam como um erro e uma confusão isolados do povo alemão. Mas, de qualquer modo, precisamos estar preparados, buscando a superação essencial do positivismo que fez esmorecer o poder de defesa contra o abuso da legislação pelos legisladores nacional-socialistas e lutando contra o retorno de modalidades de Estado da mesma forma injusta.⁵⁹

4

Isto vale para o futuro. A arbitrariedade legal dos último doze anos deve nos estimular à realização da justiça com o mínimo possível de comprometimento da segurança jurídica. Nem todos os juízes deveriam ser autorizados a decretar, por sua própria conta, a nulidade das leis, tarefa que deveria ser deixada aos Tribunais superiores ou ao legislador (como opina também *Kleine*, SJZ, p. 36). No Conselho Provincial da zona de ocupação americana está por ser promulgada uma lei desta natureza – *a Lei para Reparação de Injustiças Nacional-socialistas na Jurisdição Penal*. Por ela, *deixam de ser puníveis atos políticos de resistência ao nazismo e ao militarismo*, o que supera dificuldades como o processo do desertor (supra, nº 4). Mas, em sentido contrário, de acordo com uma lei irmã desta (a Lei para Punição dos crimes Nacional-socialistas), só eram considerados puníveis os fatos já tipificados como crimes ao tempo em que foram cometidos. Precisamos, portanto, demonstrar a punibilidade dos três casos supra, conforme o Código Penal do Reich e independentemente destas leis.

No mencionado caso da denúncia, não se poderia contestar a consideração da autoria mediata no homicídio se o agente manifestasse a intenção de praticá-lo, utilizando a Justiça Penal como instrumento da execução, servindo-se do automatismo jurídico do processo penal como meio. Tal propósito ocorria, em especial, nos casos *em que o agente tivesse interesse na eliminação do denunciado para casar-se com sua mulher ou apossar-se de sua casa ou posto de trabalho, por vingança ou qualquer motivo assemelhado* (conforme Parecer do Prof. *Richard Lange*, de Jena). Da mesma forma, seria autor mediato aquele que, com propósitos delituosos, abusasse de seus direitos de autoridade e do dever de obediência de seus subalternos. Portanto, é também autor mediato aquele que, com propósitos delituosos, aciona o aparelho judicial com sua denúncia. A utilização do Tribunal como simples instrumento é particularmente evidente nos casos em que o autor mediato podia contar ou de fato contasse com o procedimento tendencioso do juiz criminal, por fanatismo político ou subordinação aos detentores do poder. Se o denunciante não tivesse tais intenções, se quisesse apenas fornecer material ao Juízo, deixando a este a conseqüente decisão, seria punível apenas pela cumplicidade na condenação e, indiretamente, na execução da pena de morte, se o Tribunal, por sua parte,

⁵⁹ *Buchwald* defende também a idéia de um Direito supralegal – opus cit., p. 8 e sgs.
Ver também *Roemer*, no SJZ, p. 5 e sgs.

em sua sentença e na execução, tivesse considerado o denunciado culpado por um crime de morte. Assim foi a decisão do Tribunal de Nordhausen.

A punibilidade do juiz por homicídio implica, ao mesmo tempo, no reconhecimento do abuso de direito por ele praticado (Código Penal, §§ 336, 344), pois a sentença de um juiz independente só pode ser objeto de condenação se violar o princípio básico da independência do Judiciário, que é a subordinação à lei, ou seja, ao Direito. Se, a partir dos princípios aqui desenvolvidos, fosse possível concluir que a lei por eles aplicada não era Direito; se ficasse demonstrado que a medida penal por eles aplicada – por exemplo a pena de morte decidida por livre convicção – era, na verdade, um escárnio à justiça, estaria objetivamente demonstrado o abuso de direito. Mas, juizes tão ligados ao positivismo dominante, que não reconheciam o Direito além da lei, poderiam ter a intenção de abusar do Direito quando aplicavam a lei positiva? Ainda que tivessem esta intenção restar-lhes-ia uma última e realmente sofrida ajuda do Direito: o perigo de vida que corriam na hipótese de ousarem declarar o *Direito* nacional-socialista como injusto; o recurso, portanto, ao estado de necessidade do § 54 do Código Penal – ajuda *sofrida* porque o *ethos* do juiz deve estar sempre voltado para a realização da justiça, a qualquer preço, inclusive ao preço da própria vida.

É mais fácil resolver a questão da punibilidade dos verdugos pela execução de penas capitais. Não devemos nos deixar impressionar pelo fato de existirem pessoas que fazem da morte dos outros seu ofício, nem pela rentabilidade de tal emprego naquela complexa conjuntura. Uma vez que a profissão de verdugo era uma espécie de trabalho manual hereditário, os encarregados de tal função escusavam-se alegando que apenas executavam a tarefa dos juizes. *Os senhores juizes determinam a desgraça e eu apenas executo a sentença final* – é um aforismo de 1698 que reaparece sempre, de alguma forma, na espada das imagens da justiça. Assim como a condenação à morte por parte de um juiz só tipifica o homicídio quando resulta de violação do direito, da mesma maneira o algoz só pode ser punido pela execução na hipótese do § 345: no caso de execução proposital de penalidade que não deveria ser aplicada. *Karl Binding* (Tratado, Parte Especial, II, 1905, p. 569) escreve sobre isto: perante a lei, o funcionário que executa a sentença encontra-se em situação semelhante à do juiz: sua obrigação total e única consiste em cumprir exatamente a ordem recebida. A sentença prescreve sua conduta, e esta *é justa enquanto a ela se limita e injusta na medida em que dela se afasta. Uma vez que o núcleo essencial da culpabilidade radica exclusivamente na determinação da autoridade, trata-se de crime de violação da sentença* (§ 345). O que não incumbe ao verdugo é a apuração da legitimidade da sentença. Se for verificada esta ilegitimidade, não pode ele ser prejudicado, assim como o não cumprimento de sua obrigação funcional não pode ser qualificado como omissão ilegal.

5

Não compactuamos com a opinião esposada em Nordhausen, segundo a qual o *pensamento jurídico formal* é próprio para *obscurecer os fatos evidentes*. Somos, ao contrário, de opinião que, após doze anos de negação da segurança jurídica, torna-se, mais do que nunca, necessário proteger-se com *considerações jurídicas formais* contra as tentações que facilmente podem ter experimentado aqueles que viveram doze anos de perigo e opressão. Devemos procurar a justiça e, ao mesmo tempo, atentar para a segurança jurídica, que é um dos elementos constitutivos da justiça, para reconstruir um Estado de Direito que satisfaça, na medida do possível, estas duas idéias. A democracia é, por certo, um bem valioso; o Estado de Direito é, no entanto, como o pão cotidiano, a

água que bebemos, o ar que respiramos; e o melhor da democracia é exatamente a única forma de governo apropriada a assegurar o Estado de Direito.

X

A internacional do espírito

Dito sob a forma de um provérbio, a fragilidade do movimento pela paz, até hoje, está em querer chegar a um processo de solução internacional de conflitos sem que exista, antes, uma consciência comum supranacional. Um Tribunal e uma arbitragem internacionais não são possíveis a partir, exclusivamente, da imparcialidade interestatal. Sobre tal base são admissíveis apenas compromissos, que distribuem as injustiças em partes iguais, nunca verdadeiras sentenças que separem o justo do injusto. Não sendo apenas apartidário, mas suprapartidário, juízes e árbitros não podem apenas medir e comparar os interesses em conflito, mas devem apreciar tais interesses a partir de um supra-interesse superior *aos quais estejam eles ordenados*, ou seja, do ponto de vista de uma *consciência comum supranacional*. Os crescentes relacionamentos interestatais atuais não conseguiram criar ainda uma tal consciência comum internacional, ao contrário, aumentaram as possibilidades de conflitos internacionais, o risco de guerra, enquanto a consciência comum supranacional experimenta crescente enfraquecimento desde a Idade Média.

A *política* separa as nações umas das outras, enquanto a *cultura* as une. Na Idade Média existia, acima do relacionamento interestatal, uma organização supranacional – a Igreja Católica. A cristandade formava uma unidade religiosa corporativa e existia em todas as nações uma grande quantidade de organizações religiosas especiais, principalmente monásticas, de dimensões internacionais. A cultura estava protegida sob o manto da Igreja e aproveitava-se do caráter internacional dela. A arte cristã era uniforme na Europa e a evolução de seus estilos estava presente, na mesma medida, em todas nações. A linguagem universal das pessoas cultas, que era o latim, possibilitava a ciência e a literatura européia unificadas. As Universidades, concessões papais privilegiadas, reuniam estudiosos de todas as nações ante as cátedras de mestres que transitavam entre elas sem preocupação com as fronteiras entre as nações e entre as diferentes línguas. Sob a influência destas Universidades, o Direito Romano Canônico entrou em vigor em toda a Europa. Só a partir da Reforma conseguiu o Estado arrancar da Igreja os diversos segmentos culturais e absorvê-los, um após o outro. Representada pela soberania da cátedra pontifícia, que no passado representou a totalidade da cultura perante o Estado, mantém-se ainda hoje um segmento de cultura com presença no Direito Internacional: a religião. A ciência do Direito Internacional considera esta soberania papal uma anomalia explicável apenas por razões históricas: embora somente Estados possam ser autênticos sujeitos de direitos internacionais, a cátedra papal é tratada como se fora um deles. Esta situação não foi alterada pela fundação do Estado do Vaticano, porque a soberania papal continua sendo exercida sobre o mundo dos espíritos e não sobre o liliputiano Estado do Vaticano. Mas esta soberania papal, como mero poder espiritual, em verdade, não é apenas reminiscência histórica, pois serve também como modelo para a futura reorganização do Direito Internacional. O que é válido para a religião, mais exatamente para a igreja católica romana, deveria valer não só para as demais religiões, que formariam algo como a união das igrejas cristãs, mas para todos os segmentos culturais. A *república das letras*, a *literatura universal*, não

deveria permanecer uma idéia ou frase, mas tornar-se uma organização, um sujeito de direitos internacionais, equivalente à cátedra do Papa, tratando com os Estados em igualdade de condições, ou tornar-se uma corporação privada com o mesmo prestígio na opinião pública internacional, de tal forma que sua voz na comunidade das nações não pudesse ser abafada.

Sua tarefa não seria apenas *a cooperação intelectual* voltada para determinados objetivos internacionais, mas algo bem maior: revelar, de forma convincente, em sua pessoa e em seu trabalho, a paixão supranacional no setor cultural que lhes foi confiado. Para aqueles que sintam repugnância ou indignação com o fato de grandes homens serem arrancados do regaço de sua nação para serem lançados no mundo dos valores supranacionais, é preciso deixar claro que estão rejeitando o pressuposto fundamental da evolução do Direito internacional. Uma ordem jurídica só pode perdurar enquanto alguns membros da comunidade jurídica estejam ocupados não apenas com seus interesses específicos, mas com os propósitos jurídicos que a sustentam; ou seja, uma ordem jurídica supranacional necessita corporificar-se em um conjunto de pessoas supranacionais; para que haja juízes internacionais é necessário que existam, antes, cidadãos internacionais.

Não há dúvida de que, da coexistência entre Estados e corporações culturais como sujeitos de direitos internacionais, podem resultar graves tensões, como tem ocorrido historicamente entre a Igreja e o Estado; aliás, se tais tensões não existissem, não faria sentido pensar nesta dúplice organização. A importância das organizações culturais supranacionais está exatamente em que, pela justificação da autonomia da cultura, podem criar limites à tendência natural dos Estados ao totalitarismo e opor os interesses da comunidade supranacional ao interesse individual de cada Estado ou ao interesse comum e transitório de um grupo de Estados. Até agora foi difícil aguardar que os Estados, voluntariamente, aceitassem tão indesejáveis sócios como sujeitos de direitos internacionais. Somente uma poderosa emoção supranacional com forte eco sobre a opinião pública poderia exigir o reconhecimento jurídico internacional das comunidades culturais. É o que ocorre na patética hora em que vivemos. A terrível experiência da segunda guerra mundial, com seu clímax na explosão da bomba atômica, propõe a alternativa: paz universal ou destruição do globo terrestre; e nós não podemos renunciar à esperança de que as inteligências mundiais percebam rapidamente o perigo que recai sobre a humanidade e o evitem.