

JOSEPH RAZ
ROBERT ALEXY
EUGENIO BULYGIN

UMA DISCUSSÃO SOBRE A TEORIA DO DIREITO

Estudos preliminares de

JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
HERNÁN BOUVIER
PAULA GAIDO
RODRIGO SÁNCHEZ BRIGIDO

Tradução
SHEILA STOLZ

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

SUMÁRIO

ESTUDO PRELIMINAR À EDIÇÃO BRASILEIRA

| | |
|---|----|
| POR QUE TEORIZAR SOBRE A TEORIA DO DIREITO? – JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO..... | 9 |
| 1. Do século XVIII para o XIX..... | 10 |
| 2. Do século XIX para o XX..... | 16 |
| 3. Do século XX para o XXI..... | 26 |
| 4. Pode existir uma teoria do direito?..... | 31 |
| Conclusão: por que teorizar sobre a teoria do direito? | 37 |

ESTUDO PRELIMINAR À EDIÇÃO ESPANHOLA

| | |
|--|----|
| TEORIA DO DIREITO E ANÁLISE CONCEITUAL – HERNÁN BOUVIER, PAULA GAIDO e RODRIGO SÁNCHEZ BRIGIDO..... | 39 |
| 1. Ideias e conceitos..... | 41 |
| 2. Conceitos: ontologia | 43 |
| 3. A estrutura dos conceitos | 50 |
| 4. A discussão entre Raz, Alexy e Bulygin..... | 60 |
| Bibliografia citada | 64 |

CAPÍTULO 1

| | |
|---|----|
| PODE HAVER UMA TEORIA DO DIREITO? – JOSEPH RAZ..... | 69 |
| 1. Essência e conceito | 70 |

| | |
|--|----|
| 2. O direito pode mudar sua natureza? | 76 |
| 3. O direito tem propriedades essenciais? | 78 |
| 4. Local ou universal? | 83 |
| 5. Pode haver direito sem o conceito de direito? | 88 |
| 6. Sobre a suposta impossibilidade de compreender culturas estranhas ... | 93 |
| Bibliografia citada | 98 |

CAPÍTULO 2

| | |
|--|-----|
| SOBRE DUAS JUSTAPOSIÇÕES: CONCEITO E NATUREZA, DIREITO E FILOSOFIA. ALGUNS COMENTÁRIOS SOBRE « <i>PODE HAVER UMA TEORIA DO DIREITO?</i> » DE JOSEPH RAZ – ROBERT ALEXY | 101 |
| 1. Conceito e natureza | 102 |
| 2. Direito e filosofia | 106 |
| Bibliografia citada | 109 |

CAPÍTULO 3

| | |
|---|-----|
| RAZ E A TEORIA DO DIREITO. COMENTÁRIOS SOBRE « <i>PODE HAVER UMA TEORIA DO DIREITO?</i> » DE JOSEPH RAZ, EUGENIO BULYGIN..... | 111 |
| 1. Conceitos e essências | 112 |
| 2. Que tipo de necessidade? | 114 |
| 3. Análise conceitual e explicação do direito | 114 |
| 4. Um ou vários conceitos de direito? | 116 |
| 5. É a teoria do direito valorativa ou descritiva? | 118 |
| 6. Conclusões | 118 |
| Bibliografia citada | 119 |

CAPÍTULO 4

| | |
|--|-----|
| TEORIA E CONCEITOS. RÉPLICA À ALEXY E BULYGIN – JOSEPH RAZ | 121 |
| Bibliografia citada | 128 |

ESTUDO PRELIMINAR À EDIÇÃO BRASILEIRA

**POR QUE TEORIZAR SOBRE A
TEORIA DO DIREITO?**

JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO¹

O tema deste livro singular, que reúne três teóricos de impacto sobre o pensamento jurídico contemporâneo, chama a atenção por sua reflexividade.

Toda teoria se propõe a formular proposições acerca de determinado objeto, que sejam capazes de explicá-lo com correção. Uma teoria que tenha a própria teoria como seu objeto aborda duas questões centrais sobre o que essa teoria é (ou deve ser): no que consiste efetivamente seu objeto e quais as suas condições de sucesso, em sua pretensão de correção ou verdade. A dogmática jurídica (ou ciência do direito – *Jurisprudenz*) busca formular proposições sobre o direito de determinada comunidade, ao passo que a teoria do direito pretende identificar propriedades necessárias e distintivas dessa instituição social chamada «direito», em qualquer comunidade, fornecendo fundamento para a atividade da dogmática jurídica. Em outras palavras, a teoria do direito estabelece as bases para o método da dogmática jurídica, atuando, para usar expressão de BOBBIO, diante da *Jurisprudenz* como *Metajurisprudenz*. A discussão proposta neste livro já é sobre a teoria do direito e a pergunta formulada no artigo central de RAZ é se ela pode efetivamente existir. Com isso, dá-se mais um salto, dessa vez para a *Meta-Metajurisprudenz*, e a resposta afirmativa à questão apresentada por RAZ se desdobra na busca de

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

condições de sucesso para a própria empreitada da teoria do direito. Por qual razão chegamos a esse nível de abstração na virada do século?

Essa autorreflexão metodológica não é privilégio da virada para o séc. XXI, mas esteve presente em outras viradas desde a consciência (ou pretensão) científica do direito, fruto da era moderna, na qual o direito passou a ser compreendido como «sistema» de pautas normativas gerais de comportamento que fundamentam (e explicam) as soluções jurídicas para conflitos individuais. A questão clássica e eterna «*por que devo obedecer às leis do Estado?*» ganha, nessa moldura, função epistemológica, dado que a resposta sobre o fundamento das obrigações fornece o critério de identificação desse sistema ou ordenamento jurídico. Dada a generalidade do conceito de direito como sistema e da questão sobre seu fundamento, torna-se possível pensar no fundamento de validade das obrigações de qualquer ordem jurídica e, portanto, em uma teoria geral do direito.

1. DO SÉCULO XVIII PARA O XIX

Na virada do séc. XVIII para o XIX, o alvo de questionamento imediato foi o jusnaturalismo (em sua vertente racionalista), que se confunde com a origem da consciência científica (ou sistematizadora) no direito. A concepção do direito como ordem fundada em pautas morais universais, pois assentadas na compreensão da «natureza» do homem como ser racional, dotado de vontade livre e inclinado à sociabilidade, apresentava, naquele momento, dois descompassos centrais:

Prático: justificação do direito positivo e a pretensão de universalidade.

A revolução francesa, ao mesmo tempo em que, pelos seus excessos, gerou forte desconfiança em relação ao otimismo racionalista, trouxe uma experiência inusitada e simbólica dada pelo desafio em se criar um Estado a partir do vazio, levando a uma percepção concreta de um ordenamento como fruto imediato da vontade (embora em nome da razão ou da «vontade geral»). Por outro lado, o esforço em justificar o direito então praticado a partir do direito natural tinha gerado resultados não muito convincentes e as codificações (*Allgemeines Landrecht* e o Código Napoleônico), revelavam menos uma ordem de direitos eterna e universal e mais um retrato de direitos positivos geográfica e temporalmente localizados² (ou uma percepção

² Para uma síntese do processo de elaboração do Código Napoleônico, de sua idealização como um sistema de máximas universais para uma compilação do direito positivo francês, ver BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*, São Paulo: Ícone, 2006, Cap. III. Sobre o processo de elaboração do *Allgemeine Landrecht* o *locus classicus* é WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1996. Vale também o exame do ensaio de DILTHEY, «Das Allgemeine

imatura e incompleta destes, diria SAVIGNY³).

Filosófico: a tensão entre razão e volição.

O fundamento das obrigações na vontade individual (contrato social) é consistente com uma ordem Estatal de qualquer conteúdo, o que, de um lado, traz o *desideratum* de um fundamento crítico na delimitação do conteúdo da ordem de direitos naturais e, de outro, põe em dúvida a racionalidade da escolha autônoma pela heteronomia. O paradoxo foi bem apanhado (e não bem resolvido) por ROUSSEAU: se a escolha for não pela ordem (qualquer), mas por uma *boa* ordem (capaz de propiciar o bem comum), então se pressupõe que o ato de vontade no estado natural já conheça de antemão os benefícios de determinada ordem civil.

Diante dessa falta de poder explicativo e conflitos internos da teoria dominante, dois esforços notáveis para reconstruir sua metodologia apareceram na última década do séc. XVIII, pelas mãos de KANT (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*) e FICHTE (*Grundlage des Naturrechts*).

A construção kantiana transformou toda a discussão sobre a identificação dos valores fundamentais de uma teoria jusnaturalista em uma indagação sobre as condições racionais de possibilidade da experiência de valores. Sua resposta é dada pelo *imperativo categórico*, que traduz a racionalidade da vontade para a ação no mínimo de «universalizabilidade». Essa solução deriva da convicção na inacessibilidade do *noumena*, a vontade moral individual, que atua sobre os fenômenos, mas que está fora da causalidade do mundo empírico, motivo pelo qual cada um não poderia racionalmente privilegiar a própria individualidade em relação à do outro. Apesar de assegurar a possibilidade da liberdade da vontade perante a determinação causal dos eventos, esse dualismo cria o grande impasse e desafio para a edificação das ciências humanas no século XIX, já que o *noumena* não pode ser objeto de conhecimento empírico. Por sua vez, o paradoxo do contratualismo se dissolve na medida em que o

Landrecht» que revela o espírito subjacente a esse processo (em *Wilhelm Dilthey gesammelte Schriften*, B.12: *Zur preussischen Geschichte*, Leipzig e Berlin: Teubner, 1960).

³ SAVIGNY, F. *Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, reimpresso em HATTENHAUER, H. *Thibaut und Savigny. Ihren programmatischen Schriften*, Munique: Verlag Franz Vahlen, 2002: 61-130. Nesse texto SAVIGNY defende a imaturidade da ciência jurídica de então para a codificação, opinião que na época gerou reações ácidas, não só de Thibaut, como também de Hegel, que em 1818 chegou à Universidade de Berlin, declarando guerra à Escola Histórica com um curso de filosofia do direito, no qual pregou aos seus estudantes que «seria um dos maiores insultos a uma nação culta ou à profissão jurídica negar a ambos a habilidade de produzir um código de leis» (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, apud ZIOKOWSKY, T. *Clio, the Romantic muse: historicizing the faculties in Germany*. Ithaca: Cornell University Press, 2004: 131). A verdade é que a autoridade e influência de SAVIGNY a favor de um direito «científico» elaborado por juristas em vez do direito «legislativo» foi um dos principais fatores para a codificação do direito civil alemão ser postergada para o século seguinte.

contrato social é tomado apenas como hipótese (e não como fonte efetiva de obrigação) que confere base racional para a avaliação da justiça de ordens jurídicas positivas. Assim, ainda que essas ordens estejam desconformes à justiça racional, sua obediência está justificada como condição prática para sua própria evolução ao Estado ideal, noção que vai assentar a separação entre direito e moral.⁴

Ao mesmo tempo em que bloqueou o método empírico para a dimensão valorativa da experiência, KANT abriu espaço para que se reconhecesse um objeto para a teoria do direito, cujo critério de identificação estaria não na sua moralidade (interna ao observador e universal por sua racionalidade), mas em um dado externo, muito embora seu fundamento ético resida no imperativo categórico.

FICHTE vai também separar direito e moral ao propor a dedução transcendental do direito natural diretamente das condições de possibilidade da autoconsciência, sem passar pelo imperativo categórico. Ao contrário de KANT, FICHTE admitia (e deu fundamento para) a possibilidade de conhecimento da individualidade transcendental, com a postulação recíproca da individualidade e liberdade do outro, dando uma dimensão «comunitária» à autoconsciência, o que será fonte de inspiração para a hermenêutica de SCHLEIERMACHER (é pela possibilidade de compreensão da identidade e perspectiva do outro que se revela minha identidade, daí o interesse em se desenvolver um método para acessar diferentes perspectivas por meio de interpretação de suas expressões – *a hermenêutica*)⁵ na nascente Universidade de Berlin, onde, ao lado de SAVIGNY e HERDER, formava-se o berço do historicismo.

⁴ Reflexo imediato dessa separação kantiana já se sente em Gustav Hugo, que exerceu grande influência sobre SAVIGNY, no seu *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, de 1878, em que refuta a noção wolffiana de dedução do direito existente a partir de máximas *a priori* e separa as questões «o que é jurídico?» (direito positivo), «como se tornou jurídico?» (história do direito) e «é razoável que seja jurídico?» (direito natural, que, como o título da obra já anuncia, seria apenas uma filosofia do direito positivo).

⁵ O caminho entre a metafísica de FICHTE e a necessidade da hermenêutica como base da ética de SCHLEIERMACHER é complexo e foi bem simplificado aqui, com o risco consciente de superficialidade. Mas algumas observações valem a pena. Primeiro, a acessibilidade da autoconsciência em FICHTE dá-se na medida em que rejeita o dualismo kantiano, reduzindo o «eu» empírico ao transcendental, e toma a autoconsciência (nos reconhecemos como objetos de nós mesmos) como condição necessária e imediata para a postulação da existência de qualquer objeto (*Wissenschaftslehre nova methodo* (1798/99); *Foundations of Transcendental Philosophy*. D. Breazeale (ed.). Ithaca, NY: Cornell University Press, 1992). Segundo, para FICHTE, não há uma realidade empírica externa que atue sobre os indivíduos, uma vez que os objetos são projeções das consciências individuais e livres. O reconhecimento recíproco (*Anerkennung*) pela atuação dos «espíritos livres», sem um mundo dos sentidos independente, somente é possível (e condição necessária para a autoconsciência – a percepção dos outros como outros dá o limite da individualidade) pela sua união na vontade divina (*Grundlage des Naturrechts* 1796/97; *Foundations of Natural Right*. F. NEUHOUSER (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2000). SCHLEIERMACHER alinhava-se com FICHTE na possibilidade de objetivação da própria

Os fundamentos para a teoria do direito que sobressaíram dessa discussão eram de tal forma abstratos, que o tema deixou a província jurídica e ligou-se, de um lado, à filosofia moral e, de outro, à discussão sobre o problema do método próprio para as ciências humanas. A teoria do direito natural no âmbito da dogmática jurídica, por sua vez, acabou por perder prestígio, dado seu afastamento em relação àquilo que parecia ser o direito «de fato» praticado.

A autorreflexão sobre os fundamentos da teoria do direito natural forneceu, assim, no âmbito continental, as bases para a construção de uma nova concepção de direito, a *Escola Histórica*, que iria aliar a percepção do direito como um dado externo ao observador, que se transforma no tempo, à hermenêutica de SCHLEIERMACHER, desta vez como método de compreensão não da identidade individual, mas da própria cultura (e do direito que nela se manifesta), a partir da interpretação de suas fontes históricas.

SAVIGNY estava bastante consciente da necessidade de rediscussão dos fundamentos da teoria do direito e, na sua juventude, pretendeu reformulá-la a partir de KANT, com uma dedução transcendental do direito material a partir de postulados necessários da consciência individual, que fosse além do limitado formalismo do imperativo categórico (que, para SAVIGNY, permitia a generalização consistente de qualquer máxima moral). Logo, essa desconfiança aliou-se à insatisfação quanto a sua aplicação a questões jurídicas (como o critério kantiano de medição do grau de pena a partir da intensidade da ofensa) e, por fim, à convicção, já de inspiração romântica, de que o senso de dever não poderia estar assentado somente na razão, mas também em sentimentos nobres como amor, solidariedade e amizade.⁶ E foi essa última abertura que o sensibilizou ao alerta de HERDER de que seria um erro avaliar outra época ou cultura com os valores e crenças da própria cultura, erro no qual todos

consciência e dos indivíduos (muito embora reconhecesse uma dimensão da individualidade que não poderia ser objetivada), mas estava com KANT no dualismo entre a identidade empírica e transcendental. Embora acreditasse, com FICHTE, que apenas Deus torna possível a interação entre as identidades, aceitava a possibilidade de recepção das atuações *reais* de uns sobre os outros, o que seria dado por órgãos de cognição capazes de receber os efeitos da atuação de cada um no mundo empírico, dado por suas expressões de individualidade (dentre as quais, a linguagem). As diferentes impressões orgânicas individuais trazem diferentes perspectivas sobre o mundo, de modo que o entendimento mútuo e a percepção de cada consciência – sobre os outros e sobre si mesma – são desenvolvidos pelo uso dessa habilidade cognitiva em círculos cada vez maiores de indivíduos que vão, então, constituir uma comunidade. Daí a importância, para Schleiermacher, do delineamento de um método hermenêutico (ver principalmente SCHLEIERMACHER, F. *Monologen*, Berlin, 1868 e *Grundriss der philosophischen Ethik*, Berlin, 1841; para uma análise competente da metafísica de Schleiermacher e suas relações com FICHTE, LEIBNIZ e KANT ver MARINA, J. *Transformation of the self in the thought of Friedrich Schleiermacher*, Oxford, 2008, especialmente o Cap. 6).

⁶ Ver BEISER, F.C. *The German Historicist Tradition*, Oxford, 2011: 227-233.

os iluministas teriam incorrido ao generalizar ilegitimamente a perspectiva racionalista de seu tempo como se universal fosse.⁷

No mundo anglo-saxão, com BENTHAM, opera-se da mesma forma uma desvinculação da teoria do direito em relação à perquirição metafísica sobre a natureza humana em sua fundamentação moral. Aqui, porém, o enfoque empirista é mais acentuado. Se para os franceses havia o dever de considerar o código como a única razão jurídica e se a escola histórica ainda via nas fontes, em particular do direito romano, verdadeira *ratio scripta* a ser submetida a um método (valorativo) de interpretação, capaz de revelar seu «verdadeiro pensamento»,⁸ BENTHAM buscava princípios para a teoria social e da justiça (domínios da teoria do direito ou *jurisprudence*) baseados estritamente na observação (a exemplo da física newtoniana), donde a identificação do fundamento das obrigações com o hábito de obediência aos comandos soberanos. Mesmo o critério racionalista de utilidade, também pautado por uma análise empírica das consequências sobre a felicidade da maioria (*calculus felicius*), e visto por alguns como uma nova roupagem para o direito natural,⁹ era tomado como norteador para reforma legislativa e não como elemento projetado no próprio dado empírico ou «fator necessário a sua compreensão», como ocorreu na especulação filosófica continental.

O ataque ao direito natural de BLACKSTONE e à distinção entre direito e moral confundiam-se, em BENTHAM, com o objetivo de separar a atividade judicante da legislativa, reservando a essa última o impulso para a reforma social. Seu sucessor, AUSTIN, deu o passo decisivo para conciliar o utilitarismo com o fundamento positivista do direito em hábitos de obediência, ao transpor a deliberação utilitarista dos atos particulares para *classes de atos* e os efeitos prováveis de sua proibição ou permissão sobre a felicidade geral (*rule utilitarianism* em oposição ao *act utilitarianism*), de modo que «nossas regras são afeitasdas à utilidade; nossa conduta às regras».¹⁰

⁷ Ver BEISER *op. cit.* Cap. 3. Para a influência de HERDER sobre SAVIGNY ver ZIOLKOWSKI, *op. cit.*, Cap. 4.

⁸ Esse termo de SAVIGNY mostra uma ambiguidade entre o subjetivismo e objetivismo na interpretação da lei. A motivação do legislador manifesta na fonte deve caminhar, pela interpretação, para a identificação do seu verdadeiro pensamento, que deriva dessa investigação histórica, contextual, de revivência do elemento subjetivo, mas que também pode ser com ele contrastado, mesmo corrigindo-o quando aquele se revelar «impróprio» em sua *ratio* (SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, 1840, especialmente o Cap. IV, parágrafos XXXV e XXXVI).

⁹ Principalmente MAINE, que colocava no mesmo pé e atacava com os mesmos argumentos o direito natural de BLACKSTONE e o utilitarismo de BENTHAM; ver a discussão sobre o tema e referências em COSGROVE, R.A., *Scholars of Law: English Jurisprudence from Blackstone to Hart*, New York: New York University Press, 1996: 79-83 e Cap. 5.

¹⁰ AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5. ed. London John Murray, p. 114, *apud* RUMBLE, W. *Doing Austin Justice: The reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-Century England*, London: Continuum, 2005: 61. Esse

Assim, se na teoria do direito continental alemã o jusnaturalismo foi suplantado pelo historicismo,¹¹ no mundo britânico já se estabelecem as bases do positivismo analítico. Todavia, há outra diferença importante. No continente, a teoria do direito está amarrada com a atividade da ciência dogmática, já que os grandes historicistas (SAVIGNY, PUCHTA, JHERING) são, ao mesmo tempo, influentes juristas em seu tempo. BENTHAM e AUSTIN, por sua vez, não tiveram a mesma sorte, mesmo porque a preocupação com o ensino acadêmico e teórico do direito no mundo anglo-saxão vai se fazer efetivamente presente apenas na segunda metade do séc. XIX.¹² E, mesmo nesse período, quando então AUSTIN é resgatado (estimado por uns e criticado por outros), ainda que a ciência jurídica nascente estivesse pautada pelo *slogan* «o direito como ele é e não como deve ser», tinha-se como óbvia a ligação intrínseca entre o direito e a moral, sendo a distinção vista mais como uma ferramenta analítica.¹³ Aliás, a influência do «positivismo analítico» de AUSTIN para esses juristas é mais forte no aspecto «analítico» de definição rigorosa e criteriosa de princípios do *common law* e menos nas teses positivistas (vistas, por muitos, como equivocadas ou insuficientes).

Seja como for, no domínio restrito da teoria do direito na Inglaterra, o positivismo analítico dominou a cena e os representantes do historicismo (*historical* ou *comparative jurisprudence*), como MAITLAND, MAINE e POLLOCK, obtiveram menos sucesso em construir um corpo teórico alternativo. Esses estudiosos do *common law* ecoaram, por vezes, a Escola Histórica

vínculo, ainda que tênue, entre a validade do direito positivo e a racionalidade de sua aceitação vai ter reflexos mais adiante para o positivismo britânico, por exemplo, na teoria da autoridade do direito de RAZ, em que a racionalidade da mediação entre razões morais e os sujeitos pelo direito está em uma deliberação no sentido de que os sujeitos que se submetem à autoridade estão em melhor situação se seguirem as regras por ela criadas como vinculantes do que se agirem com base nas próprias razões (RAZ, J. «Authority, Law and Morality», em *Ethics in the public domain: essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2001). Tal mínimo de racionalidade, por já ser algo mais do que a simples constatação de um ato de poder, dá espaço para críticas que envolvam a apreciação do conteúdo do direito como fundamento de validade.

¹¹ Na França, esse episódio se passa mais no campo dogmático. O jusnaturalismo, se não foi extinto por decreto, pois o Código Napoleônico, no seu art. 4.º, previa o recurso ao direito natural e à equidade em caso de lacunas, o foi pela atividade dogmática da Escola da Exegese, na medida em que essa postula a completude do Código, a única expressão prática possível do direito natural (BOBBIO, *op. cit.*, p. 83-89).

¹² TWINNING, W. «Academic Law and Legal Philosophy: The significance of Herbert Hart», *Law Quarterly Review*, 95: 557-80, 1979.

¹³ Ver COSGROVE, *op. cit.* (Caps. 3 e 4) e DUXBURY, *op. cit.* (Cap. 3). Ilustrativa dessa visão é o endosso por Pollock da teoria *preditiva* do direito de Holmes, ao mesmo tempo em a toma como justificação do *common law* tradicional pois seria fácil predizer que os tribunais tratarão casos futuros como os passados, como decorrência do sentimento moral do homem inglês (DUXBURY, *op. cit.*, p. 124-125). E essa consciência moral dos tribunais seria distintiva do *common law*, santificado como a melhor expressão do acúmulo da razão e de princípios acertados de justiça (DUXBURY, *op. cit.*, p. 142).

alemã,¹⁴ mas se apresentavam mais como historiadores ou especialistas no estudo comparado do direito, ou seja, mais preocupados com a *explicação* do surgimento do direito e sua evolução e menos com a justificação de sua validade. Já os alemães, além da dimensão explicativa, estavam fundamentalmente preocupados com a justificação (normativa) do direito válido a partir do *Volksgeist* (que não consistia em dado empírico, mas um sistema de valores característico de dada cultura). Assim, mesmo a objeção de MAINE à teoria de Austin reconhecia sua validade para o direito da época, apenas apontava ser ela o produto de circunstâncias históricas.¹⁵ E POLLOCK, seu sucessor em Oxford, apesar de ter sido um influente jurista do *common law*, depositava pouca fé na teoria do direito.¹⁶

2. DO SÉCULO XIX PARA O XX

Ainda que a especulação filosófica tenha emancipado teoricamente o direito de seu fundamento obrigacional em uma moralidade universal (direito natural) e o aproximado de um dado empírico sujeito à investigação científica, o fato é que seu conteúdo acabou determinado pela concepção liberal, em torno de conceitos impregnados de moralidade que instrumentalizam a garantia da liberdade e o desenvolvimento autônomo individual (sacralização da propriedade, responsabilização de danos pela culpa subjetiva, validade do contrato fundada na vontade das partes), em uma perspectiva eminentemente privatista.¹⁷

O significado de «ciência» para a dogmática jurídica daquele século teve menos o sentido de *descoberta empírica* de um novo conteúdo a partir da observação do comportamento social ou histórico e mais o sentido de *sistematização* de dogmas da tradição jurídica em torno de conceitos e categorias de relações jurídicas ou direitos fundamentais, primordialmente a partir dos institutos de direito romano, que, bem adaptado a uma economia de troca,

¹⁴ Vide a definição de *Direito* por POLLOCK como «*a condition, or assemblage of conditions, under which the evolution of a society proceeds, and the determination of which is part of the collective consciousness of that society*». Pollock, «Law and Command», *Law magazine and Rev.* 1872: 189-205, *apud* DUXBURY, *op. cit.*, p. 120.

¹⁵ «*His conceptions of a positive law and sovereignty are culture-bound. Despite their high degree of validity for contemporary Western European societies, they are inapplicable to primitive societies in general and Indian villages in particular*», MAITLAND, *apud* COSGROVE, *op. cit.*

¹⁶ Essa característica de POLLOCK foi, na opinião de DUXBURY, uma das principais razões para a teoria do direito inglês ter se tornado analítica (DUXBURY, *op. cit.*, Cap. 3). Apesar das críticas à AUSTIN e remissões a ideias da Escola Histórica, vê-se Pollock pouco interessado em se engajar em discussões sobre *jurisprudence* e mais ocupado com o direito substantivo comparado.

¹⁷ O direito público acabava praticamente por se identificar com os instrumentos para arrecadação e exercício do poder de polícia, cujo fim seria permitir o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais na vida privada.

ajustava-se à ideologia liberal.¹⁸ Na Alemanha, a inclinação de SAVIGNY em atribuir à própria comunidade de juristas «autoridade epistêmica» na identificação do conteúdo do *Volksgeist* (*Juristenrecht*)¹⁹ abriu caminho na dogmática, mesmo contra sua vontade, para a prevalência da sistematização e dedução sobre a evidência empírica dos documentos históricos. Daí o desdobramento para o que JHERING criticamente batizou de «*jurisprudência dos conceitos*», onde a abstração do sistema de conceitos e institutos jurídicos já ganhava independência de suas fontes.

Essa aura científica do trabalho dos juristas exerceu papel político fundamental para conter iniciativas reformistas, ao isolar o direito do domínio das deliberações políticas (nem a Alemanha, nem a Inglaterra precisariam de um código, nem o Código Napoleônico precisaria ser alterado, apenas explicado) e conferir-lhe um conteúdo cada vez mais técnico e ares de inexorabilidade, onde a aderência às definições de conceitos e a dedução de soluções a partir de proposições normativas gerais tem mais valor que o exame de razões políticas ou consequências sociais. E foi justamente o refúgio na concatenação e classificação de conceitos a serem subsumidos aos conflitos, apresentado como postura «neutra», que passou a ser, no final do século, identificado com conservadorismo insensível às exigências sociais e políticas. Isso vai ocorrer tanto na Alemanha, com a crítica à Escola Histórica, estereotipada na figura de PUCHTA,²⁰ quanto na França em relação à Escola da Exegese e também no mundo anglo-saxão, com a crítica ao excessivo cientificismo e tradicionalismo do *common law* inglês, em particular pelos juristas reformistas norte-americanos.

Assim, no final do séc. XIX e início do séc. XX foi a insatisfação com esse conservadorismo o fator político a motivar mudanças nos tribunais e na dogmática jurídica, o que vai levar a uma nova reflexão sobre os fundamentos metodológicos da teoria do direito, novamente com duas ordens de questionamento:

¹⁸ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 5. ed. Calouste Gulbenkian, 1983: 56.

¹⁹ SAVIGNY trata a «classe especial» de juriconsultos como «representante» do povo, querendo com isso apontar para a sua habilidade única (por meio do domínio do método hermenêutico), donde sua autoridade normativa, para identificar o conteúdo do *Volksgeist*, de modo que o *Juristenrecht* passa a compor verdadeira fonte do direito (SAVIGNY, *op. cit.*, Cap. II, § XIV). Mas se para Savigny essa classe de juristas incluía os operadores práticos do direito (juizes e advogados), para Puchta ela deveria ser reduzida apenas aos cientistas do direito, em mais uma nota da subsequente prevalência da sistematização e da abstração sobre as relações jurídicas concretas.

²⁰ Os intérpretes de PUCHTA disputam entre a efetiva dimensão ética de seu sistema, dada a postulação da liberdade como princípio fundamental unificador do direito, e sua «neutralidade» em um normativismo abstrato, montado sobre um sistema autossuficiente de conceitos e proposições jurídicas, que lhe rendeu a pecha de conservadorismo por uma suposta apologia ao *status quo* (ver MECKE, C-E. *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*, V&R Unipress, 2009: 17-18).