O MÉTODO NO DIREITO

José Salgado Martins

Catedrático de Direito Penal nas Faculdades de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul e da Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

CAPÍTULO I

CONSIDERAÇÕES SÔBRE O MÉTODO EM GERAL

§ 1.º

O estudo do método no direito merece ponderado exame e profunda reflexão, pois as desorientações e os erros que enfeiam tantas obras e construções jurídicas, derivam-se da ausência de uma idéia clara e de seguras diretrizes no tocante ao importante problema do método.

Muita confusão reina nesse domínio, fruto de uma delimitação imperfeita entre os vários ramos do conhecimento humano. Embora todos os conhecimentos se unifiquem na inteligência do homem, à qual atingem através da intuição, da observação, da pesquisa científica e da especulação filosófica, da análise e da síntese de umas e outras, distinguem-se, no entanto, pelo objeto e pelo método. (1).

Em última análise, o objeto das ciências empíricas é a realidade. Mas, como a realidade é multipla nos vários acidentes e aspectos que a modalizam, diversas são as ciências que a estudam, conforme o prisma ou o setor a que se aplica êsse estudo. Para que o homem possa apreendê-la e interpretá-la, submetendo-a às regras do seu pensamento conceitual, é necessário que adote um método, não só quanto à observação ou à intuição, como no que tange à ordenação dos conhecimentos que dela venha colhêr.

---

(1) Fouillée, L'avenir de la métaphysique, pág. 29, "apud" G. Renard. Introducción filosófica al studio del derecho, tomo II, nota 12, pág. 66, trad. argentina, Ediciones Desclée, Buenos Aires, 1947; G. Renard, ob. citada, t. cit., pág. 67. V. ainda G. Renard, ob. cit. *in* t. cit., págs. 60-61.

De logo, cumpre indagar o que significa a palavra *método* e quais as espécies fundamentais do método, tomada a palavra em sentido lato.

André Lalande (2) distingue três acepções: a) etimològicamente, esfôrço para atingir um fim, pesquisa, estudo, caminho pelo qual se chega a um certo resultado; b) processo técnico de cálculo ou de experimentação; c) sistema de classificação. Em nota ilustrativa, o mesmo autor, precisando o seu pensamento sôbre a idéia de método, escreve:

> "L'idée de méthode est toujour celle d'une direction définissable et régulièrement suivie dans une opération de l'esprit. Une méthode peut-elle être determinée a priori, et indépendemment de son application, être formulée par avance et servir de programme à des opérations qui ne commencent qu'après que les règles de la méthode ont eté formulées? Ou bien n'a-te-elle de valeur utile, et ne peut-elle être découverte que dans une opération effetive, dont elle est comme de schéma plus ou moins simplifié? C'est lá un débat doctrinal fort important, dans lequel se divisent les théoriciens de connaissance; mais qui porte, en principe tout ou moins, sur la formation de l'idée plutôt que sur sa signification".

Tomada a palavra em sentido amplo, *lato sensu,* a idéia de método está contida em qualquer noção científica ou filosófica, é um pressuposto necessário aplicado a qualquer ordem de conhecimentos.

Descartes, (3) inspirando-se na ciência matemática, pregou a adoção de um método geral, aplicável a tôdas ciências, cujos princípios normativos estão definidos nas seguintes regras:

1.ª — "Ne recevoir jamais aucune chose pour vraie, que je ne la reconnusse évidemment être telle, cést-à-dire d'éviter soigneusement la précipitation et la prévention, et de ne comprendre rien de plus en mes jugements que se qui se présenterait si clairement et si distinctement à mon esprit que je n'eusse aucune occasion de le mettre en doute".

2.ª — "Diviser chacune des difficultés que j'examinerais en

(2) Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie, Paris, Librairie Félix Alcan, 1938. 4.ª edição, tomo I, páginas 463-65; V. L'Étude Comparée des Religions, Essai critique par H. Pinard de la Boullaye, S. J., Paris, 1929, 3.ª ed., vol. II, pág. 28, § 322. Êste 2.º volume da excelente obra de De La Boullaye é consagrado ao estudo dos métodos.

(3) Dircours de la Méthodet ed. publicada com introdução e notas por Louis Liard, Librairie Garnier Frères, Paris.

autant de parcelles qu'il se pourrait, et qu'il serait requis pour les mieux résoudre".

3.ª — "Conduire pa rordre mes pensées, en commençant par les objets les plus simples et les plus aisés à connaître, pour monter peu à peu, comme par degrés, jusques à la connaissance des plus composés, et supposant même de l'ordre entre ceux qui ne se précèdent point naturellement les uns les autres".

4.ª — "Faire partout des dénombrements si entiers et des revues si générales que je fusse assuré de ne rien omettre".

Em se tratando do método, em sentido geral, sempre se distingüíram duas espécies ou tipos principais de métodos: o indutivo e o dedutivo, cuja nota diferenciadora se acha no ponto de partida do conhecimento.

Houve tempo em que se pretendia classificar as ciências como indutivas e dedutivas, conforme a aplicação do método utilizado por umas e outras no sistema dos seus conhecimentos: ou se organizassem êstes pelo processo indutivo ou pelo processo dedutivo. Mas êsse traço de diferenciação não é específico às diversas esferas do conhecimento científico. As ciências tanto se servem de um quanto de outro método.

Há apenas, em alguns casos, simples prevalência, mas nunca exclusivismo, no tocante ao método adotado. (4).

Tôda ciência, digna dêsse nome, embora tenha sólida base na experiência, isto é, na observação empírica da realidade, pressupõe uma série de princípios gerais que presidem o seu sistema e que orientam a própria investigação empírica. Ora, êsses princípios gerais são obra do raciocínio dedutivo que meditou os dados da experiência, que os generalizou, na formulação de leis universais. A formulação da lei, a concepção do princípio geral não é fruto exclusivo da observação indutiva; a esta se associam elementos intelectuais de diversas origens. Tôda a cultura do observador, tôda a intuição de que êle seja capaz, todo o poder de raciocínio e abstração que animam o seu pensamento, conjugam-se no mesmo movimento ascensional para a verdade.

A indução e a dedução, funções lógicas do método, tendentes à aquisição do conhecimento, não se excluem (5). Combinam-se e concorrem para o mesmo fim. A idéia de oposição, que não corresponde à realidade, se filia à antítese clássica, já feita por Aristó-

1942. Enrique Luño Peña, Historia de la Filosofia del Derecho, Barcelona, 1949, tomo II, pág. 197.

(4) G. Del Vecchio, ob. cit. tomo I, pág. 17.

(5) G. Renard, ob. cit. tomo II, pág. 67-68.

teles, entre as duas operações lógicas, — passagem do particular ao geral, passagem do geral ao particular, as quais, no entanto, são conciliáveis, podendo o raciocínio ser, ao mesmo tempo, dedutivo e indutivo ([6]).

Se pelo método indutivo, o investigador se aproxima da realidade, fundando-se no dado concreto, pela dedução êle incorpora êste ao seu sistema científico, descobrindo as correlações com outros fenômenos, demarcando a sua órbita de influência, transformando-o em ponto de partida para novas induções e deduções ([7]).

O método varia de acôrdo com o objeto da ciência. Pode-se mesmo dizer que o método está em função do objeto. Assim há um método próprio à ciência matemática; à ciência física; à ciência biológica; à ciência histórica e social.

Na matemática, o método aplicável é o lógico-abstrato, pois a noção de número que constitui o fundamento lógico dessa ciência é uma pura noção do espírito. O pensamento matemático é o resultado da razão pura do homem e o gráu mais elevado da abstração ([8]).

Outro é o método exigido pela natureza do objeto a que se aplica a ciência física. O conhecimento dos fenômenos físicos e químicos têm a sua fonte nos sentidos, na experiência. Por isso, as ciências que os estudam, têm uma larga base indutiva, que, — conquanto não exclua o raciocínio dedutivo, — lhes assinala a índole e lhes proporciona a acumulação de dados concretos, sôbre os quais se vai exercer o anseio decifrador das leis que os explicam, permitindo ao homem o poder de previsão sôbre o surgir de fenômenos análogos, sob condições semelhantes às registradas pelo observador. A observação cuidadosa e completa, associada à experimentação, é , pois, o princípio básico de tôda a ciência natural. As noções e os conceitos construídos no domínio das ciências naturais erigem-se sôbre os dados colhidos pela observação e comprovados pela experiência. Aplicadas sôbre a produção de um fenômeno, procuram determinar as condições em que êle se realiza, os fatôres presentes no processo causal, as relações que o ligam a outros fenômenos e o situam no campo da fenomenologia natural. Realizada a investigação indutiva, que se conisderará completa quando se estender à totalidade dos fenômenos da mesma espécie, pode o investigador sub-

(6) André Lalande, Las Teorias de la Inducción y de la Experimentación, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1944, pág. 21.
(7) G. Del Vecchio e Recasens Siches, ob. cit., tomo I, pág. 18.
(8) S. M. Neuschlosz, Análisis del Conocimiento Científico, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1914, pág. 95; G. Renard, ob. cit., tomo II, pág. 68: "Las matemáticas son el prototipo de la ciência (son la "ciência pura"), porque no tienen sino un ligero soporte en la tierra de las realidades tangibles y prontamente se emancipan de él en el cielo de la abstracción".

meter a observação ao contrôle da experiência. Nesse caso, procurará repetir a produção do fenômeno, criando artificialmente as condições naturais registradas pela sua observação. Se esta tiver sido exata, no registro dessas condições e fatôres, o fenômeno se produzirá, comprovando-a. Caso contrário ou a experiência não se processou com rigor técnico, omitindo alguns dos elementos observados, ou a observação induzida não correspondia à realidade do fenômeno.

Combinando-se experiência e observação, estará, então, o investigador em condições de formular o princípio geral ou a lei universal, em cuja enunciação combinam-se os elementos indutivos da experiência e os elementos dedutivos da pura razão.

Meditando sôbre a formulação das leis naturais, compreende-se que elas não resultam exclusivamente do raciocínio indutivo, embora lhe caiba o predomínio. E isso porque, por mais completa que seja a observação, há, na própria fenomenologia aparente e sensível, fatôres que escapam ao registro dos sentidos do observador.

Ora, se não fôssem os recursos da razão, através do pensamento intuitivo e lógico-abstrato, não seria possível a estruturação científica e sistemática dos princípios gerais. Uma teoria científica é um resumo incompleto, aproximado apenas, da realidade complexa dos fenômenos.

Vimos que o método está em íntima relação com a estrutura lógica do objeto de cada ciência. Na matemática, o método por excelência é o método lógico-abstrato, pois a matemática é a ciência que tem por objeto não os sêres sensíveis e tangíveis do mundo real, mas as abstrações do mundo ideal dos números e dos valores de grandeza. Nas ciências físicas, o método, por excelência, se baseia na indução e na experimentação, por fôrça do seu objeto que é a realidade apreendida pelos sentidos.

Na ciência biológica, cujo objeto são os sêres vivos, do mesmo modo o método deve afeiçoar-se à estrutura dêsse objeto.

A diferença fundamental que existe entre os sêres vivos e os sêres do mundo inorgânico, — fato universalmente conhecido, — determinou diversidade substancial nos processos de observação e de estudo dos fenômenos relativos às duas ordens científicas.

Observa-se que, enquanto no mundo dos sêres inorgânicos domina o princípio de necessidade, no mundo dos sêres vivos há a considerar o princípio de finalidade. No primeiro, a preocupação reside no desvendar o processo causal do fenômeno, explicando-lhe os fatôres determinantes. Relativamente ao último, surge o justificado anseio de prescrutar o mistério da vida, de interpretá-lo

à luz de um princípio teleológico, de saber para que ou para quem tendem os fenômenos vitais (9).

Embora o método no campo das ciências biológicas continue a se processar, com base na indução e na experimentação, há, no entanto, o acréscimo de um elemento novo: a interpretação teleológica de alguns fenômenos biológicos, o que não é necessàriamente incompatível com a sua explicação dinâmico-causal (10).

Além disso, de modo diferente se realizam a indução e a experiência, quando têm por objeto os sêres vivos. A complexidade e a variedade dos fenômenos vitais determinam dificuldades maiores na sua observação e na determinação dos fatôres de seu dinamismo causal, que está dotado de máxima mobilidade e mutabilidade, reagindo sob o influxo do ambiente cósmico, com cujas variações há íntima correspondência.

Por isso, quando fôsse possível à ciência reunir todos os dados particulares de um fenômeno próprio ao organismo vivo, a formulação da lei, resultado da mais completa indução, não poderia oferecer a rigidez de uma lei inerente ao mundo físico, porque neste a uniformidade é a regra, ao passo que naquele a extrema variedade dos fenômenos é o princípio dominante.

Do mesmo modo, quanto à experiência. Em se tratando de fenômeno físico e químico, a experiência pode realizar-se em condições quase perfeitas; ao passo que, quando o seu objeto fôr os fenômenos da vida, complica-se a experiência e, devido à mobilidade e mutabilidade do fenômeno, não poderá oferecer o mesmo gráu de rigor científico.

No domínio da sciências biológicas, o investigador deve possuir, mais do que em outras esferas científicas, de enderêço naturalista, ao lado da cultura especializada, uma grande cópia de idéias gerais. Os dados verificados e comprovados pela experiência devem ser generalizados pela dedução de princípios gerais, capazes de explicar certos fatos que transcendem à experiência. A experimentação mental é um dos recursos de que, não raro, se serve o biólogo que, conquanto se possa verificar nas ciências físicas, tem aplicação mais ampla e adequada nas ciências biológicas, a que se aplica também a indução amplificadora (11).

Passando ao estudo das ciências histórico-sociais, outro há-de ser o método aplicável.

(9) S. M. Neuschlosz, ob. cit., págs. 177, 78-79; Raoul Pictet, citado por G. Renard, observa agudamente que os "por quês" formulam-se como questões cada vez mais imperiosas à medida que os objetos de observação se aproximam do homem. A preocupação da finalidade nasce a partir da biologia; trata-se aí ainda de uma finalidade inconsciente. Com o homem e a razão comecam a finalidade consciente e a liberdade. in G. Renard, ob. cit., tomo II pág. 76, Nota 27.

(10) S. M. Neuchlosz, ob. cit., pág. 178.

(11) Andr. Lalande, Las Teorias de la Inducción y de la Experimentación, pág. 229.

No domínio do histórico e do social, assume outra feição o processo indutivo, excluindo-se tôda possibilidade de experimentação a cujo emprêgo as ciências físico-naturais devem os melhores êxitos (12).

O processo indutivo consistirá simplesmente na observação e na análise dos acontecimentos sociais, no estudo das correlações entre os fatôres que os produziram, possibilitando a determinação de princípios gerais sob cuja ação, dotada de máxima flexibilidade, se teria produzido o fato social.

A verificação indutiva de tais relações jamais poderá ser formulada em leis ou em princípios gerais rígidos, pois, no centro dos acontecimentos, como seu agente, está o homem, dotado de consciência e de liberdade.

O fato social é caracterizado pela singularidade, o que lhe empresta sempre uma nota distinta em confronto com fato social idêntico. Duas conseqüências dimanam dessa característica essencial: a máxima complexidade do fato social e a impossibilidade de reprodução para submetê-lo à experiência.

Por isso, as ciências histórico-sociais exigem um tratamento predominantemente idiográfico, isto é, o estudo do fato singular, do acontecimento social de características próprias, individuais, sem similaridade com outros acontecimentos (13).

Embora já se realizem no campo do histórico e do social tentativas para dar ao seu estudo uma estruturação científica, de caráter nomotético, o estabelecimento de princípios gerais concernentes aos fenômenos sociais, de tão imensa variedade e complexidade, só será a resultante remota de vastos estudos idiográficos, da formidável acumulação de observações sociais, pelo método monográfico e estatístico.

O sonho de uma pura teoria sociológica, hostórica, econômica, política, etc., com leis e princípios predeterminados, parece não ser realizável no atual estado de cultura da humanidade.

* * *

Rickert, (14) colocando defronte das ciências da natureza as da cultura, estuda os métodos que as diferenciam e sinala o conflito que, não raro, irrompe entre os dois setores do conhecimento humano.

Todos os investigadores, escreve Rickert, tanto os filósofos quanto os especialistas, parece que estão de acôrdo em considerar

(12) S. M. Neuschlosz, ob. cit., pág. 212-13.

(13) S. M. Neuschlosz. ob. cit., pág. 221.
— H. Rickert, Ciencia Cultural y Ciencia Natural, Espasa Galpe Arg., S. A., Buenos Aires, 1945, págs. 92, 93 e 114.

(14) H. Rickert, ob. cit.

que as ciências particulares se dividem em dois grandes grupos (ciência cultural e ciência natural) e que os teólogos e os juristas, os historiadores e os filósofos se acham unidos por interêsses comuns, do mesmo modo que os físicos e os químicos, os anatomistas e os fisiologistas.

A oposição entre natureza e espírito, estabelecida pela filosofia da sua época, não pode oferecer — conclui Rickert — um critério metodológico de diferenciação entre as inúmeras ciências particulares, porque a realidade que serve de objeto da sciências, compreende o conjunto de tôda existência corporal e espiritual; logo o critério diferenciador não está na simples oposição *material* dos objetos, mas sobretudo na oposição *formal* do método de tratamento da ciência.

"Da realidade otal, destaca-se um certo número de causas e problemas que possuem para nós uma especial significação e importância e nos quais vemos algo mais que simples "natureza".

"Diante dêsses objetos, revestidos de valor, mostra-se insuficiente a exposição naturalista, porque êles nos sugerem interrogações e problemas que não cabem nos limites das cousas naturais. Êsses objetos formam o domínio da cultura, erigido intencionalmente pelo homem sôbre a natureza, em atenção aos valores que nêles residem". A distinção entre as ciências, segundo Rickert, se baseia antes no critério axiológico (determinado pelo método), do que no critério lógico (ditado pelo objeto). Daí, a sua distinção entre ciência natural e ciência cultural, aquela compreendendo a natureza como realidade total, concebida por modo generalizado e indiferente aos valores; esta tratando dos objetos que são referidos a valores culurais, cujo estudo ela procede de modo individualizado.

Conhecer a natureza significa enunciar juízos absolutamente universais sôbre a realidade, traduzidos em leis naturais, em cuja essência lógica não entra qualquer nota específica a processos singulares e individuais.

"A ciência natural confecciona, para usar uma feliz comparação de Bergson, *trajes feitos* que servem indiferentemente a Pedro e a Paulo, porque não se acomodam particularmente à figura de nenhum dêles".

A ciência cultural, que tem na história uma das suas expressões típicas, exige outro método de estudo, o método histórico individualizador. Aqui, o inerêsse da ciência se dirige ao particular e individual. Com efeito, a significação cultural de um objeto, enquanto êle é considerado com um *todo,* não está nas notas comuns que o mesmo guarda com outras realidades senão justamente naquilo que o distingue dos outros objetos. A significação cultural

de um processo aumenta à medida em que o respectivo valor *cultura* se encontre, de modo mais exclusivo, enlaçado com sua configuração individual. Não há dúvida, afirma Rickert, que a significação do processo cultural depende inteiramente de sua peculiaridade individual e, portanto, a ciência cultural histórica não pode visar o estabeelcimento de sua "natureza" universal, porque ela deve proceder por individualização. Outro caráter peculiar às ciências culturais é o princípio valorizador, isto é, o estudo da realidade a que o homem emprestou determinado valor.

Esta nota característica se manifesta na ciência histórica, quando o historiador sabe distinguir o que é essencial ou não à exposição histórica. Se falta referência aos valores que residem nos bens da cultura, os acontecimentos carecem de significação e de interêsse, e devem ser desprezados pelo historiador, porque nenhuma influência exercem no desenvolvimento do processo cultural.

Os valores — escreve Rickert — não são realidades, nem físicas, nem psíquicas. Sua essência consiste em sua *vigência,* não na sua real *facticidade.* Mas os valores se enlaçam com as realidades e já conhecemos dois modos por que se operam essas vinculações. Em primeiro lugar, pode o valor residir em um objeto, transformando-o assim em um *bem,* e pode, além disso, estar unido ao ato de um sujeito de tal maneira que êsse ato se transforme em uma *valorização.* Os bens e as valorizações podem ser estudados, inquirindo-se a vigência dos valores que estão unidos a êles. e, logo, tratando de estabelecer se um bem merece realmente o nome de bem ou se uma valorização se constituiu com justiça.

A posição de Rickert que se filia à corrente do logicismo axiológico de inspiração néo-kantiana, está hoje superada na filosofia dos valores. Ela conduz ao relativismo e ao subjetivismo dos valores. Não concebe os valores como realidades ônticas.

* * *

O direito é uma ciência cultural, assumindo diante da realidade uma posição inquiridora sôbre os valores que residem nos bens e nos atos do homem.

Os valores que o direito deve realizar, na esfera das relações sociais, não estão subordinados aos caprichos do subjetivismo do sujeito nem ao relativismo de concepções sociais, porventura vigentes, mas são os autênticos valores que constituem "essencialmente um mundo supra-individual e objetivo" e que deitam raízes profundas nos sentimentos de justiça da criatura humana.

§ 2.º

O problema do método está ìntimamente relacionado com a teoria do conhecimento. Pode-se mesmo dizer que a metodologia, no fundo, não é um problema lógico e sim um problema gnoseológico, porque o método não vale pelos aspectos formais de que se reveste ,isto é, pelas técnicas da indução, da dedução, da experimentação, da análise, da síntese, etc., mas pela íntima e profunda adequação à estrutra psicológica do homem face à natureza do objeto de sua investigação ([15]). Daí, a importância do método e as especialidades que êle assume, de acôrdo com a particularidade de cada ciência.

O êxito da investigação científica, a descoberta do conhecimento depende ìntimamente do método adotado. O progresso da ciência está condicionado ao acêrto do método a à sua perfeita adaptação à natureza do objeto.

Estudados os diversos modos de comportamento do método frente aos vários grupos de ciências, é oportuno, agora, aludir ao método, segundo as diferentes posições filosóficas assumidas no que tange ao valor do conhecimento humano.

O racionalismo funda no pensamento, na razão, a fonte do conhecimento. O pensamento age com absoluta independência de tôda a experiência, obedecendo exclusivamente às próprias leis.

Necessário é que o conhecimento se revista de necessidade lógica e de validade universal. O conhecimento verdadeiro é aquêle que se impõe à própria razão, com evidência tal que não admite outro que, segundo as leis da mesma razão, se lhe possa contrapor.

Uma forma determinada do conhecimento serviu evidentemente de modêlo à interpretação recionalista do conhecimento, o conhecimento matemático. Êste é, com efeito, um conhecimento predominantemente conceitual e dedutivo. Na geometria, por exemplo, todos os conhecimentos derivam de alguns conceitos e axiomas supremos ([16]).

Em oposição ao racionalismo, está o empirismo que coloca tôda a fonte do conhecimento na experiência. Na opinião do empirismo, não há nenhum patrimônio "a priori" da razão. A consciência cognocente não extrai os seus conteúdos da razão, mas exclusivamente da experiência. O espírito humano está por natureza vazio: é uma "tàbula rasa", uma fôlha por escrever e na qual sòmente a experiência escreve. Todos os conceitos, inclusive os mais gerais e abstratos, procedem da experiência.

(15) G. Renard, ob. cit., tomo I, à pág. 11, escreve: "El orden metodico es el que corresponde a la estructura de nuestra inteligência; el método es una herramienta, y la buena herramienta es la que conviene a las aptitudes e ineptitudes del obrero. "Ora bien, el obrero, o sea nuestra inteligencia procede de lo particular a lo general; esta es su ley constitucional".

(16) J. Hessen, Teoria del Conocimiento, Editorial Losada S,. A., Buenos Aires, 1938, págs. 56-57.

Posição radicalmente empírica é a adotada pela filosofia de Comte. Tanto o positivismo quanto o evolucionismo naturalista negam a possibilidade do conhecimento, além dos dados recolhidos pelos sentidos.

Considerando Comte que todo o conhecimento passa por três estados sucessivos: teológico, metafísico e positivo, só a êste atribuía a dignidade de ciência. Rcconhecendo a impossibilidade de obter noções absolutas, renuncia o espírito positivo a busca da origem e destinação do universo e ao conhecimento das causas íntimas dos fenômenos, para consagrar-se ùnicamente à descoberta, pelo uso combinado do raciocínio e da observação, de suas leis, isto é, das relações invariáveis de sucessão e de similitude ([17]).

Essas duas posições extremas — o racionalismo e o empirismo — implicam, como se vê, em uma metodologia. Para o primeiro, o dedutivismo, servido pelo método lógico-abstrato, é o caminho pelo qual se constrói o conhecimento das cousas; para o último, é o processo indutivo, servido pela observação e pela experimentação, o instrumento do conhecimento.

Entre a posição racionalista e a empirista, duas tentativas de conciliação merecem ser mencionadas: o intelectualismo e o apriorismo.

O intelectualismo, aceitando como fatôres de produção do conhecimento tanto a razão como a experiência, sustenta que há juízos lògicamente necessários e universalmente válidos, não só quanto aos objetos ideais mas também quanto aos objetos reais, mas os faz derivar da experiência ao invés de constituírem um patrimônio "a priori" da razão.

Segundo o seu próprio nome (inteligenre de intus legere = ler no interior) a consciência cognocente lê na experiência e dela extrai os seus conceitos ([18]).

O apriorismo é outra tentativa de mediação entre o racionalismo e o empirismo. Fundador dessa posição é Kant ([19]).

Repercutiram sôbre o direito essas diversas filosofias, criando escolas e pontos de vista que fazem aplicação das diretrizes filosóficas daqueles sistemas ao campo da especulação jurídica.

(17) Cours de Philosophie Positive, 4.ª ed., Paris, 1877, vol. 1.º, págs. 9 e 10.

(18) J. Hessen, Ob. cit., pág. 62.

(19) Crítica de la Razón Pura (Estetica Trascedental y Analitica Trascendental), Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1943, edição precedida por um estudo de Kuno Fischer sôbre a vida de Kant e a história das origens da Filosofia Crítica. Obra traduzida diretamente do alemão por José Del Perojo.

Como reflexo do empirismo no direito, temos, v. g., a teoria de Duguit; do mesmo modo que as teorias de Kelsen, de Stammler e outros são repercussões no campo do direito da filosofia de Kant.

No Brasil, o positivismo teve partidários ilustres, como Pedro Lessa ([20]) e Sílvio Romero, ([21]) bem como a filosofia crítica de Kant influenciou alguns dos nossos juristas, como o demonstra, em dois excelentes ensaios, o sr. Miguel Reale ([22]).

CAPÍTULO II

O MÉTODO NO DIREITO

O problema do método no direito, para ser exatamente equacionado, exige que se tenha em aprêço três momentos fundamentais: o momento da identificação do direito no complexo dos fatos humanos e sociais; o momento de sua elaboração técnica; e o momento em que êle, aplicado às condições sociais, se transforma em norma jurídica positiva.

§ 1.º

Giórgio Del Vecchio, em um antigo trabalho sôbre "Os pressupostos filosóficos da noção do direito", observava que o caráter de intuição simples e imediata ([23]) com que o direito se manifesta na consciência, parecendo constituir uma idéia inteligível por si mesma, é a razão pela qual, ordinàriamente, não se sente a necessidade de definir metòdicamente o seu significado.

Encontrar-se-á, nesse fato psicológico, a causa por que, durante algum tempo, foram menosprezados por certos juristas os estudos em tôrno da noção geral e científica daquilo que constitui a essência perene do direito?

Parece-nos que a simples inteligibilidade vulgar do direito não explicaria a ausência de uma investigação metódica em tôrno do seu objeto, se efetivamente semelhante atitude de abstenção intelectual por parte de filósofos e juristas se tivesse verificado.

(20) Estudos de Filosofia do Direito, Liv. Francisco Alves, Rio, 1916.
(21) Ensaio de Filosofia do Direito, Liv. Francisco Alves, Rio, 1908.
(22) A Doutrina de Kant no Brasil — Dois Ensaios — S. Paulo, 1949. O ilustre professor Miguel Reale, contestando a assertiva de Clóvis Bevilqáua de que as idéias de Kant não foram das que mais fortemente influíram o pensamento jurídico brasileiro, mostra que "foi sob o signo das idéias de Kant que tiveram início os estudos jurídicos no Brasil, onde, entretanto só chegaram os princípios do filósofo, como bem notou Clovis, através de fontes que lhe alteraram a substância crítica".
(23) Passível de crítica é a expressão de Del Vecchio, quando admite como objeto de intuição o conceito do direito. Sendo o direito uma realidade exterior ao sujeito, só pode ser apreendida, conhecida e conceituada pela inteligência e não pela intuição.

A noção e a essência do direito têm constituído, em todos os tempos, tema fundamntal não só para os filósofos que se consagraram especialmente ao setor jurídico da realidade universal, como para filósofos não juristas, como Aristóteles, S. Tomás de Aquino, Kant e tantos outros.

O criticismo kantiano ([24]) não é senão tôda uma metodologia para a construção do conhecimento das cousas, entre as quais se encontra também o fenômeno do direito.

A justificação de Del Vecchio não procede.

O que explica, não a ausência da necessidade de definir metòdicamente o significado do direito, porque esta sempre existiu e se impôs ao pensamento especulativo, mas — sim — a balbúrdia que se estabeleceu, determinando enorme variação no conceito do direito e nos princípios gerais da ciência jurídica, foi a ruptura da continuidade da investigação filosófica que, inicada na antigüidade clássica pelos gênios de Platão, de Aristóteles e de muitos juristas romanos, recebeu singular desenvolvimento na filosofia escolástica e cristã.

A dois sistemas filosóficos cabe a parcela maior da responsabilidade por essa anarquia mental: ao apriorismo formal de Kant, desgarrando para um idealismo subjetivo exagerado, e à reação do empirismo naturalista.

A negação do direito natural, em que fraternizaram várias escolas filosóficas, foi o grande equívoco que transviou o pensamento jurídico e o esterilizou na consideração formal ou empírica do direito positivo e do seu evolver na realidade histórica. Confundiu-se a variação acidental do direito positivo, no espaço e no tempo, através das peculiaridades regionais de cada povo e das suas contingências históricas, com a suposta variação da essência do fenômeno jurídico, reduzido a um simples dado empírico da realidade social. Daí, a grande mutabilidade do conceito do direito em função de cada sistema positivo e de cada atitude filosófica assumida pelo jurista, mais como simples *diletantismo* do que como fruto de profunda meditação espiritual.

A determinação do conceito do direito só pode ser alcançada pelo exame de sua natureza. Admitir a natureza constante do direito e a existência de notas essenciais e específicas ao fenômeno jurídico, de modo a individualizá-lo entre os outros fenômenos sociais, constitui passo fundamental para se empreender e realizar um estudo sistemático e científico do próprio direito.

(24) O próprio Kant confessava que o seu sistema filosófico constituía "uma disciplina, um cânon, uma arquitetônica da razão pura". Ob. cit., pág. 43. À pág. 133, escreve Kant: "A Crítica da Razão Pura é um tratado do método e não um sistema de ciência, conquanto determine os seus contornos, bem como os seus limites e tôda a sua estrutura interior".

O direito constitui, em seus primeiros princípios, uma relação de justiça derivada da natureza substancial das cousas, de que faz parte a natureza moral e racional do homem.

Tôdas as cousas que constituem o universo estão submetidas a leis constantes e sábias. O equilíbrio de miríades de estrêlas no espaço infinito só se realiza graças à ordenação legal do Cosmos. Se assim acontece no plano do mundo físico, não se compreenderia que o mundo moral, muito mais complexo nas suas relações causais, dominado pelo princípio da razão e da liberdade, se pudesse furtar à influência de leis anteriores e superiores às combinações humanas. A própria experiência subjetiva de cada homem, pelo sentimento de justiça que emerge das profundidades do ser moral, evidencia a existência dessas noções naturais sôbre o bem e o mal, sôbre o justo e o injusto, sôbre o que deve apetecer e o que deve evitar.

> "C'est dans la nature humaine, espirituelle et corporelle, dans la chair et dans l'esprit de l'homme que se trouve gravée la loi de sa conduite, les principes directeurs de toute son activité.
>
> Mais ceci suppose, évidemment, que la nature humaine, qui n'est qu'un concept, ne soit pas un concept vide de réalité. Et c'est le premier point à considérer: y a-t-il une nature humaine, commune à tous les hommes et particulière à l'homme? D'accord avec le sens commun et l'experience vulgaire, les Anciens répondaient que oui. Ils croyaient que tous les êtres auxquels nous donnos le nom d'homme — et nous appelons ainsi nos seulement le proche, parent ou compatriote, mais l'étranger, l'homme d'une autre race, civilisé ou barbare — ne méritent ce nom commun qu'en raison de certains traits communs, qui, par delà les différences individuelles, les rattachent à un même "genre" humain. Ils croyaient aussi — d'accord toujours avec le sens commun et l'expérience qu'à côté de certains traits communs à l'homme et à d'autres créatures, animées ou inanimées, le "genre" humain possède en propre certaines notes spécifiques caractérisant l'"espèce" humaine et permettant de distinguer l'homme des autres créatures et de lui donner un nim propre.
>
> En quoi consiste donc cette nature humaine spécifique? Assurément, l'homme peut toujours progresser dans la science de la nature humaine, physique et morale, par les voies de la biologie, de la psychologie, de la sociologie. Mais, pour l'objet ici visé, une connaissance approfondie de la nature humaine n'est point requise; il ne s'agit que de relever les traits fondamentaux, ceux qui apparaissent d'emblée à l'observateur, ceux que tout homme peut, en quelque sorte, expérimenter et sentir. Or — nous disent les Anciens, — il est facile de voir que l'homme est un être complexe: à la fois esprit et matière, — assujetti par son corps à toutes les servitudes de la vie animale, mais doué de raison et de liberté, capable de se connaître soi-même et de se diriger; à la fois individuel et social, — ayant une fin personnelle, qui est son propre honneur, mais trop faible pour y atteindre par lui-même et, dès lors, obligé de compter sur l'aide de ses semblables (échanges, associations volontaires) et même de s'insérer avec eux dans des cadres sociaux permanents (cadre familial, cadre politique)" ([25]).

Esta concepção da natureza humana que os antigos colocavam na base do direito natural e que Jean Dabin magistralmente resumiu, parece-nos fundamentalmente exata.

Compreendendo o direito natural como emanação dos primeiros princípios da vida moral inerente à natureza do homem, impõe-se a conclusão de sua invariabilidade no tempo e no espaço, sejam quais forem as vicissitudes por que passar a consciência humana através da história.

Cumpre, no entanto, distinguir o que é essencial ao direito natural e não confundir as suas prescrições gerais com as aplicações concretas e variáveis que elas recebem através do direito positivo.

As concepções de Stammler sôbre um direito natural de conteúdo variável e a de Renard sôbre um direito natural de conteúdo progressivo constituem conceitos feridos de antinomia substancial, — *contradictio in adjecto*.

A moderna lição de Dabin resume a posição correta diante do delicado problema:

> "La vérité, c'est que le contenu du droit naturel ne varie ni ne progresse: les premiers principes de la moralité furent tels dès l'origine et ils resteront tels jusqu'à la fin — en dépit des applications erronées ou régressives que nous montre l'histoire. Par exemple, il fut et il restera toujours vrai, sans atténuation ni changement, que l'homme doit être juste envers l'homme et qu'il faut rendre à chacun ce qui lui est dù. Seules sont soumises à la loi du progrès les conclusions que l'on tire de l'idée de justice, ainsi que les déterminations nécessaires. C'est en ce sens

(25) Jean Dabin, La Philosophie de l'Ordre Juridique Positif, Paris, 1929, págs. 260-261.

relatif qu'il est permis de parler d'une justice progressive: en soi, la justice est ce qu'elle et elle est parfaite; mais ses réalisations sont toujours suscepibles de perfectionnement. Dans l'esprit des hommes d'abord, car l'idée n'est donnée qu'à l'état brut et il s'agit d'en clarifier, d'en approfondir et d'en répandre la notion, grâce au travail de la réflexion et de l'éducation; dans les faits ensuite — comme conséquence de l'idée-force et d'une meilleure conscience, — par la pénétration de l'idée de justice dans tous les rapports humains, spécialement économiques, et au bénéfice de tous, spécialement des plus faibles" (26).

Consagra o mesmo entendimento a lição de Le Fur:

"Le droit naturel proprement dit n'est pas variable, car il ne contient que les applications immédiates de ce sens de la justice, universel chez l'homme, ce qui précisément lui a fait donner le nom de naturel, conforme à sa nature.

Il ne comprend essentiellement que deux règles de fond, qui peuvent même, à la rigueur, se ramener à une seule. La première est l'obligation de respecter les engagements librement pris. Il s'agit, bien entendu, de contrats honnêtes, passés conformément à la morale, en dehors de laquelle des contrats ne sauraient être obligatoires, et parfois même l'obligation peut être de ne pas les exécuter".

. . . . . .

"La seconde règle est l'obligation de réparer tout préjudice injustement causé; et celle-ci encore nous apparaît comme une conséquence directe, immédiate, du principe de justice universel, dont elle est en quelque sorte la transcription en droit positif. Aussi est-elle non moins universellement admise" (27).

Se não fôsse admitida a existência de um princípio fundamental, invariável e especificador do direito, como se poderia afirmar a justiça ou injustiça de uma lei jurídica e como se identificaria, na complexidade da fenomenologia social, o aparecimento do direito?

Êste, que pode surgir em qualquer setor da realidade social, no setor econômico, no político, no das relações familiares e privadas, tem sempre uma característica moral e reflete sempre uma relação *ad alterum*.

(26) Ob. cit., pág. 289.
(27) La Théorie Du Droit Naturel depuis le XVII siècle et la Doctrine Moderne, *in* "Recueil Des Cours" de la Académie de Droit International, Paris, 1927, pág. 389.

Traduzindo sempre a natureza racional do homem, o direito surge como regra de vida moral destinada a descobrir nas relações humanas o ponto de equilíbrio dos interêsses, de acôrdo com as exigências do bem comum.

Sobreleva aos demais em complexidade e sutileza o momento em que se trata de, através de um método adequado, descobrir os primeiros princípios do direito, aquêles que formam a estrutura íntima e ontológica do jusnaturalismo.

Êsses princípios fundamenais radicam na natureza moral do homem e a sua refração na realidade social vivifica os costumes, organiza as concepções éticas e orienta a conduta humana pelo reconhecimento de valores em que se realiza a finalidade do ser.

Na determinação dêsses princípios, o método assume um sentido de profunda investigação filosófica, pois a realidade à qual êle se aplica, embora objetiva, é imanente e ao mesmo tempo transcendente ao ser.

O processo metodológico começa pela introspecção, isto é, o homem se debruça sôbre si mesmo, para descobrir no âmago da sua consciência os vestígios da lei natural e eterna. Passa depois, pela indagação racional, a identificar os princípios que se impõem na sua própria evidência: por exemplo, dar a cada um o que é seu, não causar qualquer injúria a outrem, respeitar os contratos livremente concertados e conforme a justiça, indenizar o prejuízo injustamente causado, não fazer a outrem aquilo que não deseja que lhe seja feito, etc. Ainda nesse momento de identificação do direito, cabem raciocínios dedutivos que se aplicam à determinação dos princípios que decorrem lògicamente do jusnaturalismo, em suas aplicações práticas e normativas, e raciocínios indutivos que, voltando-se para a realidade histórico-social, consegue apanhar a refração do direito natural, nas instituições civis, nos costumes e nas leis positivas.

§ 2.º

Passemos agora ao segundo momento a que o método se aplica.

Determinado o conteúdo do direito natural e a sua influência ordenadora e retificadora do direito positivo, em cuja pesquisa o método se plasticiza de acôrdo com a estrutura do objeto, vejamos agora como êle procede e se orienta na elaboração técnica do direito, através dos dados recolhidos pela razão no domínio da natureza moral do homem.

Na primeira fase a investigação assume predominante sentido filosófico.

"Après une période de negation de tout droit autre que le droit positif, on a fini par s'apercevoir qu'on ne

peut pas faire du droit sans un minimum de philosophie et même, nous le verrons, de métaphysique" ([28]).

Daí, preponderar, naquele primeiro momento, o raciocínio lógico-abstrato e os princípios evidentes.

A observação indutiva sôbre as manifestações do direito natural na realidade histórico-social funciona como espécie de contraprova da influência perene, inafastável, dos primeiros princípios sôbre a ordem jurídica positiva.

Agora, no terreno da construção técnica do direito positivo, o jurista, (neste caso, o legislador), age sôbre os pressupostos da ordem jurídica natural.

Cumpre-lhe a aplicação do dado natural, invariável na sua essência ética, à multiforme realidade social eminentemente mutável. Ao elemento moral, próprio à norma natural do direito, associa-se o elemento objetivo, útil, pragmático, em que se consubstancia o interêsse da sociedade e o bem comum.

> "Matière spirituelle évidemment, consistant dans une certaine idée de devoir être (sollen), assumée par le droit, et que le juriste a pour tâche de traduire en régle positivo. C'est ainsi, pour donner immédiatement quelques exemples, qu'à base du statut classique de la responsabilité civile repose cette idée que les hommes sont tenus de réparer les dommages causés à autrui par leur faute, — à la base du régime des biens et des contrats, cette idée que l'économie doit être libre et que les richesses doivent pouvoir circuler sans entrave, — à la base du système des incapacités (d'exercice), cette idée que les faibles méritent une protection spéciale en raison des dangers auxquels les expose leur faiblesse, etc... Chaque institution juridique porte ainsi son idée fondamentale, qui, parfois, dépasse le contenu immédiat de son texte, mais néanmoins commande tout le mécanisme et constitue l'âme du système" ([29]).

Há um modêlo ideal que inspira e atrái o pensamento do legislador, mas, ao mesmo tempo, o sentido prático e objetivo da realidade o aproxima das contingências sociais a que a regra jurídica se deverá adaptar.

Pressupostos os primeiros princípios, ao legislador se apresenta o panorama social em suas três dimensões temporais: o passado, o presente e o futuro.

A regra jurídica, de cuja elaboração se ocupa, destina-se a reger os fatos futuros, mas não se pode furtar à influência estabi-

(28) Le Fur, ob. cit., pág. 263.
(29) Jean Dabin, La Technique de l'Elaboration du Droit Positif, 1935, pág. 12.

lizadora da tradição jurídica, representada pelo passado, nem à eficácia dos interêsses legìtimamente assegurados pela vigência do direito existente.

Dêsse modo, o legislador deve ter em aprêço inúmeros dados que constituem a matéria social a que vai imprimir forma jurídica. Fatôres de tôda ordem a condicionam: espirituais, religiosos, históricos geográficos, econômicos, políticos, internacionais, étnicos, demográficos, etc. A observação indutiva recolherá todos êsses fatôres para submetê-los depois à reflexão do legislador, a fim de que possa deduzir os princípios gerais que os regem, e, por sua vez, também os condicionam à realidade social.

Nesse trabalho não pode o legislador perder de vista o fim a que se destina a regra ou o instituto jurídico, no conjunto de todo o sistema jurídico vigente, tanto nacional como internacional E' o criério teleológico, essencial ao raciocínio jurídico.

> "Remarquons d'abord que le droit positif, qui n'existe pas par lui-même, n'existe pas nen plus *pour* lui-même, comme une fin en soi. La formule de l'art pour l'art trouve sans doute une justification, en ce sens que l'artiste n'a pas à se préoccuper d'autre chose que de la réalistion d'un idéal d'art (bien entendu sous réserve des lois générales de la moralité). Mais, appliquée au droit, la formule perdrait toute signification, car l'ordennance juridique n'est qu'un instrument au service d'une fin qu'on appellera, suivant la philosophie morale et sociale (ou simplemente la méthode) adoptée, la liberté humaine conditionnée par de l'ordre social et de la justice (HAURIOU), l'ordre social ou la justice (sociale) (GÉNY), la justice combinée avec la sécurité (RENARD), le droit juste (STAMMLER), l'idée directrice du "système social" (HAESAERT), ou mieux, le bien commun temporal des hommes vivant en société" ([30]).

A interpretação da matéria social se realiza na base indutiva; mas, determinados os dados reais e particulares da situação social em exame, êles só poderão ser assimilados pelo direito e elaborados tècnicamente, à luz dos primeiros princípios de justiça, constituídos de substância moral, e sob a ação dos princípios diretores em que se unificam as disposições do sistema jurídico positivo.

No campo da elaboração técnica do direito, os raciocínios dedutivo e indutivo corrigem-se mùtuamente. Aquêle deduzindo os princípios gerais que regem o sistema, como um edifício de linhas estruturais harmoniosas; o último verificando se as regras e insti-

(30) J. Dabin, ob. cit., págs. 16-17.

tutos particulares são aplicações corretas e lógicas dos princípios deduzidos pela razão abstrata.

Figure-se a hipótese de um projeto de lei que se destina a regular a intervenção do Estado no setor econômico da produção.

A primeira providência do legislador deve ser a de observar minuciosa e indutivamente como se passam os fatos na realidade social e quais as relações que guardam os fatos da produção com os outros fatos e condições sociais.

> "San doute encore, le juriste opère sur des "donnés" préalables — physiques, économiques, sociologiques, historiques, morales..., — qui lui sont fournies par les sciences auxiliaires du droit, sous la forme de faits classés ou de "lois" — physiques, économiques, sociologiques, historiques, morales..." (31).

É o domínio do sociólogo, do moralista, do filósofo social, enfim, do verdadeiro homem de Estado. São atividades preparatórias e fundamentais da tarefa jurídica, que surge posteriormente, quando da transformação dêsses dados nas normas de direito.

O inquérito social e o processo estatístico constituem dois instrumentos de verificação indutiva e preliminar para o legislador.

Possuídos êsses dados, passam a ser pelo legislador relacionados à finalidade social que perseguem no regime jurídico vigente, o qual se projeta modificar ou substituir pela nova lei em elaboração.

Realizado assim um juízo de valor sôbre êsses mesmos dados, agora em relação às novas necessidades sociais e ao bem comum, ao legislador cumpre, então, afeiçoá-los à nova construção jurídica.

Nesse esfôrço de entrosagem técnica da regra de vida no sistema jurídico, o legislador deve estar animado pelo sentimento de unidade, não esquecendo as idéias diretrizes do sistema e procurando, como um *virtuose,* afinar o seu instrumento com o ritmo e a harmonia que sobem do côro das vozes, que no caso é o côro uníssono das disposições normativas.

> "L'élaboration juridique est, ainsi, le résultat d'une fusion, d'un dosage de points de vues divers, que l'en peut grouper autour de ces deux axes: point de vue social-politique d'une part, juridique et réglementaire d'autre part" (32).

A elaboração da lei é o resultado de processos diversos, em que se conjugam a ciência e a arte. E, portanto, vários elementos metodológicos são postos em prática, desde a experiência até a pura abstração racional. A indagação científica que a prepara e que precede à técnica, compreende também a ciência do direito, através da doutrina e da jurisprudência. A doutrina, estudando a estrutura jurídica dos institutos, os princípios que os presidem, a sua evolução histórica e aplicando o método comparativo aos vários sistemas jurídicos nacionais, fornece ao legislador elementos valiosos para conhecer da oportunidaed de certas inovações e adotar certas formas de regulação já aprovadas pela experiência jurídica dos povos civilizados. A jurisprudência, aplicando a regra aos casos concretos dá a medida da utilidade da lei e da sua eficácia na solução dos conflitos jurídicos. Logo, ao legislador, a jurisprudência servirá como uma espécie de aparelho registrador da necessidade de ajustar a lei às novas contingências sociais.

(31) J. Dabin, ob. cit. pág. 23.
(32) Ob. cit., pág. 37.

Recapitulando e resumindo, diremos que, na elaboração técnica do direito, o legislador utiliza os seguintes elementos ordenadores do método:

a) observação indutiva da realidade social e sua interpretação científica à luz de critérios sociológicos, psicológicos, morais, econômicos, políticos, jurídicos, etc.
b) raciocínios dedutivos quanto à determinação dos princípios diretores da ordem jurídica, tanto natural quanto positiva.
c) juízos teleológicos ou de finalidade, relacionando-se os dados recolhidos pela experiência jurídica com as exigências do bem comum a que a nova lei se destina satisfazer;
d) elementos comparativos entre os vários sistemas jurídicos dos países civilizados.
e) elementos fornecidos pela elaboração doutrinária e jurisprudencial do direito.

§ 3.º

Estudado o método nos dois momentos em que se manifesta o direito, isto é, através da ordem jurídica natural e na elaboração técnica do direito positivo, vejamos agora o método aplicável ao tereciro momento de manifestação do direito, isto é, ao estudo do direito constituído, como norma reguladora da conduta humana e imposta coercitivamente pelo Estado.

Aqui, o método tem por objeto a realidade das normas jurídicas positivas. E' uma realidade que se situa no plano ideal dos valores; que pode ser induzida ou deduzida, mas que se não percebe pelos sentidos.

Diz, com o brilho que lhe é peculiar, o eminente Carnelutti (33) que devemos considerar a norma jurídica como objeto de nosso estudo, porque esta e não outra é a matéria do Direito; "deve ficar bem claro — acrescenta o mestre italiano — que êste é um objeto inteligível, não um objeto sensível e que não podemos chegar ao seu conhecimento senão através da observação e da elaboração dos dados. Aí culmina a dificuldade contra a qual há-de lutar a ciência do Direito, porque o seu dado é de tal natureza que não se chega a êle pelos sentidos. Outras ciências se encontram na aparência diante de igual dificuldade. O seu dado, porém, é sempre um fenômeno, ainda que infinitamente pequeno, infinitamente distante e impenetràvelmente escondido. Construído o aparelho que auxilia os sentidos, pela microscopia, telescopia ou radioscopia, o dado chega a ser visto. Diferentemente, ocorre no domínio jurídico. As lentes dos juristas para alcançar o dado chamam-se razão e intuição".

Por outro lado, o mundo do jurista é o mundo do "dever ser" e não o do "ser".

> "La investigacion de la realidad social, el estudio estadístico de los hechos sociales, el de las caracteristicas psíquicas y orgánicas del hombre, son importantes para el derecho, por cuanto el mundo de las normas debe asentarse firmemente en la realidad, tanto para que la ley sea justa como para que sea eficaz. Pero el momento estrictamente juridico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados como valiosos e no valiosos y, como consecuencia, procurados o evitados. La ley, por lo tanto, regula la conducta que los hombres deberán observar con relación a esas realidades, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de eses hechos.
>
> Esas normas son reguladoras de conducta, no comprobaciones de hechos; su contenido es una exigencia, un *deber ser*, no una realidad, un *ser*. Lo que una ley natural predice es algo que, en sus líneas generales efectivamente tiene que ocurrir; lo que una norma juridica dispone, puede, de hecho, no ocurrir. La ley juridica puede ser, efectivamente, transgredida" (34).

Sendo, além disso, todo conceito jurídico um conceito de função, isto é, um conceito cujo sentido só alcança a sua plenitude quando se lhe descobre a exata posição no ordenamento jurídico geral, é tarefa imprescindível ao raciocínio jurídico determinar pela razão e pela intuição os princípios jurídicos universais e, a seguir, os princípios gerais do direito legislado, segundo cada sistema nacional.

(33) Metodologia del Derecho, trad. espanhola, México, 1940, págs. 31-32.
(34) S. Soler, Derecho Penal Arg., B. Aires, 1945, tomo I, pág. 38.

Determinados êsses princípios, cumpre estabelecer dedutivamente as conseqüências que êles comportam, dentro das relações lógicas do sistema e verificar as aplicações que êles recebem através da legislação.

É também possível partir da particularidade dos preceitos ou instintos jurídicos e subir indutivamente até os princípios diretores do sistema ou da instituição.

Vemos assim que os raciocínios dedutivo e indutivo prestam-se recíproca ajuda no estudo do direito. Mas ao processo da dedução cabe, sem dúvida, influência mais relevante, como um dos elementos principais do método jurídico, porque já o próprio preceito legal, considerado isoladamente, se apresenta como um conceito genérico e abstrato, que é o resultado da elaboração reflexiva do dado, e do qual, por fôrça de sua generalidade, podem ser deduzidas conseqüências capazes de construir um sistema.

O dado que entra na elaboração da norma jurídica não é apreciado apenas indutivamente, na sua singularidade. É relacionado a finalidade e a princípios gerais; é valorizado. No conjunto do ordenamento jurídico vai caber-lhe uma função disciplinadora de interêsses relevantes e valiosos para a vida social.

A lei jurídica, ao contrário da lei natural, não é a enunciação do modo por que se comportam fenômenos ou acontecimentos naturais. Não exprime um juízo de existência, mas um juízo de valor. A lei jurídica é a enunciação de uma norma que, pressupondo a liberdade do homem, se destina a elevar os atos humanos a um nível moral a que se possa afeiçoar, no sentido do bem comum, a generalidade dêles. Tende, pois, a estabelecer um padrão que o direito considera abstratamente, como um ideal de comportamento humano a realizar, pela disciplina das vontades à observância da normatividade jurídica.

Diante dessa realidade modelada pelo direito, não podemos empregar como método de estudo o instrumento do naturalista ou mesmo o do sociólogo. Um vê o fenômeno no seu mecanismo causal, denro da natureza física; o outro o aprecia na natureza social, submetendo à observação direta a matéria social ainda não elaborada pelo direito.

Os fatos, processos e relações sociais constituem — como observa F. Grispigni (36) — o conteúdo das normas jurídicas particulares, no sentido de que as normas jurídicas se exprimem por meio de conceitos com os quais se deseja indicar fatos e relações da vida

social. Portanto, se é exato o pensamento de Kelsen, segundo o qual os conceitos da ciência jurídica não têm por substrato fatos reais mas exclusivamente normas jurídicas, não é menos verdadeiro que os conceitos, não já da ciência, senão das mesmas normas jurídicas, têm por substrato fatos reais. Modificando o conceito de Kelsen quando diz que "conceber alguma cousa jurìdicamente significa concebê-la como direito", Grispigni escreve que "conceber alguma cousa jurìdicamente quer dizer concebê-la, não como direito, porém segundo o modo como ela é concebida pelo direito".

De vez que o direito — ainda é de Grispigni ([36]) a lição — não é conhecimento da realidade objetiva senão regulação de atividades humanas, de vez que não é um ato intelectivo senão volitivo, os seus conceitos podem não ser, no todo ou em parte, a cópia do real. Conseqüentemente, os conceitos jurídicos podem ser diferentes dos conceitos naturalistas. Enquanto êsses últimos estão vinculados à realidade objetiva, os conceitos jurídicos, ao contrário, são de certo modo livres e arbitrários, são conceitos parcialmente convencionais.

* * *

Sendo o conjunto do direito positivo um sistema harmônico e hierárquico de normas, é necessário que sejam determinados os princípios fundamentais, aquêles princípios que comandam todo o sistema, para se poder, afinal, deduzir se as regras jurídicas particulares correspondem àqueles princípios, dão-lhe aplicação correta, no setor de cada espécie ou relação jurídica singular.

E' necessário combinar o geral e o particular, cujo nexo recíproco, como diz Del Vecchio, ([37]) não destrói a hierarquia efetiva dos valores lógicos nem significa a convertibilidade ou equivalência mecânica de ambos os têrmos. Se abstratamente, discorre o eminente filósofo do direito, — se pode admitir a plenitude e a continuidade da série que conduz do geral ao particular, na realidade os casos particulares da experiência jurídica não representam outra cousa senão fragmentos dispersos, capazes, por último, de encaminhar a uma construção ideal do todo, porém não certamente de realizá-la. Para isto se exige a intervenção da razão, a qual, na busca dos princípios gerais do direito, encontra certo auxílio no exame das normas particulares, porém deve referir-se também, em último têrmo, à fonte viva que possui em si mesma, uma vez que do próprio sujeito emanam originàriamente os princípios da verdade jurídica em geral, que

(35) Derecho Penal Italiano, trad. esp., pelo prof. Isidoro de Benedetti, Ed. Depalma, B. Aires, 1948, vol. 1.º, Introdução, pág. 19.
(36) Ob. cit., pág. 20.
(37) Los Principios Generales Del Derecho, trad. esp., Barcelona, 2.ª edição, 1948, pág. 65.

depois se refletem de distinto modo e com diversa intensidade, nas formas concretas da experiência ([37-a]).

O método jurídico se serve indistintamente de todos os procedimentos lógicos, isto é, tanto da análise como da síntese, da indução como da dedução. Mas à medida em que progride a dogmática jurídica mais profundo caráter dedutivista adquirem as operações lógicas do raciocínio jurídico. O progresso da teoria geral do direito é marcado pelo dedutivismo mais acentuado dos vários sistemas dogmáticos particulares ([38]).

O método histórico e genético e o método comparativo são largamente aplicados na demonstração jurídica. Pelo primeiro, seguimos a evolução das instituições jurídicas, desde as suas origens, apreciando os fatôres que lhe deram causa, as modificações que sofreram no curso evolutivo das Idades e o sentido que assumem em cada período histórico, de acôrdo com o geral ordenamento jurídico vigorante.

Pelo método comparativo, realizamos o estudo da instituição em dois ou mais sistemas jurídicos nacionais, diversos no espaço e no tempo, registrando as semelhanças e diferenças e notando as peculiaridades de cada sistema, não obstante a profunda identidade dos princípios mais gerais do direito.

Temos aí o chamado método comparativo externo.

Há ainda o método comparativo interno, que consiste no estudo das instituições dentro do mesmo ordenamento jurídico, estabelecendo-se a comparação nos diversos setores em que se divide o ordenamento geral, verificando-se as afinidades e dissemelhanças à luz dos princípios gerais do sistema e dos princípios particulares, atinentes a cada setor jurídico.

Carnelutti ([39]) exalta a fecundidade do método comparativo interno, espécie de estudo vertical, profundo, do direio, de muito maior importância, a seu ver, do que o externo, comparação entre ordenamentos jurídicos diversos no espaço e no tempo.

Se atentarmos, por último, para as disciplinas jurídicas, em particular, veremos que o método assume certas *nuances* em relação a cada uma delas, ou, mais pròpriamente, as funções do método jurídico se exercem de modo diverso, fazendo ora preponderar um elemento, ora outro, conforme se trate do direito civil, ou do direito penal, ou do direito constitucional, etc.

No direio civil, por exemplo, parece-nos mais acentuado o gráu de abstração lógica. E isso se explica porque o direito civil, regendo as relações inter-humanas no domínio privado, se aplica a um mundo

(37-a) Transparece aqui a influência de Kant, hoje superada pelo notável filósofo do direito.
(38) F. Grispigni, ob. cit., vol. 1.º, pág. 23.
(39) Ob. cit., págs. 67 a 96.

em que o equilíbrio social se mostra mais estável e duradouro. O direito privado é conservador e tradicionalista e, portanto, pode-se mais, no seu domínio, generalizar e abstrair.

No direito civil as regras jurídicas apresentam, por outro lado, maior ductilidade que as regras jurídico-penais. Por isso, no direito civil, quando a lei é omissa, desempenham um alto papel criador os princípios gerais de direito e a analogia.

No direito penal, atenua-se o gráu de sua abstração lógica pela necessidade mais imperiosa de ser estudado o conteúdo da norma jurídica; o diretito parece estar mais próximo ao dado concreto, às relações específicas do caso particular.

O estudioso do direito em geral deve apreciá-lo dentro dos critérios lógicos com que êle plasmou a realidade social e lhe deu sentido valorizador.

O jurista não é político ou sociólogo. A sua matéria-prima se constitui de relações e não de fenômenos.

* * *

Resumindo a exposição, poderemos dizer que ao estudo do direito positivo empregamos, como elementos do método:

a) princípios evidentes e indemonstráveis que são ditados pela natureza racional e moral do homem;
b) raciocínios dedutivos quando, partindo dos pressupostos do direito natural ou dos princípios gerais do direito legislado, conseguimos construir o sistema dogmático pela ordenação e hierarquização dos princípios e corolários jurídicos;
c) raciocínios indutivos quando observamos o conteúdo das normas jurídicas particulares e procuramos, através delas, remontar aos princípios gerais do sistema;
d) elementos teleológicos quando examinamos a finalidade para que foi criada a instituição ou a norma jurídica;
e) elementos históricos e comparativos.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: PROF. ARMANDO PEREIRA DA CÂMARA

A tese do Prof. Salgado Martins sôbre "O MÉTODO NO DIREITO", constitui uma fecunda contribuição ao estudo de um problema básico da ciência jurídica.

Dada a complexidade das expressões da realidade jurídica, a exata solução do problema dos instrumentos de seu conhecimento, dos processos de sua captação, condiciona a integral compreensão e o tratamento adequado dessa realidade proteiforme, que é valor e que é fato, que é ser e que é fenômeno, que é dado de consciência e fato social, que é idéia e que é instituição.

O primeiro imperativo de uma epistemologia jurídica é o do ajustamento do método ao objeto, o da adequação dos processos de descoberta e de explicação do direito à fenomenologia múltipla de sua natureza complexa.

A confusa paisagem do conhecimento jurídico, na cultura moderna, resulta, amplamente, da infidelidade a êsse imperativo primeiro.

E não é o mérito menor da tese do ilustre criminalista riograndense, o de ter apreendido essa elementar exigência epistemológica.

Superando unilateralidades metodológicas correntes, o autor desenha um quadro de processos de descoberta, de elaboração e explicação do direito, plenamente ajustado às suas múltiplas revelações.

A tese do Prof. Salgado Martins, fruto de um magistério dominado pelo espírito de pesquisa, bem merece ser transformada em livro que muito enriquecerá a cultura jurídica do Rio Grande.

Pôrto Alegre, 16 de agôsto de 1950.

ARMANDO CÂMARA
DARCY AZAMBUJA
ERNANI MARIA FIORI