

MEDITAÇÃO EM TORNO DO PROBLEMA DA CIÊNCIA DO DIREITO

FRANCESCO CARNELUTTI

1. No intróito à reedição da obra de Giuseppe Capograssi, que foi a mais útil aos juristas (**O problema da Ciência do Direito**, Milão Giuffrè, 1962), Pietro Piovani, seu discípulo predileto, admoesta já ter chegado o tempo em que, após terem celebrado o homem e chorado o seu desaparecimento, os estudiosos devem se empenhar em cultivar os campos que ele amorosamente arou e semeou. Um destes é dedicado ao problema da Ciência do Direito.

Não me iludo em ter dito e, de qualquer modo, em ter, agora, a força necessária para levar adiante, além dos limites por ele atingidos, a solução de tal problema. Creio, todavia, que para evitar o perigo de que o apelo de Piovani, como tantos outros, permaneça desatendido, seja necessário um ato de boa vontade. O que estou por fazer não possui outra razão nem pretende ter outro mérito que não seja este.

Por outro lado, eu sou aquele que antes e depois de ter escrito algo, certamente não comparável ao livro de Capograssi, sobre a Ciência do Direito, também falou em arte do Direito, primeiramente para comemorar Vittorio Scialoja, após, numa pequena obra em espanhol, publicada originariamente em Buenos Aires.

Eis um perfil do problema que Capograssi não considerou. E nós, estudiosos do Direito, conseguiremos, procurando esclarecer as relações entre Ciência e Arte, compreender algo mais acerca do que estamos fazendo?

Observei, ainda recentemente, que os filósofos, ao traçarem o panorama da ciência, nela não compreendem em realidade a Ciência do Direito, o que os juristas não podem lamentar, posto que foram eles mesmos a duvidar do caráter científico do próprio saber; e mesmo quando tenham superado tal dúvida, não conseguem acordar em torno do que seja o conteúdo da ciência por eles professada. Por outra parte, o meu aceno ao caráter artístico deste saber não despertou, pelo que sei, o mínimo interesse.

Quais são as origens de tanta incerteza?

Tradução de "Meditazione intorno al problema della Scienza del Diritto" (Estudos em homenagem a Paolo Greco, Padova, CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1965, v.1, p.97 e seq.), autorizada por Tito Carnelutti e editora. Tradução de Eugênio Cruz Speggorin.

De qualquer forma, o dano que disto deriva é grave. Em nenhuma outra matéria, a distância entre a ciência e a técnica é tão ameaçadora quanto na Ciência do Direito.

Quando se trata de fabricar os instrumentos para a guerra, a técnica se deixa guiar pela ciência mais pura.

O contrário acontece quando se trata dos instrumentos que deveriam servir à realização da paz: ciência e técnica estão separadas por uma barreira que ainda não se conseguiu derrubar. A maior parte dos defeitos imperdoáveis do nosso ordenamento jurídico se devem à existência de tal barreira.

Assim, não somente para homenagear a memória do mestre desaparecido, mas para não ser gravado pela responsabilidade das conseqüências desastrosas de uma ignorância, como é aquela acerca do que somos e fazemos, do que podemos e devemos fazer, é que o campo arado e semeado por Capograssi deve ser cultivado. E se não o cultivarmos aqueles que o fariam melhor do que eu, procurarei fazer aquilo que posso, para que aquela semente se transforme, pelo menos, num débil rebento.

2. Arte e ciência são duas fases do conhecimento. Digo duas fases e não dois modos porque, conforme veremos, se sucedem alternativamente, além de se integrarem no esforço do conhecer.

Em uma palavra, a arte intui, a ciência raciocina, mas esta não é a única fórmula para distingui-las, nem a mais comum.

Comumente, a distinção se funda na diferença entre o belo e o verdadeiro: a ciência procura a verdade; a arte, a beleza. Mas a beleza é aquele tanto de verdade que transparece das coisas; e a verdade aquele tanto de beleza que se consegue descobrir procurando experimentar a intuição.

Mais penetrante é a fórmula que se apóia na diferença entre o fazer e o saber.

O cientista desfaz; o artista faz; mas o fazer não é tanto a função quanto a condição da arte, no sentido de que só fazendo se pode intuir o que está dentro da coisa, como a semente no fruto, aliás, como o embrião na semente. Diria que o fazer consente descobrir a verdade sem desfazer a beleza. Nem todo fazer é um fazer arte; mas toda arte é um fazer. Isto, no entanto, é também um dizer, a propósito do que convém observar desde já, que exatamente o ordenamento jurídico é um "opus" construído com palavras. Isto se explica não tanto com a função semântica quanto com a virtude emotiva da palavra, ou seja, não tanto com a relação palavra-pensamento quanto com relação palavra-ação. Em suma, o dizer não é somente linguagem, mas, também, "poiésis".

Depois disto, o problema diz respeito a quanto no conhecimento jurídico seja ciência e a quanto seja arte; ou como nele se distingam e se confundam as duas fases do conhecer.

3. É um problema que convém enfrentar no plano genérico do conhecimento, visando a resolvê-lo, após, no jurídico. E o seu aspecto mais interessante e, se não me engano, menos explorado, é próprio àquele da real conexão da ciência com a arte, ao invés de sua distinção. Antecipando a conclusão do discurso que estou por fazer, diria que a arte está na nascente e se reencontra, após, na foz da ciência.

Quanto à ciência, todos sabem, repito, que opera raciocinando. Por sua vez, o raciocínio é um tecido de silogismos; e o silogismo, enfim, tem o seu pressuposto na lei. Ora, a lei é um resultado de juízos e o juízo supõe o conceito. A linguagem dos filósofos, e mesmo dos lógicos, a este propósito, é, infelizmente, pouco precisa, para não dizer, de imediato, confusa: silogismo, lei, juízo, conceito, são palavras que deveriam ser utilizadas com muita cautela.

A conceituação do que seja o conceito, se eu não estiver errado, constitui o princípio fundamental do discurso.

Comumente, se opõe um conceito ao fato, mas são as relações entre eles que devemos indagar. Há tempos, escrevendo a Teoria Geral do Direito e mesmo antes, eu me empenhei em definir o fato: o fato, eu dizia, é um fragmento, ou melhor, um segmento de história, concluído entre o princípio e o evento. Se a história não se seccionasse em fatos, não se compreenderia nada. É necessário reduzi-la a dimensões acessíveis aos nossos sentidos e ao nosso intelecto, se quisermos observá-la. Mas, como se procede? Noutra ocasião, começando a me ocupar deste atraente e difícil tema, servi-me da metáfora do rio, do qual se deve extrair uma certa quantidade de água para saber, entre outras coisas, se a mesma é potável ou não: sem um recipiente, a extração não seria possível. Extração ou abstração são palavras contíguas, que se equivalem no plano da matéria ou do pensamento. O conceito é exatamente algo como o recipiente necessário para isolar um fragmento de natureza ou de história. Fato e conceito são, portanto, dois termos complementares; assim, dá-se um fato enquanto se fabrique um conceito que o represente.

Eis que ora comparece a arte, quando se fala de representação. Sobre a relação entre representação e presente, como na relação entre presente e tempo, creio já ter insistido até o cansaço.

Fato está, que se ao rio corresponde o tempo, extrair um fato da natureza ou da história significa tirá-lo fora do tempo; o fato passa, mas o conceito, não. Ora, do que é formado o conceito, se consegue tornar presente o fato e não deixá-lo passar?

Neste ponto, então, aflora a palavra, meio prevalente, se não exclusivo da representação e, com ela, a "poiésis", formidável intuição do pensamento grego, à comparação da qual, as descobertas da filosofia analítica são uma miséria.

Com a palavra, o verbo torna-se carne; este é o milagre.

O conceito, portanto, pertence à realidade como o fato ou a coisa; melhor dizendo: à existência. O conceito existe, é um "opus", não uma idéia; por isso é o resultado de um fazer, não de um saber; é um instrumento, não um resultado do saber.

Este fazer pode ser um dizer, mas também pode não sê-lo; todavia é "poiéin", não "prátein", diria Augusto Guzzo.

O fato de que no fazer esteja implícito um saber, é algo a que já se acenou e sobre o que falaremos posteriormente; em todo caso é um saber intuitivo, não racional, fruto de uma intuição e não de um raciocínio.

Ora, mesmo porque o conceito, conforme já demonstrei noutro lugar, precede ao juízo e este, por sua vez, precede à lei, um fazer está à raiz do saber.

Portanto, a ciência tem sua raiz na arte.

4. O juízo, dizia eu, é precedido pelo conceito, não pode ocorrer um juízo sem um sujeito e o sujeito não pode ser outra coisa senão um conceito.

Com o juízo começa o caminho da ciência: é um longo caminho cujas etapas devem ser seguidas.

Também o predicado, ao qual o juízo encabeça, originando-se no sujeito, é um conceito: um segundo conceito, do qual se deveria colher a exata diferença do primeiro para um completo conhecimento do juízo.

Eu disse, nas "Novas reflexões em torno do juízo", que o sujeito está para o predicado assim como o germe está para o rebento; e não tenho razões para me arrepender, restando por compreender em que consiste este brotar do sujeito, ou seja, o desenvolvimento do conceito que se cumpre na passagem do sujeito ao predicado. Ora, parece-me que a chave do problema se encontra naquela idéia da "Weltlichkeit der Sache", que me atingiu desde a primeira vez em que li o "Sein und Zeit" de Heidegger, e nas primeiras páginas dos "Diálogos com Francisco", que eu traduzi como "universalidade da coisa".

Então, partindo da observação que cada coisa é uma parte e como tal é e não é, pareceu-me poder comparar a coisa a uma medalha, em cujo "recto" figura o que

ela seja, e no verso, o que não seja: verdadeiramente uma coisa é aquilo que é, porque não é aquilo que não é. A plenitude do seu conceito não se obtém senão no confronto com todas as outras coisas. Em realidade, portanto, sujeito e predicado correspondem cada um a uma das duas faces da medalha. O desenvolvimento do sujeito no predicado se completa "contrapondo-se ao que a coisa é o que a coisa não for".

O exemplo de juízo, que eu propus a Francisco nos "Dialoghi": "Margarida é uma menina", resolve-se nesta outra fórmula: "Margarida não é outra coisa diversa do que uma menina". As duas particulas do juízo, sujeito e predicado, se aperfeiçoam, portanto, uma com a outra, enquanto que uma é positiva e a outra é negativa. A negativa do predicado não aparece pela estrutura, mas resulta da função do juízo. Trata-se aqui de uma anti-partícula, tal como aquelas que vão sendo descobertas pelos físicos nos experimentos nucleares. A este propósito, eu tinha tido a intuição do paralelismo entre o mundo lógico e o mundo físico; mas eu não conseguira demonstrar, como agora espero ter demonstrado, a antítese, sob o ponto de vista da possibilidade e da negatividade, entre as duas particulas do juízo. Depois disto, pergunta-se: o juízo, assim como o conceito, é um produto da intuição e pertence, desta forma, ao campo da arte? Responderia positivamente. A ciência começa depois, com o silogismo, portanto, com o raciocínio. Também o juízo, tanto quanto e ainda mais do que o conceito, implica num saber, mas um saber puramente intuitivo, ainda não racional, enfim, o saber implicado no fazer, não destacado deste.

Próprio porque o juízo, mediante o verbo, encabeça a combinação de dois conceitos, aliás, das duas partes ou faces do conceito, desse deve-se dizer, como do conceito em si, que é um "opus", pensamento feito carne, portanto, pertencendo ao mundo do fazer, não do saber. Sem palavras, se não ditas, ao menos recordadas (e recordadas não poderiam ser se não tivessem sido anteriormente ditas e escutadas), o juízo e o conceito não podem ocorrer.

Enfim, também o juízo, como o conceito, se mantém no plano da "poiésis"; um falar que é um fazer, enquanto acrescenta ao mundo das coisas o mundo da sua representação e neste procura colher as coisas fora do tempo, "sub specie aeternitatis".

5. Tanto o conceito quanto o juízo adivinham, mas o homem desconfia de seu adivinhar; sente, antes de conhecer, a sua limitação; intui que aquela sua liberação do tempo é um relâmpago, que poderia ser uma ilusão e tem necessidade de uma verificação que pede ao saber: a um saber, entendendo, não mais implicado, mas explicado pelo fazer. Então, ao relâmpago da intuição sucede o trabalho paciente da razão. Fácil, também este, de intuir, mas difícil de demonstrar.

Trata-se, sempre, de conhecer a verdade da coisa ou do fato; o que está abaixo, não à superfície, não aquilo que aparece, mas aquilo que é.

Para este fim, não nos podemos valer senão da experiência. Mas o que significa esta palavra?

Diz-se logo que é o encontro ou o choque (o que já se disse) entre o indivíduo e a realidade, ou melhor, a existência; mas é necessário esclarecer que o encontro ocorre no tempo ou, mais exatamente, com o tempo.

A experiência é um fato essencialmente temporal; decisiva é, segundo eu, a observação de que, enquanto a intuição supera o tempo, a razão lhe está sujeita. A comprovação do que uma coisa seja, se obtém através daquilo em que ela se transforma.

O ser se manifesta através do transformar-se. Para verificar o que uma coisa é, necessário se torna saber o que foi e o que será; o seu ser é a ligação entre isto que foi e o que será.

Este significado de experiência responde, antes de tudo, ao sentido comum.

Ao se afirmar que um jovem, avesso aos ensinamentos dos mais velhos e mais experientes do que ele, deve, por sua vez, tornar-se experiente, o que mais se pretende dizer, senão que ele deva assumir as conseqüências de seu obstinado comportamento?

A experiência está, desta forma, em íntima relação com o transformar, ou seja, com o tempo. A experiência é dada por aquilo que vem depois, o que responde, de resto, ao dado semântico, posto que, "experior" vem de "parior". Transparece, assim, a palavra, a idéia da geração.

Depois disto, o problema é como a experiência dos outros sirva à cada um de nós. Não ocorre dizer, mesmo porque já se sabe, que isto é possível através da indagação da causalidade. As leis naturais não são outra coisa que fórmulas da causalidade. A descoberta de tais leis é o trabalho da ciência, cujo método é a análise, ou se quisermos, a abstração. Fatos e coisas são reduzidos a pedaços e com esses pedaços dos fatos e das diversas coisas se recompõe aquilo que os juristas chamam com uma palavra que mereceria talvez ser transferida a uma esfera superior àquela do Direito: "fatispécie".

A fatispécie é abstrata, o fato é concreto. A fatispécie não é um conceito, é um resultado. Passa entre o conceito e o resultado a diferença que separa, por exemplo, o retrato fotográfico de um homem, daquela figura construída sobre as conotações referidas pelas testemunhas, o que constitui uma das últimas conquistas da polícia científica, para a descoberta do réu, ou melhor, do suspeito de ter cometido um delito. Também o resultado é feito de palavras, ou de sinais, mas as

palavras têm uma função diversa daquela que guardam no conceito. Mesmo os números são palavras, mas palavras que servem para raciocinar, não para representar.

"Ratio", a propósito, em latim, significava número, não somente razão. A diferença, em termos precisos, se refere à antítese entre existência e possibilidade.

Se os resultados se pudesse atribuir uma função representativa, eles representariam os "possíveis" e não os "existentes". Esses servem, precisamente, para passar do plano da existência àquele da possibilidade. A ciência, portanto, é a análise da experiência com o fim de avaliar quanto de possível se contém no existente. A observação do tempo serve assim para comprovar o resultado da intenção atemporal. A ciência está a serviço da arte; mas a arte, por sua vez, está a serviço da ciência. A relação entre uma e outra é circular.

6. Exaurida a análise da experiência ou, pelo menos, alcançado aquele tanto que as forças permitem alcançar, é também necessário que o cientista narre a sua aventura. Não pode guardá-la para si, antes de tudo porque, mesmo que somente o interesse pela pesquisa o tenha estimulado, se não a narrar, não poderia servir aos outros, exatamente quando sempre mais a ciência é feita com a contribuição de cada um dos pesquisadores. Mas, verdadeiramente comunicação é solicitada por aquela necessidade de compreender melhor, que se obtém no esforço de se fazer compreender.

Ora, por meio deste comunicar-se, a ciência, como se iniciou, se completa na arte. Também a análise da ciência é um fato que pode, aliás, deve ser representado como qualquer outra história. Com o comunicar-se, a ciência se torna "poiesis". E o cientista volta a ser poeta.

A arte da narrativa pode chegar a diversos níveis, todavia, se a análise da experiência foi intensamente vivida, é raro que não seja dignamente narrada.

É necessário ter tido familiaridade com algum matemático ou biólogo e ter recebido a primícia de sua descoberta para ter visto arder sobre sua face a chama da poesia.

Naturalmente, este passar da ciência à arte e da arte à ciência, que procurei colher no processo do conhecimento, simplifica e, assim, deforma a realidade, na qual o suceder-se é mais uma alternância contínua, portanto, uma troca, para não dizer um câmbio de serviços entre representação e verificação. Isto explica como se tenha falado e se insistido em falar, indiscriminadamente, de ciência e não de arte em todos os casos, nos quais não se tenha um puro ato representativo, sem alguma ambição de verificar-lhe o resultado. Mas se quisermos superar, mesmo sendo por pouco, as posições já alcançadas para a solução do problema da Ciência do Direito, parece-me que a análise do conteúdo da ciência não possa ser descurada e não possa dar senão o resultado que ora me parece ter atingido.

7 Ora é tempo de deslocar a atenção para outro termo da fórmula: Ciência do Direito.

Após ter procurado esclarecer em que consiste a ciência, apressemo-nos em fazer o mesmo, em torno do Direito. O procedimento não muda se, em lugar do Direito, fala-se em Ciência Jurídica. Em que ponto difere esta das outras experiências? O "quid proprium" do Direito está numa tentativa de regular o curso da história. O que ocorre com o curso da história, ocorre com o curso de um rio: sem o Direito a história seguiria o seu álveo natural. O Direito assemelha-se a um sistema de barreiras, diques e de tapumes, mediante o qual se acelera, se orienta, se desvia ou mesmo se estanca o fluir das águas. O que corresponde às barreiras, aos diques e aos tapumes, são os comandos gerais e particulares, mediante os quais alguns homens tentam dirigir a conduta de seus semelhantes.

A primeira observação a fazer a propósito é que os instrumentos, dos quais nos servimos para regular o curso da história, outra coisa não são que palavras. É impossível compreender o Direito sem medir o valor da palavra. Provavelmente, este aspecto do Direito é o setor da realidade, na qual mais claramente se manifesta a insuficiência das diretivas daquela corrente filosófica moderna que também se ocupou da palavra ou, mais exatamente, da linguagem.

Até onde a palavra é considerada como um sinal ou símbolo, o seu valor resta, pelo menos parcialmente, escondido. A sua descoberta surge numa luminosa página do Evangelho, mais precisamente nos Sinóticos onde se conta a parábola do Semeador. A palavra nem tanto é um sinal quanto uma semente. Por sua vez a parábola do Semeador é ilustrada pelo milagre do servo do centurião: não somente com a frase celebrada na liturgia cristã, mas ainda mais com a explicação que ele mesmo deu: "eu, que sou oficial sei, que se disser a um soldado: vai!, ele vai. E se lhe disser: vem!, ele vem".

Tal é verdadeiramente o paradigma da conversão do espírito em matéria. Uma espécie de distração ou mesmo de pudor dissuadiu, até agora, os juristas do reconhecimento de que o verdadeiro assassino do condenado à morte não é o carrasco, mas sim o juiz que pronunciou a condenação; posto ser este quem diz ao carrasco: mata! E aquele, mata.

A experiência jurídica é portanto o suceder de uma ação às palavras. A depender de que ação seja ou não aquela indicada pelas palavras, ou seja, a depender de que as palavras alcancem ou não o efeito indicado, fala-se em obediência ou desobediência.

Capograssi descobriu esta verdade e assim propôs a fórmula com a qual a experiência jurídica pode ser definida.

8. Também para o Direito, o fazer precede ao conhecer. Mas, o que é necessário para se fazer o Direito? Um comando. E o que é o comando? Aliás, como é? Uma vez que o problema que necessita ser resolvido é antes aquele da estrutura do que o da função do Direito.

Provavelmente, a vingança é a matriz do Direito. Eu gostaria de ser dotado de uma cultura histórica, o que infelizmente não possuo, para poder propor, em relação a isto, algo mais do que uma nua intuição.

O ofendido que ofende o ofensor ainda não está criando Direito, mas estabelece as condições para fazê-lo. Deve ter existido, pelo menos nos "maiores" uma obscura consciência de que a vingança agrava o mal, portanto, é necessário prevenir o primeiro mal antes de acrescê-lo de um segundo.

O comando de não ofender deve partir disto. E, com o comando nasce o Direito. A raiz é a mesma para "ius" e para "iubere". Ora, o comando na sua concepção primitiva nada mais é do que o anúncio da vingança.

Trata-se de transpor a vingança do passado ao futuro, da existência à possibilidade; em palavras simples, de representar não tanto o que ocorreu quanto aquilo que poderá ocorrer.

Mas, estruturalmente, representar o que poderá ocorrer não se pode senão representando algo que ocorreu. Exatamente porque representar significa abstrair ou mesmo, digamos, extrair alguma coisa do tempo representando-o "sub specie aeternitatis", a representação do que ocorreu serve para mostrar o que poderá ocorrer.

Por isto, o Direito nasce como o juízo. "Ius, lubeo, lúdico": sempre a raiz "iu", a indicar união.

Ressalto um velho artigo de minha autoria: "Ius lungit", a cujas observações o filólogo ao qual me dirigi, nunca respondeu.

O juízo é, exatamente, a união de dois conceitos, sujeito e predicado.

Alguém julga que se algo tiver ocorrido, algo mais ocorrerá.

Isto não é somente um juízo, mas certamente, e antes de tudo, um juízo. Acrescento: um juízo de valor, o qual, como demonstrei, diferente do juízo histórico, empenha o futuro.

Note-se que a palavra adotada para significar a atividade do julgar aos fins do Direito é Jurisprudência. Ora, a "prudentia", contração de "praevidentia", implica,

precisamente, numa capacidade de prever. "Iuris-prudens" é aquele que, pronunciando juízos de valores aos fins de Direito, isto é, para estabelecer a paz entre os homens, antecipa no presente o futuro.

Se não me engano, a Jurisprudência é arte, não Ciência do Direito. A arte, como em qualquer outro conhecimento, está no princípio e no fim do conhecimento do Direito.

O "Iuris prudens cognoscit faciendo" é próprio da arte e não da ciência. Pode ocorrer que ele não consiga ser um artista; de qualquer modo, porém, é um artifice, não um cientista.

9. A verdade é, porém, que o comando jurídico, enquanto busca a paz entre os homens, portanto, a prevenir a guerra e não somente a reprimi-la, evolui do juízo na lei, o que significa, em termos já usuais num comando abstrato e não concreto, cuja formação exige um saber que não é somente um saber-fazer. Aqui se coloca exatamente o problema da Ciência do Direito como análise da experiência jurídica. A mesma coisa que ocorre com o Direito, ocorre com os engenhos físicos, os quais, num primeiro e longo tempo são para nós de formação empírica, transformando-se, pouco a pouco, no produto de uma técnica guiada pela ciência.

É, se não me engano, de extremo interesse observar como tal formação científica vem se desenvolvendo.

A passagem, quero dizer, da formação empírica à formação científica da lei ocorre, pouco a pouco, por etapas ou por graus.

Comumente se identificam duas etapas ou graus na exegese e na dogmática; mas a análise, para dar algum bom fruto, deve ser impelida mais a fundo. Sem dúvida, as primeiras leis são obras da intuição; mas, como ocorre que se forme o saber necessário ao controle dos resultados da intuição, e que tal saber sirva para substituir a formação científica à formação empírica das leis jurídicas?

Esta é uma das fórmulas com as quais pode-se propor o problema da Ciência do Direito e é para resolver tal problema que assume uma importância decisiva a experiência jurídica.

10. Se é verdade que a experiência consiste, como há pouco procurei explicar, no suceder de um efeito à causa e se a lei jurídica, por sua vez, consiste em fazer decorrer um certo efeito pela ação do indivíduo, conforme ou disforme em relação àquilo que a lei prescreve, o exemplo da experiência jurídica é aquele de quem deve fazer uma escolha prevista pela própria lei; em termos correntes, de quem se encontra a regular a sua conduta segundo a lei, devendo, portanto, escolher entre a obediência e a desobediência.

É claro que para tal fim ele deve confrontar o fato com a fatispécie; estas palavras já são familiares aos técnicos do Direito, embora nem sempre usadas corretamente.

A propósito disto é bom referir que fatispécie não é o fato mas o conceito do fato tal qual se encontra formulado na lei.

Ora, o confronto supõe, antes de tudo, que quem o deva fazer compreenda aquilo que a lei, ou, mais exatamente, o que quis dizer aquele que criou a lei; e, antes de tudo, determine exatamente o significado das palavras, com as quais a lei se exprime. A experiência, a este propósito, se resolve no diálogo, também esta uma palavra admirável, enquanto exprime que o "logos" não está tanto em quem fala e em quem escuta, mas entre quem fala e quem escuta. Somente quando um e outro "vertunt in unum", o diálogo se estabelece e a experiência é positiva.

Ora, próprio sobre o diálogo é que convém meditar. É exatamente porque o pensamento está entre quem fala e quem ouve, aliás, quem escuta, é que não somente aquele que fala deve ter atenção para captar o ouvinte, mas um e outro: o primeiro a fim de encontrar a palavra apta para se exprimir; o segundo, com o fim de prendê-lo através daquelas palavras. Basta refletir que a distração permite ouvir mas não escutar, para que se reconheça que a posição da quem escuta não é uma posição meramente passiva; pode mesmo ocorrer, aliás não é nada raro, que o esforço de quem escuta seja maior daquele que fala. Mas a atenção pode não ser suficiente, ao contrário, a rigor, nunca é suficiente, para que o pensamento se exprima inteiramente com a palavra.

A mímica, compreensiva do comportamento da face como do gesto, demonstra assim o esforço de quem fala com a interior consciência da utilidade, para não dizer da necessidade de um complemento à palavra, a fim de que o diálogo possa ser estabelecido. Por isso, o escutar não se exaure no ouvir; junto ao ouvir, ocorre ver. Sob este ponto de vista, se manifesta a menor eficácia do discurso escrito em confronto com o discurso falado, embora a maior ponderação do escrito consinta uma mais acurada escolha das palavras.

Todavia, a colaboração do destinatário do discurso ao sucesso do diálogo se estende além dos limites da mímica, à procura de uma quantidade de elementos exteriores os quais possam servir de complemento à palavra. É através do emprego de tais elementos, o qual obriga a um saber racional além do saber intuitivo, que ocorre, portanto, a intervenção da ciência em auxílio da arte.

Isto se manifesta de modo particular quando, para verificar o significado atribuído às palavras, se procura a "ratio" da declaração, o que após significa dizer, do seu fim. A relação do meio ao fim, isto é, do "posterius" ao "prius", se exprime, na realidade, numa lei, na aplicação da qual pode-se verificar o significado. Exigências análogas são encontradas na reconstrução do fato, que é outro termo do confronto, no qual se resolve a experiência jurídica.

São, depois de tudo, as exigências da historiografia, a qual, por sua vez, empenha além do saber intuitivo, um saber racional, de tal forma que a própria experiência jurídica elementar do "subditus legis", cujas escolhas estão condicionadas pelo Direito, não pode ser completada sem um saber que ultrapasse os limites da pura intuição.

11. Compreende-se que, para socorrer às necessidades do "subditus", cuja preparação é freqüentemente, aliás ocorre cada vez mais insuficiente para superar a dificuldade da experiência jurídica, não tanto para a reconstrução do fato, quanto para a compreensão da fatispécie, venha se formando a Ciência do Direito, antes de tudo na qualidade de exegese, ou melhor, de interpretação. Uma primeira observação a este respeito concerne à diferença entre exegese e interpretação; uma diferença que normalmente foge à atenção dos estudiosos. Exegese é a atividade dirigida a compreender a norma jurídica; interpretação é ao invés a atividade dirigida a fazê-la compreender. O exegeta trabalha para si; o intérprete trabalha para os outros. O intérprete, enfim, é um intermediário, é o que se coloca no meio (inter), entre o "conditor" e o "subditus legis". Aqui se trata não tanto do saber racional, quanto do saber científico, ou seja, de um saber desinteressado, posto a serviço, não de uma ação própria, mas da ação de outrem. A interpretação se resolve num juízo de caráter histórico, cujo sujeito é a norma interpretada e cujo predicado consiste numa fórmula em que se desenvolve o conceito a fim de que se torne mais inteligível para o "subditus legis".

O saber necessário à interpretação, pelas razões adotadas precedentemente, não está contido nos limites do saber intuitivo, onde a interpretação está certamente compreendida no âmbito da Ciência do Direito; mas a ciência não basta para constitui-lo sem o subsídio da arte; o intérprete, como o "conditor iuris", forma um resultado que difere do conceito, enquanto representa um "possível" antes de que um "existente", mas não pode representá-lo senão em termos de existência, ou seja, como sa existisse.

Assim, é obra da arte tanto o retrato de uma pessoa viva, quanto o de uma pessoa imaginária.

12. Não há, porém, somente as palavras mas também os silêncios das leis; masmo estes é preciso ter em conta, quando se busca resolver o problema da Ciência do Direito. Ao invés de "silêncios" os juristas falam de lacunas. Eu não mudei a palavra por capricho, muito menos por preciosismo, mas porque o silêncio que se interpõe à guisa de pausa no discurso tem, como veremos, um valor que a palavra lacuna não exprime. Ocorrem como que intervalos entre as coisas, que parecem vazios e ao contrário estão cheios de ar, o elemento necessário à vida.

As lacunas da lei assinalam a irreduzível margem entre o abstrato e o concreto.

A história tem uma riqueza que a lei nunca conseguirá exaurir.

Isto significa que a lei não basta para exaurir o Direito. Os remédios de tal insuficiência, que eu mesmo distingui com os dois conceitos da auto-integração e da étero-integração, se reduzem "in apicibus" a um só. Se a fratura no tecido dos comandos legislativos se resolve com o comando judicial, fazendo do juiz o legislador do caso concreto, isto não significa que este possa julgar na medida de uma "aequitas cerebrina", onde ele não pode deixar de buscar o que chamamos de princípio do Direito, para guiá-lo no julgamento, assim como guia o legislador para legislar.

Se, ao contrário, a solução consiste na analogia, é fácil demonstrar, como demonstrei desde os meus primeiros estudos, quanto seja ilusória a conhecida distinção entre "analogia legis" e "analogia iuris", onde a aplicação ao caso não previsto pela norma que regula os casos semelhantes ou matérias análogas se resolve sempre na busca do princípio inexpresso do direito. Assim, os silêncios da lei, ou mesmo os intervalos entre as palavras da lei são, como os intervalos entre as coisas, cheios de um "quid" que se assemelha à atmosfera, sem a qual a lei não poderia respirar. Mas o jurista não pode se contentar com esta metáfora como o químico não se contenta em afirmar que entre coisas e coisas não há o vazio, enquanto se esforça por saber de que se compõe o ar. Precisamente: o que são os princípios e como são descobertos?

Não são, antes de tudo, não podem ser senão leis, não é possível que sejam qualquer coisa diversa das leis, pois servem ao mesmo fim, isto é, a compor um conflito de interesses entre os homens e são, para o regulamento dos casos não previstos, aplicados pelo juiz, ou mesmo antes, pelo "subditus", do mesmo modo com que se aplicam as leis. Leis, porém, não escritas e, melhor se diria, antes do que explícitas, implícitas no sistema. (Entenda-se, pois, leis explícitas).

Ora, o que interessa ao nosso problema é o modo da sua descoberta que é, como veremos, o mesmo modo com o qual os físicos descobrem as leis implícitas da natureza.

Com esta finalidade, ainda mais intensa ou profundamente que para a interpretação, opera a ciência, que já nos habituamos a chamar de dogmática, neste setor.

A dogmática, em confronto com a interpretação, é um grau ulterior de análise da experiência. Se se pudesse comparar cada uma das normas jurídicas ao átomo, eu diria que os juristas se comportaram como os físicos quando conseguiram fazer-lhe a anatomia.

As abstrações sucessivas, ou melhor, progressivas, que nos levaram desde o "ius" e da "obligatio" dos juristas romanos à relação jurídica, ou do "contractus" ao negócio e, finalmente, ao ato e ao fato jurídico, descarnaram a existência para formar resultados sem os quais não teria sido possível descobrir as leis implícitas,

das quais as leis explícitas são uma manifestação. Normalmente, antes de extrair ou de analisar, fala-se em generalizar; mas estes são modos diversos para se dizer a mesma coisa: o geral diante do particular não é senão o abstrato diante do concreto.

O fisiólogo, se não conseguisse isolar sobre a mesa anatômica o sistema nervoso, não teria podido descobrir as leis que o governam, e o jurista, se não tivesse construído as categorias da relação ou do ato jurídico, não teria compreendido, entre outras coisas, que o ato é a função da relação e que, portanto, determinados efeitos jurídicos não se produziram se aquele que os executa não fosse sujeito da relação que se manifesta.

13. Aqui surge, se não me engano, o conceito da experiência, que não é a norma nem o fato mas, voltando às palavras de Capograssi, o encontro ou choque entre a norma e o fato: encontro, eu diria, se a norma é obedecida; choque, se a norma é violada.

Não se deve entender o ensinamento do Mestre no sentido de que baste a experiência rude para que se faça a ciência: a experiência, como a matéria-prima, deve ser elaborada. Mas a matéria a ser trabalhada não é somente a norma, mas sim a norma enquanto é obedecida ou desobedecida, isto é, na realidade do seu sucesso ou do seu insucesso.

Capograssi, muitas vezes, senão quase sempre, ao invés da realidade diz vida; e o diz corretamente porque a realidade do direito é a vida do homem; somente enquanto o homem vive é que ele se encontra ou desencontra com o direito. Isto significa que a Ciência do Direito não pode ser feita unicamente sobre os livros.

As normas do Código Civil que regulam a venda ou a locação não são a venda ou a locação, assim como as normas do Código Penal que punem o furto ou o homicídio não se confundem com o furto, nem com o homicídio. Igualmente, o Código de Processo Civil ou de Processo Penal não são nem o Processo Civil nem o Processo Penal. Por isso, aquelas normas constituem uma parte mas não toda a matéria que o jurista deve trabalhar para fazer a ciência.

Para este fim, ele não pode permanecer fechado nas bibliotecas, mas deve mergulhar na vida.

Se eu procuro compreender a Capograssi em relação aos eventos da minha vida e medir a estrada que eu mesmo percorri, devo confrontá-lo com Polacco, que foi o meu primeiro e mais caro Mestre. Para Polacco, bastava a biblioteca; aliás, a rigor, bastava o Código Civil; tudo o que estivesse além da norma jurídica não só não importava, como não devia importar. Capograssi teria dito que importava a norma e não importava a vida.

Eu fui, tão logo fora da universidade, um aluno reconhecido, mas infiel; e não porque soubesse desenvolver uma crítica a este modo de pensar; tudo quanto posso colocar no meu ativo daquele tempo é uma atração pela vida, uma necessidade de sair do fechado, um interesse sempre crescente por aquelas, que eu teria então chamado, as aventuras do Direito: instinto talvez, mais do que atração.

Enfim, uma paixão pela aventura que a um certo momento, como já citei em outro lugar, me teria talvez separado dos estudos, sem a intervenção de Sraffa e o chamamento da Revista di Diritto Commerciale, cuja influência no desenvolvimento da Ciência Italiana do Direito, no princípio do século, foi realmente decisiva.

Ocorreu-me, assim, fazer uma análise da experiência jurídica, antes de tudo sem saber claramente o que fazia.

Tem-se a prova disto naquela apreciação do livro de Capograssi, ora reeditado, a qual demonstra que, infelizmente, eu compreendera bem pouco.

A compreensão veio mais tarde, e talvez menos por mérito do livro do que do homem, com o qual a minha boa estrela permitiu que eu mantivesse uma ótima amizade.

Assim, pouco a pouco, Capograssi me ensinou, não só a reconhecer a Ciência do Direito, mas a conhecer a mim mesmo.

Se, nestas páginas, eu tiver conseguido dar um passo adiante na estrada por ele aberta, eu me sentiria feliz por ter começado a pagar, mesmo com uma moeda bastante pobre, uma dívida que nunca se extinguirá.