

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA  
UNIVERSIDADE DO RECIFE  
FACULDADE DE DIREITO

# Filosofia do Direito

LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO

Professor Catedrático de Direito Penal na Faculdade de  
Direito da Universidade de Minas Gerais

SEPARATA DO VOL. I DOS ESTUDOS JURÍDICOS EM HONRA DE SORIANO NETO  
RECIFE \* PERNAMBUCO \* 1962

F  
340.1  
B214p







MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA  
UNIVERSIDADE DO RECIFE  
FACULDADE DE DIREITO

# Filosofia do Direito

LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO

Professor Catedrático de Direito Penal na Faculdade de  
Direito da Universidade de Minas Gerais

SEPARATA DO VOL. I DOS ESTUDOS JURÍDICOS EM HONRA DE SORIANO NETO  
RECIFE \* PERNAMBUCO \* 1962

22



## FILOSOFIA DO DIREITO

*Lydio Machado Bandeira de Mello*

Professor Catedrático de Direito Penal na Faculdade de  
Direito da Universidade de Minas Gerais

### § 1.º

O termo FILOSOFIA tem diversas acepções.

Significa primeiramente *o exercício da Razão*. Desde que apliquemos a Razão no campo que lhe é próprio, estaremos fazendo Filosofia.

— Que é a Razão?

Respondo em meu livro “*A procura de DEUS*” (Rio de Janeiro, 1938): — é a faculdade de descobrir e aplicar as leis gerais da existência e do conhecimento.

— Mas será possível ao Homem descobrir e aplicar *as leis gerais da existência*?

Respondo: — É.

E por que?

— PORQUE CADA UM DE NÓS EXISTE. As leis da existência não estão de um lado e os seres existentes do outro lado. Muito pelo contrário: *é nos seres existentes que estão insitas ou implícitas as leis da existência*

— E as leis gerais do conhecimento?

— Também estão em nós mesmos; EM NOSSA FACULDADE OU CAPACIDADE DE CONHECER. O raciocínio é análogo: — As leis do conhecimento não podem estar de um lado e as inteligências do outro lado. Pelo contrário: tem que manifestar-se *nas próprias operações intelectuais do sêr inteligente* E NOS DADOS REAIS QUE ÊLE TRAZ EM SI. E isto porque a Razão não é uma cousa e a Realidade outra: ela é a própria Realidade tomando conhecimento de si mesma.

Darei a fórmula afirmativa pura a êstes dois argumentos:

— É em nossa Realidade (que participa da Realidade Total) que se acham implícitas as leis da existência; é em nossa atividade intelectual ou cognoscente (que participa do poder de conhecer comum aos entes pensantes) que estão implícitas as leis do conhecimento.

O que a Razão ou Consciência racional faz é *tomar consciência delas* E TORNÁ-LAS EXPLÍCITAS POR MEIO DE PALAVRAS.

Por isso, só encontramos um caminho natural ou normal para a descoberta da Verdade (da Realidade dos Sêres): entrarmos em nós mesmos e lermos em nosso interior as Leis da Realidade.

— E para que precisamos de conhecer as leis da existência e do conhecimento?

— PARA EXPLICARMOS A NOSSA EXISTÊNCIA;

— para descobrirmos a nossa natureza, a nossa origem e a nossa finalidade;

— a fim de vivermos a vida para que fomos criados;

— a fim de realizarmos com a nossa conduta consciente e voluntária (com o uso racional de nossa Liberdade) O IDEAL

DO CRIADOR DIVINO, o Homem Ideal pensado por DEUS ou (para falarmos antropomôrficamente) O IDEAL QUE DEUS TEVE EM MENTE QUANDO CRIOU O HOMEM.

§ 2.º

Se a Filosofia é o exercício da Razão, as definições de Razão e de Filosofia são interdependentes: da definição de uma, podemos inferir imediatamente a da outra.

O mais consentâneo será partirmos da definição de Razão. Qual a definição de Razão que mais nos convém?

— A que nos aponta a *FINALIDADE* da Razão.

Esta, evidentemente, não foi dada ao Homem para dirigi-lo nas atividades da vida animal. Para dirigir um animal como os outros, meia dúzia de instintos bastariam. E também a simples Inteligência, definida como — *a faculdade de descobrir e estabelecer relações.*

A faculdade de fabricar instrumentos e máquinas que multipliquem o poder do Homem sobre o Mundo Físico *já não é uma faculdade de serva da animalidade do Homem.* Já se prende à sua Razão e ao seu Livre Arbítrio, porque, à animalidade pura, interessa somente respirar bem, beber água fresca e potável, comer com relativa temperança (comer sem gula), dormir em sossêgo e reproduzir-se nas épocas do cio. Em resumo: contentar o corpo e servir a espécie.

Também a busca das diversões no indivíduo adulto (romance, teatro, cinema) tem por objeto cousas racionais, por meios das quais o Homem procura fugir do mundo real (limitadíssimo para êle), que lhe parece tedioso e desinteressante, para ingressar num mundo ideal ou, quando nada, fantástico ou *diferente.*

— Então para que serve a nossa Razão?

— Para mostrar-nos que a Animalidade não é o principal elemento de nossa natureza. Para evidenciar-nos que não somos apenas animais.

— Nêste caso, que definição proporemos para a Razão?

— Proponho a seguinte, em “*A procura de Deus*”:

*RAZÃO é a faculdade de descobrir o Universal dentro do particular, o Necessário por baixo do contingente, o Absoluto e o Incondicionado por trás do relativo e do dependente.*

Ponhamos esta definição em têrmos mais claros:

RAZÃO é a faculdade de demonstrar a Existência de DEUS, a existência e a espiritualidade (imaterialidade) da Alma e o nosso Livre Arbítrio ou poder sôbre o destino.

Defino, ainda:

RAZÃO é a faculdade de propôr, analisar e resolver os problemas inexperienciais ou metafísicos;

é a faculdade de descobrir a *natureza* das cousas, analisando as suas aparências; de descobrir a Causa em Si (Realidade Objetiva) através da Causa em Nós (isto é — de nossa representação das cousas (dados dos sensórios);

é a faculdade de descobrir o MUNDO DA REALIDADE (que se apresenta velado ou deformado pelo Mundo da Representação).

Em resumo: RAZÃO é a faculdade de descobrir a natureza dos sêres.

Logo O ESTUDO DA NATUREZA DOS SÊRES É A FILOSOFIA OU METAFÍSICA.

§ 3.º

Eis a principal distinção entre a CIÊNCIA e a FILOSOFIA: — a Ciência estuda os FENÔMENOS, isto é: as manifestações dos sêres tais como nos *aparecem* através dos sensórios; — a Filosofia ou Metafísica estuda os NÔUMENOS, isto é: a Natureza dos Sêres em sua realidade objetiva ou independente: o que os sêres são *em si*, fóra do campo de nossa experiência (de nossa observação).

De maneira abreviada: CIÊNCIA é o estudo do Universo por meio dos sentidos; Filosofia é o estudo do Universo por meio da Razão.

A determinação da natureza dos sêres não está ao alcance da Ciência. A Geometria estuda as propriedades da extensão e do espaço (melhor dito: a figura, o tamanho e a posição dos corpos), porém é incompetente para dizer-nos o que são o espaço e a extensão. A Física é incompetente para ensinar-nos o que são a matéria e a energia. A Biologia é incompetente para esclarecer-nos a natureza da vida. A Psicologia Experimental é incompetente para revelar-nos o que são a consciência e a alma.

Só dispomos de um meio para pesquisarmos a natureza de um sêr: o emprêgo da Razão: a Filosofia.

— E qual o problema fundamental da Filosofia?

Não se espantem com o que vou dizer: O DA EXISTÊNCIA DE DEUS.

Para quem tem a certeza da Existência de Deus, restringe-se o campo da ignorância e da dúvida. Não há lugar para o Cepticismo Radical. Torna-se evidente a possibilidade de conhecermos a natureza dos sêres criados.

Havendo DEUS, O UNIVERSO E OS SÊRES QUE ÊLE CONTÉM SÃO REALIZAÇÕES DE IDÉIAS DIVINAS. E o que foi produzido segundo uma idéia *pode ser conhecido segundo outra idéia.*

Por isso, Platão supôs muito bem a existência de dois mundos: O MUNDO DOS INTELIGÍVEIS (ou mundo das Idéias Divinas) e o MUNDO DOS SENSÍVEIS (ou mundo dos sêres que se originaram delas). Filosofar seria voltarmos o nosso poder de intuição para o Mundo dos Inteligíveis.

E, por isso, o economista Wolowski definiu com acêrto:

FILOSOFIA é a indagação racional das intenções da Providência (isto em cada ramo do conhecimento humano).

Sempre, pois, que se procura definir um sêr (*captar a essência dêle: a idéia segundo a qual êle foi causado*), estamos fazendo Filosofia ou Metafísica.

Schopenhauer empregou a locução-título *Metafísica do AMOR*. Ela equivale à pergunta: — Que é o Amor? (Qual a natureza do Amor?)

Eu publiquei um tratado intitulado "*Metafísica do Número*". Êste nome equivale à locução substantiva: *Estudo da natureza do Número.*

Que significam, portanto, os nomes FILOSOFIA DO DIREITO, METAFÍSICA DO DIREITO?

Apenas a resposta à pergunta: — Que é o Direito? —.

Êste significado sugere-nos a definição da matéria. Apresento a seguinte:

FILOSOFIA DO DIREITO é o estudo da natureza, da origem, da finalidade, do desenvolvimento, da evolução e da racionalização e humanização do Direito.

(Ela, como se vê, não pode separar-se da História do Direito: da verificação de como o Direito vem sendo criado e modificado pela Vida.)

Nos antigos cursos jurídicos das universidades veteranas, chamava-se DIREITO NATURAL ou DIREITO RACIONAL.

#### § 4.º

Podemos dividir o estudo DO DIREITO — e portanto o estudo do Direito Penal — em três disciplinas:

— a Metafísica ou Filosofia do Direito;

— a História do Direito;

— a Dogmática ou Sistemática do Direito (a exposição sistematizada da Lei (da Legislação); o estudo metódico do Direito Positivo, isto é, da legislação em vigor em cada Estado).

Classifico todos os sistemas e escolas de Filosofia do Direito (isto é: tôdas as concepções sôbre a origem, a natureza e a missão ou finalidade social do Direito) em dois grupos antagônicos: FILOSOFIAS JUSNATURALISTAS e FILOSOFIAS CÉPTICAS (que desembocam quase sempre no Totalitarismo e no Absolutismo).

Com efeito, o contrário do Natural é o Arbitrário. O Arbitrário é, sem tirar nem pôr, o antônimo do Natural. Logo — de duas, uma:

— ou o Direito é um produto NATURAL da Razão e da Vida (um conjunto de regras de conduta social, estabelecidas pela Razão E DECORRENTES DA NATUREZA HUMANA);

— ou é uma imposição arbitrária de um homem a outros (no caso: dos mais fortes e aventureiros ou turbulentos

sua JURISPRUDENCE OF WELFARE (Jurisprudência do Bem-Estar), título que alguns (por exemplo: Rodolfo Sandoval) traduzem por *Jurisprudência Estimativa*, apoiando-se, aliás, em Jerome Frank, que a estudou em sua obra acima referida. (Cf. a monografia de Pekelis "*La tecla para una ciencia jurídica estimativa*", na obra coletiva "*El pensamiento jurídico norteamericano*".)

Diz Pekelis: "As doutrinas do arbítrio judicial (do poder de arbítrio dos juizes) foram de todos os modos uma racionalização adequada da posição em que se encontravam juizes e funcionários em virtude da técnica legislativa e constitucional da América do Norte.

Deve recordar-se que, em certo sentido, os Estados Unidos não possuem constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição, como as disposições mais importantes de nossas leis fundamentais, não contêm senão um apêlo à honestidade e à prudência daquêles sôbre que pesa a responsabilidade de sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser *justa* a proteção das leis — *igual*, que as penas não devem ser *cruéis* nem *inusitadas*, que as cauções ou multas não devem ser *excessivas*, nem as buscas domiciliares e sequestros *imotivados*, nem a privação da vida, da liberdade ou da propriedade *sem o procedimento jurídico devido* — não é mais do que dar base à atividade dos juizes para criarem o Direito — e até a Constituição — já que se os deixa em liberdade para definir o que é cruel, razoável, excessivo, devido eu — em seu caso — o que seja *igual*.

Por sua vez o Congresso e as legislaturas dos Estados hão adotado, já faz tempo, a mesma técnica, em muitos pontos estratégicos.

"Muitas das decisões judiciais de nossos dias mostram este tríplice *leitmotiv*: consciência da liberdade, confissão de falibilidade e BUSCA DE UM GUIA EXTRA-JURÍDICO. Uma sentença recente de uma côrte federal de distrito diz que, agora, os juizes se mostram mais inclinados a "modificarem

seus procedimentos, de modo que possa haver um juízo MAIS REALISTA dos complexos problemas dos fatos econômicos e da política industrial”, e “a aceitar o testemunho econômico apropriado para assentar uma regra geral do regime industrial. “A atitude é mais pronunciada nas côrtes de apelação, e particularmente na judicatura federal.”

“Em outras palavras, nossos juizes, que por largo tempo hão estado a propôr-se uma série de problemas a respeito dos cânones de interpretação, das intenções dos legisladores e dos limites da autoridade judicial, podem estar a ponto de formular para si mesmo, cada vez com maior frequência, A ÚNICA PERGUNTA QUE NA REALIDADE IMPORTA: — Qual de minhas condutas possíveis (que norma jurídica) poderia servir melhor ao bem estar geral da sociedade a que hei jurado servir? E podem inclinar-se a responder a esta pergunta franca e explicitamente”( por exemplo: numa aplicação mais larga da TEORIA DO RISCO, em vez da *teoria da culpa*, em matéria de responsabilidade civil).

### § 6.º

Penso, ao contrário de Jerome Frank, que as razões humanas, sendo — por natureza — idênticas (tendo ínsitas em si as mesmas leis da existência e as mesmas leis do conhecimento), o que é natural a uma (ou para uma) é natural a tôdas, ao passo que o arbitrário (por ser arbitrário) é individual ou original e frequentemente abusivo e opressivo.

E tanto é assim que a Aritmética, a Álgebra e a Lógica de uns SÃO A ARITMÉTICA E A LÓGICA DE TODOS OS OUTROS.

Logo — ou aceitamos a existência de uma BASE NATURAL DO DIREITO (de princípios básicos, NASCIDOS DA RAZÃO HUMANA E DERIVADOS DE NOSSA NATUREZA) ou teremos que afirmar que não existe um direito só (que NÃO EXISTE O DIREITO); que existem muitos direitos contraditórios e irreduzíveis entre si; e que cada um des-

ses direitos é a criação arbitrária de um homem ou partido dotado de força suficiente para impô-la imotivadamente a outros (a uma coletividade nacional).

Para mim, as posições são claras e apenas duas.

O PROBLEMA BÁSICO DO DIREITO — principalmente do Direito Penal — é O DA EXISTÊNCIA DA LIBERDADE HUMANA (entendam-me: do Livre Arbítrio: da LIBERDADE DE QUERER e de realizar, pelo menos em parte, o que se quer). Porque o DIREITO é pura e exclusivamente a ciência e a arte de harmonizar as liberdades individuais dentro das sociedades humanas; a ciência e a arte de tornar possível, útil e agradável a convivência social (a paz dentro da Família, a paz dentro da Cidade, a paz dentro do Estado, a paz dentro da Humanidade ou PAZ PERPÉTUA UNIVERSAL).

Logo (PRIMEIRA POSIÇÃO) — ou afirmamos a Liberdade Humana e, portanto:

a) a igualdade fundamental ou natural dos homens — cada qual com direito à liberdade e com uma razão de natureza idêntica à da razão de cada um dos outros;

b) o nascimento das leis por imperativo da razão e da vida e por um acôrdo das vontades (tácito ou expresso) a fim de evitar conflitos entre liberdades ignorantes ou caprichosas;

— ou (SEGUNDA POSIÇÃO) negamos a Liberdade Humana e afirmamos um rigoroso Determinismo Universal.

No primeiro caso, afirmaremos a responsabilidade humana e a necessidade de um Direito Positivo, fundado na noção de Justiça e, portanto, em um Direito Natural, e criado pelo acôrdo, unânime ou majoritário, das liberdades individuais (contrato social). No segundo caso, negaremos a responsabilidade humana, substituindo a Responsabilidade pela Periculosidade, no Direito Penal, e substituindo a Teoria do Dolo ou

da Culpa pela Teoria do Risco, no Direito Civil. E negaremos que o Direito Positivo tenha uma base racional e psicológica (e antropológica). O Direito será a expressão da vontade de quem dispuser de força para impôr sua vontade. Porque é o Determinismo Universal que levanta e sustém os déspotas e os chefes totalitários bem como os govêrnos republicanos. Logo a vontade dos déspotas é tão "Direito" (?) quanto as leis votadas pelos representantes do povo nas democracias.

Resumamos o assunto:

Só há dois tipos de Filosofias do Direito (de explicações para o Direito) :

— Filosofias que afirmam a existência de direitos naturais e filosofias que negam a existência de um Direito Natural.

Ou, ainda:

— Filosofias segundo as quais o Estado é criação dos Homens e filosofias segundo as quais o Homem já nasce dentro de um Estado, como parte dêle e a êle subordinado, não tendo direitos em relação e êle e só tendo deveres para com êle.

Concluamos, porém, o parágrafo:

Basta compararmos os Códigos Civis e os Códigos Penais de todos os Estados civilizados para vermos a sem-razão de Jerome Frank.

As leis relativas aos contratos ( para ficarmos no terreno econômico — tão do agrado de Pekelis) são de validade universal. E as leis que punem os crimes contra o patrimônio são sensivelmente as mesmas em tôdas as legislações penais hodiernas.

O que difere de um povo para outros são as leis que definem e protegem os regimes políticos vigentes nos diversos Estados.

### § 7.º

Kelsen e, com êle, o cepticismo ou pragmatismo jurídico norte-americano (que sugeriu ao juiz Jerome Frank o seu inteligente e divertido, porém inaceitável, "*Courts on trial*": "Os Tribunais em julgamento") embaralham a noção de Justiça e as noções de Bem, de Felicidade e, até mesmo, de Razão:

— Isto são palavras que cada qual define a seu modo e que, portanto, em última análise, e para falar com franqueza, não sabemos definir.

Eu, de mim, tenho idéias muito nítidas a êste respeito.

— Que é o Bem?

— A Felicidade.

— E que é a Felicidade?

— A plenitude do sêr. É feliz aquêle que realiza a plenitude de seu sêr, ainda que, para atingi-la, tenha que passar por muitos sofrimentos.

— Que é praticar o bem?

— É concorrer com seus atos para a felicidade REAL de outrem, isto é, para a perfeição do sêr alheio.

— E que é ser mau?

— É comprar o prazer próprio à custa do sofrimento alheio. Ou infligir a alguém um sofrimento inútil ou desnecessário. Ou concorrer para a decadência alheia.

— E em que consiste a virtude da Justiça?

— Em amar ao próximo como a nós mesmos. Em tratar a cada homem, em cada circunstância, como desejaríamos ser tratados se estivéssemos na situação em que êle está.

Logo, para mim, a base da doutrina do Direito Puro, de Kelsen, é um cepticismo jurídico, que êle próprio repudia.

Quanto à Razão, defino-a (e não há inconveniente em repetir a definição) com — a própria consciência enquanto descobre e aplica as leis gerais da existência e do conhecimento.

Essas leis são as mesmas para todos os homens. Daí essa universalidade da Razão, que torna possível a harmonização das liberdades individuais humanas e justifica o Direito Natural.

Entre essas leis, está a de nossa dependência de DEUS. Somos seres suportados por DEUS. É DEUS quem nos anima. ÊLE, pois, nos impele para a conquista ou realização de um Ideal comum: o Ideal do BEM (ou da Felicidade para todos). E a essa impulsão para o Bem e para a Bondade (comum a todos os homens, embora muitos não tomem conhecimento dela) é que chamo THEOTROPISMO.



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA  
UNIVERSIDADE DO RECIFE

Bandeira de Mello, Lydio Machado

Filosofia do direito

F63-62 F340.1 B214f

Prove que sabe honrar os seus com-  
promissos devolvendo com pontualidade  
êste livro à Biblioteca.

