

AULA 04 – FILOSOFIA DO DIREITO

ESCOLA DO DIREITO LIVRE Hermann Kantorowicz (1877-1940) BIOGRAFIA

- Jurista.
- Natural da Posnânia, na antiga Polônia alemã.
- Em 1906, edita um manifesto intitulado (*A luta pela ciência do direito*).
- Utilizava o pseudônimo de Gnaeus Flavius.
- Muda-se em 1933 para os Estados Unidos, ensinando em Yale.

CONTEXTO HISTÓRICO JURÍDICO

- Surge como reação contra:
- O positivismo extremo da escola da exegese;
- O positivismo utilitarista da jurisprudência dos interesses;
- Algumas formas de positivismo sociológico
- contraposição à *Orientação Doutrinal clássica*, que delimita muito os poderes do aplicador das leis, estando ele fadado a sempre obedecer à norma.

DEFENSORES E TESES

■ ADICKES:

- Nega a teoria das fontes
- Sob alegação de que lei e costume não criam o direito, ele nasce na *convicção* individual,
- logo o juiz deve descobrir livremente o direito em sua consciência.
- “O direito positivo é um *limite* à *convicção* do juiz, mas para além desta barreira ele pode formar direito livremente”.

BÜLOW :

- Confere à função jurisdicional a *força criativa de direito*, ao reconhecer um *direito judiciário*.
- “A lei não passa de ser um plano do ordenamento jurídico que é realizado só pelo juiz”.

KOHLER:

- Estuda a teoria da interpretação, pondo à luz a força criadora da jurisprudência.

EHRILICH:

- Deu a contribuição sociológica ao Movimento do Direito Livre
- Em caso de silêncio da lei, pode o juiz aplicar o direito livremente descoberto consoante sua época.
- Vislumbra a existência de um Direito da Sociedade, independente do Direito legislado

A realidade jurídica divide-se em três categorias:

- a) O Direito da sociedade;

- b) As regras de decisão em caso de conflito;
- c) as proposições abstratas do Direito, que costumam ser chamadas de leis.

- Direito da sociedade era constituído por suas instituições básicas (matrimônio, família, posse, contrato, sucessão), que eram anteriores a toda e qualquer função legislativa.
- Assim, este Direito da sociedade deveria prevalecer sobre o Direito legislado nas decisões judiciais.

■ **KANTOROWICZ**

- “o juiz deve decidir a seu arbítrio; a sentença não deve ser motivada; liberdade em toda a linha; em uma palavra, o direito entra em sua fase voluntarística.”
- Há divergências sobre a amplitude da livre criação do direito.
- Alguns autores defendem tal possibilidade somente nos casos de silêncio da lei (analogia);
- Outros, no âmbito da interpretação lógica;
- E há aqueles que defendem a criação do direito em qualquer hipótese.

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

- Surgiu na Alemanha
- *irracionalismo gnoseológico* ;
- *voluntarista*: 'o direito é a vontade do juiz' (KANTOROWICZ).
- sustentava a desvinculação do juiz perante a lei no momento de decidir, pois deveria buscar antes o sentido da Justiça, mais do que aplicar a letra fria da lei.
- Na aplicação do Direito ao caso concreto, o que deve prevalecer é a idéia do Direito enquanto Justiça;
- A ciência do direito deveria desenvolver-se totalmente autônoma da lei, com liberdade, criando as suas próprias definições e atuando por um procedimento integralmente livre.
- O direito deveria adaptar-se a constante mutação do fenômeno social;
- A insuficiência dos silogismos e construções lógicas;
- A inexistência da plenitude da ordem jurídica;

EXISTÊNCIA DE LACUNAS

- A Escola do Direito Livre critica :
 - O fetichismo da lei,
 - O dogma da completude da lei,
 - A monopolização jurídica pelo Estado, enfim.
- Preconiza a necessidade de o juiz ser criativo no desempenho de suas atribuições, preenchendo as lacunas existentes no ordenamento jurídico.
- A escola do Direito Livre é contra o estadismo jurídico;
- O Direito emanado do Estado é lacunoso e tais lacunas só podem ser preenchidas por intermédio do Direito livre.
- Partindo do princípio que, na lei, *há tantas lacunas como palavras* na lei, acentua a função criadora do direito. Assim, considera que tem de haver um direito livre, um direito extra-legal que se manifestaria para além do direito legislado.
- A lei defeituosa é insuficiente;
- O juiz deve corrigi-la e completá-la;
- Nesta função integradora ele pode guiar-se por momentos subjetivos, por apreciações de interesses, pelo seu próprio sentimento, criando no posto e ao lado do direito positivo um direito livre judiciário.

O PAPEL DO JUIZ

- **Juiz parcial, ideologicamente engajado** com determinado grupo de interesses ;
- Desvinculação do juiz perante a lei no momento de decidir, pois deveria buscar antes o sentido da Justiça, mais do que aplicar a letra fria da lei
- O juiz deve agir não apenas através da Ciência Jurídica mas também pela sua convicção pessoal.
- Nessa ocasião o magistrado não estaria usando seu poder de decidir apenas, mas sua função de legislador, seu poder legiferante, com o *animus* de aplicar o Direito que sua concepção perceber justo.
- Baseavam-se no art. 1º do Código Civil Suíço, que determina: em caso de ausência de uma disposição de lei aplicável, o juiz julga com base no direito consuetudinário, sendo que em caso da ausência de um costume, decide com base que estabeleceria, se fosse legislador.
- Liberação do jurista em relação ao estatismo e, portanto, a liberação do intérprete da submissão absoluta aos textos legais, que inclusive poderá deixar de lado em certas oportunidades;
- Poderia estar embasado na lei ou fora desta, ou seja, o magistrado, na busca pela Justiça, poderá até mesmo decidir *contra legem*.
- O magistrado, porém, não pode usurpar os domínios do legislador. A autoridade do juiz cinge-se aos limites da lei, e, no exercício da sua atividade, os fundamentos para estabelecer a sua convicção residem nos fins sociais e no bem comum.
- A grande contribuição da Escola do Direito Livre residiu na força criadora atribuída ao magistrado em motivar as suas decisões, repercutindo na formação valiosa da atual jurisprudência.
- "A independência da ciência do direito frente à lei é a independência do juiz frente ao legislador"
- O juiz deve decidir de acordo com a lei, entretanto, se esta não for "justa", se esta prescindir dúvidas, deve ser deixada de lado, cabendo ao juiz assumir o papel de legislador do caso específico.
- Ao julgador incumbe encontrar a solução justa, buscando depois as fontes que possam fundamentar a solução dada.
- Aceita o papel legiferante do juiz:
 - a) **quando há lacunas no ordenamento jurídico**
 - b) **quando a norma aplicável seja considerada injusta.**

O "BOM JUIZ" MAGNAUD

- Magistrado Francês
- Apelidado de o bom juiz Magnaud, em face de suas audaciosas e irreverentes decisões contra o texto expresso das leis, protegendo os humildes e em face dos ricos.
- sempre decidia os conflitos de interesses à luz do seu critério pessoal de Justiça.
- Tribunal Château-Thierry, França

CASO LOUISE MENARD

- Foi julgado por Magnaud
- A mulher estava desempregada e com filhos passando fome;

- Roubou comida
- O juiz a absolveu, mesmo não havendo no CP a “furto famélico”

A IMPORTÂNCIA DO FATO SOCIAL

- A "verdade do direito" tem seu lugar na sociedade e não no papel.
- Escola do Direito Livre toma sobretudo o fato social como fonte da realidade jurídica.
- a lei é uma fonte do direito, mas, junto, ou superior a ela existem fatores naturais ou sociais que o jurista deve levar em conta
- O ordenamento jurídico, não deve estar vinculado apenas ao Estado, mas ser livre em sua realização e constituir-se de convicções numa relação de tempo e espaço;
- O Direito Positivo não deve ser apenas imposto pelo Estado, mas também legitimado pela sociedade em razão de suas necessidades.
- O Direito não deve ser formado por dogmas inquestionáveis, mas sim, respeitar os fatos ocorridos no âmbito social e suas conseqüências práticas.
- Importância da : organização dos sindicatos, dos grupos de pressão, dos pequenos partidos;
- O direito é um fato social, que não pode ser enquadrado nas molduras rígidas do ordenamento jurídico traçadas pelo Estado;

DIREITO NATURAL X DIREITO LIVRE

- Não confundir a escola do direito livre com o direito natural,
- Direito Natural = é um conjunto de valores naturais, inerentes ao homem e imutáveis.
- Direito Livre= é um conjunto de fatores naturais, valorativos e mutáveis, de acordo com a problemática social e o caso concreto.

PRINCIPAIS CRÍTICAS

- Receio pela instauração do “governo dos juízes” (Ditadura do Judiciário)
- Revolta dos juízes contra as leis, o que não seria desejável estender-se à Constituição;
- Incentiva o subjetivismo e o arbítrio do juiz;
- Ameaça a ordem, as garantias jurídicas e negar segurança, certeza e estabilidade nas relações jurídicas (Insegurança Jurídica)

REFERÊNCIAS:

- ARNAUD, André- Jean (Org.). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.
- FERRARA, Francesco. **Como Aplicar e Interpretar as Leis**. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- FERREIRA, Edis. A hermenêutica jurídica na obra de Francesco Ferrara. **Revista Jurídica UNIJUS**. Vol. 1, n.1, 1998. Disponível em : http://www.uniube.br/institucional/publicacoes/unijus/unijus_7.pdf. Acesso em 20 mai 2006.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à Sociologia do Direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba: Juruá Editora, 2001.
- MARTINS FILHO, Ives Granda. **O bélico e o lúdico no direito e no processo**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/Artigos/Art_Min_Ives.htm> Acesso 20 mai 2006.
- NASCIMENTO, Amauri M. **Compendio de direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 1972.

SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). **Sociologia e Direito**. São Paulo: Editora Pioneira, 1999.