



**ÚLTIMO GÊNIO UNIVERSAL OU O PRIMEIRO PENSADOR GLOBAL? LEIBNIZ
COMO MENTOR DO PLURALISMO POLÍTICO¹**
*LAST UNIVERSAL GENIUS OR FIRST GLOBAL THINKER? LEIBNIZ AS A
MASTERMIND OF POLITICAL PLURALISM*

Stephan Meder

Professor Catedrático de Direito Civil e História do Direito da Universidade Leibniz, de Hannover, Alemanha.

Resumo

Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) é o último representante da erudição universal barroca, é o iniciador do Estado “moderno” ou é o primeiro pensador global que prenunciou uma nova era? As discussões sobre Leibniz voltaram a fluir. É geralmente aceito que Leibniz, com os seus trabalhos nos campos da filosofia, teologia, matemática, ciências naturais, história e economia, é uma das personalidades mais importantes da vida intelectual europeia. Mas isso também se aplica aos seus trabalhos no campo do Direito? Os escritos jurídicos, jurídico-filosóficos e políticos de Leibniz são frequentemente percebidos apenas como um complemento às suas contribuições para o progresso na matemática, lógica ou metafísica. Esta análise está errada e precisa de correção. Como mentor da ideia de codificação e do pluralismo político, Leibniz desenvolveu uma eficaz metodologia do Direito. Da nossa perspectiva atual “pós-nacional”, também deve ser interessante saber que ele pensava em termos de grandes ordens transnacionais. Ele é um dos primeiros teóricos de uma federação europeia, sem deixar de demonstrar respeito pelos povos não europeus. O eurocentrismo estava longe dele. Em seus escritos sobre a cultura chinesa, ele chegou a expressar o desejo de que seus representantes viajassem pelo Ocidente para ensinar aos europeus o uso correto da razão.

Palavras-chave: Leibniz; pluralismo, Estado moderno; Federação europeia; pensador global.

¹ Tradução do original em alemão por Marcos Augusto Maliska.

Abstract

Is Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) the last representative of Baroque universal scholarship, the initiator of “modern” State or the first global thinker and thus the harbinger of a new era? The discussions about the Leibniz picture have come back into flux. It is generally agreed that Leibniz is one of the most important personalities in European intellectual life with his works in the fields of philosophy, theology, mathematics, natural sciences, history and economics. But does this also apply to his achievements in the legal field? Leibniz's juridical, legal, and political writings are often perceived only as a supplement to his contributions to progress in mathematics, logic, or metaphysics. This picture is wrong and needs correction. As a mastermind of the idea of codification and political pluralism, Leibniz has developed a methodology of law with great effect. From our present “postnational” perspective, it must also be interesting to know that he thought in terms of transnational dimensions. He is one of the first theoreticians of a European federation, without failing to call respect for non-European peoples. Eurocentrism was far from him. In his writings on Chinese culture, he once even expressed the wish that their representatives travel the Occident in order to teach the Europeans the right use of reason.

Keywords: Leibniz; pluralism, modern State; European federation; global thinker

1. INTRODUÇÃO

Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) é o último representante da erudição universal barroca, é o iniciador do Estado “moderno” ou é o primeiro pensador global que renunciou a uma nova era? As discussões sobre Leibniz voltaram a fluir.² É geralmente aceito que Leibniz, com os seus trabalhos nos campos da filosofia, teologia, matemática, ciências naturais, história e economia, é uma das personalidades mais importantes da vida intelectual europeia. Mas isso também se aplica aos seus trabalhos no campo do Direito? Os escritos jurídicos, jurídico-filosóficos e políticos de Leibniz são frequentemente percebidos apenas como um complemento às suas contribuições para o progresso na matemática, lógica ou metafísica. Esta análise está errada e precisa de correção. Como mentor da ideia de codificação e do pluralismo político, Leibniz desenvolveu uma eficaz metodologia do Direito. Da nossa perspectiva atual “pós-nacional”, também deve ser interessante saber que ele pensava em termos de grandes ordens transnacionais. Ele é um dos primeiros teóricos de uma federação europeia,

² Vejam as contribuições de Michael Kempe e Maria Rosa Antognazza, em: Michael Kempe (Org.), *1716 - Leibniz' letztes Lebensjahr* (2016), pp. 11-37, e pp. 401-410. Cf. isso também Stephan Meder, *Der unbekante Leibniz. Die Entdeckung von Recht und Politik durch Philosophie* (2018).

sem deixar de demonstrar respeito pelos povos não europeus. O eurocentrismo estava longe dele. Em seus escritos sobre a cultura chinesa, ele chegou a expressar o desejo de que seus representantes viajassem pelo Ocidente para ensinar aos europeus o uso correto da razão.

2. VIDA E OBRA JURÍDICA DE GOTTFRIED WILHELM LEIBNIZ

Leibniz nasceu em Leipzig, Alemanha, em 1646, filho de uma família de advogados. Ele estudou Direito e Filosofia. Em 1667, na Universidade de Altdorf (perto de Nuremberg), ele doutorou-se (*“Doctor juris utriusque”*), sob a orientação de Johann Wolfgang Textor, com a obra *“De casibus perplexis”*. Já em 1665 Leibniz havia apresentado perante a Faculdade de Direito em Leipzig uma obra de direito civil sobre a Teoria das Condições (*doctrina conditionum*) e, em 1666, obteve o título de Doutor em Filosofia com a dissertação *“De arte combinatória”*. Em vista deste trabalho preliminar, foi oferecida a ele em Altdorf, após a conclusão de seu doutorado, uma vaga de Professor de Direito. Leibniz, no entanto, rejeitou a oferta e encontrou emprego na Corte do Príncipe Johann Philipp von Schönborn, em Mainz, que ele já havia recomendado por meio do seu “Novo Método de Estudo e Ensino do Direito”.³ Lá ele trabalhou, em 1670, indicado para a Câmara Revisora do Tribunal Superior de Apelação, no projeto de codificação, conhecido como *“Corpus Juris Reconcinnatum”*. Nos anos entre 1672 e 1676 ele viajou para Paris e Londres, onde conduziu estudos principalmente científicos e matemáticos. No final de 1676, ele atendeu a um pedido do Duque Johann Friedrich para ir a Hannover.

Leibniz também trabalhou na prática jurídica em Hannover, nomeadamente como Conselheiro Judicial no Departamento de Justiça. Nesse período surgem escritos, como, Relações ou Decisões, diretamente vinculados com o seu trabalho como Juiz, bem como importantes trabalhos de história do Direito, dogmática jurídica e Filosofia do Direito. Na Corte de Hannover, Leibniz desenvolveu uma vigorosa atividade científica em quase todos os campos da ciência, o que ficou particularmente evidente em seus famosos escritos, *“Der Theodizee”* e *“Der Monadologie”*, bem como em sua extensa correspondência com mais de mil personalidades da vida intelectual

³ Nova methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae (1667), in: *Akademie-Ausgabe* (no seguinte AA) VI 1, p. 259-364; aqui citado em Hubertus Busche (Org.), *Gottfried Wilhelm Leibniz. Frühe Schriften zum Naturrecht* (2003), S. 25-87 (Tradução alemã em excertos).

européia. Dos trabalhos jurídicos, destacam-se “*Codex Juris Gentium Diplomaticus*” (1693) e “*Mantissa*” (1700), que surgiu a partir de discussões com a Rainha Charlotte Sophia, da Prússia, publicadas em “*Méditation sur la notion commune de la justice*” (1703).⁴ Havia também viagens e atividades como membro das Academias em Paris e Londres, a fundação da Academia de Berlim e uma extensa atividade como conselheiro político, não menos importante do czar Pedro, o Grande, que o nomeou em 1712 para o Conselho Privado de Justiça.⁵

3. A REFORMA DO DIREITO POR MEIO DO PROJETO DE UM “CORPUS IURIS RECONCINNATUM”

Em agosto de 1671, Leibniz escreveu ao imperador do Sacro Império Romano-Germânico: “Sua Alteza, o Poderoso e Insuperável Imperador”, eu “me considero o mais culpado de todos os súditos” de relatar um projeto sobre o aperfeiçoamento do Direito.⁶ O relatório trata de nada menos que o esboço da primeira codificação moderna, que Leibniz batizou sob o nome de “*Corpus Iuris Reconcinnatum*”. A palavra não mais utilizada do Latim clássico “*reconcinnare*” encontrou relativamente tarde, a saber, na época da renascença e do humanismo, com o significado de “reorganizar”, “nova ordem” ou “reforma”, uma entrada nas ciências.⁷ Hoje, “reforma” é um slogan onipresente, quase esgotado, dominante na política e na economia. No entanto, os debates na moderna “sociedade da reforma” escondem o fato de que “reforma” costumava significar mais do que uma mera adaptação a circunstâncias em mudança ou uma estratégia para corrigir o curso.

A característica especial do conceito de reforma, já usado nas Cartas de São Paulo, reside em um elemento temporal: Uma situação anteriormente existente deve ser restaurada sob circunstâncias outras, uma unidade original deve ser reconstruída de tal forma que esteja preparada para os desafios futuros. Os proponentes da reforma

⁴ Quanto ao “Codex” e “Mantissa”, especialmente a sua *Praefationes*, que causou uma sensação entre seus contemporâneos, in: Malte-Ludolf Babin, Gerd van der Heuvel (Org.), *G.W. Leibniz. Schriften und Briefe zur Geschichte* (2004), p. 143-211 und p. 211-217. Die “Méditation” foi publicada em 2014 por Wenchao Li em tradução alemã sob o título “*Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit*”.

⁵ O trabalho mais importante sobre a vida de Leibniz ainda é o de Gottschalk Eduard Guhrauer, *G.W. Leibnitz*, 2 Vol. (1842-1846). Uma boa visão geral da literatura mais recente dá Patrick Riley, *Leibniz' Universal Jurisprudence* (1996), p. 278.

⁶ Carta ao Imperador Leopold I., August 1671, in: AA I 1, p. 57-62

⁷ O pensador humanista Lorenzo Valla, admirado por Leibniz, convoca, por exemplo, uma “restauração” da dialética, que ele chama de “reconhecimento”, veja em Gianni Zippel (Org.), *L. Valla, Repastinatio Dialectice et Philosophie*, Vol. I (1982), p. IX-CXXXII.

da igreja na Idade Média exigiram a recuperação de uma situação idealizada da igreja primitiva. Martin Lutero também adotou a ideia de uma “*reformatio ecclesiae*”. Similarmente, para o Sacro Império Romano-Germânico, acredita-se que uma entidade, figura ou forma originalmente existente tenha sido perdida no curso do tempo. Um exemplo bem conhecido é a *Reichsreform* conduzida pelo Parlamento reformista em Worms (1521) ⁸ Leibniz estava ciente dessas conexões quando iniciou seu projeto de codificação. O termo escolhido por ele “*Reconcinnation*” é, portanto, para ser entendido em um sentido mais amplo de “reforma”.

O impulso para uma reforma da legislação mostrou a Leibniz as falhas óbvias do sistema jurídico do seu tempo. Ele se queixou repetidas vezes do arranjo confuso de matérias, redundâncias, regulamentações desatualizadas e interpretações mal manejadas que tornariam as normas existentes uma fonte de injustiça. Ao Corpus Juris falta o que se espera de todo legislador: clareza e brevidade.⁹ Apesar dessas deficiências, Leibniz se ateu à jurisprudência romana como base de sua reforma jurídica. Suas realizações foram mais obscurecidas do que esclarecidas por meio das intervenções de imperadores romanos e acréscimos dos glosadores e comentaristas. Leibniz, portanto, distingue entre o arranjo da matéria no Corpus Juris e a forma original da jurisprudência romana clássica. Se ele enfatiza que as regras do Direito Natural estão de acordo com as regras do Pandectas e elogia a nitidez conceitual, a clareza lógica e o método racional da jurisprudência clássica, ele admira acima de tudo as habilidades dos juristas romanos. Em suas soluções jurídicas, Leibniz vê emanações da razão cujo núcleo ele busca reconstruir e reformular.¹⁰

Os esforços reformatórios de Leibniz tinham como objetivo unir os materiais do direito romano em um único livro. Para onde ele leva o otimismo de que um projeto tão ambicioso possa ser realizado? Sua confiança decorre das elevadas expectativas no método geométrico. Na época de Leibniz, surgiu a crença de que o direito poderia ser trazido para uma concepção geométrica com a ajuda do “*ars Euclidis*”, de modo que os problemas de obscuridade, confusão e escuridão pudessem ser superados de uma vez por todas. “*Simplicitas*” foi o lema, primeiro nas ciências naturais e depois também no

⁸ Wolfgang Durner, Die Idee der "Reform an Haupt und Gliedern", in: do mesmo, Franz-Joseph Peine (Org.), *Reform an Haupt und Gliedern* (2009), p. 1-23.

⁹ Bedencken, Welchergestalt den Mängeln des Justizwesens in Theoria abzuhelfen (1671), in: Guhrauer, *Leibnitz's Deutsche Schriften*, Bd. 1 (1838), p. 256-263, 259; Nova Methodus, in: Busche, § 10 (p. 39-41).

¹⁰ Assim também em carta ao teórico do direito natural Heinrich Ernst Kestner, de 1º de julho de 1716, poucos meses antes de sua morte, in: Louis Dutens, *Leibnitii opera omnia nunc primum collecta*, Vol. IV 3 (1768), Nr. 15 (p. 267-269, 267 f.).

direito.¹¹ Leibniz queria alcançar uma simplificação reduzindo o direito romano existente a seus princípios. “Temos muito metodismo”, lamenta ele em sua carta ao Imperador, “e ainda assim nenhum deles é capaz de colocar cada *lex* [...] sob seu fundamento e *ration* de onde flui”.¹²

4. O CORPUS IURIS RECONCINNATUM – UM PROJETO DE ESTADO MODERNO?

Embora o *Corpus Iuris Reconcinnatum* nunca tenha sido concluído, podemos obter uma imagem bastante precisa de sua elaboração. Leibniz o tratou com frequência entre os anos 1668 e 1672.¹³ O objetivo é, como já indicado, trazer “cada *lex* sob seu fundamento”. Em referência a Euclides, ele chama esses fundamentos de “elementos” que podem ser combinados e cuja soma leva o legislador a considerar os casos que necessitam de controle. Seu significado deve ser explicado por definições e mantido em uma tabela. Os elementos “podem existir em um único quadro, mais ou menos do tamanho de um grande mapa holandês”, do qual Leibniz esperava ter presente o “mapa geográfico da ciência” a “um simples olhar” e “vagar por suas províncias”.¹⁴

Já foi afirmado que Leibniz “desenvolveu essa tendência peculiar do direito natural que se tornou a predominante no século XVIII e, com sua inerente forte inclinação à codificação, lançou as bases para as três grandes codificações do final do século XVIII e começo do século XIX na Prússia, França e Áustria, que se tornaram referência para as codificações de todos os países civilizados”.¹⁵

Até hoje prevalece a tese de que Leibniz deve ser considerado “não menos importante” por causa de seus esforços para uma “codificação racional uniforme do direito no Reich”, do que entre os “iniciadores e promotores do Estado Moderno”.¹⁶ Após ele ter tomado posse em Mainz, ele começou a elaborar um projeto que tinha como objetivo chegar ao Código Civil Alemão – BGB.¹⁷ Tais declarações não fazem

¹¹ Ver Clausdieter Schott, *Einfachheit als Leitbild des Rechts und der Gesetzgebung*, in: *ZNR* 5 (1983), p. 121-146.

¹² Carta ao Imperador Leopold, p. 60.

¹³ Por exemplo, *Ratio corporis iuris reconcinnandi* (1668) in: AA VI 2, p. 93-113; *Bedencken, Welchergestalt den Mängeln des Justizwesens in Theoria abzuheffen*; Carta ao Imperador Leopold I. (Fn. 5); Carta a Louis Ferrand em 31 de janeiro de 1672, in: Busche, p. 375-379.

¹⁴ Carta ao Imperador Leopold I, p. 60; igualmente já em *Nova Methodus*, § 7 (p. 33).

¹⁵ Ernst Molitor, *Leibniz in Mainz*, in: *Jahrbuch für das Bistum Mainz* 5 (1950), p. 457-472, 472.

¹⁶ Wolfgang Burgdorf, *Securitas publica*, in: Friedrich Beiderbeck, Irene Dingel, Wenchao Li (Org.), *Umwelt und Weltgestaltung. Leibniz' politisches Denken in seiner Zeit* (2015), p. 57-79, 64 (com mais evidências).

¹⁷ Hans-Peter Schneider, *Leibniz und der moderne Staat*, in: Herbert Breger e outros (Org.), *Leibniz und*

justiça aos objetivos do projeto de codificação de Leibniz. Eles colocam um véu sobre as diferenças fundamentais entre o *Corpus Iuris Reconcinnatum* e as primeiras codificações de direito natural do início do Século XIX, e o BGB de 1900, assentado em uma técnica de controle completamente diferente.

As diferenças possuem motivos constitucionais: Sob as premissas da compreensão “moderna” de Estado, alcançadas com Bodin, Hobbes e Pufendorf, o monarca absoluto, que está exclusivamente comprometido com a razão e o bem comum, tem direito ao monopólio na criação do direito. A centralização do direito na lei procura excluir qualquer outra formação jurídica, costume, jurisprudência ou ciência. Essa abordagem também encontrou expressão nas três principais codificações de direito natural, para as quais o *Allgemeines Landrecht* prussiano, de 1794, com sua “temerosa casuística”, é o exemplo mais conhecido. Leibniz, por outro lado, não considera desejável monopolizar o direito na lei. Nem ele acredita que seja possível escrever um código completo.¹⁸ A principal razão que ele vê nisso é que os juristas geralmente entram em contato com casos em que a lei é omissa. Não raro, essas são questões que o legislador não poderia ter previsto devido à mudança nas circunstâncias sociais e à variedade de casos individuais. O jurista é então obrigado a tomar uma decisão de forma autônoma. “Novos casos estão aparecendo todos os dias, mas o jurista deve fazer o trabalho de cruzar pelo menos as regiões conhecidas, isto é, peneirar e decidir os casos que já foram navegados. Quando ele é jogado pela tempestade para novas costas, isto é, novos casos, ele facilmente encontrará seu caminho por meio de uma bússola, a saber, o direito natural”.¹⁹

O *Corpus Iuris Reconcinnatum* não se destina a fixar a lei na legislação estatal, mas a servir de bússola quando o jurista encontra casos que não podem ser resolvidos com base em instrumentos convencionais.²⁰ Já o título do *Nova methodus (discendae docendaeque Jurisprudētiaē)* sugere que Leibniz persegue objetivos didáticos. Ele quer dar aos alunos, professores, legisladores e juristas práticos um “guia” conciso e

Niedersachsen (1999), p. 23-34, 30; Roger Berkowitz, *The Gift of Science* (2005), p. 67-160, 67 (Leibniz' "lifelong dream of a new imperial code" cumpriu-se apenas com as três grandes codificações de direito natural e com a entrada em vigor do BGB).

¹⁸ Quando Leibniz fala de “completude” (por exemplo, em *Nova methodus*, § 21, p. 57), ele pensa na combinação de elementos e não nesse tipo de completude, que, por exemplo, procura realizar o *Allgemeines Landrecht* prussiano com seus mais de 19.000 regulamentos.

¹⁹ Leibniz, *Nova Methodus*, § 69 (p. 71).

²⁰ Isto inclui não apenas casos novos ou previamente desconhecidos, mas também casos “perplexos” (hard cases), que Leibniz fez em sua dissertação “*De casibus perplexis*” de 1666 (em: AA I 6, pp. 231-258) o assunto da investigação.

claramente formulado (*compendium discendorum*) para que “se possa aprender os infinitos casos especiais de uma só vez”.²¹ Uma construção jurídica fora do Estado não é de modo algum excluída: “Mas e se a lei não disser nada sobre um caso presente, isto é, se não se referir expressamente a ele ou nem se permitir tirar uma conclusão dele? Então, no entanto, penso eu, você não irá contestar que o juiz deva declarar sua decisão como se estivesse fora da Constituição do Estado, como faz um árbitro eleito em sua mediação entre duas partes que não estão vinculadas por qualquer código civil comum”.²²

Embora de acordo com a compreensão “moderna” de Estado, como vem a prevalecer depois de Bodin, Hobbes ou Pufendorf, o soberano procura monopolizar o direito na lei, Leibniz concede ao juiz uma posição mais livre.²³ Além disso, Leibniz reconhece prontamente uma norma não estatal, por exemplo, por meio do direito consuetudinário ou das associações.²⁴ Os motivos para essa posição teórica, do ponto de vista atual, encontram-se na sua filosofia política e em sua compreensão diferenciada de soberania, o que ainda está por vir. Aqui é suficiente afirmar que o projeto de codificação de Leibniz não deve ser confundido com as três principais codificações de direito natural ou com o BGB.

5. O CONCEITO DE *IUS STRICTUM* DE LEIBNIZ E AS ETAPAS DO DIREITO NATURAL

Leibniz formulou uma Teoria Geral do Direito em numerosos escritos, fragmentos e cartas que ficou conhecida sob os nomes, tais como, “Teoria dos Três Estágios” ou “Trilogia do Direito Natural”.²⁵ A Trilogia do Direito Natural é baseada na combinação de três elementos, o direito estrito (*ius strictum*), a equidade (*aequitas*) e a piedade (*pietas*). No direito estrito, Leibniz vê o direito no verdadeiro sentido. Ele é determinado pelo mandamento de não prejudicar ninguém (*neminem laedere*) e tem a

²¹ Leibniz, *Nova Methodus*, § 11 (p. 41-43); § 70 (p. 71, 75).

²² Carta a Hermann Conring de 9/19 de abril de 1670, in: Busche, p. 339-347, 341.

²³ Schneider, *Justitia universalis* (1967), p. 97; Klaus Luig, Leibniz als Dogmatiker des Privatrechts, in: Okko Behrends (Org.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition* (1985), p. 213-256, 237, 256.

²⁴ Para isso ele tratou mais detalhadamente em escritos posteriores, especialmente em seu exame da filosofia do direito de Hobbes, por exemplo, *Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit*, p. 47. Também deve ser dada ênfase ao seu conceito plural de Constituição, que não se limita à constituição de um Estado, mas abrange também certos tipos de comunidade privada de pessoas.

²⁵ *Nova Methodus*, p. 79-83 (§§ 73-75); Prefácio ao *Codex Juris Gentium Diplomaticus*, p. 169-171; *Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit* p. 44-51. Ver também as cartas a Hermann Conring de 13/23 de janeiro e de 9/19 de abril de 1670, in: Busche, p. 323-337e p. 339-347.

tarefa de cuidar da segurança e da paz. O outro elemento, a equidade (*aequitas*), cobre perdas ou serviços que nem sempre são demandáveis pelas partes envolvidas, e não são legalmente aplicáveis em todos os casos. No terceiro e mais elevado elemento, entrona-se a piedade (*pietas*). Ela compreende a consciência individual e a jurisdição interna com o mandamento de que vivamos uma vida justa. Esses elementos conduzem Leibniz ainda a outra divisão tripartite, ou seja, a famosa doutrina de Aristóteles da Justiça, baseada na distinção entre justiça comutativa (*iustitia commutativa*), justiça distributiva (*iustitia distributiva*) e justiça universal (*iustitia universalis*). Com isso à justiça comutativa corresponde o direito estrito, enquanto as justiças distributiva e universal são estabelecidas nos níveis mais elevados.²⁶

Além disso, Leibniz discute em conjunto o direito estrito com a distinção de justiça particular (*iustitia particularis*) e justiça universal (*iustitia universalis*). A justiça particular limitada ao *ius strictum* e a *aequitas* prevaleceria na vida mundana, enquanto a justiça universal conteria os mandamentos da *pietas*. Essa divisão é válida ainda hoje. Como de costume, o direito tende a distinguir elementos “formais” e “materiais”. Com a adoção de uma pluralidade de fontes Leibniz se opõe à filosofia do direito de Hobbes, que cometeu o erro de tomar em consideração apenas o “direito estrito”, ou seja, a estrutura formal.²⁷ Esse direito Leibniz também caracteriza como “direito arbitrário” (*ius voluntarium*), do qual o direito criado pela determinação da razão natural deve ser distinguido. Como direito positivo, o *ius voluntarium* obtém a sua eficácia daquele que tem “o poder mais elevado” (*summam potestatem*) nos limites do aparato estatal. Isso quer dizer aqui que toda ideia de dominação pessoal encontrou no século 16, por meio do conceito “moderno” de soberania, uma nova base de legitimidade. Já Bodin havia visto que a característica principal do soberano era impor as leis e mudá-las ao seu bel-prazer: elas dependem apenas “da vontade desse que detém a soberania” e, portanto, “pode vincular todos os seus súditos”.²⁸ Considerações semelhantes podem ser encontradas em diversos representantes do direito natural secular, tais como Hobbes, Pufendorf, Rousseau ou Kant.²⁹

Leibniz nega que o direito e a justiça dependam exclusivamente do poder. Em sua opinião, o poder tem um caráter ambivalente. Ele pode ser um bem elevado se

²⁶ Veja aqui e ao seguinte apenas a carta à Conring de 13/23 de janeiro de 1670, p. 331.

²⁷ Leibniz, *Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit*, p. 46.

²⁸ Bodin, *Sechs Bücher über den Staat*, Org. de Peter Cornelius Mayer-Tasch (1981), I 8 (p. 216) também I 10 (p. 292) und I 8 (p. 223).

²⁹ Nesse sentido, Meder, *Doppelte Körper im Recht* (2015), p. 127-128.

“estiver associado à sabedoria e à boa vontade”. Portanto, não é de modo algum impossível que as leis que surjam dele correspondam ao direito natural criado pela razão. Muitas vezes, porém, o poder carece de sabedoria e bondade. Ele então corre o risco de definir a vontade acima da razão. A consequência é que “leis muito ruins podem ser promulgadas e mantidas”.³⁰ Quando Hobbes deriva o conceito de direito do fenômeno do poder, ele reduz as fontes do direito: o voluntarismo levou a uma restrição do direito à lei, à eliminação do direito natural. Quando o poder vem, ele transforma “o direito em um fato”, que pode ser muito diferente de uma justiça superior. Por conseguinte, é necessário fazer uma distinção categórica entre direito e lei.³¹

As objeções de Leibniz culminam na acusação de que Hobbes iria dissolver a condição básica de todo direito, a saber, o conflito entre elementos formais e materiais, de modo que apenas uma estrutura jurídica permaneça. Sua crítica ao monismo das fontes do direito tem um significado fundamental. Ela vai muito além de Hobbes e atinge toda a Teoria do Estado “moderno”. Então, já em Bodin, a equidade desaparece por trás do comando do soberano: “Uma proibição legal é mais forte do que as alegações óbvias da equidade”.³² Kant também destacou a equidade como um “direito sem coerção”, porque “um juiz não pode falar sob condições indefinidas”.³³ Leibniz, por outro lado, diz que qualquer um que, como Hobbes, se limita ao conceito mais restrito de justiça e ignora a equidade, aceita que o mais elevado direito leve à mais alta infração do direito (*summum jus summa injuria*).³⁴

6. A INTERAÇÃO ENTRE ELEMENTOS FORMAIS E MATERIAIS NO DIREITO

Leibniz atribuiu ao *ius strictum* uma importância fundamental para a ordem jurídica. Ao contrário dos defensores do positivismo estatal, no entanto, ele entende que o direito formal deve ser complementado por princípios materiais. Ele qualifica *aequitas* e *pietas* como etapas superiores, que em caso de disputa podem anular o *ius*

³⁰ Leibniz, *Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit*, p. 29.

³¹ Leibniz, *Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit*, p. 29-30; *Nova Methodus*, § 70, p. 71-75 (a frase „auctoritas, non veritas facit legem“ Leibniz considera o máximo „d'un tyran“).

³² Bodin, *Sechs Bücher über den Staat*, I 8 (p. 231).

³³ Kant, *Metaphysik der Sitten* (1797), in: *Werksausgabe*, Vol. VIII, 10a ed. (1993), p. 341-342 (Introdução § E).

³⁴ Leibniz, *Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit*, p. 46.

strictum.³⁵ Quais conclusões devem ser tiradas da gradação do direito natural? Leibniz diz que os níveis mais elevados tomam a dianteira na decisão jurídica? Esta questão deve ser respondida de forma negativa, pelas seguintes razões.

Liberdade, igualdade ou propriedade incorporam valores que são garantidos pelo *ius strictum* e confirmados e afirmados nos dois níveis superiores. Diferenças entre os três estágios só se tornam aparentes quando uma decisão jurídica baseada no *ius strictum* entra em conflito com a *aequitas* (ou *pietas*). Como esse conflito pode ser resolvido? De que maneira um nível superior pode entrar em vigor para um nível inferior? Leibniz explica suas ideias usando o exemplo da igualdade. Ao fazê-lo, ele enfatiza que não é apenas o direito estrito, mas também a equidade que exige “a igualdade de todas as pessoas”, a menos que um interesse jurídico mais elevado seja tão importante que justifique um afastamento do princípio da igualdade.³⁶ É assim o esquema de regra e exceção com base no qual Leibniz procura determinar a relação de estágios. Este esquema primeiro afirma que o sistema jurídico é baseado em uma estrutura “dual”, com a regra caindo no campo do *ius strictum* e a exceção no da *aequitas* (e *pietas*).

Se a prioridade é dada aos elementos formais ou materiais, não há uma base fixa na qual se possa responder. Pode-se supor, no entanto, que para a “aplicação” da regra (*ius strictum*) existe uma presunção de sua correção. Essa presunção alivia a pessoa que deseja invocar o direito estrito, porque nem sempre tem de derivar ou justificar os valores nos quais ela se baseia. Mas há também situações em que a aplicação do direito estrito levaria a uma injustiça grave (*summum jus summa injuria*).³⁷ Então, aquele que se vê obrigado a mitigar suas dificuldades deve apresentar razões plausíveis para o fato de, excepcionalmente, considerar o afastamento como necessário. Segue-se que aquele que quer refutá-la tem que arcar com um fardo especial de argumentação. Se o *ius strictum* não recebesse um peso ou classificação

³⁵ Leibniz, *Nova Methodus*, § 73 (p. 78, 79); Praefatio, p. 168-171.

³⁶ Leibniz, *Praefatio*, p. 170, 171. Leibniz também aborda o assunto no contexto do direito dos contratos. Com sentenças como “contrato é contrato” ou “*pacta sunt servanda*”, o sistema legal quer expressar que cada parceiro está estritamente ligado à explicação de sua vontade. No entanto, isso não significa necessariamente que as considerações materiais não possam ser aplicadas para permitir um grau de consideração nas relações jurídicas. Assim, pode acontecer que uma parte espere obter vantagens por meio de contratos “enganosos” (*sutis*) ou “refinamentos de contrato”: qualquer um que procure se livrar de seus deveres dessa maneira é “culpado de alguma coisa” (*Nova Methodus*, 2, § 74, p. 80, 81). De acordo com a doutrina do estágio de Leibniz, aspectos da imparidade também podem ser levados em conta. O princípio da liberdade dos contratos não seria, na sua opinião, violado se for negado ao credor o direito de invocar uma posição jurídica formal nos casos em que o devedor não tenha as condições reais de autodeterminação.

³⁷ Leibniz, *Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit*, p. 46.

independente, então, no caso de desvio, qualquer justificação mais detalhada seria supérflua. Assim, ao impor o ônus do argumento, a possibilidade de eliminação do *ius strictum* torna-se difícil, de modo que mesmo aqui ele desenvolve um efeito vinculante, que é quebrado com considerações de equidade.

A interação entre *ius strictum* e *aequitas* (ou *pietas*) pode ser especificada na mitigação do rigor da lei formal em certos casos, na limitação do seu exercício ou aplicação e na crença de sua continuidade. As vantagens do direito estrito são óbvias. Ele é construído a longo prazo e transmite clareza, segurança e previsibilidade: suas consequências podem ser determinadas “por mera subsunção sob regras gerais”.³⁸ Em contraste, devido à sua alta dinâmica, o direito irrestrito se mostra um pouco desfocado. Leibniz tentou desenvolver critérios que ajudassem os juristas a decidir casos em que considerações de equidade desempenham um papel especial. Mas a equidade é apenas até certo ponto passível de positivação e como norma é de difícil determinação geral.³⁹ Não obstante, o direito irrestrito é capaz de alcançar solidificação por meio da tipificação e, para além de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indefinidos, entrar na legislação. No entanto, os valores nele incorporados atuam de uma maneira mais aberta e seu peso pode muitas vezes ser apenas “ponderado”, levando em conta as circunstâncias específicas do caso individual.

7. LEIBNIZ E SAVIGNY

No século 19, como se sabe, os ensinamentos do direito natural encontraram em grande parte rejeição. O veredicto de Savigny sobre a “Escola Não-Histórica” do direito natural tem sido frequentemente citado.⁴⁰ Menos atenção foi dada às semelhanças entre sua metodologia e as ideias reformistas de Leibniz. Pois até mesmo Leibniz liderou uma luta contra o “direito natural” e contra o sentido que hoje chamamos direito natural secular ou profano. Ele se opõe ao seu direito natural “histórico”, que tem

³⁸ Leibniz, *Nova Methodus*, § 11 (págs. 40 e seguintes); § 73 (p. 78 f.), Onde, pela primeira vez, nomeadamente em contextos metodológicos, se trata de “Subsumtion”.

³⁹ *Elementa Juris naturalis* (1669-1671), em: AA VI 1, pp. 431-485, 455. Nesse sentido, Busche, *Leibniz' Weg ins perspektivische Universum* (1997), pp. 340-346. O tema ainda coloca a teoria jurídica em grande dificuldade em face de sua orientação de regra, cf. Ulfrid Neumann, Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung, in: Gottfried Gabriel, Rolf Gröschner (org.), *Subsumtion* (2012), pp. 311-334, 329-332.

⁴⁰ Über den Zweck dieser Zeitschrift, in: *ZGR*, Vol. 1 (1815), p. 1-17, 2.

muitos pontos de contato com os ensinamentos da Escola Histórica do Direito. Savigny ficou fascinado pelo homem “que é tão único em seu caráter, aspiração e conhecimento abrangente”. Que ele tenha estudado o *Nova Methodus* com seus elogios aos juristas romanos, está além de qualquer dúvida.⁴¹ Ele também conhecia as cartas endereçadas ao estudioso de direito natural Kestner, nas quais Leibniz atesta o grau de perspicácia e persuasão dos juristas romanos, o que equivaleria às investigações dos grandes geômetras.⁴² Em uma carta a Jacob Grimm, Savigny perde algumas palavras que esclarecem a sua relação com Leibniz: “Eu estava doente, meu caro Grimm, por isso lhe respondo e escrevo tão atrasado; além do mais, recebi apenas algumas semanas atrás o pacote com sua carta de despedida. Mil agradecimentos pelo belo presente das cartas de Leibniz, eu gosto muito dele, um homem que é tão único em seu caráter, aspiração e conhecimento. Recentemente li a biografia de Murr (von Eckard) com grande interesse, ele não se sente lisonjeado, e se sente bem quando ele ganha mais do que o mais delicado elogio”.⁴³

Savigny leu a biografia de Leibniz escrita por Johann Georg von Eckhart em 1717, que foi reeditada em 1779 pelo jurista e polímata de Nuremberg, Christoph Gottlieb von Murr. Quanto ao resto, parece até ter estudado os escritos matemáticos de Leibniz. Uma carta para seu colega de Tübingen, Eduard Schrader, mostra que Savigny tinha um conhecimento detalhado dos famosos estudos de convergência que ainda podem ser encontrados em todos os manuais analíticos atuais.⁴⁴ Mas muito antes ele comentou sobre o método dos juristas romanos, cuja contribuição foi “inventar uma decisão para cada caso dado no futuro. Em todo o sistema, há vários conceitos, pontos de vista, princípios que devem ser considerados como guia e controlador, através dos quais o todo obtém uma posição científica e uma segurança – para descobri-los, para torná-los completamente claros e ao mesmo tempo tão apropriados que podem e devem ser aplicados livremente – e ao mesmo tempo todo o segredo dos juristas romanos, a razão da nitidez geométrica que Leibniz tanto admira”.⁴⁵

⁴¹ Na Biblioteca Savigny, em Bonn, o escrito está preservado na edição contemporânea de Savigny, de Christian Wolff (1748), Hidetake Akamatsu, Joachim Rückert (org.), *Friedrich Carl von Savigny. Politik und Neuere Legislationen*, (2000), p.111.

⁴² Carta a Kestner, p. 267 e seg. Vejam as observações e referências em Akamatsu, Rückert, *Friedrich Carl von Savigny*, p. XXIII, 99, 103, 104.

⁴³ Carta a Jacob Grimm em 29 de abril de 1814, in: Adolf Stoll, *Friedrich Karl v. Savigny*, Vol. II (1929), p. 100-103, 100.

⁴⁴ Carta de Savigny a Eduard Schrader de 16 de julho de 1817, in Stoll II, p. 223-225, 225.

⁴⁵ Savigny, *Einleitung zum Pfandrecht* (1810), in: Aldo Mazzacane (Org.), *Vorlesungen über juristische*

De um modo geral, este é o programa delineado por Leibniz no *Nova Methodus*. “Conceitos, pontos de vista, princípios” são uma reminiscência dos elementos ou princípios dos quais em Leibniz são mencionados repetidas vezes. A partir de uma comparação com a matemática, um traço da metáfora enigmática de Savigny conduz os juristas romanos como “pessoas fungíveis”.⁴⁶ Leibniz levantara a questão do motivo de ser tão difícil distinguir entre as declarações de um Euclides, um Arquimedes ou um Apolônio. Parece-lhe que, como os juristas romanos, eles falam com uma só voz: “Este modo preciso de se expressar fez com que todos os estudiosos do Direito das Pandectas se assemelhassem a um autor, embora às vezes eles estejam muito distantes um do outro, de modo que seria difícil distingui-los se os nomes dos escritores não se encontrassem na cabeça dos trechos. Portanto, seria difícil distinguir Euclides, Arquimedes e Apolônio lendo suas provas dos assuntos com os quais cada um lidou”.⁴⁷

Savigny argumenta que é o método comum ao qual os juristas romanos se sentem comprometidos, a “comunidade de posses científicas” e uma “linguagem das belas artes”, dando a impressão de que estão trabalhando “em um mesmo e grande trabalho”. “Mesmo que”, continua ele, “os escritos dos juristas romanos estejam completamente diante de nós, encontraríamos muito menos individualidade neles do que em qualquer outra literatura”.⁴⁸ Savigny aponta também as mesmas características, nas quais Leibniz também apoia sua hipótese de “fungibilidade”. Não é a arte decisória dos Juízes-reis, mas o método, a linguagem e o sistema que explicam as conquistas da jurisprudência romana clássica.

Mas Savigny é apenas um dos vários autores que excluem Leibniz de suas críticas à “Escola Não-Histórica” do direito natural. Um exemplo é Gustav Hugo, cofundador da Escola Histórica do Direito.⁴⁹ Para ele, o direito natural de Christian Wolff constitui o ponto de ataque que banalizou a doutrina do direito de Leibniz. Já na primeira edição da revista, que Hugo fundou em 1790 com o nome de “*Civilistisches*

Methodologie 1802-1842, 2a ed. (2004), p. 247-248, 247; *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), p. 30-31.

⁴⁶ Savigny, *Beruf*, p. 157.

⁴⁷ Leibniz, *Nouveaux essais sur l'entendement humain* (1703-1705/1765), in: AA VI 6, p. 39-527, 370-371.

⁴⁸ Savigny, *Beruf*, p. 29-30.

⁴⁹ Mais sobre as referências entre Leibniz e Savigny (assim como outros protagonistas da Escola Histórica do Direito) ver Meder, Leibniz' Methodologie und politische Philosophie im Spiegel der Historischen Rechts-schule: Savigny, Hugo, Jhering, Gierke, in: Matthias Armgardt, Hubertus Busche (Org.), *Das Naturrechtsdenken von Leibniz im historischen Kontext*. Aqui estão as diferenças entre Savigny e Leibniz. Savigny, por exemplo, também atribuiu grande importância aos elementos materiais do direito (ver item IX abaixo), mas rejeitou uma aplicação subsidiária do direito natural.

Magazin”, Leibniz está no centro das atenções.⁵⁰ Por isso, são os autores do ramo românico da Escola Histórica que redescobriram a filosofia do direito de Leibniz. Além dos juristas romanos e do método, há outros tópicos aos quais os romanistas poderiam ter se unido. No entanto, estas caem predominantemente nas áreas de direito público e filosofia política, que serão discutidas abaixo.

8. A IDEIA DE SOBERANIA DE LEIBNIZ: UNIDADE NA DIVERSIDADE

Como já indicado, hoje acredita-se que Leibniz é um dos “iniciadores e promotores do Estado Moderno”.⁵¹ Ao fundamento “moderno” da estatalidade pertence a narrativa do contrato social em que tantos teóricos do direito natural como Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Rousseau ou Kant baseiam sua filosofia política. Todos assumem que os seres humanos são por natureza iguais e livres, mas acreditam que tal igualdade existia apenas no estado de natureza. Assim, descreve Hobbes, já conhecidamente, como um estado de guerra: Porque o homem é o lobo do homem, foi necessário acordar uma parceria, cuja finalidade consiste na transferência consensual do poder indiviso a uma paz soberana para proteger a propriedade privada.⁵² Com esta história vincula-se uma série de consequências que aqui são apenas insinuadas: o Estado ou o sistema jurídico não estão presentes desde o começo, mas são criados artificialmente pela ficção de um contrato. A consequência é a liquidação de todo direito que possa existir fora do Estado, para que as formas de criação privadas de normas sejam qualificadas como “não-jurídicas”. Tudo somado, é a narrativa do contrato social para legitimar uma soberania indivisível, caso em que pode ser deixada em aberto a questão se se trata da soberania de um monarca absoluto ou da soberania do povo.

Leibniz é, no entanto, da opinião de que já havia direito no estado de natureza. Contra Hobbes, ele explica em detalhes por que o direito também pode surgir fora do Estado.⁵³ A teoria política de Leibniz é baseada em uma estrutura articulada da sociedade. Entre os grupos – alianças, grêmios, cidades, países, igreja ou Estado –

⁵⁰ Gustav Hugo, Über den Plan dieses Journals, in: do mesmo (Org.) *Civilistisches Magazin*, Vol. 1 (1791), 2a ed. (1803), p. 1-9.

⁵¹ Vejam as evidências acima no item 4.

⁵² Evidência para isso em Meder, Leibniz’ politische Philosophie aus postnationaler Perspektive, in: Wenchao Li (Org.), *Vorträge des X. Leibniz-Kongresses* (2016), p. 319-334.

⁵³ Leibniz (sob o pseudônimo de Caesarius Fürstenerius), *De Jure Suprematus ac Legationis Principum Germaniae* (1677), in: AA IV 2, p. 3-270, 58-59; *Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit*, p. 46-47 (Vejam também no item 4 acima). Neste e nos seguintes pontos há mais paralelos com a Escola Histórica do Direito, que não podem ser elaborados aqui.

embora haja diferenças, mas estas são apenas de grau. Das semelhanças as mais importantes incluem-se a capacidade de se dar uma Constituição e de se impor um direito autônomo.⁵⁴ É, portanto, a ideia de uma ordem plural – uma soberania compartilhada que distingue a Teoria do Estado de Leibniz das ideias centralizadas do absolutismo esclarecido. Enquanto o Estado “moderno” sob soberania compreende a capacidade de autodeterminação jurídica exclusiva, Leibniz descreve a sociedade com base em um federalismo funcional e territorial. Ele é uma exceção entre os professores de direito natural quando declara que o “Império Alemão”, que é estruturado em uma multiplicidade de Estados individuais soberanos, é “bem ordenado” e prefere uma constituição mista.⁵⁵

Autores recentes notaram que tal multiplicação de soberania é incompatível com o Estado “moderno”. No entanto, eles também procuram estabelecer uma conexão com o presente, interpretando a compreensão de Leibniz da soberania como uma variante daquela estatalidade moderna que chamamos de “Estado Federal”.⁵⁶ Pode-se tratar Leibniz como um mentor ou mesmo um protagonista da teoria do Estado moderno? Para encontrar uma resposta aqui, sua compreensão da soberania deve ser recapitulada mais uma vez: Leibniz distingue entre diferentes tipos de soberania, nomeadamente os direitos de Majestade do Imperador e o direito de domínio dos príncipes territoriais. Ao direito de Majestade do Imperador devem a mais alta reverência todos os príncipes do império. Mas tal reverência não exclui a soberania dos príncipes territoriais. Isso consiste no poder de emitir suas próprias leis, manter um exército permanente, travar uma guerra independentemente ou firmar tratados internacionais.⁵⁷

Segundo Leibniz, tanto o imperador quanto os príncipes são soberanos. Seu poder vai muito além dos poderes de um Estado moderno. Baixa Saxônia, Baviera ou Mecklemburgo-Pomerânia Ocidental podem reivindicar tão pouca soberania quanto Alabama, Texas ou Wisconsin. Os Estados membros de uma federação não mantêm um exército permanente, nem fazem guerra por conta própria. A tese de que Leibniz deveria ser qualificado como mentor da moderna teoria do Estado é, portanto,

⁵⁴ Caesarinus Fürstenerius, *De Jure Suprematus*, p. 57; *Divisio Societatum* (1680), in: AA IV 3, p. 907-912.

⁵⁵ Leibniz, *Ermahnung an die Teutsche, ihren verstand und sprache beßer zu üben* (1682/83), in: AA IV 3, p. 795-820, 801. Contra Pufendorf, o qual (sob pseudônimo de Severinus von Monzambano) descreve o antigo império como um monstro („*irregulare aliquod corpus et monstro simile*”), *Über die Verfassung des deutschen Reiches* (1667), p. 106-107.

⁵⁶ Vejam evidências em Burgdorf, *Securitas publica*, p. 64

⁵⁷ Caesarinus Fürstenerius, *De Jure Suprematus*, p. 57.

enganosa e não faz justiça a sua doutrina da soberania. Esta descoberta também tem consequências para a ideia de uma União Europeia, para o conceito dos Estados Unidos da Europa, que é conhecido por ser repetidamente associado à teoria do Estado Federal. Hoje, a maioria das nações europeias exige um grau de independência além dos poderes dos Estados Federais. Sob esse pano de fundo, também, a compreensão múltipla de Leibniz do conceito de soberania; a sua ideia de unidade na maior diversidade possível deve, mais uma vez, despertar interesse.

9. LEIBNIZ E A “TESE DA MATERIALIZAÇÃO”

“Da racionalidade formal à racionalidade material”! Este é o lema, que é uma das teses mais discutidas em teoria, história e dogmática do direito privado. Em toda parte, as descobertas de Franz Wieacker formam o ponto de partida para a diferença entre direito privado “liberal” do século XIX e o “modelo social” do século XX.⁵⁸ Segundo Wieacker, a jurisprudência sob a égide do Tribunal do Reich “reconverteu a ética formal da liberdade que sustentava o direito privado alemão em uma ética material da responsabilidade social”; “reconvertida” porque “retornou” aos fundamentos éticos do direito natural europeu. Deles, abandonou a pandectista do século XIX para a eles retornar no século XX.⁵⁹

Na medida em que o direito é governado por valores, ética ou política, ele tornou-se cada vez mais o foco da discussão científica nas últimas décadas. Sob palavras-chave, como a proteção dos mais fracos, compromisso social, desigualdade estrutural ou assimetria de informação, o direito privado há muito tempo desenvolveu sua própria terminologia. Assim, parece óbvio interpretar as recentes “mudanças” como um processo de substituição do direito formal pelo novo paradigma da “materialização”. O sufixo “zação” postula que o futuro do direito privado será a liquidação da estrutura

⁵⁸ Vejam, por exemplo, Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertrags-rechts, in *AcP* 200 (2000), p. 273-364; Gerhard Wagner, Materialisierung des Schuldrechts, in: Uwe Blaurock, Günter Hager (Org.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert* (2010), p. 13-84; Michael Martinek, Das Prinzip der Selbstverantwortung, in: Karl Riesenhuber (Org.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung* (2012), p. 247-276; Günter Hager, *Strukturen des Privatrechts in Europa* (2012), p. 3-23; Marietta Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* (2014).

⁵⁹ Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), in: do mesmo, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (1974), p. 9-35, 24. Vejam também, do mesmo autor, Der Stand der Rechts-erneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, in: Karl August Eckhardt (Org.), *Deutsche Rechtswissenschaft* (1937), p. 3-27 (Repressão da „Teoria da Sociedade individualista” e do „Princípio Formal” por „ordens concretas” baseadas em „princípios materiais independentes”).

formal, o fim do esquema de regra e exceção. Adicione a isso a tendência de direcionar o olhar do autônomo para um supostamente “real”, apenas condicionalmente livre e subjetivamente controlado pelo indivíduo coletivo.⁶⁰ A relativização de posições legais absolutas com base na “teoria interna” suscetível à ideologia aponta na mesma direção.⁶¹ Os proponentes da tese da materialização têm então em comum com os positivistas do direito estatal que eles apenas reconhecem uma estrutura jurídica. No entanto, tal estrutura, falando com Leibniz e contra Hobbes, não se limitaria ao direito formal, mas a uma jurisprudência materialista heterônoma e aberta aos mais variados valores. Como o direito natural desempenha um papel fundamental na narrativa da materialização de Wieincker, uma amostra é permitida.

O estudo das doutrinas do direito natural secular não confirmou que a “tradição do direito natural” dos séculos XVII e XVIII estabeleceu uma “eticização da consideração jurídica”.⁶² Na esteira do positivismo estatal de Jean Bodin, muitos pensadores do direito natural como Hobbes, Pufendorf ou Kant nem sequer conseguiam atribuir um lugar digno à equidade (*aequitas*). A ideia era que um legislador onipotente poderia regular todas as questões jurídicas que existem no Estado, e que no caso de um conflito entre lei e o direito, elementos materiais como valores ou ética devem ser negligenciados.⁶³ Apenas Leibniz, em seu debate com Hobbes, objetou que o direito natural secular consideraria apenas o direito formal. Leibniz é uma exceção entre os estudiosos do direito natural e não há indicação de que Wieacker quisesse invocar sua filosofia do direito.⁶⁴

É um erro descrever o século XIX como uma época em que a ética do direito privado formal experimentou o seu apogeu. A sociedade empreendedora do capitalismo primitivo pode ter sido uma “sociedade pioneira particularmente

⁶⁰ Wagner, *Materialisierung des Schuldrechts*, p. 81-84.

⁶¹ Reinhard Bork, *BGB-AT*, 4a ed. (2016), segundo o qual a «teoria interna» (n. ° 10, n. ° 343), com a sua «estrutura uniforme», resolve a «diferença entre direitos absolutos e relativos» (n. ° 9, n. ° 288). De modo similar, ver Erman/Hohloch, *BGB*, 14a ed. (2014), § 242 Rdnr. 101 seg.; Münchener Kommentar/Schubert, *BGB*, 7a ed. (2016), § 242 Rdnr. 84 (cada um com referência a Wolfgang Siebert). De modo crítico: Okko Behrends, *Struktur und Wert* (1990), in: do mesmo autor, *Institut und Prinzip*, Bd. I (2004), p. 55-89, 84-87; HKK/Haferkamp, § 242 Rdnr. 53 f.; Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts*, 10a ed. (2012), § 20 Rdnr. 70.

⁶² Wieacker, *Sozialmodell*, p. 25.

⁶³ Veja evidências acima, no item IV.

⁶⁴ Em Wieackers, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2a ed., (1967), Leibniz é mencionado apenas marginalmente e sua doutrina como uma “variedade idealista-racionalista” da “direção voluntarista da razão” que se misturava com o direito natural secular (p. 266). Wieacker obviamente tem em mente todo direito natural valorativo, político e ideológico, no sentido que foi propagado na década de 1930 contra uma ciência pandecta supostamente conceitual-jurista, tecnicista, distante da vida (e a legislação do BGB), cf. Viktor Winkler, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, (2014), p. 336 e seg., 343-345.

dependente de livre contratação, investimento de capital e hereditariedade”.⁶⁵ A Escola Histórica do Direito não extraiu a consequência de propagar um princípio jurídico unilateral limitado a responsabilidades formais, interesse próprio ou lucro. O caso é justamente o oposto: Savigny distingue entre um “puro” princípio jurídico, que cria responsabilidades formais, e um princípio jurídico “misto”, em virtude do qual, os aspectos materiais também podem ser aplicados: os elementos formais e materiais do direito geralmente emergem “em certo contraste, lutando entre si e restringindo-se mutuamente para dissolver-se mais tarde em uma unidade superior”. No conflito entre elementos formais e materiais, Savigny vê uma condição básica de todo direito. Se ou como este conflito pode ser resolvido em uma “unidade superior” não se pode responder de maneira geral. Aqui é uma questão de que cada época deve encontrar sua própria resposta – uma resposta que não é necessariamente a mesma em todos os momentos.⁶⁶

Com a justaposição da ciência pandectista formal e o direito natural material, Wieacker pintou uma imagem distorcida da história do direito privado. Não precisa sequer ser lembrado dos fundamentos romanistas das pandectas.⁶⁷ Até mesmo a filosofia política subjacente fala uma linguagem clara: se, por exemplo, Savigny define para o direito formal um corretivo determinado por valor, ele entra em uma oposição irreconciliável com os ensinamentos de Kant, Pufendorf, Hobbes ou Bodin. Por que a maioria dos pensadores do direito natural foi forçada a banir elementos materiais do direito, tem basicamente razões constitucionais: uma estruturação “dual” de fontes jurídicas daria à jurisprudência um nível de poder que seria incompatível com o conceito de soberania do positivismo estatal.⁶⁸

A atualidade da filosofia jurídica de Leibniz reside no fato de que ela pode conceder ao direito um poder formativo desse tipo.⁶⁹ Ela concorda basicamente com a

⁶⁵ Wieacker, *Sozialmodell*, p. 14.

⁶⁶ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Vol. I (1840), p. 54-56; da mesma forma em Bernhard Windscheid, *Die Voraussetzung* (1892), in: *Gesammelte Reden und Abhandlungen* (Org. por Paul Oertmann, 1904), p. 375-409, 408 f. („Luta entre a aplicação formalista e substantiva do direito”); Gottlieb Planck, *Die soziale Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, in: *DJZ* 1899, S. 181-184, 181 seg. („igualdade formal de direitos” versus „desigualdade material”).

⁶⁷ Behrends, *Struktur und Wert*, p. 56-60.

⁶⁸ Que na filosofia política as causas do formalismo são, por exemplo, procurar o conceito jurídico de Kant, Ingeborg Maus demonstrou convincentemente em várias contribuições, conforme *Über Volkssouveränität* (2011). Por outro lado, a tese de Canaris de que há também uma versão “material” do conceito jurídico de Kant não pode ser mantida (*Wandlungen des Schuldvertragsrechts*, p. 282, 287).

⁶⁹ Leibniz também é capaz de dar ao juiz uma posição mais livre do que os adeptos do direito natural secular (item 4 acima). Isso merece ênfase porque os elementos materiais só podem ser legalmente tipificados ou positivados até certo ponto. Em muitos casos, eles só podem ser incluídos na decisão legal

natureza “bipartida” do direito romano e com a divisão de Savigny em princípios jurídicos puros e mistos.⁷⁰ A filosofia do direito de Leibniz torna fácil explicar por que a interação entre elementos formais e materiais pertence ao próprio do direito, e por que o direito privado, mesmo no século 21, de forma alguma se torna apenas material, mas também quer permanecer formal. O sufixo “zação” seria então interpretado como significando que os elementos materiais desempenham atualmente um papel diferente e certamente maior do que há trezentos anos. Mas isso apenas confirma que cada época deve encontrar sua própria resposta à questão da relação entre elementos formais e materiais.

10. RESUMO: INICIADOR DO ESTADO “MODERNO” OU PRIMEIRO PENSADOR GLOBAL?

Para concluir, as opções do retrato de Leibniz voltaram – o último polímata, primeiro pensador global ou o iniciador do Estado moderno? O aprendizado universal de Leibniz está além de qualquer dúvida, de modo que a alternativa de pensador global e iniciador da condição de “moderno” permanece. Isso leva à pergunta: o que significa “moderno”? O espectro do termo é grande e depende das disciplinas em que é usado. Além disso, há uma certa sublimação que, dependendo do ponto de vista do observador, coloca em foco diferentes ou até vários modernos. Assim, pode acontecer que certas direções, que até recentemente traziam o predicado da modernidade, agora parecessem antiquadas.⁷¹ No direito reconhece-se que a teoria do Estado moderno foi fundada por Bodin no século XVI, com as características da soberania indivisível e do monismo jurídico, levando daqui uma linha que passa por Hobbes e Pufendorf até chegar em Rousseau e Kant.⁷² A filosofia política de Leibniz é baseada, como

caso a caso e levando em consideração todas as circunstâncias do caso individual (ver acima o item V).

⁷⁰ Os paralelos alcançam a terminologia. Leibniz também chama o direito formal de “direito puro” (*Praefatio*, p. 168 e seg.), enquanto ele, como Savigny mais tarde, associa o direito material ao direito público. Deve-se notar que ambos os autores entendem o direito público como um elemento estrutural separado, que pode ocorrer em qualquer lugar e a qualquer momento no direito privado, ver: Leibniz, *Tentamina quaedam ad novum codicem legum condendum* (1680), in: AA VI 4, C, p. 2861-2871, 2865; Savigny, *System I*, p. 57-66.

⁷¹ O *Usus modernus pandectarum* é “moderno” porque, além das pandectas (entre outros), reconhece o direito natural como fonte. Outra mudança de paradigma se refere ao “*System des heutigen römischen Rechts*” de Savigny.

⁷² O pano de fundo desse uso é a ideia de que o final da Idade Média poderia oferecer um contraste para o termo modernidade. Trabalhos de teoria jurídica mais recentes, como os de Marietta Auer (*Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*) ou de Ralf Seinecke (*Das Recht des Rechtspluralismus*, 2015), apontam nessa direção.

afirmado, em uma compreensão plural da soberania e das fontes do direito. Ele, portanto, está fora deste grupo de iniciadores do Estado moderno.

Somente as experiências do século XX com as consequências caóticas de um conceito exagerado de soberania criaram as condições para uma apreciação apropriada do significado pioneiro da filosofia política de Leibniz. Seu ponto de vista se harmoniza de muitas maneiras com os atuais teóricos da globalização, que observam que antes da “moderna” condição de Estado já havia um sistema político com sobreposição de autoridades e soberanias compartilhadas. Ela quer dizer que a ordem medieval “se parece muito mais com uma rede tridimensional moderna do que com o Estado hierárquico e alinhado que a substituiu”.⁷³ Um sistema “pré-moderno” poderia então ser pelo menos tão “moderno” quanto o que tomou o seu lugar.

A busca por modelos mais antigos para “noções globais de ordem sem hierarquias íngremes e contrastes acentuados remonta a uma era que começou com Gottfried Wilhelm Leibniz”.⁷⁴ Seu direito natural histórico não deve ser medido pelos axiomas de uma teoria da evolução orientada para o progresso. Do ponto de vista de Leibniz, o homem vive em um fluxo contínuo de tempo: o passado, o presente e o futuro permanecem em um *Kontinuum* e estão intimamente entrelaçados. Como um pensador global, Leibniz pode, portanto, ser tratado sob três aspectos. Especialmente, porque ele pensava além de sua própria nação e da Europa para atingir grandes ordens transnacionais. Em termos de tempo, porque os benefícios das culturas antigas e medievais serviram como parâmetros para o seu programa de reformas. E do ponto de vista da Teoria do Estado, porque ele conseguiu passar da estatalidade moderna e medieval para um conceito plural de soberania. Assim, ele pôde dar sua própria resposta à questão das relações entre os elementos formais e materiais do direito. Hoje, na busca por uma solução que seja apropriada para o nosso tempo, ele poderia nos salvar da unilateralidade que nos vincula à afirmação de uma “materialização” irrestrita.

Recebido em 24/03/2019
Aprovado em 04/04/2019
Received in 24/03/2019
Approved in 04/04/2019

⁷³ Evidências em Meder, *Doppelte Körper im Recht*, p. 65-68.

⁷⁴ Jürgen Osterhammel, *Die Entzauberung Asiens* (2010), p. 407

