

# Sobre a máxima inquisitorial do processo civil prussiano (Uma resenha)

*Eduard Gans\**

## 1. Apresentação da tradução

A resenha que aqui vertemos em português foi publicada em Junho de 1832, como capítulo do livro: “Contribuições à revisão da legislação prussiana, editadas pelo Dr. Eduard Gans, professor ordinário de Direito na Universidade Real de Frederico Guilherme em Berlin”.<sup>1</sup> A fim de contextualizar minimamente essa publicação, vale a pena lembrar, imediatamente, que a *Revolução dos três gloriosos de julho de 1830* – da qual o professor Gans fora testemunha ocular por ocasião de uma visita a Paris – havia chacoalhado a aparente calma política conquistada desde a derrocada de Napoleão e o estabelecimento, em 1815, da *Santa Aliança* entre os reinos da Áustria, Prússia e Rússia, período que se costuma chamar de *Restauração*; e que o próprio Hegel, logo em seguida, fora dos primeiros a constatar que os tempos de céu limpo na política vinham ao cabo, como se vê, p.ex., na ocasião da interrupção, por ordem do rei, da publicação de sua análise sobre o processo de reforma política e eleitoral por que passava o reino da Inglaterra – texto em que se encontra, indiretamente, alusões à situação política prussiana –, e também na anedota, que se encontra na edição da correspondência de Hegel, da real reprimenda que o filósofo teria ouvido pessoalmente do regente. O então já envelhecido (apesar de sexagenário) e adoentado professor de filosofia era convocado a reassumir as preleções sobre a sua *Filosofia do Direito*, que na época vinham sendo ministradas pelo seu aluno mais célebre, o mesmo professor Gans, o qual vinha cometendo a audácia de encontrar nos obtusos parágrafos do mestre explicações e, o que era pior, certa justificativa para as mais recentes reviravoltas republicanas e democráticas parisienses. Conta o anedotário filosófico que um Hegel furioso e humilhado publicamente reassumiu o controle da leitura pública de sua *Filosofia do Direito*, mas que logo se adoentou

---

\* Traduzido por Fábio Nolasco e revisado por Emmanuel Nakamura e Ricardo Crissiúma

<sup>1</sup> GANS, E. Über die Untersuchungsmaxime des preußischen Zivilprozesses (Eine Rezension) – Kritik des Untersuchungsprinzips des Preußischen Civilprocesses von Gust. Friedr. Gaertner. Berlin: Duncker und Humboldt, 1832. In: GANS, E. **Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung**. Berlin: Duncker und Humboldt 1830/1832, pp. 450-479. Versão utilizada: GANS, E. **Philosophische Schriften**. Org. por Horst Schröder. Berlin (Ost): Akademie, 1971, pp. 288-315.



gravemente, vindo a falecer quase em seguida, em 14 de novembro de 1831, não antes de perdoar, já no leito de morte, a audácia um tanto quanto incendiária do seu discípulo.

Pouco mais de sete meses, portanto, separam o falecimento de Hegel da publicação das *Contribuições à revisão da legislação prussiana*. Quem se der o trabalho de ler com atenção a resenha aqui traduzida, verá como Gans não se deixou intimidar em nada pelas nuvens carregadas que fechavam o horizonte político prussiano. Para compreender minimamente o sentido dessa coragem cívica, relembremos aqui apenas sumariamente alguns fatos biográficos, que recolho de H. G. Reissner, *Eduard Gans, ein Leben im Vormärz*, J.C.B. Mohr: Tübingen, 1965.

Gans pertenceu, em conjunto com H. Heine, dentre outros, à primeira geração de jovens estudantes teuto-judeus a se formar no lastro da abertura política e institucional resultante da luta por direitos civis capitaneada, em Berlin, por Moses Mendelssohn (1729-86). Com o desdobramento da Restauração, porém, e o surgimento de um forte movimento estudantil nacionalista e, por óbvio, anti-semita – sc. o movimento das *Bürschenschaften* secundado por J. F. Fries<sup>2</sup> e F. Schleiermacher, contra o qual Hegel se voltou duramente no Prefácio da sua *Filosofia do Direito* –, o horizonte político voltava a se fechar, até que num decreto de outubro de 1819 Metternich revoga a todos os não cristãos os direitos civis adquiridos nos anos de abertura sob Frederico II. A essa altura, como auditor dos cursos de A. F. J. Thibaut (1772-1840) e de Hegel na Universidade de Heidelberg, Gans toma contato com a resistência filosófico-intelectual ao juspositivismo de Gustav von Hugo e Savigny, os juristas que se fizeram o esteio teórico-universitário da *Santa Aliança*. Se a doutrina jurídica em voga ancorava-se no caráter positivo da historicidade de certos povos [*Volksgeist*], tomados como entidades fixas, a resistência, por outro lado, buscava pôr em movimento a ‘dialética dos diversos povos’ submergindo-se na história mundial, e foi nesse espírito que Gans se fez doutor em direito com uma tese sobre direito hereditário romano.

Mas a resistência de Gans não se fazia, já naquele tempo, apenas na teoria. No dia 7 de novembro daquele mesmo de 1819, ele participa da fundação da ‘Liga pela melhora da condição dos judeus no Estado alemão’, que logo assume o nome de ‘Liga pela cultura e ciência dos judeus’ [*Verein für Cultur und Wissenschaft der Juden*] e se torna – em associação com a ‘Liga dos Amigos’, esta fundada em 1792 pelos herdeiros imediatos de Mendelssohn –

---

<sup>2</sup> J. F. Fries (1773-48), filósofo de orientação abertamente kantiana, desde os tempos de Iena a bem dizer o arquiantípoda de Hegel, publicara em 1816 o texto: “Sobre a ameaça do bem-comum e do caráter dos alemães pelos judeus”.

um importantíssimo vetor de movimentação e formação civil no cenário político berlinense. No rol de objetivos da Liga se encontrava a criação de uma revista (que de Março de 1822 a Junho de 1823 chegou a ver três números publicados) e um ginásio (que funcionou de Novembro de 1821 a Maio de 1823), onde os jovens de famílias judias pudessem levar adiante os seus estudos secundários, de novo impedidos ou obstaculizados. Num cenário político dominado pelo redirecionamento do Estado ao solo da religião cristã, a Liga se via obrigada a combater, em igual medida, também o *rabinismo ortodoxo*, cuja influência obstaculizava a participação política da comunidade judaica. Tratava-se, pois – e nisso em consonância com a obra política máxima de Mendelssohn: *Jerusalem, ou sobre o poder religioso e o judaísmo*, de 1783 – de conclamar, de um lado, um Estado ao qual não-cristãos pudessem estar associados, enquanto cidadãos, e de outro, um judaísmo que não impedisse a seus membros a circunstância de serem membros de um Estado.<sup>3</sup>

Desde Março de 1821, Gans é o presidente dessa Liga. Nessa época intensificam-se também os seus esforços por uma carreira acadêmica, o que, dadas as circunstâncias, era claramente um desafio de quem nada contra a corrente. Em 1824 e 1825 são publicados os dois volumes, centrados na figura do direito romano, de sua monumental obra inaugural: “O direito de herança em desenvolvimento histórico: um tratado da história universal do direito” [*Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte*]. Apesar do impacto e pertinência dessa obra, a Universidade Real de Berlin, e especialmente a faculdade de Direito sob Savigny, não permitiam que um não-cristão se tornasse professor. Contra o cinismo estatal, Gans apela ao cinismo civil: consegue uma bolsa para estudar em Paris e lá se batiza, tirando do caminho o único argumento que a Faculdade de Direito detinha contra a sua contratação. Diz a anedota que Savigny, então, nunca mais participaria de uma reunião de colegiado. De 1826, portanto, até a morte prematura em 1839, Gans se fez, muito além de apenas o representante do hegelianismo na Faculdade de Direito, nada menos que o principal foco de resistência universitária ao crescente obscurantismo da Restauração, e especialmente de suas palestras formou-se a

---

<sup>3</sup> Esse modelo de luta pelos direitos civis, que foi enormemente radicalizado por Marx em “A questão judaica” (1844), foi fortemente criticado, a princípio pelo próprio Heine, que apontava o perigo em se querer implementar no presente o futuro, antes do seu tempo (cf. HEINE, H., *Ludwig Börne: Eine Denkschrift* [1840], in: Id., **Sämtliche Schriften**, Vol. 7, Hanser: Munique, 1976, p. 127-141), e mais tarde especialmente por Löwith, que lhe combatia o pretensão necessitarismo histórico de fundo hegeliano (cf. LÖWITH, K., *Vom Hegel zu Nietzsche: Der revolutionäre Bruch im Denken des 19. Jahrhunderts* [1941], Meiner: Hamburg, 1999), e por Hannah Arendt, que via foi reconstituir a partir das bases sócio-teóricas desse necessitarismo as razões ocaso totalitário do séc. XX (Cf. ARENDT, H., **Rahel Varnhagen. Lebensgeschichte einer deutschen Jüdin aus der Romantik**, Piper: Munique, 1958, p. 21-23).

*esquerda hegeliana*, contra-movimento a princípio estudantil, radicalmente oposto ao nacionalismo e anti-semitismo das *Bürschenschaften*, mas que em seguida se desdobrou em importantíssima força do movimento democrático que chacoalharia a Europa em Março de 1848.

A Gans coube também a tarefa de organizar e dirigir a ‘Liga dos amigos do falecido’ [*Verein der Freunde des Verewigten*], responsável pela organização e publicação das obras de Hegel. Naturalmente, Gans encarregou-se da edição (e formulação dos adendos) à *Filosofia do Direito*. Como notamos acima, nos primeiros meses de luto ao falecido mestre, e no espírito da digestão teórica da revolução parisiense de 1830, é que vieram à tona as *Contribuições à revisão da legislação prussiana*, da qual retiramos, como exemplo, a resenha ora traduzida. Se agora temos em mente os fatos biográficos que acabamos de narrar, fica claro assim que o duríssimo embate manifesto na resenha não veio à tona apenas em decorrência dos fatos de 1830, senão que naquela ocasião encontrara o seu coroamento e maturação completos. O diagnóstico de Gans não deixa dúvidas: a Prússia do seu tempo se encaminha a uma regressão que punha em xeque a abertura política vivenciada sob Frederico II, levando a termo a constituição de um tipo híbrido de absolutismo constitucional – o Estado tutelar –, aparentemente moderado por um tecido sólido de leis e pelo caráter irremovível dos juízes, mas na essência desvirtuado pela liberdade irrefreável garantida à atuação judiciária e policial, fundada no dito princípio inquisitorial.<sup>4</sup>

O ímpeto inicial para a realização da presente tradução coube a Emmanuel Nakamura, a quem agradeço, juntamente com Ricardo Crissiúma, pela revisão cuidadosa mediante a qual esta tradução se tornou legível.

## 2. Tradução

Finalmente um jurista prussiano<sup>5</sup> teve a coragem de submeter à crítica o lado mais determinado e conseqüente do direito prussiano, a saber, a posição mais discrepante do

---

<sup>4</sup> A bibliografia secundária que aborda esse texto de Gans é restritíssima. Indicamos apenas: BERTANI, C., **Eduard Gans (1797-1839) e la cultura del suo tempo: scienza del diritto, storiografia, pensiero político in un intellettuale hegeliano**, Guida: Napoli, 2004, pp. 301-308. Devo a Florian Scherübl a indicação tanto do livro de Reissmann quanto deste de Bertani.

<sup>5</sup> Menciona-se Gustav Friedrich Gaertner, cuja obra *Kritik des Untersuchungsprincipes des Preußischen Civilprocesses* (Berlin: Duncker und Humblot, 1832) [*Crítica do princípio heurístico do processo civil prussiano*] Ganz resenha no texto presente. (Nota do editor do texto alemão)

processo civil, e ousado julgá-la a partir de si mesma e de princípios puramente processuais, sem conectá-la diretamente ao Estado, seja qual for o seu caráter. Gostaríamos em primeiro lugar, antes de adicionar observações próprias, de nos esforçar em dar ao conhecimento do leitor o curso de pensamento do autor e destacar o essencial do escrito mencionado.

Na Introdução (pp. 1-12), o autor observa com justiça, acerca das exposições levantadas recentemente contra a perda de tempo que ocasionada, a se seguir o nosso processo, até mesmo pelas mais simples disputas jurídicas, que, se de fato é preciso conceder tais exterioridades e falhas, uma questão muito mais importante, todavia, vem à tona: se em todo caso as reformas, mesmo que correspondam a seus fins, poderiam ser conciliadas ao sistema de nosso Ordenamento Jurídico [*Gerichtsordnung*], e se o Ordenamento Jurídico não teria como princípio uma outra e mais elevada finalidade que o motivo conclamado por aquela proposta de reforma. Se a posição peculiar do juiz não tivesse necessidade alguma em si mesma, se ela tivesse um direito de se afirmar unicamente como meio aos fins que conclamara, então até mesmo a subsistência desse regulamento poderia ser destruída pela experiência de que o abreviamento dos processos está por meio dela longe de ser alcançado. Inicialmente, o pensamento do Ordenamento Jurídico surgiu sobretudo da intenção de tornar os advogados prescindíveis; mas quando se vê como os advogados banidos do *corpus juris Fridericianum* são de novo introduzidos no Ordenamento Jurídico, como a instrução [*Instruktion*] não pode ser concluída definitivamente com a regulação do *status causae*, e sim como até mesmo na terceira instância podem surgir provas ainda novas, uma nova instrução que efetiva a instância corrente, e assim é preciso que esteja simultaneamente claro que o dever inquisitorial [*Untersuchungspflicht*<sup>6</sup>] do juiz não significa apenas um meio útil para outras finalidades da legislação processual, mas em geral um dever [*Pflicht*] que é em e por si mesmo necessário, cujo princípio precisa ser investigado exclusiva e independentemente e sem levar em conta a duração e o custo dos processos.

Na primeira seção (pp. 13-24) o autor nos dá então uma crítica da fundamentação teórica do princípio inquisitorial, na medida em que deve ser decidido o que é propriamente o princípio inquisitorial. Ele parte da Introdução ao Ordenamento jurídico e mostra como dos primeiros parágrafos procede a necessidade de um procedimento para que se possa decidir as disputas jurídicas mediante sentença do juiz e os momentos essenciais desse procedimento

---

<sup>6</sup> De fato, inquisitorial pode soar quase um palavrão no contexto racional e moderno da discussão jurídica em questão, mas é ainda o termo constante no ofício jurídico brasileiro, sob as expressões: dever inquisitorial, princípio inquisitorial. (N.T.)

enquanto exposição da circunstância factual [*Sachverhältnisses*], regulação do *status causae et controversiae* e a demonstração dos fatos conflitantes, mas não aquilo que deve ser deles deduzido, a saber, que a atividade do juiz tem de ser considerada como o elemento atuante [*wirksame*] mediante o qual essas condições e pressuposições precisam ser galgadas; de fato, quando se assume que a verdade e legalidade da sentença do juiz dependa essencialmente de que a sua base fática seja completamente e em todas as relações adequada ao procedimento dos fatos, tal como ele se tenha configurado antes de surgir disputa acerca da relação jurídica, essa suposição há de ser contradita de antemão e pelo primeiro axioma dessa Introdução, com o quê o caráter do conflito jurídico civil é determinado [no sentido] de ser uma disputa *inter privatos* e acerca de um *privatum*.

Uma tal disputa tem, portanto, adentro de si [*in sich*] um fundamento não necessário, em si [*an sich*] arbitrário;<sup>7</sup> assim, é igualmente indiferente para a verdade absoluta e justiça da sentença quais fatos precisam ser vistos como base do conflito jurídico, posto que a sentença não perde o mínimo em seu valor absoluto se os fatos tivessem existido diferente da maneira por que têm de ser tomados na sentença jurídica. O conflito jurídico particular não tem interesse universal algum, e por isso toda atividade que se relaciona à preparação do julgamento precisa necessariamente caber ao singular; e tal como cabe a cada um dos singulares estabelecer arbitrariamente relações de direito [*Rechtsgeschäfte*] e, quando acreditam terem sido lesados, denunciá-lo, é preciso conceder-lhes arbítrio equivalente no que diz respeito à apresentação [*Vorbringen*] dos fatos no processo. Apenas a fim de proteger essa liberdade, e porque pode demandar completude e assertividade [*Schlüssigkeit*] nas exposições [*Vorträge*], é que o juiz tem de intervir nesse procedimento; do contrário, quando este traz em si a estampa da verdade formal, é preciso que o juiz o considere e o estabeleça como fundamento à sua sentença.

Mas quando se recusa o ponto de vista do direito privado e se considera a relação do direito ao Estado como aquela de onde é preciso partir, como se coloca aqui o princípio inquisitorial? Não está implicado, aqui, que em toda disputa jurídica há por si mesmo uma lesão da lei, e que a suspensão dessa lesão motivou a instituição dos tribunais? Mas se o direito existe no sentido do Estado, então não é nesse mesmo sentido que subsistem todas as relações dos indivíduos, que têm um trato jurídico e não demandam que o direito passe a

---

<sup>7</sup> Gans abusa, neste trecho, do jogo de palavras entre *in sich* e *an sich* que Hegel explora *ad nauseam* especialmente no capítulo sobre o ser-aí da *Ciência da Lógica*, precisamente na dialética do *algo*, que tem o outro dentro de si, e do *outro*, que porta tem o algo em si. (N.T.)

existir neles tal como está determinado de acordo com a lei. Se irrompe um conflito jurídico, não se pode quedar-se naquilo que os participantes imediatos tomam como fundamento do direito, mas se trata de como a relação jurídica tenha efetivamente existido, posto que no interesse do Estado há apenas esse subsistir como existência do direito; o juiz, como representante [*Vertreter*] do Estado, precisa, portanto, necessariamente inquirir [*untersuchen*] em qualquer disputa jurídica quais fatos aí jazem como fundamento e como esses mesmos fatos se comportam segundo a verdade.

Esse interesse imediato do Estado nas relações jurídicas dos cidadãos é assim a legítima e verdadeira base do princípio inquisitorial, e agora é o caso de se perguntar se aquele ponto de vista acerca da relação do Estado com o direito contém alguma verdade e se o juiz tem de emitir direito material ou apenas formal. Mas antes que isso seja decidido, é preciso considerar em primeiro lugar a eficácia prática do princípio inquisitorial e descobrir se o juiz, no que concerne a exterioridade pressuposta à sua atividade e dela independente, pode emitir direito efetivamente material.

Na segunda seção (pp. 25-54) considera-se em relação prática o princípio inquisitorial e se avalia a sua realização no sistema do Ordenamento Jurídico. Diz o autor que se é direito e dever do juiz retornar ao fundamento próprio das relações jurídicas conflitantes, não poderia ser arbitrário às partes estarem a bel-prazer concordantes acerca do modo como se comportam os fatos. Apesar disso, a admissão [*Zugeständnis*] foi elevada a um meio comprobatório pleno, e com isso o princípio processual prussiano, segundo o qual o juiz deve emitir juízo material, foi tratado de maneira formalmente contraditória.

Igualmente, se o réu, intimado apropriadamente, não comparece para responder à acusação, ele será considerado em relação aos fatos contidos na acusação como confesso. Mas isso tampouco está em relação causal com o fato de que o juiz, em decorrência da sua função pública, deva estabelecer a circunstância factual; na medida em que é imposta a pena da admissão e da renúncia a quem desobedece, essa pena contradiz tanto o seu fundamento quanto a sua finalidade, ela própria suspende a investigação da circunstância factual a fim de penalizar a tentativa de uma das partes de obstaculizar ou atrasar essa investigação, e assim, nessa determinação penal é pressuposto como possível precisamente o que em princípio foi recusado e negado, a saber, que a relação factual foi configurada mediante *litis contestatio* e poderia, nessa figura, tornar-se a única base da sentença jurídica.

Ademais, se de acordo com o princípio do ordenamento jurídico prussiano as partes deveriam, tão logo o juiz é chamado, cessar de contar com uma atividade independente, nas

determinações singulares, no entanto, não se mostra nenhum sinal desse princípio, pois em primeiro lugar exige-se uma petição determinada como requisito essencial da acusação e da réplica. O juiz do processo de conhecimento [*erkennende Richter*] pode considerar o desenvolvimento do fato apenas *secundum petitum*. A apelação não é um *beneficium commune*, e apenas quando o intimado [*der Appellat*] expressamente consente à apelação, i.e., sempre em decorrência de uma petição, pode a primeira declaração ser alterada em favor do intimado. Igualmente, e apesar de que o princípio do Ordenamento Jurídico prussiano de fato teria de recusar qualquer prazo delimitador, há factualmente prazos peremptórios impostos pela própria lei ao procedimento probatório. Mas lá onde o princípio fundamental do processo deveria se conservar a todo custo, a saber, no procedimento comprobatório, mostra-se a impossibilidade de sua realização, pois a prova de um fato não é uma investigação de sua verdade em si, mas apenas uma autenticação [*Beglaubigung*] de que uma circunstância existe ou não existe efetiva e exteriormente tal como afirmada.

Assim, uma prova objetiva nunca poderá ser aduzida para os fatos, e o juiz, na medida em que deve investigar a verdade, nunca pode realizar efetivamente esse seu dever, comportando-se nesse sentido apenas aproximativamente. Porém, na medida em que a questão acerca do que seja comprovado não pode ser deixada à convicção subjetiva do juiz, na medida em que é preciso determinar formas nas quais exclusivamente um fato poderia ser comprovado, impõe-se [no entanto] como contingente se a verdade é enunciada, e ela mesma [então] é determinada não como verdadeira, mas como contingente, algo que deve valer como produzido nas formas determinadas de comprovação.

Mediante a assunção de uma teoria da comprovação o Ordenamento Jurídico contradisse, portanto, o seu princípio, e na medida em que essa assunção se fez necessária, mostrou como algo não-real o seu princípio. Além disso, na medida em que, todavia, o processo teve de ser tomado por um mal e, portanto, a tentativa de equiparação [*Vergleichversuch*] foi incorporada no sistema da ordenação processual, o seu princípio foi factualmente suprimido, se não diretamente, então indiretamente, pois como pode o processo surgir como um mal se o direito deve ser efetivado em todos os seus fenômenos? Se ele é um mal, então as relações factuais exteriores que formam o fundamento do conflito jurídico não são a existência efetiva do direito, e na medida em que as partes não apenas permitem a equiparação, mas a sua efetivação é tornada um dever para o juiz, com isso reconhece-se imediatamente que aquilo sobre o que as partes acordam seja tão justo quanto o que o juiz instancia como justo. De fato, mediante a equiparação as partes impõem sem conflito algo



diferente do direito como o que factualmente é de direito segundo as relações factuais pressupostas, e nesse instituto surge, portanto, um outro princípio, o da equidade [*Billigkeit*], contra o princípio da justiça.

Na terceira seção (pp. 55-110) a consideração do princípio inquisitorial é retomada em sua relação teórica e é formulada a crítica de sua fundamentação científica. Mostra-se com dedução e rigor filosóficos que o direito enquanto direito privado não é direito *material*, mas apenas *formal* e que a vontade enquanto sujeito de direito é apenas vontade *formal*. O direito como universal auto-atuante [*sich betätigende*] é contudo o tribunal. Dado que ele é então imposto necessariamente apenas mediante o direito e sua natureza, sua determinação só pode ser tomada a partir do conteúdo verdadeiro do direito, a partir do seu princípio. Se, todavia, isso é o caso, o círculo completo da condicionalidade e contingência do direito, todo o seu fundamento factual enquanto tal repousa também necessariamente fora de sua esfera e atuação. Assim, ele é verdadeiramente o poder ético objetivo que, liberto do interesse da singularidade e sua contingência, é preenchido exclusivamente pelo direito como universal e como conceito e, propellido por tal impulso, emite o que então seja direito. É próprio da consciência inculta [*ungebildeten Bewußtsein*] acusar o tribunal, quando este não pode contribuir ao direito presumido, e requerer dele que produza direito material pelos meios que lhe pertencem.

Ao conhecer conceituante, porém, é manifesto que o tribunal não poderia estar interessado no direito singular e determinado enquanto tal, porque ele como singular não tem parte alguma na verdade, e que apenas o direito proveniente dos fatos provados ao tribunal seria exclusiva e efetivamente o direito. – Agora, no entanto, as diversas teorias que defendem a máxima de inquérito são submetidas a uma crítica, em primeiro lugar a do Sr. zum Bach.<sup>8</sup> Este não reconhece entre o direito civil e criminal absolutamente nenhuma diferença qualitativa, mas apenas uma quantitativa. Desde os atos considerados danosos, diz ele, numa cadeia seriada por eles imperceptíveis, seguem atos de igual relação por meio dos quais a existência [*Dasein*] física, a saúde, a propriedade dos cidadãos poderia ser lesada, até os casos em que as lesões se perdem em danos à propriedade bastante pequenos e no simples não reconhecimento da propriedade. Se se concede ao tribunal, porém, no caso de um ato ilícito ameaçado com pena embaraçosa, um direito incondicionado e ilimitado de investigação, então

---

<sup>8</sup> Gans se refere a Carl Adolf zum Bach, autor de *Ideen über Recht, Staat, Staatsgewalt, Staatsverfassung und Volksvertretung* (Colônia, 1817). (Nota do editor do texto alemão)

não se poderia consequentemente lhe negar esse mesmo direito nos conflitos civis apenas quantitativamente diversos.

Contra uma tal opinião o autor acertadamente aduz que, como no crime o Estado está imediatamente imiscuído, porque *ele* mediante a lesão à pessoa aparece atacado em sua base substancial, e dado que *em si* tais lesões tocam o universal, é preciso oferecer recompensa não apenas ao indivíduo, mas também ao universal é preciso ressarcir mediante a pena. Apesar disso, nem toda lesão ao direito há de ser em si penalizável, posto que nem todo assalto à existência [*Dasein*] da pessoa é uma lesão da pessoa em sua existência [*Dasein*]. Os processos civil e criminal seriam assim reciprocamente opostos e completamente separados pela diferencialidade tanto do fundamento que os condiciona e os impõe, quanto do procedimento pressuposto dos singulares que lhes tomam parte, tal como, enfim, no que diz respeito ao direcionamento da atividade do tribunal; no processo civil o tribunal tem de restabelecer, desde a sua colisão e da discórdia das opiniões, o direito que entrou em conflito consigo mesmo em sua determinação formal singular; no processo criminal é o poder vingativo [*rächende Macht*] do universal que pune a quebra do direito.

Contra a fundamentação do princípio inquisitorial empreendida por Puchta,<sup>9</sup> a qual consiste em que muito frequentemente está aí-presente também no processo civil um procedimento antijurídico [*widerrechtliches*] e uma verdadeira lesão do direito, e que portanto seria preciso conceder também ao juiz civil o direito inquisitorial e elevar tal direito ao princípio condutor de toda a sua atividade, porque o oponente dispõe apenas do tão precário recurso da prova, que surge apenas raramente na luta contra a desonestidade, e que, se contra a casca [*Schale*] do direito, preponderada [*überwogene*] pela mentira e desonestidade, não se dispuser um contrapeso mediante a obrigação do juiz à emissão auto-ativa [*selbsttätigen*] da verdade sobre a legislação, a sentença favorável [*günstige*] não seria um prêmio do direito, mas da esperteza, da astúcia e da destreza, e assim o Estado não teria o suficiente para cumprir o seu primeiro dever, proteger o direito – contra essa opinião foi lembrado com justiça que, para ser completamente consequente e excluir qualquer fraude, tão logo também haja um direito de terminar, de suspender a liberdade imediata, as negociações jurídicas [*Rechtsgeschäfte*] e tornar a consumação de qualquer negociação jurídica dependente da comprovação e da concessão da autoridade do juiz, apenas então, nesta

---

<sup>9</sup> Gans se refere ao jurista Georg Friedrich von Puchta (1798–1846), representante do direito consuetudinário (*Gewohnheitsrecht*) da Escola Histórica do Direito e considerado um dos fundadores do conceito de jurisprudência. (Nota do editor do texto alemão)

consequência ulterior, é que seria efetivamente alcançada aquela presumida realização do direito. – Nas considerações gerais que o autor dispõe ao final desta seção mostra-se como a máxima de inquérito dificilmente poderia combater os males que têm sua fonte num esvaziamento ético [*Entsittlichung*] generalizado, porque ela, para agir contra singulares astutos e que menosprezam o direito, pressupõe como tais todos os outros.

Enfim na seção (pp. 101-157) o autor considera o princípio inquisitorial em sua figura modificada, como *nobile officium judicis*, tal como fica em parte claro p.ex. na Emenda bávara de 22 de julho de 1819 e no Édito organizacional de Württemberg de 31 de dezembro de 1818. Segundo a primeira, os juízes de primeira instância são obrigados, quando as pessoas incultas no direito procedem sem um advogado, a situar corretamente o ponto conflitivo e esclarecer de maneira apropriada o que auxiliaria na decisão do conflito; de acordo com o segundo, que já se inclina mais na direção do princípio inquisitorial prussiano, o juiz, tão logo é chamado à ação pelas partes envolvidas, deve questionar ambas as partes acerca das circunstâncias factuais e isso não apenas em virtude de seu cargo público, conquanto deve também atuar para a indubitável finalidade de cada parte, podendo no processo de conhecimento, em virtude de seu cargo público, completar discursos resultantes dos fatos processuais.

O autor assume que nessa figura da máxima de inquérito, como *nobile officium judicis*, ela não está apresentada como princípio universal e necessário, mas seria considerada apenas como um meio para fins dentre outros meios; seria preciso assim ser provado que o método protocolar pudesse corresponder à finalidade principal de toda a administração do direito [*Rechtspflege*]. No entanto, exige-se sabidamente, no que concerne ao *nobile officium judicis*, e particularmente do juiz, imparcialidade [*Unparteilichkeit*] e dignidade [*Würde*]; mas a mesma relação que conclama essa obrigação a conduz a circunstâncias que excluem imediatamente a sua consumação. Dado que ele é antes de tudo um ser humano, como deveria a condição social [*Stand und Rang*] das partes não ter nenhuma influência no seu comportamento? Não será o tribunal imputado por sua má-vontade, por tender a uma das partes e por ser injusto precisamente pela vantagem que, sem o querer, se concede a esta ou aquela parte?

Dessa maneira, pois, uma forma que parece ter sido instituída justamente para aqueles incultos no direito mostrar-se-á precisamente introduzida contra esses mesmos. O juiz terá de saber acerca de conclusões e petições que partem dele próprio e assim será posto como juiz acima de si mesmo. Ou seria preciso – o que é impossível – assumir que o juiz, depois de

terminada a audiência, sopesará uns contra outros os argumentos e contra-argumentos com uma visada precisa e imperturbada, e que as suas diversas funções, órgão da parte diante da lei e órgão da lei, nunca ocasionarão um conflito e uma colisão.

Posto, contudo, que o conhecimento do direito é a suprema e legítima tarefa do juiz, e que, no entanto, para esse conhecimento a única garantia fixa e a necessária condição fundamental é um posicionamento tal que, assegurando-lhe o calmo comportamento das outras faculdades espirituais, permite uma atividade livre e desenvolta de seu espírito cognitivo, então é preciso manter imediatamente fora da esfera das suas obrigações tudo o que pudesse prejudicar a liberdade da sua inteligência. E, assim sendo, como não será, com toda justiça, permitido ao juiz julgar sobre a sua própria propriedade e sobre a dos seus, então muito menos pode ele ser colocado em tais relações que confundem até mesmo um espírito cultivado, podendo onerar e vincular o seu conhecimento.

Partindo desses argumentos, portanto, é inconciliável e artificial uma conexão das funções contidas no conceito do *nobile officium* com a função pública do juiz. A este ponto de vista pode, contudo, ser objetado que é contraditório à função do juiz quando uma única e mesma pessoa leve a termo tarefas completamente separadas; que, no entanto, tal circunstância se dá diferentemente em colegiados jurídicos, nos quais o ministro da corte responsável pela instrução [*instruierende Gerichtsdeputierte*], o presidente [*Dezernenten*], o relator [*Referenten*] são pessoas diversas e, assim, os erros do instrutor poderiam não exercer nenhuma influência na decisão final. Fosse o caso de se instituir tal ponto de vista, seria preciso, então, partindo do princípio do *nobile officium judicis*, banir todos os juízes individuais tal como se encontram na Prússia, na Bavária e em Württemberg, mas nisso está contida a refutação do *nobile officium*.

Pois mesmo nos tribunais colegiados é impossível a inspeção sobre os autos dos instrutores, pois estes devem conter apenas os fatos que o instrutor tomou, segundo o seu ponto de vista, por imprescindíveis; mas a ciência de *todos* os fatos que as partes expuseram ao instrutor seria inescapavelmente exigida para justamente se poder exercer o controle. Por isso, mesmo no tribunal, a sentença impetrada colegiadamente depende do preconceito incontrolável do instrutor singular, do qual todo o sucesso do processo se torna presa.

Mas, mesmo quando o instrutor capta efetivamente o ponto de vista correto, não se alcança a *finalidade* que o *nobile officium* deveria ter exclusivamente, qual seja, trazer a parte diante do seu juiz, posto que doravante o ofício do instrutor tomou a forma de uma função completamente separada do cargo público do juiz, e isso torna totalmente ilusório o que o

procedimento deveria efetuar. Não o juiz, mas um outro funcionário público em seu nome é quem dá audiência às partes, registra a sua acusação e a dispõe nos autos. É completamente indiferente se essa pessoa é um advogado, um conselheiro assistente ou um instrutor, posto que em todos os casos se trata de uma pessoa diversa do juiz.

Mediante o instrutor e o relator a matéria [*Sache*] surge diante do colégio em dupla mediação, e a finalidade própria do princípio inquisitorial é, com isso, totalmente suspensa. Sendo assim, diz o autor em suas considerações conclusivas, gostaríamos de transformar mais uma vez o tribunal em colegiados sentencionais [*Spruchkollegien*], reconhecer como necessária e imprescindível a função dos advogados e, posto que nosso processo não se sustentou perante a crítica, restabelecer o direito alemão comum? Mas isso seria sem dúvida um retrocesso. No sentido original de *Frederico o grande* repousava que as partes deveriam ser ouvidas pelo seu próprio juiz; mesmo ele desejava a emancipação [*Mündlichkeit*] e a publicidade do processo, i.e., o restabelecimento de uma referência e relação imediatas entre o tribunal e os cidadãos que procuram a proteção da lei.

Por isso ele afastou os advogados e permitiu que a introdução e preparação à decisão judicial ocorresse mediante o próprio juiz. Mas, dado que essa operação preparatória enquanto tal precisava ser separada da função jurídica legítima, tornou-se obrigatório deixar inutilizados os começos preestabelecidos de um procedimento efetivamente emancipado, sim, deixá-los completamente de lado como inutilizáveis; em vez de estabelecer o vínculo das partes com o tribunal mediante *um* juiz, isso foi feito mediante alguém comissionado pelo tribunal. Embora nisso não tenha havido emancipação alguma e o trato com as partes se tenha dado ao conhecimento do tribunal apenas mediante registros escritos, mesmo assim, criou-se polêmica contra as exigências de um procedimento oral e público, afirmou-se que deveria se alegar haver contentamento dos mais completos na posse e gozo da emancipação legal e verdadeira, e que uma outra não haveria de propiciar utilidade real alguma, por cuja razão uma publicidade não se fazia de modo algum necessária, posto que esta sem aquela emancipação seria uma forma vazia.

Dado, contudo, que a máxima de inquérito se mostrou ela própria como falsa, ganhou-se com isso um fundamento mais seguro, em cuja medida se poderia restabelecer uma relação imediata entre os cidadãos que buscam a proteção da lei e o tribunal. Não pelo afastamento total dos advogados e pela completa subtração ao organismo processual desse elo necessário, mas de tal maneira que esse elo possa retomar a posição da qual fora expulso no correr do tempo; que os advogados possam estar ao *lado* das partes quando elas não puderem falar ou

escrever; que, contudo, as partes tenham igualmente o direito e o poder de direcionar-se ao tribunal reunido; que, enfim, seja reconhecida a necessidade da escrita para a fundamentação, mas apenas para a fundamentação, para a fixação do conflito jurídico, e que seja a isso restrito.

Assim será preciso ocorrer que as partes se mostrem diante do tribunal reunido e acompanhem e defendam, seja pessoalmente ou mediante o seu advogado, os seus direitos diante do tribunal. Quando esse procedimento oral não é uma mera forma vazia, quando compreende em si todo o processo em seus elementos essenciais, só então irá surgir também a *publicidade* [*Öffentlichkeit*], que assegura às partes a possibilidade de se convencerem da observação das leis e que permite que o tribunal apareça efetivamente como o que ele é, como a lei vivente, como o poder protetor do direito.

O autor adicionou ao seu tratado três anexos: sobre a relação do Ordenamento Jurídico com o *Corpus juris Fridericianum*, sobre o *status causae et controversiae* e o decreto demonstrativo do processo prussiano e sobre a apresentação de Grävell<sup>10</sup> acerca do princípio do Ordenamento Processual prussiano. No primeiro, ele mostra como o Ordenamento Jurídico tem o grande mérito de ter dado à atividade jurídica procedente segundo certo plano uma eficácia completa e ilimitada e de ter aplainado e expandido a via que, no *Corpus juris Fridericianum*, quedava interrompida e ainda estreita e delimitada; no segundo, ele destaca o *status causae et controversiae* como o lado o mais brilhante e digno de nota de nosso processo, e no terceiro, enfim, contra a opinião grävelliana, segundo a qual o processo prussiano não seria inquisitório, mostra-se que a atividade judicial é, segundo esse princípio, não apenas diretiva [*leitend*], mas inquirente [*untersuchend*], e que sua finalidade é a investigação da verdade, ou pelo menos deve ser.

Deixamos, até aqui, que se desenvolvesse por si própria a linha de pensamento do nosso autor, sem nos permitir um juízo sobre o conteúdo do seu escrito. No geral, explicitamos o nosso completo acordo com o seu núcleo e suas realizações. Nunca havia surgido, acreditamos, um escrito sobre o direito prussiano em que a navalha crítica tenha sido aplicada tão profundamente, em que os fundamentos de uma matéria jurídica tenham sido tão essencialmente escavados, com tanta perspicácia e tamanha força dialética. Partindo dos primeiros e mais originários conceitos do direito comprovou-se a completa insustentabilidade da máxima de inquirito, mostrou-se como o seu princípio a contradiz de antemão, como é

---

<sup>10</sup> Gans se refere ao jurista e futuro membro da Assembleia Nacional de Frankfurt Maximilian Karl Friedrich Wilhelm Grävell (1781–1860). (Nota do editor alemão)

impossível uma realização consequente desse princípio e, ao final, dado que não se pretende retroceder e voltar ao que caducou, como não resta nenhuma outra opção para o bem que a máxima de inquérito deveria criar senão ser introduzida no sentido do aparecimento verdadeiro diante do juiz, no sentido da emancipação e publicidade do processo.

De fato, não se pode estar o bastante surpreendido se se pondera a gigantesca pretensão com que os juristas prussianos desde sempre falaram do valor absoluto da máxima de inquérito: como se pela primeira vez se estivesse discutindo uma verdade efetiva, como se o obscurecimento dos fatos pelas partes, permitido pelo processo comum, tivesse sido doravante suspenso e como se agora a matéria [*Sache*] mesma se manifestasse tão nua e tão determinadamente, ao passo que antes ela se dava a ver apenas num invólucro, no qual a ignorância e a distorção a queriam assentar.

\*É uma pena que essa conquista do direito tenha acontecido apenas às custas do próprio direito e que, em primeiro lugar, o fundamento do direito, a liberdade, tenha sido destruída a fim de garantir, na troca, um direito melhor. Nosso autor explicitou com total sucesso que a verdadeira figura do direito singular e o conhecimento de como esse direito tenha efetivamente procedido não poderia atribuir ao emissor da lei [*Rechtsprecher*] uma maior dignidade e segurança, e que, tal como é indiferente se algo deveria tornar-se válido no processo civil, há de manter-se também como indiferente a maneira como isso se representa.

O ilícito [*Unrecht*], no processo civil, é algo completamente desenvolvido [*unbefangen*], não é algo determinado que pertença a esta ou aquela parte, mas o processo, em primeiro lugar, deve decidir quem porta o ilícito. Essa desenvoltura deve precisamente ser suspensa apenas pela sentença. A máxima instrucional, que aniquila o significado do tribunal como colegiados sentencionais [*Spruchkollegien*] e a eles direciona a introdução e o tratamento daquele que há de ser apresentado ao juiz, suspende assim antes da sentença a desenvoltura. Ele preenche a matéria pura e nua com partidarismo judicial e assim não leva a coisa diante do juiz de conhecimento tal como ela é, mas como ela foi trabalhada pelo juiz de instrução.

Esse motivo da instrução tornar impuro o processo era a principal razão que moveu o Sr. Reinhard, em suas excelentes observações sobre o Ordenamento Jurídico, a se declarar contra a máxima de inquérito. Ele mostrou como num tribunal formado uma das principais finalidades da máxima instrucional, levar as partes diante do seu juiz, teria sido frustrada [*vereitelt*] na medida em que as partes teriam sido, de fato, levadas diante do juiz de instrução, mas não diante do juiz de conhecimento; como, segundo esse ponto de vista, a máxima

poderia ainda ter valor apenas a respeito de juízes singulares, os quais, de partida, apenas mediante a investigação poderiam visar à sua própria instrução acerca da situação material e que, em vez de órgãos mediadores, posto que a instrução deveria servir apenas a eles próprios, teriam sido tornados árbitros [*Urteilern*] verdadeiramente imediatos, [capazes de] abrangerem o processo desde as suas raízes.

Contra esse ponto de vista pode ser em primeiro lugar objetado que assim a essência da administração da justiça [*Gerechtigkeitspflege*] se quebra em duas partes totalmente diversas e separadas; que, então, a primeira, a saber, o procedimento diante dos juízes singulares, se aplica à maneira imediata e patriarcal de manipular a administração do direito [*Rechtspflege*]; a outra, i.e., o procedimento diante de colegiados formados, gostaria de pertencer à natureza elaborada e cultivada do nosso direito. Contudo, o quão praticamente uma tal separação poderia manifestar-se e o quão pouco essa disposição é contraposta à exigência de que as partes devam se dispor diante do seu juiz, pergunta-se, assim, se uma contradição fundada não poderia ser oposta a partir do ponto de vista do direito.

Mediante as relações que o juiz singular trava com as partes, mediante o comportamento desigual ao qual é requerido por suas diversas atividades, a dignidade do juiz e, com isso, também o respeito diante da sua pessoa são rebaixados e os seus esforços por aprender e captar a matéria que encontra diante de si dar-lhe-ão uma imoderação que põe essencialmente em risco o seu caráter enquanto juiz. O nosso autor, que aparentemente não conhecia essas contribuições de Reinhard, mostra com justiça, pois, que em virtude da máxima instrucional a instituição do juiz singular haveria afinal de desaparecer, e que tal máxima poderia alcançar um significado apenas na separação que se dá na formação de colegiados, desde que, neste caso, não se perdesse a questão de que a matéria proceda nua e imediatamente diante dos juízes.

Mas se a máxima de inquérito não corresponde de maneira alguma à natureza do direito, há de se adicionar em primeiro lugar que ela nunca pode ser realizada em sua verdade e rigor. Foi dito tão frequentemente pelos juristas prussianos que o sistema do Ordenamento Jurídico seria, segundo a teoria, de fato o mais completo que se pudesse pensar, que apenas a prática não acompanhava o pensamento. Mas o que é isto, em termos de pensamento, cujo caráter necessário é que permaneça irrealizado? E se a máxima de inquérito deve impetrar efetivamente o que ela promete, se o direito deve se tornar objeto do procedimento não tal como se apresenta, mas como está efetivamente assentado, então é preciso que o juiz tenha o poder de se ocupar também dos fatos que antecedem e fundamentam os conflitos.



Dado, assim, que não lhe é indiferente a maneira como um direito se configura em virtude de uma circunstância da vida [*Lebensverhältnisses*], então essa própria circunstância não pode lhe ser indiferente. Tal como a polícia, antes que uma matéria [*Sache*] seja trazida diante do juiz criminal, tem de cuidar para que não aconteça nenhum crime, igualmente seria preciso que ela se misture nos humanos e privados assuntos, os ordene e institucionalize de tal maneira que o direito apareça não mais como algo contingente, mas como algo já disposto conforme a lei desde o seu surgimento. Se, no entanto, é preciso abandonar já de partida esse fundamento necessário da máxima de inquérito, porque ela fundaria uma etapa inédita do absolutismo, impossível de ser tolerada em qualquer circunstância, então é o caso ainda de se perguntar, abstraindo-se dessa consequência e no caso de as circunstâncias da vida serem mantidas abandonadas a si próprias, se o juiz não teria que, apoderar-se de toda a matéria [*Stoffes*] tão logo surjam conflitos, independentemente e utilizando as partes meramente como meios a fim de alcançar a posse da verdade.<sup>11</sup>

Neste ponto, porém, desfaz-se por si própria, mais uma vez, a máxima de inquérito. Pois na medida em que ela não pode nunca aniquilar o conceito do direito, igualmente não pode subverter a liberdade das partes [*Parteien*<sup>12</sup>], tal como há de ser consequentemente o caso, e o espaço de atuação que a elas é permitido volta-se imediatamente contra o próprio princípio inquisitorial. Pois, abstraindo-se da verdade da matéria [*Sache*], se a confissão é ela própria elevada a meio de comprovação, se o réu é tomado por confesso em virtude da sua desobediência, se as moções das partes constroem o juiz, se na própria teoria da comprovação já está dado que a prova não diz respeito à própria matéria [*Sache*], mas ao seu aparecimento na prova, se, enfim, o processo surge em pecado como um mal e sua remissão, a emissão da verdade não sendo o essencial, a máxima de inquérito se evidencia, portanto, também neste segundo estágio, como desfeita pelo seu princípio [*Prinzip*], e a atividade instrutiva do juiz, despreendida do fundamento [*Grundsatz*], mostra-se como contingente, assim como seria ilícita e despótica, segundo o mesmo fundamento.

---

<sup>11</sup> Chama-se a atenção, aqui, à palavra matéria, que utilizamos para verter até aqui *Sache*, no sentido de matéria, fato jurídico, e que agora serve também à tradução de *Stoff*. Acreditamos que a diferenciação intencionada pelo autor diz respeito à questão da circunstância vital (*Lebensverhältnisse*), ou dos humanos e privados assuntos (*Privatangelegenheiten der Menschen*), aqueles nos quais a polícia haveria de estar autorizada a se imiscuir se o princípio inquisitorial pudesse fundar-se, ou seja, humana e provada matéria (*Stoff*) do fato (*Sache*) jurídico concreto. (N.T.)

<sup>12</sup> Interessante mencionar que o termo alemão *Partei* poderia ser igualmente traduzido por partido, não sendo, contudo, aqui o caso em questão, pois não se trata, no contexto, diretamente dos partidos políticos e seus conflitos, mas das partes e dos conflitos civis. (N.T.)

Seria permitido enunciar aqui que, tomada processualmente, a máxima de inquérito foi aniquilada no escrito de que nos ocupamos, que ela, exposta ao fogo baixo da dialética que se lhe movimentava internamente, há de aparecer como pulverizada e dissolvida. Se for o caso de ela subsistir entre nós ainda por um longo tempo, já não tem mais força moral: ela pode ainda ser considerada como um último fardo que temos que carregar como herança do esclarecimento que se organiza; não surgirá pessoa alguma a querer provar o seu valor ou o seu significado universal.

Se a matéria inteira parece assim, processualmente, estar terminada, o escrito que nos concerne não buscou adicionar à discussão geral também a consideração do ponto de vista do direito público-estatal [*staatsrechtlichen*]. Esse escrito provou, do ponto de vista do direito, que a atividade do juiz, emitir os casos segundo a sua verdade, contradiz inteiramente o conceito do que precisamente deve ser por ela produzido; que um tal fundamento [*Grundsatz*], ademais, não pode ser levado a cabo, porque de outra maneira a máxima de inquérito degeneraria numa verdadeira inquisição e a liberdade, que, todavia, é o solo do direito, assim desapareceria.

Mas a essência do inquérito não foi posta em conexão ao Estado prussiano, ao qual ela, no entanto, pertence inteiramente; não foi mostrado como esse princípio [*Prinzip*] poderia aparecer conseqüentemente apenas neste Estado e apenas aqui se desenvolver. De fato, não é de maneira alguma contingente que a máxima de inquérito nunca tenha entrado em cena completamente em outros países alemães, podendo apenas ter se apresentado como procedimento protocolar e como *nobile officium judicis*; tampouco, o fato de que a província ocidental do Estado prussiano é contrária a esse princípio e que nunca ele será nela introduzido. Na medida, pois, em que o Estado prussiano é um duplo, a saber, a princípio um agregado de países que por acaso são vizinhos, em seguida, todavia, um todo com um princípio inteiramente característico e peculiar, logo, portanto, aquilo que foi adquirido por acaso irá contradizer o princípio tão logo o princípio contradiga o que foi adquirido por acaso.

Mas o que então é o característico e peculiar do Estado prussiano, de modo que a máxima de inquérito lhe deve pertencer com sua verdadeira conseqüência? Qual forma e figura tem este Estado? Com qual nome se pode designá-lo? É um Estado absoluto, patriarcal, constitucional? Mostrar-se-á que ele não compartilha de nenhuma dessas três formas.

*O Estado prussiano não é um Estado absoluto.* No sentido em que os publicistas franceses ou ingleses compreendem o conceito, de modo que sempre quando o poder

legislativo encontra-se nas mãos de um singular está aí-presente o Estado absoluto, seria possível dar um tal nome sobretudo ao Estado prussiano. Mas esse não é o caso factualmente. Pois um Estado absoluto é aquele em que não apenas rege um singular, mas no qual a eficácia desse singular destrói e suprime qualquer outra independência, no qual, tomado em face desse [singular], os outros são apenas sombras, que diante da sua vontade tem de empalidecer e desaparecer. Há no Estado absoluto muito arbítrio dos singulares, mas esse arbítrio só está aí-presente onde o autocrata [*Selbstherrscher*] não está e consiste em que o singular não pode abranger tudo, mas precisa repetidamente, em seus propósitos e finalidades, da condução de outrem [*fremder Leitung*].

Um tal absolutismo pode, por sua vez, dar-se de maneira tríplice: ou o Estado absoluto originário, aí-presente antes de toda liberdade, o absolutismo natural (*o do oriente*), ou aquele que nivela a liberdade individual e se eleva sobre suas ruínas (*o absolutismo dos césares romanos*), ou, enfim, aquele que se dispõe como unidade plenamente pensada [*gedankenvolle*] do Estado e que deixa desaparecer nessa unidade as singularidades diversas (*o absolutismo de Luís XIV*). No Estado prussiano não se há de encontrar nenhum desses três tipos de absolutismo. Ele surgiu depois da Reforma e, em virtude de sua posição, alcançou o ponto mais alto dos Estados reformados; as ideias do direito, da racionalidade e do esclarecimento guiaram a sua educação [*Erziehung*] e, apesar de toda a alteração das circunstâncias, nunca mais foram abandonadas.

Um estamento dos servidores públicos [*Beamtenstand*] que se complementa a si próprio, comprovado em sua capacidade, no qual qualquer um pode entrar de acordo com a ciência apreendida, conecta o governo com o povo e o povo com o governo. O absolutismo que quer se fazer vigente encontraria nesses servidores públicos e na sua interconexão com o povo um constante obstáculo e haveria de fracassar [em virtude] de sua própria disposição [*Einrichtung*] e constituição [*Verfassung*]. A lei, mesmo que segundo a sua forma seja dada de fato por um singular, é, em sua aplicação, entregue a juízes indestituíveis [*unabsetzbaren*], que pelo menos até agora nunca deram a oportunidade de contestar a sua imparcialidade e amor à justiça.

Dentre os Estados europeus a Rússia pode ser considerada como estando na fase [*Stufe*] do despotismo oriental com inclusão de dissimulação europeia; na fase do absolutismo Luís XIV estão os países do sul e do oeste europeu: Espanha, Portugal, Nápoles; mas a Prússia, que seja por sua situação interna ou posição externa, não pertence ao conjuntos dos Estados absolutos.

*O Estado prussiano também não pertence aos Estados patriarcais.* Eu chamo de patriarcais os Estados que surgiram por uma família, gradual e familiarmente, nos quais o absolutismo assumiu o invólucro do amor a uma dinastia. São Estados normalmente tranquilos e imóveis, de longe não progredindo de maneira tumultuada como os absolutos. Alcançaram um tipo de saturação, têm uma formação arcaica e uma cultura [*Kultur*] morta. Apresentam, de fato, o *status quo*, o elemento permanente e imóvel.

Em tais Estados zela-se pelas as vantagens materiais e, no limite, também pelo progresso meramente corpóreo, mas toda atividade espiritual é banida e proibida, até mesmo quando ela quer dar suporte ao sistema existente. Nesses Estados não se quer doutos, mas cidadãos caseiros [*Hausbürger*] tranquilos. Há apenas um Estado que assume tal coloração e se reconhece nesse direcionamento: a *Áustria*. Esse modo, [aqui] justamente indicado, pertence tanto ao caráter de tal Estado, como já foi observado por mim em outra ocasião, que ele desapareceria se alguma vez tivesse o intuito de suspendê-la.

Mas a Prússia não é um Estado patriarcal; surgiu num tempo em que esse conceito já não podia assumir nenhuma figuração nova; o pensamento do jurídico [*Rechtlichen*], do racional e de acordo com a lei é tão contrário ao Estado patriarcal quanto ao absoluto. Em maior conexão aberta com a Alemanha, e isso em maior grau do que a *Áustria*, é necessário que apareça progredindo de maneira móvel e científica: é necessário que tome notícia de tudo o que acontece e de toda novidade; não pode fechar-se à formação [*Bildung*], tampouco à busca de renovação.

A contradição que até agora se encontra entre o que deve ser e o que é não pode fazer com que [a Prússia] seja algum dia tomada por um Estado patriarcal: é um Estado feito, os Estados patriarcais foram paridos; é um Estado novo, Estados patriarcais são antigos; é um futuro [*künftiger*] Estado, os Estados patriarcais não são. A contingência da sua envergadura [*Umfanges*], a possibilidade da sua expansão estão absolutamente em oposição a que ele pudesse ser um Estado patriarcal; pois este é necessariamente fechado, contrário ao novo e, nessa medida, pouco inclinado à incrementação material [*körperlichen Vermehrung*].

*Mas o Estado prussiano também não é um Estado constitucional.* Sob tal conceito compreende-se essencialmente que os governados ratificamos impostos e auxiliam a edificar as leis. No que concerne ao poder legislativo, contudo, a Prússia é essencialmente absolutista.

Não pode ser dito de maneira alguma que sequer um alicerce tenha sido assentado para a futura constituição. Pois os estamentos das províncias não têm qualquer voz, seja na legislação geral, seja na provincial; quando há pedidos e sugestões de sua parte, o Estado se manifesta e, a depender do caso, são aceitos; também no que diz respeito ao que lhes deve ser submetido e que trata do que é o mais específico às províncias, sua opinião tem apenas o significado essencial de um parecer mais ou menos importante. Faltando-lhes toda e qualquer publicidade [*Öffentlichkeit*], toda e qualquer conexão com o povo, que não representam, o Estado termina por não saber em sua maior parte quando e como eles se reúnem. Diante dos estamentos provinciais, o governo [*Verwaltung*] tem de ser considerado antes como quem vê com maior profundidade e universalidade, como quem conhece o interesse do povo, e partindo desse ponto de vista lhe é permitido portar-se contra os estamentos da província. O estamento dos servidores públicos prussianos é uma instituição [*Einrichtung*] organizada muito mais de acordo com o povo do que o que chamamos de as circunstâncias estamentais, que não são feitas segundo talvez a força e vigência medievais, mas segundo a fase em que, elas próprias tendo sido enfraquecidas pelo poder monárquico, apenas levam o nome de uma instituição estatal.

Se, contudo, essas categorias do Estado absoluto, patriarcal e constitucional não podem ser aplicadas à Prússia, é preciso buscar a rubrica que lhe seja própria. Ela só pode ser uma que contém uma mistura desses três lados, que compartilha do Estado absoluto, patriarcal e constitucional [*verfassungsmäßigen*], que busca ligar o elemento oriental e ocidental e exercer os princípios [*Grundsätze*] da ditadura [*Alleinherrschaft*] na efetividade de uma liberdade moderada. Esta categoria é a do *Estado tutelar* [*vormundschaftlichen Staates*].

*O Estado prussiano é um Estado tutelar.* O conceito da tutela pressupõe dois lados que inicialmente se contradizem, mas que por meio da noção de tutela se conectam: o da independência [*Selbständigkeit*] do tutelado e o do poder que entra em cena no lugar dessa independência. É preciso dizer, o tutelado é em si livre – apenas não o é na efetividade; o que ele poderia e deveria fazer, realiza-o um outro, pois assume-se precisamente que ele não o faria corretamente. A tutela não é, por isso, um poder natural originário tal como o poder do pai ou do senhor: ele é artificial e instituído [*gemacht und eingerichtet*]; baseia-se na visada adentro da capacidade do tutelado; é, enfim, em sua verdade, apenas para este e não por si mesmo.

Na medida em que é poder [*Gewalt*], é-o apenas para uma finalidade, para um algo que condiciona esse poder. O Estado tutelar é, por isso, aquele em que a ditadura não é exercida em virtude de si própria, mas antes para quem dela precisa, ou deve precisar; [é aquele] no qual o bem comum, a liberdade dos súditos, seus direitos legais e bem ordenados [*gesetzlichen und wohlgeordneten*], constitui o conteúdo e o fundamento da supervisão [*Oberaufsicht*]. Dado que a tutela não pode tornar vigentes os direitos e as competências que cabem a um pai, dado que ela tem de entrar em cena de maneira mais suave, mais convincente, o Estado tutelar não pode, assim, ser pura e desnudamente despótico: ele precisa antes sempre ter fundamentos universais, ou pelos menos alegar que os tenha. No Estado tutelar assenta-se, portanto, ao mesmo tempo, a unificação do poder que será exercido e a liberdade que, todavia, não pode ser descartada; nisso se encontra, de um lado, a inclinação ao absolutismo, que rigorosamente não existe, e uma permissão à imigração de pensamentos livres, que não se pode proibir.

O Estado prussiano é essencialmente um Estado tutelar. Seus limites são, em primeiro lugar, a agitada França, aberta ao ímpeto direcionado à novidade [*Neuerungssucht*], resultado das reviravoltas da história mundial; mas também a Rússia eslava, que sente tanto o desejo da dominação [*Herrschaft*] quanto a impossibilidade de exercê-la. Nos limites de cada país encontram-se, porém, ao mesmo tempo, o que é conforme o pensamento [*Gedankenmäßige*] que o move, assim como as paixões que o dominam. O fundador espiritual do Estado prussiano, *Frederico o grande*, cujas formas foram de fato ampliadas e amenizadas, à altura de cuja perspectiva, porém, nem minimamente se elevou, chamava-se a si próprio de um servidor do Estado, ao passo que, ao mesmo tempo, era seu senhor [*Herrscher*] exclusivo e absoluto. Ele fundou, nessa medida, a maneira tutelar de governo ao reconhecer o poder como um servidor subordinado à finalidade que o move.

As leis e instituições que ele criou e que seus sucessores apenas levam adiante, partem do pensamento de que sempre se há de providenciar o bem-estar material e a formação espiritual sempre crescente do povo; mas não confiam que o povo poderia ser capaz [*berechtigt*] de alcançar a independência e ter o direito [*berechtigt*] de algum dia tomar o cuidado de si mesmo, assumido pelo Estado. Se se considera a natureza peculiar e o caráter diferenciador do código civil prussiano [*Landrecht*], não se pode negar que tenha sido redigido pelos homens mais benevolentes, no sentido de uma equidade [*Billigkeit*] que se estende sobre todas as relações.

Não se encontrará em parte alguma dureza e tirania, tampouco um corte agudo do nó: respeita-se todos os direitos bem adquiridos e de fato a razão e o esclarecimento foram interpeladas a aconselhar. Mas, ao mesmo tempo, se se considera o quão ampla é essa legislação, o quão pouco ela confia no entendimento do juiz e dos súditos, a maneira como ela quer levar a cabo e desenvolver tudo, como ela põe em segundo plano a independência e a vontade própria dos singulares, colocando em seu lugar o Estado; [se se considera] a maneira como ela entra em cena, desde o estilo do manual até o conteúdo dado de maneira completa, muito mais como doutrinária do que impositiva, não se poderá, assim, enganar-se aqui quanto ao caráter tutelar do Estado em que surgiu essa legislação. Encontram-se nesse código civil [*Gesetzbuch*] a forma que *Frederico o grande* quis conceder ao Estado prussiano, o poder, tal como ele o quis pensar, e a liberdade, tal como ele a quis dar. Mas o direito, sobretudo o direito privado, não deixa transparecer tanto assim esse caráter, pois neste ponto é preciso manter muita coisa sob o encargo do singular e, assim, a tutela [*das Vormundliche*] pode dizer respeito mais à análise [*Auseinandersetzung*] do que à natureza própria do conteúdo.

Mas esse ponto de vista tem de vir à tona não apenas no direito privado, mas também no Ordenamento Jurídico; aqui não se trata daquilo que afinal não pode ser subtraído à determinação do singular, mas de como esse singular pode se fazer vigente e dispor-se diante dos tribunais do Estado. Em qualquer país onde é reconhecida a independência dos indivíduos o juiz tem de retroceder à sacralidade do direito, deixar a submissão das reivindicações particulares às partes e decida apenas acerca do que em cada caso determinado aparece como direito.

Mas o espírito tutelar que predomina num país pode se satisfazer com isso? Poderá manter o juiz naquela posição completamente fechada e inacessível em que o aprisionamento das circunstâncias singulares não o podem tocar? Não, o caráter da fiscalização [*Beaufsichtigung*], da providência [*Vorsorge*], da direção em geral deixará que também o juiz desça de suas alturas constitucionais até os círculos dos próprios fatos. Com efeito, é infinitamente fácil para o entendimento comum compreender que a decisão principal será mais fundamentada e melhor na medida em que o juiz se ocupa da verdade interna do que lhe foi apresentado, e como um médico certamente não se torna pior porque entende fundamentadamente a anatomia do corpo, igualmente o juiz deve ampliar o seu conhecimento do conflito na medida em que ele se confronta desde o começo com os desvios e desdobramentos do conflito.

Tal ponto de vista, que se pretende defender como universal, proveniente da natureza dos fatos [*Sachen*], e que foi igualmente refutado por nosso autor, não está, contudo, em conexão com os princípios [*Grundsätzen*] processuais universais, mas com a particularidade do Estado prussiano. É precisamente a essência do governo tutelar que suas instituições devam ser também racionais, que pelo menos têm de ser dado fundamentos para estas. Busca-se, assim, se apoiar na natureza do direito e do processo, nas relações humanas universais, o que essencialmente apenas se pode deduzir do caráter individual do Estado.

Dessa forma se buscou trazer sobre princípios universais a máxima de inquérito, levou-se em conta os conceitos do direito e da justiça para defendê-la. Mas ela consiste essencialmente em que o Estado e o que necessariamente lhe diz respeito, o poder jurídico, é pensado como algo a ser altamente louvado, ao passo que os cidadãos e suas circunstâncias não são vistos como independentes e justificados [*berechtigt*], mas são vistos apenas na medida em que podem demandar a proteção de sua propriedade e suas pessoas. Se se exige essa proteção, com isso cessa a livre condução do processo e o juiz tem doravante a permissão de se ocupar das entranhas das matérias [*Eingeweide der Sachen*] que lhe são apresentadas.

Mas, para ser consequente, se fosse exigido que doravante toda e qualquer condução seja subtraída às partes, e que elas, tal como as partes nas matérias criminais [*Kriminalsachen*], tenham antes de assumir uma figura apenas passiva, uma tal inquisição que bloqueia e suprime toda liberdade não pode, contudo, ser introduzida, pois de fato o princípio da tutela é precisamente que ao juiz seja dado o poder, sem que este possa aspirar à subordinação absoluta sob um poder sem barreiras [*unumschränkte*].

Por isso, são as partes, mais uma vez, dispostas como o principal, como aquelas para as quais o processo se resolve; de novo, trata-se de suas moções, sua desobediência pode recair contra elas próprias como desvantagem e o que elas não puderem comprovar não será adiante considerado como existente. Quando se destaca, como o fez o autor, essas inconseqüências e se as explicita como contraditórias em relação ao próprio sistema, não seria o caso, então, de se assumir nenhuma de tais contradições se elas fossem apresentadas em e por si, mas apenas se apresentadas como conectadas essencialmente ao governo tutelar, que precisamente não pode ter o poder de ser consequente para além de sua natureza.

Faz-se igualmente completamente claro e visível como nunca se conseguiu introduzir completamente a máxima de inquérito em outros países alemães, e como, nesses casos, ela levou apenas ao *nobile officium judicis* e a um procedimento protocolar. Em nenhum lugar na Alemanha instalou-se, como na Prússia, o princípio de um governo tutelar, o qual



exclusivamente forneceria a alma e o universal a respeito da máxima de inquérito: seria preciso tomar da natureza do próprio processo o fundamento para a introdução de um tal princípio; nesta natureza, contudo, ele não se encontra, e assim apenas de maneira mimética seria possível permitir ao juiz mais poder do que normalmente lhe é atribuído, mas o princípio bom e correto do processo comum, segundo o qual as partes têm de cuidar do processo como de sua propriedade, não poderia ser descartado em nenhuma medida.

A questão significativa que se direciona, todavia, ao futuro é: o que pode vir a ser do princípio de inquérito? Ele poderá se conectar com aquilo que o tempo exige, ou ele contrapõe a tais exigências obstáculos insuperáveis? A pergunta acerca do que a máxima de inquérito se tornará não é outra senão a pergunta acerca [do futuro] do Estado prussiano.

Um Estado tutelar pode, tal como a própria tutela, durar apenas durante um certo período de tempo. Em sua natureza assenta-se a emancipação [*Emanzipation*] para uma posição mais elevada e livre: ele a pode renegar e adiar por algum tempo, mas não pode se libertar do seu resultado final. É de se supor que logo os anos de aprendizado terão terminado entre nós e que os pensamentos e representações que se inscrevem na Alemanha por eles movimentada também não serão mantidos estranhos ao Estado chamado a se colocar no ponto mais alto da pátria alemã. Mas abdicar do princípio tutelar [*vormundschaftlichen Prinzips*] no Estado prussiano tornaria necessário também uma versão completamente diferente do direito e princípios [*Grundsätze*] do Ordenamento Jurídico inteiramente reelaborados: seria o caso de ter de se acostumar a isso, afinal se acostumar a ver no cidadão uma pessoa livre, independente, que participa do Estado, à qual há de se deixar a provisão de seus próprios assuntos; o juiz, ao contrário, retrocederia à sacralidade das tarefas sentencionais [*Spruchgeschäfte*], da qual ele nunca, em detrimento do direito, deveria ter se distanciado.

Nosso autor tratou com grande sucesso, tal como parece a este relator, essa questão última acerca do futuro do princípio de inquérito, e mostrou como os tribunais, de fato, tiveram de se transformar de novo em colegiados sentencionais [*Spruchkollegien*], sendo, contudo, um retrocesso se acreditássemos poder retroceder ao processo comum. Pois, se há algum pensamento universal verdadeiro no princípio de inquérito, sem dúvida se trata do ponto de vista de *Frederico o grande*, segundo o qual as partes devem elas mesmas comparecer diante do juiz. Na maneira como a máxima de inquérito formou-se segundo o pensamento do Estado prussiano, esse ponto de vista não foi de modo algum respeitado, pois as partes tampouco comparecem diante do juiz, como no processo comum, e o ministro da corte [*Deputierte des Gerichts*] encarregado da instrução, ao qual as partes têm acesso, é

apenas uma mediação a mais entre eles e a corte. Mas se algum dia o princípio tutelar, que auxiliou na elaboração da máxima de inquérito, desaparecer entre nós, não será o caso de se assegurar aquilo universal e primordial que, no sentido do grande rei, tal máxima produziu?

A emancipação e a publicidade [*Mündigkeit und Öffentlichkeit*], como os propósitos de que partia a tal máxima, mesmo que assumidos incompletamente, não seriam pelo menos o bem a ser salvo do naufrágio da máxima de inquérito? Não se pode negar que os países do processo comum estão mais próximos da publicidade e da emancipação [*Mündigkeit*] do que nós, apesar de termos sido, tal como parece, os primeiros a ter dado um passo rumo a tais instituições. Pois a ruindade do processo comum é reconhecida também por seus defensores, e lá onde ele impera não há outro meio, a não ser ele próprio, de assentar esse mesmo caminho, que pode, a despeito de seu desvio confuso, conduzir à regularidade e abertura. Ademais, o processo comum nunca se ligou estreitamente ao princípio de um Estado, e suas complicações fizeram sempre necessária uma certa perspicácia jurídica capaz de as suspender.

No nosso caso, ao contrário, o processo se unificou ao Estado, acredita-se estar em um sistema formado, acredita-se ter evitado os principais erros do ordenamento antigo e, de fato, em vários aspectos se combateu muitos desses erros; enfim, identificou-se e se fez tão íntimo com a nova maneira de pensar que, mesmo quando se reconhece as suas faltas, não se quer mais do que permitir pequenas modificações no mesmo sistema, precisamente quando apenas uma melhora fundamental que partisse da raiz seria útil. Apesar disso, recentemente deve ter sido empreendido a introdução da emancipação [*Mündigkeit*] e uma certa publicidade no nosso processo e é preciso esperar o que há de ser pensado a partir de tais esforços, ou, principalmente, é preciso esperar o que eles alcançarão.

Podemos, na medida em que doravante deixamos de lado o livro analisado e o seu autor, assegurar que há muito anos não nos confrontávamos com um trabalho tão cheio de espírito, profundo e do início ao fim meticuloso. Na circunstância da mesquinhez histórica, que se apoderou paulatinamente do direito e o perpassa por completo, ressecando-o, é uma verdadeira alegria notar que nem toda vida nova desapareceu dos juristas e que a manutenção de um ponto de vista verdadeiramente filosófico propicia uma segurança, que tanto se eleva acima da matéria [*Stoff*], como permite ampliá-la e desenvolvê-la. Apenas quanto a uma coisa, com a escrita do livro, é o caso de não se dar completamente por satisfeito com o livro. O autor não se disciplinou o suficiente ao ponto de dar aos seus pensamentos uma roupagem que os torne fluidos e se introduzam ao leitor. Se não queremos contabilizar no rol das falhas que a fórmula filosófica ainda não esteja polida, dispersando-se no conteúdo dos objetos,

porque isso não seria possível no começo; é preciso, porém, reprovar que à lentidão do estilo filosófico em geral se conecte o elemento expansivo da exposição jurídico-prática, o que torna necessário algumas vezes uma leitura diagonal [*Lesen und Überlesen*]. Mas estas são meras exterioridades que desaparecerão com cada novo escrito do autor, e esperamos que sejam muitos.