

A FILOSOFIA DO DIREITO NA TRANSIÇÃO DO MILÊNIO

NELSON SALDANHA

“Un tempo filosoficamente poco importante è quello cher per vocazione contradice allo statuto proprio del far filosofia (...). La riduzione al non senso d’ogni domanda essenziale è ciò che consente la formazione di una società stupida, ma soddisfatta” (Bruno Montanari, em Riv. Internaz. di Fil. del Diritto, LXVII, out. dez. 1990, p. 640).

Estou lembrado da advertência de Ortega sobre a expressão “época de transição”, e de sua observação segundo a qual toda época é de transição. Entretanto coloquei o termo no título, para não limitar a reflexão a um balanço (embora o tema peça basicamente isto), mas estendê-la à imagem da *travessia* cronológica, que inclui uma perspectiva de futuro.

Os que se habituaram a leituras sobre o pensamento “moderno”, ou moderno-e-contemporâneo, têm uma visão mais ou menos suficiente das transições de século para século: por exemplo a figura de Kant transbordando biograficamente do XVIII para o XIX, ou a geração de Weber e de Simmel chegando madura ao nosso século. Mas a visão das mudanças de milênio, obviamente menos freqüente, constitui uma configuração sempre mais complexa, sempre questionável: sejam as imagens do império romano à época do nascimento de Cristo — justamente o ponto posteriormente adotado como referência —, sejam as do ano mil com as crenças quiliásticas e com a enorme agitação técnica e cultural que a história registra.

Aliás Kant disse que a filosofia também possui os seus quilianismos, e agora ela se acha à borda de um deles.

Em nosso século consolidaram-se e diversificaram-se as idéias sobre *crise*, vindas do século passado, assumindo diferentes versões. Berdiaeff men-

cionou uma “nova Idade Média”; Huizinga aludiu às “sombras do amanhã”. A primeira guerra mundial, ao lado de outros acontecimentos, provocou a chamada “crítica da contemporaneidade”, que envolveu obras dirigidas à análise da época corrente, uma temática que nos anos trinta e quarenta interessou pensadores como Laski, Mannheim, Jaspers e tantos mais. Entrementes se fortalecia a idéia de um *declínio* do Ocidente como cultura (ou como civilização); e esta idéia, na medida em que pode corresponder a uma verdade, mostra que aquele declínio coincide com a própria expansão geográfica do mundo “Occidental” e com a exacerbação da tecnologia, da eletrônica e das coisas deste tipo. Lefèbvre, refletindo sobre Hegel, Marx e Nietzsche, tem falado da metafilosofia e de um “fim da História”; mais recentemente as angustiosas denominações *moderno* e *contemporâneo* se viram postas de lado com o termo *pós-moderno*, que designa algo um tanto confuso mas de certo modo inteligível, inclusive nos termos algo inquietantes em que o coloca Lyotard.

Pessoalmente creio que o panorama apresenta de fato certos traços de declínio, e vejo na continuidade das crises um fundo de saturações: saturação de um velho processo, o de secularização da cultura, e de outro muito mais velho, o da transição da experiência humana, do pré-urbano ao urbano.

Algumas das correntes filosóficas — digo filosóficas no sentido específico ou no amplo, como movimentos culturais — das últimas décadas, mesmo necessitando de relacionar-se com as da primeira metade do século para ser plenamente entendidas, revelam-se características de um clima intelectual peculiar. Talvez não seja tanto o caso da hermenêutica, por exemplo, que é um desdobramento das idéias de Heidegger e ao mesmo tempo uma retomada de linhas do historicismo (Dilthey inclusive); será entretanto o caso da chamada “desconstrução”, espécie de analítica pelo avesso.

* * *

No campo da Filosofia do Direito, além do claro e inevitável reflexo das posições e das correntes da filosofia geral, cumpre mencionar a continuidade de alguns dualismos, por vezes aguçados em contrastes polêmicos e afinal remissíveis a um dualismo central. Refiro-me às antinomias entre sociologismo e formalismo, entre axiologismo e normativismo, entre logicismo e finalismo, que se podem conduzir a uma divisão genérica entre posições formalizantes e não-formalizantes.

A opção, formulada desde a passagem ao século corrente, entre o positivismo materialista, ou ao menos empirista, e o espiritualismo bergsonian, ou

a fenomenologia husserliana (senão também ao epistemologismo do neo-kantismo, sobretudo o marburguiano), aquela opção se ramificou nos anos 20 e 30 com o advento do neopositivismo e com as disputas em seu torno. A Sociologia Jurídica, em foco desde a grande obra de Ehrlich datada de 1912, seria tratada por Gurvitch com instrumental fenomenológico.

A obra de Hans Kelsen, sobretudo desde o grande marco dos *Hauptprobleme*, de 1911, incorporou ao seu formalismo a noção do objeto, da fenomenologia, mais a idéia kantiana da criação do objeto pela aplicação do método, e ainda o cientificismo neopositivista. Seu esforço de afastar da teoria do direito todo componente não jurídico, que implicou na redução do direito ao objeto chamado norma, geraria por um lado uma larga influência e por outro insistentes contestações. A tentação formalizante, aceita por exemplo por Bobbio (embora em nível menos radical), produziu o desenvolvimento de um novo conceito de “teoria geral do direito”, discutível em seu sentido basicamente lógico-epistemológico; produziu também o surgimento da chamada lógica jurídica, questionada por muitos, aliás pelo próprio Kelsen, em fase posterior.

Aos radicalismos formalísticos correspondem como extremo oposto certas posições ideologicamente carregadas, como a dos marxistas da primeira fase da União Soviética. Ao empirismo tipo Jerome Frank se opõem os logicismos, inclusive os que, em décadas recentes, têm medrado na Itália. O excesso de preocupação metodológica, própria dos autores de timbre formalístico, constituiu um caminho para o reducionismo e para as tautologias. Enquanto isto, as correntes não-formalistas se fortaleceram, desde a teoria do ordenamento de Santi Romano e as obras de Carl Schmitt, com seu conceito de ordem concreta e seu pendor histórico. E também desde a teoria da instituição, a teoria da “experiência jurídica” e a renovação do jusnaturalismo. Ao falar em jusnaturalismo estou valorizando menos as expressões convencionais e profissionais que provieram do neo-tomismo, do que o discreto não-juspositivismo de Gény e as manifestações de insatisfação com o legalismo, qual aquela afirmada por Gustav Radbruch após o término da Segunda Guerra Mundial. Cabe mencionar ainda os tridimensionalismos: Sauer, Hall, Goldschmidt, Reale, o de Reale com a explicitação da dialética de polaridade e implicação. E também a egologia, dentro da qual entretanto, sem embargo da admirável construção, creio ter permanecido uma ambigüidade — a de ser ainda um pensamento normativista sendo uma correção ou mesmo superação da doutrina de Kelsen. E ainda a tópica, e mais a nova retórica, e outras coisas sobre as quais não dá para abrir aqui muito espaço.

Posições teóricas, formulações metodológicas, implicações ideológicas. Entretanto sua continuação e seus desenvolvimentos vêm esbarrando, desde o

começo da segunda metade do século, em problemas cada vez maiores, encontrados na realidade histórica cercante. Vivemos, com efeito, desde antes mesmo da Segunda Grande Guerra, em um mundo de excessos: excesso de gente, excesso de máquinas, excesso de palavras, pletora de problemas e de informações. Um mundo de perplexidades e de contrastes: um mundo unificado pelas comunicações, planetarizado, padronizado pela técnica (que não tem pátria), e entretanto feito de fragmentos, pedaços de povos, etnias em extinção; um mundo onde se destroem com bombas monumentos arqueológicos os mais veneráveis e onde o equilíbrio entre as potências também se destruiu, agravando-se a concentração hegemônica das decisões e do poder. Desmontou-se a estrutura do mundo soviético, e com isto aumentou a desproporção de forças, em um panorama em que o chamado Terceiro Mundo permanece inferiorizado. Os temas ecológicos são a um tempo causa e expressão de tormentosas ambivalências, postas entre a óbvia necessidade de resguardar a natureza e os interesses de países poderosos em controlar recursos. A reflexão sobre as relações entre ética e técnica têm passado por aí, sobretudo quando se pensa na amplitude das aplicações da técnica, sempre multiformes. Também não faltam professores europeus que dizem que em países como o nosso não se deve pensar em metafísica nem em ontologia, mas sim na preservação da selva.

* * *

Cabe, todavia, insistir sobre o que tem sido o trabalho jurídico-filosófico nos últimos decênios. Cabe situá-lo dentro dos itinerários do século, um século em que os retrospectos históricos têm sido constantes, mesmo por parte de pensadores não-historicistas (recordo que Auerbach escreveu, em 1958, que em nosso tempo quase todos são historicistas sem o saber, do mesmo modo como Monsieur Jourdain fazia prosa). Refiro-me portanto ao constante debruçar-se sobre imagens históricas e sobre significados históricos, por parte dos pensadores do Direito, e aqui sublinho por exemplo os reexames do problema da justiça, tão diversos se feitos por um Kelsen ou um Del Vecchio, por um Perelman ou um Villey. Diversos mas não o suficiente para esconder a imagem do largo trânsito que vai da justiça sagrada, entendida em velhos contextos de sacralidade, à justiça entendida como dato racional e como matéria constitucional: um trânsito paralelo ao do direito, como se percebe.

E eis-nos diante de dois conceitos milenares que permanecem, o *Direito* e a *Justiça*: dois conceitos, contudo, formalmente imprecisos e materialmente questionáveis.

997 Filosofar sobre o direito há de ser sempre, ao menos em parte, filosofar sobre a justiça: e isto segue sendo verdade a esta altura dos tempos. A noção de direito, sobrecarregada e obscurecida pelo vaivém das definições, mais ainda por realidades paralelas como as da administração e do planejamento, tem de ser repensada em termos existenciais — como o tem feito Sérgio Cotta —, em consonância com o reexame de outras realidades, centralmente as da ética e da política, por dentro do entrechoque das posições e dos modismos, que atravancam tantos livros de hoje. Há que conciliar a teoria do saber, inclusive revendo os exacerbados epistemologismos de desde o século passado, e a teoria da vida, com a *praxis* e os valores, a ação e seus quadros.

Em épocas como a nossa a consciência histórica se aguça, tentando ao mesmo tempo transcender certos relativismos menores, ou exagerados. Se se consegue transcender os relativismos sem negá-los, nem negar a historicidade, tem-se a convergência entre o histórico e o universal, sempre almejada.

Cossio havia advertido, no capítulo I da “Teoria da Verdade Jurídica”, a contradição entre o fato de que se aceita que o Direito é um objeto cultural, e o de que a ciência jurídica não se assume como ciência cultural. Evidentemente os balanços que o saber jurídico faz de seus trajetos, a esta altura dos tempos, deverão incluir sua auto-imagem como ciência cultural, com dimensão histórica, sem embargo da intenção sistematizadora que é própria da ciência jurídica *stricto sensu*.

Mas há sobretudo a inegável retomada dos problemas éticos — no sentido amplo deste termo. Trata-se de um processo vindo pelo menos do Segundo Após-guerra, com a inquietação dos pensadores com referência aos limites do Direito positivo e a alusão ao jusnaturalismo (ou ao menos ao direito “supra-legal”). Reale menciona o problema no item 17 de seu recente livro “Nova Fase do Direito Moderno”. Na Itália, Lombardi Vallauri colocou alguns graves questionamentos correlatos, em seu livro “Terras”, de 1989. Cabe também lembrar o explícito retorno ao tema da justiça a partir de livros relativamente recentes, como o de Rawls e outros.

Talvez o que esteja ocorrendo não seja bem a superação dos formalismos, e sim a superação das marcantes antinomias que se exibem por todo o pensar jurídico do século, e às quais já me referi. A reflexão sobre a ordem jurídica pode dissolver a alternativa entre o formalismo normativista, que insiste sobre o ordenamento como estrutura, e o puro axiologismo. A idéia das “dimensões” do jurídico será útil neste sentido. O insistente confronto entre juspositivismo e jusnaturalismo poderá desfazer-se, ao refazer-se a compreensão das relações entre norma e ordenamento, admitindo-se a instrumentabilidade das normas diante de um conceito abrangente de *ordem*. Admitindo-se também que não é

necessário aludir ao clássico *jus naturale* para perceber que existe, na experiência jurídica, algo mais do que os literais enunciados da norma legal. Que existe, em suma, e isto se sabe há milênios, uma diferença entre “lei” e “Direito”.

O que cabe reter e manter, de dentro das extensas discussões do século, são portanto estes temas: o da experiência, o das dimensões, o da conduta, o da ordem, o da hermenêutica — este último aliás enriquecido desde algumas décadas pelo conteúdo da corrente filosófica chamada “hermenêutica”. Com a retomada dos problemas éticos, que implicam e atraem os axiológicos, há que conservar a reflexão voltada para as relações entre direito e política, e dentro disto rever a questão da legitimidade.

A Filosofia do Direito não é uma caótica reunião de temas, mas tem de voltar-se para todas as faces do fenômeno jurídico. Nem perderá sua unidade, *como filosofia*, pelo fato de superar unilateralismos e reducionismos, abrangendo em uma coerência especulativa todos os temas *centrais* que correspondem ao Direito como realidade humana.

--oOo--

Quem dá às Constituições realidade não é nem a inteligência, que as concebe, nem o pergaminho, que as estampa: é a magistratura, que as defende.

RUI BARBOSA