

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

OUTUBRO A DEZEMBRO 1985

ANO 22 • NÚMERO 88

Teoria do Direito e crítica histórica

NELSON SALDANHA

Do Instituto Brasileiro de Filosofia;
da Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Pernambuco

SUMARIO:

Alusão à querela do formalismo

Revisões críticas: quais e como

Temas, vogas e modismos

"Crítica" e "ataque"

Dogmatismo e dogmatismos

Por uma crítica histórica aberta

Preocupa a todos os que pensam, hoje, sobre ciências sociais, o tema da opção entre formalismo e antiformalismo. Aos que pensam sobre o direito, e sobre a teoria jurídica, este tema preo-

cupa de modo específico, dado o sentido altamente polêmico que aquela opção vem assumindo, desde o neokantismo do tipo de STAMMLER (e um tanto o de DEL VECCHIO) e o purismo da escola de Kelsen até outros desenvolvimentos. Sentido polêmico que, em realidade, corresponde ao exacerbamento de uma oscilação secular, ao menos se aceitarmos a idéia de KANTOROWICZ (reproduzida na conhecida *Introdução* de RADBRUCH) segundo a qual a evolução da ciência do direito tem revelado duas tendências básicas — a formalista e a finalista.

Aliás, recentemente, NORBERTO BOBBIO, após uma série de obras em que se estadeava uma posição formalista — embora de um formalismo por assim dizer mitigado —, adotou em seu livro *Dalla Struttura alla Funzione* uma lúcida posição, ligada ao aspecto de funcionalidade e de concreta “promocionalidade”, existente no direito (1).

Enquanto o neokantismo formalista tipo STAMMLER teve continuações específicas, o neokantismo culturalista teve menos ressonâncias no direito, embora indiretamente o próprio RADBRUCH represente uma delas. O sistema kelseniano, montado como teoria da ciência do direito e como teoria do direito positivo, foi além de seus pilares metodológicos e de seus limites inicialmente propostos, acabando por ser um modelo global de pensamento jurídico e um conjunto de concepções sobre temas do direito. Como antípoda do de Kelsen, sobretudo na teoria constitucional, ficou o pensamento de SCHMITT, centrado sobre a idéia do direito como ordem concreta e vinculada à política. O kelsenismo ficou como ponto de referência do formalismo, e o “decisionismo” de SCHMITT (denominação que ele próprio veio a rever) como marco do antiformalismo. Para ambos os casos, graus e variantes (2).

* * *

De alguns anos para cá, o debate sobre problemas sociais tem ocasionado, sobretudo em certos países, uma plethora de publica-

(1) NORBERTO BOBBIO. *Dalla Struttura alla Funzione*, Milão, Ed. di Comunità, 1977.

(2) Cfr. nosso artigo “Teoria constitucional e pensamento jurídico-privado contemporâneo”, em *Revista de Direito Público, Rev. Tribunais* (São Paulo), números 59-60, julho/dezembro de 1981.

ções onde sobressai uma vasta literatura em torno do marxismo. De permeio, alguma coisa sobre HEGEL, muita sobre socialismo em geral, sobre a teoria das classes e sobre ideologia.

Tudo isto tem repercutido sobre a teoria do direito, já que — o que nem sempre ocorre — certos setores do pensamento jurídico têm aberto suas portas ao convívio com temas e correntes de outras ciências sociais. O jurista, entretanto, desabituaado deste convívio, freqüentemente se desnorteia com ele: estranha-o e rechaça-o, ou se embriaga com ele e exagera.

Com a intensa tematização do econômico, forma de escolástica *in fieri* que vem caracterizando certas alas das ciências sociais, um tanto filoneistas, entrou na linguagem dos juristas teóricos uma série de modismos e de expressões polêmicas. Tornou-se, então, comum, porque fácil, atacar a *dogmática jurídica*, como algo superado, estreito, mesquinho, injusto, comprometido com interesses de classe.

Não morro de amores pela dogmática, nem pelo legalismo, e cheguei a denunciar seus lados negativos em alguns dos meus trabalhos (3). Suponho, entretanto, que uma crítica conseqüente deve ponderar os conceitos e distingui-los. Juntam-se na mesma diatribe, por vezes, as noções de formalismo, juspositivismo e dogmática. Mais: converte-se a noção de dogmática na de dogmatismo, e aquela junção (como esta conversão) não leva a um panorama muito nítido. Os glosadores medievais eram formalistas a seu modo, como o foram certos juristas romanos, mas não eram "juspositivistas". Os codificadores franceses de 1804 acreditavam no direito natural, mas sua linguagem é formal, e em sua obra há um juspositivismo historicamente caracterizado. É importante ter em conta estes dados, que oferecem base para um certo relativismo histórico, sem o qual a crítica se tornará radical e rígida.

* * *

Entre os grandes modismos desta segunda metade do século XX, destacamos a voga de GRAMSEI (sem desconhecer os pontos

(3) *Legalismo e Ciência do Direito*, Atlas, São Paulo, 1977; *Sociologia do Direito*, 2ª ed., Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1980, *passim*.

importantes de sua obra) e a de FOUCAULT (reconhecendo e em alto grau a enorme relevância de suas idéias). Acontece ademais que, no meio das crises do tempo, saturado de ressentimentos e de perplexidades, a massificação — contrapartida da “democratização da cultura” estudada por MANNHEIM — tem crescido como um imenso modo de ser do homem de hoje. E com ela um estranho e marcado horror à idéia de elite, que as substitui por um igualitarismo difuso e contraproducente, que substitui a independência intelectual pelos esquematismos.

É claro que isto que vai aqui dito não representa uma “defesa” do capitalismo, nem uma negação de seus aspectos desumanos, cuja tematização compete, porém, a outros planos e a outras faixas. O marxismo, sem embargo dos aspectos positivos que trouxe, se transformou em nosso século num impenitente maniqueísmo, em face do qual as coisas *burguesas* são condenadas sem apelação. Qualquer liame histórico que com a burguesia tenha ou possa ter tido um conceito, uma idéia, um sistema, é bastante para o ataque, para o anátema. Deste modo o crítico se transmuda em panfletário, com visão unilateral. Em certos textos, a alusão ao problema das *classes* aparece como algo obrigatório e conclusivo, como se ela explicasse tudo. Provavelmente a elaboração da escolástica marxista terá, para com o pensamento de MARX, a mesma relação que com o de ARISTÓTELES tiveram as escolásticas medievais — inclusive a árabe —, isto é, esconderá muita coisa relevante e desdobrará até à total saturação seus componentes esquematizáveis; antes disso, porém, talvez haja tempo para algumas discussões (4).

O repúdio ao “idealismo”, insuficientemente definido e tomado sem mais aquela como oposto a “dialético” (bastaria isso para se discutir bastante), ilustra a confusão entre crítica e ataque. Freqüentemente se lança mão do termo “o discurso” (veiculado como seqüela da influência de FOUCAULT) como correlato de algo “ideológico”, algo epifenomênico e “supraestrutural”, dentro da velha tendência a dar forma vertical e espacial às visões da expe-

(4) O tema tem sido largamente revolvido por pensadores italianos. Citaria como exemplos NORBERTO BOBBIO, *Qual Socialismo? Debate sobre uma Alternativa* (Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1983) e LAURO COLETTI, *Ultrapassando o Marxismo* (Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1983).

riência humana. Certas obras hoje bastante difundidas — e algumas delas todavia válidas em muitos aspectos — vêm alimentando o materialismo fácil e aguerrido que recusa todas as filosofias *outras* em nome de uma “praxiologia” que tem a pretensão de ser o *único* modo de pensar não ideológico (5).

Num país onde as tradições filosóficas são fracas, como é o caso do Brasil, a difusão deste tipo de pensar é extremamente rápida, porque seus esquemas básicos são singelos. Os autores que, bem informados filosoficamente, engrossam a tendência neste sentido, sabem provavelmente o que fazem, mas sobre o leitor comum (e sobre os jovens em especial) a influência — ou antes, a tentação — é no sentido de nem sequer levar em conta o que tenha sido escrito fora (ou antes) dos esquemas do tipo de que falamos: adere-se a estes como à verdade absoluta. O processo, embora desenvolvido em contextos diversos, tem o mesmo resultado e o mesmo sentido da pedagogia jesuítica de trinta ou quarenta anos atrás, que impunha o tomismo em suas escolas como único pensamento verdadeiro.

* * *

É evidentemente importante que se tenha “revelado” a relação entre certos padrões do saber jurídico, ou certas construções suas, e alguns componentes da estrutura histórico-social. Assim se enriqueceu a visão crítica do direito privado moderno, por exemplo; assim se aprofundou a caracterização de certas categorias gerais. Mas esta caracterização, e aquela visão crítica, devem referir-se às implicações culturais *gerais* do saber, e não reduzir-se às suas conexões com o fator econômico; além disso, devem enriquecer-se e aprofundar-se através de uma atitude compreensiva (emprego o termo no sentido de DILTHEY, mas pode ser também no de WEBER), uma atitude que não procura “negar” este ou aquele padrão de pensar — historicamente situado — apenas por conta de uma preferência ideológica. Digo isto porque é partindo de uma determinada preferência ideológica que certos autores fazem hoje a crítica

(5) Exemplo muito difundido é o livro de MICHEL MIAILLE, *Uma Introdução Crítica ao Direito* (Ed. Moraes, Lisboa, 1979), que apresenta, na “Introdução” e em diversos capítulos, simplificações e unilateralismos realmente surpreendentes.

do saber jurídico, e ao fazê-lo acusam precisamente de ideológica a "ciência burguesa" (6).

Não acompanho inteiramente os lances de COLETTI (7) ao negar vínculos de classe à ciência. Para ele, não há física capitalista nem botânica proletária; eu, entretanto, admito que nas ciências sociais certos vínculos são possíveis — e isto cria um problema para o marxismo (pois, no caso de se aceitar esta distinção, se estará aceitando uma epistemologia neokantiana, que aliás me parece claramente aceitável).

Contudo, admitindo que existem ou podem existir certos compromissos sociais no trabalho intelectual, e portanto nas construções do saber jurídico, por que somente o pensamento liberal e "burguês" seria ideológico? E por que não o foram o "feudal" e o absolutista, e por que não o seriam o socialista e qualquer outro?

* * *

O perigo que me parece existir, nisto tudo, é o de se perderem as condições para uma análise filosófica (ou ao menos doutrinariamente genérica) liberta e lúcida. O que cresce é a tendência ao jargão (hoje muito forte na ensaística brasileira em geral), e com ela a radicalização: deste modo se tende a desestimar os traços próprios da "Ciência do Direito" clássica (ou, em termos despectivos, "tradicional") por conta de uma idiosincrasia, ou de uma confusão entre o fato de se encontrar a relação entre certos formalismos e certos compromissos sociais e o fato de haver, no saber jurídico "tradicional", um traço de formalismo. Com isso, certos autores hoje combatem a própria existência de uma dogmática jurídica, e outros pretendem um direito sem normas estatais, sem leis, sem coercibilidade. O que me parece levar as coisas longe demais (8).

(6) Muito representativos, no caso, os ensaios coligidos no volume de BARCELLONA, HART e MÜCKENBERGER, *La Formación del Jurista. Capitalismo Monopolístico y Cultura Jurídica*, Civitas, Madrid, 1971. Compete também apontar o enfático economicismo dominante no conhecido livro de VITAL MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo* (Centelha, Coimbra, 1978).

(7) COLETTI, *op. cit.*, pp. 33 e segs.

(8) Sobre o tema, nosso breve estudo "A propósito de crítica da dogmática", a sair no volume de estudos em homenagem a Carlos Cossio (Buenos Aires). Caberia, ainda, flagrar no utopismo que paira nestas posições uma certa influência de pensamento de ERNST BLOCH — em parte, uma influência fecunda, devemos reconhecer.

NIETZSCHE, uma vez, compôs uma “contra-abertura” para se opor a uma abertura de SCHUMANN, que não lhe agradava. Por sinal, sua obra radicalmente polêmica não vingou como música. Parece-se com a atitude de NIETZSCHE a tentativa de elaborar uma nova teoria do direito baseada numa visão do direito *oposta* à visão “burguesa”, e um novo direito totalmente isento dos traços do direito positivo “burguês”.

Sou também avesso aos formalismos impenitentes, como o sou ao legalismo e ao pan-estatalismo. Acho, porém, que, se nos referirmos ao *direito*, estamos falando de um objeto que tem e vem tendo um mínimo de traços constantes; e se tratamos da ciência jurídica, temos de aceitar nela alguns rasgos próprios historicamente apresentados. Do mesmo modo seria se se tratasse da economia e da ciência econômica, ou da linguagem e da lingüística. Uma análise objetiva do direito e do saber jurídico não pode ignorar os dados históricos, e lembro esta coisa óbvia justamente para anotar que ela envolve uma posição *oposta* ao formalismo e ao logicismo, que vêm fazendo teoria do direito sem alusão às concretesas históricas. Tenho, eu mesmo, escrito bastante sobre a perspectiva histórica. Vejo, por todos os países cultos, o entendimento histórico do direito e do pensamento jurídico — que sempre foi relevante neles — renovar-se hoje e redimensionar-se. Na Alemanha, na Itália, na França, na Espanha, isto vem ocorrendo e os nomes são no caso sobradamente conhecidos.

O entendimento histórico, porém, tem sua grandeza maior no fato de fazer compreender as mutações sem “condenar” ou tornar “inaceitáveis” os estágios passados. Ele ajuda a perceber as coisas numa ótica de relativismo: os conceitos que hoje se criticam sucederam a outros, anteriores, através de uma crítica, e os novos modelos propostos serão criticados a seu tempo (digo propostos, mas nem sempre se propõem modelos que substituam os modelos “tradicionais” criticados). Não são eternos nem absolutos. É, portanto, necessário que se faça a crítica dos conceitos do saber jurídico, alguns dos quais surgiram, ou ressurgiram, em ligação patente com a burguesia — e com a chamada secularização da cultura, no ocidente —, mas é necessário fazê-lo sem cair no niilismo, nem nos extremos *opostos* ao das coisas que se criticam. E estes extremos freqüentemente se assemelham: é o caso da substi-

tuição, em certos tópicos da crítica de que estamos tratando, de um dogmatismo por outro.

Uma crítica histórica aberta, lúcida e relativista (este relativismo pode inclusive aproveitar o "perspectivismo" orteguiano) não precisa ter horror ao idealismo nem à metafísica. A crítica ao juspositivismo não precisa cingir-se a um conjunto de recusas radicais. A metafísica é componente necessário de qualquer visão filosófica séria e dotada de um mínimo de profundidade. O direito positivo existe e tem de existir como direito institucionalmente aplicável; o problema é defini-lo (como apenas feito de normas ou não, podendo a idéia de norma reduzir-se à leis estatais ou não), e também situá-lo em face das angulações hermenêuticas e científicas que tentam entendê-lo: formas e alcances da hermenêutica, modos e planos do saber jurídico. Negar o direito positivo para recusar o juspositivismo seria dar razão a este, pois ficaria suposto que em havendo direito positivo o juspositivismo seria legítimo.

Não creio que um saber ou uma forma de pensamento social moderno — a sociologia, a pandectística — seja mais ideológica ou mais "de classe" do que o terão sido uma teoria medieval (o *Widerstandsrecht* por exemplo) ou um conceito romano. Ao menos, não se pode tomar este *mais* como um *a priori*. Creio por outro lado que a experiência histórica, sobretudo quando ocorre numa continuidade, tem em certos pontos um sentido de permanência, algo como o que Hegel viu — e isto é dialético — ao falar em *aufheben*: é por isso que, mesmo nos críticos do liberalismo, persistem certos valores liberais. Ao menos *implicititer*.

Entre a asséptica pretensão formalista de neutralismo científico, que se recusa a reconhecer a presença de valores na teoria social, e a atitude que, reconhecendo tais valores, assume posição radical, é cabível manter uma linha crítica. Não se pode reduzir o saber jurídico à dogmática, ou à exegese das normas, nem tirar grande coisa, para a vida real do direito, do formalismo logicista; mas também não se pode pleitear um saber jurídico inteiramente reduzido à visão sociológica com suas atuais "denúncias", um saber jurídico de onde se tenha cancelado sem mais a dogmática, como específico conhecimento do direito positivo. Os problemas teóricos começam a partir deste, e não do vazio deixado pela negação dele.