

# DO DIREITO NATURAL À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

NELSON SALDANHA

Em um breve artigo, publicado em 1914, Hermann Kantorowicz expressou a idéia de que a história do pensamento jurídico moderno oscila entre duas tendências fundamentais: a formalista e a finalista. Visto de hoje, o conceito de finalismo ali utilizado parece carente de revisão, mas a dualidade proposta serve como ponto de reflexão para repensar certos temas.

No século XX, o normativismo kelseniano terá sido, sem dúvida, um exemplo maior de formalismo epistemologicamente embasado, mais adequado ao pensamento jurídico do que outros logicismos.

Na medida em que a valorização do formalismo, e sobretudo a sua crítica, envolveram referência a “conteúdos” e a valores, a problemática que cresceu em torno da “teoria pura”, e dos outros positivismos atuantes desde fins do século XIX a meados (e pós-meados) do XX, deve ser entendida em correlação com o debate sobre o conceito do direito, vindo desde pelo menos o tempo de Ehrlich e de Stammler.

Detenhamo-nos sobre esta alusão ao conceito do direito, que retomará adiante.

\* \* \*

De certa maneira, com o misto de exagero e de reserva que é cabível em toda exposição histórico-doutrinária, podemos dizer que a maior parte dos textos que se sucederam, desde os gregos antigos, referindo-se ao ser do direito envolve uma referência, implícita ao menos, ao direito natural. Assim nas frases de Antígona, assim na defesa da lei no *Criton* de Platão. Não, talvez na famosa definição de Dante, que vinculava o direito à necessidade de manter estável a sociedade; mas sempre naquelas que o vinculam ao poder e a racionalidade. De resto, Franz Wieacker escreveu que a teoria do direito natural é

no fundo uma teoria concernente ao próprio fundamento da vida social. A pergunta prioritária sobre o ser do direito foi, quase sempre, indagação sobre a *physis* envolvendo uma identificação entre o *logos* (ou a *ratio*) e a justificação das normas.

O enfoque teológico, dominante sobretudo nos tempos chamados Idade Média, inclui um jusnaturalismo preso aos fundamentos bíblicos do saber. Mas a secularização, que se estabeleceu no Ocidente como visão das coisas e como diretriz para a ação, a partir dos séculos XVI e XVII, trouxe aos poucos a crítica e o racionalismo, de onde um jusnaturalismo de outro matiz. Hobbes, no século XVII, dizia que a lei é obra da vontade, não da razão, mas construiu sua visão do mundo sociopolítico a partir da idéia de contrato. Um contrato unificado, que reapareceria depois em Rousseau com outra perspectiva, e que permitiu fundir a racionalidade com a legitimidade. Diferente do contrato duplo, parte teológico parte racional, que era o dos teólogos que o antecederam, e que mencionava como *momentos* distintos o pacto de associação e o pacto de sujeição.

Ora o racionalismo dos séculos XVII e XVIII, como todos os racionalismos, tendia ao sistema, com o que se chegaria, após as revoluções e a maturação da romanística, à idéia de código: o direito associado à lei e à arquitetura das constituições e das codificações. A estas alturas temos a *modernidade* instalada na cultura ocidental, e com ela o modo cartesiano de pensar, com Pascal e com Espinoza, o Grócio e outros. Talvez se possa dizer que estes não são ainda “modernos”: moderno mesmo viria a ser Hegel. Mas eles estão no estágio inicial da modernidade, que preludiou, inclusive, a crítica kantiana. Veja-se que em Rousseau se encontra um essencial elogio da lei, portanto do direito positivo, portanto do Estado, algo que muitos autores ingleses compararam com Hegel e se assustaram com a tendência ao estatismo. Faltou-lhes, anote-se, a percepção da historicidade do processo.

\* \* \*

O crescimento do racionalismo, inclusive com sua tendência ao sistema, foi em grande medida correlato do processo de secularização. Uma perspectiva abrangente nos levava a incluir, na frase, uma alusão a componentes históricos como o incremento da vida urbana e do capitalismo; posteriormente, a industrialização. O Direito e o Estado se apresentam como realidades criadas pelos homens, e isto já estava em Hobbes: não mais algo dado pela natureza como em Aristóteles e nos escolásticos. E contudo não se abandonou a referência à

natureza: a permanência do legado clássico, (inclusive com os textos de Cícero) manteve aceso o interesse pelo *jus naturale*, ou seja, pelo jusnaturalismo. No jusnaturalismo, sobretudo a partir de Grócio, a menção ao “natural” era em essência uma menção ao cerne *racional* do ser humano e de seus atos.

As constituições, de que falei acima, vieram ao prosicênio da história política moderna em conexão com o jusnaturalismo. Nos Estados Unidos, o *Federalista* citava freqüentemente os clássicos, e no modelo francês o racionalismo iluminista, com seu pendor intelectualista, retomava idéias de Rousseau. Bemard Groethuysen, em livro que permanece válido, traçou um magistral paralelo entre as constituições de então, baseadas sobre o direito natural, e as codificações, fundamentadas sobre o direito romano<sup>1</sup>.

Ao mencionar o direito natural como componente significativo dentro do pensamento jurídico contemporâneo, quero sublinhar que uma das opções mais constantes e mais polêmicas, que se encontram nesse pensamento, é a opção entre positivismo e jusnaturalismo. Há que salientar-se porém que o positivismo que se desenvolve a partir dos novos textos jurídicos é, de início e em certa medida, implícito: fato do positivismo legalista dos primeiros comentadores do *Code (Code Civil des français)*, bem mais prolixos e mais metódicos do que os da constituição. O positivismo chamado *jurídico* demoraria a chegar, ao menos com este nome e com um intuito programático. Na Alemanha, a polêmica entre Thibaut e Savigny não envolveu essa terminologia, tendo sido, muito mais, um debate sobre a utilidade da codificação e o valor do Direito Consuetudinário. Ao tempo daquela polêmica, os franceses começaram sua minudente *exegese* do Código Civil.

Mas na geração seguinte a Savigny, isto é, com Ihering e com Windsheid, começou o sólido e paciente labor da chamada pandectística, com obras marcantes que ocupariam três ou quatro gerações. Obras em cujos parágrafos introdutórios havia quase sempre algumas definições sobre direito, lei e outros termos vestibulares. Novamente um positivismo implícito que não incluía maior debate sobre o direito natural.

Mas na virada para o século XX, enquanto os franceses já reviam e superavam a secura dos textos da Exegese, e o grande François Gén<sup>2</sup> propunha duas fórmulas centrais para refazer o tema da interpretação — ou seja a referência à interpretação e às fontes e a referência à ciência e à técnica —, os alemães começaram a usar o termo “norma” (os franceses empregavam *règle de droit*), termo que passaria das páginas de August Thon e de Karl Binding para, logo depois, as páginas de Kelsen.

\* \* \*

Na verdade os juristas do tempo de Savigny e de Cambacères não se ocuparam expressamente com o tema do conceito do direito. Duas ou três frases a respeito do assunto não configuram uma tematização suficiente. Com os pandectistas, já o vimos, não se tem um quadro muito diverso, embora lhering definisse o direito subjetivo, e Marx e Engels estudassem a formação do direito dentro da “Supra-estrutura”. Perto do final do século XIX, a preocupação epistemológica em distinguir disciplinas acadêmicas trouxe o desejo de rever os limites recíprocos das ciências sociais, e portanto de seus objetos. Na transição para o século XX, a influência da fenomenologia veio dar novos instrumentos àquela preocupação. Houve também o néokantismo, e Stammler, e a conceituação do direito como forma, a forma de um querer entrelaçante.

Após tudo isto Kelsen, alimentado por estas correntes e também pelo neopositivismo. Sob certo aspecto, a teoria kelseniana foi principalmente uma conceituação do direito. O direito como forma, como sistema, como norma: sistema de normas. Nela o essencial se achou no esforço de manter até o fim esta visão, que condicionou o monismo jurídico e a figura dos ramos mais próximos do interesse de Kelsen: o direito constitucional e o internacional. Definir o direito, portanto, sustentando com coerência a imagem do objeto definido. E entretanto deixando crescer uma fundamental preocupação metodológica, a partir da irreduzível separação entre o *ser* e o *dever ser*. Esta preocupação metodológica produziu, ou envolveu, uma construção lógica que veio a ser uma das partes da obra kelseniana que perduraram após os anos 60, com os estudos de Klug, de Weinberg e outros.

\* \* \*

O empenho metodológico e os cuidados lógicos foram, porém, substituídos aos poucos por problemas de outra índole. A partir de 1970 (ou 80), vieram estudos movidos por interesses outros, notadamente o interesse por aspectos procedimentais. O terna da legitimidade, que vinha cedendo vez ao da legalidade e da forma funcional (e Max Weber percebera o lado social deste processo), o tema da legitimidade, que mantivera aberta ao problema dos valores a reflexão sobre o direito, foi sendo suplantado pelo das estratégias de aludir ao direito e de conduzir arrazoados.

É de certa forma curioso que o legalismo, característico das grandes visões de interpretação do direito no século XIX, aparece aos poucos, sob outros nomes e outras vestes, a partir dos anos 60 ou 70, dentro da orientação

que se chamaria “analítica”. Uma orientação que não trata do ser do direito, nem da vida do direito como realidade histórica, nem da hermenêutica como parte permanente desta realidade.

Vale observar que as grandes orientações da teoria do direito e da filosofia, até duas recentes, não se construíam sem um reexame do passado e de seus momentos maiores. E estavam sempre relacionadas com as tendências da própria ciência jurídica *stricto sensu*: assim os positivismos do século XIX e os do XX (o de Kelsen inclusive), assim a teoria axiológica, que esteve presente no direito penal, assim a teoria egológica, tão notável e tão relevante como contraponto da teoria pura e injustamente esquecida desde meados do século XX.

\* \* \*

Há mais ou menos dois séculos, a referência à *lei* (e às leis) cedera passo, na linguagem jurídica, a alusão ao *direito*: a geração de Hegel e de Savigny, retomando algumas alusões de Kant, usou o termo *Recht* (direito) para aludir a um corpo de regras positivas que eram coercitivamente aplicadas. Daí por diante, como ficou dito, o pensamento jurídico teve como tarefa essencial rever e refazer a conceituação do direito. Com os evolucionistas o direito seria parte integrante da sociedade, partilhando a mesma evolução que esta; com os neokantianos o direito seria forma, distinta dos conteúdos que eventualmente viesse a comportar. Assim cada grande movimento filosófico gerou um modo de ver o direito, e até meados do século XX tivemos várias definições neste sentido; observe-se que Kelsen não se demorou expressamente sobre o tema, mas fez depender dele, coerentemente, todas as porções de seu sistema.

Com origem, parcialmente ao menos, na teoria pura de Kelsen, ou seja, em suas implicações e desdobramentos, surgiu na segunda metade do século XX uma forte preocupação com os aspectos procedimentais do direito: o direito enquanto conjunto de técnicas de afirmar e de questionar. Veio também a temática da retórica, dando uma relevância muito grande a um componente instrumental, reestudado a partir de autores antigos. Uma temática de que Chaïm Perelman havia tratado desde os anos 70, e que, como sói ocorrer, ganhou ressonância geograficamente maior ao ser assumida por autores alemães.

Depois vieram os autores de língua inglesa, fortalecidos pelo neo-liberalismo, e ocupados com ética, teoria do direito e direito constitucional. Refiro-me a John Rawls, Ronald Dworkin, Michael Walzer e outros. Utilizando

referências filosóficas muito reduzidas, e firmemente atados às estruturas forenses do direito anglo-saxão, estes autores se guiam por um pragmatismo extremamente pobre. Veio também a problemática da argumentação, partindo da “ética analítica”, da teoria do “discurso prático” e do entendimento do direito como linguagem. Um dos autores mais presentes e mais estudados, neste campo, é Robert Alexy. Para ele a filosofia se reduz a teoria da linguagem; pensar sobre o direito é analisar as proposições jurídicas como peças de argumentação: o direito é argumentação. E então vem a referência às decisões judiciais, e vêm fórmulas e mais fórmulas para quem queira saber das coisas.

\* \* \*

A sociologia jurídica, que apesar do kelsenismo cresceu bastante durante o século XX, tem sido ignorada por estes teorizadores do direito. Autores de grande importância, como o citado François Gény e como Josef Esser, entre outros, acham-se igualmente ignorados<sup>3</sup>. Toda uma tradição de questões e de doutrinas também: duas ou três citações de Kant e de alguns lógicos modernos servem de base para obras que pretendem reformular o próprio pensamento jurídico. Omite-se toda referência à epistemologia e às preocupações mais ricas e mais sérias do século XX. A hermenêutica entre elas. E aqui cabe grifar esta alusão à *hermenêutica*. Foi o romantismo do século XIX que recolheu o escrito aristotélico sobre o tema, e foram os pensadores românticos que entenderam a interpretação do direito, tal como a dos textos religiosos e literários, como uma apreensão de significados. Todos os debates do século XIX conduziram à utilização da perspectiva histórica, e da hermenêutica que lhe corresponde, no trabalho interpretativo, tanto na reflexão genérica quanto nas exegeses situadas. Não se pode, a estas alturas, ignorar os temas da hermenêutica (advindos de Dilthey e dos dados do “mundo histórico”, e revistos por Gadamer) na tarefa de compreensão nas ciências sociais.

Ao colocar-se de lado este tipo de contribuição — no caso a do historicismo de fins do século dezenove e a da hermenêutica da primeira parte do vinte —, ou se retoma aos positivismo do tempo de Bergbohm, para começar tudo de novo, ou se reabilitam os debates formalistas. Assim giram e se repetem os temas justilosóficos.

## NOTAS

1. B. Groethuysen, *Philosophie de la Révolution Française*, ed. Gallimard, Paris 1956. Caps. VII e VIII.

2. Ocorre-me anotar que o entusiasmo por Gény era característico do meu professor de Direito Civil na antiga Faculdade de Direito do Recife (depois, da UFPE), Soriano Neto.

3. Um dos teóricos mais prestigiados dos anos 70, Friedrich Muller, veiculou a teoria “estruturante” do direito, segundo a qual a norma jurídica *inexiste* até o momento em que é criada pelo julgador, que “cria” a norma em função do caso. O que há de criativo nesta teoria corresponde, como se vê, ao pensamento de François Gény, que cerca de cem anos antes aludiu ao “dado” e ao construído na interpretação do direito. Mas não era alemão.