

BREVES CONSIDERAÇÕES SÔBRE A FILOSOFIA DO DIREITO

PAULO DOURADO DE GUSMÃO

A Filosofia do Direito (1), depois de HEGEL, foi “racionalizada”, ou melhor, “metrificada”. Os filósofos dela não mais trataram, entregando-a, com exclusividade, aos juristas. Êstes, a partir de STAMMLER, deram-lhe fronteiras antes desconhecidas, e, dentro delas, traçaram distritos. Assim passaram a sustentar: à ciência do direito, o direito positivo, vigente, histórico, à filosofia, o direito fora da história. Para atingi-lo indicaram o “ser” do direito como meta exclusiva da Filosofia do Direito. Mas o “ser” do direito para uns seria uma categoria da razão pura, ou melhor, a “vontade”, não no sentido psicológico, mas como ordenação de meios para fins, capaz de, em nossa mente, organizar a “matéria”, de natureza econômica, fornecida pelos fenômenos sociais. Assim pensava STAMMLER filosoficamente dentro do néo-kantismo de Marburgo. Para tal simplificou as categorias de KANT a duas: “percepção” e “vontade”. A primeira, governada pelo princípio de causalidade, organizaria o conteúdo de nossa consciência fornecido pelos fenômenos naturais e humanos submetidos a tal princípio, enquanto a “vontade”, despida, como dissemos, de sentido psicológico, ordenaria a massa caótica dos fenômenos humanos e sociais na dependência do princípio de “finalidade”. Nesse sentido, “vontade” seria eleição ou escolha de “meios” para a consecução de “fins”. Do ponto de vista lógico, pertencendo o direito ao mundo dos fenômenos sociais, estaria na dependência de tal categoria para ser inteligível. Diz STAMMLER que a categoria “vontade” apresenta-se sob várias modalidades, dentre as quais a de “vontade vinculatória” de duas ou mais vontades como “meios” para atingir certos “fins”, de modo que

(1) Para maiores esclarecimentos v. nossos livros: *Filosofia do Direito* (Rio de Janeiro, 1966) e *Introdução à Ciência do Direito*, 3.^a ed., cap. III.

cada uma é “meio” para atingir “fim” de outras. Pertenceria o direito ao campo disciplinado por tal categoria, que, sendo comum aos demais fenômenos sociais, pode apresentar-se de forma independente das vontades vinculadas. Neste caso, seria constituída de mais de duas vontades: a vinculatória e as vinculadas. “Autárquica” é o nome que STAMMLER dá a êsse tipo de “vontade”. Conceitua-a como “vontade autárquicamente vinculatória”. Estando acima das vontades vinculadas, considerou-a inviolável. Daí dizer que o direito, como categoria da razão pura, capaz de ordenar os fenômenos sociais com o sentido do jurídico, é “vontade vinculatória, autárquica e inviolável”. Tal categoria seria imutável, enquanto variaria o seu “conteúdo” fornecido pelos fenômenos econômicos. Eis a tentativa de STAMMLER para conciliar kantismo com marxismo, esquecendo-se de que o direito, como notou MOOR, é dotado de sentido, e não fenômeno da natureza, e que as categorias da razão pura de KANT só são aplicáveis aos fenômenos naturais. Por outro lado, como bem demonstraram MAX WEBER e KANROROWICZ, o econômico não tem a mesma influência em todo o direito, sendo maior no direito privado do que no direito público. MAX WEBER foi mais longe, pois demonstrou que a relação entre economia e direito não é, como entendia STAMMLER, de natureza lógica, mas da natureza dos tipos de sociedade, pois há os em que prepondera o econômico, enquanto em outras, a religião, a moral, etc. Esqueceuse STAMMLER, escreve GURVITCH, o fato de o direito regular atividades que não mantêm conexões diretas com a economia. Mas, enquanto assim pensava STAMMLER, sustentando a primeira filosofia jurídica feita por jurista, os idealistas buscavam no espírito a explicação filosófica para o direito, visto como atividade espiritual que se concretiza em atos jurídicos. Existiria um processo espiritual, sempre o mesmo, modelador da experiência jurídica. Tal processo daria forma jurídica a setores da experiência social. DEL VECCHIO se ergue então para dizer que, do ponto de vista lógico, tal experiência só seria possível com o “conceito” do direito. Destarte, o “conceito” do direito, do ponto de vista lógico, seria anterior à experiência jurídica. Retorna assim DEL VECCHIO à problemática dos néo-kantianos, enquanto os jusnaturalistas lutam para demonstrar que o problema filosófico está no “dever ser” do direito, não desconhecido por DEL VECCHIO, que construiu uma filosofia eclética do direito ao aplicar a “crítica da razão pura” e o jusnaturalismo a fenômenos que o próprio KANT não encontrou meio de aplicar. Mas, se o “ser” do direito não é categoria da razão pura e nem atividade espiritual, se não é exigência natural e nem simples ordem, que será? Respondem RADBRUCH, RECASENS SICHES, COSSIO e REALE: realidade cultural a serviço de valores, diversa da “natureza”. “Conduta normada” dirá

COSSIO; “vida humana objetivada” replicará RECASENS SICHES; integração de valor e fato em uma norma, afirmará REALE; fatonormativo, retrucará GURVITCH, ou realidade cujo sentido é servir à justiça e à segurança jurídica, como pensa RADBRUCH. Afastado destes, KELSEN, mordido pelo positivismo jurídico e pelo kantismo, pensou construir uma teoria do direito sem sair do edifício jurídico. Deu-lhe o nome de “teoria pura do direito”. Porém, a teoria que defende é mais uma epistemologia jurídica, que, desde que admitidas as suas premissas, dificilmente poder-se-á recusar as suas conseqüências. Tentando construir uma teoria do direito, que, usando exclusivamente categorias jurídicas, fôsse capaz de explicar, fundamentar e justificar tôdas as normas jurídicas, KELSEN encontrou em uma hipótese, “a primeira Constituição”, que não é norma histórica, a condição lógica, possibilitadora, no direito interno, de todo pensar jurídico puro, livre de qualquer fundamentação metafísica. Tal norma prescreveria o dever de obedecer à autoridade da comunidade. Norma capaz de dar o sentido do jurídico a qualquer regra de direito, independente de seu conteúdo, desde que ditada pela autoridade da comunidade. Porém, tal norma estaria subordinada à norma fundamental do direito internacional, pois, segundo KELSEN, a validade do direito interno depende do internacional. Duplas, diz o mestre vienense, são as normas fundamentais do direito internacional: *pacta sunt servanda*, possibilitadora de todos os tratados, acima da qual se encontra a que prescreve o dever de respeitar os costumes. Esta última seria a norma suprema, o *a priori* do direito em uma Teoria Pura do Direito. KELSEN, como RADBRUCH, depois de sofrer as conseqüências do nazismo, para o qual a teoria pura concorreu ao destruir a fé nos valores jurídicos ocidentais, KELSEN, dizíamos, nos Estados Unidos, cidadão norte-americano, introduziu em sua “teoria pura” elementos estranhos ao direito, como, por exemplo, os valores do direito, acabando por ampliar de tal forma sua teoria, que VERDROSS pensa ter ela se afastado do kantismo, passando a ser uma “teoria comparada do direito”.

Para atingirem a tais resultados, os juristas limitaram o campo da Filosofia do Direito, dando-lhe tarefas específicas. Assim é que STAMMLER atribuiu-lhe a investigação do *a priori*, lógico, do direito. Já dessa forma não a entendem outros, como, por exemplo, o jusnaturalista ROMMEN, quando lhe dá como objeto “as leis gerais necessárias, cuja aplicação mais ou menos acertada, constitui a legitimação mesma de cada ordem jurídica positiva”, ou melhor, o que desde muitos séculos se “denomina o direito natural”. A tal tarefa acrescenta BOBBIO a teoria do método do conhecimento jurídico. Assim, teoria da justiça, por uns vista como teoria do direito natural, e epistemologia jurídica seriam as tarefas da Filosofia do Direito. DEL VECCHIO amplian-

do-as acrescenta a fenomenológica, não no sentido filosófico dado por HUSSERL, mas como investigação das origens e constantes históricas do direito. Nesse ponto, apesar de partir de pressupostos filosóficos diferentes e de metodologia diversa, DEL VECCHIO não se afastou dos positivistas italianos, pois VANNI, antes dêle, em 1890, atribuiu à Filosofia do Direito três indagações: crítica, destinada a estabelecer a teoria do conhecimento jurídico, sintética, semelhante à fenomenológica de DEL VECCHIO, e deontológica, que se preocupa com a teoria da justiça. Ponto de vista semelhante defenderam FRAGAPANE, GROPPALI e, entre nós, em 1918, FRANCISCO CAMPOS. A crise do positivismo jurídico e do néo-kantismo fêz com que certos juristas reduzissem a Filosofia do Direito a uma só investigação: os fenomenologistas, como REINACH, SCHREIER e SCHAPP, à indagação da essência do direito, que se esconde sob a capa petrificada do fenômeno jurídico, atingível através da “redução eidética” de HUSSERL, enquanto os axiologistas, aos valores jurídicos, como, por exemplo, RADBRUCH, que, à luz do relativismo jurídico, preocupou-se exclusivamente com a “idéia do direito”, formada por três idéias, geralmente em conflito: a de justiça, a de segurança jurídica e a de finalidade, que persegue a sociedade individualista, a coletividade supra-individualista ou a comunidade transpessoal. Depois da II Guerra Mundial, provocadora do retôrno ao jusnaturalismo, os filósofos do direito ampliaram a área da Filosofia do Direito, como é o caso, por exemplo de REALE, que nela incluiu a tarefa de estabelecer uma ontognoseologia jurídica, uma epistemologia jurídica, uma deontologia e uma culturologia jurídica.

Eis aí a situação da Filosofia do Direito em nossa época. Os juristas que dela trataram pensaram mais na conceituação e na delimitação de tal filosofia do que em filosofar sôbre o direito. Trataram das categorias do direito, da lógica do pensar jurídico e de uma teoria abstrata da justiça, que não oferece remédio às injustiças e desumanidades praticadas em nome do direito, vazia de conteúdo, incapaz de fornecer as linhas mestras de um direito ideal compatível com a realidade histórico-social de nossa época. Esqueceram-se de que o filósofo não deve “lavar as mãos” como Pilatos em face do direito histórico. RADBRUCH e KELSEN sofreram as conseqüências de um regime político para o qual, homeopaticamente, concorreu o relativismo que defenderam. Por tudo isto pensamos dever a Filosofia do Direito se aproximar do modelo grego: filosofia preocupada com os problemas históricos da cidade-Estado. Nesse campo, desde quando os filósofos se desinteressaram pelo direito, deixando-o exclusivamente aos juristas, foram os “civilistas” e alguns “publicistas” franceses, como RIPERT, JOSSEMAND, SAVATIER ou DUGUIT, que se estabeleceram no terreno em que deveriam estar os filósofos. Hoje, em um mundo

ameaçado, a “legalidade” pura, o “ser” do direito ou *a priori* jurídico, não têm grande importância: o homem ameaçado é o problema. Não advogamos o abandono daquelas questões, pois pertencem elas ao domínio exclusivo da Filosofia do Direito, mas sim uma preocupação maior com o “dever ser” do direito positivo, mais importante em um mundo em que impera a insegurança. Tal insegurança, presente desde 1914, provocou o “renascimento do direito natural”, iniciado pelo próprio DEL VECCHIO, auxiliado nessa tarefa por GÉNY e RENARD, porquanto o “direito natural de conteúdo variável” de STAMMLER está afastado das tradições jusnaturalistas; até RADBRUCH, retornando à Alemanha depois de longo exílio, defendeu a importância de uma teoria do direito supralegal, destinada a estabelecer limites ao direito histórico, enquanto Kelsen, nos Estados Unidos, inclui na “teoria pura” do direito os valores do direito. Por tudo isso, pensamos não dever ser limitado o campo da Filosofia do Direito. Não devemos esquecer que as filosofias do direito “metrificadas” como, por exemplo, a de STAMMLER ou a de VANNI, para só citar dois pólos diferentes, já estão esquecidas, enquanto as que versam sobre o “dever ser” do direito, como a de um PLATÃO, desafiam séculos.