

TEORIA DO DIREITO E FILOSOFIA DO DIREITO. UMA PERSPECTIVA JURIDICO-HUMANISTICA

Paulo Ferreira da Cunha

"Obiter dictum: dizer de duas coisas que elas são idênticas, é sem sentido, e dizer de uma coisa que ela é idêntica a si própria, não diz absolutamente nada".

Wittgenstein — *Tractatus Logico-Philosophicus*, 5.5303¹

I. ANALOGIAS E TESE GERAL

1. *Exemplum*

De gustibus et coloribus non disputandum. Confessamos, porém, que aquilo que mais nos exaspera e chega a indignar em alguns filmes de Hollywood, ou em certos noticiários televisivos, é o narcisismo. Pega-se numa estrela (real ou fictícia), ainda que murcha (um actor falhado, ou as agruras do caminho até à glória, por exemplo), e faz-se dela pretexto para uma superprodução. Na

1. Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. port. de M. S. Lourenço, *Investigações Filosóficas*, in *Tratado Lógico-Filosófico/Investigações Filosóficas*, Lx.ª, Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, 5.5303, p. 107.

verdade, o que se pretende glorificar é o *show business*. Na TV ou na rádio, noticiam-se regularmente os grandes eventos da vida dos colegas jornalistas, como se o público não viciado estivesse muito interessado nessas auto-promovidas vedetas.

Se a informação é o quarto ou o quinto poder, estaremos perante casos de verdadeiro "desvio de poder": porque alguns detentores da comunicação (ainda que só fácticos), veiculam notícias e valores que apenas autopromovem o veículo, o condutor, um cabo que não é *capitis*, mas simples meio (*media*)². Trata-se, assim, de um olhar para o próprio umbigo que objectivamente só beneficiará e acariciará o *ego* dos profissionais em causa, e indirectamente dos respectivos fãs, com prejuízo efectivo da qualidade estética da arte, e da equidade na selecção e tratamento da informação.

Se se reconhece obviamente que não está vedado à verdadeira Arte glosar a vida de artistas do mesmo ramo como tema³, assim como não parece descabido noticiar-se um prémio Nobel ou uma eleição para a Academia que eventualmente tivessem sido atribuídos a um jornalista, há limites de bom gosto e de bom senso. De bom gosto, sobretudo no caso do cinema. De bom senso, especialmente no da informação. Os gostos, como dizíamos, não se discutem. Mas o bom senso ou a falta dele têm de ser questionados. E a maior falta de bom senso é publicitarem-se os acontecimentos mundanos de um grupo eleito, e silenciarem-se (e dizer pouco e poucas vezes é, por vezes, até pior que silenciar, pois resulta em deformar), com tanta frequência, o trabalho benemérito de investigadores e cientistas, de artistas plásticos, músicos, mas sobretudo, nos dias que correm, dos que não dão

2. Cf. Jacques DERRIDA, *L'Autre Cap, suivi de La démocratie ajournée*, Paris, Minuit, 1991, pp. 19 ss., 106 ss., *et passim*, e os nossos *Europa, Democracia e Comunicação e Constituição, Direito e Utopia*, ambos no prelo.

3. Embora o distanciamento ficcional do cinema ou do teatro percam quando aí mesmo se mostra alguém em cena, porque inelutavelmente alertando ou despertando para que tudo, afinal, é "teatro" ou "fita".

espectáculo: os literatos, os filósofos, os teólogos, e – porque não dizê-lo? – os juristas.

O espaço e o tempo que se consagram a promover, comentar ou apresentar umas matérias e certas pessoas são efectivamente tirados a outras. E como a raridade existe, e nada é equivalente a nada, nem nada de coisa alguma é sucedâneo no mundo dos produtos culturais e informativos, há um custo de oportunidade que implica escolha, e escolha obriga a sacrifícios. Ora tais escolhas – pasmem os economicistas! – são ditadas por obediência a impulsos (se irreflectidas) e (se mais amadurecidas) determinadas pela adesão a valores.

Obviamente que grande parte dos investigadores, dos verdadeiros sábios, o que querem é que os deixem em paz, e não resistiriam à publicidade e sobretudo à curiosidade paranóica dos farejadores de escândalos, confidências e privacidades.

O problema é que – como hoje parece sobejamente demonstrado – o homem comum, e as crianças e adolescentes, precisam de modelos, de super-egos sociais a quem seguir os passos. E depois de terem sido feridas de morte as histórias escolares que glorificavam os Heróis, os Santos e os Sábios, apenas restam modelos do presente⁴. Os quais, com esta política informativa e cultural, se reduzem às vedetas⁵.

4. Sobre o desconhecimento histórico (e outras consequências) que se seguiram ao abandono desse tipo de história "mítica", da qual, apesar de tudo, "alguma coisa ficava", cf. Maria da Conceição Falcão FERREIRA, *Resultados dos testes/Diagnóstico aplicados a alunos do 2.º ano do Curso de História e Ciências Sociais*, "Boletim da Universidade do Minho", n.º 14, Junho de 1994, pp. 42-43. Acerca da distorção completa da História com intenções ideológicas, cf., por todos, os já clássicos Marc FERRO, *Comment on raconte l'histoire aux enfants*, 2.ª ed., Paris, Payot, 1992; Jean-François REVEL, *La Connaissance inutile*, Paris, Grasset, 1988, trad. port. de Ana Rabaça, *O Conhecimento Inútil*, Mem Martins, Europa-América, 1989, máx. p. 289 ss.; e o nosso *Sociedade e Direito*, Porto, Rés, 1990, p. 19 ss.

5. Vários intelectuais portugueses manifestaram, por exemplo, alguma indignação pela apoteose fúnebre tributada ao corredor de automóveis Senna, em comparação com o esquecimento ingrato poucos dias antes patenteados face

2. *Sententia*

O que se passa na produção cinematográfica e mediática em geral ocorre também – parece impossível a comparação, e até algo chocante – com a produção científica. Não são só os cientistas de bata branca que também podem optar, segundo o velho exemplo (embora tal se torne difícil devido à crescente especialização) entre aperfeiçoarem canhões ou fabricarem mais saborosa manteiga. Mesmo com a produção (gostamos mais de chamar criação – o que, aliás, não é nada indiferente, *v.g.* no domínio literário e das artes plásticas⁶) de índole mais científico-social ou humanística ocorrem dilemas semelhantes.

E começa agora a desvendar-se a razão pela qual começámos este texto, inusitadamente, com o tema do narcisismo fílmico-informativo. É que há também, nas ciências, e nas ciências jurídicas e mesmo nas juridico-humanísticas em particular, diferentes formas de ocupar o tempo, ou de aproveitar o tempo (o que já corresponde a duas formas de pensar e agir bem diferenciadas).

Existe também uma forma narcísica, centrípeta, e uma forma transitiva, centrífuga, de reflectir sobre o Direito⁷. A própria

ao desaparecimento de um grande pensador e literato do espaço lusófono (e até, mais latamente, ibero-afro-americano), o Prof. Agostinho da Silva. O modelo parece ser o dessa América em que, segundo a fórmula que já se tornou célebre, *um intelectual vale talvez mais que uma foca amestrada, mas muito menos que qualquer pugilista*.

6. A base do discurso da "produção artística" encontrar-se-á certamente em Karl MARX/Friedrich ENGELS, *Die deutsche Ideologie. Kritik der neusten deutschen Philosophie in ihren Repraesentanten, Feuerbach, B. Bauer und Stirner, und des deutschen Sozialismus in seinem verschiedenen Propheten*, 1845/1846. Cf. ainda P. MACHEREY, *Pour une théorie de la production littéraire*, Paris, F. Maspero, 1966; C. GRIVEL, *Production de l'intérêt romanesque*, Paris, Mouton, 1973.

7. E se, de uma maneira geral, a filosofia jurídica continental e do sul se preocupa mais com o pulsar da vida, na ágora ou no *forum*, sob o sol (filosofia da verdade), enquanto a filosofia do norte e anglo-saxónica é geralmente mais propensa ao formalismo, ou à filosofia do ser (cf., *v.g.*, Orlando VITORINO,

reflexão filosófica sobre o Direito não escapa a esta dupla possibilidade. Só ingenuamente se pensará que os juristas que exercem profissões ditas práticas são os activos da juridicidade, enquanto os teóricos, os filósofos, os professores de Direito seriam os contemplativos da Justiça. A realidade é muito mais complexa do que isso: o formalismo e o abstraccionismo ritualista e burocrático de tantos e tantos ditos prácticos aí está a demonstrar o que pode ser o exercício de uma profissão jurídica prática dentro do espartilho ou do colete de forças de um narcisismo apenas e eternamente auto-reflector. Em contrapartida, ficou de há muito provado que há filosofias e filósofos do Direito capazes de feitos únicos na vida prática, quer do Direito propriamente dito, quer ainda de áreas conexas⁸. Mas, obviamente, o inverso destas realidades também existe.

Exaltação da Filosofia derrotada, Lisboa, Guimarães Ed., 1983; *Idem, Refutação da Filosofia Triunfante*, Lisboa, Guimarães Ed., 1983), tal não representa uma constante inelutável. Baste-nos, assim, um exemplo da preocupação anglo-saxónica com o excessivo formalismo estiolador: há já mais de dez anos, precisamente em 28 de Dezembro de 1983, numa carta que haveria de ser editada pela revista *Doxa*, Ronald Dworkin afirmava, nomeadamente: "Creo que nuestra materia ha sufrido aislamiento, en el sentido de que los conceptos legales pueden ser explorados por sí mismos de modo útil, lo qual da como resultado un trabajo analítico estéril." (*apud* A. CALSAMIGLIA, *Ensaio sobre Dworkin*, prólogo a *Los Derechos en Sério*, trad. cast. de Marta Guastavino de *Taking rights seriously*, de Ronald Dworkin, Barcelona, Ariel 1984, pp. 26-27). Ora é esse trabalho insano de esterilidade que constitui o processo próprio da reflexão narcisista e centrípeta. Pode tratar-se de estudos muito subtis e até inteligentes (talvez por isso Dworkin fale em utilidade). Mas, realmente, são especulações infecundas, que apenas podem deleitar um círculo restrito de iniciados. E ainda bem que assim se restringe o círculo de recepção de tais teorias, porque facilmente resvalam para esse "sonho da razão", que, como bem sabemos, "só produz monstros". Como dizia o poeta, "não se pode deixar o intelectual brincar com fósforos. Quando se deixa sozinho, o mundo mental mente monumentalmente" (citamos de cor).

8. Francisco PUY, *Filosofia del Derecho y Ciencia del Derecho*, in "Boletim da Faculdade de Direito", Universidade de Coimbra, vol. XLVIII, 1972, pp. 145-171.

Podemos dizer, pois, que a oposição entre narcisismo e transitividade em Direito atravessa quer a sua dimensão prática quer a sua vertente teórica, gerando-se, com a consideração destas categorias, quatro tipos de juristas: *o teórico narcisista*, que é um maçador especulativo, discutindo coisas muito menos importantes que o sexo dos anjos, e que normalmente é um analítico, um sofista, ou um cortador de salame⁹; *o prático narcisista*, que é um maçador igualmente, mas do género picuinhas, devoto do por-menor, da fórmula, do prazo, do requisito – ou seja, é por regra um positivista legalista; *o teórico prático*, que vê na teoria, que desenvolve, um meio de esclarecer e fundamentar uma prática, sem a qual a teoria não teria razão de ser – e disso tirando as devidas consequências quanto à sua própria especulação teórica; e *o prático teórico*, que faz o seu trabalho sujando as mãos no barro, na lama e no sangue do real, sem deixar, todavia, que tal facto lhe corrompa a alma ou sequer lhe tolde a mente, que vê (teoriza) e comanda toda a sua actuação, integrada num objectivo (*ob-jectum*).

É verdade que a especulação filosófica se faz e sempre se tem feito, em grande medida, à volta de constante crise dos conceitos e das noções, da redefinição e da proposta de novos termos – e quiçá em boa medida por isso é que existe o tão proverbial não-progresso em Filosofia. A isso acresce o narcisismo dos filósofos modernos, para os quais filosofar é criar um sistema, e um sistema é um discurso autoritário, apriorístico e anti-dialéctico, saído de suas cabeças como *Athena ex Jove*¹⁰. Todavia, mesmo o jusfilósofo, se comunga desta tradição no *modus operandi* filosófico, não pode comprazer-se, pela sua costela de jurista puro (mas em boa verdade, também em fidelidade ao puro amor da sabedoria) com uma especulação estritamente semântica, com uma disputa restrita a

9. Cf. Francis BACON, *The Essais, or Counsels Civil and Moral*, trad. port. e prefácio de Álvaro Ribeiro, 2.ª ed., *Ensaaios*, Lisboa, Guimarães, 1972, L, p. 220.

10. Cf., por todos, Jean-Marie BENOIST, *Tyrannie du Logos*, Paris, Minuit, tr. port., *Tiranía do Logos*, Porto, Rés, s/d.

nomenclaturas ou denominações, ou com uma justaposição ou alternativa de máquinas do mundo ensimesmadas e mutuamente exclusoras. Quando reflectimos sobre o que ocupa muitos filósofos, compreendemos melhor porque é que os Romanos diziam que os juristas eram os verdadeiros filósofos...¹¹

Um teórico narcisista de bom grado consumirá o seu tempo navegando nas águas mornas, mas turvas, dos diferentes quadros taxonómicos, mudando chavetas e rebaptizando os elementos. É, aliás, o que faz, no seu domínio, o prático narcisista, que substitui e aumenta indesejáveis leis, faz crescer redundantes regulamentos, ou se diverte a trocar todos os dias as placas de trânsito das cidades. Tal não pode ser a atitude de quem tem compromisso para com os outros, seja na defesa concreta do seu direito (o prático), seja na visão geral e na global reflexão de uma tal defesa, e produção de municimento a utilizar depois pelos arsenais individuais (o teórico).

O teórico narcisista é como o produtor e o realizador da película sobre os artistas. Na verdade, o que ele realiza é sempre um mesmo filme sobre o herói teórico do Direito (no fundo, ele próprio) – o que é coisa de um péssimo gosto, não podendo haver mais entediante produção. Porém, tal como os seus confrades cineastas, este megalómano voluntarista usufrui de uma vantagem

11. Ao espírito prático dos Romanos repugnava o raciocínio circular, e a falta ou inconsistência de decisão. Curiosamente, enveredariam, na sua organização processual, pela valorização de uma decisão ainda teórica, e carecendo de comprovação prática (na fase *apud iudicem*); mas, todavia, já uma decisão, de um juiz singular (o *praetor*), embora temporário e, de certo modo, não profissionalizado, pois a meio do seu *cursus honorum* (e por isso assistido pelos jurisprudentes). É importante como essas diferenças no plano judiciário são patentes face à justiça grega (o que, como é sabido, está ilustrado até pela interpretação semiótica dos símbolos respectivos da Justiça). Cf. Sebastião CRUZ, *Ius. Derectum (Directum)...*, *Relectio*, Coimbra, s/c, 1971, máx. p. 28 ss. Cf., porém, Alvaro D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 7.ª ed., Pamplona, EUNSA, 1989, § 12, p. 44. Por último, o nosso *Die Symbole des Rechts. Versuch einer Synthese*, "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", vol. 80, Stuttgart, Franz Steiner, 1994, 1. Quartal, Heft 1, p. 85 ss.

que lhe dá a ilusão de interesse social do seu "trabalho". E por vezes consegue disso convencer outros que não o próprio... É que a comunidade científica dos teóricos do Direito se vê na obrigação (e os fãs da sua capeliha na devoção) de assistir à fita (quer dizer, ler os seus tratados, monografias, artigos, escutar às suas conferências, etc.). Isto do mesmo modo que os cinéfilos e os críticos têm que aturar os "barretes", mesmo que seja para os desancar depois, e, de todo o modo, os fãs aí estão para aplaudir seja lá o que for...

O filme que produz este jurista teórico narcisista é uma maçada, mas os efeitos são mediatos apenas (embora a não descurar a prazo, e até pelo mau exemplo dado e má fama assim criada para toda a reflexão). Mas quem verdadeiramente produz profundos estragos directos na vida comunitária é o seu confrade prático narcisista, que, tal como os jornalistas mundanos, denega na prática a justiça, preferindo o formal ao material, dando voz a quem já está perto do microfone ou da rotativa, e negando-a a quem, labutando no silêncio e na discricção, mais mereceria eco e louvor. O jurista prático, advogado ou juiz, é, com efeito, um verdadeiro *locutor*, na medida em que pela sua voz se deve fazer ouvir a súplica ou o grito dos injustiçados¹². Se o filme do narcisista é um sonolento monólogo que nos afugenta a todos da teoria, a prática narcisista põe o sujeito acima de tudo: o actor acima do público, e acima do autor e do texto até. O advogado ou o juiz narcisistas vestirão a beca negra e transformar-se-ão nos seus hábitos. Serão os artigos do Código, ou, simplesmente, o saco de manhas e argúcias de que cada um dispuser. Vagos, atónitos, aterrados, não acreditando no que vêem, os objectos da justiça verão desenrolar-se ante os seus olhos um filme em que entram, de que sofrerão as consequências, mas que todavia sentem bem não ser o seu.

12. Importante ponto de reflexão, num momento em que quem aparece nos *media* se vai recusando (e até com veemência nervosa) aquela digna designação.

3. A epistemologia e as sereias

Não vamos aqui tratar de prática jurídica, mas apenas de teoria jurídica. Importa neste ponto afirmar que, na nossa perspectiva, o tema de hoje, devendo ser tratado e esclarecido o mais claramente possível, é sem dúvida, como a maior parte das questões epistemológicas gerais¹³, susceptível de constituir uma armadilha do narcisismo a uma reflexão sobre o Direito operativa, transitiva, virada para os problemas e não apenas para si própria¹⁴.

Tratando-se de pôr em contraponto duas disciplinas, áreas ou ciências que, objectivamente, em regra disputam os sufrágios dos cultores de um estudo jurídico não virado apenas para o direito positivo e com o fim de solução de casos baseados nos pressupostos legais, é forçoso que aqui se insinuem a eterna luta das fronteiras e o antiquíssimo campeonato dos prestígios¹⁵. E esse tipo de disputas resvala frequentemente, entre os práticos, para o pugilato, e entre os teóricos, para a gigantomaquia caceteira das frases altissonantes, entre os mais passionais, e, entre os mais mesquinhos, para a picadela da citação ou o fumo de uma rede de sofismas. Em todo o caso, tudo formas de manifestação do solipsismo intelectual e do narcisismo congregacional e pessoal.

13. Sobre as distinções de generalidade e especialidade no seio da epistemologia, cf. Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, 13.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 305 ss.

14. É sempre interessante recordar que a Filosofia jurídica pode e deve lidar com a apreciação crítica de problemas concretos de índole social e ética, enquanto ligados com a intervenção jurídica, problemas de significado e compreensão do direito (talvez não só ao nível puramente conceptual), além de questões mais formais de lógica, gnoseologia e semântica jurídica, e de matérias mais específicas, metafísicas ou ontológicas, etc. Sobre todas estas dimensões, cf., por todos, Zdenek KRYSTUFEK, *Variations of 'Legal Philosophy'*, in EYDIKIA, n.º 1, Atenas, 1991, p. 13 ss., máx. p. 15 ss.

15. Já as universidades medievais proibiam as disputas sobre tão ocioso quanto nefasto tema. Um estatuto de Oxford é sobre isso taxativo. Cf. Léo MOULIN, *La vie des étudiants au Moyen Age*, Paris, 1991, trad. port., *A Vida quotidiana dos Estudantes na Idade Média*, Lx.ª, Livros do Brasil, 1994, p. 40.

Não sejamos demasiadamente severos. Mesmo os contributos polémicos, obtusos, verrinosos, mesmo os que não respeitem integralmente as normas da lisura intelectual e da urbanidade têm sido, ao longo dos séculos, de imensa valia: quantas sugestões não podemos nós colher numa má ou até numa pérfida interpretação que duma nossa teoria fez um adversário, quiçá um inimigo ? Sem ironia. São sempre de louvar as intervenções: delas é sempre possível retirar alguma coisa, e com elas aprender algo. O silêncio é muito pior que a pior das palavras. Quantos génios não chegariam a desabrochar por falta de uma caridosa pena de um contraditor que os espicaçasse, de um inimigo que os caluniasse!

Temos todos consciência de que o conjunto dos estudiosos que, directa ou indirectamente, já tratou o nosso presente tema é astronómico e caleidoscópico. De que valeria, pois, correr atrás de uma seta irremediavelmente lançada antes que tivéssemos partido da meta ? E, por outro lado, também cada um, e mesmo cada estudioso destas matérias, tem a sua própria gestão do tempo e do interesse. Por isso, em vez de procedermos a qualquer levantamento do estado da questão (que, como questão filosófica que é, há-de por força – e definição – estar sempre na mesma, isto é, sempre permeável, pelo menos, a novas injeções de sangue novo de pensamento), ou da sua história (que é sempre actualidade, se o merecer ser), optámos por dialogar com muito poucos (mas escolhidos) autores que pessoalmente consideramos significativos e inspiradores, tentando propor a nossa própria leitura do problema. Fazemo-lo com algum distanciamento e frieza, no reconhecimento de que importa mais compreender o que está em jogo do que tentar ganhar uma qualquer disputa. O tratar-se de uma questão que, afinal, e apesar da aparência nominal, se desenvolve em torno de posições naturalmente pouco mutáveis, muito distanciadas daquela mínima, ínfima margem de conversão que nos

foi atribuído conseguir dos outros enquanto simples mortais¹⁶, torna a polémica num exercício de virtuosismo, ou num quebra-cabeças para poder dizer-se de forma original o que já foi centos de vezes dito e redito. Só que não queremos pessoalmente persuadir ninguém, nem temos qualquer intuito em conseguir uma vã e fátua originalidade.

Há, porém, alguns pontos que gostaríamos de sublinhar de início:

Ao contrário do que muitos pensarão, não se trata, neste tema das relações entre Teoria e Filosofia do Direito, nem de uma questão menor, nem de um problema de palavras. Essas duas teses parecem-nos essenciais para que se focalize adequadamente a problemática. Nas será ainda despidendo recordar que "em sua radicalidade ou como saber radical, a Filosofia e' sempre *Teoria*, no sen originário sentido, isto e', *ininição essencial contemplação de ideias, visão espiritual do invisível on Teoria do ser e da verdade*"¹⁷

Também se deve sublinhar que, embora faça muito bem à organização mental saber com clareza o que se entende (e o que os outros concebem) por Teoria do Direito e por Filosofia do Direito, o que é facto é que não haverá decerto a primeira, e estamos seguros que não poderá jamais existir a segunda, sem que se ultrapasse essa querela de rectificação de fronteiras, e se comece a teorizar ou a filosofar no interior de cada território. E, no limite, poder-se-ia dizer, com esse exagero caricatural que é preciso por vezes para obrigar a ver as verdades obnubiladas: não importa que terreno se atribua teoricamente a uma ou a outra, nem sequer que se reconheça a existência de uma delas, qualquer delas, ou até de

16. Sobre a inutilidade da retórica, e baseando-se na filosofia platónica, entre outras, Carlo MICHELSTAEDTER, *La Persuasione e la Retorica*, 4.ª ed., de Maria Adelaide Raschini, Milão, Marzorati, 1972. O Autor suicidar-se-ia no dia seguinte ao da conclusão desta sua tese de filosofia.

17. António Braz TEIXEIRA, *Sentido e valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica*, Lx.ª, Imprensa Nacional, 1990, p. 19.

ambas. Como M. Jourdan reflectindo à cerca da prosa, diríamos que precisamos é de pensar o Direito, filosofica e teoricamente, mesmo que não saibamos estar assim a cultivar a Filosofia jurídica e/ou a Teoria do Direito.

O lema será pois, glosando velha máxima: pela epistemologia, mas para além da epistemologia. Não se trata de ser surdo ao canto de sireia da epistemologia. Trata-se é de ser capaz de levar a nau adiante, sem a encalhar no porto do auto-contentamento especulativo. Amarrado ao mastro grande e, como Ulisses, de ouvidos atentos (*audiatur et altera pars*), essa será a posição digna e difícil do jurista.

II. ANALITICA

1. *Sociologia brevis*

Vamos fazer uma experiência sociológica. Como Wright Mills¹⁸, nós também preferimos usar a imaginação do que fazer redundante e interminável trabalho empírico. Portanto, da nossa poltrona, desafiamos quem para isso tenha paciência a calcorrear, como goliardo, essas universidades da Europa e do Mundo, para ajuizar, sociometricamente, se o tipo de instituições (salvo nos casos de entidades estaduais em que funcione bem a *libertas docendi*), de professores, de alunos (se a cadeira for opcional) ligados a cadeiras de Teoria (mesmo que Geral) do Direito não é muito diferente dos das disciplinas de Filosofia do Direito (e do Estado). Não é preciso, obviamente, cruzar estas informações com dados como gastronomia, indumentária, preferências políticas e religiosas, etc.. O facto é que o tipo de formação, de ideais, de

18. Wright MILLS, *A Imaginação Sociológica*, 6.ª ed. bras., Rio de Janeiro, Zahar, 1982, p. 221.

comportamento em geral de uns e de outros (com exceções, como é evidente) nos parece serem muito diversos.

Uma abordagem deste tipo, a confirmar-se esta nossa hipótese (o que a sociologia empírica do quotidiano já pessoalmente no-lo fez – mas isso é do simples senso comum), poderia levar a formular simplesmente a teoria segundo a qual a Teoria do Direito e a Filosofia do Direito seriam a mesma coisa, para públicos diferentes e por actores diversos.

Tal não é, porém, inteiramente verdadeiro. É que se, na verdade, uma e outra das áreas em causa pretendem ver o Direito algo acima do rasteiro da sua circunstância de positividade e vigência, se uma e outra pensam, reflectem sobre o Direito, todavia não o fazem da mesma maneira: nem com os mesmos meios, nem com iguais objectivos, nem a partir de idênticos pressupostos, o que redundará em conteúdos programáticos diversos e díspares temáticas de investigação.

2. *Epistemomaquia*

O grande problema é que não se está nada de acordo quanto ao que seja (ou deva estudar-se) em Teoria do Direito. Parecendo, em certo sentido, mais consensual o que possa ser o estudo em Filosofia do Direito.

Devemos explicitar este "em certo sentido", que implica uma restrição importante.

Afigura-se-nos, pelas críticas que vão sendo feitas às diferentes ciências, à própria admissibilidade epistemológica das diferentes ciências (ou alegadas como tais), não só que cada ciência é, em si, um programa, como uma bandeira de luta – eventualmente em conflito com outras, pelo terreno (disputa de uma área) ou pela

ideologia (disputa sobre a teleologia, ou o "programa")¹⁹. Ora, o que ocorre é que, nesta matéria de ciências jurídicas não identificadas com os nomes dos códigos ou dos seus livros (que são as chamadas ciências jurídicas materiais ou ramos do Direito), há quem admita umas e não admita outras, ou, admitindo umas, de sua preferência, com um certo conteúdo, modele as demais, afeiçoando-lhes a temática de molde a não colidirem com o já atribuído.

Em Espanha, onde a tradição da existência de área científica e cadeira de licenciatura com o nome de Direito Natural se manteve por muito tempo, a questão parece ainda mais clara. Até porque, de todas as ciências jurídicas humanísticas, a ciência do Direito Natural²⁰ é a que mais repugna ao espírito positivista – por razões óbvias. Mas não ficamos por aqui. É possível, agora independentemente do país, estabelecer uma escala de ciências, a qual é simétrica (ou inversa, ou invertida), consoante se olhe do lado positivista ou do lado jusnaturalista.

Um observador positivista-padrão admitirá em nível decrescente (e progressivamente aumentará a sua irritação e denegação de cientificidade) uma metodologia jurídica, um direito comparado (encarado como simples indução e justaposição ou, quando muito, generalização de sistemas de direito positivo²¹), uma Teoria do Direito, uma Filosofia do Direito, e uma Ciência (ou Filosofia) do

19. Cf. o nosso "Direito e Economia", in *Princípios de Direito*, Porto, Rés, [1993], p. 233 ss.

20. Cf. Javier HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1987.

21. Cf. o nosso "Direito Comparado", Lx.º/S. Paulo, Verbo, VELBC, no prelo; Alberto MONTORO BALLESTEROS, *Jusnaturalismo y Derecho Comparado*, Separata de Francisco PUY (org.), *El Derecho Natural Hispanico. Actas de las 'Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural'*, Madrid, Escelicer, 1973, p. 403 ss.; mais especificamente sobre o nosso tema, Jaime BRUFAU PRATS, *Teoria Fundamental del Derecho*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1987, pp. 328-329.

Direito Natural²². Já um jusnaturalista poderá não denegar existência às disciplinas do começo desta lista. Mas, em contrapartida, é evidente que as considera muitíssimo menos importantes que o Direito Natural, seja ele autonomamente estudado, seja constituindo o núcleo de base da Filosofia do Direito, a qual, na verdade, dificilmente concebe sem referências fundamentais àquele Direito.

Este esquema, porém, merece ser equacionado, porque dele depende muita coisa. O que subjaz ao esquema, é este outro:

Metodologia — Comparação — Teoria — Filosofia — Natureza

Do qual resulta facilmente, com a adição do elemento jurídico:

Metod. Jur.—Dto. Comp.—Teoria do Dto.—Filos. Jur. — Dto. Natural.

Quando *supra* afirmávamos que, em certo sentido, é mais fácil saber o que é a Filosofia do Direito que a Teoria do Direito, isso decorre do facto de a Filosofia jurídica se encontrar suficientemente distante do meio da tabela para poder ser amada ou odiada como coisa em si a praticar ou a recusar. Quer dizer: um positivista legalista fanático poderá dizer da Filosofia do Direito que é coisa que lhe não interessa ("*je n'enseigne que le Code Napoléon*"), ou que nem sequer existe (tratar-se-ia, v.g., de uma especulação de tontos, ociosos, ou de um discurso legitimador de pérfidos ideólogos). E, por maioria de razão, o mesmo poderá ser dito (e mais radicalmente ainda) acerca do Direito natural e do seu estudo. Ora o facto deste positivista negar valor e cientificidade ou legitimidade a estes estudos não lhe acalenta qualquer ilusão sobre o seu carácter. Há, evidentemente, positivistas que dizem praticar (e alguns que praticam mesmo) uma certa filosofia jurídica com

22. E nem precisa, em certos casos, de tratar-se de um positivista-padrão. Basta (no limite) que não seja um jusnaturalista padrão.

valor filosófico geral (não apenas a atitude filosófica que consiste em negar a filosofia). Todavia, não poderão recusar (como um jusnaturalista imparcial também lhes não poderá regatear a posição de filósofos, ainda que positivistas) que boa parte do lastro histórico da disciplina se encontra precisamente na discussão sobre a ontologia e o fundamento do Direito, na qual o problema do Direito Natural e as suas diversas teorizações ao longo dos séculos têm um incontrovertível lugar de preponderância.

Do mesmo modo, o jusnaturalista mais extremista não denegará foros de cidade à ciência do outro lado da tabela (a Metodologia). Talvez até lhe possa parecer muito útil a sistematização do *instrumentarium* jurídico, na medida em que a sua própria propensão quiçá se refugie no céu dos conceitos. Não é só a atracção dos contrários, é o reconhecimento de uma privação, e de uma complementaridade.

O problema está todo nas disciplinas centrais, as quais podem comungar de um e de outro tipo de problemas: mais metodológicos, ou mais metafísicos. E se há quem conceba a Filosofia do Direito, puxando-a para o chão, como uma espécie de metodologia decantada e princípios gerais (talvez joeirados por via comparatística ou histórico-comparatística), também há quem, na própria Teoria do Direito, se dedique a questões vizinhas da ética ou da sociologia jurídica, que teriam, segundo outros, mais esperável lugar (pelo menos as primeiras) adentro das portas filosóficas. Isto poderá traduzir-se por puxar a disciplina pelas orelhas, lá de cima das nuvens.

A Teoria do Direito está pior na indefinição que a Filosofia jurídica: não apenas porque é mais central do que esta, e logo mais atreita a apropriações e a mal-entendidos, mas ainda porque a má estrela da Filosofia em geral, a aversão generalizada das nossas sociedades tecnocratizadas a esse nome (e a esse calvário²³), e a

23. Como à Filosofia e ao seu exercício chamaria Leonardo Coimbra, emblemático pai-fundador da "filosofia portuguesa" do nosso século. Relatando

efectiva militância dos cultores da nova matéria, redundam em muito maior prestígio e impacto. Celebridade, logo, incompreensão.

Muito frequentemente a Teoria do Direito cobre simultaneamente matérias ou temáticas que bem poderiam, quiçá com mais rigor, enquadrar-se quer na Filosofia jurídica, quer na Metodologia do Direito. Se quisermos manter a categoria Teoria com um sentido útil à parte, teríamos que eliminar a Metodologia, ou a Filosofia, ou encontrar-lhe um lugar compatível com elas. Parece que, pela sua particular especialidade temática, quer o Direito Comparado, quer o Direito Natural, ficam algo fora da competição. O que, porém, nem sequer é grande vantagem na já tão complexa situação.

Fica-se também por vezes com a sensação de que a escolha de Teoria do Direito para título de volume ou de disciplina se trata de um insensível sacrifício aos ventos do tempo, uma espécie de inato e inconsciente *marketing*: atirar para um nome do meio da tabela, daqueles que menos chocam os positivistas, apesar de tudo sempre dominantes, quaisquer que sejam as suas roupagens, mesmo filosóficas e até, por vezes, pretensamente "jusnaturalistas".

Mas este facto indica que estamos pronto a prescindir, a dar de barato, a possibilidade de uma Teoria do Direito ? De modo nenhum, como veremos.

Isso obriga-nos, então, a fazer um percurso analítico, contrapondo, em inventário, todavia só exemplar, as noções, definições, descrições, objectos, etc. reivindicados para a disciplina e os respectivos conteúdos.

III. ITINERARIUM

Há uma diferença entre a determinação do que seja a Teoria do Direito (ou a Teoria Geral do Direito) consoante o autor que a tal empresa se lance seja filósofo do direito ou cultor daquela mesma

disciplina (repugnam-nos, por ambíguas, e muito conotadas, as expressões "teórico" ou "teorizador" do direito para designar esse estudioso).

Assim, é patente que alguns jusfilósofos tenderão a pôr reticências à nova disciplina, ainda que enevoadas e subtis, para acabarem por acantoná-la em matérias metodológicas ou de depuração teórica do direito positivo ou dos vários direitos positivos (portanto, remetendo para um implícito, preliminar ou pressuposto comparatismo). Enquanto simétrica atitude assumem os cultores da Teoria do Direito – os quais, por seu turno, propendem para desertificar, ainda que subtilmente, o domínio da jusfilosofia, fazendo vir ao de cima a ideia de que, quando muito, tal é uma disciplina filosófica e não jurídica, discurso idealista, decerto legitimador, frequentemente subjectivista, e, de todo o modo, pouco ou nada prático e logo desinteressante e não importante para a congregação dos juristas.

Verifiquemos, porém, alguns matizes nestas posições.

Uma posição clássica do lado jusfilosófico é a de um Jean Darbellay²⁴. O mestre suíço encontra no exílio a que o mundo contemporâneo vota a filosofia a grande razão para a existência de uma teoria geral do direito, a qual acabaria por ser uma espécie de herdeira daquela primeira, com incumbências semelhantes às da antiga filosofia. Porém, considera que se poderia salvar a distinção, fazendo corresponder à Teoria do Direito o estudo das fontes de direito e seu papel, a hermenêutica (interpretação e aplicação das normas), sujeitos de direito, estrutura da norma, actos jurídicos e relações jurídicas, técnica e método jurídicos.

24. Jean DARBELLAY, *Qu'est-ce que la Philosophie du Droit?*, in "Archives de Philosophie du Droit", VII, Paris, Sirey, 1962, p. 112 ss. (máx. p. 115), in *ex in La Réflexion des Philosophes et des Juristes sur le Droit et la Politique*, Fribourg, Presses Universitaires Fribourg, 1987, p. 93 ss., máx. p. 97.

Para Michel Villey²⁵, em rigor e em abstracto, teoria do direito e filosofia jurídica seriam sinónimos. Porém, ao analisar (sociologicamente) a oposição universitária de uma à outra, é obrigado a ponderar. Fá-lo no seu tom polémico e dialéctico. Reconhece que um filosofismo estéril sopra da Sorbonne e das modas, e que, assim, não é a melhor filosofia que acaba por chegar aos juristas. Todavia, toda a teoria geral é filosofia, quer se queira quer não. O que sucede é que o florescimento das teorias gerais do direito, sobretudo a partir da segunda metade do século passado, seria o resultado da decadência da filosofia do direito, constituindo assim um seu subproduto²⁶. Conclui o Autor encolhendo os ombros sobre os problemas de etiqueta, e chamando a atenção para que há obras excelentes de Filosofia do Direito na Alemanha ou na América que se chamam teorias gerais, e outras que têm a coragem de se denominar Filosofias do Direito.

Assim Villey de algum modo se junta a Darbellay na consideração do problema sociológico envolvente: ali era o ostracismo filosófico, aqui é a falta de coragem em assumir a filosofia. Estamos, afinal, ante duas facetas do mesmo problema.

Não podemos esquecer que Michel Villey terá sido o grande responsável pelo inquérito dos *Archives de Philosophie du Droit* que propiciou a aludida posição de Jean Darbellay, como resposta. E, ao escrever as páginas que estamos acompanhando, quase dez anos depois da realização daquela sondagem, deveria ter bem presentes os depoimentos dos seus confrades. A verdade é que, tendo aquele inquérito constituído um marco fundamental para a

25. Michel VILEY, "Théorie générale du droit et philosophie du droit", in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 219 ss.

26. Aqui, Villey parece assimilar teorias gerais do direito e teoria do direito (esta última não tinha, então, a voga de hoje). Já um Javier HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992, pp. 27-28, por exemplo, vai claramente chamar a atenção para a sua distinção.

apreensão do estado da questão²⁷, pouco se terá avançado a seguir a ele. Ainda durante muito tempo (e dependendo das vagas das novas ideias), uma grande maioria dos manuais ou tratados de filosofia jurídica que focam a matéria parece fazê-lo mais por obrigação sistemática e por didactismo auto-imposto que verdadeiramente convocada por um interesse real pelo tema. O estilo que adopta é frequentemente dubitativo ou céptico, e bastante defensivo.

Vale assim a pena regressar ao inquerito de Villey²⁸. Porque, apesar de tudo, aí se encontram algumas pistas importantes. No fundo, trata-se da linha de partida numa corrida de estafetas que, passando o testemunho e reelaborando o recebido, acabará por nos propiciar alguma compreensão do que foi estando em jogo.

É importante a resposta normativista lógica, aliás já tornada tradicional, de um Kelsen (que passou a ser a grande referência positivista, necessariamente pela sedução geométrica do seu sistema, e por isso acabou por suplantar os seus antecessores). Para o chefe da escola de Viena, o objecto próprio da filosofia jurídica é a justiça, logo, um tema não jurídico, mas filosófico. E a teoria geral do direito acaba por ser a única entidade globalmente estruturante da reflexão sobre o direito positivo²⁹.

Esta é uma posição claríssima e estática. Por ela, as águas ficam muito bem divididas.

Mas vejamos o que nos diz, na resposta ao mesmo questionário, um outro positivista, Guy Héraud³⁰. Para este Autor, já se trata não de uma divisão liminar de campos, como de uma

27. Tal é o que parece também considerar um Elías DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1984. E tal parece-nos muito relevante, até porque o Autor se aproxima, nesta obra, da sociologia jurídica.

28. *Qu'est-ce que la philosophie du droit?*, in "Archives de Philosophie du Droit", n.º 7, Paris, 1962.

29. Hans KELSEN, *Réponse à 'Qu'est-ce que la philosophie du droit?'*, in "Archives de Philosophie du Droit", n.º 7, Paris, 1962, p. 131.

30. Guy HÉRAUD, *Qu'est-ce que la théorie générale du Droit?*, in "Archives de Philosophie du Droit", n.º 7, Paris, 1962, pp. 120-121.

evolução histórica na própria Filosofia do Direito. Ao abandonar as suas pretensões ontológicas, ela ter-se-ia reduzido a uma gnoseologia, enquanto epistemologia e metodologia. Tal seria o âmbito da teoria do Direito.

Parece-nos que só o sociólogo Lévy-Bruhl³¹ questiona a legitimidade do próprio nome Filosofia do Direito (e por razões de repugnância conotativa). A total erradicação dos problemas insolúveis, do espiritualismo e da religiosidade, que parece assacar a tal área, apenas seria possível com a abolição simbólica da sua própria designação. Recordamos os canteiros egípcios, martelo e cinzel em punho, apagando pelos monumentos fora os nomes dos caídos em desgraça. Mas realmente o Autor tem razão: se não se quer a coisa, para quê conservar-lhe o nome ?

Vemos assim que no campo positivista não há acordo. Vai-se da admissibilidade dos estudos em Kelsen (que curiosamente, afora a sua qualificação como extra-jurídicos, acaba por se aproximar das posições de muitos filósofos do Direito), até à negação do nome e da coisa em Lévy-Bruhl.

Mas parece que as sementes lançadas (ou, mais plausivelmente, a semente comum que deu origem às posições então assumidas) irão germinar mais tarde. Naturalmente, sempre com metamorfose e alguma hibridação³².

Por exemplo: em 1985 será possível que um Jean-Louis Bergel³³ de algum modo retome os argumentos já usados por Kelsen, afirmando que a filosofia do direito é mais filosofia que direito, e pretextando que esta se desliga da técnica para entrar na pura especulação. Lembremos ainda que este perigo de

31. LÉVY-BRUHL, *Réponse à 'Qu'est-ce que la philosophie du droit?'*, in "Archives de Philosophie du Droit", n.º 7, Paris, 1962, p. 135-136.

32. O caso extremo desta última é a caricatura já clássica elaborada (efabulada) por Jacques LECLERCQ, *Do direito natural à sociologia*, trad. bras., S. Paulo, Duas Cidades, s/d, pp. 169-170.

33. Jean-Louis BERGEL, *Théorie Générale du Droit*, Paris, Dalloz, 1985, p. 3 ss., máx. p. 4.

contaminação da jusfilosofia pela filosofia não jurídica havia já sido levantado por Villey, mas numa intenção de defesa da especificidade da filosofia dos juristas, ou melhor, da boa filosofia, que não é puro razoar no céu dos conceitos³⁴. O Espírito tem encarnações proteicas, e vias tortuosas, insondáveis...

Mas mais significativa ainda parece-nos ser a posição de Arthur Kaufmann³⁵. A sua interpretação é também dinâmica. No fundo, a existência da Teoria do Direito dever-se-ia a uma especialização subdivisora da Filosofia do Direito, como teria ocorrido com outros ramos já (na verdade mais jurídico-positivos, os quais, no século passado, ainda eram tratados em sede jusfilosófica por um Kant ou um Hegel). Assim, para a Teoria do Direito teriam passado, por este processo de decomposição, ou desmembramento, a teoria das normas, a teoria da legislação, a da linguagem jurídica, da epistemologia, da argumentação, da decisão, a metodologia (teoria do método), a semântica, a hermenêutica, a tópica e a retórica. Para a Filosofia jurídica restaria o mais material. Todavia, o Autor muito sabiamente considera que o domínio não se encontra rigorosamente estabelecido, e que as matérias autonomizadas podem ser avocadas a todo o tempo pela Filosofia do Direito, pois não teriam deixado de fazer parte de si. Em certo sentido, isto faz-nos também pensar na possibilidade de a Teoria do Direito acabar por ser uma subdivisão da Filosofia Jurídica.

Porém, esta ideia tem mais interesse porque explicita a palavra de ordem tudesca "a Filosofia do Direito morreu, viva a Teoria do Direito!"³⁶. Tratar-se-ia de um "rei morto, rei posto". Afinal, uma

34. Michel VILLEY, "Théorie générale du droit et philosophie du droit", in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 220 ss.

35. Arthur KAUFMANN, *Filosofía del derecho, Teoría del Derecho, Dogmática Jurídica*, in Id./Winfried HASSEMER, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. cast., Madrid, Debate, 1992, p. 25 ss., máx. p. 34 ss.

36. Slogan caracterizador, ao que parece, de muita doutrina alemã recente. Cf. Ralf DREIER, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, in *Recht-Moral-ideologie (Studien zur Rechtstheorie)*, Frankfurt am Main, 1981, p. 17.

simples e cordata evolução na continuidade. Sê-lo-á verdadeiramente ?

Na terceira edição do fundamental estudo de Kaufmann³⁷, em 1981, parecia sublinhar-se sobretudo a identidade essencial entre as duas disciplinas³⁸. Mas trata-se agora (que a obra vai já na 5.ª edição – e até ao nível da recepção se pode já avaliar o seu sucesso) de um notável progresso explicativo em relação às aproximações de um Günter Jahr e de um Werner Maihofer, ou de um Klaus Adomeit, por exemplo, que de tanto alargarem, cada um a seu modo, o âmbito da teoria do Direito, se arriscam a querer vazar o mar numa cova de areia da praia. E, de uma maneira geral, estamos também perante uma clarificação face às perspectivas abstractas ou confiscadoras.

Parece que vamos de salto em salto, nalgum progresso interpretativo – embora os primeiros continuem certos. É curioso que se não trata de verdadeiras infirmações de perspectivas dadas, mas de explicações, de olhares sob outras faces do prisma (ou com novos instrumentos de óptica), que esclarecem aspectos ocultos da mesma realidade e, logo, de idêntica verdade.

Gregorio Robles³⁹, que conhece todas estas fontes, chama a atenção ainda para dois aspectos relevantes na alteração da

37. A referida tradução castelhana baseia-se na 5.ª edição alemã.

38. Arthur KAUFMANN/Winfried HASSEMER, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der gegenwart*, 3.ª ed., 1981. Tal facto é sublinhado por Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.ª ed., trad. port., *Metodologia da Ciência do Direito*, Lx.ª, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª ed., 1989, p. 224. Esta ideia de identidade recorda-nos aquela interrogação tão radical de Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations*, trad. port. de M. S. Lourenço, *Investigações Filosóficas*, in *Tratado Lógico-Filosófico/ Investigações Filosóficas*, Lx.ª, Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, I, n.º 215, p. 327: "E como é que eu devo agora aplicar aquilo que eu vejo numa coisa ao caso de duas?" Tal é, relamente, o embaraço de todos os que propendem para a identificação. Cf. ainda, v.g., *Idem*, n.º 605, p. 407.

39. Gregorio ROBLES, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1988, p. 15 ss.

designação de Filosofia para Teoria. Primeiro, verifica que nada se resolve se apenas se endossarem os problemas jusfilosóficos para a Teoria do Direito. E depois, que a mudança, substancial, constitui uma alteração de paradigma, considerando que a Filosofia do Direito havia alicerçado a sua existência no "positivismo ontologista". Não estando convencido desta última parte do segundo argumento, consideramos, todavia, que no trânsito de uma a outra disciplina há, realmente, uma profunda alteração de pressupostos e operadores.

Quanto mais obras se consultam a propósito do problema, mais confuso se fica. Muitas explicações são pouco convincentes. Em alguns casos, temos a tentação de suspeitar que o autor em causa X ou Y escolheu chamar ao seu livro Teoria ou Filosofia por critérios exógenos, ou por simples propensão (ou predileção) pessoal. As explicações (*a posteriori*, discursos legitimadores) convencem pouco, e mal.

Algumas recentes linhas de Javier Hervada, porém (muito sóbrias, de resto), lançam mais um feixe de luz sobre o nosso problema. Aqui, a teoria de que a Filosofia do Direito é Filosofia tratando de Direito ou filosofia sobre o direito (fundamentada com o recurso a Giorgio Del Vecchio, Pizzorni e Opocher⁴⁰), que noutros autores parecia expulsar tal disciplina do conclave da juridicidade como uma espécie de leprosa, ganha todo um outro sentido.

O conhecimento propiciado pela filosofia é um saber sapiencial, metacientífico. Donde, a conclusão coerente a extrair deste facto, longe de ser a negação da existência ou da validade de tais estudos, será antes a delimitação rigorosa do campo jusfilosófico. Desde logo dele excluindo todos os trabalhos e considerações que não se elevem do fenoménico e do positivo, tais como os metodológicos, analítico-linguísticos, de teoria geral, etc.. E o Autor parece

40. Javier HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992, p. 18 ss., máx. 20.

sintetizar toda esta evolução epistémica, afirmando com lhanza e limpidez, que para essas reflexões e labores foram surgindo outras disciplinas, estas de índole científica, como a metodologia jurídica, a teoria geral do direito (*Allgemeine Rechtslehre*), e, mais recentemente, a teoria do direito (*Rechtstheorie*)⁴¹.

IV. FINIS

1. *Jusfilosofia, filosófica e jurídica, e teoria científico-jurídica*

Fica clarificada a questão: resulta desta progressão teórica que, na verdade, só pelo carácter residual de toda a filosofia (e que a jusfilosofia teve naturalmente de sofrer, durante tempos de crescimento) é que aí se agregaram entidades que iam da lógica à informática, da teologia à sociologia.

A vocação da jusfilosofia não é, pois, teórica geral nem metodológica, mas verdadeiramente filosófica. Do lado de lá, ficam empreendimentos positivos, como os das diversas ciências jurídicas materiais (ou ramos do Direito), que constituem a Ciência Jurídica *tout court* ou Jurisprudência *hoc sensu*, e os das ciências de segundo grau, quer as metodológicas (hermenêutica, retórica, e até informática, etc.), quer outras disciplinas jurídico-humanísticas, como a História, a Sociologia e a Geografia jurídicas, e estudos mais recentes como os de Cultura Jurídica ou Pensamento Jurídico⁴². Mas volta o problema da "teoria" em direito⁴³: onde se encontram, então, a teoria geral do direito e a teoria do direito? Ora

41. *Ibidem*, pp. 27-28.

42. Cf., v.g., Paolo GROSSI, *Pensiero Giuridico (Appunti per una 'voce' enciclopedica)*, Separata de "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno", Milão, Giuffrè, 17, 1988, p. 263 ss.; André-Jean ARNAUD (ed.), *Legal Culture and everyday life*, Oñati Proceedings, Oñati, 1, 1989.

43. Sobre a questão, em geral, e para a teorização, Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, Paris, P.U. F., 1987.

relembra, e bem, Javier Hervada que os seus cultores não estão também de acordo quanto ao que ela realmente seja⁴⁴. Donde, uma vez estabelecida a linha divisória entre ciência e filosofia, o problema passará a ser, em nossa opinião, mais da decisão entre metodologia *lato sensu* e teoria(s). Porque, se estas últimas respeitarem a fronteira da jusfilosofia, parece que terão de conflitar com a metodologia... Ou vice-versa.

O mais provável, porém, é que persista o pluralismo designatório, com correspondente imprecisão, ou, noutros termos, identificação por conotação e não por denotação.

Entretanto, importa sublinhar que a Filosofia jurídica, sendo filosofia, não deixa de ser disciplina jurídica e de juristas – mais até que de filósofos (vejam-se os desastres teóricos de Kant, por desconhecimento da realidade forense⁴⁵). Aliás, o próprio Direito é, como bem sabemos, uma "filosofia prática". Assim, de modo algum podemos aderir ao conflito ou à divisão das faculdades, nesta questão. Se colocar positivistas ou práticos a discorrer sobre jusfilosofia só pode redundar em catástrofe e lugar comum medíocre, a verdade é que os filósofos puros não possuem, em regra, *forma mentis* jurídica, e estão às escuras sobre a realidade sobre que pretendem filosofar. Donde a necessidade de a filosofia jurídica ser praticada por juristas com dimensão e formação filosófica, e filósofos com conhecimento jurídico teórico e prático. O grande problema de uma jusfilosofia de juristas é o cair num tecnicismo somente decantado, num vago especular sobre institutos concretos, on num simples *décor* cultural. Já o calcanhar de Aquiles de uma jusfilosofia de filósofos é o de redundar numa

44. Javier HERVADA, *Op. loc. cit.*

45. Michel VILLEY, *Op. cit.*; *Idem*, *Préface* a KANT, *Métaphysique des Moeurs. Première Partie. Doctrine du Droit*, 3.^a ed. fr., tr. de A. Philonenko, pp. 7 ss. Cf. sentido do carácter filosófico da jusfilosofia, A. Braz TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 23 ss. e o recente estudo de António José DE BRITO – *Introdução à Filosofia do Direito*, Porto, Rés, no prelo, "Duas palavras", p. 7, a que tivemos acesso por amabilidade do Autor.

locubração aérea on numa aplicação restritamente lógica de un sistema ao que se juega serem as questões on aporias do mundo jurídico. Ambos os casos são de grande reducionismo.

2. Teoria do Direito: um estilo, uma identidade?

Gostariam decerto muitos de exercer a sua ditadura científica, definindo sobre a tábua rasa o que são filosofia e teoria do Direito. Mas é impossível ignorar o que está aí – e tão vário se apresenta. Atentas as dificuldades de compatibilização classificatória, e na senda da já clássica tese segundo a qual o domínio epistemológico de cada cientista social é, afinal, aquilo que ele faz⁴⁶, ousaríamos ficar antes numa descrição generalizadora. Preferiríamos intimamente actuar de outro modo: mas o mundo não é perfeito, nem sequer o mundo da ciência...

Em suma, a Teoria do Direito existe, e não se confundirá de todo com outras matérias. Se, todavia, quisermos proceder definitivamente a partir do *genus proximum*, diríamos que ela é – sociologicamente considerada, *hic et nunc* – uma Metodologia e/ou uma Filosofia do Direito praticada por um tipo especial de juristas que são os teorizadores (insistimos que "teóricos", não, porque seria pejorativo ou excessivamente abrangente) do Direito, dotados de particulares características, de preocupações, de formação, ideológicas, etc., que se plasmam em diversos objectos de estudo e especialmente em particulares enfoques ou estilos de escrita e argumentação, capazes de se irem distinguindo dos correntemente detectáveis entre os cultores da Metodologia e da Filosofia do Direito, dos Jusnaturalistas e dos Juscomparatistas. A delimitação concreta dessa *differentia specifica* é, assim, e como sugeríamos no início da II Parte deste estudo, muito mais uma questão de

46. Cf., v.g., Angel SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Sociología del Derecho*, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1987, p. 21; Francisco PEREIRA DE MOURA, *Lições de Economia*, 4.ª ed., reimp., Coimbra, Almedina, 1978, p. 6.

sociologia das profissões jurídicas do que de epistemologia abstracta.

No plano epistemológico rigoroso, todavia, a Teoria do Direito teria que definir-se como metodológica, ideológica (espécie de política do direito), ou sociológica. E enquanto o não fizer, será preferível a um cultor da jusfilosofia falar dela apenas como fenómeno da cultura jurídica hodierna, preferindo-lhe a metodologia ou as mais concretas disciplinas de raiz jusfilosófica – retórica, semiótica, lógica, etc.. Há, porém, que esperar.

Afigura-se-nos esta uma visão jurídico-humanística possível a propósito dos problemas territoriais destas áreas do Direito. Não se trata, no vasto concílio das ciências jurídicas humanísticas, de artificialmente delimitar campos, assimilar matérias, unir ou separar grupos de estudos que, pela invisível mas sensível solidariedade mental ou emocional, efectivamente ganharam carta de alforria. A epistemologia não pode ser um leito de Procusta muito geométrico e racional, mas uma cartografia paciente de um mundo composto por continentes teóricas efectiva e irremediavelmente irregulares e sujeitos a erosões, açoreamentos e outros fenómenos de mutabilidade.

A única forma de garantir a pujança dos estudos jurídicos humanísticos é adoptar o velho e bom lema clássico segundo o qual nada do que é humano nos é alheio. Nada nos é alheio fora de nós, nem no nosso seio. E se dentro da animada e pluralista casa dos juristas existem já sociólogos do direito e sociólogos jurídicos⁴⁷, além de jurisprudência crítica, e estudiosos do Direito e Sociedade⁴⁸, etc., e para todos eles haverá lugar (desde que não resvalarem para fora do terreno jurídico), também nos parece de elementar justiça reconhecer que alguns dos estudiosos e certos estudos sobre a globalidade do fenómeno jurídico podem assumir a

47. André-Jean ARNAUD, *Critique de la Raison juridique*. I. *Où va la sociologie du Droit*, Paris, L.G.D.J., 1981.

48. Cf., por todos, André-Jean ARNAUD, *Droit et Société: un carrefour interdisciplinaire*, "Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques", n.º 21, 1988.

designação de Teoria do Direito, enquanto outros preferirão outros nomes, como Filosofia do Direito (ou Filosofia Jurídica, que, para já, ainda temos por homónimas) ou Metodologia Jurídica, etc..

Parece-nos, porém, que a Teoria do Direito propende em geral mais para aspectos positivo-metodológicos e sociais. Donde, se uma obra de Teoria do Direito pode insensivelmente cobrir temática filosófica, sociológica, comparatística e metodológica, o inverso (individualmente considerada cada ciência) não é verdadeiro. Com base neste facto tendencial, a tentação abstraccionista seria, então, para considerar Teoria do Direito a mega-ciência que englobasse todos estes estudos jurídicos humanísticos. Mas não pode ser, porque o timbre específico da Teoria do Direito não é o de englobar, fornecendo como que uma super-verdade, mas o de testemunhar, apresentando, por vezes até em alternativa às suas congéneres, a sua parte de verdade (ou na Verdade).

Realmente, afinal, tudo vai de se saber o que realmente se entenda por globalidade. A Teoria do Direito pode abarcar mais âmbitos, conviver quiçá com realidades mais variadas, e delas, quando sejam saberes e até ciências, importar preocupações e metodologias. Nesse sentido é globalizante, e até mais que a Filosofia do Direito, que faz fincapé normalmente num "isolamento" decorrente da manutenção da "pureza" almejada para o seu objecto.

Mas, por outro lado, a Filosofia do Direito, ao discutir sobre o que mais importa à juridicidade, ao debruçar-se reflexiva e criticamente sobre as raízes, os fundamentos, os valores, ao interrogar os preconceitos e as ideias feitas, é globalizante num outro sentido. Assim, há uma diferença de estilos sob este ponto de vista, mais uma vez. E se "o estilo é o homem", ele é também a própria diferença específica nestas *epistemai*.

