

“Transformação” e “crise” no direito. Uma visão histórico-crítica

NELSON SALDANHA

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

Poderíamos pensar na idéia de transformação sem vinculá-la à crise, mas seria difícil falar de crise sem pressupor a idéia de transformação. Noutros termos: a imagem das transformações pode estar, ou não, ligada à idéia de crise. Na primeira metade do século XIX SAINT-SIMON lançou sua distinção entre épocas orgânicas e épocas críticas, aquelas ordenadas e criadoras, estas agitadas e destrutivas.

Com isto estamos tentando colocar um tema muito genérico, e com ele retomar uma questão que tem inquietado a muitos, o da crise do direito. Como sobradamente se sabe, vivemos num tempo, a época contemporânea, que parece caracterizar-se por um acúmulo de transformações, em cujo bojo a impressão de crise se veio tornando uma constante: a noção de *crise* termina, de certa maneira, por ser um modo

de sentirmos as coisas "atuais". Da insatisfação ou da *malaise* criada pela sensação de crise, podem resultar atitudes as mais diversas, inclusive — e basicamente — o voltar-se para o passado e o voltar-se para o futuro, dois giros que, segundo certos pensadores (e segundo certas orientações em sociologia do conhecimento), exprimem dois tipos fundamentais de utopia.

No direito a sensação de crise tem sido expressada em termos de advertência e desapontamento, ou em termos de diagnóstico polêmico. Com o primeiro caso, aludimos a expressões como a de CARNELUTTI, que em 1951 falava pateticamente na "morte do direito", acrescentando embora que o mérito da crise consistia precisamente em fazer prever essa morte; ou como a de RIPERT, que denunciou em 1949 o "declínio do direito", em estudos que marcaram época (1). Com o segundo caso, mencionamos atitudes como a dos marxistas, que ainda crêem no perecimento ou fencimento do direito, junto com o do Estado, por conta da extinção das classes sociais. E outras atitudes semelhantes.

De qualquer sorte, os modos de encarar a imagem da crise (e mesmo os de desenhá-la) são modos de compreender e de situar a imagem das transformações. Denúncias e diagnósticos, bem como insatisfações e utopias, são no caso formas de interpretar estruturas que se alteram, ou antes, de situar perante uma concepção geral a própria alteração das estruturas.

* * *

Tomemos, então, um panorama bastante largo, e um marco histórico bastante extenso, para situar certos dados da própria evolução institucional das comunidades humanas. Podemos entender a experiência jurídica como algo que ocorre com os homens dentro de pautas éticas e de moldes institucionais, mas sem maiores perquirições (por ora, ao menos) sobre origens, em sentido rigoroso.

Poderíamos, talvez, adotando o caso grego como um ponto de referência historicamente mais nítido, ou mais concreto, considerar como uma das transições (ou revoluções) mais relevantes, de todo o passado humano, a passagem do mundo rural ao urbano. Com isso conotamos o advento da chamada *revolução urbana*. Os termos têm de ser aqui encarados a modo de *tipos ideais*, dada a complexidade do problema; além do mais, a história dos povos e das nações jamais deixou até hoje de incluir, como história social, componentes urbanos e componentes rurais. A questão se entende no sentido de predomínios e de relevâncias.

Mas com essa imagem figuramos contrastantemente a transição do mundo pré-gráfico ao gráfico, o que, principalmente nos exemplos clássicos — mormente Grécia e Roma —, significou a substituição da autoridade privada do *basileus* (ou do *rex*) por magistraturas ligadas

(1) F. CARNELUTTI, "La morte del Diritto", em *La Crisi del Diritto*, ed. Cedam, Pádua, 1953 (reedição em 1963); GEORGES RIPERT, *Le Déclin du Droit, Études sur la Législation Contemporaine*. Paris, LGDN, 1949.

ao direito escrito; a esse direito escrito vinculou-se, no caso grego, uma nova *diké*, ou seja, uma justiça racional, dependente da discussão e inteligível como algo “público” (2).

Seria o caso de pensar-se, e é uma tentação que quase se impõe, que a sensação de crise, que vem angustiando o Ocidente há várias gerações, e que inclusive apresenta um sentido de saturação e de acúmulo, seria uma saturação das potencialidades que vinham naquela experiência do urbano. Quando o viver urbano suplantou o rural, entraram em crise as pautas éticas da *aretè* aristocrática, bem como as da religião tradicional; em Roma, a crise agitou claramente as raízes religiosas do direito. A transição — a mantermos a imagem em sua idealidade, nem sempre simétrica com todas as reentrâncias da realidade histórica — foi no rumo de uma ética secularizada e de um direito mais técnico. A racionalização (e a citação quase obrigatória é a do conceito weberiano de racionalidade) implantou novas linhas e prestígio novos valores; isto se repetiria, ao cabo do medievo, no Renascimento, mais ainda no Iluminismo, cujo antecedente (ou “correspondente”) nos quadros atenienses se encontrou na sofística. Durante os séculos XVIII, XIX e XX o Ocidente desenvolveu as potencialidades do racionalismo, e com elas veio a revolução industrial, veio a sociedade burguesa, veio o pensamento analítico, veio o movimento das codificações, e também o das Constituições escritas, bem como a burocracia e depois a tecnocracia, com a eletrônica e a cibernética.

Aqui nos ocorre uma frase de ANDRÉ PIETTRE que já temos citado em outros trabalhos: as sociedades nascem na religião e morrem na burocracia. Ocorre-nos também indagar pelo conteúdo da idéia de *crise*, e pelo seu significado. Ele aqui vai, obviamente, além do contido no trânsito de *crisis* para crítica. Crise, aqui, ou antes, nos panoramas a que nos vimos referindo, tem que ver com a perda dos fundamentos e da plenitude: esvaziamento, desenraizamento. Ocorre, portanto, perguntar se esta segunda crise, a que se acha no Ocidente contemporâneo como um mal-estar genérico, e que repercute ou aparece no direito com traços tão especiais, não seria, como num ciclo, a saturação dos caminhos trazidos pela primeira: primeiro, o advento do mundo urbano; depois, o atravancamento de suas estruturas por disfunções as mais diversas.

* * *

Podemos, porém, explorar mais um pouco o panorama esboçado. O quadro de situações culturais que corresponde ao que chamamos “antigüidade clássica” nos legou uma série de imagens, a que a continuidade das referências tornou exemplares. Assim, na literatura, determinadas palavras e determinados tópicos ficaram como “poéticos”, tópicos e palavras que correspondem a usos e coisas das civilizações

(2) Veja-se o capítulo IV em JEAN-PIERRE VERNANT, *As Origens do Pensamento Grego* (trad. I. L. BORGES, Difusão Européia do Livro, S. Paulo 1972). Cf. também os 2 primeiros capítulos de JACQUELINE DE ROMILLY, *La Loi dans la Pensée Grecque*, ed. “Belles Lettres”, Paris, 1971.

antigas, ou a elementos comuns e elementares da existência, assumidos desde aquelas civilizações como símbolos fundamentais. Assim, imagens como flecha, barco, pão, espada, ou como asas, sangue, noite, morte. Cremos que o cunho poético atribuído a tais termos pode provir de suas relações expressivas próprias, mas também corresponde à entranhada permanência de modelos e de gêneros que atravessaram os tempos e mantiveram exemplarmente a conexão entre expressões e os conteúdos.

Também foram recebidos e conservados, da antigüidade, termos e esquemas relativos à experiência política: tanto através dos textos, integrais ou fragmentados, dos grandes escritores — maximamente PLATÃO e ARISTÓTELES —, quanto através da pretensão prática de repetir situações. Assim se manteve o vocabulário político clássico, e se mantiveram alguns ideais e alguns cânones, embora o surgimento da modernidade tenha trazido novas categorias, como “Estado”, “Soberania”, “Constituição”, nas quais o aproveitamento de étimos preexistentes indica que seu significado foi reelaborado para atender a situações novas, através de linguagem nova e conceitos novos.

A ética arcaica, correspondente às épocas aristocráticas e correlata de hierarquias sociais muito definidas, transformou-se, por sua vez, com os racionalismos, em ética individualista, tendente ao epicurismo e ao pragmatismo. Isto pode ser dito do caso helênico (com uma ressalva para o momento heróico correspondente à moral estóica), como para o Ocidente na passagem da Idade Média aos tempos modernos (3).

No plano da experiência jurídica, ficaram da antigüidade diversas expressões, como *nomos*, *jus*, *justitia*, *lex*, além da noção algo ambígua de “cidade” (noção tanto política como jurídica) e da de “povo” (4). A vigência dessas expressões se tornou definitiva, mas pelo fim da Idade Média o gradativo surgimento do direito legislado, suplantando o consuetudinário, começou a figurar uma nova noção de direito, com um novo modo de entender as relações entre a formação das regras jurídicas e sua aplicação, ou sua “execução”.

A linguagem das ciências criadas no Ocidente moderno se manteve, deste modo, presa ao legado antigo, do mesmo modo que a linguagem literária; mas a mudança nas necessidades concretas, ao reformular estruturas e relações, reformulou as temáticas e os conceitos básicos. Em ética os termos clássicos sobreviveram, mas o endereçamento dos princípios se alterou. Em política mantiveram-se numerosos termos, com apoio na perenidade de certas questões essenciais, mas o advento do Estado moderno representou realmente uma novidade, como estrutura política centralizadora, a requerer novas justificações doutrinárias e nova organização de funções e de serviços. Em direito, a imposição de um modelo legalista, combinada à unificação dos ordenamentos, repre-

(3) Cf. nosso ensaio “O Poder e a Ética”, em *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XXIII, fascículo 91, S. Paulo, 1973.

(4) Sobre a vigência às refrações destes conceitos na Idade Média espanhola, ver a antologia de JUAN BENNETO PEREZ, *Ideas Políticas de la Edad Media*, edição Fé, Madrid, 1941, *Passim*.

sentou inclusive um novo relacionamento em face da ordem política: o direito positivo passou a ser obra exclusiva do Estado, enquanto a relação com a comunidade passou a ser algo diferente.

Entretanto, convém que anotemos: enquanto o conceito de *Estado*, tão presente na teoria política moderna e no moderno direito público, carrega a consciência de sua "modernidade" e de seu contraste em face de conceitos anteriores, o conceito de *direito* não tem sido tratado, pelos juristas contemporâneos, como algo variável; nem se criou um conceito novo que desse conta da alteração trazida pelas estruturas modernas. Somente a reformulação do debate em torno das relações entre direito e lei, tal como se desenrolou no século XIX, expressaria — mas insuficientemente — a nova situação.

* * *

Mas retornemos às transformações e às crises. A partir do Renascimento, houve a convivência do Estado moderno, substituto dos pluralismos medievais, com o saber jurídico refeito pela cultura do humanismo. Este saber ora se pôs a serviço da monarquia absoluta, ora se ligou às linhas pré-liberais que se esboçavam na Europa barroca. Mas dentro da consolidação do Estado moderno, e do direito legalista, surgiram diversas contradições. Não apenas a contradição entre o aparato estatal e o potencial econômico da classe burguesa, sempre apontada com ênfase pela historiografia marxista, mas também a contradição entre o jusnaturalismo, reformulado pela filosofia racional ao tempo de GORRUS, e o juspositivismo tornado mais possível do que nunca pela estatização do processo de criação da norma jurídica. E ainda o contraste entre esta mesma estatização e a criação do conceito de direito subjetivo, ou ao menos sua especial "redescoberta" nos séculos XVI e XVII (5), quando se iniciou um largo debate a respeito, ainda inconcluso. As dificuldades ínsitas nas próprias estruturas sociais modernas (a *buergerliche Gesellschaft*, presente nas reflexões de HEGEL) condicionaram "refrações" e crises, por sua vez, para a velha idéia de *justiça*, herdeira de fundamentais parâmetros clássicos, redimensionada com o cristianismo e submetida a toda sorte de alterações a partir da secularização da cultura, do capitalismo e do mundo urbano moderno (6).

Certos autores têm visto com perceptível exagero as diferenças entre o processo evolutivo do direito moderno, dentro da sociedade moderna, e o quadro do mundo dito antigo. Assim GIUSEPPE CAPOGRASSI, escrevendo que na antigüidade, com o império da ordem e da estabili-

(5) MICHEL VILLEY, "Les origines de la notion de Droit Subjectif", em *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, ed. Dalloz, 1957. Sobre as perspectivas da relação entre sociedade e direito (privado) e entre sociedade e Estado, ver os estudos contidos em *Law and the Future of Society*, volume especial do *Archiv fuer Rechts-und Sozialphilosophie* (Wiesbaden), 1979.

(6) Muito importante o ensaio de LUIGI BAGOLINI, "La giustizia nella crisi", em *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Série IV, 1-LVII, janeiro-março 1980. Atualmente, um dos livros mais debatidos sobre o tema é o de JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford Univ. Press, Paperback, 1973 (reimpressão em 1976).

dade, não teria havido crises: estas seriam algo próprio do mundo moderno, dominado pela instabilidade e pela transformação constante (7). Menos exagerada, embora próxima a esta pelo enfoque, nos parece a observação de SAN THIAGO DANTAS, segundo a qual, dentro do legado deixado pelo mundo clássico, a principal contribuição à “técnica da vida social” teria sido o direito privado, chamado direito romano; o rompimento da herança deste direito, com a estatização do direito conexas à aparição do Estado moderno, teria originado os problemas que hoje afligem os juristas, incluindo-se aí o “anti-humanismo” representado pelo positivismo jurídico (8).

Até que ponto haverá, em observações deste tipo, uma dose pouco aceitável de simplificação?

* * *

Não estamos, de resto, imunes à pergunta; nem se pode, em verdade, tratar de tema tão vasto sem esquematizar, tipificar, simplificar.

Aceitamos que a implantação da mentalidade *urbana*, no mundo ocidental (como no caso do mundo “antigo”, em momento anterior e fundamental), correspondeu a um sério rompimento com hábitos, crenças e estruturas. E que a sensação de “crise” que persegue a consciência do Ocidente há mais de um século pode ser referida à saturação dos produtos daquela mentalidade. Sem dúvida que há aí uma simplificação que nos pareceu necessária para configurar a imagem global das trajetórias que queríamos mencionar: a da cultura e da ética, a das estruturas sociais e políticas, a do direito e do pensamento jurídico.

Situando globalmente as trajetórias a partir do advento do mundo *urbano*, no caso antigo e nos inícios da modernidade ocidental, podemos encarar, nesta mesma modernidade, o desencadeamento de uma trajetória específica: aquela que vai da formação do Estado moderno até ao “constitucionalismo” e às formas hoje assumidas pelo chamado Estado Social. Esta trajetória se instala no meio de um complexo segmento da evolução das sociedades contemporâneas, dominadas por aquilo que alguém denominou “aceleração do ritmo histórico”. O Constitucionalismo e o Estado de Direito, modelados sob a influência do credo liberal, entraram em crise desde os sérios problemas sociais oriundos da revolução industrial, e essa crise se agravou em nosso século com o chamado intervencionismo estatal.

Quando DUGUIT pronunciou em Buenos Aires, em 1911, suas conferências sobre as “transformações gerais do direito privado a partir do Código de Napoleão”, suas críticas aos conceitos gerados pelo individualismo liberal se prendiam a uma posição antimetafísica e anti-individualista; ele desejava a superação daqueles conceitos por con-

(7) G. CAPOGRASSI, “L’ambiguità del diritto contemporaneo”, em *La Crisi del Diritto*, citado.

(8) SAN THIAGO DANTAS, “Humanismo e Direito”, em *Palavras de um Professor*, Rio, ed. Forense, 1975.

cepções solidaristas, e vislumbrava tal superação nas tendências legislativas de seu tempo (9). Havia em sua perspectiva um certo otimismo. Não encontramos, porém, este otimismo, aceitador da presença de um direito mais “público”, nas críticas de outros autores, que do século XIX para o XX começaram a lançar diagnósticos sobre descompassos entre a lei e os fatos, ou entre o “direito” e os códigos, senão mesmo sobre a “inutilidade das leis” (10).

As vezes as denúncias sobre a “decadência” e a crise se confundem com as queixas dos *privatistas* contra o crescente predomínio do direito público, queixas das quais se achava um tanto próximo o trecho de SAN THIAGO DANTAS, citado há pouco, e das quais foram expressão muito ilustre os estudos de SAVATIER e os de RIPERT, segundo o qual “tout devient droit public” (11). Em verdade o intervencionismo estatal, onipresente em todos os quadrantes do mundo de hoje, pode incomodar a consciência ética dos que se consideram humanistas: ele nos leva a pensar no maquiavelismo e na inquietante *raison di stato*, e a refletir sobre a estatização do direito, ambas as coisas fruto da modernidade racionalista. Mas o intervencionismo estatal só se tornou possível, e em certa medida necessário, em função de condições que formam um plano mais amplo e mais complexo do problema: a saturação tecnológica, a pressão demográfica, a insuficiência das soluções privadas, a confusão entre a vontade geral e a dominação estatal, os efeitos das guerras, a cartelização e o imperialismo, e mais outras coisas. A idéia de “ordem”, presentemente confundida com a incômoda presença do legalismo estatal e da repressão, perdeu o prestígio que possuiu em outras épocas. A própria teoria constitucional tem tido de refazer-se por conta das dificuldades trazidas pelo “Estado Social” para as categorias básicas provindas do liberalismo e consagradas pelo Estado de Direito liberal (que SCHMITT denominou “liberal-burguês”).

Ora, há pelo menos dois mil anos que os juristas se habituaram a estimar a ordem. Por outro lado, sempre existiu a impressão de que o direito privado — sempre defendido pelos que indigitam a crise — é o *direito* propriamente dito, menos permeável que o direito “público” às ingerências políticas e à presença do *Estado*: no pensamento de Kelsen, herdeiro da linha de Seydel e de Gerber, o ideal privatístico atuou como ideal de cientificidade e como ideal de sistematização. Neste desejo de se descartar da presença do Estado, revelado por muitos juristas, parece-nos, contudo, ver uma espécie de nostalgia do medievo, quando o estudo do direito lidava com um objeto dado em textos quase sagrados, sem um direito “público” digno de nota e sem estatizações criadoras de crises. Sem embargo de que muitos destes mesmos juristas,

(9) LEON DUGUIT, *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, trad. C. G. POSADA, ed. Beltrán, Madrid, sem data.

(10) GASTON MORIN, *La Révolte des Faits contre le Code Civil*, Paris, 1925; item *La Révolte du Droit contre le Code*, Paris, 1945; JEAN CRUET, *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*, trad. port., ed. Bertrand, Lisboa, s.d.

(11) RENE SAVATIER, *Du Droit Civil ou Droit Public*, 2.ª ed., LGDJ, Paris, 1950; G. RIPERT, *Le Déclin du Droit*, citado, capítulo II (a frase provinha de Portalis).

desconfiados do Estado, continuem supervalorizando a lei e praticando sob diversas formas o positivismo jurídico. É que a crise, que atinge em especial o tipo de direito consolidado no Estado contemporâneo, se agrava precisamente por não se entremostrarem nenhuma alternativa para esse tipo.

* * *

Dissemos, há pouco, que o intervencionismo estatal se acha condicionado a diversas circunstâncias. Do mesmo modo, o advento do absolutismo, como forma inicial do Estado moderno, se ligou a contextos específicos. A compreensão das transformações e das crises dependerá, portanto, da compreensão dos contextos e das épocas, das conjunturas e das condições. Isto alarga a temática, mas relativiza as conclusões. Aquilo que se chama de crise, se diz crise do humanismo e do homem, como da cultura e do direito, corresponde — conforme aventamos de início — a um *modo* de vermos o presente em contraste com o passado (ou, ao menos, certas aparências e certos momentos do passado). “Crise” indica sempre impasse e esvaziamento ou perda dos fundamentos. Mas o impasse e o esvaziamento se dão num contexto e se referem a um tipo ou um sistema: o que entra em crise não é o humanismo, mas uma certa versão do humanismo; não é a cultura, sim um tipo de cultura; não é o direito em si, mas este ou aquele sistema jurídico, com seus valores e seus procedimentos.

Destarte, e para dar a estas reflexões um remate menos pessimista, depreende-se que o “direito” como tal, não o deste ou daquele sistema, poderá atravessar as crises — mesmo admitindo que o objeto *direito* e sua configuração científica são fruto de determinada evolução histórica. Creio que deve fazer parte do entendimento do fenômeno jurídico a percepção dessa sua inserção nas transformações, de que resulta serem sempre instáveis as regras jurídicas (e PONTES DE MIRANDA insistiu muito sobre tal instabilidade desde seu livro juvenil chamado *A Margem do Direito*). Mas da inserção do direito nas transformações históricas resultam, por outro lado, alguns traços que têm permanecido e que se encravam como constantes no próprio conceito do direito, e daí a base para que se possa falar dele com alguma estabilidade. O sentimento das transformações, inclusive, se torna muito óbvio e ostensivo no caso da experiência jurídica dos países “em desenvolvimento” (12). Mas os juristas destes países, que como juristas não diferem muito dos de outros (inclusive, em nosso caso, por causa das relações entre nosso direito e o chamado sistema continental-europeu), saberão distinguir entre a crise de determinadas formas, ou determinados institutos, e a permanência do direito, mantido como um componente da vida social civilizada, embora sujeito a alterações e destinado certamente, nos tempos que correm, a passar ainda por muitas delas.

(12) Veja-se, por exemplo, os artigos de G. S. SHARMA, sobre o caso da Índia, e o de HOHN HAZARD sobre o direito socialista, em *Law and the Future of Society*, citado. Para dados gerais, ORLANDO GOMES, *Direito e Desenvolvimento*, ed. Universidade da Bahia, 1961.