

Filosofia pós-moderna e Ciência Jurídica

Fernando de Brito Alves*

Sumário: 1. Introdução: Breve histórico 2. O conceito de pós-modernidade 3. O papel do conhecimento e a função legislativa da filosofia 4. Conclusão 5. Bibliografia

Resumo: Este artigo tem por objetivo esboçar a relação entre a filosofia pós-moderna e a ciência jurídica relacionando Nietzsche, Foucault e Deleuze. Conceitua de forma breve o que vem a ser o pós-modernismo depois de ter contextualizado a relação entre filosofia e direito. E termina declarando o papel do conhecimento e a função legislativa da filosofia, bem como suas implicações na hermenêutica e na axiologia jurídica.

Palavras chave: Filosofia, Ciência Jurídica, Jurisprudência, Pós-Modernidade, Nietzsche

1.Introdução: Breve Histórico

A relação entre filosofia e direito é bastante antiga, remonta à Grécia Antiga e se manifesta de forma já proeminente na filosofia pré-socrática, como bem observou Hans Kelsen em sua obra intitulada A Ilusão da Justiça.

Como Anaximandro, Heráclito também interpreta a natureza segundo a "lei jurídica da retribuição": "Pois Hélios não transpassará as medidas; senão Erínias, servas da justiça, descobrirão" (in PRÉ-SOCRÁTICOS, p.97), ou seja, o solstício não poderá ser alterado sem que o Sol seja punido pela Diké e obrigado a retomar o seu curso. O conceito de mundo, elaborado pelos filósofos antigos é radicado na idéia de ordem universal (cosmos), cuja função é análoga a do ordenamento jurídico, ambos têm seu fulcro na idéia de justiça, e conseqüentemente, de retribuição.

O direito e a justiça (u e ´ m i V t ` e d i ´ k h) têm uso freqüente e importante no pensamento dos filósofos pré-socráticos, antes manifestaram-se nos mitos e posteriormente em toda a história da filosofia.

Embora nem todos os historiadores da filosofia considerem a sofística como escola filosófica, esta forneceu grandes contribuições à filosofia do direito e exerceu grande influência sobre os gregos. Os sofistas foram sem dúvida, como afirma Olivier Rebul, os primeiros pedagogos; tinham por objetivo expresso capacitar os homens para governar bem suas casas e suas cidades.

Platão no diálogo Protágoras põe na boca do sofista homônimo: "O meu ensinamento concerne à astúcia, seja nos assuntos privados – isto é, o melhor modo de administrar a própria casa – seja nos assuntos públicos – isto é, o modo de ser tornar sumariamente hábil no governo da coisa pública, nos atos e nas palavras" (Apud Reale, p. 204)

É noto que na Antigüidade clássica, a atividade política, i. e., o governo, está intimamente relacionada com a atividade jurídica. Entendendo-se direito como a técnica que possibilita a convivência inter-subjetiva, ele não pode ser nada além de uma disciplina especial da política, e assim pensavam tanto Platão quanto Aristóteles.

A separação de política e direito vai se configurando ao longo da história do pensamento ocidental de forma muito lenta. Já se esboça no jusnaturalismo – embora, como já observou Cossio, o jusnaturalismo seja uma atitude pré-científica, ele bosqueja a primeira tentativa de consolidação da ciência jurídica como "nexus veritantum", ou seja, é o primeiro grande esforço de sistematização do conhecimento

que se sedimentara sobre o direito –, mas que só se concretiza no início do século passado com o formalismo kelseniano.

O positivismo jurídico iniciado por Comte consolidaria definitivamente a empresa de estabelecimento da ciência jurídica, de forma autônoma, com o normativismo abstrato de Kelsen, que "depurando" a ciência jurídica da sociologia e da axiologia; já que não seria o expediente mais apropriado utilizar métodos de outras positividades no direito, tendo este objeto próprio e independente; postula, portanto, a pureza metódica e a do objeto, necessárias para garantir o lugar da ciência jurídica junto as positividades.

Em suma, o direito na história do pensamento ocidental encontrará validade em quatro formulações teóricas principais: a que pensa o direito positivo como sendo a objetivação do direito natural, eterno, imutável e necessário; a que acredita ser o direito fundado na moral e é, neste caso, uma forma derivada, diminuída de moralidade; a que pensa que o direito se reduz à força, uma realidade histórico-política; e finalmente a que afirma ser o direito uma técnica de composição dos conflitos sociais.

2.O conceito de pós-modernidade

A pós-modernidade – neste artigo, pós-modernidade é o movimento que engloba todas as correntes filosóficas desenvolvidas ou aprofundadas depois de maio de 1968, é um conceito amplo que engloba teóricos das mais variadas vertentes, em sentido amplo tomar-se-á pós-modernidade e pós-estruturalismo como sinônimos – caracteriza-se fundamentalmente por problematizar os alicerces do pensamento filosófico e político hodiernos. Esse tipo de discurso toma corpo a partir da década de 60, influenciado principalmente pelos ares de uma cultura pós-filosófica, pela "morte do homem" recém anunciada pelos estruturalistas franceses, etc. Enfim, não admitiam que existissem justificativas para os argumentos filosóficos e políticos, aqueles não se fundam em quaisquer princípios.

Michel Hardt assim a define:

o pós estruturalismo, viemos a descobrir, não se orienta simplesmente para a negação dos fundamentos teóricos, mas sim para a exploração de novas bases de investigação filosófica e política; se envolve não apenas com a rejeição da tradição do discurso político e filosófico, mas, o que é mais importante, com a articulação das linhagens alternativas que nascem da própria tradição. (HARDT, p. 9)

A pós-modernidade é um movimento de ordem revolucionária, na medida em que defende uma ruptura com o pensamento padrão, com a ideologia racionalista e idealista predominante em todos os campos do saber. Ela rejeita os valores iluministas e positivistas que deram origem a duas grandes guerras, os valores capitalistas e socialistas, em síntese, busca inventar novas fundações para sua especulação zetética.

Um dos grandes problemas a enfrentar é a filosofia hegeliana que se apresenta como palavra de ordem e ao mesmo tempo foco de todo antagonismo. O que se precisa evitar é um anti-

hegelianismo fácil, no qual muitos evidentemente incorreram, e que no fundo é apenas a afirmação negativa da dialética. Nesse sentido a filosofia apoia-se nas descobertas da física hodierna em suas mais variadas vertentes, desde a termodinâmica, até a teoria do caos e a física quântica.

A discussão sobre os sistemas estáveis ou instáveis, sobre o determinismo ou não, encontra aqui uma saída, que Thom formula em um postulado: "O caráter mais ou menos determinado de um processo é determinado pelo estado local deste processo." O determinismo é uma espécie de funcionamento que é ele mesmo determinado: a natureza realiza em qualquer circunstância a morfologia local menos complexa, que seja portanto compatível com os dados iniciais locais. Mas é possível, e é mesmo mais freqüente, que estes dados impeçam a estabilização de uma forma. Pois elas estão freqüentemente em conflito: "O modelo das catástrofes reduz todo o processo causativo a um único, cuja justificação intuitiva não apresenta problemas: o conflito, pai de todas as coisas, segundo Heráclito"(...) O antagonismo catastrófico é a regra, no sentido próprio: existem as regras da agonística geral das séries que se definem pelo número de variáveis em jogo. (LYOTARD, p. 107)

Embora o projeto da modernidade fascine e produza resistências e recorrências, várias correntes filosóficas ganharam relevância nos últimos anos, e vários são os filósofos que são objeto da historiografia da filosofia oficiosa, como: Rorty, Lyotard, David Harvey, Derrida entre outros. Algumas dessas correntes são inconciliáveis com a ciência jurídica e com o direito de um modo geral, *verbia gratia*, o desconstrutivismo, embora nos últimos anos seus autores estejam pensando a ética e outros temas transversais ao direito.

Como já se disse, o traço surpreendente do saber pós-moderno é a imanência a si mesmo, mas explícita, do discurso sobre as regras que o legitimam. O que pôde passar ao final do século XIX por regra de legitimidade e decadência no "pragmatismo" filosófico ou no positivismo lógico não foi senão um episódio, por meio do qual o saber ergueu-se pela inclusão no discurso filosófico sobre a validação de enunciados com valor como leis. Viu-se que esta inclusão não é uma operação simples, ela dá lugar a "paradoxos" assumidos como eminentemente sérios e a "limitações" no alcance do saber que são, de fato, modificações de sua natureza. (LYOTARD, p. 100)

Nesse contexto que, em grande medida, não está totalmente configurado, três relevantes autores (a saber: Nietzsche, Foucault e Deleuze) deram grandes contribuições para quaisquer especulações que se desenvolvam acerca da relação entre filosofia e ciência jurídica ou jurisprudência.

3.O papel do conhecimento e a função legislativa da filosofia

Embora não seja propriamente pós-moderno, ou pós-estruturalista, Nietzsche lançou as bases do que viria ser o pós-modernismo, escrevendo para leitores póstumos, encontrou-os atenciosos e prontos a escutá-lo e a amplificar suas idéias até as últimas conseqüências. Pensador extremamente crítico, representa a ruptura e o contraponto da filosofia hegeliana. Nega com toda veemência a dialética e a racionalidade do real.

Afirma que

o caráter geral do mundo é (...) o caos, não no sentido de falta de necessidade, mas de falta de ordem, articulação, forma, beleza, sabedoria, ou como se chamem todos esses humanismos estéticos (...) ele não é perfeito, nem belo, nem nobre, e não quer tornar-se nada disso, nem sequer se esforça no sentido de imitar o homem! E nem é atingido por nenhum de nossos juízos estéticos e morais! Também não tem nenhum impulso a auto conservação nem em geral qualquer impulso; também não conhece nenhuma lei... (NIETZSCHE, p.183)

A filosofia, acredita Nietzsche, tem muitas facetas e entre elas a de legislar, apoiados sobre os operários da filosofia, os verdadeiros espíritos livres, ou melhor, os filósofos podem criar sobre as antigas concepções veiculadas.

Deleuze em sua obra Nietzsche transcreve um fragmento do Para além do Bem e do Mal, do filósofo em questão, que declara:

...os verdadeiros filósofos são os que dirigem e legislam. Eles dizem: "Aqui está o que deve ser!" São eles que determinam o sentido e o porque da evolução humana, e dispõem para isso do trabalho de todos os operários da filosofia, de todos os que liquidaram o passado; estendem mãos criadoras para o futuro, e para esta tarefa tudo o que existiu serve-lhes de meio, de utensílio, de martelo. Para eles "conhecimento" é criação, a sua obra consiste em legislar a sua vontade é vontade de poder (p.50)

Deste fragmento de Nietzsche, dois dados tem de ser detidamente analisados: o papel do conhecimento e a função legislativa da filosofia.

O conhecimento é de suma importância tanto para a filosofia quanto para a ciência jurídica. O normativismo kelseniano, por exemplo, na Teoria Geral da Norma afirma que a proposição jurídica tem por único objetivo descrever a norma, isto é, conhecê-la, e mesmo a Teoria pura do Direito está fundada sobre a norma hipotética fundamental que é entendida como pressuposto gnoseológico do ordenamento jurídico.

Todavia não é esta teoria tradicional do conhecimento que interessa a Nietzsche e posteriormente a Foucault; o conhecimento não tem caráter lógico-transcendental, não é categoria epistemológica, não tem suas origens remotas inscritas na natureza humana, nem tem qualquer correspondência real com o objeto, em suma é inventado, é produzido pela luta dos instintos.

... o conhecimento tem relação com os instintos, mas não pode estar presente neles, nem mesmo pode ser um instinto entre os outros; o conhecimento é simplesmente resultado do jogo, do confronto, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos. É porque os instintos se encontram, se batem e chegam, finalmente, ao término de suas batalhas, a um compromisso que algo se produz. Este algo é o conhecimento. (FOUCAULT, 1999, p. 16)

Resta, pois, que a gnoseologia seja amparada por uma história política do conhecimento cujo objeto seria as próprias relações de poder que o constituem. Não há conhecimento neutro de forma que não é possível a distinção perfeita entre ciência e ideologia.

O saber e o poder se implicam de forma que o poder cria novos saberes, como todo saber incorre em novas formas de poder. E disso decorre o interesse foucaultiano pelas análises institucionais, as instituições de seqüestro, as que confinam e exercem efetivamente o poder e que por isso criam novos campos do saber, por exemplo: a escola é origem da pedagogia moderna, o hospício da psiquiatria, a prisão da criminologia e da psicologia forense...

A função legislativa da filosofia é decorrente dessa concepção aclarada da genealogia do conhecimento, isso não significa um retorno puro e simples a noção platônica de divisão social do trabalho apresentada pela República, na qual o sábio deveria governar e subseqüentemente arbitrar, mas a consagração da utilização da filosofia pela ciência jurídica.

Não se trata de submeter, vilipendiar ou depauperar estes domínios distintos do saber, mas relacioná-los, fornecendo ao direito o movimento e o devir só captados pela intuição filosófica; politizando a ciência jurídica no sentido de aumentar sua eficácia.

Como afirma Deleuze:

O que me interessa não é a lei, nem as leis (uma é a noção vazia, e as outras são as noções complacentes), nem mesmo o direito ou os direitos, e sim a jurisprudência. É a jurisprudência que é verdadeiramente criadora de direito: ela não deveria ser confiada aos juízes. Não é o Código Civil que os escritores deveriam ler, mas antes as coletâneas de jurisprudência. Hoje já se pensa em estabelecer o direito da biologia moderna; mas tudo na biologia moderna e nas novas situações que ela cria, nos novos acontecimentos que ela possibilita, é questão de jurisprudência. Não é de um comitê de sábios, comitê moral e pseudo competente, que precisamos, mas de grupos de usuários. É aí que se passa do direito à política. (1992, p. 209)

A ciência jurídica (jurisprudência) assim compreendida é uma função política da filosofia do direito e não pode ser exercida pelos juízes, operários do judiciário, mas deve ser a ferramenta fundamental do jus-filósofo que eventualmente pode, também, ser um juiz.

4. Conclusão

A filosofia pós-moderna não é mera rejeição dos pressupostos hegelianos ou iluministas, mas sobretudo uma proposta política de reflexão em todos os âmbitos do saber. E por isso exige a politização do direito.

A jurisprudência entendida tanto como o sistema de precedentes diretores que norteiam de maneira unívoca as decisões judiciais (mesmo não sendo de absoluta cogência) e também como ciência jurídica, não pode negar as relações de poder que a constituem.

Conhecendo assim, não a origem, mas seu próprio fundamento, o direito dinamiza-se. Ora, se a teoria do conhecimento é sobremaneira um tipo de reflexão, ou discurso filosófico, ela adquire o importante papel de dinamizar o direito e reivindicar, destarte, para si um tipo de função legislativa, já descrita anteriormente.

A jurisprudência, então, ampara-se não mais nas súmulas vinculantes, mas nos grupos de usuários, e, é por isso que Deleuze afirma que a jurisprudência como verdadeira fonte do direito não deve ser confiada aos juizes, ela emana do momento mesmo em que surgem conflitos entre a matéria fática e a ausência de sua respectiva forma jurídica (lei). Isso pode ser denominado autopoiesis da jurisprudência.

A jurisprudência nascida da impossibilidade de subsunção pode ser intuída pela filosofia. Eis então que o direito se modifica e que o juiz não é apenas um operário do judiciário (que à maneira dos exegetas aplica processos lógico-dedutivos na elaboração de sentenças), mas pode constituir-se jus-filósofo.

Os tribunais quando reformam ou confirmam uma sentença prolatada por um juiz singular, não criam o pressuposto jurisprudencial, apenas declaram a sua existência. As súmulas, os acórdãos ou as sentenças não são nada além da interpretação de um fato a partir de um banco de dados, ou na expressão consagrada, de códigos.

Tem-se, por conseguinte, em decorrência da pós-modernidade, uma revalorização da hermenêutica e da axiologia jurídica como fontes legítimas, senão do fenômeno jurídico, pelo menos das decisões judiciais.

A hermenêutica não é mais um mergulho na mens legis, ou na mens legislatoris; ela se dá em relações de horizontalidade, ocorre nas superfícies; valendo-se da metáfora foucaultiana, é como uma avalanche que findada, deixa sempre uma nova superfície

susceptível de nova interpretação, sujeita a nova avalanche. Se fosse possível o conhecimento claro e absoluto do espírito da lei as sentenças seriam irreformáveis.

A axiologia jurídica ganha relevo no processo de intuição dos valores fundantes do ordenamento jurídico; dos valores que dão consistência, validam e legitimam a jurisdição, o poder de compor os conflitos. Neste quadro é possível o surgimento do Direito Alternativo, que em nome da Justiça sentencia inclusive contra legem quando a aplicação incontestada da lei seja injustiça latente.

Outras interpretações certamente surgirão acerca da relação entre a filosofia pós-moderna e a ciência jurídica, porque ambas estão em movimento; finalmente, este ensaio não tem por objetivo esgotar todas as implicações decorrentes desse tipo de especulação, mas apenas bosquejar em traços tênues o que vem a ser o pós-modernismo e onde ele toca a reflexão jurídica.

Bibliografia

CONNOR, Steven. Teoria e valor cultural. São Paulo: Loyola, 1994.

DELEUZE, Gilles. Conversações. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

_____. Nietzsche. s/l. Edições 70, 198-?.

DINIZ, Maria Helena. A ciência jurídica. 2ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1982.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

_____. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

GIACOIA JR., Oswaldo. Nietzsche. São Paulo: Publifolha, 2000.

HARDT, Michel. Gilles Deleuze – um aprendizado em filosofia. São Paulo: Ed. 34, 1996.

HERÁCLITO In Os Pre-socráticos. São Paulo: Nova cultural, 1999. Coleção Os Pensadores

LYOTARD, Jean-François. A condição pós-moderna. 6 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

KELSEN, Hans. A ilusão da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich. Gaia Ciência In: Obras incompletas. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

REALE, Giovanni. História da filosofia antiga. São Paulo: Loyola, 1993. Vol. I.

REBOUL, Olivier. Introdução à retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

* professor de filosofia e sociologia, licenciado pela Universidade do Sagrado Coração de Bauru, bacharelado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte

Pioneiro, em Jacarezinho (PR), membro do programa de pós-graduação *latu sensu* em História, historiografia, sociedade e cultura da Faculdade Estadual de Filosofia de Jacarezinho, ambas da Universidade Estadual do Paraná

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4750>> Acesso em: 10 Out. 2008.