

PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DA FILOSOFIA DO DIREITO DE HEGEL

Walter Jaeschke*

SÍNTESE – O presente trabalho aborda a forma como Hegel coloca a questão da relação entre razão e história, entre direito natural e história, na *Filosofia do Direito*. Após a apresentação dos antecedentes dessa relação, tematiza-se o desenvolvimento da problemática nos textos de Hegel.

PALAVRAS-CHAVE – Hegel. Filosofia do Direito. Razão. História.

ABSTRACT – This article investigates the way Hegel places the question of the relationship between Reason and History, between Natural Law and History, in his *Philosophy of Right*. Following the presentation of the precursors of this relationship, it is shown the development of this problematic in Hegel's texts.

KEY WORDS – Hegel. History. Natural law. Philosophy of Right. Reason.

Em vez de falar sobre “os problemas fundamentais” da filosofia do direito de Hegel, resolvi restringir-me aqui a apenas “um problema fundamental” desta filosofia do direito – e talvez não só a “um”, mas “ao” problema fundamental – a saber, à relação que ela estabelece entre “razão” e “história”. Esse problema de razão e história – ou, usando a denominação historicamente adequada, de direito natural e história – não aparece, à primeira vista, como um problema central da filosofia do direito de Hegel. Entretanto, quando se retrocede à época da filosofia alemã clássica, fica manifesto que, na situação da teoria na época de Hegel, a polarização entre razão e história já está dada e que ela também se reflete reiteradamente nos escritos e preleções de Hegel. Por isso, gostaria, inicialmente, de indicar, de maneira um pouco mais detalhada, os antecedentes dessa relação, que residem na história tardia do direito natural e, assim, definir os problemas com os quais Hegel se defronta em seus trabalhos sobre a filosofia do direito. Num segundo passo, abordarei, então, o desenvolvimento da problemática nos textos de Hegel.

* Doutor. Professor da Universidade de Bochum (Alemanha) e Diretor do Arquivo Hegel. Tradução de Dr. Luís Marcos Sander.

1.1. Na época de Hegel, “filosofia do direito” é um termo bastante recente para designar a disciplina que, desde sempre, fora chamada pelo nome de “direito natural” – e certamente não era só um termo recente, mas, ao mesmo tempo, um indício de deslocamentos sistemáticos; pois, por volta da virada do século XVIII para o XIX, a grande tradição do direito natural entra numa nova e definitiva crise. Naquela época, ele perdeu a posição dominante na filosofia prática, a qual ainda detinha de maneira incontestada no século XIX.¹ O nome “direito natural” continua se reproduzindo, durante algum tempo, em títulos de livros e em catálogos de cursos acadêmicos; porém, mesmo algumas renascenças posteriores não lhe devolvem mais sua importância anterior. Algumas são de curta duração – como após a Segunda Guerra Mundial² – outras permanecem regionalmente restritas, como, por exemplo, à tradição de um pensamento jurídico com fundamentação primordialmente teológica.³

Diferentemente do que ocorreu no destino mais ou menos contemporâneo da metafísica, no caso do fim do direito natural a influência de razões filosófico-teológicas não foi significativa. Afinal, o direito natural do início da Idade Moderna era entendido preponderantemente como direito secular – não só na forma extrema assumida no pensamento de Hobbes, mas também em sua versão dominante, que poderia ser representada pelo nome de Pufendorf.⁴ Em vez disso, foram duas outras instâncias que se tornaram decisivas para seu destino, as quais poderiam, aqui, ser designadas brevemente com as palavras “razão” e “história”.

1.2. O primeiro ataque contra o direito natural acontece, pouco antes de 1800, em nome da razão. Como exemplo paradigmático disso pode-se aduzir a *Fundamentação da metafísica dos costumes*, de Kant. A objeção de Kant pressupõe uma mudança no conceito de natureza, que pode ser descrita a partir de duas facetas: por um lado, como separação nítida entre âmbito descritivo e normativo, entre ser e dever-ser. O que se pode designar como “natureza” – e também como natureza do ser humano – situa-se inteiramente no âmbito do ser; a “natureza” é objeto de descrição; com isso, entretanto, ainda não está colocada nenhuma norma. A descrição da natureza do ser humano tem seu lugar sistemático na antropologia. Porém, dessa descrição do que é não se pode obter o conhecimento do que deve ser. Ora, a filosofia do direito e a ética não tratam do que é, e sim do que deve ser.

¹ THOMASIIUS, *Institutionum Iurisprudentiae divinae libri tres* (1687); *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justii et decori* (1705); Christian WOLFF, *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*. 8 partes, Halle, 1748; *Institutiones iuris naturae et gentium*, Halle, 1750; *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle, 1754.

² Mencionamos como exemplos representativos de uma renascença inicialmente ampla, porém efêmera, Erik WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre: Versuch einer Orientierung*, 3. ed. Karlsruhe, 1964; Helmut COING, *Die obersten Grundsätze des Rechts: Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, Heidelberg, 1947.

³ Johannes MESSNER, *Das Naturrecht*, 7. ed. Berlin, 1984.

⁴ Samuel PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo*, Lund, 1672; veja agora id., *Gesammelte Werke*, ed. por Wilhelm Schmidt-Biggemann, v. 4, parte 1 e 2: *De jure naturae et gentium*, ed. por Frank Böhling, Berlin, 1998.

Princípios da moralidade não devem ser buscados na natureza humana,⁵ mesmo que sua formulação não vá ocorrer sem referência a esta natureza.

A mesma diferença, porém, pode ser também descrita – epistemologicamente – como separação nítida entre experiência e razão. O conhecimento da natureza do ser humano é objeto de experiência, e sem tal experiência não é possível saber o que seja a natureza do ser humano. Ora, o âmbito do direito e da moral não é o âmbito da experiência, e sim o da razão. A experiência diz como é o ser humano. Mas só a razão pode conhecer e dar as normas para fundamentar a ética ou a filosofia do direito.

Com palavras muito contundentes, Kant expressa sua fundamental rejeição do direito natural: de modo algum se deveria pensar na possibilidade de derivar a obrigação ética de uma qualidade particular da natureza humana:⁶ “o princípio da obrigação não se há-de buscar aqui na natureza do homem ou nas circunstâncias do mundo em que ele está posto, mas sim *a priori* exclusivamente em conceitos da razão pura”.⁷ E há poucas passagens, em sua obra, nas quais ele expressa sua aversão ao direito natural tão maciçamente – como em sua polêmica contra a “asquerosa miscelânea de observações enfeixadas atabalhoadamente e de princípios racionais malconcatenadas com que se deliciam as cabeças ocas, pois há nisso qualquer coisa de utilizável para o palavrório de cotidiano”.⁸

A consciência do caráter inovador de sua fundamentação filosófico-transcendental de normas jurídicas e morais é que faz Kant recorrer a estas palavras contundentes. Ela encobre, inicialmente, o fato de que também o direito racional, refundamentado por Kant, desempenha, por sua vez – no tocante à sua função sistemática de propor diretrizes para a ação moral, jurídica e política –, o papel de pólo oposto ao direito positivo e, neste sentido, torna-se o sucessor do direito natural anterior. Entretanto, ao assumir a função sistemática do direito natural, o direito racional assume, ao mesmo tempo, também os problemas associados à tradicional dualidade de direito natural e direito positivo.

1.3. O ataque ao direito natural em nome da “razão” levou, é verdade, à revisão na fundamentação de normas. Mas, na medida em que não alterou a dualidade, também não eliminou definitivamente o direito natural. Antes, a identidade da função sistemática do direito natural e do racional sobrepõe-se à diferença entre “natureza” e “razão”: uma década mais tarde, em sua *Metafísica dos costumes*, Kant até emprega, como autodesignação de seu enfoque, o termo “direito natural” anteriormente rejeitado de maneira tão incisiva.⁹ Contudo, mais ou menos ao mesmo tempo em que Kant trabalha na *Metafísica dos costumes*, forma-se uma

⁵ Immanuel KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA, v. IV, p. 410.

⁶ *Ibid.*, v. IV, p. 425.

⁷ *Ibid.*, v. IV, p. 389.

⁸ *Ibid.*, v. IV, p. 409.

⁹ Veja, por exemplo, Immanuel KANT, *Metaphysik der Sitten*, AA, v. VI, p. 237: o direito natural baseia-se só em princípios *a priori*; AA, v. VI, p. 242: o direito natural se divide em direito privado e direito público. Nesse caso, “direito natural” tornou-se sinônimo de “direito racional” ou de “metafísica dos costumes”.

nova crítica ao direito natural, que, simultaneamente, é, de maneira até mais severa, uma crítica do direito racional: a crítica em nome da história. Contra o enfoque universal de uma fundamentação de normas jurídicas e morais, a partir de uma natureza ou razão geral – na perspectiva da nova crítica, isso é idêntico – ocorre aqui a invocação do direito que sempre já está presente na realidade efetiva e nela se desenvolve historicamente.

Essa crítica é particularmente bem-sucedida, porque ela não só se apóia em argumentos filosófico-jurídicos, mas contém uma implicação política que, na situação da época, revela-se eficaz: a identificação de natureza = razão = iluminismo = revolução. Essa crítica tornou-se exitosa na história da interpretação, especialmente por causa da obra *Betrachtungen über die Französische Revolution* (Reflexões sobre a Revolução Francesa), de Edmund Burke, que – em especial na tradução para o alemão, de Friedrich Gentz, e exacerbada pelos acréscimos deste – associa a crítica à revolução com o recurso à história.¹⁰

1.4. Nessa situação teórica, a nova contraposição pragmático-científica entre universalidade e contextualidade se sobrepõe, pela primeira vez, à tradicional contraposição sistemático-científica entre direito natural e direito positivo, na fundamentação do direito, e essa mesma contraposição continua permeando ainda hoje os debates entre contratualismo e contextualismo, liberalismo e comunitarismo. A objeção que se assaca agora ao direito natural ou racional não é que ele não seja direito em sentido estrito, na medida em que sua violação não acarretaria uma sanção – ao menos não uma sanção direta – e sim que sua pretensão universal destruiria a realidade efetiva do direito historicamente presente – e isso com conseqüências políticas catastróficas.

Igualmente para Burke, a sociedade baseia-se em assentimento, como também ocorre no direito natural – mas em assentimento, não em conseqüência de um ato da razão, e sim em virtude de hábitos e preconceitos – ou melhor: de formas de vida – adquiridos em longo prazo. Nestas formas de vida se expressa o assentimento à respectiva forma de domínio ou governo. A legitimação do domínio político não se baseia num ato de sujeição – ativa ou passiva – mas também não num contrato social concebido nos moldes do direito racional, e sim no desenvolvimento histórico de um sistema político que garanta a satisfação das necessidades e o bem-estar dos cidadãos. A razoabilidade moderna, porém, seria artificial, como, aliás, tudo seria artificial no Estado moderno – e por isso, também, sem sustentação. A moderna filosofia da razão proporia, é verdade, o ideal da *humanitas*, mas justamente assim, com seu ideal artificial, “fabricado”, ela não poderia realizar a verdadeira *humanitas*, e levaria, pelo contrário, à revolução e culminaria na bestialidade. Esta crítica se reproduz por mais de meio século, até ao fim da época de restauração, caracterizada pelo nome do chanceler austríaco Metternich. Mesmo após a revolução fracassada de 1848, ela é repetida por Friedrich Julius Stahl, o mais influente pensador conservador das duas décadas que se

¹⁰ Edmund BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, 1790; traduzido para o alemão por Friedrich Gentz: *Betrachtungen über die Französische Revolution*, Berlim, 1793.

seguiram à morte de Hegel: “O liberalismo ou a revolução, neste sentido, é justamente o efeito dos princípios nos quais se baseia o ‘direito natural’.”¹¹

2

2.1. Com essas referências está esboçada a situação na qual Hegel concebe os fundamentos de sua filosofia do direito e a elabora ao longo de duas décadas. Hegel se familiariza cedo com esses embates. A particularidade de seu enfoque consiste no fato de ele não tomar partido de nenhum dos dois lados, neste conflito epocal entre razão e história, mas de tentar abranger e unificar ambos os pólos em disputa. Pode-se ilustrar esta duplicidade de seu interesse, colocando lado a lado dois de seus escritos: em seus esboços para um texto sobre a crítica da Constituição da Alemanha,¹² ele mostra-se intimamente familiarizado com a situação política e com argumentações históricas, com o reconhecimento do direito de situações, que se formaram historicamente e, da mesma maneira, com o problema de sua pretensão de legitimidade face a uma realidade política transformada. Imediatamente após concluir esses trabalhos, entretanto, Hegel intervém, com seu *Ensaio sobre o direito natural*, no debate em torno do direito natural da Idade Moderna – e o faz como crítico, mas não como crítico do direito natural de modo geral, e sim apenas de suas “formas de abordagem anteriores”, a saber, por um lado, do direito natural “empírico” da Idade Moderna incipiente e, por outro, do “direito natural puramente formal” ou direito racional de Kant e Fichte: “É preciso negar toda importância das formas de abordagem anteriores do direito natural, e daquilo que teria de ser considerado como diversos princípios do mesmo, para a essência da ciência”¹³.

A forma bastante apodítica com a qual Hegel apresenta aqui sua crítica devastadora pode parecer mais apropriada para questionar o crítico do que aquilo que ele critica – ainda mais que, nessa fase inicial (1803), os problemas de fundamentação do sistema de Hegel ainda estão solucionados de maneira bastante precária, e o modo como Hegel expõe as posições criticadas deixa efetivamente a desejar. Ainda assim, a situação teórica de sua época se espelha em seu veredicto: o contraste entre razão e história, que domina esta época, está pré-formado dentro do direito natural no contraste entre a disseminação empírica e um retorno a princípios racionais que Hegel introduz aqui como sendo “abstratos” e, assim, critica; ele está pré-formado no contraste entre a proposição de um princípio universal, porém tautológico, e a exclusão de toda determinidade – sob o “cognome do empírico” – dessa aprioridade.¹⁴ Face a esta cisão, a alternativa para tal exclu-

¹¹ Friedrich Julius STAHL, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 3. ed. Heidelberg, 1830, 2 v.; citação à p. 289.

¹² Veja agora Georg F. W. HEGEL, *Schriften und Entwürfe (1799-1808)*, Hamburgo, 1998, p. 1-219, bem como, especialmente, o detalhado relato do editor sobre o escrito acerca da Constituição (*Gesammelte Werke*, v. 5).

¹³ Georg F. W. HEGEL, *Gesammelte Werke*, v. 4, p. 419.

¹⁴ *Id.*, *ibid.*, v. 4, p. 423.

são de determinidade reside meramente na tentativa de "restringir e dominar" o empírico, isto é, a sensibilidade, as inclinações.

Em contraposição a isso, Hegel destaca Montesquieu como alternativa real à cisão entre geral e particular, por parte do direito natural: ele teria baseado sua imortal obra *L'esprit des lois* na noção da individualidade e do caráter dos povos; não teria deduzido da razão as instituições e leis, nem as teria abstraído da experiência, mas concebido todas as determinações ou disposições a partir do caráter do todo e de sua individualidade, recorrendo à individualidade viva de um povo.¹⁵ Portanto, a posição que supera as oposições não-resolvidas dentro do direito natural parece, ao mesmo tempo, adequada para superar também a cisão entre razão e história, que irrompeu na época de Hegel.

2.2. Ainda antes de Hegel mais uma vez tomar a palavra para falar como filósofo do direito – em sua *Enciclopédia* e nas preleções ministradas em Heidelberg e, mais tarde, em Berlim –, a antiga disputa entre razão e história se exacerba numa forma nova, mais uma vez motivada politicamente: no debate sobre a possibilidade de codificar o direito privado – e, em sentido mais amplo, também codificar o direito constitucional. Esta disputa foi travada principalmente entre Friedrich Carl von Savigny¹⁶, líder da "Escola Histórica do Direito", estabelecida nestas confrontações, e posterior colega de Hegel em Berlim, e Anton Friedrich Justus Thibaut, amigo e colega de Hegel em Heidelberg. Neste conflito, que Savigny entende como um conflito entre direito natural ou racional e "concepção histórica", e no qual também intervieram outros adeptos da "história" ou do "direito racional", a pergunta pela fonte do elemento normativo é colocada com toda a precisão necessária. Enquanto, para os representantes da chamada "Escola Histórica do Direito", ela reside no desenvolvimento histórico do direito, não restando mais, ao lado deste, qualquer lugar para argumentações baseadas no direito natural,¹⁷ Johann Paul Anselm Feuerbach (o pai do filósofo), por exemplo, formula com muita clareza: a história só poderia dizer como algo se teria tornado, mas não o que este algo seria – ou seja: a abordagem meramente histórica não pode proporcionar legitimação para a justificação interna de uma norma jurídica ou moral.¹⁸ O mero recurso a situações históricas e ao direito de fato vigente jamais pode dizer o que o direito *seria*, mas apenas o que *teria sido válido como* direito, numa determinada época e situação.

¹⁵ *Ibid.*, v. 4, p. 481.

¹⁶ Friedrich Carl von SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, in: *Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften*, com introdução de Hans Hattenhauer, München, 1973, p. 95-192.

¹⁷ Friedrich Carl von SAVIGNY, introdução ao v. 1 da *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1815, in: *Thibaut und Savigny*, p. 261-268. Nesse texto, Savigny distingue de maneira programática entre o método histórico e o não-histórico ou filosófico – porém não de tal maneira que eles fossem dois enfoques igualmente legítimos, e sim afirmando que um seria apropriado e o outro, reprovável. Thibaut critica essa distinção e a substitui pela distinção entre o método "meramente histórico" e o "histórico-filosófico"; veja *Thibaut und Savigny*, p. 270.

¹⁸ Johann Paul Anselm FEUERBACH, *Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung* (1816). In: *Thibaut und Savigny*, p. 224.

As preleções e publicações de Hegel sobre filosofia do direito não abordam pormenorizadamente essa importante disputa, embora ele tenha estado muito familiarizado com ela por causa das estações de sua vida posterior – por sua amizade com Thibaut, em Heidelberg, e sua oposição a Savigny, em Berlim. No entanto, encontramos diversos ecos dessa disputa, particularmente o maciço posicionamento em favor de uma codificação do direito no § 211 das *Linhas fundamentais da filosofia do direito*: “Denegar a uma nação culta ou à ordem dos juristas desta nação a capacidade de fazer um código de leis [...] seria uma das maiores afrontas que se poderiam fazer a uma nação ou a essa ordem”. Ora, foi justamente isso que Savigny, o representante da chamada corrente “histórica”, fez nesta disputa com Thibaut.

2.3. Assim, com essa manifestação, Hegel parece bandear-se para o lado dos expoentes do direito natural – e em favor disso depõem também os títulos das preleções que anuncia – *Ius naturae et civitatis* – bem como o subtítulo das *Linhas fundamentais da filosofia do direito*: “Direito natural e ciência do Estado em compêndio”. Contudo, tanto nas preleções quanto no Compêndio, ele torna a distanciar-se deste termo: “O nome ‘direito natural’ merece ser abandonado e substituído pela designação ‘doutrina filosófica do direito’ ou, como também haverá de mostrar-se, doutrina do Espírito Objetivo”.¹⁹ A expressão “natureza” deve ser substituída, por conter a ambigüidade “de que, sob ela, entende-se (1) a essência e o conceito de algo, e (2) a natureza imediata e desprovida de consciência como tal”. Conseqüentemente, Hegel observa no § 2: “A esfera do direito não é o âmbito da natureza, e sim [...] a esfera da liberdade”. Porém, com esta crítica, Hegel não se coloca logo ao lado do “histórico”, e sim primeiramente apenas na tradição kantiana da substituição do termo “direito natural” por “direito racional”. E este caráter associado ao direito racional domina a filosofia do direito desenvolvida por ele em Heidelberg e Berlim. Ele se torna palpável especialmente na primeira parte da *Filosofia do direito*, dedicada ao “direito abstrato”.

Não menos inequívoco, entretanto, é o distanciamento de Hegel em relação ao direito natural ou racional – particularmente em sua crítica ao contratualismo da filosofia do Estado e em sua teoria da “moralidade” que o substitui, isto é, em sua doutrina das instituições da convivência humana. E também podem encontrar-se afirmações nas quais Hegel concorda expressamente com os críticos do direito racional, já na *Fenomenologia*, em suas análises da liberdade absoluta e do terror,²⁰ e igualmente mais tarde, por exemplo, em suas preleções sobre a história da filosofia: “Fazer valer abstrações na realidade efetiva significa destruir a realidade efetiva”²¹. Em nenhuma outra afirmação da filosofia de Hegel mostra-se uma

¹⁹ Georg F. W. HEGEL, *Vorlesungen über Naturrecht und Staatswissenschaft*: Heidelberg 1817/18 mit Nachträgen aus der Vorlesung 1818/19, transcritas por P. Wannenmann, editadas por C. Becker et al., Hamburgo, 1983 (= Hegel, *Vorlesungen*, v. 1), § 2, nota.

²⁰ *Id.*, *Phänomenologie des Geistes*. In: *Gesammelte Werke*, v. 9, p. 316-323.

²¹ *Id.*, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*. In: *Werke*, v. 15, p. 553.

associação mais estrita à crítica de uma razão meramente abstrata ligada ao nome de Edmund Burke.

2.4. Portanto, nos textos de Hegel, é possível encontrar manifestações que atestam sua vinculação tanto ao partido "histórico" quanto ao partido "do direito racional", sem que estas duas séries de enunciados estivessem ligadas de uma maneira sistematicamente concludente. Ambos os enfoques têm sua legitimidade, mas os dois são unilaterais. Por isso, não podemos deter-nos em sua mera oposição, mas precisamos buscar uma passagem entre a Cila¹ do direito racional e a Caribde² da abordagem meramente histórica, mas que, não obstante, reivindica legitimação. Esta mediação deve ser concebida como uma dupla mediação de acordo com o procedimento exposto por Hegel em outros casos. É preciso mostrar que a razão não constitui um princípio meramente abstrato, excogitado à escrivadinha, sem mediação com a realidade efetiva, mas que ela só é razão quando já estiver sempre mediada com a realidade efetiva. Faz-se mister mostrar também que a própria história não é mera facticidade, mas que ela é "história da liberdade". Só se pode vindicar da história uma pretensão normativa, se se puder mostrar que o movimento da história é, ao mesmo tempo, um desdobramento de conteúdos normativos. E, inversamente, só se pode conceder à razão uma pretensão normativa em relação à realidade efetiva, se se mostrar que isso não acarreta a destruição da realidade, mas sim que a razão só é pensada corretamente, se for concebida como estando desde sempre reconciliada com tal realidade efetiva.

Mas será que Hegel realizou essa mediação? Gostaria de concentrar a resposta a esta pergunta em duas teses que parecem contradizer-se, mas de fato não se contradizem: (1) Na filosofia do direito, Hegel não resolveu o problema da relação entre razão e história ou – expressando-o com o título de uma publicação recente – da relação entre facticidade e validade²² – que sua época lhe colocou e que ele resolveu em outras partes de seu sistema. (2) Ainda assim, esse problema só é solucionável a partir do enfoque de Hegel.

Gostaria de expor e fundamentar estas duas teses nas partes 3 e 4 desta conferência.

3

3.1. Na forma como ela se encontra, a filosofia do direito de Hegel não oferece uma abordagem para superar a tensão entre razão e história. A razão disso me parece ser uma razão de princípio, ou seja, deve-se à forma do sistema da filosofia do direito. Esta forma se distingue consideravelmente da forma das outras disci-

¹ N. do T.: Banco de areia no mar da Sicília.

² N. do T.: Sorvedouro no mar da Sicília. "Cila e Caribde" simbolizam, portanto, duas opções igualmente indesejáveis para as quais se precisa buscar uma alternativa.

²² Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2. ed. Frankfurt am Main, 1992.

plinas da filosofia do espírito: da estética e da filosofia da religião.²³ A diferença decisiva ainda não é tão visível, quando se compara apenas a forma que a filosofia do direito, por um lado, e a estética e a filosofia da religião, por outro, adquiriram na *Enciclopédia*; pois na *Enciclopédia* – como guia conciso para as preleções – o elemento histórico da estética e da filosofia da religião não está exposto, mas, antes, oculto. As *Preleções*, por sua vez, mostram de que maneira Hegel associa, um com o outro, os momentos conceituais e os históricos dessas áreas. As *Preleções sobre a estética*, por exemplo, tratam tanto do “sistema das formas de arte” quanto a história da arte – e oferecem, indo além da mera justaposição de ambas as áreas, uma teoria bem-elaborada sobre o nexo do “sistema das formas de arte” com a história da arte. E as *Preleções sobre a filosofia da religião* desenvolvem inicialmente um “conceito de religião” e mostram, a seguir, à medida que se percorrem as religiões históricas, como este conceito – de início, introduzido apenas a partir da filosofia do espírito – se forma na história, como, portanto, o curso da história representa a efetivação progressiva do conceito. Cada figura histórica constitui, por isso, uma realização mais adequada do conceito de religião. Aqui, na filosofia da religião, Hegel chega a afirmar que haveria só *um* método na ciência: e o primeiro seria “aqui o conceito, como sempre”; o segundo, a determinidade histórica do conceito; o terceiro, a forma acabada.²⁴ Contrariando esta afirmação, porém, Hegel só expôs esta forma na filosofia da religião, ao passo que, na estética, ao menos associou, um ao outro, o aspecto conceitual e o histórico.

Na filosofia do direito, entretanto, Hegel não inseriu nenhum elemento histórico. Ela começa como lógica do conceito de direito e introduz definições como “propriedade” e “contrato”, à maneira do direito natural ou racional anterior – sendo que, em especial no caso do conceito de propriedade, ele se apóia claramente no conceito transcendental de propriedade de Kant –, mesmo que, com a correlação de propriedade e pessoa, Hegel vá além de Kant. Todavia, aí não se encontram momentos históricos – tampouco na segunda seção sobre a “Moralidade”, embora, neste caso, as implicações com a história contemporânea sejam óbvias. E, também na terceira seção, Hegel desenvolve as três formas de “moralidade” – família, sociedade civil e Estado – como formas organizadas hierarquicamente, mas não como figuras históricas, conquanto também neste caso, com a introdução do novo conceito de “sociedade civil”, a relação com a história do seu tempo seja patente. Por conseguinte, seu enfoque parece implicar uma exposição puramente jurídico-racional da realidade social – apesar de, justamente na teoria hegeliana da moralidade, encontrarem-se os elementos contextualistas com base nos quais, na atual discussão sobre a filosofia do direito, seu enfoque é situado do lado do comunitarismo, em contraposição ao liberalismo, que argumenta a partir do direito racional e da teoria do contrato.

²³ A relação do trecho da *Enciclopédia* sobre “filosofia” com as *Preleções sobre a história da filosofia* constitui um tema à parte.

²⁴ Georg F. W. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Religion*: Teil 1, ed. por Walter Jaeschke, Hamburgo, 1983, p. 83 (= Hegel, *Vorlesungen*, v. 3).

3.2. Poder-se-ia, contudo, objetar, contra o que aqui foi exposto, que também a filosofia do direito conteria efetivamente um momento histórico: afinal, depois da parte que trata do direito estatal interno e externo, ela culmina num panorama da história universal. Por três razões, porém, esse apêndice não me parece ser um substitutivo suficiente para uma exposição histórica da filosofia do direito. A história universal – qual Hegel a esboça aí, como história dos Estados – não representa um equivalente para a história do direito que está faltando em sua abordagem. Esta já teria de começar com os estágios situados *antes* de um enfoque histórico-universal nos moldes de Hegel: já teria de iniciar com a formação do conceito de direito, no desligamento do *ius* em relação ao *fas*, e descrever o desenvolvimento histórico de todos os institutos jurídicos como formas da razão em processo de efetivação. E teria de avançar, passando, por exemplo, pela constituição dos conceitos de imputação e obrigatoriedade, até chegar – hoje em dia, indo além de Hegel – à formação do moderno direito internacional como figura peculiar e dantes não-conhecida do direito. Se não se compreende a constituição de todos os institutos jurídicos e das instituições políticas *como* tais formas da efetivação da razão, também não se pode superar o conflito entre razão e história irrompido na época de Hegel.

Há ainda uma segunda razão pela qual a história universal não me parece ser um substituto para uma exposição da história do direito. Em outra passagem, a história universal é definida por Hegel como a totalidade das manifestações do espírito²⁵. Esta totalidade, porém, não deve ser enfocada já no final da filosofia do direito, pois ela abrange também as histórias da arte, da religião e da filosofia. Por isso, a história universal, no sentido de uma totalidade, não pode ter seu lugar sistemático no final da filosofia do direito; aí, quando muito, pode ser tematizada a história dos Estados.

E ainda, por uma terceira razão, a história universal me parece estar erroneamente localizada, em termos sistemáticos, ao final da filosofia do direito. A concisa fórmula na qual Hegel expressa a processualidade da história universal é, a rigor, uma fórmula da história do direito, a saber, que ela seria “progresso na consciência da liberdade”. Embora esta *também* fosse uma fórmula possível para a história universal, a concretização que Hegel lhe dá ocorre apenas no marco da história do direito ou, especialmente, do direito constitucional: no Oriente só *uma* pessoa seria livre; na Antiguidade, *algumas*; e só no mundo moderno o ser humano seria livre enquanto ser humano. Esta é uma fórmula só para designar a dinâmica da história do direito enquanto história constitucional, e não da história universal de modo geral. Entretanto, é justamente esta história do direito que Hegel não elaborou como tal. Por isso, na filosofia do direito de Hegel, não está explici-

²⁵ *Id.*, *Grundlinien*, § 341: a história universal seria “a realidade efetiva espiritual em toda a abrangência da interioridade e da exterioridade”; no § 342 ele a denomina de “a exposição e a *realização efetiva do espírito universal*”. Tal conceito de história universal, entretanto, não deve ser exposto como história dos Estados, sob o título “Estado”.

tado o elemento da história que seria constitutivo para a vinculação de razão e história.

3.3. Por que Hegel não destinou à história do direito um lugar sistemático que seja análogo ao da história do “Espírito absoluto”? Não se estará equivocado ao supor seja uma confrontação histórico-científica que impediu Hegel de conceder à história do direito a posição que lhe compete, não só a partir de um ponto de vista geral, mas que também lhe cabe a partir de seu próprio enfoque sistemático – ou seja, a confrontação com a Escola Histórica do Direito. Em favor desta explicação depõe o fato de as passagens, em que Hegel procede a uma separação radical e inteiramente não-hegeliana entre método conceitual e histórico, estarem inseridas numa polêmica contra a Escola Histórica do Direito. Hegel acusa-a de ter trocado a verdadeira justificação a partir do conceito por “uma justificação a partir das circunstâncias”; de confundir o surgimento exterior com o surgimento a partir do conceito e, – pensando de maneira bem aistórica, contra sua própria autocompreensão como Escola “Histórica” do direito – fundamentar o direito de hoje, por meio do direito de ontem, mesmo que ele tenha se tornado obsoleto por causa da mudança da situação da sociedade ocorrida nesse meio tempo.²⁶ Uma geração mais tarde, Marx retomará e radicalizará essa afirmação, acusando a Escola Histórica do Direito de não legitimar o direito, e sim “a infâmia de hoje por meio da infâmia de ontem”.²⁷ Também nas *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* [Preleções sobre a história da filosofia] aparece várias vezes este conflito: aí Hegel diz que os juristas esperavam que se “valorizasse como compreensão do assunto o fato de eles pretenderem saber como foram as coisas no passado”.²⁸ Mas nessas preleções também fica claro que a crítica de Hegel à Escola Histórica do Direito vai um tanto além do alvo que pretendia atingir, ao negar à história do direito todo e qualquer caráter normativo e ao afirmar que, na história do direito, o espírito não estaria junto de si. O fato de a história do direito conter particularidades – como, aliás, também a história da religião – de modo que também não dobramos mais os joelhos diante de Júpiter,²⁹ não é um argumento concludente. Do contrário, este último seria um argumento de primeira linha de que, na história da religião, o espírito não estaria junto de si – e Hegel dificilmente teria pretendido contestar isso. Ao menos a diferença de nosso espírito atual, que se recusa a ajoelhar-se, e a do espírito das religiões anteriores não impediu Hegel de incluir a história da religião, como efetivação do conceito de religião, no contexto de sua filosofia da religião: portanto, ele concede à história da arte, da religião e da filosofia o que nega à história do direito.

Ao que tudo indica, a confrontação com a Escola Histórica do Direito fez com que Hegel deixasse de perceber que entre o desdobramento sistemático do con-

²⁶ *Ibid.*, § 3.

²⁷ Karl MARX, Zur Kritik der Hegel'schen Rechts-Philosophie. In: *Deutsch-Französische Jahrbücher*, ed. por Arnold Ruge e Karl Marx, Paris, 1844, p. 73.

²⁸ Georg F. W. HEGEL, *Einleitung in die Geschichte der Philosophie* (veja nota 3); *Vorlesungen*, v. 6, p. 73, ou *Gesammelte Werke*, v. 18, p. 85.

²⁹ *Id.*, *Einleitung in die Geschichte der Philosophie* (veja nota 3); *Vorlesungen*, v. 6, p. 327.

ceito de direito e o tratamento meramente histórico da história do direito – compreensivelmente rejeitado por Hegel – há ainda uma terceira via: a via de uma interpretação filosófica da história do direito. E isto significa: a via da reconstrução filosófica da efetivação do direito, da história da liberdade guiada pela idéia do direito. Esta história de modo algum se torna insuficiente por causa do tratamento meramente histórico da história do direito – tratamento que, entretanto, não é suficiente, tanto da perspectiva filosófica quanto a partir do interesse na legitimação –, da mesma maneira que tampouco a história da religião se torna falha por causa de um enfoque histórico da história da Igreja, que só se ocupe com exterioridades, que só conheça ainda as datas dos Concílios nos quais foram definidos dogmas quaisquer ou estruturas organizacionais da Igreja.³⁰ A rigorosa linha divisória que Hegel quis traçar entre o método da Escola Histórica do Direito e seu próprio enfoque obviamente o impediu de perceber que a exposição empírica da história do direito tem seu fundamento num método insuficiente, e não, por exemplo, numa constituição peculiar desta própria história.

3.4. Isso pode ser ilustrado a partir de uma reflexão com a qual Hegel distingue a história do direito da história da religião: “Aqui [sc. na filosofia da religião] a situação não é como quando, por exemplo, se trata o direito, de maneira empírica. As determinidades do direito não se seguem do conceito, mas são tomadas de outro lugar. Aí primeiramente se define, de modo geral, o que significa direito; os direitos específicos, porém, o direito romano ou o alemão, devem ser tomados da experiência. Aqui [sc. na filosofia da religião], porém, a determinidade deve depreender-se do próprio conceito”.³¹ Se isso fosse adequado em relação à história do direito, seria uma objeção, não tanto contra a história do direito, e sim contra o conceito de espírito. Entretanto, também neste caso, Hegel não menciona nenhuma razão para sua afirmação de que o espírito enquanto direito teria uma outra relação com sua história do que o espírito enquanto religião. E isso também não logra ser fundamentado com meios hegelianos. De resto, ele assegura incisivamente haver, no respectivo caso, apenas *um* princípio, *um* espírito que constituiria o caráter comunitário da religião, da constituição política, da moralidade e do sistema jurídico.³² Ora, neste caso, neste espírito *uno* não pode ocorrer uma contraposição de historicidade e aistoricidade. Pelo contrário: assim como para a filosofia da religião é imprescindível uma filosofia da história da religião, que consiga perceber a razão na religião, inclusive em suas configurações que, à primeira vista, parecem pouco razoáveis, também para a filosofia do direito é imprescindível uma filosofia da história do direito, que ensine a entender a história do direito como história da liberdade. Afinal, não se pode derivar esta diferença ou discrepância entre historicidade e aistoricidade da discrepância entre a objetividade do espírito na área do direito e sua absolutidade no âmbito da arte e da religião. He-

³⁰ *Id.*, *Vorlesungen über die Philosophie der Religion*, parte 1, p. 76 e *passim*.

³¹ *Ibid.*, parte 1, p. 84.

³² Georg F. W. HEGEL, *Philosophie der Weltgeschichte*: Einleitung 1830/31. In: *id.*, *Gesammelte Werke*, v. 18, p. 196s.

gel, porém, não tratou da história do direito que, justamente também a partir de seu enfoque, seria possível e necessária. Em vez disso, ele desenvolveu sua filosofia do direito como uma construção nos moldes do direito racional – “Direito natural e ciência do Estado em compêndio” – que não estabelece uma consonância dos elementos imanentes, contextualistas, históricos em sua concepção, com os elementos jurídico-rationais.

4

4.1. Como contraponto a esse resultado um tanto decepcionante, gostaria de defender, na quarta parte de minhas reflexões, a posição de que justamente o enfoque de Hegel se presta, mais do que qualquer outro, para estabelecer uma ligação e concordância entre os dois controversos elementos “razão” e “história”.

Para comprovar essa tese, gostaria de, por um lado, remeter à confrontação de Hegel com a chamada “Escola Histórica do Direito”. O enfoque de Hegel me parece ser o melhor enfoque historiográfico nessa controvérsia, ou seja, o enfoque que corresponde melhor à historicidade do direito do que a abordagem que denomina a si mesma de “histórica”³³ e, ainda assim, deixa o conceito de história totalmente obscuro. Hegel, por sua vez, recorrendo à suposição da existência de uma efetivação progressiva do direito, desenvolve conseqüências que admitem o desenvolvimento jurídico mais recente e que, por isso, também se contrapõem à postura negativa da chamada Escola Histórica do Direito para com a codificação: justamente se o direito se manifesta no desenvolvimento progressivo do espírito do povo, também sua codificação só pode ser um ato formal. Mas não gostaria aqui de detalhar este argumento.³⁴

4.2. O argumento filosófico decisivo, para a mediação entre razão e história, pode, em minha opinião, ser obtido já a partir do § 1 da *Filosofia do direito*: nele

³³ Existe uma “dissonância cognitiva” contundente entre a programática científica “histórica” e a prática científica “historiográfica” de Savigny. A programática histórica, que deveria ter tornado compreensíveis o surgimento do direito, a partir do muito invocado “espírito do povo”, e as posteriores mudanças do direito até ao presente, é substituída, na execução da proposta, pela investigação historiográfica do Direito Romano e pela validação deste contra as codificações mais recentes: o “Direito Territorial Geral para os Estados Prussianos” e o “Code Civil”, que Savigny considera, nesses anos pós-napoleônicos, uma doença política pela qual se passou. O abismo entre o recurso programático ao espírito do povo germânico e a refundição do Direito Romano é mal e mal ocultado pelo artifício da afirmação de que justamente o Direito Romano melhor corresponderia ao espírito do povo alemão. Não obstante, esse enfoque teve, por causa de sua magistral exposição da história do Direito Romano, uma influência decisiva sobre o pensamento jurídico do século XIX, incluindo o positivismo. Para uma apresentação mais detalhada dessa crítica aqui apenas mencionada, veja a publicação indicada na próxima nota. – Sobre Savigny veja especialmente o estudo de Joachim RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984 (Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 58), o qual, porém, não está interessado numa crítica do conceito de história da Escola Histórica do Direito na perspectiva da filosofia hegeliana.

³⁴ Veja sobre isso Walter JAESCHKE, *Die Vernünftigkeit des Gesetzes: Hegel und die Restauration im Streit um Zivilrecht und Verfassungsrecht*. In: Hans-Christian LUCAS; Otto PÖGGLER (Eds.), *Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1986, p. 221-256.

Hegel diz, com muita clareza, que a ciência filosófica do direito tem “por objeto a *idéia do direito*, o conceito de direito e sua efetivação”.³⁵ Ora, “efetivação” não significa um estado fixo, e sim um processo histórico: justamente o processo da história do direito enquanto efetivação histórica daquilo que é razoável racional em si – portanto, a história do direito como história da liberdade.³⁶

Embora Hegel não tenha exposto a história do direito como uma história desse tipo de liberdade, justamente seu enfoque na “idéia” do direito permite – e exige – tal exposição. A tematização filosófica de uma forma do espírito bem como da do direito – para ser completa – precisa expor o conceito e a efetivação, a razão e a história, e isso não só em termos de uma adição ou de uma completude externa, mas por razões que residem na própria natureza do espírito. Para Hegel, afinal, a “história” está fundamentada no conceito de espírito: para ele, não há história que não fosse história do espírito e, inversamente, não há forma ou configuração do espírito que não fosse histórica.

Por essa razão, para Hegel, a história não é nada que fosse pura e simplesmente estranho às exigências da razão, pois ele concebe a história justamente como a forma necessária do desdobramento da razão. Uma razão que não estivesse mediada com sua formação histórica seria, pelo contrário, uma razão abstrata – e querer impô-la contra a efetividade significaria destruir a efetividade. Por outro lado, porém, Hegel concebe a configuração que se constituiu em efetividade como uma configuração da *razão* – não como algo meramente positivo, factual, mas como algo racional. A razão e a história constituem, por isso, uma unidade – e este é o sentido da afirmação muito citada e difamada: “O que é racional é efetivo; e o que é efetivo é racional”.³⁷ E, com vistas ao aspecto político dessa fórmula, estaria, de qualquer modo, na hora de finalmente lembrar-se de que ela foi cunhada pela crítica à revolução do “liberal” Burke e não pelos teóricos da restauração daquela época.

4.3. Como, porém, pode-se evitar, sob a condição de supor-se a existência dessa identidade, que também as formas de efetividade, que não parecem portar o caráter do racional, e sim da pura irracionalidade, sejam, ainda assim, legitimadas como racionais? Afinal, todas as configurações particulares da razão ficam aquém da realização completa da razão – do contrário nem haveria história da razão. O critério para a crítica imanente não pode ser outro do que o conceito – histórico-jurídico – da história enquanto progresso na consciência da liberdade: o grau desta consciência da liberdade é a craveira da razão imanente da história.

Por causa dessa identidade de razão e história, toda exigência de uma suposta razão, que não esteja mediada com a situação historicamente dada, não passa de exigência de uma razão abstrata, que destrói a realidade efetiva. Da mesma

³⁵ Também em *Grundlinien*, § 273, Hegel acentua a necessidade do desenvolvimento histórico da *idéia*, mas aqui o enquadra na “história universal do mundo”.

³⁶ Walter JAESCHKE, *Die vergessene Geschichte der Freiheit*. In: *Hegel-Jahrbuch 1993/94*, Berlin, 1995.

³⁷ Georg F. W. HEGEL, *Grundlinien*, Vorrede. In: *Werke*, v. VIII, p. 17.

maneira, uma exigência apoiada na mera facticidade de um estado histórico é uma exigência desprovida de razão, se ela não se mediar com o teor interno da história, com o progresso na consciência da liberdade. Por conseguinte, a fonte de toda normatividade não reside nem na razão – aistórica – nem na história – não-racional. Ela reside na razão tão-só na medida em que esta possa ser interpretada como razão historicamente efetivada, e reside na história tão-só na medida em que esta possa ser concebida como história da razão. Uma pretensão de normatividade só pode ser levantada pelo elemento histórico, que deva ser compreendido como um momento dessa história da liberdade.