# Alexandre Araújo Costa

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB Doutorando e Professor Voluntário da Universidade de Brasília - UnB

# Introdução ao Direito

# Sumário

PREFACIO	6
INTRODUÇÃO	8
A - A INTRODUÇÃO AO DIREITO COMO UMA VISITA GUIADA	8
B - PERSPECTIVA ADOTADA NO CURSO	
C - Processo de compreensão	
1. Aprendizagem significativa	10
2. Pré-compreensão	
3. Senso Comum	
4. Círculo Hermenêutico	13
5. A postura discente frente ao aprendizado	15
D - MULTIPLICIDADE, UNIDADE E COMPLEMENTARIDADE NO ESTUDO DO DIREITO	16
CAPÍTULO I - O CONCEITO DE DIREITO	19
A - O DIREITO VISTO PELO SENSO COMUM	19
B - O que é o direito?	19
C - QUESTÕES PERSISTENTES	21
1. O que são normas e em que medida é o direito uma questão de normas?	21
2. Como o direito se relaciona com as diversas ordens de poder e sistemas normativos existentes em uma	
	21
3. Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com ela?	
4. Como difere o direito das ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com elas?	
D - CONCEITO PROVISÓRIO DE DIREITO	22
E - Direito objetivo e direito subjetivo	22
CAPÍTULO II - NORMAS JURÍDICAS	24
A - Ser e Dever-ser	24
1. Enunciados de ser e de dever-ser	24
2. A questão da veracidade	25
3. Forma e conteúdo	26
4. A falácia naturalista	26
B - Das várias espécies de enunciados	27
1. Juízos de ser	27
2. Imperativos hipotéticos	28
3. Normas	28
a) Estrutura lógica das normas	29
b) Normas primária e secundária	30
4. Juízos de valor	31
C - CONCEITOS DERIVADOS DA OPOSIÇÃO ENTRE SER E DEVER-SER	
1. Direito e ciência do direito	
2. Lei natural e norma de conduta	
3. Causalidade e imputação	
D - VALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	
1. Teoria tridimensional do direito	
2. Elementos da validade	
a) Vigência	
b) Eficácia	37
c) Legitimidade ou fundamento valorativo	
CAPÍTULO III - O DIREITO E OS OUTROS SISTEMAS NORMATIVOS	
A - Antecedentes históricos: épocas de indiferenciação	
B - Direito e religião	
C - DIREITO E MORAL	42
1. Delineamento da moral	
2. Delineamento do direito	
D - DIREITO E CONVENÇÕES SOCIAIS	
CAPÍTULO IV - DIREITO E MORAL	46

A - Características das normas jurídicas	46
1. Subjetividade e intersubjetividade	46
2. Exterioridade e interioridade	46
3. Sinceridade	48
4. Bilateralidade	48
5. Atributividade	49
6. Heteronomia	50
7. Caráter da sanção: institucionalizada ou difusa	52
8. Coercibilidade	
B - DIFERENÇAS ENTRE DIREITO E MORAL	
1. Dificuldades no tratamento da questão	
2. Necessidade de posicionar-se sobre o tema	
C - RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL	
1. Teoria do mínimo ético	
2. O perigo de uma legitimação acrítica do direito	
3. A tensão entre idealismo e realismo	
APÍTULO V - IDEOLOGIA E DIREITO	
A - Origens do termo ideologia	60
1. Destutt de Tracy e a ideologia como ciência das idéias	60
2. Napoleão Bonaparte e a crítica aos ideólogos	
B - O CONCEITO MARXISTA DE IDEOLOGIA	
1. Ideologia e conflito de classes	
2. Virtudes do conceito marxista de ideologia	
3. Críticas ao conceito marxista de ideologia	64
C - Procedimentos da ideologia	
1. Inversão	
2. Naturalização	
3. Dissimulação	
D - IDEOLOGIA E CIÊNCIA DO DIREITO	
1. Concepção jurídica do mundo	
2. A dimensão ideológica dos conceitos jurídicos	
a) Direito objetivo e direito subjetivo	
b) Direito de propriedade	72
c) Direito de família: casamento e união estável	73
APÍTULO VI - PLURALISMO JURÍDICO	76
A - A HISTÓRIA DE AGNALDO	76
1. Questões	78
B - Direito e Estado	78
1. Perspectiva monista e senso comum dos juristas	78
2. Estado e organizações criminosas	79
3. Pluralismo jurídico	81
C - DIMENSÃO IDEOLÓGICA DA OPOSIÇÃO ENTRE MONISMO E PLURALISMO	83
1. O conceito de direito e outras definições persuasivas	
2. O termo direito como variável axiológica	
3. Conteúdo ideológico do conceito de direito	
APÍTULO VII - CIÊNCIAS JURÍDICAS	88
A - Enfoques teóricos	
1. Zetética	
2. Dogmática	89
3. Distinções entre os enfoques dogmático e zetético	90
4. Complementaridade entre zetética e dogmática	
B - HISTÓRIA DO DIREITO	92
1. Zetética e dogmática na história	93
C - SOCIOLOGIA JURÍDICA	94
D - DOGMÁTICA JURÍDICA	95
1. Esclarecimentos sobre a terminologia	95
a) Dogmática jurídica e ciência do direito	95

b) Dogmática jurídica e Jurisprudência	
c) Abrangência da expressão dogmática jurídica	
2. Caracterização da dogmática jurídica	
a) O enfoque dogmático sobre o direito	
b) A dogmática como pensamento tecnológico	
c) A dogmática e a questão da decidibilidade	
d) A dogmática e a questão da previsibilidadee) Objeto da dogmáticae	
3. A complementaridade dos enfoques teóricos do direito	
E - FILOSOFIA DO DIREITO	
F - TEORIA GERAL DO DIREITO	
1. Caracterização geral da disciplina	
2. Autonomia da teoria geral do direito	
CAPÍTULO VIII - FONTES DO DIREITO POSITIVO	
A - O CONCEITO TRADICIONAL DE FONTE DE DIREITO	
1. Fontes formais e materiais	104
B - FONTES FORMAIS DO DIREITO POSITIVO CONTEMPORÂNEO	
1. Costume	
a) Hábito e Costume	
b) Elementos do direito consuetudinário	
c) O costume na sociedade contemporânea	
a) Lei e centralismo estatal	
b) Sentidos material e formal da palavra <i>lei</i>	
c) A estrutura do ordenamento jurídico: hierarquia das leis	
d) Estrutura das leis	
3. Jurisprudência	
a) Sentidos da palavra jurisprudência	
b) A função criativa das decisões judiciais	111
c) A jurisprudência em sentido estrito	
4. Doutrina	114
5. O poder negocial	116
C - Críticas à teoria das fontes do direito	116
CAPÍTULO IX - PANORAMA HISTÓRICO	119
A - Direito Pré-histórico	120
1. Sociedades primitivas?	
2. Dificuldades para a reconstrução do direito pré-histórico	120
3. Crítica ao etnocentrismo	
4. O direito das sociedades tradicionais	
B - Direito mesopotâmico	
C - Direito egípcio	
D - Grécia	
E - ROMA	
F - ALTA IDADE MÉDIA	128
1. Raízes do pluralismo jurídico (séculos VI a VIII)	
2. Império Carolíngio (séculos VIII e IX)	
3. Feudalismo (séculos X a XII)	
G - BAIXA IDADE MÉDIA	
1. Renascimento do direito romano (séculos XII e XIII)	
2. Direito comum e pluralismo jurídico	
2 0	
3. Transição para a Idade Moderna (séculos XIV e XV)	
H - IDADE MODERNA (SÉCS. XVI A XVIII)	
1. Início do projeto de redução do pluralismo	
I - REVOLUÇÕES BURGUESAS	
J - ATUALIDADE	
CAPÍTULO X - TEORIAS SOBRE O DIREITO	
A - JUSNATURALISMO	136 136

a) O direito, visto pelos jusnaturalistas	136
b) Teses fundamentais do jusnaturalismo	136
c) Pluralidade de jusnaturalismos	137
d) O problema essencial do jusnaturalismo	
2. Teorias jusnaturalistas	138
a) O jusnaturalismo na Antigüidade	138
Grécia: jusnaturalismo teológico na Antígona de Sófocles	
2. Grécia: jusnaturalismo em Aristóteles	
3. Roma: Cícero e o jusnaturalismo	
b) O jusnaturalismo teológico na Idade Média	
c) O jusnaturalismo na Idade Moderna	
1. Jusnaturalismo teológico	
2. Transição para um jusnaturalismo racionalista (jusracionalismo)	
3. Teorias jurídicas ligadas ao iluminismo	143
d) A cristalização do direito natural nos códigos	
B - POSITIVISMO JURÍDICO	
1. Declínio do jusnaturalismo e ascensão do positivismo	
a) Historicismo	146
b) Mudanças no contexto social	
c) Mudanças na estrutura econômica	
2. Características do positivismo jurídico normativista	
a) Positivismo e democracia      b) Aspectos ideológicos do positivismo normativista	150
	152
4. Hans Kelsen e a reação contra o positivismo sociológico	
C - Crise do positivismo jurídico	
1. Renascimento do jusnaturalismo	
2. A busca do equilíbrio entre zetética e dogmática	
D - REALISMO JURÍDICO	
1. Crítica realista ao conceito de obrigação jurídica	
2. A quem se dirigem as normas?	
3. Criticas ao realismo	
E - Teorias críticas do direito	161
1. Caracterização das teorias críticas	161
2. O direito alternativo no Brasil	162
3. Elementos comuns às teorias críticas	163
a) A dimensão ideológica do direito	
b) O conceito de direito	
c) Críticas ao modelo de ensino	166
4. Crítica das teorias críticas	167
FONTES BIBLIOGRÁFICAS	169
ÍNDICE REMISSIVO	173

## Prefácio

Vários são os cursos introdutórios que apresentam o direito apenas tal como ele é visto pelo senso comum dos juristas. Segundo essa perspectiva, o jurista é um técnico que deve operar bem os seus instrumentos de trabalho e, por isso, introduzir o estudante ao mundo jurídico significa oferecer-lhe os conceitos básicos da dogmática positivista e, dessa maneira, ensinar-lhe o modo *correto* de pensar o direito.

Cursos que adotam essa perspectiva distinguem o direito da moral para justificar o fato de que a validade das normas jurídicas independe do seu conteúdo ético; esclarecem as distinções entre mundo dos fatos e mundo do direito para ressaltar que o jurista deve se preocupar apenas com relações de dever-ser; explicam as relações entre direito subjetivo e direito objetivo para evidenciar que toda a preocupação do jurista deve girar em torno das normas; enumeram as fontes do direito para salientar que apenas as leis são realmente capazes de criar direitos e obrigações; discorrem sobre as ciências que tratam do direito para privilegiar-se o estudo dogmático.

Além disso, tais cursos ensinam que *ubi societas, ibi ius* ("onde há sociedade, há direito") para fortalecer a idéia que as normas jurídicas estatais são o cimento de uma sociedade organizada, justa e solidária; separam o direito positivo do direito natural para salientar que apenas a vontade do Estado é obrigatória; e ensinam que a vontade do povo é a fonte de validade das normas, ao mesmo tempo em que afirmam que toda norma estatal é válida pelo simples fato de ser criada por autoridades constituídas pelo próprio Estado: com isso, identificam ideologicamente a vontade do Estado com a vontade do povo.

Optar por esse modo de introduzir ao direito implica contribuir para a reprodução da ideologia tecnicista que está na base dessa perspectiva de ensino: como um futuro técnico, o estudante deve receber os conhecimentos que o capacitem a tomar parte da atividade jurídica prática, exercendo as funções de advogado, juiz ou promotor. E, dado que a prática jurídica é fundada no senso comum dos juristas (que eles próprios chamam indevidamente de ciência do direito), basta o professor transmitir aos alunos os conhecimentos prontos e acabados correspondentes aos modos estabelecidos de se interpretar e aplicar o direito. Com isso, o estudante é ensinado a responder (em alguns casos não seria exagero dizer adestrado a oferecer as respostas que o professor deseja) e não estimulado a perguntar.

Machado de Assis, em um de seus textos de fina ironia, contou a história de um pai que explicava a seu filho que, no tocante às idéias, se ele queria ser um homem importante, melhor seria não as ter¹. Com isso, ele repetiria sempre as noções do senso comum, que a ninguém desagradam e que, ditas com estilo, parecem ser as mais absolutas verdades. Parece ser esse, muitas vezes, o conselho implícito na introdução ao direito: não discuta os dogmas, decore as definições, aprenda as verdades estabelecidas e conheça as leis, pois esse é todo o conhecimento de que precisas.

Acontece, porém, que nenhuma das afirmações feitas em um curso de direito é inocente. Nosso conceito de direito define a nossa compreensão sobre o papel social do direito e determina a maneira como interagimos com as normas jurídicas. Conseqüentemente, o conceito de direito define as relações que cada um de nós estabelece com o poder político organizado e com as ordens que dele emanam. Cada uma das respostas dadas às questões fundamentais sobre o direito representa uma tomada de posição ideológica: não se trata da busca de uma verdade neutra, mas do estabelecimento de uma forma valorativamente adequada de compreender a sociedade e relacionar-se com ela. E vestir um posicionamento ideológico com um manto de

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> ASSIS, Obra completa, vol. II [Papéis Avulsos: Teoria do Medalhão], pp. 288-295.

cientificidade não parece a opção mais honesta a se tomar, especialmente frente a alunos iniciantes, que ainda não aprenderam a desmontar esse tipo de armadilha e costumam acreditar demasiadamente na autoridade do professor.

Não obstante, o professor que ensina o direito sob esse enfoque tem grandes chances de ser bem visto pelos seus alunos, pois boa parte deles ingressa no curso justamente em busca desse conhecimento técnico. O objetivo desses estudantes não é o de conhecer o direito, mas de aprender a operá-lo, tal como um mestre-de-obras que é capaz de erguer uma casa embora não conheça os fundamentos da física. Todavia, a comparação entre o direito e a construção não nos leva muito longe, pois ela acentua o aspecto técnico dessas duas artes, mas oculta a dimensão ética que não pode ser destacada da atividade jurídica. E ensinar a técnica jurídica sem discutir seus limites epistêmicos nem seus pressupostos éticos serviria apenas para reforçar a mentalidade tecnicista que domina os dias contemporâneos.

Por tudo isso, esta introdução ao direito busca escapar do viés tecnicista e, ao invés de estimular no estudante uma postura de aceitação passiva das verdades estabelecidas, busca proporcionar momentos de reflexão sobre o direito, voltados a uma compreensão crítica dos conceitos e das questões jurídicas fundamentais: O que é o direito? Em que medida o direito é uma questão de normas? Quais são as ligações entre direito e moral? Qual é a origem do nosso modelo jurídico atual? Existe uma interpretação correta para cada caso? Cada uma dessas perguntas pode ser respondida de várias formas, e creio que a função da disciplina introdutória não pode ser a de impor uma resposta determinada, mas a de preparar o estudante para compreender a fundo os problemas e posicionar-se frente a eles com autonomia.

Dessa forma, considero que os estudantes devem ser formados para aliar o domínio da técnica<sup>2</sup> à consciência dos valores éticos ligados ao direito. Com isso, talvez seja possível formar um profissional que não se limite a saber operar o direito de maneira competente, mas que tenha capacidade de refletir sobre o seu papel na sociedade e tomar parte na definição dos novos rumos do direito, em vez de limitar-se a aplicar as normas postas, repetindo os padrões da dogmática vigente.

...

Este livro é baseado nos cursos de Introdução ao Direito I oferecidos aos estudantes de direito da Universidade de Brasília (UnB) e do Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB). Nessa medida, possui todas as limitações inerentes a uma obra didática, com sua abrangência e profundidade restritas ao que se pode explorar no primeiro semestre do curso. E, como toda disciplina é uma empresa comum, na qual se unem os esforços tanto dos professores como dos estudantes, tem influência no conteúdo dessa obra cada um daqueles que participaram das aulas que deram origem a este texto, do qual somos co-autores. Agradeço, portanto, a todos aqueles que leram, criticaram e contribuíram para a construção deste trabalho.

Por fim, gostaria de deixar aqui o meu endereço eletrônico — alexandre.araujo.costa@gmail.com —, esperando que a ele sejam enviados quaisquer comentários, críticas ou dúvidas em relação à presente obra.

Alexandre Costa Brasília, outono de 2006.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Que é um objetivo importante a ser alcançado, embora não se deva tê-lo como única finalidade relevante.

# Introdução

# A - A introdução ao direito como uma visita guiada

Cada disciplina de um curso superior, especialmente as introdutórias, pode ser entendida como uma espécie de visita guiada<sup>3</sup>. Quase todos nós já percorremos algum roteiro de visitação, seja de um museu, de um parque, de uma cidade ou qualquer outro. Quando visitamos o edifício do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, somos conduzidos por uma série de salas e, em cada uma delas, alguns aspectos são ressaltados: uma peça de mobília aqui, as fotos dos ministros mais adiante, a história de um determinado objeto exposto. Todavia, você não pode entrar em todos os locais, não pode demorar-se o quanto deseja, não pode tirar todas as suas dúvidas.

Porém, isso não é propriamente um defeito das visitas guiadas, mas uma limitação inerente a qualquer roteiro previamente traçado, pois não se trata de uma dificuldade que pode ser suplantada. Para esclarecer melhor essa idéia, suponha que você é convidado para ser guia de um museu e que lhe peçam que desenvolva um roteiro básico para que os visitantes possam conhecer algumas partes significativas do acervo. Quanto maior o museu, maior a dificuldade em escolher quais serão as obras ressaltadas e, de antemão, você sabe que, qualquer que seja a sua opção, ela será qualificada como injusta por vários especialistas — fato comum em qualquer seleção ou antologia.

Nesse momento, é preciso enfrentar um outro dilema: você deve priorizar a profundidade na apresentação de algumas obras significativas ou a construção de uma idéia abrangente do acervo? Quanto maior o número de trabalhos apresentados, mais amplo será o conhecimento sobre o museu. Entretanto, como é preciso percorrer o roteiro em um tempo limitado, toda ampliação significará uma perda de profundidade.

Feita essa opção é preciso dispor as obras em uma certa ordem. Você deve optar por uma simples ordem cronológica? Ou por ressaltar as características mais marcantes de cada escola? Ou por mostrar como vários artistas enfrentaram um mesmo problema? Ou deve seguir a ordem numérica das salas do museu? São várias as perspectivas que você pode adotar e parece que nenhuma delas é assim tão melhor que as outras. Com isso, fica claro que o roteiro de visita não será a apresentação do museu em si, mas a apresentação de uma determinada perspectiva sobre o museu: a sua perspectiva, como autor do roteiro.

Essa mesma observação é válida para qualquer disciplina de graduação. Ao estudante precisa ser apresentada uma certa área do conhecimento, mas o conteúdo é tão grande que ele poderia debruçar-se sobre o tema pelo resto de sua vida e não esgotaria o assunto. Embora isso também aconteça em relação às matérias mais específicas, o problema é especialmente acirrado nas disciplinas introdutórias, pois o universo dentro do qual as perspectivas deverão ser selecionadas é muito maior. Portanto, convém admitir, como Michel Miaille, que não há um modo correto de promover a introdução ao direito, mas que "há introduções possíveis, cada uma com a sua racionalidade, algumas vezes com o seu interesse, e, em qualquer caso, com as suas conseqüências"<sup>4</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> A comparação que realizamos entre uma disciplina introdutória e uma visita guiada é inspirada na obra de Michel Miaille. [MIAILLE, *Introdução crítica ao direito*, pp. 16-19].

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> MIAILLE, Introdução crítica ao direito, p. 17.

# B - Perspectiva adotada no curso

Um dos expedientes mais utilizados nas visitas guiadas é o de mostrar apenas a face bela dos objetos a serem apresentados. Mostramos aos convidados o salão de festas, mas não o levamos para conhecer a cozinha ou os dormitórios dos empregados. Mostramos a beleza de uma igreja gótica que demorou 200 anos para ser construída e não falamos da quantidade de pessoas que morreram em sua edificação ou do quanto a população miserável teve que contribuir para que fosse erguida a catedral.

Quando um amigo vem visitar-nos em Brasília pela primeira vez, nós o levamos para conhecer a Praça dos Três Poderes, a Esplanada dos Ministérios, a Catedral, e também passeamos um pouco pelo Plano Piloto e seus Eixos. Todavia, esses locais aprazíveis fazem parte da cidade tanto quanto as quadras residenciais, os loteamentos irregulares e os assentamentos sem iluminação, sem asfalto e com esgoto correndo a céu aberto. Brasília é composta por todas essas partes e seria ingenuidade pensar o contrário. Porém, quando resolvemos mostrar a cidade a um amigo, nós costumamos levá-los apenas às partes das quais nos orgulhamos.

Isso se justifica porque apresentamos ao nosso visitante justamente aquilo que ele deseja ver. Contudo, no tocante ao direito, você não é um mero visitante eventual. Se você optou por este curso, precisa conhecer não apenas os belos monumentos, mas as várias faces dos fenômenos jurídicos. Portanto, não parece adequada a abordagem apologética que permeia várias das obras de introdução ao direito.

Se a nossa sociedade fosse homogênea, justa e igualitária, poderíamos esperar que o seu direito também o fosse. Mas, como todos sabem que a nossa sociedade é heterogênea, contraditória e desigual, seria irrazoável esperar que o nosso direito não compartilhasse as mesmas características. Entretanto, as disciplinas introdutórias muitas vezes se furtam a apresentar o direito nas suas faces discriminatórias e injustas, naquelas perspectivas em que o direito real distancia-se imensamente dos nossos ideais.

Evitar esse reducionismo, contudo, é especialmente difícil em uma disciplina introdutória, na qual o que pode ser apresentado aos estudantes não é o direito em toda a sua complexidade, mas uma visão bastante simplificada da realidade jurídica. Colocase, então, o dilema entre amplitude e profundidade: se decidirmos percorrer todos os cômodos que formam o edifício do direito, nossa visita guiada não poderá passar de uma rápida passagem pelos corredores; porém, se decidirmos aprofundar o estudo de cada minúcia, não será possível ter uma visão geral da construção. Em suma, como o nosso tempo é limitado, quanto maior o número de questões abordadas, menor a atenção que cada uma delas poderá receber.

A solução que me parece mais adequada a esse dilema é buscar um equilíbrio razoável entre amplitude e profundidade, admitindo desde logo que nem todas as portas importantes serão abertas e nem todos os detalhes relevantes serão analisados. Portanto, o propósito do livro é abordar um número razoável de problemas e estudá-los de forma minimamente aprofundada, explicitando algumas das incertezas e contradições relativas ao direito contemporâneo.

Esse tipo de abordagem certamente causará certo incômodo àqueles estudantes acostumados com um ensino dogmático que se limita a transmitir verdades prontas. O ensino médio é normalmente fundado em uma relação de ensino-aprendizagem na qual o aluno é um mero receptor das mensagens passadas por um professor que tem o dever de transmitir conhecimentos verdadeiros. Muitas vezes, o estudante é estimulado a decorar acriticamente os ensinamentos repassados, um tipo de enfoque que não serve como base a um ensino superior de qualidade. Se o ensino médio infelizmente ainda acostuma o aluno à idéia de que existe sempre uma solução indubitavelmente correta e um conhecimento absolutamente verdadeiro, é preciso que o estudante de ensino superior compreenda que isso simplesmente não existe.

Há sempre um conflito entre diversas visões de mundo, entre diversos paradigmas, entre diversas posturas éticas e teóricas, o que leva à coexistência de interpretações contraditórias para os mesmos fatos. O professor não pode fazer muito mais que descrever as questões relevantes e explicá-las a partir de diversas perspectivas. Assim, embora o professor deva expor aos alunos a sua opinião, não lhe cabe impor aos estudantes a sua visão sobre o assunto, pois a opção entre as diversas correntes que se contrapõem é sempre uma escolha valorativa que não pode ser imposta a ninguém como uma verdade objetiva. Por isso, soa muito estranha a pergunta que quase inevitavelmente se segue à exposição de uma matéria controvertida: *e então, professor, qual é a opinião correta?* Embora alguns estudantes demorem algum tempo para acostumar-se com a idéia de que não existe uma opinião absolutamente verdadeira, essa consciência é necessária para a construção de um conhecimento crítico<sup>5</sup>.

Além disso, é preciso deixar claro desde logo que a função típica de um professor de ensino médio difere imensamente da função desejável de um professor de ensino superior. Enquanto do primeiro se espera que ele transmita um certo conjunto de informações ao aluno (que normalmente as recebe passivamente), o professor universitário é mais um guia que um transmissor de conhecimentos. Por isso, a qualidade do ensino está muito mais ligada ao esforço de leitura e compreensão do estudante que à capacidade técnica ou didática do professor. Logo, a qualidade da formação acadêmica do estudante está, fundamentalmente, em suas próprias mãos, motivo pelo qual se espera dele um papel (cri)ativo e crítico.

Em especial, é preciso deixar claro que o mero assistir às aulas, ainda que atento, pode até resultar em aprovação nas disciplinas e um diploma ao final do curso, mas não é suficiente para garantir uma formação de qualidade. É uma pena que muitos somente descubram após os primeiros exames que o esforço que deles se esperava não se limitava à apreensão passiva das exposições em sala. Contudo, é ainda mais lamentável que alguns somente descubram depois de formados quanto tempo eles desperdiçaram e o quanto foram inúteis os seus estudos de véspera de prova.

# C - Processo de compreensão

Desde o início do século XX, e especialmente a partir dos anos cinqüenta, vêm sendo desenvolvidas em vários campos do conhecimento algumas teorias que apontam em um sentido comum: retomam elas a antiga idéia de que a compreensão é feita a partir do relacionamento dinâmico entre as noções particulares e o contexto formado pela soma dessas idéias. No campo filosófico, essa perspectiva é a base da teoria hermenêutica, que ganhou consistência na obra Verdade e Método, de Hans-Georg Gadamer. No campo da educação, posturas semelhantes inspiraram a teoria da aprendizagem significativa, desenvolvida por David Ausubel.

#### 1. Aprendizagem significativa

Ausubel diferenciava dois tipos de aprendizagem: mecânica e significativa. Afirmava que, na aprendizagem mecânica, os conceitos são apreendidos de forma literal e assistemática, sem interagir com os conceitos anteriormente presentes na estrutura

\_

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Certamente, isso não quer dizer que não haja posições dominantes em determinados contextos. Todavia, o fato de uma opinião ser dominante não a torna automaticamente verdadeira. Embora, até o século XVI, a idéia de que o sol girava em torno da Terra fosse uma opinião absolutamente dominante, é duvidoso que se pudesse qualificá-la de verdadeira.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Essa idéia de relação entre o particular e o contexto tem origens muito anteriores ao século XX. O princípio de que o todo se entende com referência à partes e vice-versa já era utilizado de uma maneira consistente nos métodos de interpretação bíblica desenvolvidos com a Reforma Protestante, há quase cinco séculos.

cognitiva<sup>7</sup>. O exemplo típico dessa espécie de aprendizagem é o *decorar*. Em oposição a esse conceito, Ausubel desenvolveu a noção de *aprendizagem significativa*, na qual as novas informações são compreendidas a partir do seu relacionamento com os conceitos dos quais a pessoa já dispunha. Assim, os conceitos anteriormente aprendidos funcionam como um *ancoradouro*, no qual as novas informações podem se firmar.

Pode-se dizer, então, que a aprendizagem significativa ocorre quando a nova informação *ancora-se* em conhecimentos especificamente relevantes<sup>8</sup> preexistentes na estrutura cognitiva. Ou seja, novas idéias, conceitos, proposições podem ser aprendidos significativamente (e retidos) na medida em que outras idéias, conceitos, proposições relevantes e inclusivos estejam adequadamente claros e disponíveis na estrutura cognitiva do indivíduo e funcionem, dessa forma, como ponto de ancoragem para os primeiros.<sup>9</sup>

### 2. Pré-compreensão

A idéia de que a compreensão somente ocorre quando é possível estabelecer relações entre a informação recebida e o conjunto dos conceitos que o sujeito já possui na sua estrutura cognitiva também foi explorada pela teoria hermenêutica — sendo que aquilo que Ausubel chamava de *aprendizagem significativa*, Gadamer chamava simplesmente de *compreensão*.

A teoria hermenêutica parte da premissa de que é impossível compreender um assunto a respeito do qual não se tem qualquer idéia. Isso evidencia a maior das dificuldades em uma disciplina introdutória: como os estudantes têm pouco conhecimento sobre a matéria, é difícil escolher os pontos de partida e organizar as informações de modo que elas possam ser *ancoradas* umas nas outras. Entretanto, se é possível alguma espécie de aprendizagem, é porque os estudantes conhecem previamente vários dos conceitos a serem abordados, ainda que de forma superficial.

Por exemplo, caso começássemos a discutir a complexa questão das reformas do Poder Judiciário, você certamente entenderia o problema, ao menos em linhas gerais. Todavia, essa compreensão não seria muito aprofundada, devido à falta de conhecimento sobre as normas que regem o Judiciário, sobre os modos como essas regras são aplicadas (ou não), sobre os modelos existentes em outros países, sobre os projetos que foram propostos e as discussões realizadas sobre eles, etc. Da mesma forma, se você assistisse a um congresso de direitos humanos que tratasse da situação jurídica dos refugiados de guerra, parte da discussão seria entendida e parte não.

O que torna compreensíveis, ainda que parcialmente, as discussões acima citadas é o fato de que todos nós temos algumas noções básicas sobre o universo jurídico. Por exemplo, todos somos capazes de entender as idéias de que existem alguns direitos que devem ser respeitados, que pode haver direitos inerentes à pessoa humana e que pode haver um órgão cuja função é resolver os conflitos sociais a partir da aplicação das normas preestabelecidas. E é por isso que não há dificuldade na compreensão das frases Agnaldo tem direito à vida e a não ser escravizado por Rodrigo ou que o juiz Nicolau julgou o caso em que Odete foi acusada de homicídio.

Todos nós temos alguma experiência com a linguagem normativa, que é típica do direito assim como da moral ou das convenções sociais. Sabemos o que significa permitir e proibir, sabemos que podemos ser julgados e punidos se fizermos algumas coisas, sabemos que as regras podem ter exceções. É com base nessa experiência normativa (compartilhada por todos os membros de nossa sociedade) que você pode esperar entender alguma coisa sobre o direito. Utilizando o vocabulário típico da teoria

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> MOREIRA, Aprendizagem significativa, p. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Chamados por Ausubel de conceitos subsunçores.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> MOREIRA, Aprendizagem significativa, p. 11.

da aprendizagem significativa, é nessas idéias, razoavelmente genéricas, que os conhecimentos jurídicos específicos serão ancorados.

Cada pessoa tem uma série de pontos de vista sobre o mundo, que são frutos das suas experiências pessoais. Se falarmos em *vestibular*, você agregará a essa palavra uma série de idéias. Se falarmos em *escravidão*, você ligará a esse termo um outro conjunto de noções. E é a existência dessas idéias que nos permite estabelecer uma comunicação adequada, pois a compreensão de enunciados como *o vestibular deveria ser substituído por outro tipo critério de admissão* ou *existe trabalho escravo no Brasil.* A noções desse tipo, Gadamer chamou de prejuízos: juízos prévios sobre as coisas que se apresentam a nós e que formam uma base para a compreensão, servindo como ancoradouro das novas informações

No entanto, como a palavra *prejuízo* adquiriu no português contemporâneo um significado específico, ligado à noção de perda, não convém utilizar esse termo para traduzir a concepção gadameriana. Busquemos, então, outras palavras. Que tal preconceito? Esse termo também apresenta inconvenientes, já que adquiriu um sentido específico, ligado à idéia de discriminação e não de conceito prévio¹o.

Por causa desses problemas lingüísticos, chamaremos de *pré-compreensões* as idéias preconcebidas que temos sobre o mundo. Quando digo a você que o direito é um conjunto de normas sociais obrigatórias, você é capaz de compreender o que eu digo porque conhece a língua portuguesa e tem pré-compreensões sobre o que é conjunto, o que é norma e o que é ser obrigatório. Você conhece outras espécies de conjuntos e tem experiência sobre o que é estar sujeito a uma norma obrigatória: voltar antes das duas da manhã, não ultrapassar o sinal vermelho, votar, etc.

Contudo, o entendimento que você atualmente tem da frase o direito é um conjunto de normas sociais obrigatórias, embora não seja vazio, é provavelmente muito incompleto. Apesar de conhecer todas as palavras que fazem parte dessa oração, você provavelmente nunca deve ter-se perguntado sobre quais são os tipos de normas existentes, sobre as conseqüências possíveis da violação de uma regra ou sobre a diferença entre uma norma e um comando. Percebe-se, então que as suas pré-compreensões ainda são muito limitadas no campo jurídico. E o objetivo da disciplina de introdução ao direito é justamente possibilitar o desenvolvimento dessas pré-compreensões, criando um ancoradouro adequado para as informações que serão objeto do restante do curso.

#### 3. Senso Comum

Chamamos de senso comum o conjunto de idéias compartilhadas pelos membros de uma comunidade, as quais são admitidas por todos sem uma reflexão prévia e, na maior parte das vezes, as pessoas que as repetem não são capazes de justificá-las. Faz parte do senso comum, por exemplo, a noção de que os raios caem, quando os cientistas acreditam que a maior parte dos raios vai da terra para o céu. Já fizeram parte do senso comum as idéias de que a Terra era achatada e que o Sol girava em torno da Terra. O tempo corre da mesma maneira em qualquer situação? Embora o senso comum diga que sim, um físico diria que não, pois, de acordo com a teoria da relatividade, o tempo corre mais devagar quando nos aproximamos da velocidade da luz.

Todavia, ao contrário do que se possa imaginar à primeira vista, o senso comum participa de forma decisiva no processo de compreensão. É apenas porque compartilhamos alguns pontos de vista sobre o mundo que conseguimos nos entender uns aos outros. E é o senso comum que nos fornece as pré-compreensões básicas, a partir das quais podemos desenvolver pontos de vista mais elaborados, mediante um processo de reflexão.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Aliás, o que chamamos de preconceito, em outras línguas é conhecido como *prejuízo*. Em inglês, por exemplo, *prejudice* significa preconceito.

As noções que você tem hoje sobre o direito devem ser apenas reflexos do senso comum. Costuma-se acreditar que os advogados são pessoas sem escrúpulos, que a justiça é lenta, que as leis são feitas para o bem da classe dominante, que um bom advogado pode livrar da cadeia um culpado, assim como incriminar um inocente. A maior parte dessas idéias, convenhamos, tem ao menos um fundo de verdade. Porém, o que caracteriza o senso comum não é estar repleto de afirmações falsas — longe disso! —, mas apenas de pontos de vista que são repetidos irrefletidamente, sem que possam ser justificados adequadamente. Por isso, o que precisamos não é simplesmente abandonar tais noções, mas refletir sobre as nossas concepções e sua adequação à realidade.

#### 4. Círculo Hermenêutico

Nesta disciplina, você deve identificar as suas pré-compreensões, refletir sobre elas e tentar desenvolvê-las, a partir de um processo de reflexão que normalmente é chamado de círculo hermenêutico. Uma das apresentações mais sistemáticas desse conceito é a que encontramos na obra do já citado filósofo alemão Hans-Georg Gadamer<sup>11</sup>.

Simplificadamente, Gadamer afirmava que uma idéia somente pode ser compreendida dentro de um contexto e que o contexto somente pode ser compreendido a partir dos pontos de vista que o compõem. Quando recebemos uma informação nova, avaliamos esse dado com base nas nossas pré-compreensões. Com base nessas compreensões, *projetamos* um sentido para todo o texto ou situação analisada, projeção esta que pode ser confirmada ou não pelo aprofundamento do processo de compreensão. Segundo Gadamer:

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete projeta um sentido para o texto como um todo. O sentido inicial só se manifesta porque ele está lendo o texto com certas expectativas em relação ao seu sentido. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente no desenvolvimento dessa projeção, a qual tem que ir sendo constantemente revisada, com base nos sentidos que emergem à medida que se vai penetrando no significado do texto. 12

Dessa forma, o entendimento do texto envolve um constante projetar de sentidos, com base nas pré-compreensões do intérprete. Entretanto, ao mesmo tempo em que uma idéia somente pode ser compreendida por meio das pré-compreensões que uma pessoa já possui, toda informação recebida contribui para a mudança do conjunto das pré-compreensões. Assim, embora sirvam como base necessária para o entendimento, as pré-compreensões vão-se transformando a cada passo.

Para entender essa teoria, é útil apelarmos para o exemplo de um filme que tenha um bom roteiro — excluímos, desde já, aqueles em que já se sabe o final antes de começar a sessão. Quantas vezes entendemos o significado de uma cena que acontece no início do filme apenas quando chegamos ao final da história? Quantas vezes saímos do cinema relembrando os episódios iniciais e revendo o modo como eles deveriam ser interpretados? Isso acontece porque cada cena particular somente pode ser entendida dentro do contexto da obra completa. Todavia, a obra completa é formada pela seqüência dos episódios particulares.

<sup>12</sup> GADAMER, *Verdade e metodo*, p. 402 e *1 ruth and method*, p. 267. Como a versao brasileira to texto apresenta algumas divergências com relação à tradução inglesa, fizemos um cotejo entre as duas versões.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> GADAMER, *Verdade e método*, pp. 400 e ss. Convém ressaltar que Gadamer desenvolve o conceito de círculo hermenêutico a partir das concepções de outro filósofo alemão, Martin Heidegger. Para uma o estudo desta noção dentro do campo jurídico, vide LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, pp. 242 e ss. <sup>12</sup> GADAMER, *Verdade e método*, p. 402 e *Truth and method*, p. 267. Como a versão brasileira to texto

Logo que começamos a assistir um filme, formamos uma série de expectativas com relação ao significado de cada cena que nos é apresentada. Essas *projeções* de sentido, esses *projetos* de interpretação, resultam da avaliação do roteiro a partir de nossas précompreensões. Todavia, a cada nova informação recebida, essas *projeções* de sentido vão sendo alteradas, o que implica uma modificação gradual no sentido que atribuímos ao filme. Além disso, cada vez que se modifica a nossa projeção de sentido sobre o filme, mudam também os significados que atribuímos às cenas anteriores.

Como observou Gadamer, "esse constante processo de *reprojetar* constitui o movimento do compreender e do interpretar"<sup>13</sup>. Nesse processo de vai-e-vem, a nossa compreensão sobre a obra vai sendo alterada, pois temos necessidade de integrar as novas cenas em um contexto coerente; além disso, a nossa compreensão de cada cena particular vai sendo modificada à medida em que muda nossa compreensão sobre o filme como um todo. Dessa forma, tal como cada cena não pode ser compreendida fora do conjunto da obra, o filme não pode ser entendido senão a partir da compreensão de cada cena particular e das relações entre elas.

Essa conexão entre o entendimento do todo e o das partes é tão aplicável ao cinema quanto ao direito ou a qualquer outro objeto de conhecimento. Na medida em que tentamos harmonizar as informações que recebemos com as que já tínhamos, as nossas visões sobre o mundo são enriquecidas e as nossas pré-compreensões tornadas mais complexas e refinadas.

Entretanto, como o conjunto das nossas pré-compreensões forma a base na qual podemos ancorar os novos conhecimentos, a nossa capacidade de compreender é limitada pela extensão e profundidade das nossas pré-compreensões. Em outras palavras, nós temos um horizonte de compreensão, que envolve todos os nossos conhecimentos e funciona como um limite para a nossa capacidade de compreender coisas novas. À medida que nossas pré-compreensões são enriquecidas, esse horizonte é ampliado e nos tornamos capazes de compreender novos tipos de informações.

No momento em que recebemos uma informação nova (p.ex: a cena inicial de um filme) não somos capazes de perceber todas as suas implicações. Se eu digo a você que há uma norma jurídica exige que as leis tratem igualmente as pessoas que se encontrem em situações idênticas, essa provavelmente seria uma informação nova, a qual aumentaria o seu conjunto de conhecimentos. Entretanto, essa afirmação tem um significado maior para quem sabe que essa regra jurídica é a expressão de um valor moral, que existe uma série de dificuldades para a sua aplicação na prática, que ela está presente no direito de outras nações, que os juízes brasileiros a utilizam de forma mais freqüente que em outros países etc.

Para entender o significado de uma informação particular, é preciso compreender as suas relações com as outras informações que temos: é preciso entendê-la como parte de um conjunto maior de conhecimentos. Na medida em que relacionamos essas novas informações com aquelas que já tínhamos, passamos a conhecê-las melhor. O resultado desse processo, contudo, é sempre provisório, pois ele é modificado sempre que recebemos uma nova informação.

Dessa forma, passamos do particular para o contexto e do contexto para o particular de uma forma cíclica e contínua, motivo pelo qual chamamos esse processo de círculo hermenêutico. Todavia, uma metáfora mais adequada para descrever a compreensão seria a imagem da espiral, pois, a cada volta, em vez de retornarmos ao mesmo lugar, avançamos para níveis maiores de complexidade e aprofundamento. Como você já deve ter percebido, trata-se de um processo infinito, sendo impossível afirmar que, em um dado momento, teremos chegado à conclusão definitiva.

-

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> GADAMER, Verdade e método, p. 402 e Truth and method, p. 267.

Para compreender melhor essas idéias, analisemos o exemplo de uma obra literária. É quase certo que a interpretação que fazemos das partes iniciais de um livro será modificada várias vezes até que cheguemos ao final da história. Além disso, a cada vez que relemos um livro, novos aspectos abrem-se à nossa compreensão e a idéia que formamos na segunda leitura será sempre diversa da primeira interpretação. Dessa forma, assim como as nossas interpretações sobre as partes vão sendo modificadas à medida que muda a nossa compreensão do todo, como voltas na grande espiral da compreensão, a nossa interpretação sobre o todo vai sendo modificada a cada vez que aprofundamos nossas análises.

Portanto, nenhuma das interpretações que elaboremos poderá ser considerada final ou acabada: todas elas estarão sempre sujeitas a revisão e cada mudança em nossas idéias é um passo a mais em um caminho que não tem fim. Com isso, percebe-se que esse modelo rejeita a possibilidade de uma conclusão definitiva ou final, encarando a compreensão como um processo interminável, embora produtivo a cada passo.

Esse modelo do círculo hermenêutico sugere que devemos equilibrar o número de informações novas com a reflexão sobre elas. É preciso enriquecer o horizonte de compreensão com novas informações, mas esses novos dados somente serão integrados ao conjunto das nossas pré-compreensões mediante um trabalhoso processo de reflexão. Assim, enquanto uma pequena quantidade de novas informações acarretaria um conhecimento pobre, uma quantidade exagerada de informações poderia dificultar demasiadamente a reflexão.

Por isso, este curso deve processar-se da seguinte forma: em primeiro lugar, vamos fazer exposições sobre os vários assuntos, para aumentar o número de informações disponíveis. Em um segundo momento, buscaremos sempre refletir sobre essas informações, para que você possa assimilar os significados de cada uma delas, atualizando as suas pré-compreensões. Dessa forma, não é difícil perceber que o objetivo do curso não é transmitir definições preestabelecidas sobre direito, relação jurídica, sujeito de direito e outros tantos conceitos que normalmente são decorados acriticamente pelos estudantes de introdução.

Em vez de ensinar conhecimentos "verdadeiros" e definições "corretas", a finalidade deste curso é contribuir para que os estudantes reflitam sobre as suas próprias experiências e pré-conceitos. Portanto, não se espera que, ao final do curso, os alunos sejam capazes de recitar os conceitos jurídicos que refletem a teoria jurídica dominante. As expectativas são outras. Esperamos que cada estudante desenvolva sua pré-compreensão a tal ponto que seja capaz de compreender uma discussão jurídica de razoável complexidade e, além disso, torne-se habilitado a tomar parte dessas discussões, posicionando-se em relação aos problemas e justificando adequadamente seus pontos de vista.

#### 5. A postura discente frente ao aprendizado

Por fim, ressaltemos novamente a postura que se espera de um estudante de nível universitário. Afirmamos anteriormente que é necessário escolher os temas que serão abordados na disciplina introdutória de tal maneira que se harmonizem os imperativos de abrangência e profundidade, mas não tocamos em outra dificuldade fundamental: a escolha da ordem em que os conceitos serão apresentados.

Como diagnosticou Jacques Caillosse, em sua obra dedicada às dificuldades da introdução ao direito, os conceitos jurídicos desafiam um discurso linear, na medida em que eles fazem referências a noções que "se contêm e se condicionam mutuamente" 14. Por exemplo, tratar das fontes do direito antes de falar da história do direito apresenta tantas dificuldades quanto fazer o oposto, já que a devida compreensão de qualquer

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> CAILLOSSE, *Introduire au droit*, p. 7.

desses temas pressupõe um entendimento razoável sobre o outro. Dessa forma, a noção de círculo hermenêutico ganha uma importância especial no campo do direito, pois, como os conceitos jurídicos são interdependentes, o direito somente pode ser devidamente compreendido mediante a união dos vários conceitos particulares em um contexto global.

Portanto, deve-se descartar desde logo a idéia de que os conceitos jurídicos podem ser dispostos em uma "seqüência linear na qual as noções se sucedam e se encadeiem, sem jamais colidir, para conduzir, pouco a pouco, a conclusões necessárias"<sup>15</sup>. Assim, fica evidenciada a necessidade de um trabalho criativo por parte de todos aqueles que pretendam adquirir um conhecimento de qualidade: a recondução dos conceitos particulares e fragmentários a um contexto global é resultado do esforço individual de cada um. Nesse processo, o papel do professor é secundário, embora sua orientação possa ter alguma relevância. Com isso, aqueles estudantes que se limitarem a uma postura passiva, recebendo os conhecimentos e guardando-os em compartimentos estanques, não serão capazes de realizar essa operação e, conseqüentemente, não ultrapassarão o conhecimento superficial e fragmentário típico da aprendizagem mecânica.

# D - Multiplicidade, unidade e complementaridade no estudo do direito

Embora já tenhamos ressaltado a necessidade de conjugar o conhecimento das partes e o conhecimento do todo, falta ainda explorar alguns pontos ligados a essa temática, especialmente o modo como podemos enquadrar o multifacetado direito em uma perspectiva unitária.

Miguel Reale afirma com razão que "como fato social e histórico, o direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas" 6. Essa multiplicidade mostra-se em vários aspectos, inclusive no fato de o direito ser formado por uma soma de disciplinas particulares, como o direito constitucional, o direito administrativo, o direito comercial, o direito penal etc.

Cada um desses ramos do direito tem regras e princípios próprios, o que lhes confere certa autonomia. Por exemplo, enquanto no direito administrativo tudo o que não é permitido é proibido, no direito comercial tudo o que não é proibido é permitido. Contudo, apesar dessas diferenças, se tratamos todos esses ramos como partes do mesmo todo é porque pressupomos que eles têm algo em comum, sendo que essa interseção entre as várias disciplinas jurídicas formaria o núcleo do conceito de direito. Essas características fundamentais, que estão presentes em todos os fenômenos jurídicos, são os elementos que conferem unidade a toda experiência jurídica. Portanto, conhecer tais qualidades leva-nos a compreender o direito em sua unidade.

Todavia, a perspectiva unitária do direito não nos leva a conhecer todos os aspectos da experiência jurídica, pois cada disciplina particular tem uma série de características que lhe são peculiares. Por exemplo, um especialista em direito civil muitas vezes terá grandes dificuldades para compreender devidamente um problema constitucional, pois há nesses dois campos vários princípios muito diversos e até mesmo contraditórios.

Assim, é preciso adquirir uma visão do direito que harmonize a perspectiva unitária, que envolve as características comuns a todos os fenômenos jurídicos, com o conhecimento das peculiaridades de cada área do direito. Um sujeito que tenha apenas a visão geral, dificilmente terá capacidade para operar devidamente a técnica jurídica, a

\_

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> CAILLOSSE, *Introduire au droit*, p. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 3.

qual depende muito das regras próprias de cada ramo do direito. Por outro lado, uma pessoa que tenha apenas uma visão da sua disciplina particular não é capaz de perceber os pontos de contato entre as várias disciplinas.

Além disso, na medida em que o especialista concentra seus esforços apenas no estudo das peculiaridades do seu campo de interesse, ele pode perder de vista as relações existentes entre as várias disciplinas jurídicas e as suas influências recíprocas. Dessa maneira, além de não atingir uma visão unitária do fenômeno jurídico, ele também não se torna capaz de compreender a relação de complementaridade existente entre as várias partes do direito.

Tal como o corpo humano é formado por vários órgãos interdependentes, o direito é formado por várias disciplinas que se inter-relacionam. Quando um médico especializa-se demasiadamente e perde a noção do conjunto, seus pacientes certamente sofrerão as conseqüências: para curar uma doença nas articulações, pode-se receitar um remédio que causará problemas ainda maiores no estômago. Um médico que perde a noção de que o ser humano tem um lado psicológico e outro orgânico, pode ser incapaz de lidar com um problema de saúde que envolva os dois campos ao mesmo tempo. Por tudo isso, seria um grande equívoco formar médicos que conhecessem apenas de uma pequena especialidade. Ou você aceitaria tratar-se com um cardiologista que não tivesse a noção que os problemas cardíacos muitas vezes são apenas uma das facetas de um problema que envolve vários outros aspectos do seu corpo e de sua mente?

De forma similar, muitas vezes um problema de direito comercial somente será bem compreendido quando analisado à luz de partes do direito civil ou do direito penal. Já o direito constitucional precisa servir como pano de fundo para a análise de qualquer questão jurídica, pois toda norma específica deve ser interpretada em harmonia com os princípios contidos na Constituição. Um jurista que não seja capaz de compreender essas relações, as quais nem sempre são fáceis de se perceber, correrá um risco imenso de oferecer para um problema respostas equivocadas ou soluções que causariam danos maiores que as dificuldades iniciais.

Por tudo isso, parece tão inadequado formar generalistas incapazes de operar o direito em situações práticas como formar técnicos especializados incapazes de enxergar o direito sob uma perspectiva mais abrangente. Necessário, portanto, é harmonizar o conhecimento adequado das disciplinas jurídicas com uma perspectiva unitária do direito, a qual deve evidenciar a relação de complementaridade existente entre os vários ramos jurídicos.

É a partir da consciência desse problema que os cursos de direito são divididos em duas partes. Inicialmente, o estudante é levado a estudar uma série de disciplinas introdutórias, que lhe possibilitam ter uma visão geral e unitária dos problemas jurídicos<sup>17</sup>, bem como perceber as relações do direito com os outros fatores sociais<sup>18</sup>. Em um segundo momento, a ele são apresentadas os diversos ramos do direito, cada qual com as suas peculiaridades, pressupondo-se que, nesse ponto do curso, o estudante será capaz de compreender essas disciplinas em uma perspectiva unitária, percebendo as inter-relações existentes entre elas.

Dessa forma, o estudante que trabalhar cada matéria do curso como uma disciplina estanque, isolada das demais, estará perdendo um tempo precioso e não alcançará uma formação de qualidade. Em sentido contrário, aqueles que perceberem a complementaridade das várias disciplinas e forem capazes de desenvolver uma visão sistêmica terão realizado uma aprendizagem significativa e expandido o seu horizonte de

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Objetivo de cursos como os de Introdução ao Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Finalidade de cursos como Introdução à Filosofia, à Ciência Política, à Sociologia e à Economia.

compreensão, sendo então capazes de lidar devidamente com as complexidades inerentes aos problemas jurídicos.

# Capítulo I - O conceito de direito

## A - O direito visto pelo senso comum<sup>19</sup>

O senso comum dos juristas faz uma estreita ligação entre direito e Estado, entendendo que o direito é "o conjunto de normas de conduta obrigatórias estabelecidas ou autorizadas pelo próprio Estado e garantidas pelo seu poder"20. Para acentuar o fato de que o direito não é um conjunto desorganizado de normas, mas um sistema ordenado, os juristas referem-se freqüentemente ao direito utilizando as expressões ordenamento jurídico ou ordem jurídica. Com isso, transmite-se a idéia de que as normas jurídicas constituem um sistema harmônico, um conjunto ordenado e hierarquizado de leis.

Mas o senso comum não se limita a descrever a estrutura do direito<sup>21</sup>, indicando também as suas finalidades. De acordo com o senso comum dos juristas, o direito tem como finalidade organizar a sociedade, definindo os direitos e os deveres de cada pessoa e, com isso, possibilitando a criação de uma sociedade harmônica e justa. Nesse ponto, o mais comum é citar Aristóteles, dizendo que o homem é um *animal social*, para depois afirmar que isso torna necessário ao homem viver em sociedade e que, para que essa convivência seja possível, é imprescindível a criação de um sistema jurídico. Nas palavras de Miguel Reale, "podemos dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção, de solidariedade"<sup>12</sup>.

Dessa forma, o direito é visto como "lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros"<sup>23</sup>. Com isso, ficam evidenciadas as duas principais facetas do conceito de direito no senso comum: por um lado, trata-se de um conjunto de regras que orientam a conduta das pessoas e que são impostas pelo Estado; por outro, trata-se de um elemento necessário para a garantia das necessidades humanas de ordem e justiça.

Apesar de as idéias descritas neste ponto formarem uma noção de direito bastante arraigada no senso comum, os cursos introdutórios não se limitam a descrever esse conceito e dedicam boa parte de seu tempo à análise da questão *o que é o direito?* 

# B - O que é o direito?

Além de ser essa a primeira pergunta feita a qualquer estudante de ciências jurídicas, trata-se de uma questão que é recolocada várias vezes no decorrer dos cursos de introdução e de filosofia do direito. Todavia, por mais que essa pergunta seja repetida inúmeras vezes, é preciso admitir desde logo que não há para ela uma única resposta. Como observou o inglês Herbert L. A. Hart no primeiro parágrafo de seu livro *O conceito de direito*, "poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão *O que é o direito?*".24

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Os três primeiros pontos deste capítulo seguem, em linhas gerais, o raciocínio exposto por H. L. A. Hart no capítulo inicial de sua obra *O conceito de direito*.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> LATORRE, *Introdução ao direito*, p. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Ao afirmar que o direito é um conjunto ordenado de regras, o senso comum descreve a *estrutura* do direito, mostrando quais são os seus componentes e de que forma eles se organizam.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 2. Críticas a essas concepções são feitas no Capítulo V, D, 1.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> HART, O conceito de direito, p. 5.

Embora em algumas disciplinas acadêmicas também ocorra um questionamento aprofundado sobre o próprio objeto de estudos<sup>25</sup>, esse tipo de análise é ausente da maior parte das ciências. Ao contrário do que acontece no campo jurídico, não existe abundante literatura dedicada a responder a perguntas como o que é a física?, o que é a contabilidade?, ou o que é a medicina?. Nesses casos, tudo o que se exige dos novos estudantes é a leitura de "umas escassas linhas na página inicial de qualquer manual elementar"26, não sendo tais questões analisadas com profundidade.

Entretanto, o mesmo não ocorre no campo jurídico. Se apostilas voltadas para concursos públicos podem contentar-se com repetir as lições do senso comum e definir o direito como o conjunto das regras impostas pelo poder estatal, o mesmo não pode ocorrer em uma disciplina universitária. Quando um jurista pergunta o que é o direito?, ele não quer saber apenas o que as pessoas normalmente entendem por direito. Embora as noções do senso comum sejam a base necessária para a construção de conhecimentos mais aprofundados, isso não significa que as preocupações do jurista devem esgotar-se na mera descrição do senso comum.

No tocante ao direito, um dos principais limites do senso comum é o fato de que esses conhecimentos aplicam-se apenas a certos casos em que o conteúdo jurídico é absolutamente nítido. Todo cidadão com um nível cultural mediano sabe que as leis editadas pelo Congresso Nacional fazem parte do direito brasileiro e sabe que são inválidos os contratos que contrariam disposições legais. Sabe também que certos atos proibidos pelas leis podem ser punidos com penas de prisão e que uma pessoa que causa danos a outra deve pagar-lhe uma indenização.

Todavia, embora o senso comum descreva os casos-padrão, tal como o fato de a lei fazer parte do direito, ele não oferece resposta aos casos de fronteira. Para entender melhor esse problema, imagine que duas pessoas decidam jogar xadrez, mas que optem por não utilizar as rainhas. Nesse caso, teríamos uma variação do xadrez ou um outro jogo? Se você respondeu que se trata apenas de uma variação, imagine que eles retiraram do jogo também os bispos, depois os cavalos, depois as torres. Em que momento esse jogo deixaria de ser uma variação do xadrez e passaria a ser um outro jogo?

Questões como essa surgem também no campo jurídico. O chamado direito internacional<sup>27</sup> não possui várias das características que o senso comum liga ao direito, especialmente o fato de não haver uma autoridade superior que imponha o seu cumprimento aos vários países. Nesse caso, seria ele uma variação do caso-padrão de direito ou não mereceria ele ser chamado de direito? Há tanto juristas que defendem um quanto outro posicionamento.

Além de não tratar dos casos de fronteira, o senso comum tem conceitos muito imprecisos, não explicando de forma rigorosa o que é uma norma jurídica nem o que é o Estado, não definindo o que significa estar obrigado nem tratando das características que diferenciam o direito da moral ou das convenções sociais. Essa imprecisão de conceitos não causa problemas aos cidadãos comuns, pois a compreensão superficial que ela possibilita é suficiente para que eles resolvam seus eventuais problemas jurídicos. Todavia, do jurista é exigido o domínio de uma linguagem rigorosa, com conceitos jurídicos precisos, vários deles conhecidos apenas pelos especialistas. Assim, os profissionais do direito não podem limitar-se ao senso comum, sob pena de não terem capacidade de lidar com questões jurídicas de maior complexidade.

<sup>26</sup> HART, O conceito de direito, p. 5.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Por exemplo, a questão "o que é a filosofia?" causa, no mínimo, tantas perplexidades aos filosofos quanto a pergunta "o que é o direito?" causa aos juristas.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Direito que rege as relações entre os Estados.

# C - Questões persistentes

Por tudo o que foi exposto, percebe-se que, quando o jurista pergunta o que é o direito?, ele quer saber algo mais que o significado desse termo no senso comum. Mas o que mais quer ele saber? Em resposta a essa pergunta, Hart afirmou que, apesar de ser longa e complicada a história da especulação sobre a natureza do direito, pode-se identificar três eixos principais em torno dos quais girou a maior parte das discussões sobre o tema<sup>28</sup>, três questões recorrentes que permanecem sem uma resposta definitiva. É certo que Hart não pretendia circunscrever todos os problemas jurídicos a três perguntas, mas elas nos oferecem um bom pano de fundo para organizarmos a apresentação do assunto.

#### 1. O que são normas e em que medida é o direito uma questão de normas?

A teoria clássica do direito entendia as regras jurídicas como ordens dos soberanos aos súditos. Todavia, será possível reduzir as normas a espécies de comandos ou são as regras outro tipo de enunciados? Serão as normas prescrições de conduta ou há outros tipos de enunciados lingüísticos que também podem ser chamados de regras? Qual é a estrutura lógica das normas jurídicas? Podemos considerar que o direito é um conjunto de normas ou é essa visão demasiadamente simplista e enganadora? Questões como essa serão analisadas no Capítulo II.

# 2. Como o direito se relaciona com as diversas ordens de poder e sistemas normativos existentes em uma sociedade?

Toda sociedade é organizada por meio de normas que estabelecem padrões obrigatórios de comportamento. Todavia, nem todas as normas vigentes em uma sociedade podem ser qualificadas como jurídicas, havendo também regras morais, religiosas, convenções sociais etc. Cada um desses tipos de regras forma um conjunto mais ou menos ordenado de regras, as quais podem ser obrigatórias em vários sentidos diferentes. Embora essa questão não seja proposta explicitamente por Hart, ela está implícita nas suas reflexões e aqui nós a colocamos de maneira separada por ser ela analisada no decorrer do Capítulo III.

# 3. Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com ela?

A questão da diferença entre direito e moral tem longa história e várias foram as respostas a ela oferecidas tanto por juristas como por filósofos. No Capítulo IV, utilizaremos essa problemática como pano de fundo para a análise de vários conceitos relevantes à caracterização do direito e para buscar uma definição mais clara das principais características que deve ter uma norma para que possamos qualificá-la como jurídica.

# 4. Como difere o direito das ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com elas?

É o direito um modelo de organização social da violência ou uma forma de organização social da liberdade? É o direito uma ordem de coação e dominação ou é ele a garantia de uma sociedade harmônica e justa? É o direito uma ordem de ameaças dotadas de legitimidade ou é simplesmente um conjunto de ordens oriundas das classes dominantes com o objetivo de perpetuar o seu poder? Questões como essa evidenciam o aspecto ideológico da definição do direito e serão abordadas nos capítulos V e VI.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> HART, O conceito de direito, p. 10.

# D - Conceito provisório de direito

Como afirmamos anteriormente, do nada não se chega a lugar nenhum. Precisamos, portanto, escolher um ponto de partida para nossas reflexões. Para dar início ao processo de compreensão, vamos partir de uma definição muito simples — e necessariamente bastante incompleta — de direito, e tentar contextualizá-la para que você comece a perceber as suas implicações. Partamos da idéia de que o direito é um conjunto de normas sociais obrigatórias.

# E - Direito objetivo e direito subjetivo

Como a palavra *direito* tem muitos significados, uma pessoa que não conheça as várias acepções do termo pode ser levada a compreender mal certos enunciados. Assim, antes de passarmos adiante, convém fazer uma diferenciação entre dois sentidos diversos do vocábulo *direito*, para evitar confusões meramente lingüísticas.

Tomemos, por exemplo, a frase: de acordo com o direito, eu tenho direito a uma indenização. É fácil perceber que, nesse caso, o termo direito é utilizado em dois sentidos diferentes. Na sua primeira ocorrência, o termo direito designa um determinado conjunto de padrões obrigatórios de comportamento e é nesse sentido que falamos do direito brasileiro, do direito francês ou dos direitos da antigüidade clássica. Esse é o uso da palavra direito no sentido objetivo, ou simplesmente o direito objetivo. Devemos ressaltar que o uso da expressão direito objetivo é bastante raro na linguagem jurídica, sendo comum utilizar simplesmente a palavra direito, muitas vezes escrita com a inicial maiúscula: Direito<sup>29</sup>.

Na segunda ocorrência, o termo direito não designa um conjunto de padrões de conduta que obriga a todos, mas a possibilidade de uma pessoa exigir de outra um certo tipo de comportamento. É nesse sentido que podemos falar de direito à vida, de direito de propriedade ou de direito a receber uma indenização. Em todos esses casos, trata-se da palavra direito usada no sentido subjetivo, ou simplesmente direito subjetivo. Ao contrário do que ocorre com a expressão direito objetivo, direito subjetivo é uma expressão bastante utilizada na linguagem jurídica comum. Assim, poderíamos reescrever da seguinte forma a frase acima: de acordo com o direito objetivo, eu tenho direito subjetivo a uma indenização.

Devemos ressaltar que a distinção entre direito subjetivo e direito objetivo é meramente lingüística. Ela não se refere a dois elementos que compõem uma natureza intrínseca do direito, não se refere a duas facetas do direito, mas simplesmente a dois sentidos diferentes desse termo. Tal diferenciação somente é necessária porque a língua portuguesa, como as demais línguas latinas, utiliza a palavra direito para traduzir duas idéias completamente diversas.

O mesmo não ocorre, por exemplo, no idioma inglês, pois essa língua possui duas palavras diferentes: *lan³º*, para designar o que chamamos de direito objetivo, e *right*, para

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> A esta altura, você deve ter percebido que, neste livro, ao contrário de boa parte da literatura jurídica, o termo *direito* é sempre usado com letra minúscula. Vários autores optam por utilizar inicial maiúscula toda vez que fazem referência ao direito objetivo (Direito chinês, Direito dos povos indígenas). Outros utilizam maiúscula quando se referem ao direito enquanto ciência (p.ex.: mestre em Direito). Outros utilizam maiúscula toda vez que esse termo ocorre em um conceito jurídico específico (p.ex.: Direito Público, Direito Natural, Direito Subjetivo etc.). Outros, ainda, usam a inicial minúscula apenas no caso de direitos subjetivos (direito à vida, direito a uma indenização). Por fim, há também juristas que utilizam as maiúsculas sem qualquer critério aparente. Frente a essa superposição de critérios e a uma apreciação estética pessoal, considero mais adequado juntar-me ao grupo dos juristas que utilizam a inicial minúscula em todos os casos.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Normalmente, a tradução mais adequada da palavra inglesa *law* é *direito*. Por exemplo, *law school* é faculdade de direito e não faculdade de leis, *common law* é direito comum e não lei comum, *against the law* significa contra o direito e não contra a lei. Além disso, o termo *law* pode ser usado para fazer referência a



# Capítulo II - Normas jurídicas

Durante a maior parte da história do pensamento ocidental, entendeu-se que a linguagem era um simples instrumento para transmitir idéias. Considerava-se que as pessoas pensavam algo no interior de sua mente e, em um segundo momento, traduziam esses pensamentos em uma linguagem. Além disso, percebia-se que, em muitos casos, a expressão lingüística não era muito fiel aos pensamentos, o que fez com que, até pouco tempo atrás, não se desse muita importância à análise da linguagem e fosse privilegiado o estudo das idéias.

Todavia, desde o começo do século passado, começaram a surgir teóricos que questionavam essa distinção entre pensamento e linguagem. Perguntavam eles: é possível a existência de pensamentos fora da linguagem³¹? Você consegue pensar algo que não seja um conjunto de expressões lingüísticas? Ainda que você consiga pensar algo desse tipo, essa idéia não será transmissível a outras pessoas, pois a linguagem é nosso único meio de comunicação. Dessa forma, terminou-se por considerar que a linguagem não é apenas um instrumento de transmissão de pensamentos, mas que há uma ligação muito mais profunda entre esses dois elementos. Com isso, o problema da linguagem foi elevado de uma questão de pouca relevância a uma questão filosófica fundamental.

A partir do começo do século XX, são comuns afirmações como a de que não há pensamento fora da linguagem e que ela não é apenas o instrumento de comunicação de idéias, mas um dos mais importantes fatores (senão o principal elemento) que influencia a produção de conhecimento. Segundo Wittgenstein, um dos iniciadores da filosofia analítica (corrente filosófica que concentra seus estudos na análise da linguagem), "acerca daquilo de que não se pode falar, tem que se ficar em silêncio"<sup>32</sup>, ou seja, acerca daquilo que não cabe em palavras, a ciência e a filosofia nada têm a dizer.

O que faremos nos primeiros pontos desse capítulo é um exercício de *filosofia* analítica (ou filosofia da linguagem). Estudaremos vários tipos de enunciados lingüísticos, na tentativa de compreender melhor a realidade que eles representam, pois, se o direito somente pode ser expresso mediante linguagem, não pode haver qualquer questão jurídica relevante que não caiba em palavras.

#### A - Ser e Dever-ser

#### 1. Enunciados de ser e de dever-ser

A linguagem é composta por enunciados que desempenham vários tipos de funções: alguns nos servem para perguntar, outros para chamar a atenção do interlocutor, outros para expressar sentimentos e assim por diante. Entre esses tipos de proposições<sup>33</sup>, dois são os que interessam às investigações jurídicas de maneira especial: os juízos de ser e os de dever-ser.

Embora a diferenciação entre *ser* e *dever-ser* tenha origens bem mais antigas, essa distinção encontrou sua formulação mais clássica na obra de Immanuel Kant³⁴, que chamou atenção para a grande diferença que existe entre descrever a realidade,

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Entenda aqui a linguagem no seu sentido mais amplo: não apenas a linguagem verbal, mas todo tipo de signos que possam ter algum significado, o que envolve também imagens e gestos, por exemplo.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> WITTGENSTEIN, Tratado Lógico-Filosófico, 6.54, p. 142.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Nos limites desta obra, utilizaremos indiscriminadamente os termos *enunciado, juízo* e *proposição* para nos referirmos às várias classes de enunciados lingüísticos.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Como essa distinção tem origem na filosofia alemã, não é de todo incomum que alguns juristas utilizem os termos alemães *Sein* e *Sollen*, que significam, respectivamente, *ser* e *dever-ser*.

afirmando que algo *existe*, e intervir na realidade, dizendo que uma coisa *deve ser feita*<sup>35</sup>. Mas, no campo jurídico, a distinção entre ser e dever ser, tem em Hans Kelsen o seu principal teórico, o qual afirmou que tal distinção é um dado imediato de nossa consciência, pois "ninguém pode negar que o enunciado *tal coisa é* (ou seja, o enunciado por meio do qual descrevemos um ser fático) se distingue essencialmente do enunciado *tal coisa deve ser* (com o qual descrevemos uma norma)"<sup>36</sup>.

Quando eu afirmo que *o Superior Tribunal de Justiça localiza-se na Praça dos Três Poderes*, pretendo expressar alguma coisa sobre os fenômenos, quero dizer que existe uma certa praça e nela um determinado edifício. Você pode dizer que isso é mentira, afirmando que quem fica na Praça dos Três Poderes é o Supremo Tribunal Federal ou que não existe tal praça ou qualquer outra coisa. Porém, quando diz isso, você também pretende expressar alguma coisa sobre a forma como o mundo é, sobre a realidade das coisas, sobre a existência e a qualidade de certos objetos. Assim, todo esse discurso faria referência apenas ao *ser*, na medida em que busca descrever coisas que existem.

Diferentes dos juízos sobre o *ser*, são as proposições de *dever-ser*. Se a moral diz que eu devo respeitar todas pessoas, isso não se refere ao que existe, mas ao modo como devo agir. Se a Constituição afirma que o direito à vida deve ser respeitado, isso não quer dizer que ele seja efetivamente respeitado em todos os casos, mas sim que ele *deve ser*. Utilizando frases como essas, não se pode afirmar nada sobre o que efetivamente existe, mas apenas emitir um comando, uma orientação sobre o modo como as pessoas devem se comportar.

#### 2. A questão da veracidade

Se o professor pede ao aluno para apagar a luz, o comando por ele emitido (apague a luz) será verdadeiro ou falso? E a ordem que o patrão dá ao empregado? E o conselho que nos oferece um amigo? Simplesmente não faz sentido dizer que essas proposições sejam falsas ou verdadeiras. O falso e o verdadeiro são qualidades que têm a ver apenas com a correspondência entre o enunciado e a realidade e, portanto, esses conceitos somente podem ser relacionados a proposições de ser. Como apenas esses juízos pretendem descrever a realidade, somente eles podem ser qualificados como verdadeiros (quando a descrição é adequada) ou falsos (quando a descrição não corresponde aos fatos).

Quando emitimos um juízo de realidade, ou seja, quando falamos do *ser*, a nossa pretensão normal é a de falar alguma coisa verdadeira<sup>37</sup>. Já quando fazemos uma proposição de *dever-ser*, o nosso objetivo é afirmar que alguma conduta deve ser efetuada. Assim, um juízo sobre o *dever-ser* é válido ou inválido, aplicável ou inaplicável a uma situação, obrigatório ou não, eficaz ou não, mas nunca verdadeiro ou falso. A ordem de preocupações que envolvem as questões de *dever-ser* é, portanto, diversa daquela relacionada aos problemas relativos ao *ser*.

Essa distinção é importante na medida em que o direito é composto por normas e as normas sempre são enunciados de *dever-ser*. Uma norma nunca diz que algo é, mas apenas que algo deve ser e, dessa forma, podemos dizer que as preocupações tipicamente jurídicas não estão relacionadas com a veracidade de uma norma<sup>38</sup>, mas sim com a sua validade, obrigatoriedade, eficácia, aplicabilidade etc. São conceitos como esses que fazem parte das preocupações ligadas especificamente ao campo normativo e, portanto, são essas questões as mais relevantes no tocante ao estudo do direito.

<sup>37</sup> Ainda que, por engano, muitas vezes falemos coisas falsas.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Vide KANT, Crítica da razão pura, pp. 345-346 e ponto C, 3, deste Capítulo.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 6.

<sup>38</sup> O que, aliás, não faria sentido algum, pois normas não podem ser verdadeiras ou falsas.

#### 3. Forma e conteúdo

Não se deixe enganar pela forma gramatical em que uma norma é expressa. Quando a Constituição da República Federativa do Brasil diz que todo homem tem direito à vida, isso não tem um sentido semelhante a dizermos que todo homem é mortal. Apesar de utilizar o modo verbal indicativo, a Constituição *estabelece* que a vida é um valor que deve ser defendido e que, por isso, todo homem deve respeitar o direito do outro à vida. Trata-se de uma orientação de comportamento, e não de uma mera descrição de fatos. Por isso, quando uma pessoa mata outra, isso não quer dizer que o direito à vida não existia nem que ele deixou de existir, mas apenas que ele foi violado.

Matar alguém. Pena: 10 a 20 anos de reclusão. Sabendo que é assim que a lei estabelece o crime de homicídio, você pode responder se esse é um juízo de ser ou de dever-ser? Não importa a forma gramatical, o que interessa é o sentido da frase — e, quando o legislador insere no Código Penal um enunciado como esse, ele não está afirmando que todos os homicidas serão presos, mas estabelecendo que se deve prender todos os homicidas. Para verificar se a diferença entre ser e dever-ser foi devidamente compreendida, analisem os seguintes enunciados e diga a que classe de juízos pertence cada um deles:

- 1. A terra gira em torno do sol.
- 2. A luz movimenta-se à velocidade x.
- 3. Sócrates foi um filósofo romano.
- 4. Não se deve matar nossos semelhantes.
- 5. Deve-se fazer aos outros apenas o que desejamos que façam a nós mesmos.
- 6. Todos são iguais perante a lei.
- 7. O homicida será punido com uma pena de 20 anos de prisão.
- 8. Eu acho que ele deve vir à próxima aula.

As três primeiras orações podem ser caracterizadas, sem grande dificuldade, como enunciados de ser, enquanto a quarta e a quinta podem facilmente ser caracterizadas como juízos de dever-ser. Já a sexta afirmação precisa ser contextualizada, pois ela tanto poderia ser parte de uma norma jurídica que *estabelecesse* a igualdade de todos perante a lei (caso em que seria um enunciado de dever-ser), como também poderia ser parte de um discurso sobre as normas jurídicas, *descrevendo* o fato de que todos são iguais perante a lei (caso em que seria um enunciado de ser).

Também a sétima proposição precisaria ser contextualizada para que fosse possível qualificá-la. Se esse enunciado estivesse presente em uma lei penal, tratar-se-ia de um juízo de dever-ser, por meio do qual se proibiria o homicídio. Todavia, se essa mesma frase fosse dita por um de vocês, respondendo à questão *Que pena você acha que receberá o homem que matou Aureliano Buendía?*, tratar-se-ia de um juízo de ser, uma mera afirmação sobre fatos.

Por fim, a oitava oração, apesar de utilizar a expressão *dever ser*, é um juízo de ser. Essa afirmação traduz uma probabilidade, que é uma forma de falar sobre o mundo, pode ser verdadeira ou falsa e não procura orientar o comportamento de ninguém. Percebe-se, dessa forma, que são muito comuns em nossa língua frases que são formadas com o verbo *dever*, mas que constituem enunciados de ser, bastando para isso que o sentido desse verbo não seja o de impor uma obrigação, mas o de transmitir a idéia de probabilidade.

#### 4. A falácia naturalista

Mas por que devemos fazer a diferenciação entre as proposições de ser e de dever-ser? Essa diferenciação só é útil porque nos ajuda a tratar diferentemente coisas que são diversas: os enunciados sobre a realidade e os enunciados normativos. Se tratássemos

igualmente proposições normativas e assertivas, terminaríamos chegando a conclusões bastante equivocadas, porque esses enunciados possuem características muito diferentes.

Uma das principais operações a se evitar é a transformação de uma assertiva em uma norma, pois essa é uma operação ilegítima. Como afirmou Kelsen, "da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de algo dever ser não se segue que algo seja"<sup>39</sup>. Assim, um fato pode acontecer embora seja proibido pelas normas (como é o caso de qualquer crime), há certos fatos que deveriam acontecer, mas que não ocorrem (como a prisão de certos criminosos) e o eventual descumprimento de uma norma não significa que ela se torna inválida ou deixa de ser obrigatória. Dessa forma, é inviável a passagem direta do *ser* para o *dever-ser*, não havendo sentido em argumentar que, se um fato existe na natureza<sup>40</sup>, a moral ou o direito devem reconhecer esse fato como válido<sup>41</sup>.

Em certos casos, podemos até afirmar que os homens tendem a ter certos comportamentos, mas isso não quer dizer que eles *devam ter* esses comportamentos. Por exemplo, talvez possamos demonstrar que os homens *tendem* a ser egoístas. Todavia, isso não significa que eles *devam* ser egoístas. Talvez possamos provar que existe um instinto natural que nos incita a matar nossos inimigos, mas não é por isso que admitiremos o homicídio de desafetos como uma atividade lícita. Podemos até provar que a maioria das pessoas é heterossexual, mas isso não justifica a proibição do homossexualismo.

Em suma, não podemos extrair uma obrigação a partir de um mero enunciado de ser. Esse é um procedimento ilógico, chamado pelos filósofos de *falácia naturalista*, pois tende a dizer que aquilo que é *natural* (juízo de ser) torna-se *obrigatório* para o homem (juízo de dever-ser).

# B - Das várias espécies de enunciados

Buscando uma definição mais precisa de *norma jurídica*, analisemos as estruturas e funções típicas de alguns tipos de enunciados.

#### 1. Juízos de ser

Os juízos de ser são sempre informativos: eles buscam descrever a realidade, enunciando algum fato. As proposições de ser são verdadeiras ou falsas, no sentido de que, ou elas correspondem ao que efetivamente acontece, ou não. Nessa classe de juízos, podemos enquadrar fundamentalmente as afirmações e as negações, tais como:

Vênus é a estrela da manhã.

Estudantes não gostam de fazer provas.

Dessa categoria também fazem parte alguns casos menos intuitivos. Em primeiro lugar, temos os juízos de probabilidade, tais como

É provável que ele venha amanhã.

É provável que o trem chegue atrasado.

Colocados nesses termos, tais afirmações não criam grandes problemas. Entretanto, elas quase sempre podem ser reescritas utilizando uma linguagem típica de dever-ser:

Ele deve vir amanhã.

O trem deve chegar atrasado.

Apesar dessa forma gramatical, o sentido de tais orações é sempre o de expressar a probabilidade de ocorrência de um fato, o que as qualifica como juízos de ser.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Por exemplos, o fato de os pais cuidarem dos filhos.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Afirmando que os pais devem cuidar dos filhos porque é natural que isso aconteça.

#### 2. Imperativos hipotéticos

Hipótese semelhante ocorre nos imperativos hipotéticos (por vezes chamados de normas técnicas), que são sempre expressões condicionais:

Se você quer ir até a Secretaria, desça a primeira escada à direita e siga reto.

Essas regras não enunciam deveres ou obrigações. Elas enunciam apenas quais os procedimentos adequados para atingir-se um determinado fim. Dessa forma, elas poderiam ser reescritas, sem perda de significado, como simples enunciados de ser:

Para ir até a Secretaria, é preciso descer a primeira escada à direita e seguir reto.

No entanto, haveria uma mudança substancial de significado se eu dissesse:

Desça a primeira escada à direita e siga reto.

Os imperativos hipotéticos estabelecem uma relação de adequação entre meio e fim. De forma geral, obedecem à estrutura: quem tem um fim determinado deve seguir um certo caminho para alcançá-lo. Todavia, apesar desse forte conteúdo informativo, devemos admitir que tais regras se encontram na fronteira entre o normativo e o meramente enunciativo. Se, por um lado, elas não estabelecem qualquer tipo de obrigação, por outro, quem afirma uma regra técnica normalmente busca influenciar de alguma forma o comportamento de outra pessoa.

Suponha que o manual de instruções de um videocassete afirme que, para efetuar uma gravação, é preciso apertar a tecla vermelha onde está escrito rec. Nesse caso, a regra técnica orienta a conduta dos usuários, ao menos em certa medida, pois todo aquele que pretender gravar um programa de televisão terá que apertar aquela tecla. Entretanto, o manual não diz que devemos gravar ou não certos programas, ele apenas nos instrui sobre a maneira de efetuar gravações. Embora ele estabeleça uma relação entre meios (apertar um botão vermelho) e fins (proceder a uma gravação), ele não impõe comportamentos: trata-se de uma mera informação e não de um enunciado que tem como objetivo estimular em nós um certo tipo de conduta.

Todavia, apesar de os imperativos hipotéticos possuírem um forte conteúdo informativo, é preciso estar sempre atento ao contexto, pois uma estrutura típica de regra técnica pode ser utilizada para transmitir um comando velado. Tomemos o seguinte exemplo:

Se você quer ser aprovado nessa matéria, é bom que pare de conversar tanto.

Supondo que essa frase seja dita por um professor a um aluno, mais que uma informação, ela implica um comando e, eventualmente, uma espécie de ameaça. Todavia, um juízo não se caracteriza como um imperativo hipotético por ter uma certa estrutura, mas por ter um determinado sentido: é o significado e não a forma que define a categoria de um enunciado.<sup>42</sup>

#### 3. Normas

Várias são as espécies de enunciados de dever-ser: ao proferir normas, comandos ou conselhos, uma pessoa sempre tenta influenciar a conduta de outra. Entre esses tipos de proposições, interessam ao direito especialmente as normas, que são as expressões que impõem deveres ou conferem direitos<sup>43</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> O problema dos imperativos hipotéticos é mais complexo do que pode parecer à primeira vista e as reflexões contidas neste ponto não respondem a todos os questionamentos que poderiam ser levantados. Todavia, como uma obra deste tipo não comporta um aprofundamento maior sobre a matéria, indicamos a leitura do texto original de Kant na Fundamentação da Metafísica dos Costumes ou a descrição do problema feita por García Máynez. [GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porruá, 1988. pp. 9-14] e das reflexões do filósofo da linguagem inglês R. M. Hare [HARE, R. M., *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 33-39].

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> MÁYNEZ, Introducción al estudio del derecho, p. 4.

As normas têm um conteúdo muito próximo ao dos comandos, pois ambos são orações cujo objetivo é fazer com que o receptor se comporte de acordo com as prescrições do emissor. Todavia, as normas diferem dos comandos (que são ordens diretas, tais como *faça isso* ou *não faça aquilo*) por terem uma estrutura condicional: elas não impõem um dever específico a uma pessoa determinada, mas impõem um certo dever a toda e qualquer pessoa que se enquadrar em uma determinada hipótese. Um guarda de trânsito pode ordenar a um motorista que pare e isso constituiria um comando. Uma lei de trânsito pode estabelece que todo motorista deve parar quando estiver frente a um sinal vermelho e isso constituiria uma norma.

Vemos, assim, que as normas têm uma característica que as diferencia dos comandos: a *abstração*. Os comandos são concretos, pois dirigem-se a uma determinada situação; as normas são abstratas, pois dispõem sobre uma situação hipotética, descrita no enunciado normativo. Analise as frases que estão em itálico e diga se são comandos ou normas:

- 1. Uma professora, incomodada com o fato de dois alunos tagarelarem durante sua aula, diz a eles: *parem de conversar*.
- 2. Um professor estabelecesse: para cada dois erros de português cometidos na prova, o estudante perderá um ponto.
- 3. Um pai diz à filha, que está prestes a sair para uma festa: esteja em casa antes das duas horas da manhã.
- 4. Uma mãe diz ao filho: quando você sair em dias de semana, volte para casa antes da meia noite.

Como você deve ter notado, o primeiro e o terceiro exemplos contêm comandos, pois são ordens dadas para um caso específico: uma certa festa, uma determinada situação em classe. Já nos segundo e quarto exemplos, temos a fixação de normas. A segunda frase não contém uma ordem voltada a um caso determinado, mas a atribuição de uma conseqüência (perda do ponto) a um caso hipotético (cometimento do erro). Também a quarta oração atribui uma conseqüência (dever de voltar para casa em certo horário) a uma situação abstrata (saídas fora dos fins de semana).

### a) Estrutura lógica das normas

Uma norma não diz simplesmente pague R\$ 100,00, mas determina algo como: se você enquadra-se na situação X, então você deve pagar R\$ 100,00 ao Estado. É esse se...então..., essa ligação condicional de um fato a uma consequência jurídica, que caracteriza as normas e as diferencia dos comandos. Assim, o modelo mais simples para a descrição da estrutura das normas de conduta, acentuando o seu conteúdo hipotético, é:

Se F, então C.

Estabelecido que F é um determinado fato e C é uma determinada conduta, esse esquema significaria que, toda vez que acontecesse o fato F, seria devida a conduta C. Utilizando um outro exemplo relacionado às leis de trânsito, se uma pessoa pisa em uma faixa de pedestres (fato), os motoristas que dirigem na via são obrigados a parar (conduta exigida).

Chamamos F de *hipótese* ou de *fato-tipo* e C de *dispositivo* ou *preceito*. Nas normas jurídicas, F nunca deve ser um fato determinado, mas uma descrição que pode ser aplicada a um número determinado de fatos — e isso é o que confere à norma um caráter abstrato.

Não é preciso uma norma para regular cada fato que pode ocorrer, pois a mesma norma pode ser aplicada a todos os fatos que se enquadrarem no conceito. Por isso, ele não é chamado de *fato*, mas de *fato-tipo*, por ser uma hipótese que se aplica a fatos de um certo tipo. A norma jurídica liga à ocorrência desse fato uma consequência jurídica, que

é a afirmação de um dever ser. Quer dizer, ocorrendo a hipótese F, surge um dever jurídico para o destinatário da norma. Para tornar mais clara essa estrutura e utilizar alguns dos conceitos que vêm sendo trabalhados, podemos reescrevê-la da forma que sugere Reale<sup>44</sup>:

Se F é, C deve ser.

Com isso, quer-se dizer que, ocorrendo o fato F (ser), o destinatário da norma deve se comportar de acordo com a conduta C (dever-ser). Boa parte das normas jurídicas deixa-se reduzir a esse esquema, tal como pode ser facilmente observado nas seguintes normas:

Se o sinal está vermelho, o motorista deve parar.

Se a sua dívida venceu, então você deve pagá-la.

Se a dívida venceu há dois meses, você deve pagá-la com juros e correção monetária.

Todavia, é preciso ressaltar que, em muitos casos, as estruturas lingüísticas utilizadas para expressar as normas não correspondem à estrutura lógica acima descrita. Por exemplo, além das orações condicionais, várias espécies de enunciados podem ser utilizados para expressar uma norma. É bastante comum que a lei utilize um enunciado com estrutura típica dos juízos de ser para denotar um dever-ser, fato que acontece em quase todas as normas que estabelecem crimes. Nesses casos, a lei não diz que um ato é proibido, mas diz apenas que certo ato será punido com determinada pena. Um caso paradigmático é a definição do homicídio, no artigo 121 do Código Penal Brasileiro:

Matar alguém: Pena — reclusão, de 6 a 20 anos.

Essa estrutura não é tipicamente normativa, mas o contexto em que ocorre essa oração nos permite afirmar que não se trata de um juízo meramente enunciativo. O correto entendimento dessa norma é o que a considera como equivalente de: *o Estado deve punir com pena de reclusão de 6 a 20 anos toda pessoa que matar alguém.* Trata-se, pois, de um enunciado de dever-ser e não de um juízo meramente informativo.

#### b) Normas primária e secundária

De acordo com o modelo acima descrito, podemos dizer que a estrutura "se F é, C deve ser" é composta por uma hipótese relacionada a um preceito. Contudo, esse modelo é muito limitado, especialmente porque não envolve uma das características mais fundamentais das normas jurídicas: a possibilidade da sanção. Para superar esses problemas, Kelsen propôs o desdobramento dessa estrutura em duas normas distintas.

Norma secundária: Se F é, C deve ser.

Norma primária: Se não-C é, S deve ser.

Nesse modelo, a norma secundária é mantida como na estrutura anterior. Mas a ela Kelsen acrescenta o enunciado de que, se for desobedecido o preceito C, então deverá ter lugar a sanção S. Com isso, insere-se na própria estrutura da norma jurídica a possibilidade de punição ligada ao seu descumprimento, que é uma das características típicas das normas jurídicas<sup>45</sup>. De acordo com Kelsen, somente a norma primária é propriamente jurídica, pois apenas ela envolve o caráter distintivo do direito, que para Kelsen seria a possibilidade da sanção coercitiva institucionalizada<sup>46</sup> — e é justamente por isso que ela é chamada de primária.

Reale, contudo, considera que ambas as normas fundem-se em um conjunto e que elas somente adquirem um sentido jurídico a partir de sua conjugação. Isolados, esses

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 100.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Vide Capítulo IV, A, 8.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Vide Capítulo IV, A, 7.

enunciados não expressariam o seu significado normativo de maneira completa. Segundo Reale, não poderíamos reduzir a norma jurídica a um enunciado meramente hipotético:

Se alguém matar, deverá ser punido com pena de reclusão de 6 a 20 anos.

Esse seria o resultado da teoria de Kelsen, com a qual Reale não concorda. Levando essa teoria às últimas conseqüências, terminaríamos por considerar que as regras não impõem deveres às pessoas, mas que apenas estabelecem conseqüências para certos atos. Nesse caso, poderíamos sustentar que, de acordo com o direito brasileiro, o homicídio não seria um ato proibido, mas simplesmente um ato ao qual estaria ligada uma determinada conseqüência. Não se trataria de licitude ou ilicitude, de proibição ou permissão, mas apenas de ligar uma certa conseqüência ao fato de matar alguém.

Reale rejeita esse tipo de posicionamento, sustentando que, da regra primária que estabelece a pena de homicídio, podemos derivar a norma secundária é proibido matar, sendo que ambas teriam caráter jurídico. É na norma secundária que fica claro o valor defendido pela regra e que lhe serve como fundamento moral. Assim, embora Reale admita que toda norma jurídica pode ser reduzida a uma proposição hipotética, reconhece que isso não esgotaria o problema, pois o "momento lógico expresso pela proposição hipotética, ou a forma da regra jurídica, é inseparável de sua base fática e de seus objetivos axiológicos: fato, valor e forma lógica compõem-se, em suma, de maneira complementar, dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fático-axiológica da norma de direito"<sup>47</sup>. Portanto, deve ficar claro que o estudo da norma jurídica não se esgota no estudo da sua estrutura lógica, mas deve envolver também outros elementos, fato esse ressaltado pela teoria tridimensional do direito<sup>48</sup>.

#### 4. Juízos de valor

Um outro tipo de enunciado relevante para a teoria jurídica são os juízos de valor. Nessas proposições, não se afirma propriamente algo sobre a realidade nem se busca impor padrões de comportamento e, portanto, elas não se enquadram devidamente nos conceitos de *ser* ou de *dever-ser*. Para esclarecer esse conceito, tomemos os seguintes exemplos:

- 1. A porta é vermelha.
- 2. Portas de emergência devem ser pintadas de vermelho.
- 3. A porta vermelha é bonita.

No primeiro caso, temos claramente uma proposição de ser. No segundo caso, supondo que esse enunciado faça parte das regras que tratam da construção civil, estaríamos frente a um juízo de dever-ser. No terceiro caso, não temos uma proposição de ser, já que essa oração não seria verdadeira nem falsa. Tampouco temos um enunciado de dever-ser, já que ele não busca orientar comportamentos. Trata-se apenas da manifestação de uma apreciação valorativa, de um juízo de valor.

Esses três tipos de juízos referem-se a três espécies diferentes de questionamentos. Saber se uma porta é vermelha é uma questão *fática*, pois refere-se apenas a descrição de fatos. Já saber se uma porta deve ser pintada de vermelho é uma questão *deontológica*, ou seja, um problema referente à aplicação de normas a fatos, referente às obrigações derivadas de enunciados de dever-ser. Por fim, saber se a porta é bonita ou não é uma questão *axiológica*, ou seja, trata-se de um problema de qualificação mediante valores.

A diferença entre *deontologia* e *axiologia* é uma questão relevante para vários ramos do direito, especialmente para o direito constitucional, o qual sofre interferências profundas não apenas de normas (aspecto deontológico), mas também de valores (aspecto

\_

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 103.

<sup>48</sup> Vide Capítulo II, D.

axiológico)<sup>49</sup>. Além disso, a interpretação das normas jurídicas muitas vezes exige que o intérprete efetue juízos de valor, o que indica a profunda ligação existente entre os campos deontológico e axiológico<sup>50</sup>.

## C - Conceitos derivados da oposição entre ser e dever-ser

#### 1. Direito e ciência do direito

Nós podemos fazer asserções sobre normas, dizendo, por exemplo: "não se deve matar é uma norma válida". Observe-se que isso é bem diverso de estatuir que não se deve matar. Uma coisa é estabelecer uma regra e outra é falar sobre ela. Quando o legislador estabelece uma lei, ele está criando uma norma. Quando nós falamos sobre essa norma, não estamos estabelecendo direitos e obrigações, mas apenas fazendo um discurso sobre direitos. Essa diferença nos aponta a distinção básica entre direito e ciência do direito: o direito em si é o conjunto de normas que determina o que podemos exigir uns dos outros, enquanto a ciência do direito é o discurso, é o estudo que fazemos sobre essas normas.

Alguns autores (Kelsen entre eles)<sup>51</sup> afirmam que a ciência do direito é uma ciência normativa. Todavia, isso não quer dizer que o direito seja composto por proposições de dever-ser, mas que tem como objeto enunciados desse tipo. Como observou Alf Ross, o caráter normativo da ciência do direito significa que se trata de uma doutrina *que diz respeito a normas* e não de uma doutrina *composta de normas*<sup>52</sup>.

Assim, enquanto a ciência do direito é composta por proposições assertivas (de ser), o direito é composto por proposições normativas (de dever-ser), o que explica por que pode fazer sentido o seguinte diálogo:

- É verdade que não devemos matar?
- Sim, é verdade.

Embora as palavras dêem a idéia de que estamos falando que a norma é verdadeira, o que elas realmente querem dizer é que *existe uma norma* válida — e não verdadeira — que nos proíbe de matar. O discurso sobre as normas (sobre a sua validade, sobre o seu alcance, sobre a sua legitimidade) é composto por enunciados de *ser*, em que pretendemos falar algo sobre a realidade. Todavia, a norma em si não pretende descrever o mundo, mas dirigir o comportamento dos homens.

É preciso compreender bem essas diferenças para que possamos entender melhor a discussão que será feita ao longo do curso. Uma coisa são normas, proposições de *deverser*, diretrizes de comportamento que procuram estimular em nós algumas atitudes. Outra coisa é o discurso sobre coisas que existem, sobre as características dos objetos, inclusive o discurso sobre as próprias normas<sup>53</sup>, que é o que chamamos de ciência do direito.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> As fronteiras entre aspectos deontológicos e axiológicos não são tão definidas quanto esta breve exposição faz crer. Por um lado, há certas normas bastante genéricas que terminam por introduzir problemas axiológicos no campo deontológico, como acontece com a prescrição moral de que devemos fazer o bem ou o princípio jurídico de que devemos tratar as pessoas de maneira igualitária. Assim, embora o bem e a ignaldade sejam valores, eles possuem uma relevância deontológica bastante acentuada, o que dificulta uma separação rígida entre esses dois campos. Sobre a oposição entre deontologia e axiologia no tratamento dos princípios jurídicos, vide DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 26 e ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81-82.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Sobre a relevância dos juízos de valor para a interpretação das normas jurídicas, vide KELSEN, *Teoria pura do direito*, Cap. VIII, pp. 363 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 84.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> ROSS, Direito e justiça, p. 42.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> As quais são enunciados de dever-ser que existem objetivamente nas sociedades.

#### 2. Lei natural e norma de conduta

Quando se fala em *lei natural*, normalmente a primeira idéia que nos vem à mente são as leis das ciências naturais: lei da gravidade, leis de Newton, leis de Kepler, lei de Ohm etc. Todavia, nesse contexto, a palavra *lei* tem um significado diverso do seu sentido jurídico. Kelsen propõe uma explicação para o fato de utilizarmos a palavra *lei* tanto para identificar uma espécie de norma de conduta como para designar as regularidades da natureza.

Afirma o jurista austríaco que, a princípio, os homens enxergavam nas regularidades que observavam no mundo a expressão de leis divinas. Os gregos, por exemplo, viam os deuses do Olimpo como senhores de certos domínios que, assim como os senhores humanos, poderiam estabelecer as regras que deveriam ser obedecidas dentro da sua esfera de poder. Para ilustrar esse ponto de vista, Kelsen analisa um pensamento de Hieráclito, filósofo grego do século V a.C: "Se o Sol não se mantiver no caminho prescrito (pré-estabelecido), as Erínias, acólitas da Justiça, corrigi-lo-ão'. Aqui a lei natural aparece ainda como lei jurídica: o Sol não deixa o caminho que lhe foi prefixado, pois, se o fizesse, os órgãos do direito interviriam (procederiam) contra ele"<sup>54</sup>.

Como afirmou Kelsen, "a ordem do universo era vista como ordem normativa; e a ordem das coisas era entendida segundo o modelo das leis humanas". <sup>55</sup> Com o tempo, foi sendo abandonada a visão de que a relação entre as coisas era resultado de uma vontade divina, sendo esse enfoque normativo gradualmente substituído por uma perspectiva descritiva da natureza.

Todavia, podemos encontrar reflexos dessa forma de ver o mundo até os dias de hoje. Mesmo entre os que não aceitam a idéia de um deus legislador, é comum a compreensão de que as regularidades da natureza são fruto de algumas leis. Se perguntarmos por que motivo esse giz cai quando eu o jogo para cima, muitos responderão: por causa da lei da gravidade. Por que um corpo permanece em repouso ou movimento retilíneo uniforme quando nenhuma força atua sobre ele? Por causa da lei da inércia, que é uma das leis de Newton, responderão alguns.

Para essas pessoas, é preciso esclarecer que não há leis na natureza, no sentido de que os corpos não têm nenhuma espécie de obrigação de se comportar de uma determinada forma. O que chamamos de leis naturais é apenas o reflexo da nossa percepção de algumas regularidades na natureza, e não uma percepção das normas que orientam o comportamento da natureza. A natureza não trabalha segundo um código especificado de leis, que incumbe ao cientista descobrir.

A natureza simplesmente existe, e aquilo que chamamos de leis naturais são apenas as fórmulas humanas que encontramos para expressar as regularidades que percebemos, a partir do nosso ponto de vista. A melhor expressão seria tudo o que sobe, desce, e não tudo o que sobe tem que descer. Os enunciados da física ou da química, comumente chamados de leis, expressam apenas relações necessárias entre fenômenos, descrevem um enlace entre certas causas e conseqüências. Com as normas de conduta, ocorre justamente o oposto: elas não têm o objetivo de descrever, mas apenas de ordenar, de influenciar o comportamento das pessoas.

Alguns podem pensar que a diferença entre as leis naturais e as normas de conduta está no fato de que as primeiras não podem ser desobedecidas. Todavia, essa idéia não parece ser correta. Ao menos desde o início do século, com os estudos de Karl Popper em teoria da ciência, somente se admite como científico um enunciado que possa ser falseável. Qualquer afirmação que não possa ser contrariada por experimentos empíricos não pode fazer parte de uma teoria científica. De forma análoga, qualquer norma que

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 95.

<sup>55</sup> KELSEN, *Sociedade e Natureza*. Citado por REALE, Visão Integral, p. 26.

não possa ser desobedecida constitui um *nonsense* (sem sentido) jurídico. Uma norma como *todo homem é obrigado a morrer um dia* seria um enunciado desse tipo.

A diferença essencial entre a lei natural e a norma de conduta não está no fato de que apenas estas podem ser descumpridas. As distinções entre esses tipos de juízos provêm do fato de que as leis naturais são enunciados de ser, enquanto as normas são enunciados de dever-ser. Quando uma afirmação sobre o mundo não está de acordo com os fenômenos observáveis, ela é falsa. Por isso, quando um cientista encontra um fato que contradiz uma lei natural, essa passa a ser considerada falsa e a teoria é abandonada.

No entanto, quando uma conduta não está de acordo com uma norma de conduta, não é a norma que é inválida, mas o comportamento é que é ilícito. Dessa forma, quando um jurista encontra um fato que contraria a norma, ele considera o fato como ilícito e busca punir o infrator como uma forma de reafirmar a regra. É essa correlação entre o dever e a liberdade que caracteriza a esfera do dever ser, diverso da esfera do ser, onde não há deveres a cumprir, mas previsões que têm que ser confirmadas para continuarem sendo válidas.<sup>56</sup>

#### 3. Causalidade e imputação

Podemos diferenciar as ciências em dois gêneros: de um lado, as ciência que descrevem a realidade e, portanto, tratam do problema do *ser*, de outro lado, as ciências que tratam do modo como as pessoas devem se comportar e, portanto, referem-se ao *dever-ser*.

No primeiro caso temos as ciências que trabalham com a noção de causalidade: a idéia que as orienta é a de que a natureza obedece a certas regularidades que conhecemos normalmente como leis naturais, que estudamos na física, na química, na biologia e em outras ciências que buscam descrever o modo como a natureza se comporta. Já no direito, assim como na ética, o objeto de estudos não pertence à esfera do ser, mas à do *dever-ser*. Isso já era percebido claramente por Kant, que escreveu em sua *Crítica da ração pura*:

O dever-ser expressa um tipo de necessidade e de conexão com princípios que não ocorre na natureza. Na natureza, o entendimento só pode conhecer o que é, o que foi ou será. É impossível que, na natureza, algo devesse ser de modo diverso do que tenha sido; o dever ser não tem qualquer significado quando se tem diante dos olhos unicamente o curso da natureza. Não podemos perguntar sobre o que deve acontecer na natureza, como não podemos buscar as propriedades que deve ter um círculo, mas apenas o que ocorre naquela e quais são as propriedades que este possui.<sup>57</sup>

Dessa forma, enquanto as relações existentes na natureza são definidas em termos de causalidade, de relações de sucessão necessária entre fatos, o mesmo não ocorre no campo do direito, em que os fatos geram conseqüências jurídicas. Para esclarecer esse ponto, analisemos o que ocorre em um caso de homicídio.

O Código Penal estabelece que todo indivíduo que matar alguém deverá ser punido com 6 a 20 anos de prisão. Supondo que Caim tenha matado Abel, qual seria a conseqüência normativa desse ato? Seria a responsabilização de Caim pelo crime e o surgimento, para o Estado, do dever de punir Caim com a pena de prisão. Mas isso aconteceria simplesmente porque Caim matou Abel? Não, a conseqüência normativa vem do fato de ele ter descumprido uma regra jurídica.

-

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 36.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> KANT, *Crítica da razão pura*, Diál., cap. II, sec. 9, § 3. [Essa tradução foi feita a partir de um cotejo da tradução contida em KANT, *Crítica da razão pura*, pp. 345-346 e em ABBAGNANO, *Dicionario de filosofia*, verb. Derecho, p. 280]

Assim, a violação de uma regra jurídica gera uma conseqüência normativa que é o dever do Estado de punir o infrator, sendo que tudo isso ocorre apenas na esfera do dever-ser. E o fato de Caim ter matado Abel significa que ele será efetivamente preso? Obviamente não. Entre a existência do crime e a pena de prisão há uma série de contingências que podem levar à punição ou à impunidade. Dessa forma, o ato de Caim ter infringido uma norma gera certas conseqüências jurídicas que operam apenas na esfera do dever ser, as quais não terão reflexos necessários na ordem do ser. A compreensão desses fatos nos faz concordar com Kelsen, quando ele afirmou que:

Da mesma forma que uma lei natural, uma proposição jurídica liga entre si dois elementos. Porém, a ligação que se exprime na proposição jurídica tem um significado completamente diferente daquela que a lei natural descreve, ou seja, da causalidade. Sem dúvida alguma, o crime não é ligado à pena, o delito civil à execução forçada e a doença contagiosa ao internamento do doente tal como uma causa é ligada ao seu efeito. Na proposição jurídica, não se diz, como na lei natural, que, se A é, B é, mas que, se A é, B deve-ser, mesmo quando B porventura não aconteça.<sup>58</sup>

As consequências ligadas à natureza são imediatas e necessárias e refletem-se no plano *fático*. Já as consequências ligadas ao direito também são imediatas e necessárias, mas refletem-se apenas no plano *deontológico*, sendo que o fato de Caim viver foragido o resto de sua vida não o torna menos culpado nem extingue o direito do Estado de punilo. É para caracterizar essa diferença entre consequências jurídicas e consequências fáticas que Kelsen propõe substituir, no campo do direito, a idéia de causalidade pelo conceito de imputação, que significa atribuir uma responsabilidade jurídica. Segundo Kelsen, "o conceito de imputação refere-se à relação específica entre delito e sanção"<sup>59</sup>.

É claro que os juristas podem utilizar — e efetivamente utilizam — as idéias de causalidade, seja por costume, seja como uma metáfora. Qual a conseqüência de matar alguém? Estar sujeito a uma punição. E qual é a causa de se estar sujeito a esta punição? É o fato de ter matado alguém? Negativo. Não é o fato de ter matado alguém que cria uma responsabilidade jurídica, mas o fato de ter infringido a norma que proíbe o homicídio.

Assim, o descumprimento de um dever faz com que se impute à pessoa que o viola uma responsabilidade. Não se trata aqui da mesma relação de causalidade que encontramos, por exemplo, na física. Se alguém imprime uma força F sobre um corpo C, ele passará a movimentar-se de uma forma X, e essa será uma relação em que fatos causam fatos. A ciência do direito trabalha apenas com relações de *imputação*, nas quais a ocorrência de certos fatos faz com que se impute a alguém um dever ou direito, conseqüências essas que se operam apenas no plano *deontológico* e não no plano *fático*.

## D - Validade das normas jurídicas

#### 1. Teoria tridimensional do direito

Uma ligeira descrição da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale é conveniente para possibilitar uma compreensão mais aprofundada dos temas abordados no ponto seguinte, relativo à validade das normas jurídicas. Reale, contrapondo-se à redução do direito à norma<sup>60</sup>, propõe a tese de que um fenômeno jurídico somente pode ser devidamente entendido a partir da interação de três pontos de vista distintos:

- 1. O direito como resultado de uma conjunção de fatos sociais;
- 2. O direito como expressão de normas válidas;

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 86.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> KELSEN, Teoria geral do direito e do Estado, p. 134.

<sup>60</sup> Típica das correntes positivistas, que estudaremos detidamente no Capítulo X.

#### 3. O direito como expressão dos valores sociais.

Várias são as visões que tentam reduzir o direito a apenas um desses fatores e que, dessa forma, possibilitam apenas visões limitadas da experiência jurídica. Segundo Recaséns Siches, jurista mexicano que também defende uma teoria tridimensional, muitos teóricos buscaram afirmar que somente poderiam ser consideradas jurídicas as normas que exprimissem um valor de justiça; outros sustentavam que as normas jurídicas são resultados dos fatores de poder, independentes de qualquer consideração valorativa; outros ainda, exigem apenas que existam normas jurídicas outorgadas por uma autoridade política ou por ela reconhecidas como válidas.<sup>61</sup>

Esses três enfoques precisam ser unidos em um modelo comum, que evidencie as relações entre essas três faces da experiência jurídica, que é ao mesmo tempo uma expressão da autoridade política e um resultado de fatos e valores sociais. O direito teria, assim, três dimensões:

Dimensão fática	Compreende os fatos sociais que influenciam na criação do direito, bem como as condutas reguladas pelo direito.
Dimensão normativa	Compreende as relações de validade formal das normas, as suas inter-relações no plano lógico das proposições de dever-ser.
Dimensão axiológica	O direito, como toda atividade humana, é direcionado a finalidades escolhidas pelas pessoas, o que significa dizer que ele é sempre orientado a valores.

Essas dimensões podem ser distinguidas, mas nunca podem ser completamente separadas, sob pena de não se compreender o fenômeno jurídico na sua completude. Trata-se de um modelo complexo de descrição, mas não poderíamos esperar que um modelo teórico simples descrevesse adequadamente um objeto tão multifacetado como o direito.

#### 2. Elementos da validade

Já dissemos que os juízos de ser podem ser verdadeiros ou falsos, enquanto os juízos de dever-ser podem ser válidos ou inválidos. Somente se impõem como regras de comportamento obrigatórias as normas jurídicas válidas.

A validade de uma norma jurídica pode ser vista sob três enfoques:

- 1. Vigência ou validade formal;
- 2. Eficácia ou validade social;
- 3. Fundamento ou validade ética.

#### a) Vigência

Vigência é um conceito estritamente jurídico e diz respeito principalmente às leis. Uma norma vigente é uma regra que faz parte do ordenamento jurídico e que, por isso, estabelece um dever obrigatório. Podemos dizer que a vigência no campo jurídico é um conceito análogo à existência no âmbito da natureza. Todos os fenômenos naturais existem, e é justamente o fato de existirem que os torna parte do mundo. De forma similar, todas as normas jurídicas, em um momento histórico determinado, são vigentes, pois essa característica é o que possibilita afirmar que uma proposição normativa é uma norma jurídica.

Há apenas 80 anos, por exemplo, as mulheres não podiam votar. Havia, naquela época, uma norma jurídica vigente que não reconhecia às mulheres tal direito.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> RECASÉNS SICHES, Introducción al estudio del derecho, pp. 44-45.

Entretanto, as circunstâncias políticas propiciaram a concessão do direito ao voto também às mulheres. Desde então, há uma norma jurídica segundo a qual as mulheres podem votar. A norma antiga, que proibia o voto feminino, já não mais vige (embora vigesse àquela época). Hoje, a norma vigente é a que consagra o voto universal, é essa a regra que faz parte do atual ordenamento jurídico brasileiro. O conceito de vigência, assim, é utilizado para diferenciar as normas obrigatórias em um certo momento daquelas que não o são.

## b) Eficácia

Enquanto a vigência é a validade no plano formal e quer dizer apenas que a norma faz parte do ordenamento jurídico, a eficácia de uma norma é a medida do seu efetivo cumprimento pelas pessoas. Uma norma somente é considerada eficaz quando os seus destinatários a observam — e por isso falamos de validade social.

Como você já deve ter intuído, nem toda norma vigente é eficaz. Em todo o Brasil vige a regra segundo a qual todo motorista deve parar seu carro quando uma pessoa pretende atravessar na faixa de pedestres. Todavia, essa norma não é cumprida na maior parte do país, sendo eficaz apenas em Brasília e em algumas poucas cidades do interior, embora haja movimentos cada vez mais fortes para torná-la eficaz em outras capitais<sup>62</sup>. Como essa norma tornou-se eficaz no Distrito Federal? Não foi pelo simples fato de ela fazer parte de um código de trânsito ou qualquer outra lei. O que a tornou eficaz foi uma campanha de conscientização aliada à punição dos infratores e a uma fiscalização ostensiva no primeiro momento.

É claro que toda norma pode ser infringida e que o fato de uma ou outra pessoa não a cumprirem não nos permite concluir pela sua ineficácia. Quando uma pessoa mata outra, isso não quer dizer que a norma que proíbe o homicídio seja ineficaz. Todavia, se todas as pessoas começassem a matarem-se umas as outras, então essa regra perderia sua eficácia. Todavia, devemos deixar claro que a eficácia é um conceito que envolve uma gradação. Uma norma só pode ser vigente ou não-vigente, não havendo terceira opção. Entretanto, ela pode ser eficaz em vários graus intermediários entre os extremos da completa eficácia e da ineficácia absoluta<sup>63</sup>.

Para muitos juristas, uma norma ineficaz perde sua validade, ou seja, perde seu caráter obrigatório. Mas a tese mais largamente aceita nos dias atuais é a vinculada ao positivismo legalista, segundo o qual o cumprimento de uma norma é obrigatório, ainda que ela não seja eficaz<sup>64</sup>.

Os romanos tinham uma interessante figura jurídica que chamavam de desuso (desuetudo). Para eles, uma norma que deixasse de ser aplicada pelas pessoas durante um longo tempo deixava de ser juridicamente vinculante. Todavia, o positivismo recusa esse tipo de conceito porque dá primazia à vigência, considerando que a ineficácia não pode

<sup>62</sup> Inclusive, foi recentemente lançada campanha nacional, no sentido de conscientizar os motoristas da importância do cumprimento dessa regra.

<sup>63</sup> Sendo esses extremos situações ideais, pois dificilmente pode-se conceber uma norma com eficácia ou ineficácia absolutas.

<sup>64</sup> Um bom exemplo de variação quanto ao modo de se encarar as relações entre eficácia e validade ocorreu na obra de Kelsen. No começo de sua carreira, ele afirmava a tese tradicional de que a simples falta de eficácia não é suficiente para acarretar a perda da vigência. Essa era uma posição largamente aceita na Europa de então, que dava — e ainda dá — uma importância muito grande à lei escrita. Mas, com a ascensão do partido nazista, Kelsen se viu forçado a abandonar a Europa e emigrar para os Estados Unidos. Com isso, ele entrou em contato com uma cultura jurídica muito diversa da européia, na qual a lei escrita tinha um papel muito reduzido e que dava importância muito maior a aspectos sociológicos, como a eficácia. Dentro desse novo contexto, mesmo Kelsen, o paradigma do positivista no direito na cultura européia, terminou por admitir que as normas precisavam fazer parte de um sistema que, globalmente, deveria ter um mínimo de eficácia para ser considerado válido.

ter como consequência a perda da validade da norma. Além disso, o desuso é um instituto ligado primordialmente ao direito consuetudinário e não ao legislado — que é a principal forma do direito na atualidade.

De toda forma, quando uma norma viola os padrões de justiça normalmente aceitos dentro de uma comunidade, as pessoas tendem a não pautar por ela seus comportamentos: assim, tais regras tendem a não ser eficazes. Por isso, normas dessa natureza costumam ser acompanhadas de um grande esforço político no sentido de fazer com que as pessoas se comportem de acordo com as novas regras: seja por meio de campanhas de conscientização, seja por simples repressão estatal ou por alguma combinação desses métodos.

## c) Legitimidade ou fundamento valorativo

Esse é o conceito mais problemático ligado à validade das normas. As regras jurídicas, como todo produto da atividade humana, são impregnadas de valores. Esse é um fato realçado não só pela teoria tridimensional do direito, mas também por vários outros modelos teóricos.

Toda norma jurídica tem fundamento em alguns valores, toda regra caracteriza uma tentativa de impor comportamentos que sejam adequados a um certo conjunto de valores. Pelo seu modo de produção, os costumes tendem a ser sempre uma expressão dos valores do povo, ou ao menos dos grupos que o utilizam como regra de conduta. Mas, como as leis são elaboradas por um órgão político, freqüentemente acontece de elas serem contrárias aos valores do povo. Nesse caso, normalmente falamos que as leis são ilegítimas, ou seja, que contrariam o interesse da população ou os padrões usuais de moralidade e justiça.

Como dissemos antes, a tendência nesse caso é de as pessoas recusarem-se a obedecer à norma, o que resultaria na sua ineficácia. Portanto, as leis ilegítimas tendem a ser ineficazes. Todavia, especialmente em regimes autoritários, é possível conseguir um cumprimento forçado mediante uma repressão suficientemente forte.

Portanto, pode acontecer que uma norma seja vigente e eficaz, mas, ainda assim, não tenha uma característica essencial, que é a legitimidade. Para muitos juristas, os padrões de justiça são fluidos demais para que, com base neles, uma norma seja invalidada. Evidentemente, eles estão certos em afirmar que a justiça não é um padrão claro e objetivo. Mas o problema é que, com isso, eles terminam por não se perguntar pela legitimidade da norma, mantendo-se apenas no plano da validade formal e, eventualmente, exigindo um mínimo de eficácia.

Mas existem outras escolas que sustentam a tese de que a norma ilegítima não tem uma das características essenciais da validade e, por isso, não faz parte do direito. Direito injusto não é direito, dizia Santo Agostinho, em uma frase repetida até os dias hoje. Todavia, o ponto mais problemático dessa teoria é que ela envolve o desenvolvimento de critérios para a aferição da legitimidade.

Para alguns, basta que a lei seja criada por uma câmara de representantes do povo. Para outros, basta que seja cumprido um processo legislativo que garanta a possibilidade de participação dos interessados. Para outros, é necessária uma harmonia efetiva com os valores do povo — mas o que pode ser chamado de *valores do povo* dentro de uma sociedade tão heterogênea como a nossa? Para outros, enfim, a questão da legitimidade não se trata de um problema jurídico, devendo ser deixado a outros ramos do conhecimento, como a ciência política ou a sociologia65. Essa é certamente uma questão complexa e que não tem uma solução aceita de forma razoavelmente consensual. As respostas oferecidas a esse problema dependem dos posicionamentos ideológicos de

\_

<sup>65</sup> Essa é a posição de Kelsen, por exemplo.

cada um, motivo pelo qual não se pode afirmar que uma solução é necessariamente melhor ou mais adequada que outra. Trata-se, pois, de um problema jurídico central, frente ao qual é preciso tomar uma posição, mas que não admite uma resposta única e absolutamente correta, sendo que cada pessoa deve posicionar-se frente a ele em consonância com as suas formas de encarar o direito.

# Capítulo III - O direito e os outros sistemas normativos

Toda sociedade organizada é organizada por meio de normas. Há um dito latino, repetido em toda primeira aula de introdução ao direito, segundo o qual onde existe uma sociedade, existe direito: *ubi societas, ibi ius.* Em toda sociedade, o direito desempenha uma função muito importante na ordenação dos papéis sociais: ele estabiliza as expectativas de comportamento, pois permite-nos prever com um certo grau de certeza o comportamento das outras pessoas e adequar nosso curso de ação a essas previsões.

Mas essa função estabilizadora não é exclusiva do direito. Em todo grupo social, existem diversas instituições que contribuem para a coesão social e o ordenamento da comunidade: religião, moral, tradições, todos esses elementos criam para cada pessoa um papel social definido e exigem delas comportamentos adequados. Porém, se cada uma dessas instituições tem campos de atuação delimitados — e que se modificam no tempo —, todas elas têm em comum o fato de se valerem de uma linguagem normativa.

As religiões sempre têm alguma espécie de mandamentos divinos. As morais envolvem um conjunto de normas e, tal como as tradições, estabelecem padrões de comportamento que devem ser observados por todos. Essas instituições, assim como o direito, são sistemas de normas que buscam dar alguma espécie de ordem ao tecido social. Por isso, chamaremos às normas que compõem todas essas instituições de normas sociais.

Neste capítulo, abordaremos as diferenças entre três dos sistemas normativos fundamentais em uma sociedade: direito, moral e religião.

# A - Antecedentes históricos: épocas de indiferenciação

Entre os vários elementos que garantem a estabilização de uma sociedade, três merecem uma atenção especial: o direito, a moral e a religião.

Nós, que há séculos vivenciamos um gradual processo de separação entre religião e direito e entre igreja e Estado, admitimos com naturalidade a diferença entre deveres jurídicos (perante o Estado) e deveres religiosos (perante os deuses). Entretanto, por mais que isso pareça natural ao nosso modelo contemporâneo de sociedade, não se trata de uma separação que sempre existiu. Durante muito tempo, esses três âmbitos permaneceram indiferenciados na cultura dos povos ocidentais, ou seja, não havia distinção entre normas religiosas, morais e jurídicas. Dessa forma, nas épocas de formação da sociedade ocidental, havia um único e complexo sistema normativo.

Nas sociedades tradicionais, como as dos índios brasileiros, não há um poder político organizado e, portanto, não existe sequer a possibilidade de instituir novas regras por meio de uma decisão política. Nessas sociedades, respeitar o direito confunde-se com agir conforme a religião ou a moral. Não existem deveres propriamente jurídicos nem propriamente religiosos, pois esses valores não são diferenciados. Da mesma forma, não existem deveres especificamente morais.

Também nas origens da nossa cultura judaico-cristã, a autoridade religiosa e a política confundiam-se. Um exemplo desse fenômeno está no fato de os dez mandamentos conterem, ao mesmo tempo, normas como não matar e não invocar o nome de Deus em vão, não roubar e respeitar dias santos. Normas que hoje compõem de sistemas diversos, naquela época faziam parte do mesmo conjunto e eram impostas pela mesma autoridade.

Um observador atual, acostumado à diferenciação valorativa, poderia descrever esse fato afirmando que as normas jurídicas tinham um conteúdo religioso. Paulo Nader, por exemplo, afirma que "o Direito absorvia questões afetas ao plano da consciência,

própria da Moral e da Religião, e assuntos não pertinentes à disciplina e equilíbrio da sociedade, identificados hoje por *usos sociais*"66. Porém, se não havia diferenciação, não faz sentido dizer que o direito abrangia questões morais e religiosas.

Para fazer uma afirmação como essa, é necessário utilizar uma distinção própria da nossa sociedade atual (a diferenciação entre normas jurídicas e morais) para descrever um modelo de organização social completamente diverso, na qual essa distinção não fazia sentido. Ora, utilizar conceitos típicos das sociedades ocidentais contemporâneas para avaliar organizações sociais completamente diversas é uma operação que tende a gerar uma apreciação distorcida desses povos.

Tomemos, por exemplo, o caso dos países muçulmanos, nos quais a principal fonte de normas jurídicas é o Corão, livro sagrado da religião islâmica. Alguns poderiam afirmar que, nas sociedades muçulmanas, as normas religiosas invadem o espaço das normas jurídicas ou que as normas jurídicas tratam de questões religiosas. Todavia, ambas essas interpretações distorcem a realidade dos países islâmicos, pois elas pressupõem a existência de um campo especificamente jurídico, autônomo frente à religião, fato que acontece em nossa sociedade contemporânea, mas que não existiu em todos os tempos nem ocorre em todos os lugares.

# B - Direito e religião

Ao contrário do que ocorre no Islã, tem raízes bastante antigas na nossa cultura a percepção da diferença entre deveres perante o Estado e deveres perante Deus, expressa pela famosa expressão de Jesus Cristo: dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus. Contudo, essa divisão não ficou bem definida até o século V, com a decadência do Império Romano do Ocidente. Em Roma, durante as épocas de clandestinidade do cristianismo, os fiéis eram julgados pelos seus líderes religiosos e, quando o cristianismo tornou-se a religião oficial do Império Romano, os fiéis continuaram podendo optar por serem julgados pelos sacerdotes. Além disso, a Igreja estava inserida na administração do Império, sendo que, no Império do Oriente, chegou a haver uma acumulação de líder espiritual e temporal nas mãos do imperador.

Já no ocidente, quando o Império Romano cedeu frente às invasões germânicas, o Papa da Igreja Católica Apostólica Romana passou a ser apenas um líder espiritual, sendo que o poder temporal (inclusive o de julgar as questões não ligadas especificamente à fé) cabia aos soberanos políticos de cada território. Todavia, embora os reis não fossem chefes religiosos, a justificação do poder monárquico nos países cristãos ainda tinha um fundo teológico, evidenciado na famosa teoria do *direito divino dos reis*. A legitimidade do monarca, como se pode verificar nos impérios católicos da Idade Média (Império Carolíngio e o Sacro Império Romano-Germânico), dependia em grande parte do seu reconhecimento pela Igreja<sup>67</sup>.

Essa concepção tornou-se tão forte na Idade Média que foram inicialmente rejeitadas pelos políticos tradicionais as idéias de Thomas Hobbes, filósofo inglês que se tornou célebre por ter proposto a primeira justificação dos poderes absolutos do rei a partir de uma base completamente laica e racional. Embora as suas idéias fossem bastante consistentes e o seu objetivo fosse sustentar a legitimidade do absolutismo, como os monarcas ingleses sustentavam o direito divino dos reis, recusaram prontamente a teoria contratualista de Hobbes, devido ao seu caráter laico, e o baniram da corte inglesa.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> NADER, Introdução ao estudo do direito, p. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Sobre essas questões, vide Capítulo VII, D.

<sup>68</sup> Paradoxalmente, o banimento de Hobbes acarretou a sua volta à Inglaterra, pois, à época, a corte inglesa estava exilada em Paris.

No entanto, com o advento da modernidade, as justificativas teológicas perderam sua capacidade de persuasão. Desde então, a religião passou a ser um assunto de escolha pessoal: cada pessoa deveria ter direito a eleger sua própria religião e não deveria sofrer qualquer tipo de perseguição ou preconceito em decorrência dessa opção. Como não se poderia exigir que uma pessoa professasse algum credo religioso, a teologia deixou de ser uma base sólida sobre a qual se pudessem assentar os valores jurídicos ou morais.

Com isso, as justificativas teológicas, que há tanto tempo funcionavam como fundamento de legitimidade das normas jurídicas (teoria do direito divino dos reis) e das normas morais (a ética cristã entendida como moral universal), perderam o seu poder de convencimento. Conclusão: atualmente, entende-se que nenhum dever jurídico ou moral pode advir do descumprimento de uma norma meramente religiosa, exceto para os fiéis ligados ao credo religioso.

Apesar de tudo isso, devemos ressaltar que a separação entre o Estado e a Igreja Católica operou-se lentamente, tanto que a laicização do Estado ainda era uma pauta importante das revoluções burguesas do século XVIII. Ademais, se essa separação foi completa em alguns países, como a França, até hoje há na Europa alguns Estados que não romperam totalmente suas ligações com a igreja. Na Alemanha, por exemplo, o poder público recolhe dos fiéis formalmente ligados às igrejas católicas e protestante uma sobretaxa de 8 ou 9% sobre o imposto de renda, a qual é dedicada ao financiamento das atividades ligadas a essas igrejas<sup>69</sup>.

## C - Direito e moral

Como as normas religiosas sempre derivam a sua validade de um sistema teológico, a sua distinção frente ao direito e à moral é razoavelmente simples: trata-se de um conjunto de regras fundadas na crença de que existe um ou vários deuses, os quais impõem aos homens certos deveres. Já a distinção entre direito e moral apresenta mais problemas, especialmente pela dificuldade de conceituar precisamente esses dois âmbitos.

#### 1. Delineamento da moral

O que é a moral? Essa é uma pergunta que tem recebido as respostas mais diversas. Na tentativa de reduzir a complexidade do problema, podemos dividir as teorias éticas<sup>70</sup> em dois grupos. No primeiro caso, temos as teorias *axiológicas*, que entendem a ética como um estudo das virtudes. Existem alguns valores que são morais e que devem pautar os homens na sua conduta. Aristóteles, na sua Ética a Nicômacos, descreve as diversas virtudes que um homem deve ter para alcançar a felicidade.

No outro extremo temos as teorias *deontológicas*, que entendem a moral como um conjunto de regras que devem ser observadas. Para essas teorias, a ética não estuda os valores que um homem deve perseguir, mas as normas que o sujeito deve obedecer para que a sua conduta possa ser classificada como moral.

Kant, por exemplo, afirmava que um ato somente é moral quando o agente o pratica em cumprimento a uma regra moral<sup>71</sup>. E o que ele considera uma norma moral<sup>2</sup>

<sup>69</sup> Sobre o imposto cobrada para a igreja, vide, na http://lcweb2.loc.gov/frd/cs/detoc.html, o verbete Religion. Sobre questões jurídicas ligadas ao imposto da igreja, vide KOMMERS, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Mixed marriage church tax case I [1965, vol. 19, p. 226].

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Várias foram as propostas de distinção entre *ética* e *moral*, feitas por diversos autores. Embora seja bastante conhecida a distinção que trata a ética como o estudo da moral, não há consenso razoável entre os filósofos sobre os significados precisos de tais palavras. Assim, nos limites deste trabalho, utilizamos esses termos como sinônimos.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Segundo a concepção kantiana, não seria moral a ajuda a um necessitado (a vítima de um atropelamento, por exemplo) quando esta derivasse de algum tipo de instinto fraternal ou de impulso íntimo de caridade. Para Kant, uma conduta somente seria moral caso fosse fruto de uma escolha

Para Kant, trata-se de uma regra que tem fundamento no *imperativo categórico*, que pode ser enunciado da seguinte forma: age apenas segundo regras de conduta que possas querer que se convertam em leis universais.<sup>72</sup> Assim, uma norma moral seria aquela que tem fundamento na razão humana, a qual nos impele a obedecer ao imperativo categórico.

Todavia, o senso comum entende a moral como um conjunto de regras tradicionais, de provável origem religiosa — ou de épocas em que as esferas de valor não eram diferenciadas — mas que, por se terem consolidado na cultura de um povo, passam a valer independentemente de sua base teológica original.

Com isso, temos ao menos três perspectivas diversas sobre a moral: uma que acentua o fato de a moral envolver uma série de valores e virtudes, outra que a identifica como um conjunto de regras derivadas da razão humana e outra, ainda, que a entende como as normas derivadas dos valores tradicionais de uma sociedade.

#### 2. Delineamento do direito

O que é direito? Essa pergunta também já foi respondida das formas mais diversas. Alguns afirmam que direito é lei, outros é que a expressão dos valores de uma sociedade. Para alguns, direito é o conjunto das normas criadas pelo Estado, para outros essas normas não poderão ser consideradas direito se colidirem com certos valores que consideram universais. Atualmente, há certas respostas bastante sofisticadas, como os conceitos baseados na teoria autopoiética de Luhmann, na nova retórica de Perelman ou na teoria do agir comunicativo de Habermas<sup>73</sup>.

Essa multiplicidade de definições e perspectivas indica que é uma tarefa muito difícil oferecer um conceito que consiga abranger os diversos papéis que o direito preencheu ao longo do tempo e as diferentes funções que ele desempenha na nossa sociedade atual. Podemos desenvolver um conceito formal, como o nosso conceito provisório<sup>74</sup>, no qual se encaixam tantas realidades diversas que ele termina por não dizer quase nada sobre as especificidades do direito. *Normas sociais obrigatórias*: esse conceito não estabeleceria uma fronteira adequada entre direito e moral e, ademais, seria aplicável a qualquer norma de uma sociedade cujas esferas valorativas fossem indiferenciadas.

Dessa forma, talvez seja melhor buscar definir as matérias típicas das normas jurídicas, para diferenciá-las das outras regras sociais. Chegaríamos, assim, a algo como o direito é o conjunto de regras que regula as situações de conflito em uma sociedade. Entretanto, tentar inserir qualquer noção de conteúdo em nossa definição faria com que deixássemos de fora várias expressões importantes da experiência jurídica. Em relação ao conceito acima descrito, por exemplo, poderíamos objetar que o direito muitas vezes não trata do conflito, mas apenas da organização do Estado.

Ademais, que conceito é capaz de abranger tanto o direito das sociedades tradicionais como o direito das sociedades ocidentais contemporâneas? Tentar definir o direito pelos fins aos quais servem suas normas — ou pelo conteúdo típico das suas regras — fatalmente nos levaria a um conceito excessivamente limitado.

Devemos observar que as formas até aqui buscadas para definir o direito nos levam sempre a um raciocínio circular, que não nos oferece saídas. Afirmamos, logo acima, que é necessário desenvolver um conceito que seja suficientemente amplo para abranger

racional, motivada pela consciência de que esse ato era exigido por uma norma moral obrigatória. Sobre a concepção kantiana de moralidade, vide KANT, Fundamentação da metafísica dos costumes.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> KANT, Fundamentação da metafísica dos costumes, p. 59.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Teorias que, pela sua complexidade, não cabem no estudo de Introdução ao direito, mas à disciplina filosofia do direito.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> O direito é um conjunto de normas sociais obrigatórias. Vide Capítulo I, D.

todas as formas da experiência jurídica. Todavia, como seria possível definir quais seriam os fenômenos jurídicos se não partíssemos de um conceito de direito previamente determinado? Para romper esse círculo vicioso, é preciso eleger um ponto de partida.

Um ponto de partida interessante pode ser o conceito de direito presente no senso comum. O que a nossa sociedade contemporânea normalmente chama de direito? A resposta mais imediata a essa pergunta costuma ser: as leis. Sem dúvida, as leis são parte do direito, mas é preciso dar um passo a mais e perguntar: por que as leis fazem parte do direito? A melhor resposta que posso imaginar é: porque elas são a expressão do poder político — ao menos parece ser essa é a justificativa mais aceitável nos dias atuais.<sup>75</sup>

Eis aí mais um passo para o nosso conceito provisório: o direito não é apenas um conjunto de normas sociais obrigatórias, mas o conjunto de normas sociais *cuja* obrigatoriedade é instituída pelo poder político.

# D - Direito e convenções sociais

Chamamos de *convenções sociais*, *decoro social*, ou *normas de trato social*, as regras de etiqueta, boa educação, moda e outras que não estabelecem obrigações para as pessoas, mas cujo descumprimento gera certas reações sociais adversas. Como diferenciar as normas morais e jurídicas do mero decoro social?

O que normalmente se faz é uma definição das normas de trato social por meio de exemplos: moda, etiqueta, educação etc. Essas normas não podem ser consideradas morais porque não têm um conteúdo ético: são meras normas que regulam o comportamento intersubjetivo entre indivíduos, sem qualquer exigência de um comprometimento moral. No entanto, elas não podem ser consideradas jurídicas porque lhes faltam algumas características fundamentais, como a sanção institucionalizada e a coercibilidade. Por isso, conclui-se que se trata de um terceiro gênero de normas, ao lado da moral e do direito.

Gustav Radbruch, contudo, nega que essas regras se tratem propriamente de um terceiro gênero. Segundo ele, as tentativas de separar conceitualmente direito das convenções sociais nunca deram resultados positivos porque não é possível definir devidamente o decoro social: trata-se de um conjunto sem qualquer coerência interna e que, por isso, não pode ser bem delineado. Dessa forma, as convenções sociais seriam apenas uma forma primitiva de orientação de conduta, que tenderia sempre a transformar-se em direito ou moral. Segundo Radbruch:

Os convencionalismos não se acham para com o direito e a moral numa relação sistemática, mas numa relação histórica. Pode dizer-se que eles são a forma primitiva comum, a crisálida, dentro da qual se encontram, no princípio, o direito e a moral, num estado ainda embrionário de indiferenciação. [...] O destino das convenções desta natureza é sempre, porém, o de serem absorvidas simultaneamente pelo direito e pela moral, depois de terem preparado e tornado possíveis tanto uma como outra.<sup>77</sup>

Radbruch fez bem em mostrar que o que chamamos de decoro social é um conjunto de regras sem qualquer coerência interna. O que caracterizaria uma norma de

44

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Todo poder emana do povo. Eis uma máxima da ideologia democrática que a tal ponto consolidou-se no senso comum de nossa época que se tornou capaz de conferir validade a qualquer decisão que tenha alguma base — ainda que indireta — no poder do povo. Por isso, parece ter razão Jürgen Habermas [HABERMAS, *Direito e Democracia*] quando afirma que uma teoria sobre a legitimidade do direito contemporâneo precisa ter como base uma sólida teoria democrática.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Sobre os conceitos de *coercibilidade* e *sanção institucionalizada*, vide Capítulo IV.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> RADBRUCH, Filosofia do direito, p. 117.

decoro social, como a de que não devemos comer de boca aberta ou que devemos beijar as mulheres uma, duas ou três vezes no rosto quando a encontramos? Apenas o fato de não ser moral, jurídica ou religiosa. Trata-se de uma regra de conduta, mas sem sanção institucionalizada e sem fundamento moral; trata-se de uma mera convenção sobre o que é socialmente adequado, nada dizendo sobre o bem e o mal, o justo e o injusto, o lícito e o ilícito.

De toda essa digressão, podemos tirar algumas conclusões interessantes. Em primeiro lugar, a sociedade atual criou um certo espaço para o que podemos chamar de moralidade. Em cada momento histórico, uma sociedade confere a certos valores uma importância especial, considerando que as condutas que rompem com esses valores são más e não apenas inadequadas.

Um ato imoral não é signo de ignorância ou de falta de classe, pois, quando eu minto, traio ou me acovardo, cometo erros que denigrem a minha imagem enquanto pessoa. Esses valores são considerados tão fundamentais que o respeito a eles não é deixado ao arbítrio de cada um, mas é exigido de todos, sendo que uma pessoa somente é respeitada enquanto tal se ela os observa. Por isso, esses valores são retirados da esfera meramente axiológica e ascendem à qualidade de norma: a sua observância é exigida e não apenas sugerida ou indicada.

No caso das normas de trato social, o que está em jogo não é o respeito ao ser humano em si, mas ao indivíduo enquanto ator em um jogo social. A comunidade espera que nós desempenhemos papéis mais ou menos definidos dentro das relações estabelecidas com os demais membros da sociedade. Esses papéis sociais são definidos pelas regras de decoro social. Quando não as cumprimos, podemos ser considerados maus atores, mas não más pessoas<sup>78</sup>.

Além disso, não sendo esses papéis impostos por qualquer ordem de poder político, o seu descumprimento não é punido com uma sanção organizada, o que diferencia as convenções sociais do direito, que é formado por normas obrigatórias.

Dessa forma, como os papéis que desempenhamos na sociedade são os mais vários, não seria razoável esperar que as convenções sociais formassem um sistema coerente. Entretanto, isso não quer dizer que não possamos agrupá-las em um conjunto: o que as une é cumprirem a função de definirem os papéis que devem ser desempenhados pelos indivíduos em suas relações sociais. Fica, assim, caracterizado o espaço das regras de trato social.

Em resumo, podemos dizer que o direito é um conjunto de normas impostas pelo poder político; a moral é um conjunto de normas que não está ligada a qualquer esfera de poder e que se relaciona aos valores que qualificam um ser humano enquanto pessoa, e não apenas enquanto sujeito que desempenha um papel social e o decoro social é formado pelas regras que estabelecem os papéis sociais que devemos desempenhar na sociedade, mas também não está ligado a qualquer ordem de poder.

45

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Todavia, devemos admitir que, muitas vezes, a sociedade exige mais de nós o devido cumprimento dos nossos papéis que a observância de valores morais. Essa exigência da polidez desvinculada da moralidade (e eventualmente contrária à própria moralidade), é extremamente bem retratada nas obras de León Tolstoi, como *Anna Karenina* e *Guerra e Paz*.

# Capítulo IV - Direito e moral

No capítulo anterior, foi delineada uma diferenciação, ainda que superficial, entre os sistemas normativos do direito e da moral. No presente capítulo, utilizaremos essa distinção como pano de fundo para a discussão das características que definem uma norma como jurídica. Analisaremos vários conceitos ligados à caracterização do direito e, com base nesse estudo, discutiremos os pontos de proximidade e distanciamento entre direito e moral.

# A - Características das normas jurídicas

## 1. Subjetividade e intersubjetividade

Uma das diferenças normalmente apontadas entre as normas jurídicas e morais é que as regras morais estabelecem um dever do sujeito frente a si próprio, enquanto as normas jurídicas estabelecem direitos e obrigações entre pessoas diversas. Uma norma moral, como, por exemplo, devemos ajudar nossos amigos, estabelece uma obrigação do sujeito apenas perante si mesmo. O amigo que não recebeu ajuda em um momento difícil poderá ficar chateado, mas nuca poderá obrigar o ex-amigo a oferecer-lhe qualquer tipo de auxílio.

Uma pessoa que admite a validade de uma norma moral tem o dever de agir em conformidade com essa regra. Em uma situação concreta, ele deve avaliar as suas várias possibilidades de ação e escolher aquela que é eticamente mais adequada. É isso que lhe exige a moral. Todavia, ninguém pode exigir que uma pessoa pratique determinado ato por ser ele *moralmente* correto. Isso acontece porque cada um tem deveres morais apenas perante si próprio, e não frente a terceiros, motivo pelo qual podemos dizer que a obrigação moral é subjetiva.

O mesmo não acontece quanto ao direito, pois a obrigação jurídica não é um dever frente a si próprio, mas um dever frente ao outro. Dizia São Tomás de Aquino que o direito é caracterizado pela *alteridade*, ou seja, por sempre se referir ao outro, e não apenas ao próprio sujeito.<sup>79</sup> Uma norma jurídica não estabelece meros deveres subjetivos, mas uma relação jurídica entre sujeitos diversos, gerando um conjunto de direitos e obrigações. Portanto, a cada dever jurídico corresponde o direito de exigir o seu cumprimento.

Nesses termos, podemos dizer que a moral tem um caráter subjetivo, enquanto o direito tem um caráter intersubjetivo. Observe-se, contudo, que afirmar que a moral é subjetiva não significa dizer que ela não influencia as relações intersubjetivas, o que seria obviamente falso. Uma regra moral como a que tratamos anteriormente (*deve-se auxiliar os amigos*) existe justamente para influenciar a relação entre as pessoas. Outrossim, dizer que o direito tem um caráter intersubjetivo não significa que ele não regule o comportamento individual das pessoas, o que também seria falso. Dessa forma, para sermos mais precisos, devemos afirmar que o *dever moral* (e não a própria moral) é que é subjetivo<sup>80</sup>, enquanto o dever jurídico é intersubjetivo<sup>81</sup>.

### 2. Exterioridade e interioridade

A primeira teoria que tentava diferenciar o direito da moral foi a desenvolvida no século XV por Christian Thomasius, que sustentava que o direito deveria limitar-se a regular os comportamentos exteriorizados pelas pessoas, não podendo atingir o

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> REALE, *Lições preliminares de direito*, pp. 50 e 56.

<sup>80</sup> Por se tratar de um dever da pessoa frente a si mesma.

<sup>81</sup> Por ser ele uma obrigação frente a um terceiro.

pensamento nem a consciência, os quais somente poderiam ser objeto de normas morais ou religiosas. Observe-se que essa teoria opera uma distinção absoluta entre objetos desses dois sistemas normativos: a moral somente pode tratar do *foro intimo*, enquanto o direito deve-se limitar ao *foro externo*. Com base nessa distinção, Thomasius pretendia afirmar que o poder do Estado era limitado ao plano do direito, o que tornaria ilegítimas as perseguições baseadas em posicionamentos morais, especialmente os de fundo religioso.

Colocada nesses termos, a idéia de Thomasius é normalmente rejeitada pelos juristas contemporâneos. Argumenta-se, em primeiro lugar, que ao direito interessam diversos estados de consciência: por exemplo, embora a vontade seja uma questão de foro íntimo, os homicídios intencionais e os involuntários têm resultados juridicamente diversos. Além disso, afirma-se que à moral interessam não apenas as questões de foro íntimo, mas também os atos efetivamente exteriorizados: por exemplo, é moralmente mais condenável o fato de matar alguém que o simples desejo de cometer homicídio.

Todavia, embora não pareça admissível a separação absoluta dos objetos da moral e do direito, podemos identificar uma diferença de enfoque entre eles. Como foi dito no ponto anterior, o direito refere-se apenas a relações intersubjetivas. Na medida em que o direito propõe-se a regular a vida social do homem, não lhe importa o que uma pessoa pensa ou quer, desde que de suas idéias e desejos não resultem ações que influenciem a vida de terceiros. Assim, o direito não pode punir alguém apenas pelos seus pensamentos ou valores. Porém, a partir do momento em que uma pessoa pratica determinado ato, o direito pode levar em conta os seus pensamentos e emoções como critérios para a avaliação dessa conduta.

Já a moral, por não se vincular exclusivamente ao aspecto social da conduta humana, pode dispor diretamente sobre os nossos pensamentos e desejos. Podemos mesmo dizer que a ela interessam mais os motivos que a própria ação. Quando uma pessoa, buscando fazer o bem, termina por causar prejuízos a terceiros, não qualificamos o seu ato como imoral. Por outro lado, quando uma pessoa beneficia outra por motivos egoístas, não se pode dizer que o seu ato seja moralmente correto. Além disso, o simples desejo de causar mal a outras pessoas é imoral, mesmo quando dele não resulta qualquer ação prática. Todavia, embora certas vontades sejam em si imorais, pôlas em prática é ainda mais grave: por exemplo, parece moralmente mais condenável o roubo que o simples desejo de roubar. Assim, percebemos que a conduta exteriorizada também pode ter importância do ponto de vista da avaliação moral.

Dessa forma, tem razão Gustav Radbruch quando afirma não haver nenhum domínio de ações internas ou externas que não possa submeter-se à valoração tanto jurídica como moral<sup>82</sup>. Portanto, o que, a princípio, parecia uma diferença entre direito e moral, pode manter-se apenas como uma distinção entre o sentido principal dos seus interesses: a conduta externa somente interessa à moral enquanto testemunho da conduta íntima; a conduta interna só emerge no círculo do direito quando dela cabe esperar uma ação externa.<sup>83</sup>

<sup>82 &</sup>quot;Por conseguinte, há que se reconhecer que tanto a conduta exterior é susceptível de ser objecto de valorações morais, como a interior de ser objecto de valorações jurídicas. Não há, pode dizer-se, um único domínio da conduta humana, quer interior, quer exterior, que não seja susceptível de ser ao mesmo tempo objecto de apreciações morais e jurídicas. Todavia aquilo que em princípio parece ser uma distinção de objecto entre a moral e o direito pode manter-se ainda, mas simplesmente como uma distinção entre duas direcções opostas dos seus respectivos interesses. Isto é: a conduta exterior só interessa à moral na medida em que exprime uma conduta interior; a conduta interior só interessa ao direito na medida em que

anuncia ou deixa esperar uma conduta exterior." [RADBRUCH, Filosofia, p. 100]

83 Nesse mesmo sentido, temos a posição do jusfilósofo brasileiro Vicente Ráo: "Na verdade, se ambas [as normas jurídicas e morais] têm por objeto os atos humanos, uma, a moral, os encara, por modo predominante, em seu momento interno, volitivo, ao passo que a outra, o direito, os regula,

#### 3. Sinceridade

O direito, por se interessar quase exclusivamente pelo aspecto externo da conduta humana, exige das pessoas apenas que os seus comportamentos exteriorizados estejam de acordo com as normas. Ao direito pouco importa o que as pessoas pensam ou desejam quando obedecem a uma regra, não fazendo diferença se a norma é observada de bom grado ou se a pessoa tem que fazer um enorme esforço para se comportar da forma prevista. Em muitos casos, o direito visa justamente a limitar os instintos naturais das pessoas, fazendo com que elas se abstenham de fazer aquilo que lhes seria mais natural ou desejável.

Já a moral opera de uma forma bastante diversa. Uma pessoa que trata outra bem apenas por interesse não está obedecendo à norma moral segundo a qual todos devemos respeito uns aos outros. Como afirmou Miguel Reale, não basta uma adequação exterior do ato à regra, é preciso aderir ao seu conteúdo<sup>84</sup>. Mas essa percepção é muito mais antiga. Na Ética a Nicômacos, Aristóteles já fazia essa distinção<sup>85</sup>, cuja tradução mais clássica é provavelmente a que encontramos na Fundamentação da metafísica dos costumes, do filósofo alemão Immanuel Kant. Nessa obra, Kant propôs a distinção entre ato praticado por dever e ato conforme o dever. No primeiro, a intenção é a de observar a norma moral, enquanto no segundo há apenas uma concordância externa da conduta, sem que exista a vontade de agir moralmente. Como Kant entendia que apenas os atos praticados por dever são morais, ele não considerava moral qualquer ato que não tivesse como objetivo dar cumprimento a um dever moral.<sup>86</sup>

Concordando ou não com os posicionamentos desses filósofos, devemos reconhecer que se trata de uma questão moralmente relevante a análise dos motivos que nos levam a praticar um ato conforme o dever moral. Todavia, trata-se de uma questão irrelevante para o direito saber quais foram os motivos que levaram uma pessoa a praticar um ato conforme o seu dever jurídico. Embora sejam juridicamente relevantes, em muitos casos, os motivos que levam uma pessoa a descumprir seus deveres<sup>87</sup>, não importa ao direito se uma pessoa cumpre seus deveres de forma intencional ou se considera justas as suas obrigações: o direito não exige uma adesão sincera ao conteúdo das normas, mas apenas uma adequação exterior.

# 4. Bilateralidade

Na ciência do direito atual, entende-se que toda relação jurídica é bilateral, ou seja, que elas envolvem sempre duas partes, o sujeito passivo e o sujeito ativo, sendo que o sujeito ativo tem o direito de exigir que o sujeito passivo se comporte de uma certa forma. Em termos mais técnicos, o sujeito ativo é titular de um direito subjetivo, enquanto o sujeito passivo tem um dever jurídico. Assim, como toda norma cria uma relação jurídica entre dois pólos diversos (ativo, de um lado, e passivo, do outro), podemos qualificá-las como bilaterais.

precipuamente, quando se exteriorizam. [...] Por modo predominante e precípuo, dissemos, e não por modo exclusivo, porque também interessa à moral a prática exterior dos atos humanos, quanto interessa ao direito a formação da vontade do agente." [RÁO, O direito e a vida dos direitos, p. 69]

<sup>84 &</sup>quot;O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo, realiza o ato enunciado pela norma. Não é possível conceber-se o ato moral forçado, fruto da força ou da coação. Ninguém pode ser bom pela violência." [REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 44]

<sup>85</sup> ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos, pp. 49-51.

<sup>86</sup> KANT, Fundamentação da metafísica dos costumes, p. 59.

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> É sempre importante, por exemplo, saber se um crime foi *doloso* (intencional) ou *culposo* (não intencional).

#### 5. Atributividade

Como vimos nos pontos anteriores, a moral estabelece obrigações que não podem ser exigidas por um terceiro, enquanto o direito estabelece relações entre pessoas diversas, atribuindo ao sujeito passivo uma obrigação que pode ser exigida pelo sujeito ativo. Para ressaltar essa diferença, León Petrasizky afirmava que, enquanto as morais são simplesmente imperativas (por imporem deveres), as normas jurídicas são imperativo-atributivas, pois, além de estabelecer deveres, o direito atribui ao sujeito ativo a faculdade de exigir o seu cumprimento. Inspirado nessa distinção, Miguel Reale afirma que o direito é dotado de atributividade e a moral não. Entretanto, Reale raramente utiliza a atributividade como um conceito isolado, ligando-o quase sempre à idéia de bilateralidade. Assim, esse autor sustenta que as regras jurídicas são dotadas de bilateralidade atributiva, querendo com isso dizer que, juridicamente, "duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo"89.

Contudo, a atributividade também é um critério problemático para estabelecer-se a distinção entre moral e direito. Embora as normas jurídicas estabeleçam o direito de exigir que uma pessoa pratique a conduta que lhe foi imposta, isso não significa que o direito possa fazer com que um devedor cumpra suas obrigações. Isso ocorre porque não se pode obrigar ninguém a fazer algo contra a sua própria vontade. Como se pode enfrentar a recusa de um indivíduo a prestar obrigações que implicam a realização de um serviço que não pode ser delegado a outros? Como se pode forçar um jurista a emitir um parecer? Como se pode obrigar um arquiteto a elaborar um projeto? Como se pode obrigar um estudante a fazer uma prova? Em casos como esses, pode-se apenas ameaçar o sujeito passivo ou submetê-lo a punições, esperando que ele prefira cumprir o seu dever a sofrer as sanções previstas.

Nessas hipóteses, como é impossível obter o cumprimento forçado das obrigações, caso o sujeito passivo não se renda às ameaças ou às punições, resta apenas resolvê-los mediante o estabelecimento de indenizações. Na medida em que, no direito das sociedades capitalistas contemporâneas, a tudo se atribui um valor econômico, substituise uma prestação pessoal por uma indenização (pois retirar à força uma parte do patrimônio dos cidadãos é uma atividade que o Estado pode fazer) e considera-se que as normas foram cumpridas. Com isso, converte-se um dever de *fazer* em um dever de *dar*, espécie de obrigação que pode ser executada pelo uso da força porque não envolve uma ação voluntária do sujeito passivo.

Vemos, assim, que o Estado não tem o poder de forçar as pessoas a cumprirem as suas obrigações de fazer, mas apenas a possibilidade de estabelecer métodos de pressão tão fortes que façam com que seja preferível ao devedor cumprir suas obrigações que sofrer as punições definidas pelos órgãos estatais. Dessa forma, torna-se problemática a afirmação de que as normas jurídicas são atributivas, pois a possibilidade de exigir o cumprimento de uma obrigação pode ser reduzida à possibilidade de punir o transgressor.

Por outro lado, toda norma social possui instrumentos de pressão que visam a garantir a sua eficácia. As normas morais, por exemplo, têm sanções específicas, que muitas vezes são mais persuasivas que as sanções jurídicas. O que é mais fácil, pagar uma multa de R\$ 1.000,00 ou enfrentar o desprezo da própria família? Pagar uma indenização ou ser excluído de um círculo de amizades cultivado por anos ou décadas? Levando em conta que tanto o direito como a moral estabelecem meios de pressão no sentido de garantir o cumprimento de suas normas, como poderíamos afirmar que

<sup>88</sup> MÁYNEZ, Introducción al estudio del derecho, p. 16.

<sup>89</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 51.

existe, nos deveres jurídicos, uma atributividade que não está presente nos deveres morais?

A resposta a essa questão será diversa, de acordo com a perspectiva usada para enfrentar o problema. Se optarmos por um enfoque sociológico<sup>90</sup>, que acentuaria o aspecto fático do problema e não o normativo, provavelmente chegaríamos à conclusão de que a *atributividade* do direito é meramente ilusória. Se o direito é atributivo porque permite ao sujeito ativo exigir do passivo a realização de um ato, era de se esperar que houvesse meios jurídicos para fazer com que o sujeito passivo cumprisse suas obrigações. Todavia, como vimos acima, isso é impossível, pois ninguém pode se forçado a agir contra a sua vontade. Desse modo, a atributividade parece inútil, pois de que vale poder exigir o cumprimento de um dever, se não é possível fazer com que o sujeito passivo pratique os atos a que estava obrigado?

Resta, é claro, a possibilidade de converter a obrigação em uma indenização e fazer com que o Estado, utilizando seu poder policial, retire parte do patrimônio do devedor e o entregue ao credor. Entretanto, nesse caso, a atributividade continuaria sendo inútil: de nada adiantaria a possibilidade de exigir do sujeito passivo o cumprimento da obrigação, pois o relevante seria a possibilidade de exigir do Estado o uso da força policial para que o sujeito ativo possa fazer valer seus direitos. Com isso, a característica fundamental do direito não seria a atributividade (possibilidade de exigir do sujeito passivo o cumprimento dos seus deveres), mas a coercibilidade (possibilidade de uso da força física)<sup>91</sup>.

Todavia, se optarmos por uma perspectiva dogmática<sup>92</sup> e não sociológica, a resposta seria bem diferente. Para o jurista dogmático, a *obrigação jurídica* é algo que existe e que confere ao sujeito ativo o direito de exigir do sujeito passivo o cumprimento de um dever, ainda que não haja meios práticos de garantir a realização da conduta devida. Sob esse enfoque, o importante é a existência da possibilidade jurídica de exigir o cumprimento da obrigação, é a existência no plano jurídico de uma pura relação de imputação. Dessa forma, a partir de uma perspectiva dogmática, a *atributividade* seria um critério adequado para diferenciar as normas jurídicas das não-jurídicas.

## 6. Heteronomia

Embora o conceito de heteronomia seja pouco utilizado fora do âmbito jurídico, a todos os falantes da língua portuguesa é familiar a idéia de autonomia, à qual ele se opõe. Quando alguma coisa é autônoma? Essa pergunta pode ser respondida de várias formas, pois o termo autonomia pode assumir vários significados. Originalmente, autonomia quer dizer capacidade de estabelecer as suas próprias regras, pois é derivada da combinação dos radicais gregos *auto* (relativo ao próprio sujeito) e *nomos* (norma). Assim, podemos entender a autonomia como sendo a capacidade da pessoa de estabelecer ou escolher as regras que a ela se aplicarão: característica que se aplica à moral, mas não ao direito.

Tanto o direito como a moral são compostos por normas cujo objetivo é orientar o comportamento das pessoas. Existe, porém, uma diferença fundamental em relação ao modo como essas normas impõem-se às pessoas: enquanto o direito é estabelecido socialmente e obriga a todos os membros da sociedade, a moral obriga apenas às pessoas que reconhecem as suas normas como válidas.

A moral de uma pessoa resulta de uma escolha individual, de tal forma que uma determinada norma apenas se impõe às pessoas que aderem voluntariamente ao código moral a que ela pertence. Logo, na medida em que uma pessoa elege o seu código moral

50

<sup>90</sup> Uma análise sociológica mais aprofundada do conceito de obrigação jurídica é realizada no Capítulo X, D,

<sup>91</sup> A coercibilidade será analisada especificamente no ponto A, 8 deste capítulo.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Sobre *dogmática*, vide Capítulo VII, A.

com autonomia (pois ninguém pode impor a aceitação de regras morais a terceiros), podemos afirmar que a moral é autônoma ou que somos autônomos frente às regras morais. Em sentido contrário, como toda pessoa é obrigada a obedecer às normas jurídicas independentemente de as ter aceitado previamente, podemos dizer que ele é heterônomo. O direito é criado pela sociedade e impõe-se a todos, mesmo àqueles indivíduos que consideram as normas jurídicas como imorais, injustas ou ilegítimas.

Todavia, esse conceito de autonomia/heteronomia é problemático. Ele foi introduzido na discussão jurídica por Kant, na Fundamentação da metafísica dos costumes, sendo que esse autor tem um conceito bastante peculiar de vontade. Para Kant, a única vontade livre é a vontade racional e, como a racionalidade é partilhada por todos, é possível estabelecer normas de validade universal. Segundo esse filósofo germânico, a partir de uma reflexão racional, deve ser possível estabelecer uma série de normas morais. Como essas normas são perfeitamente racionais, ninguém poderia questionar a sua validade e, como a vontade deve ser também racional, uma vontade livre deveria necessariamente admitir essas regras como válidas. Dessa forma, o pensamento kantiano considera que as regras morais, embora autônomas (dependentes da vontade do sujeito), têm validade universal, impondo-se a todas as pessoas, independentemente dos seus desejos e instintos — característica que atualmente costumamos ligar apenas à heteronomia.

Entretanto, nos dias de hoje, os conceitos kantianos de vontade e de razão têm poucos seguidores. As teorias de viés liberal, que se tornaram dominantes a partir das revoluções burguesas, modificaram o conceito kantiano de autonomia e entenderam que cada pessoa, individualmente, deveria escolher as normas que orientariam a sua conduta moral. Afinal, para os pensadores contemporâneos, a moralidade é uma questão de escolha individual. Todavia, um conceito de autonomia tão relativizado como o existente na atualidade, ligado à livre expressão dos valores e interesses de uma pessoa, gera uma série de problemas.

Kelsen, por exemplo, percebeu que, embora possamos chamar de morais quaisquer regras que elejamos individualmente para orientar nossa conduta pessoal, não haveria qualquer interesse em contrapor o direito a uma moral desse tipo. Segundo este jurista austríaco, somente haveria interesse em avaliar as relações entre o direito e uma moral criada ou pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente (como por exemplo, por parte do fundador de uma religião, como Maomé ou Jesus).<sup>93</sup> De outra forma, estaríamos comparando uma série de escolhas individuais com um conjunto de normas impostas pela sociedade, o que não teria qualquer valor científico. Assim, para Kelsen, somente se deveria estudar as relações entre o direito e uma moral heterônoma, ou seja, um sistema moral cuja validade fosse independente de qualquer compromisso pessoal do sujeito.

Com isso, entramos em outra discussão complexa: o que devemos chamar de *moral*? É o conjunto de valores éticos aceitos por um indivíduo? É um conjunto de valores dominantes em uma sociedade? Pode ser ele derivado das concepções religiosas de uma certa igreja? É algo diverso de tudo isso? Não há para essas questões uma solução unívoca, pois a resposta a essas perguntas depende dos valores e posicionamentos ideológicos de cada um. Todavia, se no campo da ética faz sentido discutir se devemos caracterizar a moral como autônoma ou heterônoma, no âmbito do direito esse não é um problema relevante, pois as normas jurídicas são efetivamente heterônomas. Entretanto, por mais que se possa afirmar que o direito é dotado de heteronomia, essa conclusão somente resolveria o problema da demarcação das fronteiras entre o direito e

\_

<sup>93</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 68.

uma moral autônoma, restando sem resposta a pergunta de Kelsen sobre a diferenciação entre o direito e um sistema heterônomo de moral.

#### 7. Caráter da sanção: institucionalizada ou difusa

Outro critério importante para a diferenciação entre normas morais e jurídicas é o tipo de sanção ligada a cada uma delas. Kelsen afirmava que "uma distinção entre o direito e a moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no como elas prescrevem ou proíbem" Segundo ele, o direito deveria ser entendido como "uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizada, enquanto a moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em consideração, portanto, o emprego da força física" 55.

Assim, para Kelsen, as normas jurídicas diferenciam-se das morais em virtude da espécie de sanção que a elas é cominada. No caso da moral, a sanção é socialmente difusa, realizada especialmente pela desaprovação social%. Já às normas jurídicas, é ligada uma sanção institucionalizada, que se caracteriza pela atribuição do poder de executar as sanções previstas nas normas a órgãos especiais das organizações políticas, especialmente do Estado. A nosso ver, esse é o critério central de diferenciação entre as normas jurídicas e morais, por ser um reflexo do fato de que, ao contrário da moral, o direito está sempre ligado a uma ordem institucionalizada de poder%. Além disso, tal critério permite uma distinção do direito frente a sistemas morais tanto autônomos como heterônomos.

#### 8. Coercibilidade

A coercibilidade é uma característica das normas jurídicas que salienta a íntima relação existente entre o direito e o uso da força. Essa ligação é tão profunda que vários juristas definem o direito como uma ordem normativa que regula o uso da força. Tobias Barreto, por exemplo, definiu-o simplesmente como *a organização da força.*98 Porém, a tradução mais célebre das relações entre direito e força é provavelmente aquela que encontramos nas primeiras linhas d'*A luta pelo direito*, uma das principais obras jurídicas do século XIX, de autoria do alemão Rudolf von Ihering:

O objetivo do direito é a paz, a luta é o meio de consegui-la. [...] O direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força, com a qual a Justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança.<sup>99</sup>

Atualmente essa questão vem sendo colocada de forma ligeiramente diversa, pois o papel da força no direito vem sendo relativizado. Utilizando as categorias propostas por Miguel Reale, podemos dizer que, como o direito é bilateral atributivo (ou seja, como atribui a uma pessoa o direito de exigir de outra um determinado comportamento), é

<sup>94</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 68.

<sup>95</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 68.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Convém observar que Kelsen não faz qualquer referência ao *remorso*, que, para boa parte dos estudiosos da ética, é a sanção moral por excelência. Essa omissão não deve causar espanto, pois, como vimos no item anterior, Kelsen não se interessa pelos aspectos individuais ou psicológicos da moral, mas somente pelas reações sociais típicas do rompimento de um código moral positivo e heterônomo.

<sup>97</sup> Sobre este ponto, vide também Capítulo III, C, 2.

<sup>98</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 47.

<sup>99</sup> IHERING, A luta pelo direito, p. 27.

natural que sejam desenvolvidos métodos para que os sujeitos ativos possam fazer valer seus direitos contra sujeitos passivos que não cumpram suas obrigações de forma voluntária — o que se faz mediante a coação estatal (o uso da força do Estado). 100 Entretanto, a utilização da força física somente acontece nos casos em que o direito é desobedecido, ou seja, em situações anormais, já que, na maioria dos casos, as pessoas cumprem voluntariamente as normas jurídicas. Assim, a coação propriamente dita (uso efetivo da força) não é uma característica necessária do direito, pois a maior parte das relações jurídicas ocorre sem que seja necessária a intervenção da força estatal. Aliás, nenhuma ordem de poder seria capaz de sustentar durante muito tempo um conjunto de normas que tivesse base unicamente na coação.

Todavia, embora seja insustentável um sistema jurídico baseado na mera coação, não podemos negar a existência de uma importante relação entre direito e força física. Enquanto a coação efetiva deve ocorrer apenas em alguns casos excepcionais, toda relação jurídica é acompanhada por uma espécie de *coação potencial*, chamada tecnicamente de coercibilidade. O termo *coercibilidade* designa a "*susceptibilidade* do uso da força física ou da pressão material. Distingue-se da coacção material que se define pela *efectivação* de uma ou de outra. Ou seja, o conceito de coercibilidade revela-se em uma ideia de potencialidade, ao passo que o conceito de coacção se exprime em termos de actualização"<sup>101</sup>. Assim, parece-nos mais adequado afirmar que as normas jurídicas não são caracterizadas por serem coativas, mas por terem coercibilidade.

Devemos ressaltar, contudo, que a distinção acima exposta (entre coerção e coação) não é consensual entre os juristas. Vicente Ráo, por exemplo, entende que coerção é uma coação legítima<sup>102</sup>, o que o leva a diferenciar a coerção potencial (mera invocação da possibilidade do uso da força) da coerção atual (na qual a força é efetivamente empregada)<sup>103</sup>, sendo esse sentido da palavra coerção bastante comum na linguagem forense. Fala-se, por exemplo, em condução coercitiva, quando uma pessoa deve ser conduzida a juízo, ainda que mediante o uso da força. Todavia, independentemente do conceito de coerção adotado, podemos afirmar que a moral não tem a característica da coercibilidade, pois o descumprimento de normas morais não pode ser punido mediante a utilização de força física.

# B - Diferenças entre direito e moral

Em linhas gerais, os conceitos acima discutidos apontam para uma diferenciação entre direito e moral que pode ser resumida no seguinte quadro:

Direito	Intersubjetivo	Bilateral	Atributivo	Heterônomo	Coercível
Moral	Subjetivo	Unilateral	Não-atributiva	Autônoma	Incoercível

Observe-se, contudo, que um quadro como esse é apenas uma simplificação esquemática do problema. Embora não se possa esperar que esgotemos a análise desse assunto em um curso introdutório, especialmente porque tal questão vem sendo discutida há séculos e não parece possível chegar a uma solução consensual, convém

\_

<sup>100</sup> Embora devamos admitir que o poder estatal é muito limitado quando se trata de obrigar alguém a cumprir uma obrigação de fazer, como foi discutido no Capítulo IV, A, 5.

<sup>101</sup> SOUSA, Introdução ao estudo do direito, p. 18.

<sup>102 &</sup>quot;Psicologicamente considerada, a coerção equivale à coação, por forçar o violador da lei a proceder contra a sua vontade. Mas, de uma coação legítima e juridicamente disciplinada aqui se trata, necessária, por modo substancial, à vida e à eficácia do direito normativo" [RÁO, O direito e a vida dos direitos, p. 195].
103 RÁO, O direito e a vida dos direitos, p. 194.

ainda apontar alguns pontos problemáticos no estudo das distinções entre direito e moral.

#### 1. Dificuldades no tratamento da questão

Em primeiro lugar, temos que, dentre os aspectos ressaltados neste curso, vários autores elegem um, em especial, para afirmar que se trata da diferença básica entre direito e moral. Assim, alguns juristas sustentarão que o critério fundamental de distinção é a coercibilidade ou a heteronomia ou a intersubjetividade e dirão que as outras características são pouco relevantes ou que são apenas decorrências lógicas do aspecto apontado como primordial.

Outro problema sério é o do vocabulário utilizado, já que muitas vezes autores diferentes usam as palavras tradicionalmente ligadas ao tema (como coercibilidade, subjetividade ou autonomia) em sentidos muito diversos. Ademais, os vários conceitos de que tratamos apresentam muitos pontos de contato, como se pode perceber claramente a partir da comparação das noções de *intersubjetividade*, *exterioridade* e *bilateralidade*, por exemplo. Além disso, embora seja possível afirmar que, em linhas gerais, a maioria das tentativas de diferenciação chegue a resultados coincidentes, há uma série de discordâncias aparentemente menores, mas que geram problemas. Reale, por exemplo, afirma que a moral é bilateral, e não unilateral, como dissemos aqui e como defendem outros autores, tal como o italiano Giorgio Del Vecchio.

Outro problema importante é que, em uma classe de direito, é muito fácil dizer o que é a moral. Como o nosso principal objetivo é definir o direito, podemos adotar o conceito de moral que melhor nos sirva para atingir essa finalidade — por mais distorcido que esse conceito possa parecer a um estudioso de ética. Devemos, pois, ressalvar que não existe um conceito único de moral e que a definição de ética é, no mínimo, tão problemática quanto a de direito.<sup>104</sup>

Além disso, não podemos falar em uma moral, mas apenas em diversos sistemas morais possíveis, sendo que tais sistemas, na maioria das vezes, não são compatíveis entre si. Quando Aristóteles falava de moral, ele referia-se a um conjunto de virtudes que deveriam ser observadas pelos cidadãos de uma *polis*. Já para Kant, tratava-se de um conjunto de regras obrigatórias porque racionalmente fundamentadas. Para um teólogo medieval, provavelmente a moral seria identificada com o conjunto de normas da ética cristã. Por nós, provavelmente, a palavra *moral* será utilizada para fazer referência de certos valores sociais que o senso comum trata como valores de moralidade, ainda que de maneira assistemática e irreflexiva.

Levados em consideração todos esses pontos, o grande problema que se coloca é que cada diferenciação que propomos entre direito e moral implica a afirmação de um conceito de direito e outro de moral. Todavia, se somarmos todas as características que atribuímos anteriormente à moral, teremos um quadro pouco consistente, pois algumas somente se aplicam a uma moral autônoma, outras a uma positiva, outras a uma heterônoma etc.

Assim, cada diferença proposta apenas faz sentido com referência a uma definição prévia de direito e de moral. Dessa forma, se tomarmos o conceito positivista de direito e tentarmos diferenciá-lo de uma moral também positiva, certamente não serão adequados os mesmos critérios usados para distinguir o direito natural da moral kantiana. Por tudo isso, não se pode oferecer nenhuma resposta final ao problema da distinção entre direito e moral, na medida em que não existe nenhuma diferenciação que possa ser considerada como absolutamente *verdadeira*.

54

<sup>104</sup> Diga-se de passagem, esse não é um problema só do estudo do direito. Não é incomum que, em um curso de ética, o conceito de direito utilizado seja bastante ultrapassado, em termos de ciência jurídica.

#### 2. Necessidade de posicionar-se sobre o tema

Todavia, apesar de todas as dificuldades assinaladas, não se pode desistir de analisar a questão, que é por demais relevante. Para desenvolver uma resposta adequada<sup>105</sup>, o primeiro passo é compreender devidamente o problema, o que pressupõe o conhecimento dos vários conceitos utilizados na discussão: heteronomia, subjetividade, bilateralidade, coercibilidade etc. Compreender cada uma dessas idéias é um passo necessário para entender os questionamentos relevantes e, conseqüentemente, para entender as soluções propostas e contribuir para a discussão.

Não existe, porém, um posicionamento final sobre essa questão, mas apenas teorias construídas sobre determinados pressupostos valorativos e ideológicos. Enquanto um positivista provavelmente acentuará as características de *atributividade* ou *heteronomia*, um sociólogo poderá ter sérias razões para refutar a validade desses critérios. Não parece razoável esperar que haja uma distinção entre direito e moral que satisfaça, ao mesmo tempo, um marxista, um católico, um muçulmano e um agnóstico neoliberal.

Fixados alguns pontos fundamentais, podemos utilizá-los como critérios de avaliação das soluções propostas — é o que acontece, por exemplo, nas disciplinas dogmáticas 106. Entretanto, quando há uma divergência quanto aos pontos fundamentais, não se pode afirmar que uma das soluções conflitantes é a única racionalmente aceitável, pois a racionalidade apenas é capaz de medir a congruência entre premissas e conclusões, sendo incapaz de julgar a validade das próprias premissas. Dessa forma, a escolha entre uma das várias soluções propostas, bem como a proposição de novas saídas, depende fundamentalmente do posicionamento ideológico de cada um. 107

# C - Relações entre direito e moral

Após examinarmos as distinções, passemos a um breve estudo sobre os pontos de contato entre direito e moral. A diferenciação das esferas de valor (que possibilitou uma distinção entre os campos do direito e da moral) não é absoluta, de forma que a moral e direito não se tornaram sistemas independentes e incomunicáveis. Se o poder político institucionalizado não tivesse qualquer pretensão de representar os interesses do povo, então as normas jurídicas poderiam ser absolutamente incompatíveis com as normas morais. Entretanto, quando se fundamenta a legitimidade política na representação dos interesses da população, é preciso que se construam pontes que relacionem as normas jurídicas e os valores morais. Assim, teorias que buscam separar em absoluto o direito da moral terminam por fazer uma divisão mais abstrata que real, criando um abismo intransponível entre duas realidades que não se encontram tão distantes assim uma da outra.

## 1. Teoria do mínimo ético

Uma das tentativas mais conhecidas de aproximar o direito da moral é a teoria do mínimo ético, que foi delineada no início do século XIX pelo inglês Jeremy Bentham e defendida também seus seguidores, como John Stuart Mill<sup>108</sup>. Entretanto, no Brasil, o nome normalmente ligado a essa teoria é o do alemão Georg Jellinek.<sup>109</sup> Os teóricos dessa linha partem da idéia de que os valores

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> Ainda que não seja verdadeira em termos absolutos.

<sup>106</sup> Sobre dogmática, vide Capítulo VII, A, 2.

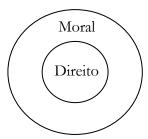
<sup>107</sup> Sobre a influência ideológica no conceito de direito, vide Capítulo V.

<sup>108</sup> Vide MILL, John Stuart. Utilitarismo. Coimbra: Atlântida, 1961, pp. 94-95.

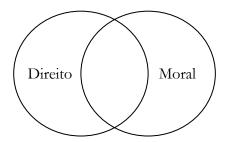
<sup>109</sup> Nas palavras de Miguel Reale: "A teoria do mínimo ético consiste em dizer que o direito representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos para que a sociedade não soçobre. A moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que

dominantes em cada sociedade exigem que sejam elaboradas várias normas de conduta para organizar a convivência da coletividade. Em seguida, afirmam que há certos pontos dessa moral social que são tão importantes, tão fundamentais para a garantia de uma vida harmônica, que a sua observância não pode ser deixada à autonomia da vontade dos cidadãos. Concluem, então, que a garantia da obediência a tais regras morais exige a prescrição de castigos para aqueles que não as cumprirem. Descrevem, assim, o nascimento das regras jurídicas: normas de fundo moral que, devido a seu alto grau de relevância, são dotadas de uma obrigatoriedade mais intensa.<sup>110</sup>

Assim, para a teoria do mínimo ético, o direto seria apenas uma parte da moral que, devido à sua maior importância, seria revestida de heteronomia e coercibilidade. Essa teoria normalmente é traduzida graficamente por meio da figura de dois círculos concêntricos, representando que o direito é um subconjunto da moral.



Embora a teoria do mínimo ético seja bastante conhecida, ela não conta com defensores nos dias de hoje. O abandono dessa teoria deveu-se às várias críticas que a ela foram dirigidas, sendo que a principal objeção levantada contra essa teoria foi a afirmação de que existem muitas normas jurídicas sem qualquer conteúdo moral. Tomemos, por exemplo, as regras que estabelecem prazos. Qual a moralidade existente em definir que o prazo para a interposição de apelação é de 15 dias? Ou que o prazo para revisão de menção é de uma semana após a publicação das notas? Aparentemente, essas questões são completamente estranhas ao campo da moral. Frente a dificuldades como essa, os teóricos contemporâneos normalmente sugerem que a melhor representação para a relação entre direito e moral é a de dois círculos secantes, ou seja, círculos que se sobrepõem apenas parcialmente.



Todavia, é pouco ressaltado que a teoria do mínimo ético também tem suas vantagens. Em especial, quem há de recusar que existem obrigações morais tão importantes que seria irrazoável deixá-las apenas no campo autônomo e incoercivo da moral, sem qualquer possibilidade de que o seu cumprimento fosse exigível? Quem

se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social. Assim sendo, o direito não é algo diverso da moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas." [REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 42] <sup>110</sup> REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 42.

negará que a legitimidade da maior parte das normas jurídicas mais importantes está na sua correspondência com os valores morais? Será razoável dizer que a teoria do mínimo ético é absolutamente inaceitável porque não explica casos de menor importância (como o dos prazos), enquanto ela oferece boas explicações para o direito à vida, ao devido processo legal, à liberdade de expressão e aos outros direitos fundamentais?

Além disso, o argumento de que há normas jurídicas que não têm qualquer conteúdo moral tem algo de falacioso. É certo que não haveria relevância moral em modificar o prazo de apelação de 15 para 13 ou 17 dias. Mas, se a redução fosse tão grande que impedisse o direito de defesa? Se o prazo fosse de apenas um dia, quem haveria de negar a existência de uma imoralidade? Há também um erro de perspectiva. É claro que muitas normas jurídicas estabelecem apenas procedimentos e que quase todas as normas de processo, tomadas individualmente, não têm relevância moral muito grande. Mas essas regras também não têm uma significação jurídica autônoma, pois elas somente fazem sentido dentro do contexto normativo a que pertencem. A norma que estabelece um prazo só faz sentido se tomada juntamente com a norma que estabelece o direito para o qual existe o prazo.

Todo instituto jurídico é regulado por um certo número de normas, as quais somente fazem sentido quando a analisamos em conjunto, sendo que esses conjuntos de regras normalmente têm relevância moral. Por exemplo: embora a norma que estabelece um prazo para a revisão de menção pareça não ter conteúdo moral, é moralmente relevante o fato de os estudantes terem o direito de exigir a mudança de uma nota injustamente atribuída pelo professor. Assim, embora a análise isolada da norma nos indique a sua *amoralidade*, devemos reconhecer que ela faz parte de uma regulamentação mais ampla e que esse conjunto de regras tem um conteúdo moral bastante acentuado. Não pretendo aqui defender que a teoria do mínimo ético seja a mais adequada melhor para explicar os fenômenos jurídicos. Todavia, parece-me que devemos ser um pouco mais justos com ela, pois, se não explica devidamente a possibilidade de existirem normas jurídicas imorais ou amorais, essa teoria proporciona uma aproximação entre o direito e a moral que reflete as aspirações contemporâneas de um direito justo e legítimo.

## 2. O perigo de uma legitimação acrítica do direito

A teoria do mínimo ético afirma que toda norma jurídica deve ter um fundamento moral, o que parece ser uma afirmação demasiadamente forte para ser verdadeira. Outros autores, no entanto, como Del Vecchio, postulam uma tese mais moderada, afirmando apenas que o direito não impõe deveres contrários à moralidade. Segundo esse jurista italiano, o direito e a moral não são idênticos, mas têm fundamento em idênticos valores e, portanto, "impossível é qualquer contradição ou disparidade entre eles"<sup>111</sup>. Contra posições dessa espécie, um bom argumento é oferecido por Hans Kelsen: "se supusermos que o direito, por sua essência, tem caráter moral, então não faz qualquer sentido a exigência — feita sob o pressuposto da existência de um valor moral absoluto — de que o direito deve ser moral"<sup>112</sup>.

Kelsen chama atenção, dessa forma para o caráter da moral como fundamento valorativo do direito. O direito, em si, é uma ordem normativa válida, que não é necessariamente moral ou imoral. As normas jurídicas são expressões do poder político e, mesmo que o sistema político democrático pretenda extrair sua legitimidade da representação dos interesses do povo, é por todos sabido que muitas vezes as decisões políticas contrariam os valores morais da população. Entretanto, toda vez que

<sup>111</sup> VECCHIO, Lições de filosofia do direito, p. 365.

<sup>112</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 72.

qualificamos uma norma como imoral, isso depõe contra uma de suas características mais importantes: a legitimidade.

Embora afirme que não faz parte do papel da teoria pura do direito aprovar ou desaprovar o seu objeto, Kelsen admite que "uma legitimação do direito positivo pode, apesar da sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços"<sup>113</sup>. Isso é o máximo que se pode esperar que um positivista lógico possa dizer sobre a legitimidade, mas nós podemos ir um pouco mais longe e afirmar que a legitimidade é um dos elementos que compõem a noção de validade do direito<sup>114</sup>. E aí está a grande importância de estudar as relações entre direito e moral. Se o direito é uma ordem normativa que se pretende legítima, quais são os valores que serão utilizados para avaliar essa legitimidade, senão os valores de moralidade e justiça?

Qual a importância da legitimidade para a caracterização de uma norma como jurídica? Essa é uma pergunta que está no fundo de toda diferenciação entre direito e moral. Observemos que, como disse o próprio Kelsen, "uma justificação do direito pela moral apenas é possível quando entre as normas da moral e as do direito possa existir contraposição, quando possa existir um direito moralmente bom e um direito moralmente mau." Além disso, "a tese de que o direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é direito, é rejeitada pela teoria pura do direito, não apenas porque pressupõe uma moral absoluta, mas ainda porque ela, na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva do Estado que constitui tal comunidade"<sup>115</sup>.

Vemos assim, que, quando alguns juristas buscam afirmar a identidade entre direito e moral ou, de uma forma mais fraca, afirmar a coerência necessária entre direito e moral, qual é o resultado? A afirmação de que o direito positivo não pode ser avaliado moralmente, não pode ser considerado imoral ou injusto, porque não pode haver contradição entre moral e o direito. Opera-se, dessa forma, uma justificação acrítica da legitimidade: tomamos como legítima uma ordem jurídica apenas com base em uma identidade lógica entre direito e moral.

É bastante perceptível, pois, a função ideológica<sup>116</sup> dessa identificação: mascarar a realidade ilegítima do direito, para evitar a crítica a essa ilegitimidade. Percebemos, assim, que a separação entre moral e direito é condição necessária para possibilitar uma crítica do direito com base nos valores morais. Portanto, não convém admitir a validade de uma teoria que sustente a identidade real ou a coerência necessária entre o direito positivo e a moral. Contudo, essa crítica deve ser vista com algumas cautelas.

#### 3. A tensão entre idealismo e realismo

Com efeito, defender uma identidade real entre o direito e a moral cria o perigo de uma legitimação acrítica. Quando uma teoria como essa domina o senso comum, ela leva os juristas a aplicar as normas positivas sem qualquer questionamento sobre a sua legitimidade, acarretando, assim, uma identificação prática entre direito e norma: na teoria admite-se que o direito deve ser legítimo, mas, na prática, trabalha-se apenas com a sua validade formal.

Mas é possível postular uma identidade ideal entre direito e moral. Embora seja necessário admitir que essas ordens normativas não são necessariamente idênticas nem mesmo coerentes, podemos sustentar que essa identidade deve ser buscada pelos juristas, que o ideal do direito é a sua identificação com a moral. Como uma teoria dessa

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 75.

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> Vide Capítulo II, D, 2, c.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 73.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> Sobre ideologia, vide Capítulo V.

natureza oferece a possibilidade de criticar o direito com base nos valores morais, fica afastado o risco de uma legitimação acrítica: se o direito deve ser moralmente adequado, as normas imorais devem ser combatidas.

Assim, não parece razoável considerar desarrazoados todos os argumentos que sustentam alguma identidade entre direito e moral. Embora não possamos admitir a postulação acrítica de que essas duas esferas são idênticas, devemos reconhecer que a modificação do direito, para torná-lo mais próximo da moral, é um ideal a ser buscado. O direito e a moral devem ser distinguidos um do outro, mas não podemos perder de vista que eles têm muitos pontos em comum, especialmente porque a legitimidade do direito tem base na sua adequação aos valores morais da sociedade. Além disso, a diferenciação entre direito e moral é condição necessária para possibilitar uma avaliação moral das normas jurídicas.

Assim, mesmo que seja possível afirmar que existam normas jurídicas imorais ou injustas, essa não é uma afirmação que devemos tomar apenas como um dado da realidade: temos o dever moral de ficarmos indignados perante ela e de tentarmos modificar essa situação. O direito positivo, expressão de um poder político institucionalizado, nem sempre corresponde às expectativas da sociedade. Todavia, a realização dos nossos ideais de direito exigiria, no mínimo, que as normas jurídicas fosse coerentes com a moral. Assim, embora o direito não seja apenas uma expressão de valores morais, ele deveria consagrar os valores morais mais importantes — como afirmavam, por exemplo, os defensores da teoria do mínimo ético, normalmente tão desprezada.

# Capítulo V - Ideologia e direito

O conceito de ideologia é um dos mais controversos no campo das ciências sociais, sendo atribuídos a essa palavra os mais diversos sentidos, nem todos compatíveis entre si. Vários desses significados foram listados pelo inglês Terry Eagleton, entre os quais destacamos as seguintes definições de ideologia:

- processo de produção de significados, signos e valores na vida social;
- corpo de idéias característico de um determinado grupo ou classe social;
- idéias que ajudam a legitimar um poder político dominante;
- comunicação sistematicamente distorcida;
- formas de pensamento motivadas por interesses sociais;
- ilusão socialmente necessária;
- a confusão entre realidade lingüística e realidade fenomênica.<sup>117</sup>

Cada uma dessas definições guarda um pouco do significado da palavra ideologia, mas nenhuma delas esgota todo o seu campo de significação. Sendo esse conceito tão multifacetado, convém que o apresentemos a partir de algumas perspectivas diversas, para que, no final, possamos construir um panorama razoavelmente abrangente. Iniciemos nosso estudo por uma breve apresentação histórica. 118

# A - Origens do termo ideologia

## 1. Destutt de Tracy e a ideologia como ciência das idéias

A palavra ideologia foi criada pelo francês Destutt de Tracy para designar uma nova ciência que ele se propunha a desenvolver. De Tracy era um nobre rico que, apesar de compartilhar os ideais iluministas e de ter apoiado várias reformas ligadas à Revolução Francesa, foi preso durante o período do Terror. Para Destutt de Tracy, como para vários outros dos nobres presos, o regime do Terror significava um completo rompimento dos ideais iluministas de uma sociedade racional e organizada.

Com a queda de Robespierre, de Tracy foi libertado e coube a ele a organização de um curso de ciências morais e políticas, no qual ele propôs a criação de uma nova ciência: a ideologia, que consistiria no estudo sistemático das idéias, investigação essa que poderia garantir as bases de um verdadeiro conhecimento científico, o qual daria aos homens condição para organizar a sociedade da maneira mais justa possível<sup>119</sup>. Segundo Thompson, de Tracy considerava que "através de uma análise cuidadosa das ideias e das sensações, a ideologia possibilitaria a compreensão da natureza humana e, desse modo, possibilitaria a reestruturação da ordem social e política de acordo com as necessidades e aspirações dos seres humanos. A ideologia colocaria as ciências morais e políticas num fundamento firme e as preservaria do erro e do preconceito."120 Assim, para de Tracy, a ideologia deveria servir como base para todos os outros ramos do conhecimento, especialmente para as ciências humanas.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> EAGLETON, *Ideologia*, p. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> A qual tem como principal base a obra *Ideologia e cultura moderna*, de John B. Thompson.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> Para compreender devidamente esse projeto, é preciso saber que de Tracy admitia a tese kantiana de que não era possível ao homem conhecer o mundo em si, mas apenas as idéias que ele faz do mundo, a partir de suas sensações. Assim, como não era possível conhecer diretamente o mundo, o homem deveria conhecer aprofundadamente as idéias que ele forma sobre a realidade. Vide THOMPSON, Ideologia e cultura moderna, p. 45 e REALE e ANTISSERI, História da filosofia, pp. 892 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> THOMPSON, Ideologia e cultura moderna, p. 45.

#### 2. Napoleão Bonaparte e a crítica aos ideólogos

Apesar de a palavra *ideologia* ter sido cunhada por Destutt de Tracy para denominar o seu projeto científico, esse termo entrou para a história por obra de Napoleão Bonaparte. Embora de Tracy e seus seguidores fossem nobres que apoiavam o governo revolucionário, eles eram defensores da república e, nessa medida, opunham-se às ambições autocráticas de Napoleão. Por isso, Napoleão fez vários ataques aos *ideólogos* e "ridicularizou as pretensões da *ideologia*: ela era, na sua visão, uma doutrina especulativa abstrata, que estava divorciada das realidades do poder político" Dessa forma, a palavra *ideólogo* entrou para o vocabulário político universal com um sentido pejorativo: designava pessoas que, ao invés de procurarem desenvolver a política com base em um conhecimento do mundo real, buscavam a base da política em um estudo metafísico das idéias.

# B - O conceito marxista de ideologia

Algumas décadas após as críticas de Napoleão aos *ideólogos*, Marx e Engels utilizaram essa mesma palavra para criticar os filósofos alemães de seu tempo<sup>122</sup>, no livro *A ideologia alemã*. Esse paralelo era justificado pelo fato de que os filósofos hegelianos, tal como os ideólogos franceses, tinham a "ilusão de que a batalha real que deveria ser travada era uma batalha de idéias e que, assumindo uma atitude crítica diante das idéias recebidas, a própria realidade poderia ser mudada."<sup>123</sup>

Com isso, Marx e Engels trataram a ideologia como "uma doutrina teórica e uma atividade que olha erroneamente as idéias como autônomas e eficazes e que não consegue compreender as condições reais e as características da vida sócio-histórica"<sup>124</sup>. Segundo Marx e Engels, esse tipo de concepção era equivocada porque as mudanças sociais não acontecem em virtude de modificações no campo das idéias, mas de transformações na infra-estrutura econômica de uma sociedade e, portanto, a luta que se limita ao âmbito das idéias é uma luta vã.

## 1. Ideologia e conflito de classes

Essa definição de ideologia foi sendo alterada nos escritos posteriores de Marx, à medida que a ideologia deixava de ser vista como um problema de certas correntes filosóficas e começava a ser encarada como um instrumento de dominação. Na obra de Marx, a ideologia deixou de designar apenas um modo "ingênuo" de pensar o mundo e passou a significar um modo de pensar derivado das relações de classe e das condições econômicas de produção: a ideologia era vista como um sistema de idéias que tem como função ocultar as relações de dominação e, nesse sentido, contribuir para a manutenção do *status quo*.

Nesse sentido, a ideologia pode ser definida como um "sistema de representações que servem para sustentar relações existentes de dominação de classes através da orientação das pessoas para o passado em vez de para o futuro, ou para imagens e ideais que escondem as relações de classe e desviam da busca coletiva de mudança social" 125. Temos, assim, um conceito duplamente crítico: a ideologia não é vista apenas como uma falsa visão do mundo, mas como uma visão falsa que é voltada para que a classe dominante mantenha a sua situação privilegiada na sociedade. Essa é uma das definições mais clássicas do termo ideologia e, por isso, merece uma análise mais detalhada.

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> THOMPSON, *Ideologia e cultura moderna*, p. 46.

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> Mais especificamente, Engels e Marx criticavam os filósofos que seguiam as teorias idealistas de Georg W. F. Hegel e que, por isso, são chamados de hegelianos.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> THOMPSON, Ideologia e cultura moderna, p. 50.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> THOMPSON, Ideologia e cultura moderna, p. 51.

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> THOMPSON, *Ideologia e cultura moderna*, p. 58.

No Brasil, um dos maiores difusores da concepção marxista de ideologia é a filósofa paulista Marilena Chauí<sup>126</sup>, que defende a segunda versão do conceito marxista, entendendo a ideologia como um conjunto de pontos de vista sobre o mundo, que serve para impor as opiniões da classe dominante à sociedade. Marilena Chauí afirma que, embora a consciência das pessoas seja sempre determinada pelas condições sociais e históricas em que elas vivem, isso não significa que as nossas idéias representem a realidade tal como ela é, pois muitas vezes somos levados a ter uma falsa visão do mundo. Caso todos enxergássemos a realidade de uma maneira não-distorcida, "seria incompreensível que os seres humanos, conhecendo as causas da exploração, da dominação e da miséria, nada fizessem contra elas"<sup>127</sup>. Todavia, como as pessoas aceitam essa situação, devemos intuir que elas não percebem que a exclusão e a miséria são resultados da dominação de uma classe social por outra.

Com isso, Chauí não quer dizer que os explorados não percebem a sua situação de penúria, o que seria uma afirmação não apenas falsa, mas ridícula. O que ela quer dizer é que eles não percebem que a sua exploração é conseqüência necessária do modelo de produção das sociedades capitalistas, sistema esse que foi construído historicamente e que poderia ser modificado. Como ressaltou Terry Eagleton:

Na verdade, a maior parte das pessoas tem um olhar bastante agudo quando se trata de seus próprios interesses e direitos, e a maioria sente-se desconfortável com a idéia de pertencer a uma forma de vida gravemente injusta. Precisam então acreditar que essas injustiças estão a caminho de serem corrigidas, ou que são contrabalançadas por benefícios maiores, ou que são inevitáveis, ou que não são realmente injustiças. Faz parte da função de uma ideologia dominante inculcar crenças. E pode fazê-lo, seja mediante a falsificação da realidade social, eliminando e excluindo certos aspectos dela que são indesejáveis, seja sugerindo que esses aspectos não podem ser evitados.<sup>128</sup>

Assim, a ideologia contribui decisivamente para que os membros de uma comunidade, em vez de perceberem as causas reais dos problemas sociais, admitam certas explicações *futícias*, que têm como objetivo ocultar as relações de dominação e, dessa maneira, contribuir para que as pessoas aceitem ser exploradas sem oferecer resistência.

A tradição marxista trata esse fenômeno da crença em aparências e em falsas causas a partir de um outro conceito, bastante ligado ao de ideologia, que é o de *alienação*: considera-se alienado o indivíduo que não percebe as relações reais de poder porque acredita na ideologia que as oculta. Marx afirmava, por exemplo, que os trabalhadores, após aplicarem seu trabalho para a produção de bens, não se reconhecem como produtores das riquezas e das coisas<sup>129</sup>. Esse tipo de inversão de valor conduz ao desenvolvimento de um imaginário social que representa a realidade de maneira distorcida.

Tais representações formam um tecido de imagens que explicam a realidade, condicionando assim o modo como as pessoas devem pensar, sentir e agir. As normas regulam as formas de interação social, eliminando ansiedades e ocultando as contradições da vida social. Marilena Chauí, seguindo Marx, denomina ideologia o conjunto dessas explicações fictícias, que legitimam a dominação de uma classe por outra.

<sup>126</sup> CHAUÍ, Convite à filosofia, pp. 167-175 e 416-418.

<sup>127</sup> CHAUÍ, Convite à filosofia, p. 416.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> EAGLETON, *Ideologia*, p. 38.

<sup>129</sup> CHAUÍ, Convite à filosofia, p. 173.

Assim, segundo o marxismo, a ideologia oferece a uma sociedade dividida em classes sociais antagônicas e que vivem na forma da luta de classes, uma imagem que permite a unificação e identificação social. Portanto, a função principal da ideologia seria ocultar, dissimular a realidade de opressões, domínio, submissão e exploração, substituindo-a por uma visão de harmonia social, de que as diferenças são parte da natureza: as coisas são assim porque assim devem ser e não poderiam ser diferentes.<sup>130</sup>

## 2. Virtudes do conceito marxista de ideologia

O conceito marxista de ideologia tem a grande virtude de nos chamar a atenção para a nossa tendência de, em nossas reflexões, trabalharmos com idéias abstratas preconcebidas e de deixarmos em um segundo plano a realidade social. É incrível o número de postulados ideológicos que repetimos sem fazer sobre eles a menor reflexão. Luis Alberto Warat enumerou alguns pontos centrais da ideologia jurídica dominante<sup>131</sup>:

- A ordem jurídica nos fornece segurança.
- O direito positivo é a garantia da paz social.
- O direito é árbitro neutro nas disputas entre os homens.
- É legítima a utilização da força física pelo Estado (transformação da força em legalidade, da dominação em dever).
- A obrigação de obedecer às leis deriva de um valor universal de justiça.
- A sanção jurídica tem finalidades éticas.

Apesar de sua generalizada aceitação pelos membros da comunidade jurídica, a admissão de tais pontos de vista raramente é precedida por um processo de reflexão e de crítica. A Constituição afirma que todos são iguais perante a lei e, no entanto, qualquer um sabe que isso não é verdade, que a lei é elaborada pelos membros de grupos sociais específicos, que o poder econômico tem seus defensores dentro do Congresso, que são os donos do capital que financiam as campanhas dos políticos, que muitas leis são contrárias às aspirações e sentimentos de justiça da população. Apesar de saberem disso, os juristas, consciente ou inconscientemente, deixam de lado todos esses fatos quando eles estão em seu trabalho diário: a validade da lei é admitida sem qualquer consideração sobre sua eficácia ou seu fundamento; sabe-se que o modelo do judiciário foi desenvolvido para a resolução de conflitos individuais entre pessoas que têm um padrão econômico razoável, mas ele é aplicado sem qualquer adaptação a todas as relações sociais.

O jurista é educado para pensar segundo alguns padrões típicos e a acreditar em certos valores duvidosos, como a idéia de que o direito é a única possibilidade prática de justiça, que justo é exigir de cada um a obediência estrita da norma, que moralidade nada tem a ver com direito etc. Mesmo juristas com boa formação passam a acreditar em valores que são adequados ao exercício de sua profissão e que os isentam de outras preocupações. Admitem, por exemplo, que a função do advogado é a de lutar pelos interesses dos seus clientes, mesmo quando eles não têm direitos, pois a defesa competente dos interesses é o papel que a sociedade espera dele. Ademais, como a verdade é relativa, qualquer causa merece ser defendida. Com relação ao juiz, a sua função é aplicar a lei, mesmo quando os seus valores de justiça apontam no sentido contrário. A função do juiz é dar aplicação à lei, por mais que ela seja opressora, injusta, voltada para os interesses de grupos específicos e não para o bem geral da comunidade. Ademais, como a justiça é uma noção muito pessoal, o juiz não pode substituir a apreciação do Congresso ou do Executivo pela sua apreciação individual.

\_

<sup>130</sup> CHAUÍ, Convite à filosofia, p. 174.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> WARAT, O direito e sua linguagem, p. 73.

Todas essas posições ideologicamente sustentadas fazem parte do conjunto de crenças comuns à maioria dos juristas, conjunto este que foi designado por Luis Alberto Warat como o senso comum teórico dos juristas: "uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente os seus atos de decisão e enunciação"<sup>132</sup>. Essas idéias que os juristas fazem do direito, e que elevam ao nível de verdades científicas, fornecem a base ideológica para o conhecimento e para a prática do direito, ou seja, um fundamento voltado à garantia dos valores tradicionais e não a uma reflexão aprofundada sobre os pressupostos e as contradições do senso comum.

Se o senso comum teórico dos juristas oculta o componente político inerente à investigação de verdades<sup>133</sup>, qual é a relevância de estudá-lo? A importância está no fato de que quase toda a atividade jurídica, tanto teórica como prática, funciona de acordo com esse senso comum. Por mais que estudemos as relações entre direito e moral ou as relações entre eficácia e validade, a ideologia jurídica dominante entende que o direito não precisa ser justo e que validade equivale a vigência — e é com base em idéias como essas que as questões jurídicas práticas são normalmente resolvidas.

O caráter ideológico da atividade jurídica muitas vezes não se apresenta de forma clara aos estudantes de direito, pois as normas jurídicas são elaboradas por pessoas do seu grupo social: pessoas que têm casa própria, automóvel e que podem cursar uma universidade privada; pessoas que conhecem os seus direitos (ou ao menos podem vir a conhecê-los) e que podem exigir o seu cumprimento, pois têm condições de contratar um bom advogado e de se sustentar durante os anos em que o processo se desenvolve. Dessa forma, os estudantes de direito normalmente compartilham a ideologia que serve de base para o senso comum teórico e, assim, não o vêem como um conjunto de idéias que sustentam relações de dominação, mas como um conjunto de idéias razoáveis e adequadas à sociedade.

Todavia, é diversa a situação no tocante às pessoas que não têm o mesmo padrão econômico e cultural do típico estudante de direito: os cidadãos que não conhecem nem têm condição de conhecer seus direitos; as pessoas que não têm dinheiro para contratar advogados e precisam entrar em enormes filas para conseguir uma assistência judiciária gratuita que não é suficiente para todos; os indivíduos que não podem sustentar-se enquanto corre o processo ou que se sentem diminuídos ao ter de comparecer a um espaço em que se exige linguajar culto e roupas de alto padrão — não é para eles que o sistema jurídico foi moldado.

Há, porém, uma série de mecanismos ideológicos que tentam criar na sociedade uma percepção diversa: a visão de que todos são iguais perante a lei, que o sistema jurídico atual é fruto de uma atividade científica e racional e que ele é a melhor garantia de segurança e de justiça social. Com isso, restam ocultadas as relações de dominação e de exploração inerentes à atividade político-jurídica, substituídas por uma visão de racionalidade e de harmonia social.

#### 3. Críticas ao conceito marxista de ideologia

O grande problema do conceito marxista de ideologia é que ele supõe que a perspectiva marxista revela o mundo como ele é. O marxismo critica a ideologia burguesa pela sua função de ocultar as relações de dominação e exploração, mas o que ele oferece: apenas uma outra visão de mundo, que ilumina melhor certos campos, mas que também oculta outros. Ao tentar reduzir as interações sociais a relações de poder econômico, reduzir os conflitos sociais a conflitos de classes econômicas, reduzir o

<sup>132</sup> WARAT, Introdução geral ao direito, I, pp. 13-14.

<sup>133</sup> WARAT, Introdução geral ao direito, I, p. 15.

papel das noções de justiça e moralidade, o marxismo também distorce e oculta diversos pontos do real, também faz representações falsas e limitadas.

Como ressalta Eagleton, várias têm sido as críticas dirigidas à visão de que a ideologia é uma falsa consciência, uma descrição deturpada da realidade cuja função é alienar e manter estruturas de dominação. Isso acontece, entre outros motivos, porque "a idéia da falsa consciência pode ser vista como implicando a possibilidade de uma forma inequivocamente correta de ver o mundo, o que hoje se encontra sob forte suspeita"<sup>134</sup>. Em um momento no qual a maioria dos teóricos tende a admitir que todo conhecimento parte de certos pressupostos indemonstráveis, torna-se quase insustentável um ponto de vista que reivindica para si o *status* de descrição correta da realidade. Como vimos na Introdução deste trabalho, a comunicação entre as pessoas supõe a existência de um senso comum, um conjunto razoavelmente amplo de précompreensões socialmente difundidas, sem o qual não seria possível a compreensão mútua. É preciso que um mínimo de valores seja compartilhado entre os membros de uma comunidade para que possa haver um nível razoável de ordem e harmonia e, especialmente, para que seja possível haver algum tipo de comunicação eficiente entre os seus membros.

Além disso, parece superestimar o poder das classes dominantes quem acredita que elas simplesmente impõem à coletividade as crenças que lhe interessam. A ideologia de uma sociedade é moldada por uma série de fatores, não podendo ser reduzida à expressão dos interesses e valores apenas de uma determinada classe. As crenças sociais impõem-se a todos: elas não são o produto da vontade consciente de um grupo, na tentativa de garantir a sua posição de dominante. É claro que as idéias das pessoas que controlam os meios de comunicação, as escolas, que escrevem os livros e produzem os filmes e peças de teatro têm uma influência muito grande na formação do senso comum. Mas seria exagerado concluir que se trata de uma espécie de conspiração de uma classe dominante contra uma classe explorada.

Todos nós temos crenças que guiam nossas escolhas valorativas e nossas atitudes. É possível identificar, em um dado momento histórico, que certas crenças são compartilhadas por uma parte relevante dos membros de uma comunidade: são crenças preponderantes que, em conjunto, formam o senso comum. Esse senso comum tem uma relação muito forte com a garantia da estabilidade social e, portanto, contribui bastante para a manutenção das relações tradicionais de dominação e exploração. Todavia, além de não parecer razoável afirmar que o senso comum é produzido intencionalmente pela classe dominante, não podemos afirmar que ele é composto apenas por deturpações e falsificações da realidade.

De toda forma, é preciso admitir que todos nós temos ideologias e reconhecer o papel importantíssimo que essas idéias preconcebidas desempenham tanto no processo de conhecimento quanto nas atividades práticas, pois é apenas quando percebemos as condicionantes ideológicas de nossos próprios atos que podemos desenvolver um olhar crítico sobre nossas posições teóricas e políticas. E é justamente por isso que um dos objetivos desta obra introdutória é ressaltar os aspectos ideológicos do direito e da ciência jurídica, na busca de evitar que este trabalho sirva apenas como um instrumento para manutenção das atuais relações de dominação e exclusão, atividade na qual o direito desempenha um papel de destaque.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> EAGLETON, *Ideologia*, p. 23.

# C - Procedimentos da ideologia

Para exercer a sua função de legitimação dos poderes políticos dominantes, a ideologia utiliza-se de várias estratégias distintas. Entre esses procedimentos ideológicos, destacaremos alguns dos que foram analisados por Chauí<sup>135</sup> e por Thompson<sup>136</sup>.

#### 1. Inversão

Um dos procedimentos mais típicos da ideologia é a inversão entre causas e efeitos. Tomemos, por exemplo, a necessidade que os séculos anteriores ao nosso tiveram de justificar a existência de escravos. Os ideólogos brasileiros do século passado poderiam justificar a escravidão com base nos argumentos de que os negros eram uma raça inferior ou de que eles não tinham alma. Todavia, podemos nos perguntar: escravizavam-se negros porque eles eram considerados inferiores ou era a sociedade brasileira que os considerava inferiores porque precisava de uma justificativa para escravizá-los? A inferioridade é uma causa da escravidão ou é uma característica que foi atribuída aos negros como conseqüência da necessidade econômica de justificar a escravidão? A inferioridade das mulheres é uma causa do tratamento desigual a que elas são submetidas até hoje ou essa característica lhes é atribuída para justificar a desigualdade? As mulheres devem ser deixadas para as "doçuras do lar e da maternidade"137 porque são frágeis ou nós as chamamos de frágeis para impedi-las de assumir outros papéis sociais mais relevantes? São essas as verdadeiras causas das situações descritas ou são elas o resultado de uma inversão, meras causas fictícias, criadas apenas para legitimar a exploração de certos grupos sociais?

## 2. Naturalização

A naturalização é a estratégia por meio da qual se busca demonstrar que uma determinada situação é própria da natureza humana, com o objetivo de legitimar uma relação de dominação. Por que devemos obediência às regras do Estado? Porque é natural que toda sociedade tenha seus chefes e a eles obedeça. Por que a propriedade privada deve ser respeitada? Porque ela existe em todas as sociedades desenvolvidas e, portanto, devemos concluir que faz parte da natureza de cada ser humano o instinto de apropriar-se dos bens. Por que deve caber às mulheres o cuidado com os filhos e a sua educação? Porque elas são naturalmente dotadas de um instinto maternal.

Essa é a estratégia baseada na idéia de que tudo aquilo que existe pela própria natureza não pode ser alterado por decisões humanas e, portanto, deve ser por aceito por todos. Por meio dela defende-se que, se uma situação é natural, ela deve ser reconhecida como legítima. Esse procedimento ideológico está por trás de alguns dos valores democráticos mais prezados<sup>138</sup> pelas sociedades ocidentais contemporâneas: todos os homens são naturalmente livres e, por isso, todos eles têm direito à liberdade; todos os homens são naturalmente iguais e, por isso, todos eles têm direito à igualdade. Todavia, esses argumentos são tão fundamentados quanto a tese de Aristóteles sobre a escravidão:

Há na espécie humana indivíduos tão inferiores a outros como o corpo o é em relação à alma, ou a fera ao homem; são os homens nos quais o emprego da força física é o melhor que deles se obtêm. Partindo dos nossos princípios, tais indivíduos são destinados, por natureza, à escravidão; porque, para eles, nada é mais fácil que obedecer.<sup>139</sup>

<sup>135</sup> CHAUÍ, Convite à filosofia, pp. 174 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> THOMPSON, *Ideologia e cultura moderna*, p. 81 e ss.

<sup>137</sup> CHAUÍ, Convite à filosofia, p. 175.

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Ao menos nas teorias e nos discursos.

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> ARISTÓTELES, *A política*, p. 16.

A referência à natureza das coisas ou à natureza humana é, assim, um dos procedimentos ideológicos de uso mais freqüente, sendo usado tanto para legitimar a manutenção de antigas relações de dominação (contra as mulheres, contra os negros, contra os estrangeiros etc.) como as modernas doutrinas democráticas, as quais não são menos ideológicas por estarem de acordo com os valores que nos são ensinados desde que nascemos.

Outro caso típico da ocorrência da naturalização como procedimento ideológico é a justificação da propriedade privada. Sendo a propriedade privada uma das principais bases do atual sistema econômico e político, não deve causar espanto o fato de ser esse um dos temas em que mais freqüentes são as afirmações pseudo-científicas com alta carga ideológica. Machado Paupério, por exemplo, afirma que "nas relações entre os indivíduos e entre esses e os bens produzidos, na ordem sociocultural, nasceu naturalmente a instituição da *propriedade*, cuja posição legal passou a configurar os próprios sistemas sociais" (grifamos). Nesse trecho, é evidente a caracterização da propriedade como instituição natural das comunidades humanas, o que leva Machado Paupério a concluir, logo em seguida, que "o direito de propriedade é comum a todos os homens" que certamente inclui também a sociedade brasileira contemporânea.

Por fim, devemos ressaltar que a naturalização pode ser um dos principais elementos ligados à inversão entre causas e efeitos, ao construir idéias tais como os negros são feitos para serem escravos ou as mulheres são feitas para a maternidade.

### 3. Dissimulação

Segundo Thompson, a dissimulação é um dos principais meios de operação da ideologia, pois "relações de dominação podem ser estabelecidas e sustentadas pelo fato de serem ocultadas, negadas ou obscurecidas"<sup>142</sup>. Essa estratégia aparece claramente nos casos da utilização de eufemismos, que buscam dissimular o caráter real de algumas atividades: a repressão de uma manifestação é descrita como "manutenção da ordem", um aumento de preços é chamado de "flexibilização", os juros da dívida externa são chamados de "serviço da dívida" etc.

Ao lado das situações que somente são tratadas de forma eufemística, existem outras que simplesmente não são abordadas, há várias perguntas que não são feitas por todos saberem que, em última análise, ou elas não têm respostas ou é melhor que ninguém lhes ofereça resposta alguma para não admitir as contradições de suas próprias idéias. Por que todos nós nos indignamos com a situação de miséria de boa parte da população do país e permanecemos inertes frente a ela? Por que tantos estudantes reclamam das fraudes de um governo corrupto e acreditam que a cola é uma atividade justificável?

Os discursos políticos são repletos de pontos de silêncio, questões cuidadosamente evitadas porque oferecer-lhes resposta implica admitir certos pontos que seria melhor ocultar. O aborto deve ser permitido? Que tratamento devemos dar aos meninos de rua? Esses são pontos de silêncio, pois discuti-los ressalta as contradições de nossos valores e de nossos modelos de organização política. Muitos admitem a realização de abortos, desde que sejam feitos de forma sigilosa e ninguém venha a saber deles. Como admitir que a miséria de alguns é uma conseqüência necessária do modelo de desenvolvimento que garante nossos privilégios?

O discurso jurídico tem seus pontos especiais de silêncio, que devemos ressaltar. Os deputados e senadores representam o povo? Apesar de quase todos duvidarem desse fato, essa é uma pergunta que não cabe nas discussões jurídicas, pois ela coloca em

<sup>140</sup> PAUPÉRIO, Introdução à ciência do direito, p. 29.

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> PAUPÉRIO, *Introdução à ciência do direito*, p. 30.

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> THOMPSON, *Ideologia e cultura moderna*, p. 83.

xeque a obrigatoriedade das leis. A lei é realmente igual para todos? Quando um juiz decide uma causa, ele simplesmente aplica a lei ou ele cria normas jurídicas? Esses, entre outros, são assuntos cuja análise evidenciaria as funções ideológicas de ocultação e dissimulação. Portanto, sobre esses temas, a ideologia subjacente ao senso comum dos juristas pede que mantenhamos silêncio.

# D - Ideologia e ciência do direito

#### 1. Concepção jurídica do mundo

Os marxistas desenvolveram um interessante conceito para descrever a visão de mundo dominante nas sociedades capitalistas contemporâneas: a concepção jurídica do mundo. Opondo-se à concepção teológica do mundo dominante na idade média, a Europa assistiu nos últimos séculos a ascensão de uma concepção de mundo fundada na idéia de que o direito é o fundamento da vida social, concepção esta que foi disseminada juntamente com o liberalismo político e econômico. De acordo com o jurista russo Vladímir Tumánov, a principal característica dessa postura está em considerar que o direito é a base da sociedade. "No conteúdo da concepção jurídica do mundo destacamse alguns traços principais. Para começar, a maneira de tratar o Direito como princípio da vida social. Não é a sociedade, com as suas necessidades e os seus interesses derivados do modo de produção em questão e do regime de relações de produção, que determina o direito e a lei mas, pelo contrário, é o Direito que cria a sociedade." 143

Reflexos dessa visão podem ser encontrados nas obras de vários juristas contemporâneos, especialmente nos textos introdutórios. Analisemos alguns trechos de livros de introdução ao direito, observando o conteúdo ideológico neles contido, especialmente as influências da concepção jurídica do mundo. Miguel Reale, no primeiro capítulo de suas *Lições preliminares de direito*, obra brasileira mais difundida no campo da introdução ao direito, afirma que "podemos dizer, **sem maiores indagações**, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção, **de solidariedade**." 144 (grifamos)

Vemos, assim, que Reale considera tão óbvio que nenhuma sociedade poderia sobreviver sem o direito que essa afirmação pode ser aceita sem maiores indagações. Mas será possível tomar essa afirmação como óbvia? Dizer que toda sociedade organizada precisa do direito significa afirmar que somente o direito pode garantir a organização social, o que significa anular a relevância dos outros sistemas normativos, ou ao menos remetê-los ao segundo plano. Dessa forma, Reale provavelmente concordaria com a afirmação de Paulo Nader, feita em sua Introdução ao estudo do direito, segundo a qual "o Direito é a grande coluna que sustenta a sociedade"145. Além disso, Reale sustenta que o direito dá à sociedade não apenas um mínimo de ordem, mas também um mínimo de solidariedade. Ora, ligar a idéia de direito à de solidariedade é um procedimento ideológico que oculta o fato de que o direito tanto pode servir à solidariedade quanto à exploração

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> TUMÁNOV, *O pensamento jurídico burguês contemporâneo*, p. 55. Cabe ressaltar que esse texto foi escrito enquanto Tumánov era professor do Instituto do Estado e do Direito da Academia das Ciências da URSS, antes da queda do muro de Berlim e das reformas introduzidas por Gorbatchev na antiga União Soviética

<sup>144</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 2. Essa mesma idéia foi reforçada por Reale algumas páginas depois, quando afirmou que "o direito é, sob certo prisma, um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais. Posso, em virtude do Direito, ficar em minha casa, quando não estiver disposto a trabalhar, assim como posso dedicar-me a qualquer ocupação, sem ser obrigado a estudar Medicina e não Direito, a ser comerciante e não agricultor. Todas essas infinitas possibilidades de ação se condicionam à existência primordial do fenômeno jurídico." (grifamos) [REALE, Lições preliminares de direito, p. 8.]

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> NADER, Introdução ao estudo do direito, p. 25.

e que, efetivamente, os sistemas jurídicos parecem estar mais ligados à dominação que à garantia da solidariedade.

Todavia, a concepção jurídica do mundo estimula a idéia de que é o direito que organiza a sociedade e que ele é a única fonte possível de estabilidade e de justiça social. Assim, tal como os teólogos cristãos acreditam que seu deus regula a vida de todas as pessoas, mesmo daquelas que nele não acreditam, as teorias jurídicas atuais acreditam que o direito regula efetivamente as atividades humanas, mesmo em relação às pessoas que desconhecem suas normas. Essa idéia é evidente no seguinte texto de Miguel Reale:

Há, em cada comportamento humano, a presença, embora indireta, do fenômeno jurídico: o Direito está pelo menos pressuposto em cada ação do homem que se relacione com outro homem. O médico, que receita para um doente, pratica um ato de ciência, mas exerce também um ato jurídico. Talvez não o perceba, nem tenha consciência disso, nem ordinariamente é necessário que haja percepção do Direito que está sendo praticado. Na realidade, porém, o médico que redige uma receita está no exercício de uma profissão garantida pelas leis do país e em virtude de um diploma que lhe faculta a possibilidade de examinar. 146 (grifamos)

Talvez o médico não tenha consciência, mas, *na realidade*, o direito regula as suas atividades. Se isso significasse que o médico poderia ser punido por cometer um ato que ele não sabia ser contrário às leis, tal assertiva seria certamente verdadeira, mas significaria apenas que pode haver leis desconhecidas pelo povo, o que não parece ser a idéia defendida por Reale, pois ele afirma que *a realidade* é que o direito regula a vida das pessoas, que há regras obrigatórias e que essas regras criam a ordem social, mesmo que os atores sociais não se dêem conta disso. Se, na obra Reale, essa inversão está implícita, em outros autores ela é colocada de maneira expressa, como na *Introdução ao estudo do direito* de Machado Paupério:

Sozinho, o homem prescinde dessas regras. Robinson, na ilha deserta, não conhecia o direito. Em sociedade, porém, o direito não pode deixar de aparecer. Sob esse ponto de vista, a sociedade é mesmo o meio em que surge o fenômeno jurídico. Não queremos, com isso, dizer que o direito seja criação da sociedade. Refutamos esse conceito positivista ou sociologista. Reconhecemos, porém, que, sem sociedade, não há direito. A sociedade é o meio que possibilita a eclosão do direito. 147 (grifamos)

Essa concepção, que trata as concepções jurídicas como independentes das relações sociais que elas regem, é tão forte na concepção de Machado Paupério que a epígrafe de seu livro é "a sociedade não cria o direito, mas apenas lhe possibilita a eclosão. O Direito é sobretudo valor e não existiria se não fosse o homem ser espiritual, racional e livre"<sup>148</sup>. Observe-se que Paupério chega ao ponto de afirmar que o direito não é criação da sociedade, mas da natureza espiritual, racional e livre do homem, sendo que o direito apenas *eclode* na sociedade, como se a sociedade existisse para que pudessem *eclodir* as regras jurídicas e não que as regras jurídicas fossem criadas para regular a convivência social. Dessa forma, parece ser aplicável aos autores citados a crítica de Tumánov, segundo a qual as teorias jurídicas burguesas entendem que é o direito que cria a organização social e não que é a organização social que cria o direito.<sup>149</sup>

Outro exemplo claro da concepção jurídica do mundo está na obra *Introdução ao estudo do direito*, de Sebastião José Roque, em trecho que começa com o brocardo latino

<sup>147</sup> PAUPÉRIO, Introdução à ciência do direito, p. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 6.

<sup>148</sup> PAUPÉRIO, Introdução à ciência do direito, folha de rosto.

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> TUMÁNOV, O pensamento jurídico burguês contemporâneo, p. 55.

mais citado nas aulas introdutórias: "Ubi societas, ibi jus (onde estiver a sociedade, estará o direito). Assim pensaram os romanos ao criar o direito e não podemos pensar de forma diferente. Onde houver dois homens, haverá a sociedade; precisam eles se unir, aglutinar suas forças para a sobrevivência de ambos"150. Assim pensaram os romanos e não podemos pensar de forma diferente. Qual é a justificativa apresentada para essa afirmação? Nenhuma. O autor a considera tão evidente que dispensa justificativas, tal como fez Reale ao afirmar que, sem maiores indagações, poderíamos considerar o direito como a base da organização social<sup>151</sup>. Entretanto, essas assertivas não são evidentes nem podem ser aceitas sem maiores indagações, pois o fato de elas estarem de acordo com o senso comum dos juristas não significa que elas devam ser automaticamente aceitas pela ciência do direito. Sobre posturas ideológicas como essas, Paulo de Bessa Antunes fez um comentário pertinente, contido em sua Uma nova introdução ao direito:

"Encontra-se sempre o fenômeno jurídico", "o direito corresponde à exigência essencial" e "o homem aspira à ordem" são afirmações que se repetem nos diversos manuais de direito e [...] não estão fundamentadas em nada, são meros argumentos de autoridade, completamente divorciados da pesquisa antropológica, histórica ou econômica. São proclamações feitas como se encerrassem algum poder superior e eterno. Não precisam ser demonstradas. Não necessitam de provas. 152

Afirmações como essas são consideradas evidentes apenas pelo fato de pertencerem ao senso comum e de serem reproduzidas constantemente pelos juristas, na maioria das vezes sem que a repetição dessas afirmações seja precedida por uma análise crítica. Para ilustrar esse ponto, convém analisar a continuação do texto de Sebastião Roque que transcrevemos acima.

Qualquer categoria de sociedade necessita de regras que a regulamentem. Deixar a cada homem a liberdade de escolha de seu comportamento seria submeter a sociedade ao domínio do mais forte, do mais astuto e ambicioso. É o que estamos vendo em nosso país e no mundo inteiro: não se respeita o direito, a justiça não se exerce e ficam as populações inteiras massacradas pela lei do dinheiro e da força. As regras, as normas de comportamento impõem-se para que a sociedade tenha segurança, que a harmonia reine entre seus membros. Elaborar essas normas de boa convivência entre os membros da sociedade é função do direito. 153

Observe-se a repetição de noções ideológicas que são estatuídas como se fossem verdades absolutas. Roque afirma que dar liberdade aos homens levaria a sociedade ao domínio do mais forte e que, portanto, é preciso observar as regras jurídicas, que são os instrumentos de garantia da justiça. Afirma também que, já que o direito é imposto para garantir a harmonia social, as pessoas são exploradas e a justiça não se realiza *porque* as regras jurídicas não são obedecidas. Por mais que enunciados como esses traduzam uma justa indignação contra a exploração humana, eles contribuem para o ocultamento ideológico do ativo papel do direito na manutenção dessas relações de dominação. Embora seja um exagero afirmar que o direito é sempre um instrumento de exploração, parece bem mais adequada a postura assumida por Tercio Sampaio Ferraz Jr. nas primeiras páginas de sua *Introdução ao estudo do direito*, onde são ressaltadas as contradições inerentes à experiência jurídica:

O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião. O

<sup>150</sup> ROQUE, Introdução ao estudo do direito, p. 12.

<sup>&</sup>lt;sup>151</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 6.

<sup>152</sup> ANTUNES, Uma nova introdução ao direito, p. 43.

<sup>153</sup> ROQUE, Introdução ao estudo do direito, p. 12.

direito, assim, de um lado, nos protege do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, nos salva da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e de dominação e que, pela sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas.<sup>154</sup>

Sendo o ser humano repleto de contradições, capaz tanto do martírio como da traição e das infinitas possibilidades intermediárias, não se poderia esperar que a sociedade composta por esses mesmos homens fosse harmônica e coerente. Ora, sendo o direito um reflexo dessa sociedade, não seria razoável esperar dele senão uma natureza também contraditória, dentro da qual convivam as perspectivas de superação dos conflitos sociais e os mecanismos ideológicos de garantia das relações atuais de dominação e de exploração. Ao negarmos essa contradição intrínseca ao direito e sustentarmos que a ordem jurídica relaciona-se apenas à manutenção da harmonia social, ocultamos as partes do direito que não correspondem à visão ideal construída por nossa sociedade. Esse mecanismo de ocultação representa um procedimento ideológico tão pernicioso como recorrente na teoria jurídica contemporânea, o que parece explicar a revolta contida nas palavras do sociólogo do direito mexicano Óscar Correas:

Tudo o que escrevi até aqui foi com a intenção de dizer que o Estado nunca produziu normas que tivessem como objetivo a melhora do nível de vida dos setores desprotegidos e empobrecidos de nossos povos. Portanto, toda tentativa de fazer acreditar que o Estado — esta ficção a que atribuímos *vontade* — produz normas para beneficiar esses setores, é uma apologia do poder que atua sempre em proveito dos setores beneficiários da pobreza da maioria, o que não quer dizer que o uso destas normas não possa ser benéfico para os setores dominados. Por isto, tudo o que os juristas digam para fazer acreditar que o Estado protege os mais fracos constitui uma ideologia mentirosa, apologética, digna do maior desprezo, e que deve ser combatida em todos os terrenos.<sup>155</sup>

Talvez esse comentário seja excessivamente ácido, mas, relevando-se o exagero que normalmente caracteriza expressões de indignação e revolta, traz à luz o aspecto ideológico das teorias jurídicas, que tantas vezes é obscurecido pelo racionalismo pseudo-científico baseado no senso comum dos juristas e na concepção jurídica do mundo.

#### 2. A dimensão ideológica dos conceitos jurídicos

Dizia Roberto Lyra Filho que a maior dificuldade em uma apresentação do direito não era mostrar como o senso comum enxerga o direito, "mas dissolver as imagens falsas ou distorcidas que muita gente aceita como retrato real"<sup>156</sup>. Com efeito, o senso comum dos juristas está repleto de imagens distorcidas, de conceitos que aparentam ser frutos de uma ciência *neutra e desinteressada*, mas que possuem forte conotação ideológica. Nos estudos de introdução ao direito, deve ser ressaltada essa dimensão ideológica do discurso jurídico, que cria conceitos pseudo-científicos, cobrindo com um manto de racionalidade as opções políticas traduzidas em normas legisladas. Com o objetivo de evidenciar essa função ideológica da ciência do direito, analisaremos, neste ponto, os modos como alguns conceitos jurídicos contribuem para a justificação e manutenção de certos modelos de organização social e política.

<sup>154</sup> FERRAZ JR. Introdução ao estudo do direito, p. 31.

<sup>&</sup>lt;sup>155</sup> CORREAS, Crítica da ideologia jurídica, pp. 260-261.

<sup>&</sup>lt;sup>156</sup> LYRA FILHO, Direito e lei, p. 31.

#### a) Direito objetivo e direito subjetivo 157

A expressão *direito objetivo* normalmente designa "um conjunto de regras jurídicas válidas em uma sociedade, em um momento determinado"<sup>158</sup>. Esse é o conceito tradicional de direito positivo, o qual implica a redução do direito meramente ao seu aspecto normativo. Assim, quando um jurista afirma que o direito objetivo é um conjunto de regras jurídicas vigentes em uma sociedade, ele implicitamente transmite a idéia de que direito é norma, o que implica excluir do estudo do direito os aspectos fáticos e valorativos acentuados pela teoria tridimensional do direito.

Além disso, segundo a distinção positivista entre direito objetivo e direitos subjetivos, o direito subjetivo é baseado no direito objetivo. O termo direito subjetivo refere-se ao mesmo conjunto de regras jurídicas designado pelo direito objetivo, mas observado da "perspectiva dos membros da sociedade à qual as regras se dirigem e, sob esse ângulo, a noção de direito designa os poderes que cada um retira da existência do direito objetivo"159. A partir dessa perspectiva, termina-se por reduzir os significados do termo direito a um conjunto de normas e aos reflexos dessas normas nas situações de cada pessoa.

Operada essa distinção, todas as questões jurídicas são reduzidas a problemas normativos e perdemos a possibilidade de tratar do direito com algo além de regras e tratar as faculdades que cada pessoa têm com algo além do reflexo das regras jurídicas no plano individual. Dessa forma, podemos identificar uma função ideológica na própria diferenciação entre direito subjetivo e objetivo, tal como feita pela teoria tradicional: essa distinção é feita para defender a primazia do direito objetivo e para reduzir toda a realidade jurídica à questão normativa.

## b) Direito de propriedade

Nos estudos sobre o direito, a ideologia não se esgota na inversão promovida na concepção jurídica do mundo, segundo a qual o direito é a fonte de organização da sociedade e não um reflexo da organização social. Vários dos conceitos das ciências jurídicas, especialmente da dogmática jurídica e da teoria geral do direito<sup>160</sup>, apresentam uma carga ideológica extremamente forte, como se pode perceber das seguintes passagens da obra introdutória de Machado Paupério:

Dentre as instituições, cumpre distinguir-se as *fundamentais* e as *secundárias*, caracterizando-se as primeiras, em relação às segundas, **pela sua existência em todos os grupos sociais**. O governo, a família, a religião, o comércio, a indústria etc. são instituições fundamentais. Já a constituição, o desquite ou a eucaristia serão instituições secundárias, complementares, respectivamente, do governo, da família ou da religião. Sob o ponto de vista jurídico, as instituições fundamentais são as que derivam diretamente das **necessidades essenciais de conservação e defesa da sociedade**. Sob esse ângulo, as instituições fundamentais da sociedade humana são a *família*, a *propriedade* e o *Estado*, que correspondem, respectivamente, às necessidades de reprodução, manutenção e defesa dos homens. Todas elas são resultado de longo processo e, muitas vezes, de penosa **evolução**. <sup>161</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup> Os conceitos de *direito objetivo* e *subjetivo*, que são desenvolvidos neste ponto, foram delineados no Capítulo I, E.

<sup>&</sup>lt;sup>158</sup> CAILLOSSE, *Introduire au droit*, p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup> CAILLOSSE, *Introduire au droit*, p. 15.

<sup>160</sup> Sobre dogmática jurídica e teoria geral do direito, vide Capítulo VII.

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> PAUPÉRIO, Introdução à ciência do direito, p. 25.

Esse é um trecho repleto de afirmações com forte teor ideológico. Em primeiro lugar, afirma que certas instituições típicas de alguns tipos de sociedades existem em todos os grupos sociais e certamente não é uma coincidência o fato de serem listadas algumas das instituições fundamentais para o modelo contemporâneo de organização estatal, como o comércio e a indústria. Além disso, Machado Paupério trata a propriedade como uma instituição natural que corresponde às necessidades de manutenção da sociedade, o que significa tratar o atual modelo de produção como o modelo natural de produção. Por fim, afirma que os modelos contemporâneos são o resultado de um longo processo de evolução, o que implica que as outras formas de organização devem ser tratadas como primitivas, postura que oculta o fato de que os nossos sistemas atuais são simplesmente uma adaptação à realidade atual e não frutos de uma evolução contínua e necessária dos modos de organização social. Dessa forma, a pretexto de descrever as instituições fundamentais do direito, Machado Paupério enumera algumas instituições típicas dos modelos de organização contemporâneos e as coloca como instituições naturais e evoluídas. 163

## c) Direito de família: casamento e união estável

Outro campo repleto de afirmações com forte teor ideológico é o direito de família, especialmente a parte tocante à família e ao casamento. A civilista Maria Helena Diniz, por exemplo, afirma que "o matrimônio é a peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país"<sup>164</sup> e cita Laurent, que afirma ser ele o "fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada"<sup>165</sup>. Tais afirmações já seriam bastante ideológicas se o casamento tratado por Maria Helena Diniz fosse a união entre homem e mulher, mas o matrimônio de que ela fala é o definido por Clóvis Beviláqua<sup>166</sup> como "um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer"<sup>167</sup>.

Dessa forma, o casamento regulado nas leis civis, que é o casamento tal como a sociedade o percebia no início do século, é considerado por Maria Helena Diniz como o pilar do esquema moral e social do país. 168 Percebe-se, assim, que o conceito de casamento apresentado aos estudantes de direito (que é o conceito de matrimônio de acordo com ideologia dominante) é visto como o fundamento da sociedade. Todavia, como sustentar essa visão de casamento quando as tendências atuais são a de revisão dos

<sup>&</sup>lt;sup>162</sup> Cabe aqui a ressalva de que Machado Paupério não pretende falar apenas da propriedade privada, pois em suas reflexões também abrangem a propriedade coletiva existente nos regimes comunistas e, ao final, esse autor defende uma concepção cristã de propriedade, chegando a afirmar que "ninguém, com efeito, tem o direito de se considerar proprietário, no sentido burguês do termo, do supérfluo. Ninguém tem o direito de ser rico." [PAUPÉRIO, *Introdução à ciência do direito*, p. 31] Todavia, ao defender essa posição, sem apresentar argumentos outros senão a evidência dessas proposições e a autoridade de juristas e teólogos, o autor ingressa novamente no campo da ideologia, embora não da concepção ideológica dominante, de matiz capitalista e liberal.

<sup>163</sup> A crítica a essa visão evolucionista dos processos históricos é desenvolvida no Capítulo IX, A, 3.

<sup>&</sup>lt;sup>164</sup> DINIZ, Curso de direito civil brasileiro, 5º vol., p. 33.

<sup>&</sup>lt;sup>165</sup> LAURENT, Principes de droit civil français. Paris: vol. 2, 5<sup>a</sup> ed., p. 527. Citado por DINIZ, Curso de direito civil brasileiro, 5º vol., p. 33.

<sup>166</sup> Cabe ressaltar que Clóvis Beviláqua foi um dos principais autores do Código Civil brasileiro, em vigor desde 1916.

<sup>167</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Direito de família. § 6º. Citado por DINIZ, Curso de direito civil brasileiro, 5º vol., p. 34.

<sup>168</sup> Essa concepção é reforçada quando Maria Helena Diniz enumera, entre as finalidades do casamento: (1) a legitimidade da família; (2) a procriação dos filhos; (3) a legalização das relações sexuais entre os cônjuges, pois, dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência; (4) a atribuição do nome à esposa e aos filhos e (5) a reparação de erros do passado. [DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, 5º vol., pp. 34-35.]

papéis reconhecidos aos homens e mulheres e do aumento do número de uniões estáveis?<sup>169</sup>

Nesse momento, ensinar aos estudantes o conceito de casamento exposto por Maria Helena Diniz significa contribuir para a manutenção das estruturas de organização familiar que estão sendo ameaçadas pelos novos modelos de família. Portanto, defender certo conceito significa defender uma forma de organização social, o que acentua o caráter ideológico dessa discussão. Esse fato é ainda mais evidente nas afirmações feitas por Washington de Barros Monteiro:

Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social. [...] Basta se lance, porém, rápido olhar sobre a sociedade contemporânea para que se tenha imediatamente nítida impressão da crise que assoberba a família. Vê José Arias no debilitamento das nossas forças morais a causa desse fato evidente, terrivelmente certo: menos responsabilidade para o pai, menos abnegação por parte da mãe, maior irreverência dos filhos. Nesse momento difícil, a missão do jurista é a de acudir em defesa da instituição, onde quer que periclitem seus interesses, a fim de evitar-lhe a completa desagregação. Fortalecê-la, ampará-la, procurando neutralizar os elementos dissolventes, como o abandono das idéias religiosas, o epicurismo e o temor das responsabilidades, eis seu objetivo, nas escolas e nos pretórios. 170 (grifamos)

Vemos, assim, que nas primeiras páginas de um dos livros mais utilizados nos cursos universitários de direito de família<sup>171</sup>, Washington de Barros proclama um modelo de família como sendo o ideal de organização familiar (pai responsável, mãe abnegada e filhos respeitosos), afirma que a família está em crise por esse modelo estar em decadência e conclama os juristas a envidar esforços para resguardar a família contra a desagregação trazida pelos novos tempos.

Outro ponto interessante para a análise da utilização de critérios ideológicos na interpretação do direito é o tratamento dado pelos juristas à questão da união estável. Por força da Constituição de 1988, o direito considera as uniões estáveis entre homem e mulher como entidades familiares que devem ser protegidas pelo direito estatal. Não obstante, nos livros de direito civil, o tratamento dado às uniões estáveis nem sempre é condizente com as regras constitucionais. Maria Helena Diniz, por exemplo, seguindo uma forte tendência entre os juristas brasileiros, trata as uniões estáveis sob o título de concubinato<sup>172</sup> e afirma que "ao matrimônio, como instituição social legítima, contrapõese o concubinato"<sup>173</sup>. Esse tipo de postura normalmente traduz uma reação contra o aumento crescente do número de uniões estáveis na tentativa de garantir a "pureza" e a moralidade do casamento, como explicita claramente Washington de Barros Monteiro: "presentemente, por toda parte, nota-se generalizada condescendência em relação ao concubinato. Os que assim se mostram indulgentes, a pretexto de que se trata de fato freqüente, sobretudo nas camadas populares, concorrem indiretamente para a desagregação da família legítima."<sup>174</sup> (grifamos)

<sup>169</sup> Sobre esse ponto, vide LEITE, Eduardo de Oliveira. Tratado de direito de família. Curitiba: Juruá, 1991, pp. 364-365.

<sup>&</sup>lt;sup>170</sup> MONTEIRO, Curso de direito civil, 2º vol., pp. 1-2.

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> A edição mais recente, de 1999, é a 35<sup>a</sup>.

<sup>172</sup> Ressaltando que a palavra concubinato possui uma carga depreciativa, como acentua Rodrigo da Cunha Pereira: "principalmente entre leigos, a palavra concubina não é simplesmente significado de uma forma de vida, a indicação de estar vivendo com outra pessoa. Quando não é motivo de deboche, é indicativa de uma relação desonesta." [PEREIRA, Concubinato - União estável, p. 515] Outras palavras depreciativas tipicamente utilizadas pelos juristas para tratar da união estável são mancebia, amásio e amante, entre outras.

<sup>173</sup> DINIZ, Curso de direito civil brasileiro, 5º vol., p. 271.

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> MONTEIRO, Curso de direito civil, 2º vol., p. 19.

Além disso, para corroborar a tese de que a proteção jurídica ao concubinato contribui para a desagregação da "família legítima", Washington de Barros faz a seguinte citação, extraída de um tratado de direito civil espanhol: "o concubinato tem seus defensores entre os partidários do divórcio, entre os socialistas e os comunistas que propugnam pela liberdade sexual, sem compreender que, admitido ele, produzir-se-ão conseqüentes estragos morais na família legítima e outros males incalculáveis de caráter social"<sup>175</sup>. Assim, em um livro publicado por uma das maiores editoras jurídicas do país e que alcançou a marca de 35 edições, o concubinato é apresentado aos estudantes de direito como uma união ilegítima e daninha, apesar de o art. 226, §3° da Constituição de 1988 determinar que "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Percebe-se, assim, que várias das discussões ligadas à ciência do direito têm relações com a manutenção dos atuais modelos de organização social, não sendo raro que se cubra com um manto de racionalidade e tecnicidade meras opções valorativas, inspiradas por posturas acentuadamente ideológicas.

Luis Alberto Warat ressaltou que não existem palavras inocentes, pois o espaço social onde elas são produzidas é condição da instauração das relações de poder<sup>176</sup>. Embora essa observação seja válida para a comunicação em geral, ela adquire especial relevância no campo do direito, pois, como o discurso jurídico orienta a utilização da violência politicamente organizada, a defesa de uma determinada concepção jurídica é sempre uma atividade com conseqüências práticas. Dessa forma, a cada vez que um jurista defende uma determinada concepção de *propriedade*, de *casamento* ou de *união estável*, além de posicionar-se frente a um problema teórico, ele influencia o modo como o direito regulará a vida das pessoas. Portanto, não há concepção jurídica inocente, pois as questões jurídicas não são problemas meramente científicos, mas possuem também uma dimensão política e ideológica, que pode ser mais ou menos acentuada, conforme o caso.

Entre as questões persistentes apontadas por H. L. A. Hart<sup>177</sup>, uma possui carga ideológica especialmente forte: todo sistema de normas heterônomas e coercitivas baseado em sanções institucionalizadas pode ser chamado de direito ou apenas o sistema de normas reconhecido pelo Estado merece ser chamado de jurídico? Essa é a questão da pluralidade de ordenamentos jurídicos, que será analisada no próximo capítulo.

-

<sup>&</sup>lt;sup>175</sup> MONTEIRO, Curso de direito civil, 2º vol., p. 19, nota 6.

<sup>176</sup> WARAT, A ciência jurídica e seus dois maridos, p. 130.

<sup>177</sup> Vide Capítulo I, C.

## Capítulo VI - Pluralismo jurídico

## A - A história de Agnaldo

Certo dia Agnaldo Bezerra foi procurado por dois sujeitos que se apresentaram como agentes do Estado. Mais especificamente, disseram eles ser da Agência Central de Garantia dos Direitos do Leitor e do Telespectador, vulgarmente conhecida como Censura. Agnaldo, que era responsável pela programação de notícias da rádio 171 FM, a principal emissora da República de Utopia, foi advertido de que não poderia mais transmitir qualquer notícia sobre uma suposta guerra civil que estaria ocorrendo na parte norte da ilha.

O Estado considerava que essas notícias eram falsas e que não deveriam ser transmitidos tais boatos, para evitar que a população ficasse alarmada por causa desses falsos rumores. Já começavam a espalhar-se notícias de que havia constantes atos terroristas na cidade de Pasárgada, o que criava tensões sociais desnecessárias, à medida que, em realidade, nada estava ocorrendo de grave — ao menos era o que diziam os funcionários. Os agentes também alertaram Agnaldo para o fato de que a transmissão desse tipo de notícia era crime previsto no Código Penal de Utopia e punido com rigorosa pena privativa de liberdade.

Alarmado, Agnaldo retirou da programação qualquer referência à suposta guerra — que ele sabia, por fonte segura, ser verdadeira e ter causado já mais que 200 mortes — e substituiu-a por uma notícia que apontava a ligação de um alto membro do Poder Judiciário com a exploração da prostituição infantil, em uma remota província de Utopia. Na manhã seguinte, dois sujeitos o procuraram. Não se apresentaram, mas disseram que eram seus amigos e que vinham aconselhá-lo a desmentir a tal notícia sobre a prostituição na próxima edição do Jornal da Noite. Caso contrário seria possível que Agnaldo sofresse algum tipo de represália por parte das pessoas lesadas por tão grande calúnia. Quem avisa, amigo é — ao menos foi isso o que disseram.

Agnaldo refletiu durante todo o dia e decidiu que o mais sensato seria desmentir a notícia. Se ele ainda fosse sozinho, mas tinha mulher e dois filhos... E foi com um estranho misto de tristeza e impotência que recebeu, na manhã seguinte, uma caixa de uísque escocês que vinha com um bilhete anônimo de agradecimento.

Antes do meio dia, quando acabava de beber a primeira garrafa, Agnaldo convenceu-se de que deveria mudar de ramo. Doou o resto do uísque aos pobres, abandonou a rádio e decidiu abrir uma padaria. Juntou todas as suas economias e abriu um pequeno estabelecimento em uma área de expansão da cidade, o Setor Faroeste. Acreditava ele que o seu negócio progrediria à medida que a região se desenvolvesse.

No segundo dia de funcionamento, dois homens o procuraram. Identificaram-se como fiscais da Receita e entregaram-lhe uma guia para o pagamento de um novo tributo, criado emergencial e temporariamente para que o Governo pudesse superar a crise fiscal — embora a versão oficial tenha sido a de que era necessário ampliar os gastos com educação, pois, afinal de contas, as crianças são o futuro do país. Como todos (ou quase todos, já que o dinheiro nem sempre é tão farto) comiam pão diariamente, decidiu-se tributar em 10 centavos o pão francês, 20 centavos o pão sírio e 30 centavos o pão italiano, 40 centavos o brioche e 50 centavos o croissant. Considerava-se que essa Contribuição sobre Pães e Massas Finas seria seletiva e proporcional à renda dos cidadãos e que todos poderiam contribuir para o nobre esforço de universalização do ensino de primeiro grau. Todavia, como seria dificílimo cobrar esse tributo diretamente das pessoas, ele seria cobrado dos donos das padarias, permitindo-se o repasse dos custos aos consumidores. Agnaldo fez os cálculos, verificou

que o novo imposto acabaria por reduzir suas vendas e diminuiria seus lucros (que ainda não eram muitos) pela metade, mas decidiu continuar.

No dia seguinte, dois sujeitos o procuraram. Um deles apresentou-se como Armandinho e disse que aquela região era muito perigosa. Disse também que era irmão do Osvaldinho (o notório chefe do tráfico de drogas da região), afirmando que ele era a única pessoa capaz de garantir a segurança do estabelecimento. Mas como nada é de graça, pediu uma ligeira contribuição, que seria mais do que justa em virtude dos serviços que lhe seriam prestados. Agnaldo ficou obviamente intimidado com a visita e decidiu conversar sobre o caso com outros comerciantes da região. Descobriu, então, que a mesma regra valia para todos: cada um pagava religiosamente 1/3 dos seus lucros a Osvaldinho e os poucos que se negaram, se ainda estavam vivos, é porque fugiram a tempo.

Pelos cálculos de Agnaldo, restaria para ele menos de 20% do ganho que ele planejava ter. Decidiu, então, fechar o negócio e estudar para fazer um concurso público. Após todas essas desventuras, o que Agnaldo realmente desejava era uma boa dose de segurança — o que, para ele, significava um emprego de 6 horas por dia, no qual ele não tivesse que trabalhar demais e que lhe garantisse estabilidade e uma aposentadoria razoável ao final de alguns anos. Todavia, a sua esposa não gostou nada dessa perspectiva e ela, que há muito já estava descontente com o marido, decidiu abandoná-lo. Assim, um belo dia, quando Agnaldo chegou em casa, não havia mais esposa nem filhos. Também não havia mais televisão, aparelho de som, videocassete e alguns dos móveis da casa.

Três meses depois, quando suas economias já estavam terminando, seu irmão Osvaldo o procurou, disse que havia brigado com a esposa e pediu para ficar hospedado em sua casa por uns dias. Era ele o seu irmão mais novo e Agnaldo ficou feliz por ter de novo alguém com quem conversar à noite (e dividir as despesas). Ele estranhou o fato de o irmão nunca sair de casa, mas atribuiu esse fato à depressão que ele deveria estar sofrendo. Afinal, ninguém supera facilmente o trauma de ver a esposa abandoná-lo para casar-se com o melhor amigo. E ele, melhor que ninguém, sabia o que era ser abandonado pela esposa...

Uma semana depois, Agnaldo foi preso na rua, levado para um lugar escuro e fechado. Admitiu ser irmão do Osvaldo, mas negou saber que ele era um dos líderes da guerra do norte, aquela que antes haviam dito que era falsa. Entretanto, as provas contra ambos eram muito fortes, afinal, Agnaldo dera guarida ao fugitivo mais procurado do país, embora ele não pudesse saber disso porque, oficialmente, não havia nenhuma guerra. Como era de se esperar, os irmãos acabaram permanecendo presos durante o processo e foram condenados à morte por conspirar contra a nação — um dos crimes punidos de forma mais exemplar em qualquer Estado. Como as cadeiras elétricas tinham uma agenda lotada nessa época, Agnaldo teria que esperar cerca de 1 ano antes que fosse cumprida a sua sentença. Até lá, ficaria preso em Albatroz, uma penitenciária de segurança máxima.

Após seis meses de enclausuramento, houve a comemoração do Dia da Revolução, o principal feriado nacional, data em que se permitia que os presos recebessem visitas. Embora Agnaldo não tivesse quem o visitasse, ficou feliz de poder passar o dia inteiro no pátio. Era uma bela manhã ensolarada quando ele viu Esther, uma antiga namorada, entrando no corredor que dava acesso às celas nas quais os presos podiam receber visitas femininas. Ele quase não podia acreditar no que seus olhos lhe mostravam: a sua prisão havia sido bem noticiada pela mídia (agora que a guerrilha já havia sido completamente debelada, os jornais afirmavam que o Exército tinha prendido os irmãos terroristas antes que eles pudessem agir) e ela deve ter-se lembrado dos dias felizes que passaram juntos. Ele foi correndo em sua direção, parou

na grade que o separava dela e começou a falar emocionadamente alguma coisa ininteligível, quando percebeu que ela se afastou assustada.

Agnaldo, então, lembrou-se que sua face deveria estar irreconhecível, especialmente para quem não o via há mais de 5 anos. Envelhece-se demais com tanta preocupação, pensou ele — porém, esqueceu-se de lembrar que os momentos que vivera com ela não tinham sido tão felizes assim. Nesse exato momento, ele percebeu que ela voltava seu olhar a um outro preso e sorria aliviada. Entendeu, enfim, não era para ele a visita e, para seu desespero, veio-lhe à mente a lembrança de que, assim que ingressou na penitenciária, ele fora advertido de que incomodar as mulheres dos outros detentos era uma das violações mais sérias do código de ética dos presos.

Como punição pelo seu ato profundamente desrespeitoso, naquela mesma noite, Agnaldo foi enforcado por seus companheiros de cela. E na rádio 171 FM foi transmitida a notícia de que Agnaldo B. de Jesus, antigo jornalista, padeiro e criminoso, acometido de profunda depressão e arrependimento pelos atos antipatrióticos que havia cometido, decidiu dar fim à própria vida.

### 1. Questões

Entre as situações descritas, quais envolvem fenômenos ligados ao campo jurídico? Qual a diferença entre a situação que obrigou Agnaldo a não publicar as notícias sobre a guerra e a que o obrigou a não publicar as notícias sobre prostituição? Qual a diferença entre as duas ordens no sentido de que a padaria de Agnaldo não poderia funcionar exceto se ele pagasse uma certa quantia em dinheiro? Qual a diferença entre as duas condenações de Agnaldo à morte? Um fato parece claro: as normas ou comandos ligados às primeiras situações são provenientes de órgãos estatais, enquanto as segundas não se referem a atividades reguladas pelo Estado. Mas há alguma outra diferença? É essa distinção suficiente para concluirmos que as primeiras situações são jurídicas e as segundas não? É possível identificar alguma diferença substancial entre as situações descritas, além do fato de que algumas das normas impostas a Agnaldo têm origem no Estado e outras não? Reflita sobre essas perguntas e escreva uma dissertação, evidenciando o seu posicionamento frente às questões acima e propondo critérios para distinguirmos as normas jurídicas das não-jurídicas.

#### B - Direito e Estado

## 1. Perspectiva monista e senso comum dos juristas

Frente às questões propostas sobre a história de Agnaldo, a tendência natural dos estudantes de direito é afirmar que as ordens emanadas do Estado são jurídicas e as emanadas de outras ordens de poder não o são. Trata-se, aqui, de um reflexo da noção do senso comum segundo a qual direito significa conjunto de normas obrigatórias, dotadas de sanção e coação e reconhecidas pelo Estado. Segundo essa concepção, não são jurídicas a ordens normativas existentes em uma penitenciária, em uma favela ou em uma quadrilha do crime organizado, pois ela somente considera jurídicas as normas cuja validade é admitida pelos órgãos estatais. Essa vinculação entre direito e Estado é tão grande que, para a maior parte dos juristas, não é admissível falar-se em direito fora do Estado<sup>178</sup>.

Mesmo nos casos de normas que não são criadas pelo poder político centralizado, como os costumes e os contratos, o senso comum somente as reconhece como jurídicas quando são elas *reconhecidas* pelo poder estatal. Há, inclusive, certas correntes formalistas

<sup>178</sup> Cabe aqui um breve esclarecimento sobre o conceito de Estado. Em sentido amplo, a palavra *Estado* designa a organização política dominante em uma determinada sociedade e, nesse sentido, podemos falar na ocorrência de Estados em todas as comunidades onde o poder político esteja concentrado em uma instituição hegemônica. Assim, a noção de Estado está ligada à de centralização do poder político e jurídico nas mãos de uma instituição social que adquire, assim, uma função dominante na sociedade.

que chegam a identificar Estado e direito<sup>179</sup>. Entretanto, por mais que essa vinculação esteja de acordo com o senso comum, tal posicionamento merece uma análise mais aprofundada. Por um lado, as teorias tradicionais normalmente consideram que são jurídicas as normas bilaterais e heterônomas dotadas de sanções institucionalizadas impostas coercitivamente<sup>180</sup>. Ao analisar essas características, o jurista normalmente identifica *institucionalidade* com *estatalidade* e considera jurídicas apenas as normas impostas com base no poder estatal. Nesse sentido, são comuns afirmações como a seguinte, de Edgar da Mata Machado: "as notas características das regras de direito, que as especificam em confronto com as outras normas sociais, pendem dessa ligação com o Estado, que — embora não as crie, antes as verifique — lhes assegura a obrigatoriedade, a permanência e a generalidade"<sup>181</sup>.

Dessa forma, percebe-se que o senso comum dos juristas considera (1) que o direito depende da coação e (2) que a coação é monopólio do Estado e, partindo dessas premissas, concluem que o direito é monopólio do Estado. Todavia, essa afirmação tende a não ser confirmada por análises sociais desvinculadas da necessidade ideológica de contribuir para a manutenção do poder estatal. Ao observarmos a sociedade, mesmo a contemporânea, verificamos que o poder estatal, por mais que seja hegemônico, não é monopolista: o Estado pode ser a principal instituição política da sociedade atual, mas não é a única. O poder político continua sendo dividido entre o Estado, a família, as associações de bairro, as organizações não governamentais, o crime organizado, a imprensa etc.

É certo que o Estado reivindica para si o monopólio do uso legítimo da violência e o monopólio da criação do direito. Todavia, o fato de a instituição política hegemônica pretender ter esses monopólios não significa que ele efetivamente os tenha. Não obstante, como o jurista é usualmente educado dentro de uma visão estatalista do direito, ele normalmente é levado a acreditar (ou a agir como se acreditasse) que o monopólio da violência pelo Estado não é apenas pretendido, mas que é efetivo. Neste ponto, convém lembrar que um dos procedimentos básicos da ideologia é, nas palavras de Eagleton, estabelecer uma confusão entre realidade lingüística e realidade fenomênica, identificando-se o discurso oficial com os fatos reais. Desse modo, aquilo que afirmam o Estado e o discurso jurídico tradicional não reflete necessariamente o que ocorre na prática social.

Frente a essa observação, costuma-se objetar: mas não é verdade que os tribunais somente aplicam (ou deveriam aplicar) o direito reconhecido pelo Estado? Sim, isso é verdade, mas trata-se de uma decorrência natural do fato de os juízes serem agentes estatais e, portanto, somente lhes é dado o poder de aplicar as regras jurídicas cuja validade é reconhecida pela organização estatal. Nisso, o Estado não difere das outras organizações, pois cada instituição (seja uma família, uma igreja, uma organização criminosa ou qualquer outra) somente aplica as regras que reputa válidas.

#### 2. Estado e organizações criminosas

Voltamos, assim, a um antigo problema: como diferenciar o direito das outras organizações sociais? Santo Agostinho, há cerca de 1.500 anos, questionou: "que são os impérios sem justiça senão grandes bandos de salteadores? E são os bandos de salteadores outra coisa senão pequenos impérios?" 183 Qual é, em suma, a diferença entre o Estado e uma organização criminosa? Como essa é uma questão difícil de se

<sup>&</sup>lt;sup>179</sup> Vide KELSEN, Teoria pura do direito, p. 303.

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> Sobre esses conceitos, vide Capítulo IV, A.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> MACHADO, Elementos de teoria geral do direito, p. 31.

<sup>182</sup> EAGLETON, *Ideologia*, p. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup> Vide KELSEN, Teoria pura do direito, p. 48.

responder, comecemos pela resposta a seu oposto: quais são as semelhanças entre essas duas figuras?

Em primeiro lugar, ambas essas instituições são capazes de impor suas decisões mediante o uso da força física. Sabemos que há regras dentro da Máfia, tal como há regras dentro do Estado, e todas elas são impostas de maneira coercitiva. Portanto, a coercitividade não é um critério razoável para distinguirmos essas duas ordens de poder e as regras a elas vinculadas. Além disso, tanto as regras impostas pelos Estados quanto as impostas pelas organizações criminosas são heterônomas, no sentido de que o destinatário é submetido a elas independentemente de sua vontade. Também a exterioridade não é um critério razoável, na medida em que tanto a Máfia quanto o Estado impõem deveres relativos ao comportamento dos indivíduos, e não em relação ao seu mero pensamento. Além disso, nenhuma dessas ordens exige uma adesão sincera daqueles que se encontram submetidos a seu poder, mas apenas uma adequação exterior às normas impostas. Por fim, tanto a Máfia quanto os estados têm sanções institucionalizadas: possuem órgãos especializados para a tomada de decisões e órgãos especializados em seu cumprimento. Mesmo que o nível de institucionalização do Estado seja maior que o da maioria das organizações criminosas, isso não significa que possamos negar a estas o caráter de instituição.

Que critério, então, nos sobra para diferenciarmos as duas ordens de execução que se dirigiram contra Agnaldo? Ambas eram heterônomas, coercitivas e impunham sanções institucionalizadas por causa da prática de um ato exteriorizado. Qual é, então, a diferença entre essas duas ordens, à parte de a primeira ser proveniente do Estado e a segunda de uma organização não-estatal?

Alguns poderiam responder que a primeira é mais justa que a segunda e, portanto, somente aquela seria jurídica. Essa era, por exemplo, a resposta dos filósofos católicos medievais, como o próprio Santo Agostinho, que afirmava "não é considerado lei o que não for justo"184, e também São Tomás de Aquino, que considerava que uma norma contrária ao direito natural "já não será lei, mas corrupção dela". 185 Todavia, podemos perguntar: o que é justiça? Foi mais justa a condenação de Agnaldo pelos seus colegas detentos ou pelo Estado? Foi mais justa a cobrança do tributo estatal ou da contribuição para os traficantes? Uma ordem torna-se mais justa porque imposta pelas autoridades estatais? Foi justa a imposição da censura a Agnaldo pela Central de Garantia dos Direitos do Leitor e do Telespectador? Kelsen nos conta que, logo após a Revolução Russa, alguns tribunais dos EUA negaram-se a reconhecer como jurídicos os atos do governo russo revolucionariamente estabelecido, sob a justificativa de que tais atos não eram praticados por um Estado, mas por gangsters 186. Será esse um posicionamento adequado? As respostas a tais questões costumam indicar que a justiça é um valor por demais relativo para que possamos afirmar que uma ordem somente será jurídica quando for justa.

Se a justiça é um conceito muito relativo, talvez a aceitação popular seja um critério um pouco mais objetivo. Podemos considerar jurídica uma ordem que seja considerada legítima pela maioria das pessoas que compõem uma sociedade? Aqueles que respondem afirmativamente a tal questão normalmente pensam nas democracias modernas. Todavia, se considerássemos jurídicos somente os governos eleitos democraticamente e as leis criadas pelos representantes do povo, também seríamos levados a admitir que não havia direito antes de haver democracia, que não havia direito no período feudal, no período absolutista e mesmo que não têm direito uma série de Estados contemporâneos. Seria razoável adotarmos um tal conceito, sendo que ele

<sup>184</sup> AGOSTINHO citado por AQUINO, Suma Teológica, p. 1.769 [Q. XCV, art. II].

<sup>185</sup> AQUINO, Suma Teológica, p. 1.769 [Q. XCV, art. II].

<sup>186</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 54.

implica considerar que o direito nasceu há pouco mais de duzentos anos, com as revoluções burguesas? Cremos que não, pois tal conceito mostra-se demasiadamente estreito e etnocêntrico<sup>187</sup>.

Outra saída possível seria considerar que as normas estatais são jurídicas porque se aplicam a todo o território brasileiro e que as normas internas de uma penitenciária não são jurídicas porque valem apenas em uma pequena parcela territorial e somente para um pequeno número de pessoas. Todavia, esse é um critério enganoso, pois o tamanho do campo de abrangência de uma instituição não define a característica das normas utilizadas para organizar a vida das pessoas a ela vinculadas. Além disso, esse critério nos conduziria a certos embaraços, pois temos penitenciárias maiores e mais populosas que certos Estados<sup>188</sup>.

Um critério mais interessante seria o da ausência de superposição: enquanto as normas de uma penitenciária aplicam-se somente aos detentos, as regras estatais aplicam-se tanto dentro como fora da penitenciária. Esse problema nos conduz a uma outra questão: é possível que mais de uma ordem jurídica existam, ao mesmo tempo, em um mesmo espaço? Havendo mais de um conjunto de normas eficazes em um mesmo local, é possível considerar ambas como jurídicas ou devemos considerar jurídica apenas a ordem dominante?

O senso comum dos juristas opta pela segunda alternativa. Kelsen, por exemplo, afirmava que "se uma ordem de coação é limitada no seu domínio territorial de validade a um determinado território e, dentro desse território, é de tal forma eficaz que exclui toda e qualquer outra ordem de coação, pode ela ser considerada como ordem jurídica e a comunidade através dela constituída como Estado"189. Percebemos, assim, que o jurista austríaco entende que apenas podemos chamar de jurídico o conjunto de normas vinculadas ao poder político hegemônico em uma sociedade determinada. A essa postura, que somente reconhece a possibilidade de existir um único ordenamento jurídico vigente em um certo espaço, chamaremos de *monismo jurídico*<sup>190</sup>.

## 3. Pluralismo jurídico

Contra as teorias monistas, que até hoje dominam a cena jurídica, voltam-se as teorias pluralistas, sustentando que, para a cada organização social que possua certa parcela de poder político, existe um ordenamento jurídico correspondente. Com isso, os pluralistas sustentam que existe uma superposição de ordenamentos jurídicos dentro de uma mesma sociedade, cada qual ligado a uma determinada organização social. Assim, ao contrário dos monistas, que somente consideram jurídicas as ordens normativas hegemônicas, os pluralistas consideram que, ao lado do direito estatal e oficial, existe uma série de ordenamentos jurídicos paralelos, não-estatais e não-oficiais, cada qual vinculado a um determinado grupo socialmente organizado.

As teorias pluralistas têm origem em correntes jurídicas de linha sociológica, que, observando as formas de organização das sociedades, concluíram que não havia qualquer critério razoável para a distinção entre normas cuja validade é reconhecida pelo Estado e regras cuja validade é reconhecida por outras instituições sociais. Analisando a história de Agnaldo, um defensor do pluralismo provavelmente afirmaria que as duas condenações à morte são igualmente jurídicas, na medida em que ambas são fruto da

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> Sobre etnocentrismo, vide Capítulo IX, A, 3.

<sup>&</sup>lt;sup>188</sup> Mônaco, por exemplo, tem menos de 2 km².

<sup>&</sup>lt;sup>189</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 52.

<sup>&</sup>lt;sup>190</sup> Convém ressaltar que o termo *monismo* pode ser usado em outro sentido importante: para caracterizar as correntes teóricas que entendem haver apenas um único ordenamento jurídico, que envolveria o direito internacional e os direitos internos de cada nação. Também podem-se chamar de monistas as correntes que identificam o Estado e o direito, tratando-os como uma única realidade. Entre os juristas, o principal defensor dessas teorias foi Hans Kelsen. [KELSEN, *Teoria pura do direito*, pp. 343 e ss. e pp. 301 e ss.]

aplicação de regras heterônomas, coercitivas e cuja sanção é institucionalizada — a única diferença entre elas seria a instituição a que se liga a regra aplicada: de um lado o Estado, de outro a organização interna dos detentos de um presídio.

Convém ressaltar que a admissão de uma teoria pluralista não implica considerar que toda norma ou comando tem um cunho jurídico. Por exemplo, a ordem de um assaltante, que nos manda "passar a carteira", não é um comando juridicamente válido de acordo com nenhum ordenamento jurídico paralelo. Para que fosse jurídica, essa ordem precisaria estar vinculada a uma determinada organização social, o que não é o caso. Assim, a imposição feita por um assaltante, ainda que violenta, não faz parte de um fenômeno coletivo de organização, tratando-se apenas da imposição forçada da vontade de um indivíduo isolado, o que não configura um fenômeno jurídico. Da mesma forma, o "conselho" dirigido a Agnaldo pelo alto membro do judiciário foi um mero comando individual, no sentido de que ele não veiculasse uma certa notícia. Não se tratou, pois, de uma ordem fundada em um sistema normativo paralelo, mas de uma simples imposição de vontade, baseada na força individual. Logo, tal como o comando do assaltante, a ameaça do referido juiz não consistiria um fenômeno jurídico<sup>191</sup>.

Um dos precursores das teorias pluralistas foi o sociólogo do direito Eugen Ehrlich, que combateu a noção, pertencente ao senso comum dos juristas, de que direito é o conjunto de regras que podem ser aplicadas por um tribunal do Estado. Segundo Ehrlich, "a ordem interna das associações humanas não só é a primeira forma do direito, mas é, até hoje, a fundamental" e que, portanto, deve-se buscar o direito nas formas efetivas de comportamento exigidas pelas várias instituições que compõem a sociedade (famílias, sindicatos, sociedades comerciais, associações de moradores etc.), e não nas regras gerais e abstratas impostas pelo poder Estatal.

Embora esses grupos sociais raramente sejam incompatíveis com o Estado<sup>193</sup>, pode acontecer que as práticas internas de uma instituição contraponham-se às regras estatais, como ocorre com as quadrilhas de criminosos ou as organizações internas de um presídio. Há também situações intermediárias, constituídas por instituições que não são completamente incompatíveis com o Estado, mas que possuem uma atuação que se contrapõe parcialmente às regras estatais, como é o caso das organizações internas de um condomínio irregular, das associações de moradores de uma favela ou de movimentos populares como o Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra (MST).

No Brasil, um dos principais estudos sobre o pluralismo jurídico foi realizado pelo sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, que, na década de 70, analisou a ordem interna de uma favela do Rio de Janeiro à qual deu o nome fictício de Pasárgada, para manter incógnito o local da pesquisa. Nesse estudo, Boaventura identificou que:

No caso específico de Pasárgada, pode detectar-se a vigência não-oficial e precária de um direito interno e informal, gerido, entre outros, pela associação de moradores, e aplicável à prevenção e resolução de conflitos no seio da comunidade, decorrentes da luta pela habitação. Este direito não-oficial — o direito de Pasárgada, como lhe poderei chamar — vigora em paralelo (ou em conflito) com o direito oficial brasileiro e é desta duplicidade que se alimenta estruturalmente a ordem jurídica de Pasárgada. Entre os dois direitos estabelece-se uma relação de pluralismo jurídico extremamente complexa.<sup>194</sup>

Ao avaliar as causas dessa situação, Boaventura concluiu que "a situação de pluralismo tem lugar sempre que as contradições se condensam na criação de espaços

<sup>191</sup> Exceto sob o aspecto de ser um crime que deve ser punido, de acordo com ordem jurídica estatal.

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> EHRLICH, Fundamentos da sociologia do direito, p. 36.

<sup>193</sup> Na maior parte dos casos, o Estado reconhece a sua legitimidade e até mesmo os protege, como é o caso das famílias.

<sup>194</sup> SANTOS, Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada, p. 43.

sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com bases em recursos normativos e institucionais internos"<sup>195</sup>. Dessa forma, Boaventura identificou que, quando uma determinada comunidade enfrenta problemas de conflitos internos entre seus membros e a ordem estatal não proporciona adequada solução a esses problemas<sup>196</sup>, existe uma tendência a que sejam criadas formas particulares de organização jurídica, as quais deverão oferecer resposta aos conflitos internos com base em critérios elaborados pela própria comunidade — fenômeno observado tanto em Pasárgada como em uma série de outras organizações sociais.

Entre os vários ordenamentos paralelos, a maioria não se opõe diretamente à ordem estatal. Como afirmou Luis Fernando Coelho, "há que se reconhecer que quase sempre tais grupos secundários se acomodam dentro dos limites estabelecidos pela lei, ou seja, as decisões que deliberam se ajustam à lei. Pode, todavia, acontecer que um grupo particular se desvincule da prática jurídica, criando novas normas." No caso de incompatibilidade com a ordem estatal, não há dúvida de que tais ordenamentos devem ser considerados ilegais, pois *ilegal* significa *contrário* à lei e lei significa *norma jurídica criada pelo Estado*. Todavia, dentro de uma teoria pluralista, *legal* e *jurídico* não são palavras sinônimas, na medida em que uma norma é *jurídica* quando admitida por um ordenamento jurídico qualquer e é *legal* quando reconhecida especificamente pelo ordenamento jurídico estatal.

## C - Dimensão ideológica da oposição entre monismo e pluralismo

Cabe, pois, recolocar a questão fundamental deste capítulo: caso haja, paralelamente à ordem estatal, uma outra ordem normativa vigorando no mesmo espaço geopolítico, devemos seguir o pluralismo e considerar ambas como jurídicas (por terem características semelhantes) ou devemos admitir o monismo e chamar de jurídico apenas o ordenamento estatal e considerar a outra ordem normativa como anti-jurídica (por ser ilegal)?

Frente ao grande número de respostas divergentes a essa questão, o jurista dinamarquês Alf Ross sustentou a inutilidade de tal discussão<sup>198</sup>. Segundo Ross, trata-se apenas de um debate sobre a abrangência do termo *direito* e, sendo o significado das palavras meramente convencional, dar-lhe maior ou menor abrangência não mudaria em nada a realidade a que ela se refere. Portanto, seria irrelevante chamar de jurídicas ou não-jurídicas as regras internas de uma prisão ou de uma favela, pois isso em nada modificaria essas ordens normativas.

Neste ponto, discordamos do jurista finlandês. Como *direito* é uma palavra com alta carga valorativa/emotiva, não pode ser ela substituída por outra qualquer no discurso jurídico e, portanto, é relevante definir o seu campo de abrangência. Essa carga valorativa faz com que nos comportemos diferentemente frente a ordens que consideramos jurídicas e a ordens às quais negamos essa qualificação. Assim, na medida em que o conceito de direito influencia os nossos modos de encarar certas organizações sociais, torna-se social e cientificamente relevante definir o seu campo de abrangência. Em outras palavras, sendo o conceito de direito uma definição com forte conteúdo valorativo implícito, a sua fixação tem conseqüências ideológicas e políticas relevantes.

<sup>195</sup> SANTOS, O discurso e o poder, p. 76.

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> Seja porque a ordem estatal não tem interesse em interferir (caso das favelas, ao menos em certos limites), porque ela não tem a capacidade de garantir a ordem (caso das penitenciárias), porque ela opõe-se à organização (caso das quadrilhas de criminosos) ou por qualquer outro motivo.

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup> COELHO, Teoria crítica do direito, p. 282.

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> Vide ROSS, *Direito e justiça*, pp. 55-56.

### 1. O conceito de direito e outras definições persuasivas

Os termos direito, democracia, ciência e verdade (além de vários outros, como casamento, família, arbitrariedade, cultura e arte) não desempenham na linguagem comum um papel meramente descritivo. Democracia não designa apenas um modelo de organização social que tem características determinadas, mas uma forma desejável de organização dos poderes políticos; ciência não designa apenas um tipo de conhecimento sobre o mundo, mas o tipo de conhecimento que conduz à verdade; e verdade não designa apenas uma correspondência entre enunciado e observação, mas uma descrição correta do mundo. Essas definições, que misturam conteúdos descritivos com atitudes valorativas de aprovação foram chamados por Charles Stevenson 1999 de definições persuasivas.

Para esclarecer melhor esse conceito, analisemos mais detidamente o significado da palavra democracia. Suponha que o presidente da França visite o Brasil e, em uma entrevista coletiva, afirme que o nossa nação é uma democracia. Uma afirmação como essa não deveria ser encarada como uma mera descrição do modo de organização política do Estado brasileiro, pois além do conteúdo descritivo, ela implica um julgamento de valor: trata-se de um elogio ao Brasil, por adotar um modelo político considerado bom pelo emissor da mensagem. Similarmente, quando um jornalista afirma que o Afeganistão é um país não-democrático, ele não faz uma mera descrição de fatos, mas um julgamento de valor sobre o regime político desse país. Dessa forma, percebe-se que, em nossa cultura, o termo democracia não apenas designa uma determinada forma de organização política, mas traduz um juízo de aprovação.

Como dissemos anteriormente, esse fenômeno lingüístico não é privilégio da palavra democracia, sendo que o jurista dinamarquês Alf Ross chamou atenção para o fato de que o mesmo ocorre com a palavra direito: ao qualificamos como jurídico um determinado conjunto de regras, não fazemos apenas uma mera descrição de fatos, mas efetuamos também um juízo de valor, pois quem age de acordo com o direito age bem. Essa carga valorativa da palavra direito foi evidenciada também por Miguel Reale, quando afirmou que, "aos olhos do homem comum, o direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim sendo, quem age de conformidade com essas regras comporta-se direito; quem não o faz, age torto" 200.

Na medida em que a palavra *direito*, além de sua carga descritiva, tem uma forte carga emotiva, ligada às idéias de legitimidade e de justiça, afirmar que uma regra é jurídica normalmente implica fazer uma avaliação positiva dessa norma. Portanto, como a expressão *sistema jurídico* é normalmente ligada ao conjunto de normas entendidas como obrigatórias e legítimas, a teoria tradicional não admite que esse termo seja utilizado para designar nada além das regras reconhecidas pelo poder estatal. Tal fato evidencia a dimensão ideológica do conceito de direito, termo que, muitas vezes, é usado simplesmente como uma variável axiológica.

### 2. O termo direito como variável axiológica

Warat chama de *variáveis axiológicas*<sup>201</sup> os termos que são conceituados a partir de definições persuasivas. Isso acontece porque tais expressões aparentemente designam um grupo de objetos (normas *jurídicas*, sistemas *democráticos*, obras *de arte*), mas, na prática, têm uma função valorativa muito maior que uma função designativa. Dessa forma, o juízo de valor expressado pelas *variáveis axiológicas* é mais importante que o *juízo de ser* que elas expressam. Um emissor chama de *democrático* um sistema político que ele julga adequado, chama de *obra de arte* uma obra que lhe agrada esteticamente, chama de

<sup>&</sup>lt;sup>199</sup> STEVENSON, Charles. Ethics and language. 1944, pp. 206 e ss. Citado por: ROSS, Direito e justiça, p. 56.

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> REALE, Lições preliminares de direito, pp. 1-2.

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> WARAT, Introdução geral ao direito, I, p. 43.

cultura uma expressão que julga relevante. Por outro lado, chama de arbitrária uma decisão da qual discorda e de subversiva uma conduta que põe em risco a estabilidade das relações sociais que julga valiosas.

Como afirma Warat, termos como esses têm um sentido descritivo anêmico e uma alta carga emotiva<sup>202</sup>, o que permite ao emissor cobrir com um manto descritivo um juízo de valor, procedimento que permite construir um discurso ideológico e valorativo com a aparência de um discurso racional e descritivo. Os termos *direito* e *jurídico*, por exemplo, são muitas vezes utilizados como variáveis axiológicas, ou seja, como palavras que, a pretexto de descrever determinados fatos, procedem a uma valoração sub-reptícia dessas situações. Por exemplo: quando afirmamos que a condenação de uma pessoa à morte é jurídica se feita pelo Estado e não-jurídica se feita por uma organização de traficantes, trata-se menos de uma descrição das características da norma que estabelece a condenação e mais de uma apreciação positiva das ordens estatais e negativa das ordens de traficantes de drogas<sup>203</sup>.

Todavia, afirmar que um termo pode ser utilizado como uma variável axiológica não significa dizer que o seu uso será basicamente ideológico em todos os casos. Quando um jornalista diz que o Brasil é uma democracia, o conteúdo valorativo normalmente supera o conteúdo descritivo da afirmação. Todavia, quando um cientista político afirma a um colega que o Brasil é uma democracia, ele possivelmente estará acentuando o conteúdo descritivo da palavra. Fazer o contrário seria perder a possibilidade de uma ciência razoavelmente isenta<sup>204</sup>. Além disso, caso os cientistas acentuassem o aspecto valorativo do termo democracia, certas discussões relevantes seriam impossíveis ou, ao menos, muito distorcidas. Terá o Brasil as características de uma democracia? Essa pergunta somente pode ser devidamente respondida se não houver um compromisso valorativo com a manutenção para o Brasil do título de país democrático. Portanto, essa discussão somente seria cientificamente significativa caso fosse utilizado um conceito mais descritivo que valorativo.

Devemos reconhecer, porém, que mesmo nas discussões científicas não é possível anular completamente o aspecto valorativo dos conceitos utilizados. Embora muitos tenham sido os teóricos que tentaram *purificar* a ciência (a ciência do direito inclusive), expurgando dela os conceitos valorativos e mantendo apenas os conceitos descritivos, esse foi um projeto nunca plenamente realizado<sup>205</sup>. Isso acontece porque os conceitos fundamentais da ciência do direito (sociedade, democracia, poder, ética, obrigatoriedade etc.) têm sempre uma carga valorativa aliada a um conteúdo descritivo, sendo impossível fazer uma separação absoluta entre esses dois elementos. Dessa forma, mesmo que a ciência do direito nem sempre trabalhe com *variáveis axiológicas* propriamente ditas (expressões de forte conteúdo valorativo e de conteúdo descritivo é anêmico), são muitos os conceitos jurídicos que têm um conteúdo valorativo ao menos tão relevante quando o seu conteúdo descritivo<sup>206</sup> e que, por isso, podem funcionar como variáveis axiológicas dentro de certos contextos discursivos.

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup> WARAT, Introdução geral ao direito, I, p. 44.

<sup>&</sup>lt;sup>203</sup> O estudo desse tema será aprofundado no Capítulo VI.

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup> Mesmo admitindo que a neutralidade científica é muitas vezes um conceito ideológico que recobre os juízos de valor dos especialistas com um manto de racionalidade, devemos reconhecer que um certo grau mínimo de isenção e neutralidade é desejável para a análise científica.

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> Esse é o projeto do *positivismo* filosófico, que teve grande influência sobre a ciência do direito e que será analisado no Capítulo X, B. Ressaltamos, contudo, que um estudo aprofundado das implicações do positivismo não cabe nos limites estreitos de um curso de introdução ao direito, sendo possível apenas na disciplina específica de filosofia do direito.

<sup>&</sup>lt;sup>206</sup> Fenômeno que acontece com as noções de abuso de direito, princípio da igualdade, segurança jurídica, lacuna, estado de necessidade, legítima defesa e direito adquirido, entre outros.

### 3. Conteúdo ideológico do conceito de direito

Essas reflexões evidenciam que a definição da palavra *direito* tem uma função ideológica bastante acentuada: ela contribui para a legitimação das ordens que descreve. Assim, quando afirmamos que uma norma é jurídica, não apenas dizemos que essa regra liga fatos a sanções, mas que os seus comandos são obrigatórios porque impostos por um poder legítimo. Concordamos, pois, com Hans Kelsen quando afirma que a concepção tradicional das relações entre direito e Estado é falaciosa e tem uma função ideológica bastante clara: utilizar o direito para reforçar a autoridade do Estado.<sup>207</sup>

Desse modo, parece claro que a opção entre teorias monistas ou pluralistas do direito depende de um posicionamento ideológico fundamental por parte do jurista. Para o Estado, que é a ordem hegemônica, interessa afirmar que todas as outras ordens não são jurídicas, pois isso reforça o seu poder. Para as outras ordens, interessa afirmar que são jurídicas, pois isso reforça a sua autoridade e lhes confere uma legitimidade maior frente à população, pois qualificar uma regra como jurídica normalmente implica a admissão de sua legitimidade e obrigatoriedade. Ora, à medida que a teoria jurídica dominante (o positivismo)<sup>208</sup> está ideologicamente vinculada à manutenção do atual modelo de organização política (democracias representativas), não deve espantar ninguém que o monismo seja parte integrante desta teoria. Como afirmou Luis Fernando Coelho, a concepção do direito como conjunto de regras cuja obrigatoriedade é reconhecida pelo Estado decorre da necessidade de adaptar a ciência jurídica ao centralismo estatal contemporâneo: "paralelamente à consolidação do Estado moderno, foi-se afirmando uma concepção do direito identificada com as normas sociais dessa organização. Aos poucos, o sentido lato do direito que o relacionava com qualquer sociedade política cedeu lugar à concepção monista, que vê um só direito, precisamente o da comunidade estatal."209

Nesse contexto, estender o conceito de direito a outros sistemas normativos (tais como as regras vigentes em uma penitenciária, em uma favela ou em uma família) colocaria em xeque a idéia de que o Estado deve ter o monopólio do uso da violência. Se admitíssemos que existem vários sistemas jurídicos na sociedade, necessariamente teríamos que discutir se todas as regras jurídicas devem ser obedecidas pelos seus destinatários. Todavia, a partir do momento em que admitíssemos que nem toda ordem jurídica é legítima e concluíssemos que algumas delas (p.ex: o ordenamento imposto pelos traficantes em certas favelas do Rio de Janeiro) deveriam ser desobedecidas e até mesmo extintas, a palavra direito perderia sua função legitimadora.

Mais que isso: ao identificarmos o ordenamento jurídico estatal e o código de comportamento dos detentos de uma penitenciária como espécies do mesmo gênero (ordenamento jurídico), os mesmos questionamentos que fazemos com relação a uma ordem seriam cabíveis na outra. Com isso, traríamos à luz certas questões que normalmente permanecem à sombra: em que medida as regras jurídicas devem ser obedecidas pela população? Como tratar as normas ilegítimas? É possível admitir que as regras criadas pelos deputados e senadores representam efetivamente a vontade do povo? Seria mais adequado conceber o Estado como uma organização da violência para garantir o interesse de poucos ou como uma organização da liberdade para garantir os interesses de todos? Questões como essas são incômodas a todos os que estão comprometidos com a manutenção da atual ordem de poder, pois elas contrariam certos dogmas preestabelecidos. Mas essas questões não podem deixar de ser feitas por qualquer um que pretenda estudar ou trabalhar na área jurídica.

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 301.

<sup>&</sup>lt;sup>208</sup> Vide Capítulo X, B.

<sup>&</sup>lt;sup>209</sup> COELHO, Teoria crítica do direito, p. 263.

Por tudo isso, seria muito inconveniente para a legitimação do Estado que a teoria jurídica considerasse igualmente jurídicos os conjuntos de regras ligados à Máfia, ao Comando Vermelho e ao Estado. Como o direito é percebido como uma organização da força legítima, não é possível construir um conceito de direito sem conotações ideológicas. Dizer que o Estado é a única fonte de normas jurídicas não é uma constatação científica, mas uma contribuição para que o Estado mantenha a pretensão de obter o monopólio do uso da força. É claro que sustentar o contrário é igualmente ideológico, pois leva ao questionamento dos dogmas estabelecidas e à proposição de outras verdades. Todavia, por mais que o conceito de direito não possa deixar ter funções ideológicas, o jurista não deve ter um conceito demasiadamente estreito do direito, sob pena de não compreender devidamente os fenômenos jurídicos — e é por esse motivo que consideramos o pluralismo jurídico uma concepção mais adequada que o monismo tradicional.

# Capítulo VII - Ciências Jurídicas

Embora cada ciência deva ter um objeto determinado, nada impede que o mesmo objeto seja estudado por várias ciências ao mesmo tempo. O homem, por exemplo, pode ser estudado pela biologia, pela medicina e pela psicologia; as comunidades humanas podem ser objeto de conhecimento sociológico, antropológico e histórico. Essa multiplicidade é possível porque uma ciência não é apenas o estudo de um objeto, mas o estudo de um objeto *a partir de uma determinada perspectiva*. Dessa forma, embora a sociedade brasileira seja um objeto específico, a sua análise sob um enfoque sociológico (que prioriza a descrição das relações sociais) vai gerar um conhecimento diverso de um estudo que tenha perspectiva econômica (que prioriza a descrição das relações de produção e consumo).

Também o direito pode ser estudado a partir de várias perspectivas, cada uma delas gerando um determinado conjunto de conhecimentos. Cada um desses conjuntos constitui uma ciência jurídica diversa, das quais ressaltaremos cinco: a história do direito, a sociologia jurídica, a teoria geral do direito<sup>210</sup>, a dogmática jurídica e a filosofia do direito<sup>211</sup>. Como as várias ciências jurídicas analisam o direito desde pontos de vista específicos, cada uma delas é capaz de esclarecer apenas uma das faces do direito. Assim, uma compreensão aprofundada sobre o direito, que é um fenômeno complexo e multifacetado, só pode ser alcançada por meio de um enfoque interdisciplinar, ou seja, uma perspectiva que combine conhecimentos provenientes das várias disciplinas que estudam esse objeto.

É preciso, pois, conhecer os conceitos jurídicos fundamentais (teoria geral do direito) e os modos como o direito positivo pode ser usado para decidir os conflitos de interesse (dogmática jurídica), mas sem perder de vista que o direito é apenas uma das várias instituições sociais (sociologia jurídica), as quais surgem dentro de um processo histórico (história do direito) e buscam realizar certos valores socialmente relevantes, especialmente os ideais de justiça e eqüidade (filosofia do direito). É somente a partir da combinação dessas várias perspectivas que se pode desenvolver um conhecimento aprofundado sobre o direito.

## A - Enfoques teóricos

Por sua vez, cada uma das ciências jurídicas pode desenvolver estudos sob dois enfoques teóricos diversos: o zetético e o dogmático. A distinção entre *zetética* e *dogmática* foi originalmente proposta pelo alemão Theodor Viehweg<sup>212</sup> e tem no paulista Tercio Sampaio Ferraz Jr. o seu grande difusor no Brasil, sendo que nossa exposição sobre o tema é baseada na obra deste autor<sup>213</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> Deixaremos de lado algumas ciências também muito relevantes, tais como o direito comparado, a antropologia jurídica, a criminologia e a psicologia jurídica (ou judiciária).

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> Devemos ressaltar que a filosofia normalmente não é considerada uma ciência, no sentido mais restrito desse termo. Aliás, nesse sentido mais restrito, não são poucos os teóricos que sustentam faltar caráter científico também à dogmática jurídica. Todavia, utilizamos neste trabalho a palavra *ciência* em um sentido mais amplo, entendida esta como um conjunto sistemático de conhecimentos e reflexões sobre um determinado objeto. Dessa maneira, não há dificuldade em caracterizar tanto a filosofia do direito quanto a dogmática jurídica como *ciências* que estudam o direito.

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> VIEHWEG, T. Ideologie und Rechtdogmatik. Em: *Ideologie und Recht*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1969. Citado por FERRAZ JR., *Introdução*, p. 40.

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> Utilizamos, em especial, as obras FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988 e FERRAZ JR., T. S. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

#### 1. Zetética

Para compreender bem esses enfoques, é preciso ter em mente que a linguagem pode ter duas funções diversas: informativa e diretiva. Segundo Tercio, "uma comunicação tem sentido *informativo* quando utiliza a linguagem para descrever certo estado de coisas" e "tem sentido *diretivo* quando a língua é utilizada para dirigir o comportamento de alguém, induzindo-o a adotar uma ação"<sup>214</sup>. Assim, o sentido informativo está especialmente ligado à esfera do ser (descrição do que existe), enquanto o sentido diretivo está vinculado ao dever-ser (orientação da conduta das pessoas).

Na maior parte das ciências, predomina a finalidade de descrever o mundo tal qual ele se apresenta e, nessa medida, tem preponderância o sentido informativo da linguagem. Como essas ciências visam quase unicamente a fornecer uma descrição adequada da realidade, elas estão sempre abertas a rediscutir os conceitos fundamentais nos quais elas se baseiam. Por exemplo, diante das evidências de que a física newtoniana não descrevia adequadamente a natureza, os conceitos de *átomo*, *tempo* e *espaço* precisaram ser revistos, o que se fez nas teorias quântica e da relatividade<sup>215</sup>. Quando o principal compromisso de uma ciência é com a descrição da realidade, ela tem que deixar os seus conceitos fundamentais sempre abertos à discussão e, portanto, ela pode ser qualificada como *zetética*.

### 2. Dogmática

Há, contudo, determinadas ciências que não se limitam a descrever a realidade. Isso acontece particularmente no estudo dos sistemas normativos (como o direito, a ética e a religião), na medida em que esses conjuntos de regras têm como objetivo orientar a conduta das pessoas. Assim, não basta ao jurista saber, em abstrato, que uma pessoa que mata outra deve ser condenada a uma pena que varia de 6 a 30 anos. Ao jurista é necessário definir quais são as conseqüências jurídicas de uma determinada norma, quando da sua aplicação a um caso específico.

Portanto, não basta ao jurista saber *em abstrato* que matar alguém é crime, mas ele tem que saber definir *em concreto* se as provas apresentadas pelo promotor Augusto contra o réu Antônio são suficientes para justificar a sua condenação por crime de homicídio. O texto da lei pode não ser claro, os precedentes do tribunal podem ser conflitantes, as provas nunca são perfeitas, os testemunhos muitas vezes são contraditórios, pode haver suspeita de que alguns documentos relevantes tenham sido forjados e pode-se saber que o sistema prisional não recupera nenhum preso. Todavia, apesar de todas essas incertezas e imperfeições, o jurista precisa dar uma resposta ao caso concreto, definindo se Antônio deveria ou não ser condenado e estabelecendo a pena adequada ao caso.

Um dos aspectos mais relevantes das ciências zetéticas é que elas não precisam oferecer uma resposta a todas as perguntas. É o elétron uma onda ou uma partícula? Há vida em outros planetas? Pode-se acelerar um corpo até a velocidade da luz? Pode um psicótico ser curado? A maior parte da sociedade brasileira admite ou condena o aborto? O que é a justiça? O físico, o biólogo, o historiador, o médico, o sociólogo e o filósofo podem responder simplesmente que não se chegou ainda a uma conclusão ou que é impossível chegar a um consenso sobre tais questões.

O jurista não pode simplesmente dizer que está na dúvida, pois há uma questão de ordem prática envolvida: não se pode esperar indefinidamente para condenar ou absolver um réu ou estabelecer uma indenização. Em certos casos urgentes, as decisões precisam ser imediatas, não se podendo esperar sequer algumas horas. Dessa forma, fica claro que o jurista enfrenta constantemente um problema que o filósofo, por exemplo,

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> FERRAZ JR., Introdução ao estudo do direito, p. 41.

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> Sobre esse tema, vide HEISENBERG, Werner. Física e filosofia. Brasília: UnB, Humanidades, 4ª ed., 1999.

nunca enfrentará: a necessidade imperiosa de oferecer uma decisão sobre um caso concreto.

Por mais que seja necessário questionar a adequação da lei ao caso e a justiça das decisões anteriores, por mais que seja preciso colocar em dúvida a validade dos documentos e testemunhos apresentados, a dúvida do jurista não pode prolongar-se indefinidamente. Com isso, percebemos que a preocupação fundamental do jurista não é descrever a realidade, mas tomar uma decisão. Não basta ao jurista dizer que os homicidas devem ser presos, mas é preciso que ele ofereça critérios para decidir os casos que efetivamente ocorrem.

Se o jurista colocasse em dúvida todos os conceitos fundamentais do direito, as discussões jurídicas nunca teriam fim. O réu sempre poderia questionar a legitimidade do Estado para forçá-lo a viver dez anos em uma penitenciária. Ele sempre poderia dizer que as provas contra ele apresentadas não são uma demonstração absoluta de que ele cometera o crime de que é acusado, e as provas nunca são uma demonstração absoluta. O que é a verdade? O que é a certeza? Que nível de certeza é necessário para condenar alguém a prisão? Quando o poder é legítimo? Questões como essas são fundamentalmente zetéticas e não se pode chegar a uma solução consensual sobre elas.

Por tudo isso, o jurista (bem como muitos estudiosos da moral e de teologia) não pode colocar em dúvida todos os conceitos com os quais trabalha. Ele precisa definir um certo grupo de noções como inquestionáveis, pois esses serão os critérios para decidir as questões problemáticas. O que é a certeza? Embora essa questão não possa ser respondida, o jurista pode definir que certas provas e indícios são suficientes para justificar uma condenação. O que é um poder legítimo? Não se sabe, mas pressupõe-se que as leis do Estado devem ser observadas. A esses conceitos que não estão abertos a discussão, dá-se o nome de *dogmas* e, por isso, chamamos de *enfoque dogmático* aquele adotado pelas ciências em que existem certas noções preestabelecidas e sobre as quais não se admite discussão.

## 3. Distinções entre os enfoques dogmático e zetético

A distinção entre os enfoques dogmático e zetético é claramente definida no seguinte texto de Tercio:

Zetética vem de zetein que significa perquirir, dogmática vem de dokein que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), a sua diferença é importante. O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada se configura como um dever-ser (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa a saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático se preocupa em possibilitar uma decisão e orientar a ação.<sup>216</sup>

Outro aspecto relevante na distinção entre zetética e dogmática é o fato de que esta se concentra no oferecimento de respostas (resolução de casos concretos), enquanto aquela prioriza as questões (colocando em dúvida todos os pontos problemáticos de uma teoria, na busca de alcançar um conhecimento verdadeiro). Nas palavras do próprio Tercio:

Temos, portanto, duas possibilidades de proceder à investigação de um problema: ou acentuando o aspecto *pergunta* ou acentuando o aspecto *resposta*. Se o aspecto

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> FERRAZ JR., Introdução ao estudo do direito, p. 42.

pergunta é acentuado, os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida. Isto é, aqueles elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados que, como teoria, explica um fenômeno, conservam o seu caráter hipotético e problemático, não perdem a sua qualidade de tentativa, permanecendo abertos à crítica. [...] No segundo aspecto, ao contrário, determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida, predominando o lado *resposta*. Isto é, postos fora de questionamento, mantidos como soluções não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, assumidos como insubstituíveis, como postos de modo absoluto. Eles dominam, assim, as demais respostas, de tal modo que estas, mesmo quando postas em dúvida em relação aos problemas, não põem em perigo as premissas de que partem; ao contrário, devem ser ajeitadas a elas de maneira aceitável. <sup>217</sup>

Dessa forma, fica evidenciado que, em uma ciência zetética, quando um dado comprovado contraria os pressupostos da teoria, a teoria é abandonada. Assim, quando se demonstrou que a teoria de Newton sobre a gravidade não explicava devidamente os fenômenos físicos, admitiu-se que essa teoria era falsa<sup>218</sup>. Todavia, no caso de uma ciência dogmática, quando há um choque entre os dogmas e um novo dado, é a nova informação que é recusada, por não se encaixar nos moldes do sistema preestabelecido. Em um processo judicial, por exemplo, de nada adianta questionar a legitimidade do Estado para estabelecer os casos em que uma pessoa será punida — trata-se de um argumento irrelevante no plano dogmático, por colocar em dúvida um dos dogmas jurídicos fundamentais: o de que a lei deve ser observada.

Por fim, cabe ressaltar que a dogmática avalia o direito a partir de uma perspectiva *interna*, enquanto a zetética o estuda normalmente sob uma perspectiva *externa*. Com isso, quer-se dizer que a dogmática descreve o sistema interno do direito, ou seja, as relações entre os conceitos jurídicos preestabelecidos (*dogmas*) e entre as normas que o ordenamento positivo reconhece como jurídicas. Já o enfoque da zetética normalmente privilegia a análise das relações entre o direito e os outros sistemas sociais, não se restringindo aos dogmas preestabelecidos e questionando-se sobre a adequação entre os valores jurídicos e os metajurídicos<sup>219</sup>, sobre a legitimidade do direito, sobre os modos como as normas são criadas etc.

Enquanto a perspectiva externa é típica de um observador imparcial, de uma pessoa que não tem uma ligação direta com o objeto analisado, a perspectiva interna é típica das pessoas que se relacionam diretamente ao direito e que, em sua atividade prática, não podem ultrapassar os limites fixados pelos dogmas jurídicos. Desse modo, enquanto a perspectiva externa costuma ressaltar os aspectos sociológicos, econômicos ou filosóficos de uma questão jurídica, a perspectiva interna tende a minimizar (ou até mesmo a recusar) a relevância desses elementos metajurídicos para a compreensão dos problemas relativos ao direito.

#### 4. Complementaridade entre zetética e dogmática

Apesar das distinções apontadas no ponto anterior, deve ficar claro que os enfoques zetético e dogmático não são excludentes, mas complementares. Toda investigação tem uma parte dos dois, na medida em que não é possível conhecer senão a partir de alguns pontos definidos de partida<sup>220</sup> (o que evidencia a presença de uma certa dogmática), mas também é necessário buscar as respostas mais adequadas para as perguntas colocadas (o que implica ao menos um pouco de zetética). Como afirmou Tercio, cada investigação

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> FERRAZ JR., Introdução ao estudo do direito, p. 40.

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> Ou ao menos muito limitada quanto à sua capacidade de descrição adequada dos fenômenos físicos.

<sup>&</sup>lt;sup>219</sup> Além do direito, tais como os morais, econômicos, religiosos etc.

<sup>&</sup>lt;sup>220</sup> Vide, sobre a necessidade de pontos de partida, a análise dos conceitos de pré-compreensão e círculo hermenêutico, realizada na Introdução deste trabalho.

apenas acentua mais um desses aspectos<sup>221</sup>, sendo possível desenvolver perspectivas teóricas que busquem harmonizar esses enfoques. O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos mostra compartilhar dessa mesma postura, quando analisa as perplexidades e os desafios da sociologia contemporânea:

A tradição da sociologia é neste domínio ambígua. Tem oscilado entre a distância crítica em relação ao poder instituído e o comprometimento orgânico com ele, entre o guiar e o servir. Os desafios que nos são colocados exigem de nós que saiamos deste pêndulo. Nem guiar nem servir. Em vez de distância crítica, a proximidade crítica. Em vez de compromisso orgânico, o envolvimento livre. Em vez de serenidade autocomplacente, a capacidade de espanto e de revolta.<sup>222</sup>

Essas observações de Boaventura sobre a sociologia são plenamente aplicáveis às ciências que estudam o direito, que oscilam entre a legitimação e a crítica do modelo político dominante, entre a sustentação ideológica do ordenamento jurídico vigente e a busca de construir uma situação mais justa. Todavia, ambos esses pólos são inadequados, pois o primeiro conduz a uma percepção simplista e conservadora do direito, enquanto o segundo leva a um radicalismo crítico incapaz de produzir conseqüências práticas. Dessa forma, concordamos com Léo Leoncy quando afirma que a dogmática e a zetética dão resultados melhores quando o jurista as usa simultaneamente, pois essa combinação permite dar a importância e a atenção devidas tanto à atividade jurídica prática quanto aos contextos sociais, políticos e econômicos nos quais o direito se insere.<sup>223</sup>

Feita, assim, a distinção entre os dois enfoques teóricos fundamentais e evidenciadas as relações existentes entre eles, passemos à descrição de algumas ciências jurídicas particulares e das perspectivas que elas adotam.

#### B - História do direito

A história do direito não é uma disciplina autônoma, isolada da história geral, mas consiste na aplicação dos métodos da ciência histórica ao estudo do direito. Muitos juristas encaram a história do direito como uma disciplina de interesse meramente acadêmico, pelo fato de ela estudar sistemas jurídicos que não mais são vigentes. Embora raramente isso seja dito de forma expressa<sup>224</sup>, o estudo histórico não é um dos mais cultivados entre os nossos juristas, aparecendo quase sempre como um apêndice de menor importância em trabalhos dogmáticos<sup>225</sup>. Todavia, aqueles que assim agem demonstram ignorar que o passado não é simplesmente algo que já passou, pois o passado do homem é parte integrante do seu ser atual.<sup>226</sup> Dessa forma, a história do direito não apenas descreve os sistemas jurídicos do passado, mas investiga as relações existentes entre eles e, especialmente, as relações que ligam o direito presente às suas raízes. Tentar compreender o direito atual sem conhecer a sua história é como buscar entender os motivos que levam uma pessoa a escolher um certo estilo de vida sem levar em conta a educação que ela teve, seus traumas de infância, as influências que sobre ela tiveram seus amigos e os ambientes em que viveu etc. Aquilo que somos hoje é resultado da nossa história, e o mesmo pode-se dizer do direito.

<sup>223</sup> LEONCY, Zetética e Dogmática.

<sup>&</sup>lt;sup>221</sup> FERRAZ JR., Introdução ao estudo do direito, p. 42.

<sup>222</sup> SANTOS, Pela mão de Alice, p. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>224</sup> E muitas coisas não o são, dentro e fora do âmbito jurídico. Aliás, o mais normal é que o jurista sustente publicamente a relevância dos estudos históricos, sociológicos e filosóficos, mas, em sua prática cotidiana, dedique-se apenas a questões de interesse dogmático.

<sup>&</sup>lt;sup>225</sup> Que normalmente são precedidos de uma ligeira explanação da história do instituto dogmático estudado e também de seu posicionamento no direito comparado.

<sup>&</sup>lt;sup>226</sup> LARENZ, Metodologia da ciência do direito, p. 223.

Embora a ciência histórica seja muito relevante para a compreensão do direito contemporâneo, os resultados dos estudos históricos são facilmente deturpados quando se buscam no passado apenas as raízes do presente. O passado não é um presente imperfeito e buscar entendê-lo a partir dos conceitos atuais leva normalmente a sérias distorções. Analisemos, por exemplo, um trecho da Política, um livro clássico de Aristóteles: "há na espécie humana indivíduos tão inferiores a outros como o corpo o é em relação à alma, ou a fera ao homem; são os homens nos quais o emprego da força física é o melhor que deles se obtêm. Partindo dos nossos princípios, tais indivíduos são destinados, por natureza, à escravidão; porque, para eles, nada é mais fácil que obedecer"227. Atualmente, dois dos valores mais relevantes na nossa sociedade são a igualdade entre os homens e a garantia da liberdade. Por isso, caso avaliássemos a cultura da Grécia antiga com base nesses valores, certamente concluiríamos que se tratava de um povo primitivo, pois não havia liberdade nem igualdade. Todavia, embora a escravidão seja um instituto completamente inaceitável nos dias de hoje, não faz sentido chamar os gregos de bárbaros e irracionais porque admitiam como natural a existência de senhores e escravos. Isso seria claramente uma distorção dos fatos, pois não podemos avaliar as sociedades antigas (incluindo seus sistemas jurídicos) com base nos valores relevantes para as sociedades atuais.

Em cada época e em cada local, os homens desenvolvem uma visão de mundo, criam conceitos e valores próprios, e esses elementos precisam ser levados em conta para que possamos compreender adequadamente os tempos passados e o tempo presente. Caso contrário, estaríamos cometendo o mesmo erro de quem julga uma pintura de Rafael ou Michelangelo pelos mesmos critérios estéticos usados para avaliar uma escultura de Rodin ou de Picasso; ou de quem avalia a qualidade da música popular pelos critérios desenvolvidos para a música erudita. Dessa forma, é preciso buscar compreender cada momento histórico a partir dos seus próprios valores, sob pena de chegarmos apenas a uma imagem muito distorcida das épocas passadas.<sup>228</sup>

## 1. Zetética e dogmática na história

No início do livro *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, o historiador António Hespanha fez a seguinte descrição da história do direito, realçando o seu caráter eminentemente zetético:

Muito se tem escrito sobre a importância da história do direito na formação dos juristas. Que ela serve para a interpretação do direito actual; que permite a identificação de valores jurídicos que duram no tempo (ou, talvez mesmo, valores jurídicos de sempre, naturais); que desenvolve a sensibilidade jurídica; que alarga os horizontes culturais dos juristas. Para além disso, a vida de todos os dias ensina-nos que os exemplos históricos dão um certo brilho à argumentação dos juristas e, nesse sentido, podem aumentar seu poder de persuasão, nomeadamente perante uma audiência forense...

Frequentemente, toda essa discussão acerca do interesse pedagógico da história jurídica limita-se à simples afirmação de que ela é, para os futuros juristas, uma disciplina formativa. Mas raramente se diz exactamente porquê. A opinião adoptada neste curso é a de que a história do direito é, de facto, um saber formativo, mas de uma maneira que é diferente daquela em que o são a maioria das disciplinas dogmáticas que constituem os cursos jurídicos.

Enquanto que as últimas visam criar certezas acerca do direito vigente, a missão da história do direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o *racional*,

<sup>&</sup>lt;sup>227</sup> ARISTÓTELES, *A política*, p. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>228</sup> Uma discussão mais aprofundada desta questão é feita no Capítulo IX, A, 3.

o *necessário*, o *definitivo*. A história do direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre em sociedade e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, económicos etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou *ambiente*). São, neste sentido, sempre locais.<sup>229</sup>

Dessa maneira, António Hespanha alinha a história do direito à fileira das disciplinas zetéticas, que têm como função questionar o conhecimento jurídico atual, realçando os seus pressupostos (que raramente são explicitados) e as idéias aceitas acriticamente pelos juristas. Entretanto, boa parte dos estudos históricos segue uma linha dogmática. Isso acontece quando o objetivo do jurista não é o de compreender os sistemas jurídicos do passado, mas utilizá-los como uma maneira de legitimar o direito vigente na atualidade.

Duas das formas mais eficientes de conferir legitimidade a uma instituição social são (1) mostrar que ela tem sido tradicionalmente aceita pela sociedade em questão e (2) mostrar que ela é normalmente aceita por todas as sociedades, ou pela maioria das sociedades ou pelas sociedades *civilizadas*. Isso explica porque muitas vezes o estudo histórico é feito apenas para comprovar que o instituto dogmático atual existia no passado imediato ou em um passado remoto. Se todos os chefes políticos editam leis, os nossos também devem poder fazê-lo. Se a propriedade privada tem sido respeitada há tanto tempo, quem somos nós para afirmar que ela é ilegítima? Argumentos como esses implicam uma utilização (normalmente distorcida) da história para legitimar os institutos presentes com base na sua ocorrência em direitos do passado. Reconhecer a validade de tais raciocínios seria como admitir que, como as mulheres sempre foram tratadas como inferiores aos homens<sup>230</sup>, então é natural que assim seja.

Com isso, fica claro que o objetivo de tais investigações não é o de *descrever* a realidade, mas o de *legitimar* um discurso de poder, contribuindo para manter inalteradas certas relações sociais. Além disso, o jurista que faz um estudo desse tipo quase nunca estará disposto a rediscutir os seus pressupostos fundamentais, tais como: a lei deve ser obedecida, homens e mulheres são naturalmente iguais (ou diferentes), a propriedade privada é natural às comunidades humanas, todo homem deve ser livre etc. Dessa maneira, esses seriam estudos históricos dotados de caráter fundamentalmente dogmático, nos quais a zetética teria um papel muito reduzido.

## C - Sociologia jurídica

A sociologia é uma ciência que tem como objetivo descrever as relações existentes dentro de um grupo social (entre os seus membros, instituições etc.), mostrando como uma comunidade efetivamente se organiza. Como o direito é um fenômeno que somente ocorre em sociedade, as estruturas jurídicas de uma comunidade são profundamente condicionadas pelas demais instituições sociais. Por isso, tem grande relevância a sociologia jurídica, que é a disciplina que aplica o método sociológico ao direito, investigando o seu papel no contexto dos processos sociais, as condições do seu surgimento e vigência dentro de um determinado grupo, a sua eficácia, o seu poder e impotência.<sup>231</sup> Tomando como referência a teoria tridimensional do direito, poderíamos dizer que a sociologia estuda primordialmente o direito enquanto fato. Tal como acontece com relação à história, as reflexões sociológicas normalmente conduzem a uma

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> HESPANHA, Panorama histórico, p. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>230</sup> Aristóteles chegou a afirmar que "Os animais são machos e fêmeas. O macho é mais perfeito e governa; a fêmea o é menos, e obedece. A mesma lei se aplica naturalmente a todos os homens" [ARISTÓTELES, *A política*, p. 15]. Mas não é preciso voltar 2.500 anos no tempo para encontrarmos pessoas que defendem a mesma posição.

<sup>&</sup>lt;sup>231</sup> LARENZ, Metodologia da ciência do direito, p. 222.

crítica das instituições jurídicas atuais, o que ressalta a sua perspectiva eminentemente zetética. Ao questionar-se sobre o efetivo modo de organização social, muitas vezes a sociologia mostra quão longe está da prática o ideal de organização jurídica de uma sociedade.

Embora o Estado pretenda ter o monopólio da criação de normas jurídicas, há certos espaços sociais em que ele não tem penetração<sup>232</sup> e outros em que as suas regras são aplicadas juntamente a normas definidas por outros atores sociais<sup>233</sup>. Embora o direito estatal pretenda que todas as suas normas sejam aplicadas, há uma série de regras que têm muito pouca (ou nenhuma) eficácia. Embora o direito atual pretenda ser um instrumento democrático, ele é muitas vezes utilizado como uma mera forma de opressão e dominação. Embora as leis sejam normalmente criadas para atingir finalidades socialmente valiosas, muitas vezes a sua aplicação gera resultados contrários aos pretendidos pela sociedade<sup>234</sup>. Todas essas contradições são evidenciadas e analisadas pelos estudos sociológicos, o que caracteriza a sociologia como uma das disciplinas zetéticas mais importantes para fundamentar os estudos críticos sobre o direito e a ciência do direito atuais.

## D - Dogmática jurídica

#### 1. Esclarecimentos sobre a terminologia

#### a) Dogmática jurídica e ciência do direito

A dogmática jurídica é a disciplina que estuda as regras jurídicas vigentes em um ordenamento jurídico e as maneiras pelas quais elas devem ser aplicadas aos casos concretos. Apesar de ser apenas uma das disciplinas que estuda os fenômenos jurídicos, a dogmática jurídica é normalmente chamada de *a ciência do direito*. Isso acontece porque, enquanto as outras disciplinas são aplicações ao direito de certos métodos científicos (histórico, sociológico etc.), a dogmática jurídica é uma ciência voltada exclusivamente ao estudo dos fenômenos jurídicos. Além disso, é ela a ciência mais relevante à prática jurídica, pois estuda o direito enquanto norma, contribuindo para definir os critérios de aplicação das regras jurídicas aos casos concretos.<sup>235</sup>

## b) Dogmática jurídica e Jurisprudência

A palavra jurisprudência tem vários sentidos diversos na linguagem jurídica. Embora ela possa ser usada como sinônimo de dogmática jurídica, trata-se de um sentido pouco usual na linguagem jurídica nacional. No Brasil, o sentido mais comum do termo é o que denota uma determinada linha de decisões de um tribunal. Por exemplo, podemos afirmar que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a aprovação em concurso público não dá ao candidato direito à nomeação, mas apenas de que as nomeações sejam feitas de acordo com a ordem de classificação. Assim, o candidato aprovado não tem o direito de exigir a sua efetiva integração aos quadros do serviço

<sup>232</sup> A vida dos internos em grandes presídios é regulada, em grande medida, por normas costumeiras que formam um direito não-oficial.

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> O que acontece, por exemplo, em certas favelas, nas quais há uma superposição de ordenamentos.

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> Por exemplo: em vários países, foram criados departamentos para controlar a poluição apenas como uma forma de legitimar a atuação das indústrias poluidoras. Concede-se à indústria uma *licença ambiental* apenas para garantir que ela possa continuar poluindo o meio-ambiente com o aval da administração pública, o que dificulta imensamente o questionamento da legalidade de suas atividades.

<sup>&</sup>lt;sup>235</sup> Apesar de o termo *ciência do direito* ser utilizado de forma mais freqüente que *dogmática jurídica*, ele apresenta o grave inconveniente de estimular o equívoco de se considerar que esse ramo do conhecimento é a única ciência que trata dos fenômenos jurídicos. Por esse motivo, utilizaremos preferencialmente o termo *dogmática jurídica*, buscando deixar claro que esta é apenas uma das várias perspectivas científicas sobre o direito.

público. Nesse caso, a palavra *jurisprudência* é sinônima de *linha jurisprudencial* e sempre é utilizada com inicial minúscula.<sup>236</sup>

Todavia, em certos contextos específicos o termo *jurisprudência* pode significar *dogmática jurídica*. Essa linguagem é normalmente utilizada nos textos traduzidos do alemão, pois a palavra germânica para dogmática jurídica é *Jurisprudenz*. Nesses casos, o normal é utilizar a inicial maiúscula (Jurisprudência), para deixar claro que a palavra não está sendo usada com o seu significado usual<sup>237</sup>. Cabe ressaltar que esse uso do termo *Jurisprudência* também é encontrado com certa freqüência em textos portugueses e em textos de autores brasileiros influenciados pela teoria jurídica alemã. Além disso, ele tem conquistado um espaço crescente na literatura *sobre* a dogmática jurídica, embora nos próprios textos dogmáticos predomine o uso da expressão *ciência do direito*.

Deve-se tomar cuidado especial com a interpretação da palavra *jurisprudência* nos textos traduzidos do inglês. Nesse idioma, a palavra *jurisprudence*, muitas vezes traduzida por jurisprudência, não quer dizer dogmática jurídica. Na língua inglesa, ocorre justamente o contrário do que acontece na língua alemã: o termo *jurisprudence* opõe-se à noção de *dogmática jurídica*, sendo usado para designar os estudos doutrinários não-dogmáticos.<sup>238</sup> Por isso, as traduções normalmente mais adequadas dessa palavra são *filosofia do direito* ou *teoria geral do direito*, a depender do contexto. Entretanto, esse termo é comumente traduzido como *jurisprudência* ou como *ciência do direito*, o que pode dar origem a entendimentos equivocados sobre idéias do autor.

## c) Abrangência da expressão dogmática jurídica

Quando falamos em dogmática jurídica, deve-se ter em mente que essa expressão engloba o conjunto das disciplinas que estudam temas jurídicos específicos, tais como direito penal, direito civil, direito constitucional, direito administrativo, direito processual etc. A grande maioria das matérias que compõem o currículo do curso de direito é composta por disciplinas dogmáticas, e não zetéticas. Estas resumem-se basicamente à parte introdutória (história do direito, sociologia jurídica e filosofia do direito), embora haja sempre a abordagem de questões zetéticas nas disciplinas dogmáticas<sup>239</sup>, em um grau que varia conforme o enfoque adotado pelo professor.

## 2. Caracterização da dogmática jurídica

#### a) O enfoque dogmático sobre o direito

A sociologia, enquanto disciplina zetética, visa a descrever as relações sociais. Assim, para o sociólogo, a norma jurídica é apenas um dos elementos que contribuem para a organização social, sendo que, muitas vezes, o direito não atinge um nível razoável de eficácia. Todavia, mesmo quando não tem eficácia, a norma jurídica vigente não perde a sua *pretensão de validade*<sup>240</sup>, que é a pretensão de servir como um padrão de conduta obrigatório para todas as pessoas.

Ao interpretar o fato de que, na maior parte do Brasil, os motoristas não param nas faixas de pedestres, um sociólogo tenderia a afirmar simplesmente que esse não é um padrão de comportamento típico do brasileiro. Já o jurista tenderia a afirmar que a lei de trânsito, embora deva ser observada por todas as pessoas (por sua *pretensão de validade*),

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup> Sobre a jurisprudência, vide também o Capítulo VIII, B, 3.

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> Essa convenção provavelmente deriva do fato de que, em alemão, todos os substantivos são escritos com inicial maiúscula. Entretanto, essa convenção não é seguida em todos os casos, em especial quando o tradutor do texto não é um jurista.

<sup>&</sup>lt;sup>238</sup> ROSS, Direito e justiça, p. 23.

<sup>&</sup>lt;sup>239</sup> Convém lembrar sempre que os enfoques zetético e dogmático não são excludentes, podendo ser combinados de várias formas.

<sup>&</sup>lt;sup>240</sup> Vide LARENZ, Metodologia da ciência do direito, p. 222.

está sendo descumprida pela maioria, o que provavelmente o conduziria à conclusão de que os infratores deveriam ser punidos. Essa pretensão de validade caracteriza as regras em geral (e não apenas as jurídicas) e condiciona todo o trabalho relacionado à aplicação de sistemas normativos à realidade social. E é justamente esse aspecto do direito que é ressaltado pelos estudos da dogmática jurídica: o direito é visto como um conjunto de regras que devem ser aplicadas à prática e entende-se como papel do jurista definir critérios para orientar essa aplicação.

Utilizando a linguagem da teoria tridimensional do direito, podemos dizer que, enquanto a sociologia estuda o direito enquanto fato, a dogmática jurídica estuda o direito enquanto norma. Assim, enquanto a eficácia é um problema eminentemente sociológico, a dogmática tende a estudar o direito apenas sob o enfoque da vigência. Se uma regra foi elaborada pelas autoridades competentes e seguiu todos os trâmites estabelecidos pela constituição, o jurista dogmático a entende como direito válido, não pondo em questão a sua eficácia ou legitimidade. Esse é um dos dogmas fundamentais desta ciência: as leis devem ser obedecidas. Qualquer um que ponha em dúvida essa idéia estará ultrapassando os limites da dogmática jurídica tradicional.

### b) A dogmática como pensamento tecnológico

Como as disciplinas zetéticas têm como objetivo fundamental oferecer uma descrição do direito (qual é a sua estrutura, qual é a sua origem, quais são os seus limites etc.), elas possuem uma relevância teórica muito grande, mas não têm uma aplicação imediata à prática. O mesmo não ocorre com a dogmática, pois as suas preocupações são eminentemente práticas: a sua finalidade básica não é conhecer o direito, mas orientar a aplicação do direito. Com isso, não queremos dizer que o jurista dogmático não precisa conhecer o direito (o que seria absurdo), mas que todo o seu conhecimento tem um objetivo bastante definido: possibilitar a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. Assim, a dogmática não é um é um conhecimento desinteressado, não é um saber pelo saber, mas um saber voltado à realização de uma atividade prática. E é por esse motivo que Tercio Sampaio Ferraz Jr. o chama de pensamento tecnológico, em oposição a um pensamento científico. Para Tercio, os conceitos criados pela dogmática têm uma função diretiva explícita<sup>241</sup>, propiciando instrumentos para a aplicação do direito e não propriamente um conhecimento científico sobre o direito.

Podemos dizer que a ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma tecnologia. Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da sociedade. Neste sentido, ela, ao mesmo tempo, funciona como um agente pedagógico — junto a estudantes, advogados, juízes etc. — que institucionaliza a tradição jurídica, e como um agente social que cria uma realidade consensual a respeito do direito, na medida em que seus corpos doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção. [...] Nestes termos, um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização dos seus pressupostos — suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não-problemático — a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos.<sup>242</sup>

## c) A dogmática e a questão da decidibilidade

No texto acima transcrito, Tercio não apenas deixa bem claro que o pensamento tecnológico é sempre um instrumento para a realização de determinados objetivos, mas

<sup>&</sup>lt;sup>241</sup> Cf. Ferraz Jr., Função social da dogmática jurídica, p. 93.

<sup>&</sup>lt;sup>242</sup> FERRAZ JR., Introdução ao estudo do direito, p. 87.

também esclarece qual é a finalidade da dogmática jurídica: criar condições para a decidibilidade. Como já foi ressaltado anteriormente<sup>243</sup>, não basta ao jurista conhecer o direito, pois ele precisa oferecer respostas, em um prazo razoável, aos casos concretos que lhe são apresentados.

Cabe ressaltar que nem sempre a sociedade esperou do direito que oferecesse soluções para todos os conflitos sociais. Até a Revolução Francesa, era facultada aos juízes a possibilidade de decidir pelo non liquet, ou seja, de afirmar que o caso não pode ser julgado porque o direito nada diz a seu respeito ou regula a situação de forma tão dúbia que não é possível encontrar uma solução. Todavia, o non liquet foi vedado já na Constituição revolucionária, que obrigou os juízes a decidir as causas a eles apresentadas mesmo quando a lei fosse obscura e quando não existisse lei que regulasse expressamente a situação. A dubiedade da lei, a ambigüidade da linguagem, a obscuridade dos textos, tudo isso pode ser uma dificuldade a ser enfrentada, mas não pode resultar em um impedimento para a aplicação do direito. Embora sempre tenha sido uma função importante dos juristas a de desenvolver critérios dogmáticos para a aplicação das normas jurídicas, nos últimos duzentos anos essa função teve sua relevância ampliada, porque a vedação do non liquet fez com que os juízes passassem a ter a obrigação de decidir. Com isso, a dogmática, que "não é uma teoria sobre a decisão, mas uma teoria para a obtenção de decisões" 244, assumiu uma importância cada vez maior.

Dessa vinculação extrema da dogmática ao problema da decidibilidade, resulta o fato de a justiça ser um valor dogmaticamente pouco relevante. Isso acontece porque, para ser dogmaticamente útil, não basta que uma discussão seja aprofundada e elucidativa: é preciso que o debate sirva como fundamento para uma decisão. E as questões relativas à justiça são, por excelência, os problemas zetéticos do direito. Quando uma decisão é justa? Quando uma lei é justa? Qual a interpretação mais justa de uma norma? Perguntas como essa admitem as respostas mais variadas e a discussão sobre elas nunca chega a um fim. Há pelo menos 2.500 anos, a filosofia discute o problema da justiça e não parece que tenhamos avançado rumo a uma solução consensual. Pelo contrário, parece que as respostas cada vez se tornam mais variadas e incompatíveis. Assim, se o jurista fosse esperar que a questão da justiça fosse resolvida, para que ele pudesse decidir se Sócrates deveria ou não ser condenado, o processo de Sócrates permaneceria para sempre inconcluso, o que seria socialmente inaceitável.

Essa vinculação ao problema da decidibilidade é tão grande que, para o jurista dogmático, importa mais a necessidade de pôr fim ao conflito que o fato de a decisão alcançada ser a mais justa possível. Mais que isso: a dogmática é justamente o conjunto dos desenvolvimentos teóricos que buscam orientar os juristas na decisão dos casos concretos, apesar de todos saberem que é impossível alcançar uma solução absolutamente justa ou boa. Dessa forma, embora a questão da justiça mantenha-se sempre como um problema zetético importante, trata-se de uma questão com pouca relevância dogmática.

#### d) A dogmática e a questão da previsibilidade

O desenvolvimento da dogmática pode partir de uma posição filosófica relativista. Para aqueles que admitem a relatividade dos valores, nenhuma pessoa pode ter certeza de que as suas posições valorativas são melhores que as dos outros. Assim, como é impossível definir a justiça, não se pode esperar que o direito seja justo. Logo, já que não se pode garantir a justiça material (dando-se tratamento efetivamente justo a todos

\_

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> Vide Capítulo VII, A, 2.

<sup>&</sup>lt;sup>244</sup> LAFER, Celso. Direito e Poder - Notas sobre um Itinerário de Pesquisa. Em: LAFER. O Brasil e a crise mundial. São Paulo: Perspectiva, 1984, p. 28. Citado por LEONCY, Léo F. Zetética e Dogmática.

os casos), ao menos que se garanta a justiça formal (dando-se tratamento idêntico aos casos semelhantes).

Nesse projeto, a dogmática pode desempenhar um papel de relevo. Quando estabelece os critérios de interpretação das normas, ao mesmo tempo em que oferece aos juristas a possibilidade de tomar decisões com base em critérios predeterminados (mesmo quando os casos concretos são complexos e intrincados), a dogmática garante à sociedade em geral uma razoável previsibilidade sobre a resolução das questões jurídicas. Assim, na medida em que gera uma certa segurança nas relações jurídicas, a dogmática exerce uma importante função na manutenção da estabilidade social.

Resta clara, portanto, a principal função social da dogmática: controlar os processos de tomada de decisões jurídicas com relação aos casos concretos, criando mecanismos que garantam um mínimo de previsibilidade e de estabilidade. E esse resultado é alcançado por meio do desenvolvimento de critérios que orientam a tomada de decisão (especialmente de critérios de interpretação das normas jurídicas), os quais devem ser (na medida do possível) claros e objetivos, para que as decisões sejam compatíveis entre si, garantindo a igualdade formal entre as pessoas.

### e) Objeto da dogmática

Ao contrário das outras ciências jurídicas, que estudam o direito em geral, a dogmática sempre tem como objeto um direito positivo específico, determinado no tempo e no espaço. Dessa forma, não há princípios dogmáticos universais, mas apenas orientações para a interpretação de um sistema jurídico particular, em uma certa época. Assim, enquanto a história do direito é uma só ciência (que pode analisar o direito brasileiro, o chinês e qualquer outro), não há uma dogmática, mas várias. Por exemplo, a dogmática do direito brasileiro do final do século XX é diversa da dogmática francesa ou alemã do mesmo período, bem como da dogmática brasileira do início do século passado.

Além disso, não há uma dogmática uniforme para todo um ordenamento jurídico. Por exemplo: os princípios dogmáticos que regem a interpretação do direito penal são bastante diversos dos que orientam os estudos sobre direito civil. Também a interpretação da constituição tem uma série de peculiaridades que apenas a ela se aplicam. Dessa maneira, não existe uma dogmática unificada para todo o direito brasileiro, mas uma série de disciplinas dogmáticas que têm como objeto cada um dos seus ramos, as quais têm alguns aspectos compatíveis e outros contraditórios.

#### 3. A complementaridade dos enfoques teóricos do direito

Apesar de a formação dos juristas ser baseada fundamentalmente no estudo de disciplinas dogmáticas, isso não quer dizer que as questões zetéticas não sejam relevantes para a prática do direito. Na medida em que a dogmática contribui para a estabilização das expectativas sociais, ela tem uma função conservadora: manter inalteradas as estruturas de poder e as relações sociais. Todavia, a sociedade muda constantemente e é preciso modificar as estruturas jurídicas para adaptá-las às novas realidades. Como a dogmática jurídica não pode questionar os dogmas estabelecidos, é apenas a zetética que desempenha esse papel. Assim, no processo de evolução do direito, o espaço mais relevante é ocupado pela zetética, que faz a crítica dos dogmas e modelos estabelecidos, enfrenta as questões trazidas pelos novos tempos e propõe novas leituras e soluções para os velhos problemas. Mas o papel da zetética jurídica não é apenas o de criticar e dissolver os dogmas, sendo também zetéticas as investigações que buscam dar fundamento aos dogmas, justificando a opção por tais conceitos. Como afirmou Tercio:

As questões jurídicas não se reduzem, entretanto, às 'dogmáticas', à medida que as opiniões postas fora de dúvida - os dogmas - podem ser submetidas a um

processo de questionamento, mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se, através do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação. O jurista revela-se, assim, não só como o especialista em questões 'dogmáticas', mas também em questões 'zetéticas'. <sup>245</sup>

Fica claro, pois, que a dogmática e a zetética precisam andar juntas. Enquanto a zetética pura não consegue oferecer a segurança e a estabilidade que a sociedade necessita, a dogmática pura não tem a flexibilidade exigida pelas constantes mudanças sociais. E, como a sociedade tem-se transformado em um ritmo cada vez mais acelerado, essa necessidade de combinar os enfoques zetético e dogmático apresenta-se com mais força aos juristas contemporâneos que aos teóricos do direito de cem ou duzentos anos atrás.

### E - Filosofia do direito

Com base na teoria tridimensional de Miguel Reale, podemos afirmar que a sociologia estuda o direito enquanto *fato*, a dogmática jurídica estuda o direito enquanto *norma* e a filosofia estuda o direito ressaltando o seu aspecto de *valor*. Uma das principais questões da filosofia jurídica é a das relações entre justiça e direito. Existe a *justiça*? Quando se pode afirmar que uma ação, uma decisão ou uma lei são justas? Embora tais perguntas sejam absolutamente zetéticas, no sentido de que não é razoável esperar que haja para elas uma resposta aceita consensualmente, trata-se de questões que não podem ser abandonadas. Isso acontece porque, embora a dogmática concentre-se no aspecto da decidibilidade, embora todos saibam que os conceitos de justiça são vários e contraditórios, o direito continua tendo a pretensão de propiciar uma ordem justa à sociedade. Por mais que as questões relativas à justiça sejam complexas e mesmo insolúveis, o direito continua pretendendo ser justo, e não apenas eficaz. Sob esse aspecto da vinculação entre as idéias de direito e de justiça, os fenômenos jurídicos constituem objeto de estudo da filosofia do direito.

Entretanto, o papel da filosofia não se limita ao estudo das relações entre direito e justiça. Em verdade, seria muito difícil (para não dizer impossível) estabelecer um conceito que abrangesse todas as questões que normalmente são entendidas como parte da filosofia do direito, dificuldade que existe em qualquer definição sobre a filosofia. E devemos ressaltar que definir filosofia é ainda mais difícil que definir direito. Dessa forma, parece mais adequado descrever essa disciplina como um conjunto de investigações sobre os problemas que tradicionalmente reconhecemos como filosóficos. Mas apesar da heterogeneidade, esses questionamentos filosóficos identificam-se em um ponto importante: são todas questões zetéticas. Assim, a filosofia do direito é uma das principais disciplinas críticas do direito, na medida em que mantém em constante questionamento os fundamentos de todos os dogmas jurídicos e os limites da experiência jurídica. Como afirmou Karl Larenz, "se o direito apresenta uma pretensão de validade normativa, não pode deixar de ser levada em conta a questão, quer da sua fundamentação, quer dos limites dessa pretensão de validade. A esta questão não pode a Jurisprudência dar resposta, porque tem o seu lugar sempre no contexto de uma ordem existente e da sua Constituição. É uma questão da filosofia, mais precisamente da ética." 246

Outro problema filosófico de primeira grandeza é a definição do conceito de direito. Embora todas as ciências jurídicas pressuponham algum conceito de direito, é a filosofia que problematiza essa questão da forma mais aprofundada, criticando as inúmeras teorias criadas a esse respeito, tanto pelos juristas como pelos filósofos. Além dessas questões de ordem *ontológica* (sobre o modo de ser do direito) e das anteriormente

241

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> TERCIO, Introdução ao estudo do direito, p. 90.

<sup>&</sup>lt;sup>246</sup> LARENZ, Metodologia da ciência do direito, p. 224.

citadas questões axiológicas (sobre a relação do direito com os valores de justiça e equidade), podemos citar um outro campo muito importante de investigação: o epistemológico, relativo aos modos de conhecer o direito. A epistemologia jurídica (teoria do conhecimento aplicada ao direito), tem como principal objeto a metodologia jurídica, ou seja, o estudo dos métodos que devem ser utilizados pela dogmática para alcançar resultados cientificamente válidos. Assim, a epistemologia jurídica é voltada a investigar os métodos que podem ser utilizados para se alcançar um conhecimento dogmático verdadeiro.

Atualmente, está em bastante evidência uma outra perspectiva filosófica: o estudo do direito enquanto linguagem. Que limites impõe ao direito o fato de as normas jurídicas serem necessariamente estruturadas como proposições lingüísticas? Embora o direito pretenda dar soluções previsíveis aos conflitos de interesse, as ambigüidades inerentes à linguagem e a fluidez de conceitos importantíssimos para o direito (tais como razoável, impedimento, função social, homem médio etc.) dificultam a compreensão unívoca das normas. Com isso, embora o direito pretenda ser composto por regras objetivas, o conteúdo das leis somente é definido por meio da sua interpretação pelos juristas. Surge, assim, o problema da interpretação como uma das questões jurídicas fundamentais. Será possível estabelecer um número determinado de critérios de interpretação e uma ordem hierárquica fixa para a sua aplicação? Pode haver uma interpretação objetiva das normas, no sentido de que ela não seja afetada pelos valores pessoais do intérprete?

Todas essas questões (e várias outras abrangidas pela filosofia do direito) podem criar um certo incômodo aos juristas dogmáticos, pois não é razoável esperar uma resposta definitiva para tais perguntas. Entretanto, como acentuou Larenz, "pode ser-se de opinião de que a resposta concludente a essas questões transcende a capacidade cognoscitiva humana; no entanto, enquanto *questões*, não podem deixar de ser consideradas"<sup>247</sup>.

## F - Teoria geral do direito

#### 1. Caracterização geral da disciplina

A teoria geral do direito diferencia-se da dogmática jurídica, em primeiro lugar, pelo seu objeto. Enquanto a Jurisprudência estuda um direito positivo específico, a teoria geral do direito não se prende a um ordenamento jurídico determinado. Essa ciência tem buscado fazer uma descrição dos aspectos universais do direito, dos elementos que estão presentes em todos os ordenamentos positivos, dos conceitos que perpassam todas as teorias dogmáticas. Como bem resume Miguel Reale, "a teoria geral do direito tem por fim, como se vê, a determinação das estruturas lógicas da experiência jurídica em geral"<sup>248</sup>. Todavia, as grandes dificuldades de se desenvolver uma teoria abrangente como essa levam os teóricos atuais a fazer-lhe uma série de ressalvas, questionando a possibilidade de que desse projeto possa resultar um conhecimento útil. E é por esse motivo que, ao tratar dos objetivos clássicos da teoria geral do direito, Karl Larenz fala no passado e não no presente:

Anteriormente falava-se de uma teoria geral do direito e entendia-se por tal uma doutrina acerca da estrutura lógica da norma jurídica, acerca de certos conceitos fundamentais formais que podem encontrar-se em todos os ordenamentos jurídicos desenvolvidos (como, por exemplo, lícito e ilícito, dever ser, ter a faculdade, poder, comando, proibição, permissão, sujeito jurídico e objecto de direitos) e sobre as relações lógicas destes conceitos fundamentais entre si e os

<sup>&</sup>lt;sup>247</sup> LARENZ, Metodologia da ciência do direito, p. 224.

<sup>&</sup>lt;sup>248</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 329.

modos de pensamento da Jurisprudência. Procurava-se neste campo chegar a conhecimentos respeitantes ao direito, universalmente válidos e não somente válidos face a um determinado ordenamento *positivo*.<sup>249</sup>

#### 2. Autonomia da teoria geral do direito

Como tanto a dogmática jurídica como a teoria geral do direito têm como objeto ordenamentos jurídicos positivos, Miguel Reale é levado a negar a existência de uma distinção fundamental entre essas disciplinas, afirmando que "todas as tentativas de distinção entre teoria geral do direito e dogmática têm falhado por não se ter visto que entre elas só existe uma relação de gênero e espécie. Por outras palavras, a dogmática jurídica não é senão a teoria geral do direito sob o prisma da Ciência Jurídica, como teoria do ordenamento jurídico e suas exigências práticas."250 Entretanto, não concordamos com Reale, por considerarmos que essas ciências não se diferenciam apenas na amplitude do objeto (os ordenamentos positivos em geral e um ordenamento jurídico em particular), mas também no enfoque a partir do qual elas os estudam. Ao contrário do que ocorre com a dogmática jurídica, o objetivo da teoria geral do direito é descrever os elementos universais da experiência jurídica, importando-lhe mais conhecer que decidir, o que a enquadra como uma disciplina zetética. Por isso, parece-nos mais adequado seguir na trilha de Arthur Kaufmann, que entende não existir "qualquer diferença, quanto à essência, entre a filosofia do direito e a teoria do direito"251. O estudo dos conceitos fundamentais ligados à idéia de direito, é parte dos estudos sobre as formas lógicas do direito, sobre a sua natureza intrínseca<sup>252</sup>, sobre os seus princípios fundamentais, todos esses objetos clássicos da filosofia do direito.

O que motivou a tentativa de uma autonomização da teoria geral foi a perspectiva de que seria possível desenvolver uma teoria como essa "sem o lastro prévio de pressupostos ontológicos e metafísicos"253. Por trás desse projeto, parece estar a idéia, estreitamente vinculada ao positivismo, de que seria possível construir essa descrição universal a partir de um método indutivo, ou seja, acreditava-se que, a partir da observação dos vários ordenamentos jurídicos concretos, seria possível apreender os seus elementos intrínsecos e fundamentais. Essa pretensão é traduzida claramente por Miguel Reale, quando afirma que "a teoria geral do direito, sem ultrapassar o plano empírico da experiência, determina seus conceitos básicos, tais como o de norma jurídica, modelo jurídico, relação jurídica, sujeito de direito, direito subjetivo, fonte de direito etc., descendo, progressivamente, à determinação de conceitos menores, como os de direitos reais, obrigacionais etc."254. Assim, "a teoria geral do direito elabora também seus princípios, mas como generalizações conceituais, a partir da observação dos fatos, em função das exigências práticas postas pela unidade sistemática das regras"255. Todavia, é o próprio Reale que nota que, "muito embora nem sempre o jurista se dê conta disso, aqueles princípios gerais, de origem empírica, destinados a disciplinar comportamentos concretos, acham-se condicionados pelos princípios transcendentais de que cogita a Filosofia Jurídica"256.

<sup>&</sup>lt;sup>249</sup> LARENZ, Metodologia da ciência do direito, p. 227.

<sup>&</sup>lt;sup>250</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 330.

<sup>&</sup>lt;sup>251</sup> Kauffman/Hassemer, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 3<sup>a</sup> ed., 1981, p. 10. Citado por: LARENZ, Metodologia, p. 224.

<sup>&</sup>lt;sup>252</sup> Neste ponto, convém ressaltar que, embora as noções de *natureza* ou de *elementos intrínsecos* talvez não passem de conceitos metafísicos sem qualquer correspondência no mundo real, o estudo dessas noções sempre fez parte do campo de investigação dos filósofos.

<sup>&</sup>lt;sup>253</sup> LARENZ, Metodologia da ciência do direito, p. 225.

<sup>&</sup>lt;sup>254</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 329.

<sup>&</sup>lt;sup>255</sup> REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 329.

<sup>&</sup>lt;sup>256</sup> REALE, Lições preliminares de direito, p. 329.

Parece, pois, ser um pouco ingênua a idéia de que é possível extrair conceitos jurídicos universais a partir do estudo de ordenamentos singulares. No máximo, pode-se construir algumas generalizações úteis, especialmente quando os direitos investigados são bastante próximos uns dos outros. Os resultados dessas generalizações podem ser convenientes para guiar o desenvolvimento dos conceitos dogmáticos e para estabelecer categorias didáticas para o ensino e a compreensão do direito. Todavia, seria uma pretensão exagerada esperar que eles chegassem ao ponto de descrever as estruturas lógicas ou os elementos intrínsecos da experiência jurídica. Assim, podemos transpor a crítica feita por Radbruch às diversas tentativas de estabelecer indutivamente um conceito de direito à tentativa da teoria geral do direito de estabelecer, a partir do método indutivo, os elementos essenciais do direito:

O problema do conceito de direito parece, à primeira vista, pertencer mais à ciência jurídica que à filosofia. A ciência do direito já tem, efectivamente, repetidas vezes, tentado captar por via indutiva um tal conceito, procurando extraí-lo dos próprios factos ou fenómenos jurídicos, e nenhuma dúvida pode haver de que é fundamentalmente possível chegar, por meio do confronte dos diversos fenómenos dessa natureza, a determinar o conceito que lhes está a todos na base. Evidentemente, é possível colher por este meio o conceito de direito; o que não é possível é fundamentá-lo. É sabido que podem sempre obter-se, extraindo da experiência, todos os conceitos gerais que se quiser. Por exemplo: o conceito de todos os homens cujo nome começa por uma determinada letra do alfabeto ou cujo nascimento ocorreu numa determinada data. Mas a generalidade de tais conceitos quanto a um número maior ou menor de casos individuais, não é ainda uma garantia do seu valor. Jamais se poderá chegar a demonstrar por via de indução e generalização que esses conceitos não sejam puramente causais, e sejam, pelo contrário, necessários: isto é, eficientes e fecundos.<sup>257</sup>

Assim, a construção de uma teoria geral do direito parece ser apenas a extensão dos desenvolvimentos de um conceito particular de direito, que não pode ser obtido por via indutiva e cujo estudo é tradicionalmente entendido como parte da filosofia. Dessa maneira, percebe-se que a teoria geral do direito está tão vinculada à filosofia, que dificilmente seria possível proceder a uma separação consistente entre esses dois campos. Entendemos, pois, que a teoria geral do direito é uma das perspectivas da filosofia do direito, a qual está mais ligada ao aspecto *ontológico* (relativo ao modo de *ser* do direito) que ao elemento *axiológico* do fenômeno jurídico.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>257</sup> RADBRUCH, Filosofia do direito, pp. 85-86.

## Capítulo VIII - Fontes do direito positivo

#### A - O conceito tradicional de fonte de direito<sup>258</sup>

As normas que formam o direito positivo não têm uma origem única, sendo que elas tanto podem ter origem na atividade legislativa e jurisdicional do Estado como podem ser criadas sem a intervenção direta de um órgão estatal. Chamamos de *fontes do direito* cada um dos diversos processos de criação de normas jurídicas, entendidas estas como regras heterônomas e coercitivas que são impostas a uma determinada sociedade. E as fontes que dão origem a normas cuja validade é reconhecida pelo Estado são as chamadas *fontes do direito positivo*. Mas quais são as fontes de normas jurídicas reconhecidas pelo Estado? Essa é uma pergunta que não admite uma resposta única. Em cada momento histórico, a organização política admite como válidas as normas criadas por determinados processos e não admite a validade das regras criadas por outros meios. Dessa forma, é preciso analisar quais são as fontes reconhecidas pelo Estado em cada período histórico e identificar o grau de relevância atribuído a cada uma delas.

De acordo com a atual teoria jurídica dominante, duas são as fontes do direito positivo: as *leis* e os *costumes*. Entretanto, há outros processos de criação de normas jurídicas, cuja aceitação como fonte de direito positivo é mais controversa — em especial, a *jurisprudência* e a *doutrina*.

#### 1. Fontes formais e materiais

Antes de analisar as diversas fontes do direito positivo, convém introduzir uma distinção preliminar: a diferença entre fontes formais e fontes materiais. Independentemente de qual seja o processo de produção das normas, podemos afirmar que elas sempre são elaboradas a partir das necessidades sociais. O direito apenas existe dentro de uma sociedade determinada e é sempre um resultado dos interesses e valores do grupo social que o institui. Para traduzir essa idéia, muitos afirmam que as necessidades sociais são a *fonte material* do direito.

Tais imperativos sociais, contudo, apenas exigem que seja elaborada alguma norma para disciplinar uma situação conflituosa, não determinando *qual* será a regra vigente na sociedade. As necessidades sociais podem exigir que o comércio pela Internet tenha uma regulação especial, mas é preciso estabelecer processos pelos quais serão criadas as normas jurídicas que regulamentarão a matéria. Essa determinação de quais devem ser as regras vigentes (escolhendo entre as várias possibilidades normativas existentes) é um papel das *fontes formais*, ou seja, dos processos de criação de normas aos quais nos referimos no ponto anterior<sup>259</sup>.

Embora essa distinção entre fonte material e fonte formal seja normalmente aceita, convém reconhecer que não há propriamente uma oposição entre esses conceitos. Isso acontece porque não se trata de duas espécies do gênero *fonte de direito*, na medida em que a palavra *fonte* tem um sentido diverso nessas duas expressões. Observe-se que apenas as fontes formais são fontes de *normas jurídicas*. As fontes materiais não criam regras específicas, mas apenas exigem que *alguma* norma seja criada. Trata-se, pois, de duas abordagens complementares sobre os modos de criação do direito.

<sup>&</sup>lt;sup>258</sup> Apesar de tecermos várias críticas ao conceito tradicional de fontes do direto, que estão consolidadas no final deste capítulo, não podemos nos furtar a introduzir os estudantes à problemática das fontes, pois é nos termos dessa teoria tradicional que ainda se processa a discussão sobre a função das leis, dos costumes, da jurisprudência, da doutrina e dos contratos.

<sup>&</sup>lt;sup>259</sup> Leis, costumes, jurisprudência etc.

Em uma abordagem positivista<sup>260</sup>, como o estudo do direito resume-se à análise do direito positivo, a discussão sobre as fontes materiais tende a transformar-se em um debate sobre as razões que moveram o legislador a positivar certas regras. Assim, o positivista identifica *fonte formal* a *motivação do legislador*. Todavia, importa muito pouco à dogmática a determinação de quais foram os elementos que motivaram o legislador a criar as normas jurídicas, pois elas valem independentemente da sua vontade. Nessa medida, a questão das fontes materiais nunca alcançou grande relevância dogmática, embora seja um problema de primeira grandeza nos campos da sociologia e da história. Portanto, dentro de um discurso dogmático, a expressão *fonte do direito* é quase sempre utilizada no sentido de *fonte formal do direito positivo* e não no de *fonte material*.

## B - Fontes formais do direito positivo contemporâneo

#### 1. Costume

## a) Hábito e Costume

Em linguagem comum, costume significa uma conduta que repetimos habitualmente. No entanto, esse termo tem um sentido bastante diverso dentro da ciência do direito: em linguagem jurídica, costume é um *tipo de norma*, um comando heterônomo que deve ser seguido por todos os integrantes de uma comunidade e cujo descumprimento possibilita uma sanção. Façamos, pois uma diferença entre os conceitos de *hábito* e *costume*, para evitar confusões posteriores. Chamaremos de *hábitos* as condutas que são repetidas de forma constante. Assim, podemos dizer que:

- 1. Os brasileiros têm o hábito de comer arroz e feijão no almoço.
- 2. Em boa parte dos países europeus, é hábito ter como principal refeição o jantar e não o almoço.
- 3. Uma pessoa pode ter o hábito de correr no parque todos os dias, às seis horas da manhã.

Todos esses exemplos são de hábitos e não de regras, pois não envolvem qualquer noção de obrigatoriedade. Qualquer brasileiro pode comer batatas no lugar do arroz, sem que esteja descumprindo uma obrigação. Se o corredor habitual vai a uma festa e decide dormir até tarde um certo dia, ele não quebra um dever. Como essas condutas não são repetidas em obediência a uma norma, não podem ser consideradas costumes. Convém observar, por fim, que os hábitos podem ser tanto individuais (como o do nosso corredor) quanto coletivos (como o de fazer do almoço a principal refeição).

Em oposição aos hábitos, podemos identificar uma série de condutas que repetimos na busca de obedecer a determinadas regras. Respeitar a fila, por exemplo, não é um mero hábito, pois há uma norma social que exige de todos essa conduta. Quando alguém fura uma fila, todos compreendem que não se trata apenas de romper um padrão usual de conduta, mas que existe o descumprimento de uma obrigação. Assim, respeitar a fila não é um simples hábito, mas um *dever* imposto a todos. Nessa medida, podemos afirmar que respeitar a fila é um *costume*: uma regra social obrigatória que surge espontaneamente na sociedade. Ao contrário das leis, os costumes são normas que não provêm da atividade legislativa das autoridades políticas, mas da consolidação dos usos tradicionais de um povo ou comunidade.

Contudo, devemos ressaltar que nem todas as regras costumeiras podem ser consideradas normas jurídicas. A obrigação de respeitar a fila, por exemplo, não é um dever jurídico<sup>261</sup>, mas uma mera convenção social. Dessa forma, se podemos dizer que

-

<sup>&</sup>lt;sup>260</sup> E o positivismo é a teoria jurídica dominante na atualidade.

<sup>&</sup>lt;sup>261</sup> Salvo nas raras exceções em que alguma norma jurídica o imponha.

essa norma é um costume, por se tratar de uma regra nascida espontaneamente na sociedade, não podemos afirmar que seja um costume jurídico. Todavia, certas regras costumeiras podem ser jurídicas, na medida em que são dotadas das características estudadas no Capítulo IX, A. Chamamos, pois, de costumes as regras que surgem espontaneamente em um grupo social e que representam a expressão jurídica dos valores culturais de uma comunidade. E ao conjunto das regras costumeiras que podemos qualificar como jurídicas damos o nome de direito consuetudinário (ou costumeiro).

## b) Elementos do direito consuetudinário

Para que seja caracterizado um costume, é preciso que se conjuguem três elementos<sup>262</sup>:

- 1. deve haver um padrão de comportamento reiterado, entre os membros de um determinado grupo;
- 2. esse comportamento deve ser repetido por um número significativo de membros da comunidade, pois o costume não é um fenômeno individual, mas uma atitude coletiva;
- 3. deve haver um certo consenso sobre a obrigatoriedade da conduta, pois não se trata de um mero hábito, mas de uma norma social que pode ser exigida.

Esse último elemento costuma ser chamado pelo nome latino de *opinio necessitatis*: a consciência de que a repetição é necessária. É preciso que o comportamento seja repetido em virtude da crença de que se trata de obedecer a uma norma obrigatória, pois é essa consciência da obrigatoriedade que permite a passagem do ser (repetição de condutas) para o dever-ser (orientação normativa de condutas). Assim, é a consciência da obrigatoriedade que separa o costume do simples hábito coletivo e que nos permite construir uma norma jurídica a partir de uma conduta repetida pelos membros de uma coletividade.

#### c) O costume na sociedade contemporânea

A maior dificuldade para a compreensão do conceito de *direito consuetudinário* é a falta de exemplos atuais. Devemos ter em mente que os costumes são expressões normativas eminentemente locais, pois surgem normalmente em comunidades relativamente pequenas e culturalmente homogêneas. Seria extremamente difícil o surgimento de um costume nacional em um país de dimensões continentais como o Brasil ou em sociedades heterogêneas como os nossos agrupamentos urbanos<sup>263</sup>. Dessa forma, é bastante difícil encontrar exemplos de costumes jurídicos no direito positivo contemporâneo.

Além disso, como o atual modelo de organização política é altamente centralizador, as expressões normativas espontâneas da sociedade nem sempre são reconhecidas pelo Estado. Assim, embora sejam consideradas *fontes materiais* do direito positivo, as normas costumeiras raramente são entendidas pelos órgãos do Estado como regras jurídicas vinculantes. Como os Estados atuais buscam centralizar tanto o poder político quanto o poder de criar normas jurídicas, normalmente fazem valer as obrigações consuetudinárias apenas quando os costumes foram anteriormente positivados na forma de leis.

-

<sup>&</sup>lt;sup>262</sup> GUIBOURG, Fuentes, pp. 181-183.

<sup>&</sup>lt;sup>263</sup> Para termos de comparação, levem em conta que, durante a Idade Média, que foi um período de florescimento dos costumes, apenas nos Países Baixos (que envolviam basicamente o território hoje ocupado pela Bélgica e pela Holanda), podiam ser identificadas 600 regiões com direitos consuetudinários diferentes. [GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 255]

Devemos, porém, ressaltar que a subordinação do costume à lei é um fenômeno relativamente recente. O costume foi a principal fonte de direito positivo em quase toda a história da humanidade e há apenas dois séculos atrás ele ainda o era. A ascensão da lei à qualidade de principal fonte do direito positivo ocorreu apenas na passagem da Idade Moderna para a Contemporânea, como veremos no capítulo seguinte. Portanto, para identificar o costume como fonte relevante de direitos, é necessário voltar nossas atenções para sistemas jurídicos antigos ou para as ordens jurídicas não-estatais, nas quais as regras jurídicas espontâneas ainda desempenham um papel importante.

#### 2. Lei

## a) Lei e centralismo estatal

As leis são as normas jurídicas que não surgem espontaneamente no seio de uma comunidade, mas são elaboradas pelos governantes e impostas ao grupo social. Tendo em vista que o Estado é a principal estrutura de poder político nas sociedades contemporâneas, podemos afirmar que, atualmente, as leis são as expressões normativas do poder estatal.

O grande centralismo político que marca a organização estatal contemporânea tem profundas conseqüências no campo jurídico. A partir do século XIII, que marca o fim do feudalismo, o poder político foi sendo gradualmente centralizado nas mãos dos monarcas, em um movimento que culminou no absolutismo (já nos séculos XVII e XVIII). Esse processo de centralização acirrou-se após as revoluções burguesas, pois passou-se a entender não apenas que a lei predominava sobre as outras fontes de direito, mas que a lei deveria ser a única fonte de direito<sup>264</sup>. Como resultado desse processo, nas sociedades atuais, predomina o reconhecimento do Estado como a única fonte legítima do direito e a lei como sua fonte primordial.

Observe-se, contudo, que o Estado não é a única instituição social que elabora normas jurídicas. Embora as normas elaboradas diretamente pelos órgãos estatais sejam a fonte de direito de maior hierarquia, por vezes o Estado reconhece a validade jurídica de regras criadas por outras ordens de poder. Por exemplo, os contratos estabelecidos pelos particulares são considerados direito válido, mas essa validade somente é reconhecida quando os contratos observam os requisitos estabelecidos pelas leis. Dessa forma, é sempre a legislação que estabelece as fronteiras e os possíveis conteúdos do direito oficial.

Assim, no atual modelo jurídico, as leis são a principal fonte de direito. Desde a ascensão da burguesia ao poder político, observamos um movimento no sentido de aumentar a esfera de influência do Estado e essa ampliação das atribuições estatais foi implementada mediante leis, o que elevou a produção legislativa a níveis nunca antes alcançados. A lei deixou de ser instrumento para a implementação de programas políticos ou de mudanças nos costumes e transformou-se na fonte de direito mais importante da época contemporânea. Não devemos estranhar, pois, que várias correntes jurídicas tendam a reduzir o direito à lei. Entretanto, devemos ressaltar que a lei não goza desse *status* privilegiado em todo o mundo, sequer em todas as democracias ocidentais. Nos países de forte influência cultural anglo-saxã, por exemplo, o sistema jurídico é bem diferente do nosso. Neles implantou-se o modelo do *common lan*<sup>265</sup>, no

<sup>264</sup> Esse processo é descrito mais detidamente no Capítulo VIII, D, em que traçamos um panorama da história do direito.

<sup>&</sup>lt;sup>265</sup> Literalmente, *common law* significa *direito comum*. Esse é o nome dado ao sistema jurídico originado nas ilhas britânicas e que até hoje é dominante nos países colonizados pelo Reino Unido, especialmente nos Estados Unidos. Devemos ressaltar que, apesar de ser muitas vezes traduzido como *lei*, o termo inglês *law* normalmente significa *direito*.

qual a principal fonte de direito é a jurisprudência e as decisões judiciais formam precedentes que precisam ser observados nos julgamentos de casos futuros.

#### b) Sentidos material e formal da palavra lei

De acordo com a teoria política tradicional, é reconhecida a divisão do Estado em três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. A atividade legislativa, contudo, não é exclusiva do Poder Legislativo, mas é exercida por todos os poderes, em maior ou menor medida.<sup>266</sup> Embora o Poder Legislativo tenha na atividade de criação de normas gerais a sua principal função, regras desse tipo também são criadas pelo Executivo (medidas provisórias e decretos, por exemplo) e mesmo pelo Judiciário (regimentos internos dos tribunais, por exemplo).

Utilizando a palavra *lei* em um sentido amplo, podemos afirmar que todas as normas criadas pelo Estado são leis. Esse é o significado mais abrangente da palavra lei e normalmente nós nos referimos a ele como *lei em sentido material*. Dessa forma, a palavra *lei* em sentido material (ou *lei material*) abrange a constituição, as portarias, os decretos, os regimentos internos e qualquer outra norma jurídica criada pelo Estado. Todavia, a palavra *lei* também pode ser utilizada em um sentido mais estrito, no qual denota o ato normativo típico que provém do poder Legislativo (no caso do Brasil, o Congresso Nacional e as Câmaras Estaduais e Municipais). Vários são os atos normativos emanados do Poder Legislativo (que também pode fazer emendas à Constituição, por exemplo), mas o ato típico deste poder é a *lei* (usada aqui a palavra em seu sentido estrito ou formal). A *lei formal* ou *lei em sentido estrito* é um ato do Poder Legislativo formalmente chamado de lei (Lei nº 8.666, Lei nº 9.472 etc.). Para compreender melhor esse conceito, convém analisar rapidamente a hierarquia das leis dentro do ordenamento jurídico positivo.

## c) A estrutura do ordenamento jurídico: hierarquia das leis

Para facilitar a compreensão da estrutura do ordenamento jurídico é bastante comum utilizar a metáfora da pirâmide<sup>267</sup>. Afirma-se que as normas jurídicas se organizam tal como se fossem dispostas em uma pirâmide, a qual é formada por uma série de estratos. No topo, encontram-se as normas de maior hierarquia e cada escalão inferior é formado por normas de grau hierárquico menores. Além disso, há uma tendência para que as normas superiores sejam mais genéricas e a inferiores mais específicas<sup>268</sup>. Construída essa estrutura, podemos falar em normas superiores e normas inferiores, sendo que a validade da norma inferior é sempre derivada da validade da norma superior.

No caso brasileiro, temos no topo a Constituição Federal de 1988, como norma positiva de maior grau hierárquico. Todas as outras regras jurídicas apenas são válidas se estiverem de acordo com a Constituição, a qual estabelece, inclusive, os processos de criação legislativa.

Logo abaixo da Constituição temos as leis (em sentido formal), que se diferenciam em duas espécies: complementares e ordinárias. As leis ordinárias são, como o próprio nome diz, o produto ordinário da atividade do Poder Legislativo. Já as leis complementares são normas cuja edição é prevista no próprio texto constitucional, com o objetivo de complementar conteúdo de alguns dispositivos da Constituição. A aprovação das leis complementares exige um número maior de votos e, por isso, essas

<sup>&</sup>lt;sup>266</sup> Sendo o mesmo verdade para as atividades jurisdicional e executiva.

<sup>&</sup>lt;sup>267</sup> Por vezes se fala em *pirâmide de Kelsen*, fazendo-se referência à obra do grande positivista austríaco, mas a metáfora da pirâmide é anterior a sua obra.

<sup>&</sup>lt;sup>268</sup> Todavia, nada impede que haja normas superiores específicas, fato que acontece repetidas vezes na Constituição, por exemplo.

leis são mais estáveis, resistindo melhor às tentativas de mudança. Ao mesmo tempo, a dificuldade de chegar a um consenso sobre as leis complementares faz com que até hoje haja uma série de dispositivos constitucionais que não ganharam efetividade porque não se aprovou a lei complementar que o regulamentaria.

Embora seja mais difícil aprovar uma lei complementar que uma lei ordinária, isso não significa que haja uma diferença hierárquica entre essas figuras. As duas têm a mesma hierarquia, o que as diferencia é o assunto de que podem tratar: as leis ordinárias podem tratar de qualquer assunto que seja da competência do Congresso Nacional, enquanto as leis complementares somente podem regular as situações em que a Constituição exige expressamente uma *lei complementar*. Por exemplo: a Constituição exige lei complementar para a instituição de empréstimos compulsórios e para a regulação do processo de elaboração de normas pelo Poder Legislativo. Todavia, quando a Constituição estabelece apenas que certa matéria será *regulada em lei*, como é o caso do art. 225, § 6.º (as usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal), isso não implica a exigência de lei complementar, de forma que leis ordinárias podem dispor sobre tais assuntos.

Portanto, não pode o Congresso fazer uma lei complementar sobre um assunto não previsto na Constituição. Com isso, se, na edição de uma lei complementar, o Congresso ultrapassar suas competências e tratar de assuntos que não eram reservados às leis complementares, esses dispositivos serão entendidos como leis ordinárias, o que significa que eles poderão ser modificados por leis ordinárias.

Ao lado das leis, no posto hierárquico imediatamente inferior à Constituição, podemos elencar também as medidas provisórias. Embora essas medidas sejam editadas pelo presidente da República, elas têm força de lei e, dessa forma, podem regular as matérias que podem ser objeto de leis ordinárias, inclusive revogando a legislação anterior. Por fim, além das leis ordinárias e das medidas provisórias, fazem parte desse escalão os tratados internacionais que, no direito brasileiro, têm nível hierárquico idêntico ao das leis.

Abaixo desse estrato, na legislação federal, temos os decretos editados pelo Presidente da República, que são normas elaboradas para organizar a administração pública ou para regulamentar as leis. Os decretos não podem criar novos direitos e obrigações; eles não podem ir além da própria lei, mas apenas estabelecer o modo como serão aplicados, na prática, os direitos e obrigações estabelecidos na lei regulamentada. Logo abaixo dos regulamentos estão as portarias, que são os instrumentos utilizados pelos ministérios para regular as matérias relativas a sua competência específica. Dessa forma, as portarias não podem inovar no campo normativo, exceto se houver uma previsão em norma superior que atribua ao ministério a competência para criar direitos e obrigações, sempre em âmbitos restritos.

Poderíamos continuar descrevendo as várias espécies de atos normativos editados pela Administração Pública, mas isso seria desnecessário nos limites deste curso. Lembramos apenas que um agente administrativo somente pode atuar de acordo com as competências que lhe forem conferidas pelas leis e que todo ato normativo deve respeitar as normas que lhe são hierarquicamente superiores.

Voltando à questão das leis enquanto fontes de direito, podemos afirmar que todas as normas criadas pelo Estado e que fazem parte do ordenamento jurídico podem ser chamadas de *leis em sentido material* ou *leis materiais*, enquanto os atos do Legislativo que se localizam logo abaixo da Constituição na estrutura hierárquica do ordenamento (leis complementares e leis ordinárias) são as normas chamadas de *leis em sentido formal* ou *leis formais*.

### d) Estrutura das leis

Para facilitar a compreensão, toda lei é dividida em artigos, cada um deles contendo normalmente apenas uma frase. Tomemos, por exemplo, o artigo 76 da Constituição Federal de 1988:

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos ministros de Estado.

Até o nove, os artigos seguem numeração arábica ordinal (artigos 1°, 2°, 3° até o 9°) e, a partir daí, seguem numeração cardinal (artigos 10, 11, 12 e assim por diante). Quando um artigo contém um comando relacionado a uma série de objetos diferentes, normalmente esses elementos vêm listados na forma de incisos. Por exemplo, vejamos o art. 145 da CF:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – impostos;

II – taxas, em função do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III – contribuições de melhoria, decorrentes de obras públicas.

Devemos notar que os incisos seguem numeração romana e contêm vários objetos relacionados à idéia do *caput* (nome dado à primeira parte do artigo, que é o núcleo do seu significado). Entretanto, muitas vezes um artigo precisa ter seu conteúdo complementado, sendo necessário criar exceções ou limites, explicar a forma como ele deverá ser aplicado em algumas situações especiais etc. Nesses casos, não se trata de uma lista de possíveis objetos, mas de um novo comando, autônomo, porém subordinado à idéia contida no *caput* do artigo. Esse novo comando normalmente é transmitido por meio de um parágrafo, o qual é simbolizado por dois "s" entrelaçados: §. Por exemplo, o artigo acima citado tem dois parágrafos:

- § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...].
- § 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

No caso de haver apenas um parágrafo, ele é chamado de *parágrafo único* e quando há mais de um parágrafo, eles são numerados seguindo o mesmo padrão dos artigos. Lembramos também que os parágrafos podem ser divididos em incisos, tal como os artigos. Por fim, quando é necessário subdividir um inciso (seja ele de um artigo ou de um parágrafo), utilizamos as alíneas, que não são ordenadas com base em números, mas em letras minúsculas. Vejamos o artigo 37 da CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no item XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos privativos de médico.

Para referirmo-nos a esta última alínea, podemos utilizar a expressão CF, art. 37, XVI, "c".

### 3. Jurisprudência

### a) Sentidos da palavra jurisprudência

No capítulo anterior<sup>269</sup>, começamos a analisar os vários sentidos da palavra jurisprudência. O primeiro sentido que indicamos foi o da jurisprudência enquanto conjunto de decisões convergentes, tomadas pelos órgãos do Poder Judiciário, que julgam reiteradas vezes a mesma matéria e fixam uma determinada linha de interpretação. Como é nesse sentido que a palavra jurisprudência é normalmente usada quando se discute a sua posição entre as fontes do direito, vamos designá-lo como jurisprudência em sentido estrito.

Todavia, não podemos perder de vista os outros sentidos do termo, especialmente o uso dessa palavra para designar a dogmática jurídica, caso em que é normalmente escrita com inicial maiúscula (Jurisprudência), ou como tradução equívoca do termo inglês jurisprudence. Há, também, um outro uso lingüístico importante para esse termo: ele pode ser usado para designar a atividade judicial decisória dos juízes e tribunais. Pode-se afirmar, por exemplo, que "o papel da jurisprudência é importante", querendo-se dizer que a atividade decisória dos juízes é importante porque determina a forma de se aplicar uma norma jurídica a um caso concreto.

### b) A função criativa das decisões judiciais

Há uma grande controvérsia sobre se devemos considerar a jurisprudência como fonte do direito positivo no atual sistema jurídico. Segundo a visão mais tradicional, "a jurisprudência, que se forma pelo conjunto uniforme de decisões judiciais sobre determinada indagação jurídica, não constitui uma fonte formal, pois a sua função não é a de gerar normas jurídicas, apenas a de interpretar o Direito à luz dos casos concretos"<sup>270</sup>. Todavia, vários são os juristas que recusam essa idéia e afirmam que, "seja qual for a posição que assumam os autores, em *teoria pura*, não é possível negar a função *real* de fonte do direito, desempenhada pela jurisprudência."<sup>271</sup>

Essa é uma questão delicada e repleta de aspectos ideológicos, pois não se trata apenas de descrever cientificamente a atividade dos tribunais, mas de definir se é admissível ou não que os juízes criem direitos e obrigações. De toda forma, o posicionamento frente a essa questão depende da resolução de um problema anterior: definir se as decisões judiciais são normas criadas para um caso concreto ou meras aplicações de normas jurídicas criadas previamente. Para os que afirmam que as decisões judiciais são meras aplicações das normas vigentes, não faz qualquer sentido considerar a jurisprudência como fonte de direito, dado que a sua função seria apenas a de esclarecer o sentido das regras jurídicas e não a de estabelecer direitos e obrigações. Essa era posição tradicional tanto nos países vinculados ao modelo romano-germânico<sup>272</sup> como aos ligados ao *common lan*<sup>273</sup>, mas, nesta tradição jurídica, tal concepção foi superada há bastante tempo.

<sup>&</sup>lt;sup>269</sup> Capítulo VII, D, 1, *b*.

<sup>&</sup>lt;sup>270</sup> NADER, Introdução ao estudo do direito, p. 139.

<sup>&</sup>lt;sup>271</sup> MACHADO, Elementos de teoria geral do direito, p. 275.

<sup>&</sup>lt;sup>272</sup> O modelo romano-germânico é fundado na edição de leis gerais e abstratas, sendo o sistema desenvolvido na Europa continental (Alemanha, França, Itália, Espanha, Portugal etc.) a partir da união dos direitos comuns das tribos germânicas que conquistaram a Europa após a queda do Império Romano do Ocidente com o direito romano. Sobre a formação do sistema romano-germânico, vide Capítulo IX.

<sup>&</sup>lt;sup>273</sup> Em linhas gerais, o *common law* é o modelo jurídico em que vale o princípio do *stare decisis*, o qual estabelece a obrigatoriedade dos precedentes judiciais. Assim, quando um tribunal de *common law* julga um caso de determinada forma, os casos futuros semelhantes deverão ser julgados de maneira idêntica. Esse é o sistema vigente na Grã-Bretanha e na maioria dos países de colonização inglesa, inclusive nos Estados Unidos.

No início da formação do *common law*, considerava-se que as decisões judiciais eram uma simples aplicação dos costumes e que, por isso, não criavam direitos, mas apenas aplicavam o direito existente aos casos conflituosos. Essa visão ingênua foi há muito abandonada e substituída pela admissão do papel criativo dos juízes, reconhecendo-se que as ligações entre os precedentes e os costumes são bastante indiretas<sup>274</sup> e que, além disso, muitas decisões judiciais são tomadas sem que se possa relacioná-las com qualquer direito anteriormente positivado. Todavia, esse posicionamento não faz parte do senso comum dos juristas nos países filiados ao sistema romano-germânico, no Brasil inclusive. Normalmente, considera-se que a função dos tribunais é meramente a de aplicar o direito e recusa-se a atividade criadora dos juízes, sendo clássica a seguinte metáfora, sugerida por Montesquieu: "os juízes da nação não são senão a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar a força nem o rigor"<sup>275</sup>.

Essa postura, contudo, não parece refletir adequadamente a realidade jurídica. Uma norma somente adquire significado jurídico quando ela é interpretada, pois sem a interpretação ela simplesmente não pode ser aplicada aos casos concretos. No século XIX, predominaram as correntes jurídicas que defendiam haver uma interpretação correta para cada norma jurídica, a qual poderia ser descoberta por meio da aplicação de um método jurídico adequadamente construído<sup>276</sup>. Embora essas idéias tenham tido uma sobrevida no século XX, desde meados do século essa postura tem sido gradualmente abandonada. Um exemplo claro dessa mudança pode ser observado na obra de Hans Kelsen, que, ainda em 1960, afirmou que "a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação, a interpretação 'correta'. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente."<sup>277</sup>

Percebe-se, assim, que além de recusar a existência da única resposta correta, Kelsen acentuava o caráter ideológico desse posicionamento, ao ressaltar que essa ficção é um instrumento das teorias tradicionais para consolidar o ideal de segurança jurídica e ocultar o papel criativo dos juízes. Segundo Kelsen, essa ficção da univocidade das normas jurídicas apresenta "falsamente como uma verdade científica aquilo que é tãosomente um juízo de valor político" e, nessa medida, pode ser vantajosa para certas posições políticas. Porém, como o objetivo desse autor é elaborar uma teoria jurídica isenta de ideologia, ele é levado a recusar esse tipo de ficção.

Dessa forma, quer se afirme que o juiz apenas esclarece o significado das palavras do legislador ou que ele confere às normas um sentido jurídico, não se pode negar que os juízes escolhem uma entre várias possibilidades interpretativas e que a interpretação dos tribunais estabelece quais são os direitos e obrigações que, na prática, poderão ser exigidos de cada um. Portanto, a noção, presente no senso comum dos juristas, de que as decisões judiciais não contribuem para a fixação dos direitos e deveres de cada um mostra-se um procedimento ideológico no sentido de ocultar o papel ativo dos juízes na criação do direito.

<sup>&</sup>lt;sup>274</sup> No início do processo de formação do *common law*, há mais de meio milênio, era possível fazer uma ligação direta entre costumes e decisões. Todavia, após séculos de aplicação do sistema de vinculação aos precedentes, não mais se faz referência aos costumes originais, mas apenas às decisões judiciais.

<sup>&</sup>lt;sup>275</sup> MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, p. 137.

<sup>&</sup>lt;sup>276</sup> A mais célebre dessas correntes foi a Escola da Exegese, que determinou as bases para uma visão formalista do direito. Sobre Escola da Exegese, vide PERELMAN, *Lógica jurídica*, pp. 31 e ss. Sobre as tendências formalistas, vide WARAT, *Introdução geral ao direito*, I, pp. 52 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>277</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 371.

De acordo com essa postura, devemos abandonar a idéia de que os juízes apenas aplicam leis aos casos concretos e admitir que as suas decisões estabelecem normas jurídicas para regular as situações que lhe são submetidas. Assim, quando um juiz condena um motorista a pagar uma indenização de R\$ 16.500,00 a uma vítima de atropelamento, ele não apenas *aplica* a regra geral de indenização, mas *estabelece* uma regra específica para o caso em julgamento. Como afirmou Kelsen, "a norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial"<sup>278</sup>.

Todavia, admitir que a atividade dos juízes é criativa não significa reconhecer aos juízes o poder de criar normas de maneira absolutamente livre e de impô-las de maneira geral e abstrata. Enquanto as normas criadas pelo legislador são dotadas de generalidade e abstração, na medida em que as leis são válidas para todas as pessoas que se enquadram nas hipóteses definidas, as normas criadas pelo juiz são válidas apenas para as pessoas envolvidas no processo que ele julga. Além disso, enquanto o legislador é vinculado apenas pela Constituição, o juiz é vinculado por todas as normas do direito positivo. Concordamos, pois, com Hans Kelsen, quando afirma que "somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicia, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é apenas a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa"<sup>279</sup>.

# c) A jurisprudência em sentido estrito

No item anterior, analisamos a função criativa da atividade judicial, afirmando que as decisões jurídicas criam normas específicas para os casos concretos e, com isso, analisamos as decisões judiciais tomadas de maneira isolada. Todavia, para compreender devidamente o papel da jurisprudência, é preciso analisar a forma como a sucessão de decisões judiciais no mesmo sentido influencia o direito, ou seja, o papel da jurisprudência em sentido estrito.

Quando é apresentada ao Judiciário uma questão jurídica polêmica, os vários juízes iniciam por decidir da forma mais variada os casos relativos ao tema controvertido. Com o tempo, os recursos ajuizados contra as sentenças dos juízes de primeiro grau vão chegando aos tribunais, que escolhem uma das interpretações possíveis para as normas envolvidas e passam a decidir os casos idênticos de forma semelhante. Quando essas decisões formam um conjunto consistente, que permite afirmar que uma determinada opinião é a posição adotada pelo tribunal, dizemos que se estabeleceu uma jurisprudência sobre o tema. Dessa forma, a jurisprudência dos tribunais fixa um padrão para a atividade decisória da corte.

Nos países de *common law*, não há dúvidas sobre o fato de a jurisprudência ser fonte de direito, pois as decisões de um tribunal vinculam os seus julgamentos futuros, bem como as decisões dos juízes que lhe são subordinados. Já no Brasil, que faz parte da tradição romano-germânica, as decisões de um tribunal, ainda que reiteradas e convergentes, não o obrigam a julgar os casos futuros de maneira idêntica nem obrigam que os juízes de instância inferior sigam as mesmas diretrizes.

Dessa forma, a teoria tradicional afirma que a jurisprudência não é fonte formal de direito positivo, pois ela não cria regras jurídicas obrigatórias. Afirma-se que a jurisprudência não pode criar normas gerais, que embora as suas decisões sejam importantes, ela somente poderia ser considerada *rigorosamente* uma fonte de direito

\_

<sup>&</sup>lt;sup>278</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 256.

<sup>&</sup>lt;sup>279</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 256.

positivo caso as suas decisões constituíssem precedentes obrigatórios<sup>280</sup>. Todavia, como a sua função criadora é exercida apenas na atividade interpretativa, é necessário que exista uma norma jurídica preexistente a ser interpretada para que ela possa cumprir o seu papel. Assim, na medida em que as decisões judiciais somente são consideradas obrigatórias porque representam a aplicação das leis aos casos concretos, a teoria tradicional nega à jurisprudência a qualidade de fonte formal do direito positivo. Entretanto, como não se pode negar a relevância da jurisprudência para a atividade prática dos juristas, mesmo aqueles que negam que jurisprudência seja fonte formal, admitem que ela é uma espécie de fonte indireta<sup>281</sup>, que influencia a formação das leis e a interpretação do direito.

Embora essa seja a concepção dominante no senso comum, ela vem sendo gradualmente abandonada pelos juristas nacionais, quase sempre sob o argumento de que "seria desconhecer a realidade afastar a jurisprudência da produção concreta do direito brasileiro"<sup>282</sup>. Isso acontece porque, embora a jurisprudência não crie normas obrigatórias, no sentido de se poder exigir de um tribunal a vinculação às decisões anteriores, uma flutuação exagerada das decisões judiciais faria com que o judiciário não conseguisse garantir minimamente a segurança nas relações jurídicas e a estabilidade social.

Dessa forma, a partir do momento em que uma linha jurisprudencial é fixada, existe uma probabilidade muito grande de que a corte julgue os casos futuros de acordo com os padrões da jurisprudência. Embora as cortes brasileiras não tenham a *obrigação* de seguir os precedentes judiciais, a sociedade tem a expectativa de que o Poder Judiciário siga as linhas jurisprudenciais previamente estabelecidas, expectativa essa que normalmente é cumprida. Além disso, quando um tribunal fixa uma jurisprudência, os juízes a ele vinculados normalmente passam a seguir o mesmo entendimento. Tornou-se fato razoavelmente comum que um juiz decida conforme a jurisprudência e, na própria sentença, ressalve que ele discorda do entendimento jurisprudencial que orienta sua própria decisão<sup>283</sup>. Se há juízes que adotam essa postura, é porque reconhecem que não há sentido em julgar contra a posição consolidada nos tribunais e, com isso, apenas adiar a aplicação da jurisprudência em alguns meses ou anos.

Admitidos o caráter criativo da atividade judicial e o fato de que o Judiciário normalmente segue as linhas jurisprudenciais estabelecidas, torna-se difícil excluir a jurisprudência do rol das fontes formais do direito positivo brasileiro. Como afirmou Miguel Reale "numa compreensão concreta da experiência jurídica [...], não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como *fontes acessórias* ou *secundárias*"<sup>284</sup>.

### 4. Doutrina

Não deixa de ser curioso que as teorias científicas recebam no direito o nome de doutrina, tendo Michel Miaille feito a seguinte observação sobre tal uso lingüístico:

A doutrina: a palavra cheira muito ao século XIX! É, no entanto, tão habitual aos juristas que duvido que eles sintam sempre esse perfume. Poder-se-ia falar hoje de doutrina em química ou em matemática? Fala-se dela, contudo, em direito. Entende-se, por isso, o conjunto das opiniões expressas pelos juristas, práticos e teóricos, a respeito dos problemas jurídicos.<sup>285</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>280</sup> MACHADO, Introdução ao direito e ao discurso legitimador, p. 162.

<sup>&</sup>lt;sup>281</sup> NADER, Introdução ao estudo do direito, p. 171.

<sup>&</sup>lt;sup>282</sup> ANTUNES, Uma introdução crítica ao direito, p. 244.

<sup>&</sup>lt;sup>283</sup> Esse procedimento dá às partes a oportunidade de encerrar o processo, mas não impede que se recorra da decisão e que se tente obter uma modificação na jurisprudência.

<sup>&</sup>lt;sup>284</sup> REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 169.

<sup>&</sup>lt;sup>285</sup> MIAILLE, *Introdução crítica ao direito*, p. 221.

A palavra doutrina normalmente remete-nos a crenças religiosas e, assim, a admissão de uma doutrina parece ser uma questão de fé ou subordinação. Todavia, a escolha desse nome evidencia uma característica típica da ciência jurídica: sendo ela uma ciência dogmática, os juristas, tal como os teólogos, estão vinculados a alguns pontos de partida inquestionáveis. Tais dogmas, sejam os da teologia ou os do direito, não são válidos porque se demonstrou serem verdadeiros, mas apenas porque a sua aceitação é exigida pelas concepções doutrinárias dominantes. Dessa forma, a expressão doutrina jurídica, utilizada de forma muito mais frequente que teoria jurídica, ressalta o caráter dogmático da Jurisprudência.

Apesar de a dogmática jurídica ter um forte papel de orientação da atividade jurídica, o conceito predominante de ciência no senso comum<sup>286</sup> encara o papel do cientista como sendo meramente descritivo. No caso da ciência do direito, a influência positivista fez com que se buscasse desenvolver uma ciência jurídica cuja única finalidade deveria ser a descrição das relações entre as normas que compõem um dado ordenamento jurídico. Por isso, de acordo com o senso comum dos juristas, as teorias científicas não são capazes de criar direitos, mas apenas de melhorar o nosso conhecimento sobre as normas vigentes. Assim, por causa da forte influência positivista, a tendência usual de quem olha para o direito contemporâneo é o de afirmar que as teorias científicas não podem ser consideradas fontes de direito.

Entretanto, uma consideração histórica nos permite ver que a opinião dos especialistas pode ser uma fonte legítima de direitos e obrigações, embora ela não tenha esse status no atual modelo jurídico. Segundo o historiador do direito António Hespanha, a situação jurídica na Europa medieval era bem diversa da que temos hoje: a maior parte do direito oficial era de origem doutrinária, a principal fonte de direito era a interpretação dos juristas sobre o direito romano e a lei tinha uma função minoritária dentro do direito estatal. Portanto, a doutrina era considerada uma das principais fontes de normas jurídicas.287

A instituição de uma norma jurídica é sempre um fato de poder, uma afirmação de autoridade. No atual momento histórico, a autoridade da doutrina não é reconhecida por nenhuma estrutura de poder, de forma que os posicionamentos dos juristas não podem ser alçados ao patamar de norma jurídica. Mesmo as orientações desenvolvidas pela dogmática jurídica não podem ser consideradas normas jurídicas obrigatórias, ao menos no mesmo sentido que falamos que uma lei é obrigatória. Entretanto, devemos reconhecer que a doutrina já esteve ligada às estruturas de poder no passado e que nada impede que ela volte a sê-lo no futuro.

Além disso, é preciso reconhecer a grande influência das posições defendidas pelos teóricos do direito, seja na elaboração das leis, seja na aplicação das normas jurídicas pelo Poder Judiciário. No processo legislativo, os posicionamentos doutrinários de um jurista importante podem exercer grande influência sobre os legisladores. Todavia, mais que na elaboração das leis, a influência da doutrina mostra-se claramente nas decisões dos tribunais. Quando um juiz enfrenta um caso complexo, especialmente um caso inédito ou para o qual não há jurisprudência estabelecida, ele sempre consulta os livros e artigos escritos a respeito da matéria, na busca de subsídios que o conduzam a uma decisão adequada. Quase todas as decisões judiciais fazem referência a posições doutrinárias sobre o tema julgado e, por isso, quase toda petição feita por um advogado faz referência à doutrina. Assim, é inegável a influência da doutrina na interpretação judicial do direito e, portanto, na fixação da jurisprudência.

<sup>&</sup>lt;sup>286</sup> E o conceito dominante no senso comum é o conceito *positivista* de ciência. Sobre positivismo, vide Capítulo X, B.

<sup>&</sup>lt;sup>287</sup> HESPANHA, *Justiça e litigiosidade*, p. 14.

Desse modo, podemos afirmar que, embora a doutrina não seja fonte de normas gerais, ela influencia o conteúdo das decisões judiciais e legislativas, contribuindo para a elaboração das normas jurídicas. Nessa medida, a doutrina não é uma fonte produtora de normas jurídicas obrigatórias, o que a desqualifica como *fonte formal do direito positivo* contemporâneo, no sentido tradicional desse conceito. Entretanto, em vez de levar-nos à conclusão de que a jurisprudência é um elemento jurídico de menor importância, essa constatação indica a necessidade de se rever o conceito tradicional de fontes do direito, para adequá-lo ao contexto social e político contemporâneo<sup>288</sup>.

# 5. O poder negocial

O direito positivo vigente reconhece a todas as pessoas a autonomia para contratar. Dessa forma, nós podemos estabelecer direitos e obrigações convencionais, por meio de um acordo de vontades. Os contratos mais simples e mais freqüentes normalmente desenvolvem-se nos quadros do direito positivo, que tem regras específicas quanto a eles — nesses casos, embora não seja criada uma regra original, é criada uma nova obrigação jurídica para as partes. Entretanto, nada impede que façamos um contrato complexo, criando direitos e obrigações para ambas as partes que não estejam previstos em qualquer norma e, nessa medida, criando regras jurídicas absolutamente novas. Todavia, embora os contratos devam ser reconhecidos como fontes de direito, devemos ressaltar que as normas por eles estabelecidas são obrigatórias apenas para as partes contratantes e não para terceiros. Trata-se, pois, de normas específicas e não de regras gerais e abstratas.

# C - Críticas à teoria das fontes do direito

A discussão acerca das fontes de direito tem uma profunda significação ideológica, pois não está em jogo apenas a correção de uma teoria científica, mas a definição das instituições que têm o poder de editar normas jurídicas obrigatórias. Parafraseando Warat, não existem teorias jurídicas ingênuas. Quando um jurista afirma que a lei é a única fonte do direito positivo atual, ele coloca o poder do Estado acima de todas as outras instituições sociais. Quando um jurista nega à jurisprudência o caráter de fonte do direito, ele reforça a teoria clássica da tripartição dos poderes, que atribui papel de criação jurídica unicamente aos poderes legislativo e executivo. Em todos esses casos, trata-se de uma discussão sobre a legitimidade que têm certas organizações para criar padrões de conduta obrigatórios.

A teoria tradicional das fontes do direito está vinculada ao projeto de converter todo o direito em direito legislado, chamado por António Hespanha de *projeto de redução do pluralismo*<sup>289</sup>. Nas sociedades européias, desde a decadência do feudalismo, o poder político tornou-se cada vez mais centralizado nas mãos do Estado e, com isso, a lei foi ganhando espaço frente às outras fontes do direito, especialmente frente aos costumes. Esse movimento culminou nas revoluções burguesas, que tinham como uma de suas bandeiras o *governo das leis e não dos homens* e buscavam centralizar no Poder Legislativo a criação das normas jurídicas.

Vinculada a esse movimento de legalização do direito está a teoria tradicional das fontes, que atribui à lei o papel de fonte primordial, trata os costumes como fonte secundária e nega à jurisprudência e à doutrina a qualificação de fontes. Até o século XVIII, a vida das pessoas era regulada basicamente pelos costumes<sup>290</sup> e, durante os séculos XVI a XVIII, a doutrina e a jurisprudência eram os fatores preponderantes para

<sup>&</sup>lt;sup>288</sup> Essa necessidade de rever o conceito tradicional de fontes do direito é desenvolvida logo adiante, no ponto C deste capítulo.

<sup>&</sup>lt;sup>289</sup> Vide Capítulo IX, H, 1.

<sup>&</sup>lt;sup>290</sup> Situação que, no interior do Brasil, começou a mudar apenas no início do século XX, como veremos no Capítulo IX, H, 1.

as decisões judiciais. Contrapondo-se a essa situação, a Revolução Francesa alçou a lei, fruto da atividade do Poder Legislativo, à qualidade de fonte primordial do direito e submeteu a ela todas as outras formas de criação de normas jurídicas.

É nesse contexto que nasce a teoria tradicional das fontes do direito. Entre as várias condicionantes ideológicas dessa teoria, devemos ressaltar uma que, pela sua sutileza, passa normalmente despercebida. Apesar do nome *fontes do direito*, essa teoria trata apenas das *fontes de normas jurídicas*, o que implica uma redução de todo fenômeno jurídico à aplicação de regras a casos concretos<sup>291</sup>. Além disso, essa teoria trata como normas jurídicas apenas as regras obrigatórias dotadas de generalidade e abstração, considerando-se *obrigatórias* as normas reconhecidas pelo Estado, *gerais* as normas que se aplicam a todas as pessoas e não apenas a grupos sociais específicos (como ocorria na época do absolutismo) e *abstratas* as normas que se referem a um fato-tipo<sup>292</sup> e não a uma situação concreta.

Partindo-se desse conceito de norma jurídica, somente pode-se chegar à conclusão de que apenas as leis e costumes devem ser considerados fontes formais de direito positivo, pois apenas as normas legisladas e consuetudinárias podem ser gerais e abstratas. Dessa forma, o próprio conceito de fonte do direito faz com que a teoria tradicional não possa reconhecer a jurisprudência, a doutrina e os contratos como fontes de direito. Assim, a partir desse conceito de fonte, mesmo que um jurista reconheça a relevância da jurisprudência e da doutrina, o máximo que ele poderá fazer será criar alguma denominação especial, como fontes secundárias, interpretativas, subordinadas, indiretas etc. Patente, pois, é a ocultação ideológica quando a teoria tradicional chama de fontes do direito as fontes de normas jurídicas e considera jurídicas apenas as normas gerais e abstratas cuja obrigatoriedade é reconhecida pelo Estado.

Tudo isso nos leva a crer que, para que possamos discutir efetivamente qual é a relevância dessas diversas categorias para a formação do direito, é necessário redefinir o conceito de *fonte*. A partir do momento em que rejeitamos a concepção de que o direito é somente norma, resta-nos deixar de lado a busca apenas pelas fontes de *regras jurídicas*, o que implica abandonar o próprio conceito tradicional de fonte de direito. Apenas com a superação desse conceito tradicional podemos superar as limitações, as perplexidades e as contradições geradas pela redução do direito ao aspecto normativo. Somente então poderemos falar propriamente em *fontes do direito* e não em *fontes de normas jurídicas positivadas pelo Estado*. Ao darmos esse passo, abre-se um novo horizonte para a discussão sobre o papel das leis, da jurisprudência, da doutrina, dos contratos e dos costumes, todos esses elementos muito importantes na formação do direito e na atividade jurídica prática.

Admitida essa mudança de perspectiva, lançam-se novas luzes sobre o próprio estudo das leis. Embora devamos reconhecer que, devido ao centralismo estatal e às necessidades do nosso modelo econômico, a legislação seja a principal fonte de regras gerais e abstratas, o abandono da concepção tradicional de norma jurídica permite ver que as leis não têm apenas a função de criar direitos e obrigações, mas que elas desempenham uma série de outros papéis na sociedade atual. Por exemplo, quando o art. 7°, IV, da Constituição afirma que o salário mínimo deve ser suficiente para a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social de uma família, não se trata de uma regra que cria direitos e obrigações, mas de um compromisso político no sentido de garantir um patamar mínimo de justiça social.

Quanto à jurisprudência, torna-se mais fácil admitir a sua função criativa, que deriva da necessidade de decidir todos casos concretos que lhe são submetidos. Como ressalta

<sup>&</sup>lt;sup>291</sup> Concepção que criticamos com base na teoria tridimensional do direito de Miguel Reale. Vide Capítulo II, D, 1.

<sup>&</sup>lt;sup>292</sup> Sobre a noção de fato-tipo, vide Capítulo II, B, 3.

Sadok Belaid, "a obrigação implica o poder. A obrigação que o juiz tem de julgar implica o seu poder de criar o direito. Para que ele possa resolver todos os conflitos que lhe serão submetidos e cumprir corretamente essa obrigação, deve-se admitir implicitamente que o juiz dispõe dos meios próprios a desempenhar essa missão. O poder de criar regras jurídicas é uma competência implícita de toda função jurisdicional."<sup>293</sup> Assim, podemos reconhecer que o papel dos juízes típico não é o de criar normas gerais e abstratas, mas o de definir os direitos e obrigações de um cidadão, em um caso concreto, com base nos diversos elementos que compõem o direito<sup>294</sup>. Essa função de criar normas jurídicas sem generalidade ou abstração também é uma função típica do poder negocial que se materializa nos contratos.

Além disso, recusada a redução do direito a um conjunto de normas *obrigatórias*, torna-se possível entender melhor o papel da jurisprudência, quando ela contribui para a estabilização das relações sociais mediante o estabelecimento de linhas de decisões que provavelmente serão observadas, apesar da sua falta de obrigatoriedade. Pode-se também entender melhor o papel da doutrina, que oferece uma reflexão aprofundada sobre as questões jurídicas e, nessa medida, orienta a atuação tanto dos legisladores quanto dos juízes, ao ponto de a maioria das petições, pareceres e decisões judiciais conter referência a posicionamentos doutrinários.

<sup>&</sup>lt;sup>293</sup> BELAID, Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge. p. 271.

<sup>&</sup>lt;sup>294</sup> Embora esse não seja o papel típico do juiz nos sistemas romano-germânicos, há determinadas hipóteses, no direito brasileiro, nas quais a decisão de um juiz estabelece obrigações para pessoas que não fazem parte do processo em julgamento (caso das ações civis públicas) e outros em que o precedente criado é obrigatório (caso das ações diretas de constitucionalidade). Entretanto, tais casos são excepcionais no direito nacional.

# Capítulo IX - Panorama histórico

O direito, como toda atividade humana, precisa ser compreendido dentro de uma perspectiva histórica. Estudar o direito contemporâneo sem ter uma noção dos sistemas jurídicos do passado normalmente cria no estudante a idéia de que o direito de nossos dias é fruto de um processo necessário de evolução, o qual se iniciou com sistemas jurídicos *primitivos* que, pouco a pouco, foram sendo melhorados, até chegarmos ao nosso modelo atual. Tal como se entende que a democracia ocidental contemporânea é o modelo mais racional e evoluído de organização política, entende-se que o tipo de direito ligado a essa forma de organização política é a forma correta de lidar com os problemas jurídicos. Todavia, essa é uma idéia que, além de falsa, é dotada de forte conteúdo ideológico, pois está relacionada à necessidade de legitimar os modelos vigentes de dominação política.

Acontece, porém, que as democracias ocidentais não são as formas mais evoluídas de organização social e o direito contemporâneo não é mais evoluído que o direito egípcio de 4.000 anos atrás. Cada comunidade desenvolve sistemas de normas adequados às exigências do seu tempo, não se podendo afirmar que um direito é primitivo pelo fato de não ser compatível com as circunstâncias históricas atuais. O conhecimento da história do direito realça esse fato, permitindo-nos analisar o modelo jurídico atual como apenas uma das inúmeras respostas que poderíamos oferecer aos problemas contemporâneos. Dessa forma, concordamos com Ramón Capella quando adverte o estudante de introdução ao direito de que:

Sem a capacidade para adotar a perspectiva histórica, você terá poucas defesas contra a tergiversação e a mentira, pois lhe faltará um critério e um modo de ver fundamental para avaliar o mundo social em que vivemos. Sem perspectiva histórica, o terrível de nosso mundo lhe parecerá natural, como um terremoto ou um acidente. A história lhe ensinará que houve sociedades que algum aspecto eram melhores que a nossa e também por que se produzem certas calamidades sociais e o que pessoas como você fizeram, em outras circunstâncias, para lutar contra elas, para não as ficar observando passivamente, acreditando que o horror não chegaria até onde nós estamos.<sup>295</sup>

Assim, o estudo da história do direito não serve apenas para a compreensão das origens do nosso sistema atual, mas tem uma função crítica bastante acentuada, o que torna a história do direito uma das mais importantes disciplinas zetéticas na área jurídica. Nesse sentido, afirmou o historiador português António Hespanha, que, enquanto as disciplinas dogmáticas têm o objetivo de criar certezas acerca do direito vigente, "a missão da História do Direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo"296.

Para estimular essa visão de que o direito é sempre um fenômeno ligado ao seu momento histórico, bem como para oferecer-lhes uma visão geral sobre a formação do nosso modelo jurídico atual, descreveremos o papel do direito em alguns momentos históricos, buscando mostrar como ele se inseria no contexto social de cada época. Iniciaremos nossa exposição com uma breve descrição do direito pré-histórico, passando pela antigüidade oriental (limitando-nos ao oriente próximo) e pela antigüidade clássica (Grécia e Roma).<sup>297</sup> Em seguida, delinearemos um panorama da

<sup>&</sup>lt;sup>295</sup> CAPELLA, El aprendisaje del aprendisaje, p. 85.

<sup>&</sup>lt;sup>296</sup> HESPANHA, Panorama histórico, p. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>297</sup> A principal referência bibliográfica dessa parte é a *Introdução Histórica ao direito* do belga John Gilissen, publicada em português pela Editora Calouste Gulbenkian.

história do direito na Europa continental, desde a queda do Império Romano até os dias de hoje.

### A - Direito Pré-histórico

# 1. Sociedades primitivas?

A História é contada a partir do momento em que as civilizações começaram a produzir documentos escritos. Antes da escrita, temos o período chamado de préhistória. Obviamente, isso não quer dizer que antes da escrita não havia sociedades organizadas ou direito que regulasse a vida das pessoas. Tampouco isso significa que os povos sem escrita eram ou são *primitivos*, pois, para que seja possível falar em sociedades primitivas, é necessário ter um ponto de referência: não existe nada atrasado em absoluto, mas apenas atrasado em relação a um certo padrão.

É interessante notar que, quando nós falamos de sociedades desenvolvidas, tomamos como padrão o nosso próprio modelo de organização social. Assim, ao passo que consideramos desenvolvida a nossa sociedade contemporânea, consideramos subdesenvolvidos ou primitivos aqueles modelos que não possuem as características que consideramos relevantes em nossa própria sociedade. Algo muito parecido acontecia na antigüidade clássica, quando os gregos e os romanos chamavam de bárbaros todos os povos que não pertenciam à Grécia ou a Roma. Idéia semelhante pode ser reencontrada na Idade Média, quando os católicos apostólicos romanos chamavam de hereges todos os que não comungavam do padrão de fé cristã determinado pela Igreja Católica. E não precisamos voltar tanto assim no tempo para verificarmos que, ainda no século XX, os países centrais, especialmente os europeus, consideravam o resto do mundo como não-civilizado.

Essa idéia de que diferença implica atraso é capaz de justificar uma série de situações interessantes. Aristóteles, por exemplo, já apontava que há certos homens que nasceram para obedecer e outros para mandar<sup>298</sup>, de tal forma que é natural a posição superior do homem frente à mulher e do senhor frente ao escravo. Na medida em que essas desigualdades são consideradas *naturais*, a relação de dominação torna-se legítima. Dessa forma, percebe-se que não é nova a estratégia de afirmar a natural superioridade de um para legitimar a dominação do mais forte sobre o mais fraco. Não parece muito distante da idéia aristotélica a noção, corrente até poucas décadas atrás, de que os povos indígenas são primitivos e que, por isso, inseri-los na nossa sociedade seria fazer-lhes um bem — o que justifica a invasão de suas terras e a sua submissão forçada ao nosso Estado.

Devemos, pois, tomar cuidado com as nossas noções preconcebidas quanto aos *primitivos* e aos *selvagens* e as funções que essas idéias podem desempenhar na justificativa das relações de dominação. Por isso, parece mais conveniente tratar as sociedades sem escrita como *tradicionais*, e não como *primitivas*.

# 2. Dificuldades para a reconstrução do direito pré-histórico

O desenvolvimento da escrita é um fato muito importante para o conhecimento histórico (especialmente da história do direito) porque os primeiros textos escritos são os mais antigos testemunhos que temos sobre a cultura de um povo. Tudo o que sabemos sobre a vida na pré-história são inferências a partir dos restos de habitações, fogueiras, utensílios, pinturas rupestres etc. Entretanto, se esses elementos podem oferecer dados fascinantes para que conheçamos algumas peculiaridades sobre a vida

<sup>&</sup>lt;sup>298</sup> "Há [...], por obra da natureza e para a conservação das espécies, um ser que ordena e um ser que obedece. Porque aquele que possui inteligência capaz de previsão tem naturalmente autoridade e poder de chefe; o que nada mais possui além da força física para executar, deve, forçosamente, obedecer e servir". ARISTÓTELES, *A política*, p. 11.

dessas comunidades (onde viviam, o que comiam, como enterravam seus mortos etc.), eles contribuem muito pouco para o conhecimento do direito desses grupos sociais<sup>299</sup>. Como extrair, de materiais como esses, conhecimentos sobre o significado que as pessoas davam ao casamento, se havia propriedade privada ou quais eram as transgressões punidas com mais rigor?

Outro ponto que precisa ser ressaltado é que, no momento em que uma sociedade desenvolve a escrita, muitas das suas instituições sociais (entre elas as jurídicas) já estão bastante consolidadas, como o casamento, a propriedade, a sucessão, vários contratos e o poder dos pais sobre os filhos. Essas instituições não começaram a se desenvolver quando surgiu a escrita, mas são muito anteriores. Contudo, os pesquisadores atuais não têm acesso a elementos que possibilitem um conhecimento aprofundado dessas instituições durante a fase pré-histórica, exceto quanto às sociedades que permanecem sem escrita até os dias de hoje.

#### 3. Crítica ao etnocentrismo

Pelo que foi dito no item anterior, é bastante útil o estudo das sociedades tradicionais atuais, como a dos índios brasileiros. Pierre Clastres, sociólogo francês que se dedicou ao estudo das nossas comunidades indígenas, efetuou diversas pesquisas cujos resultados contribuem para que deixemos de lado uma série de preconceitos típicos quanto a essas sociedades e para que compreendamos melhor os limites da nossa própria organização social<sup>300</sup>. E uso aqui preconceito no sentido de uma précompreensão manifestamente equivocada, de uma idéia preconcebida que nos faz ter uma visão distorcida da realidade.

Uma das idéias que Clastres nos ajuda a superar é a de que as sociedades evoluem e que, portanto, podemos identificar sociedades mais atrasadas ou primitivas e outras mais adiantadas ou desenvolvidas. Essa concepção evolucionista das sociedades (inspirada nas idéias evolucionistas de Charles Darwin) levou os etnólogos a traçar a linha evolutiva das sociedades contemporâneas. Propuseram o modelo de que havia uma progressão da união de pessoas em famílias, que, por sua vez, reuniam-se em clãs, que formavam tribos, que se fundiam em uma organização mais abrangente e assim por diante, até chegarmos ao ápice dessa cadeia evolutiva: o Estado moderno. Além disso, considerouse com freqüência que as sociedades eram originalmente matriarcais e que, em algum ponto da evolução social, passaram a ser patriarcais<sup>301</sup>.

O evolucionismo sustenta que as sociedades tradicionais são "a imagem daquilo que não somos mais e de que nossa cultura é para elas a imagem do que é necessário ser"<sup>302</sup>. Uma tal concepção pressupõe que a civilização ocidental contemporânea (de raízes principalmente européias) é o ponto máximo da evolução social e que todas as outras sociedades tenderiam a desenvolver instituições como as nossas. Identificamos o diferente como o atrasado e contribuímos para afirmar a universalidade dos nossos próprios valores culturais.

Sobre esse esquema evolucionista, Gilissen afirma, com propriedade, que ele é "demasiadamente simples e demasiadamente lógico para ser verdadeiro"<sup>303</sup>. Clastres vai mais longe e identifica nessa concepção uma forte dose de etnocentrismo: tomamos os valores da nossa própria sociedade para avaliarmos sociedades que possuem valores

<sup>&</sup>lt;sup>299</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 31.

<sup>300</sup> CLASTRES, A sociedade contra o Estado.

<sup>301</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 38.

<sup>302</sup> CLASTRES, A sociedade contra o Estado, p. 15.

<sup>&</sup>lt;sup>303</sup> GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 38.

muito diversos e, obviamente, cada pessoa considerará a sua própria comunidade como sendo a mais desenvolvida.<sup>304</sup>

### 4. O direito das sociedades tradicionais

Voltando-nos mais especificamente para o direito das sociedades tradicionais, a primeira constatação que devemos fazer não é muito animadora: cada sociedade desenvolveu um modelo jurídico próprio, não sendo possível que identifiquemos institutos jurídicos que ocorram em todos eles. Como as sociedades tradicionais são marcadas por uma economia de subsistência<sup>305</sup> e pelo fechamento<sup>306</sup>, não havia grandes intercâmbios culturais que pudessem contribuir para uma homogeneização dos direitos das várias comunidades. Entretanto, essa diferenciação não era absoluta, pois se os institutos desenvolvidos por cada comunidade eram bastante particulares, alguns valores são típicos da maioria das sociedades tradicionais, como a solidariedade entre os membros do grupo. Além disso, algumas ausências são comuns, como a inexistência de propriedade de imóveis e de responsabilidade individual, das quais trataremos posteriormente.

É muito difícil que um homem consiga sobreviver isoladamente, em especial quando habita regiões inóspitas: um homem sozinho é praticamente um homem morto. Era a coesão entre os membros do grupo que possibilitava a sobrevivência de cada um, o que tornava essa solidariedade o valor mais importante naquelas culturas. Não havia, então, um culto à individualidade como o que existe hoje. Os membros de uma comunidade não eram propriamente indivíduos, pois cada pessoa entendia-se primordialmente como parte do grupo e não como um sujeito particular, com direitos e deveres individuais. Uma das conseqüências mais relevantes dessa forma de perceber o mundo era o fato de que não fazia sentido que cada pessoa respondesse individualmente pelos seus atos. Segundo Gilissen, "todos estão ligados entre si por uma solidariedade tanto activa como passiva. Se se faz mal a algum membro do clã, é o clã inteiro que o deve vingar; se um membro de um clã faz mal a algum terceiro, é em relação a qualquer membro do clã que a vingança pode ser exercida. O indivíduo não tem nenhum direito; é enquanto membro do clã que ele age, que ele existe."<sup>307</sup>

Outro ponto importante é que, nas sociedades tradicionais, não havia uma diferenciação nas esferas de valor, no sentido de que não havia separação absoluta entre regras jurídicas, religiosas e morais. O poder político e o poder religioso ainda estavam unidos, o que fazia com que os chefes políticos tivessem severas restrições na sua possibilidade de alterar os costumes recebidos dos ancestrais, na medida em que estes eram fundamentados na religião e entendidos como naturais<sup>308</sup>. Soma-se a essa reverência ao sagrado o fato de que, na ausência de escrita, era muito limitada a possibilidade do poder político formular normas jurídicas abstratas, pois não se podia objetivar as decisões políticas em uma forma lingüística fixa, o que somente é possibilitado pelo desenvolvimento da escrita. Como as esferas de valor eram indiferenciadas, todos os atos da vida das pessoas tinham algum significado místico ou

<sup>304</sup> Devemos ressaltar que Pierre Clastres volta-se principalmente para a descrição das instituições políticas — e não jurídicas — das comunidades indígenas. Entretanto, como o direito e a Política são campos profundamente inter-relacionados, a leitura da obra de Clastres torna-se bastante importante para quem pretende compreender a organização política e jurídica das sociedades modernas. Sobre esse tema, vide especialmente o primeiro e o último capítulo da citada obra de Clastres, intitulados *Copérnico e os Selvagens* e *Sociedade contra o Estado*.

<sup>&</sup>lt;sup>305</sup> Economia que não é voltada para a produção de bens que excedam as necessidades de consumo do corpo social.

<sup>&</sup>lt;sup>306</sup> No sentido de que o contato com outras sociedades é, normalmente, muito reduzido.

<sup>&</sup>lt;sup>307</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 42.

<sup>&</sup>lt;sup>308</sup> Derivados da própria natureza das coisas e, portanto, não poderiam ser modificados pela autoridade dos homens.

sagrado, inclusive o sentimento de solidariedade que unia os membros dos diversos clãs. Mas, tal como o homem é ligado misticamente ao clã, alguns objetos são ligados à pessoa de cada um:

[A] sua individualidade ultrapassa o seu corpo físico. Tudo o que faz parte do seu corpo e que dele foi separado fisicamente continua a identificar-se com ele. [...] Do mesmo modo, tudo o que vai identificar com o corpo pertence-lhe já; por exemplo, o fruto que ele colheu para comer e, por extensão, a arma que ele fabricou para se defender, ou a canoa de que se serve para a pesca. Assim, as formas de propriedade pessoal apresentam-se como pertenças sob o aspecto da participação mística das coisas no ser humano.<sup>309</sup>

Assim, percebemos que as sociedades tradicionais não são completamente destituídas da idéia de propriedade. A propriedade pessoal existe e possui um caráter sagrado – como, ademais, todos os outros direitos. Todavia, ainda não havia sido desenvolvida a noção de que as pessoas podiam ser proprietárias do solo, noção que somente pôde ser concebida quando as comunidades nômades tornaram-se sedentárias.

Por tudo isso, o direito das sociedades tradicionais é fundamentalmente consuetudinário, ou seja, formado por padrões normativos de comportamento que se consolidam na cultura de um povo (costumes). Os costumes não podem ser referidos a um autor nem são fruto de decisões do poder político organizado, mas expressões dos valores da própria comunidade — e, em se tratando de sociedades tradicionais, não há diferença clara entre valores jurídicos, morais ou religiosos. Entretanto, não podemos excluir as decisões dos chefes políticos como uma das formas de originar normas jurídicas, muito embora esse poder fosse severamente limitado pela sacralidade dos costumes e pela ausência de escrita. Por fim, é provável que houvesse uma espécie de jurisprudência, a partir de uma tendência a resolver os casos presentes segundo os mesmos padrões utilizados para solucionar conflitos anteriores.<sup>310</sup>

# B - Direito mesopotâmico

Foi na Mesopotâmia (região do Oriente Próximo localizada entre os rios Tigre e Eufrates) que surgiram as primeiras normas jurídicas escritas. Não existiam ainda códigos de leis como os atuais, dentro dos quais se procura tratar de forma sistemática todo um grupo de relações jurídicas. Mesmo assim, ainda hoje aquelas coleções de regras são usualmente chamadas pelo nome de *código*. O mais antigo desses códigos é o de Ur-Nammu, elaborado cerca de 2040 a.C. e que contém a seguinte disposição:

Um cidadão fracturou um pé ou uma mão a outro cidadão durante uma rixa pelo que pagará 10 siclos de prata. Se um cidadão atingiu outro com uma arma e lhe fraturou um osso, pagará uma *mina*<sup>311</sup> de prata. Se um cidadão cortou o nariz a outro cidadão com um objeto pesado pagará dois terços de *mina*.<sup>312</sup>

Todavia, o mais conhecido dos códigos mesopotâmicos é o de Hammurabi, de cerca de 1700 a.C., que contém os seguintes dispositivos, entre outros:

- 1. Se alguém acusou um homem, imputando-lhe um homicídio, mas se ele não pôde convencê-lo disso, o acusador será morto.
- 195. Se um filho agrediu o seu pai, ser-lhe-á cortada a mão por altura do pulso.
- 196. Se alguém vazou um olho de um homem livre, ser-lhe-á vazado o olho.
- 197. Se ele partiu um osso de um homem livre, ser-lhe-á partido o osso.313

312 GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 64.

<sup>309</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 42.

<sup>310</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, pp. 37-38.

<sup>311</sup> Antiga unidade de medida.

<sup>313</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, pp. 66-7.

Para muitos, o que chamará atenção será a crueldade dessas penas: matar, cortar as mãos, vazar o olho. Todavia, qual era a situação anterior? Quando um membro de um clã sofria uma agressão, poderia haver uma vingança dirigida contra qualquer membro do clã do ofensor. Não havia uma regra definida de proporcionalidade entre o prejuízo e a vingança. Pelo contrário, muitas vezes a vingança era mais atroz que a agressão inicial. Dessa forma, quando se exige a igualdade entre a ofensa e a punição, em boa parte dos casos estar-se-á evitando que um mal maior aconteça ao agressor.

Devemos perceber, também, que começa a desenvolver-se uma responsabilidade individual pelos delitos. Será punida a pessoa que agrediu, matou, denunciou — e não qualquer membro da sua família ou clã. A organização social que comporta uma individualização dessa natureza já não é mais construída sobre a solidariedade entre os membros do clã. Entretanto, a individualização da responsabilidade ainda não era completa. Por exemplo, o Código de Hammurabi previa que "se um pedreiro construísse uma casa sem fortificá-la e a mesma, desabando, matasse o morador, o pedreiro seria morto; porém, se também morresse o filho do morador, também o filho do pedreiro seria morto"<sup>314</sup>. Nota-se, nesse caso, o respeito à regra de igualdade entre a ofensa e a punição, mas também que ainda não havia a noção de que somente o agressor poderia ser punido pelos seus atos.

Outro ponto que merece ser ressaltado é o fato de que, no direito romano, o poder do pai sobre os filhos era absoluto, mesmo após eles atingirem maioridade. Dessa forma, um filho que agredisse seu pai poderia ser morto, e quem decidiria sobre isso seria o próprio agredido. Percebemos, assim, que o Código de Hammurabi criava uma limitação ao poder paterno que não estaria presente no direito romano mais de um milênio depois.

# C - Direito egípcio

O estudo do direito egípcio é interessante devido à alternância de modelos jurídicos que ocorreu nesse império, nos seus quatro milênios de história. Já no período que vai dos séculos XXVIII a XXV a.C., o Egito tinha desenvolvido um direito individualista, bastante aproximado do modelo jurídico contemporâneo<sup>315</sup>. Predominavam as concepções que entendiam a pessoa como um indivíduo isolado frente ao poder (e não primordialmente como membro de um clã, de uma família, de uma nobreza ou qualquer hierarquia intermediária) e a célula familiar como composta pelo pai, mãe e filhos menores (e não pelos filhos maiores e descendentes). Com exceção do faraó, o casamento era monogâmico e os cônjuges tinham um tratamento razoavelmente igualitário, sem a autoridade plena do marido sobre a esposa. A mulher casada podia ter patrimônio próprio e dispor dele. Os filhos e filhas eram iguais e não havia direitos privilegiados para os primogênitos. Todos os bens, até mesmo os imóveis, podiam ser alienados. O direito penal não era severo como o de outras civilizações da antigüidade, sendo rara a condenação à morte. Tudo isso há mais de 4.500 anos atrás!

A base para esse direito privado individualista era um poder político extremamente centralizado, que tomou os espaços antes ocupados pelas hierarquias intermediárias como sacerdotes, nobreza, clãs etc. Com a centralização do poder político, a principal fonte de normas jurídicas eram as decisões do rei, ou seja, as leis e não mais os costumes. Rompeu-se completamente com o modelo da sociedade tradicional durante um período de aproximadamente 300 anos.

\_

<sup>314</sup> BATISTA, Introdução crítica, p. 102.

<sup>315</sup> A seguinte descrição do direito egípcio é fundada nas teorias de Jacques Pirenne, citado em GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, pp. 51-57.

Por volta do séc. XXV a.C., a monarquia transformou-se em uma espécie de feudalismo, no qual a oligarquia dominante era formada por uma nobreza sacerdotal, que passou a ser a detentora do poder político e introduziu diversas mudanças, como a hereditariedade de vários cargos e a criação de várias formas de imunidade. Com a pulverização do poder, reforçou-se o poder do pai quanto aos filhos e do marido frente à mulher. Foram também introduzidas desigualdades no direito de sucessão, com preferências ligadas à primogenitura e masculinidade, e várias terras tornaram-se inalienáveis.

Essa situação inverteu-se novamente cerca de 900 anos depois, no séc. XVI a.C., quando ressurgiu a centralização política e um sistema jurídico individualista, com o retorno da preponderância da lei, da igualdade jurídica entre os habitantes, desaparecimento da escravidão, igualdade entre filhos e filhas e liberdade para testar. É dessa época o testamento do qual Gilissen citou o seguinte trecho: "assim, eu vim perante o Vizir e os Magistrados membros do Conselho, neste dia, a fim de fazer conhecer a sua parte a cada um dos meus filhos e esta que eu vou tomar a favor da cidadã Anoksounedjem, esta mulher que está na minha casa atualmente, pois que o Faraó disse: que cada um faça o que deseja de seus bens."<sup>316</sup>

Essa liberdade terminaria cerca de 400 anos depois, por volta do séc. XII a.C., quando cresceu novamente a influência do clero e o Egito voltou a ter um poder político descentralizado, de modelo feudal, que duraria mais de meio milênio, até o século VI a.C. Ressurgiu, então, um modelo individualista, embora limitado a algumas cidades do Delta do Nilo. Todavia, nessa época, o Egito deixou de ser um Estado independente, pois foi tomado pelos persas, aos quais se seguiram os macedônios (por volta do ano 300 a.C.) e os romanos, que dominaram o Egito em 30 a.C. Entretanto, mesmo com a queda do Império, o direito egípcio sobreviveu às várias ocupações estrangeiras, que deixaram subsistir parcialmente esse sistema jurídico, o qual chegou a ter uma considerável influência sobre o desenvolvimento dos direitos helenísticos e romano.

Tabela esquemática dos modelos jurídicos do Egito antigo

Época (séc. a.C.)	XXVIII a XXV	XXV a XVI	XVI a XII	XII a VI
Duração (anos)	300	900	400	600
Modelo Jurídico	Individualista	Feudal	Individualista	Feudal

Verificamos, assim, que a história jurídica do Egito antigo processou-se em ciclos que vão de 300 a 900 anos. Várias gerações passaram-se dentro de cada um desses períodos e, provavelmente, cada uma delas achava que o sistema em que ela vivia era o mais desenvolvido possível — especialmente quando ele já tinha experimentado 200 ou 300 anos de estabilidade. Provavelmente, muitas das pessoas que viveram nesses períodos não acreditavam na possibilidade de uma mudança radical, que sempre veio a ocorrer.

Atualmente, temos um sistema político-jurídico cuja conformação remonta às revoluções burguesas, não tendo, portanto, mais que 250 anos. Nós nascemos dentro dele e não parece que temos muitas possibilidades de ver a emergência de um novo modelo, dado que a superação desses sistemas acontece de forma muito lenta e gradual<sup>317</sup>. Todavia, parece bastante razoável que devamos abandonar as idéias etnocentristas e evolucionistas que nos colocam como o ponto final de um grande processo civilizatório e também convém desenvolvermos a consciência de que pertencemos a um momento histórico determinado e que as soluções que formulamos para as dificuldades

\_

<sup>316</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 58.

<sup>317</sup> Apesar de que hoje as mudanças históricas caminham a passos mais rápidos que no passado.

do presente (especialmente a nossa forma peculiar de organizar o direito e o Estado) não são os modos mais racionais e evoluídos de se enfrentar esses problemas, mas apenas as maneiras que nossa sociedade conseguiu desenvolver para enfrentar os desafios que lhe são próprios.

# D - Grécia

A grande importância da Grécia não está propriamente no campo do direito, mas nos da filosofia e da ciência política, especialmente por conta das obras de Platão e Aristóteles. A experiência política grega foi muito diversificada: é de conhecimento de todos que a Grécia antiga era marcada pela falta de uma unidade política, pois cada *polis* tinha uma organização própria e não havia nenhuma instituição que submetia todas a uma mesma vontade. Todavia, algumas das pré-compreensões que temos sobre os gregos podem nos induzir a erro. Nos estudos de segundo grau, são comuns as referências a legisladores gregos. Péricles, Sólon e Drácon, por exemplo, foram grandes políticos que instituíram mudanças radicais na vida de suas cidades utilizando como instrumento a legislação.

Quem conhece esses fatos é normalmente levado a acreditar que as leis desempenhavam na Grécia antiga função social idêntica à que têm na sociedade contemporânea, o que seria um equívoco. As leis são instrumentos de governo e sempre foram utilizadas para impor à população certas decisões do soberano, seja em uma monarquia, uma oligarquia ou uma democracia. Todavia, não houve na Grécia nada como um Código Civil, uma tentativa de organizar mediante leis toda a vida civil das pessoas. As leis eram importantes, porém, não havia a idéia (hoje tão corrente que a alguns pode até parecer natural e absolutamente verdadeira) de que todas as nossas relações precisam ser reguladas mediante leis.

A maior parte das regras sociais era religiosa, moral ou tradicional. Já havia, inclusive, a discussão sobre os limites do poder dos chefes políticos para impor as suas decisões. Na tragédia *Antígona*, Sófocles construiu a história de uma mulher no dilema entre obedecer à lei divina e ser morta ou obedecer à lei dos homens e ofender aos deuses<sup>318</sup>. Frente a esse dilema, Antígona decidiu obedecer aos deuses, mesmo que isso significasse a sua própria morte.

Podemos perceber, assim, que na Grécia antiga a legislação desempenhava um papel importante na organização social, especialmente nos momentos em que se buscava introduzir mudanças nas regras costumeiras. Todavia, a maior parte da vida social ainda era regida por costumes e tradições, bem como por regras de moralidade e religiosas. Melhor dizendo, ainda não havia uma separação absoluta entre o direito, a moral e a religião.

### E - Roma

O direito romano passou por três fases principais: o direito romano antigo, o direito romano clássico e o direito romano do Baixo Império<sup>319</sup>. Nos tempos da formação da cidade de Roma, temos o *antigo direito romano*, que tinha as características típicas dos direitos arcaicos, tendo como principal fonte de normas o costume e como valor básico a solidariedade entre os componentes do grupo social. Além disso, como não havia normas escritas, conhece-se muito pouco do direito deste período, que se estendeu do séc. VIII ao III a.C.

Em seguida, vem a fase que mais nos influencia até hoje e que denominamos de período do direito clássico, que durou do séc. II a.C. ao III d.C. Essa época engloba a

<sup>318</sup> Sobre a Antígona, vide Capítulo X, A, 2, a.

<sup>&</sup>lt;sup>319</sup> Essa divisão é proposta por John Gilissen. [GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 81.]

decadência da República Romana e todo o Alto Império, fase em que o poder político foi centralizado nas mãos do imperador. Foi essa a época da grande expansão de Roma, sendo que o ponto culminante tanto do poder político quanto do desenvolvimento jurídico romano deu-se no século II d.C.

No império romano, o direito tornou-se um instrumento de governo muito mais importante que na Grécia, pois, ao invés da fragmentação política que marcou os gregos, os romanos experimentaram uma centralização muito grande do poder. Além disso, por dominarem um território muito extenso e que englobava povos de culturas extremamente diversas, o direito lhes serviu como uma maneira de proporcionar um mínimo de homogeneidade ao império. Por um lado, garantia-se a todos os cidadãos romanos uma série de direitos em qualquer parte do império — era o chamado *jus civile*. Por outro, garantia-se a todos os homens presentes no império um número menor de direitos, chamados de *jus gentium³20*. Esse direito das gentes era entendido como o conjunto das normas jurídicas inerentes a todos os seres humanos e, portanto, deveria ser reconhecido a qualquer pessoa.

O desenvolvimento do direito em Roma foi imenso e a sua influência faz-se sentir até os dias de hoje, especialmente no direito civil<sup>321</sup>. Todavia, devemos ressaltar que as normas que atualmente chamamos de *direito romano* tinham efetiva aplicação apenas no centro do Império. Na periferia, o direito realmente aplicado era um direito romano vulgar, uma mescla das instituições romanas e do direito costumeiro local que em certos lugares era bastante próximo do *direito romano erudito* e em outros era muito diferenciado.<sup>322</sup>

No séc. III d.C., o Império Romano enfrentou uma grande crise política e econômica, que marca o início do Baixo Império, a última fase do Império Romano do Ocidente, período marcado pela decadência intelectual, econômica e política<sup>323</sup>. Foi apenas nessa fase que o cristianismo passou de culto reprimido a religião oficial do Império. Pouco tempo depois, Constantino dividiu o Império em dois: o Império Romano do Ocidente, que se dissolveu no séc. V e o Império Romano do Oriente<sup>324</sup>, baseado em Constantinopla (antiga Bizâncio e atual Istambul), que sobreviveu até o século XV.

Durante o Baixo Império, a figura do imperador foi divinizada e ele passou a dispor de poder absoluto. Com isso, a legislação por ele criada tornou-se a principal fonte de direito<sup>325</sup>. O direito clássico foi sendo gradativamente abandonado, devido às alterações no contexto social e político, inclusive pela influência das idéias cristãs, que exigiram a mudança de vários dos institutos criados no período clássico.

<sup>&</sup>lt;sup>320</sup> Sendo que o Édito de Caracala, de 212 d.C., estendeu a cidadania romana a todos os habitantes do Império.

<sup>321</sup> Que trata, basicamente, das formas de adquirir e dispor do direito de propriedade.

<sup>&</sup>lt;sup>322</sup> "Fora de Roma, no entanto, este direito letrado e oficial pouca aplicação teria. Aí, pontificavam usos locais e formas tradicionais de resolver os litígios. Em algumas províncias de cultura mais específica, como o Egipto ou a Grécia, o direito local tinha particularidades muito importantes que resistiam aos padrões do direito romano clássico. Noutras, menos romanizadas (como a Gernânia, certas zonas da Gália e da Hispânia), o direito oficial de Roma mal chegava. Deste modo, a *iurisprudentia* romana clássica, se contribuiu para a unificação dos direitos europeus até os dias de hoje, não foi por causa da sua difusão pelo Império, no período de seu maior brilho, mas porque constituiu um tesouro literário em que, mais tarde, se vieram a inspirar os juristas europeus." HESPANHA, *Panorama histórico*, p. 69.

<sup>323</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 91.

<sup>324</sup> Conhecido também como Império Bizantino, a partir da queda do Império do Ocidente.

<sup>325</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 84.

### F - Alta Idade média

# 1. Raízes do pluralismo jurídico (séculos VI a VIII)

Com a queda do Império Romano, a Europa foi dividida em vários reinos, correspondentes aos povos germânicos (francos, visigodos, lombardos etc.) que conquistaram os territórios anteriormente submetidos a Roma. Nessa época, vigorou um *pluralismo jurídico* bastante acentuado, no sentido de que conviviam no mesmo espaço diversos sistemas de direito. Os conquistadores, ao invés de impor o seu direito às populações autóctones, permitiram que elas continuassem a ser regidas pelo direito romano<sup>326</sup>. Criou-se, então, o que hoje se chama de princípio da personalidade do direito: cada pessoa deveria ser julgada pelas leis da sua própria terra.

O princípio da personalidade gerou um sistema jurídico complexo, sendo necessário estabelecer regras para decidir qual o direito aplicável aos casos de fronteira<sup>327</sup> e aos casos que envolvem pessoas de nacionalidade diversa<sup>328</sup>. E além do direito romano e dos direitos germânicos, havia também o direito canônico, que é o nome que damos ao direito da Igreja Católica Apostólica Romana. Esse sistema jurídico era fundado no direito romano e conserva sua influência até os dias de hoje. Essa convivência razoavelmente pacífica entre sistemas jurídicos diversos foi uma das principais marcas do direito em toda a Idade Média e estendeu-se até a Idade Moderna. Portanto, para que seja possível compreender a evolução do direito do séc. V ao séc. XVIII, é preciso entender esse pluralismo que parece tão estranho (se não absurdo) ao senso comum jurídico contemporâneo.

Durante os séculos que se seguiram, à medida que se fundiam os modos de vida dos povos conquistadores e conquistados, o direito romano vulgar foi gradativamente mesclando-se com os direitos germânicos — situação essa que começou a ser alterada com o surgimento do Império Carolíngio.

# 2. Império Carolíngio (séculos VIII e IX)

No decorrer da Alta Idade Média, o reino dos francos<sup>329</sup> expandiu-se gradativamente, até que, por volta do séc. VIII, com Carlos Magno, dominou quase toda a parte central da Europa. Fundou-se, então, o Império Carolíngio (também chamado de Império do Ocidente), que somente veio a desfazer-se no séc. X. Durante toda a sua existência, o Império Carolíngio buscou unificar juridicamente o seu território, estabelecendo um direito comum, o qual deveria ser fundado no direito romano.

Os monarcas carolíngios afastaram o princípio da personalidade e tentaram unificar o direito por via legislativa, declarando que as suas leis (chamadas de capitulares) seriam o direito válido em todo o Império. Todavia, quase todas as *capitulares* tratavam apenas da administração do Estado, raras sendo as que tratavam de direito civil, penal, comercial etc. Com isso, a legislação carolíngia não se tornou a principal fonte de

<sup>326</sup> Ressaltando que não se tratava do direito romano erudito, mas de um direito romano vulgar, já mesclado com os costumes locais.

<sup>&</sup>lt;sup>327</sup> "Em princípio, consideram-se os filhos legítimos como pertencentes ao grupo de seu pai (isso coloca o problema conexo da prova da filiação legítima), os filhos naturais ao grupo da sua mãe, a mulher ao grupo do seu pai quando não é casada, e ao do marido, se o é; o liberto vê o seu estatuto determinado pelo processo — romano ou germânico — utilizado para a sua libertação". GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 169.

<sup>328 &</sup>quot;Se se declarava um conflito entre pessoas vivendo segundo direitos diferentes (por exemplo um franco e um galo-romano), aplicava-se como regra geral a lei do réu. Este princípio conheceu, todavia, numerosas exceções; assim, em matéria de casamento, a lei aplicada é a do marido; em matéria de propriedade, a do proprietário ou possuidor aparente; em matéria de sucessão, a do defunto." GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 169.

<sup>329</sup> Povo germânico que se instalou na região que hoje é o norte da França.

direito, que continuava sendo o costume da população. Entretanto, a busca de estabelecer um direito comum levou a um gradual fortalecimento do direito romano.

Esse foi um período de grande ascensão do poder da Igreja Católica<sup>330</sup>. Como o reconhecimento do papa era importante para a manutenção do poder dos imperadores carolíngios, houve uma "confusão crescente entre o espiritual e o temporal"331, que levou a Igreja Católica a expandir a aplicação do direito canônico a matérias antes reservadas ao direito temporal, especialmente às questões relativas ao matrimônio<sup>332</sup> e problemas conexos, como legitimidade de filhos e anulação do casamento.

# 3. Feudalismo (séculos X a XII)

Com a desestruturação do Império Carolíngio, o poder político começou a ser pulverizado, em um processo que levou ao que chamamos hoje de feudalismo. Durante alguns séculos, contudo, o que era a parte oriental do Império Carolíngio transformouse no chamado Sacro Império Romano-Germânico, que ocupava basicamente o centro da Europa e que permaneceu forte até o século XIII.

Tanto o Império Carolíngio quanto o Romano-Germânico, que o sucedeu, tinham a pretensão de unificar juridicamente os seus territórios, e a estratégia básica de ambos foi o fortalecimento do direito romano<sup>333</sup>. Entretanto, os imperadores não alcançaram um monopólio do poder político e várias ordens jurídicas localizadas coexistiam com a ordem central, o que fez com que o direito medieval continuasse a ser eminentemente pluralista.

Entre os séculos X e XII, boa parte das nações formadas a partir da dissolução do Império Carolíngio vivenciou o feudalismo como modelo de organização social. Nesses reinos, cada feudo tornou-se uma unidade política quase independente, dentro da qual o senhor feudal era a autoridade máxima. Esse regime, que hoje chamamos de feudalismo, teve duração diversa e ocorreu em momentos distintos nas várias partes da Europa. 334

Nesse período, a única instituição que tinha influência na Europa como um todo era a Igreja, de forma que apenas o direito canônico era reconhecido em todo o território europeu. Mas acontece que, apesar da expansão do seu âmbito de aplicação, o direito canônico continuava sendo praticamente restrito às questões da Igreja, não abarcando a vida cotidiana das pessoas.

Durante esses trezentos anos, houve um abandono completo do direito romano, que cedeu espaço aos costumes locais. Nessa época, o único direito escrito era o canônico, especialmente porque a escrita era dominada apenas por alguns membros da Igreja, sendo analfabeta a grande maioria dos senhores feudais e até mesmo os juízes, que eram incapazes de ler quaisquer textos jurídicos. Além disso, era somente o direito canônico que tinha unidade em todo o território Europeu, sendo que os costumes de cada região eram bastante diversos entre si. Como afirmou John Gilissen:

<sup>330</sup> Sendo que ela apenas consolida a sua posição como instituição mais poderosa da Europa medieval no início da Baixa Idade Média

<sup>331</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 139.

<sup>332</sup> Fato que ocorreu principalmente por se tratar o matrimônio de um dos sacramentos da religião

<sup>333</sup> Ressaltando que, no Sacro Império Romano-Germânico, tornaram-se excepcionais as tentativas de unificação do direito por via legislativa, abandonando-se o movimento que havia sido ensaiado pelo Império Carolíngio. [Cf. GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 248]

<sup>334</sup> O feudalismo não ocupou a Europa de uma maneira homogênea, sendo que a força das instituições feudais foi muito variada nas diversas regiões. Além disso, não se tratou de um fenômeno simultâneo. Por exemplo, no século XIII, quando o feudalismo já estava no final do seu processo de decadência no território da atual França, ele apenas despontava na maior parte do território que hoje pertence à Alemanha, onde perdurou até o século XIX. GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 188.

O costume varia, aliás, duma aldeia para outra. O parcelamento territorial do direito consuetudinário é favorecido pela divisão do poder entre as mãos dum grande número de senhores, pelo desenvolvimento do sistema dominial, no quadro da economia fechada. Há, pois, uma infinidade de costumes locais, mais ou menos diferentes uns dos outros; só nas províncias belgas, devia haver algumas centenas. Na realidade, não conhecemos bem estes costumes porque não deixaram vestígios escritos.335

# G - Baixa Idade Média

# 1. Renascimento do direito romano (séculos XII e XIII)

Na Baixa Idade Média, assistiu-se à derrocada do feudalismo na maior parte da Europa e à construção gradual de um sistema político centralizado, capaz de garantir uma unidade política nos territórios de cada reino. Além dos problemas políticos, havia também importantes questões econômicas em jogo: com o ressurgimento das cidades e o desenvolvimento do comércio, as grandes diferenças entre as normas existentes em cada região começaram a criar uma série de problemas ao desenvolvimento da economia.

No plano jurídico, essas influências geraram um grande esforço no sentido de construir um direito comum, que fosse capaz de responder às necessidades da nova sociedade que começava a se desenvolver. E nada mais adequado que buscar o fundamento desse direito comum no direito romano<sup>336</sup>.

Nesse ambiente, foram criadas as primeiras universidades, nas quais se ensinava o direito romano. Esses estudos receberam um especial reforço a partir da redescoberta no ocidente das compilações do direito romano feitas, ainda no séc. V, por Justiniano, o primeiro imperador do Império Bizantino. Esses textos, atualmente conhecidos como Corpus iuris civilis, contendo várias passagens dos jurisconsultos da época clássica do direito romano, passaram a constituir a base para a construção do direito comum da Europa medieval.

Houve, então, uma espécie de renascimento do direito romano. Aos poucos, ele foi sendo conhecido pelas classes mais altas de quase toda a Europa e passou-se a encará-lo como uma espécie de direito universal. Isso é compreensível porque se tratava de um direito muito desenvolvido e extremamente racional, cuja superioridade frente aos direitos consuetudinários locais era imensa.

### 2. Direito comum e pluralismo jurídico

Deve-se deixar claro que o renascimento do direito romano não significou o abandono dos direitos consuetudinários locais ou da legislação feita pelos reis e pelos nobres. Não devemos nos esquecer de que o direito medieval era pluralista e que conviviam no mesmo espaço várias ordens jurídicas, às quais o direito romano veio a ser acrescentado.

A vigência do direito comum tem, assim, que se compatibilizar com a vigência de todas estas ordens jurídicas reais, municipais, corporativas ou mesmo familiares.

<sup>335</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 191.

<sup>336</sup> Esse, contudo, foi apenas um dos fatores determinantes do renascimento do direito romano, o qual constituiu um processo bastante complexo. Como bem constatou Menezes Cordeiro "a recepção tem sido ligada à ascensão da burguesia; mas ela faltou onde a burguesia tinha maior pujança, e apesar de todas as condições universitárias favoráveis: em Inglaterra; ela tem sido associada à centralização monárquica, mas atingiu o máximo onde tal centralização não ocorreu: na Alemanha; ela surge conectada à ideia política do Império; mas operou em áreas onde tal ideia sempre foi repudiada, como na Península. Em compensação, parece clara a sua ligação com a igreja, mas não por razões religiosas, já que o direito romano é laico: joga o poder cultural da Igreja." [MENEZES CORDEIRO, Introdução, p. LXXII].

Esta compatibilização não pode ocorrer senão por uma forma. Considerar que, no seu domínio particular de aplicação, os direitos próprios têm a primazia sobre o direito comum, ficando este a valer, não apenas como d*ireito subsidiário*, mas também como d*ireito modelo*, baseado nos valores mais permanentes e gerais da razão humana, dotado por isso de uma força expansiva que o tornava aplicável a todas as situações não previstas nos direitos particulares e, ao mesmo tempo, o tornava um critério para julgar a razoabilidade das soluções jurídicas nestes contidos.<sup>337</sup>

Nesse ponto, convém ressaltar um fato que normalmente é negligenciado no estudo da história do direito. Se o direito romano sofreu um renascimento foi porque os juristas o estudaram e porque os juízes passaram a aplicá-lo. Entretanto, os casos que chegavam aos tribunais normalmente envolviam apenas as classes mais altas, sendo que os conflitos entre as pessoas mais pobres eram resolvidos de acordo com o direito tradicional. Dessa maneira, no equilíbrio existente entre os vários sistemas jurídicos que coexistiam, não era o direito romano o predominante, especialmente no tratamento dos problemas jurídicos das pessoas em geral.

Resumindo, na Idade Média a descentralização política fez com que houvesse também uma descentralização do direito. Assim, cada comunidade passou a organizar-se de acordo com as tradições locais. Com o tempo, houve um renascimento do direito romano, especialmente pelos estudos realizados nas recém criadas universidades, que o levou a ser considerado como uma espécie de direito comum, mas que era aplicado como um direito subsidiário.

# 3. Transição para a Idade Moderna (séculos XIV e XV)

Concomitantemente à decadência do feudalismo, houve um movimento no sentido de centralizar o poder político nas mãos dos reis, em um processo que culminou alguns séculos depois com o surgimento dos Estados absolutistas. Nessa época, começaram a surgir os Estados nacionais autônomos, os quais buscaram desenvolver um direito próprio. Com isso, a legislação adquiriu novamente uma grande importância como instrumento de governo, pois era o instrumento utilizado pelos reis para impor a sua vontade. As leis, contudo, continuavam a ser esporádicas e não havia qualquer pretensão a que regulassem toda a vida social dos cidadãos. Ademais, elas quase sempre tratavam de assuntos ligados à administração, deixando aos direitos costumeiros e ao direito comum o tratamento das questões civis e penais.

Durante esse período, os estudos de direito romano chegaram a um nível bastante alto de complexidade e começaram a voltar-se para a adaptação dos textos clássicos à realidade da época, de tal forma que fosse possível resolver com base neles os litígios. Segundo Gilissen:

Os juristas — a quem se chamarão *legistas* — formados nas universidades no estudo do direito romano e do direito canónico ocupam, nos séculos XIV e XV altas funções na administração dos reis, dos duques, dos condes e dos bispos. O direito romano penetra assim cada vez mais na prática; depois de um período de lenta infiltração nos séculos XIII e XIV, assiste-se nos séculos XV e XVI a uma verdadeira recepção do direito romano como direito subsidiário na maior parte dos países da Europa Ocidental.<sup>338</sup>

# H - Idade Moderna (sécs. XVI a XVIII)

Na evolução jurídica na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, não houve uma ruptura com os modelos medievais, mas uma continuidade do movimento de

<sup>337</sup> HESPANHA, Panorama histórico, p. 80.

<sup>338</sup> GILISSEN, Introdução histórica ao direito, p. 241.

centralização iniciado por volta do século XIII. Dessa forma, o direito continuou a ser dividido entre uma série de ordens jurídicas paralelas, mas alguns movimentos importantes ocorreram.

Em primeiro lugar, deve-se notar o crescimento da relevância do direito legislado, especialmente nas questões relativas à administração. As questões de direito civil e penal continuavam sendo resolvidas com base no direito costumeiro e no direito romano (*Corpus iuris civilis*), que foi definitivamente incorporado ao direito oficial da maioria dos novos Estados. Já o direito canônico começa a entrar em declínio, especialmente com a crise que a Reforma provocou na Igreja Católica.

Exemplo clássico de lei desse período são as Ordenações Filipinas, de 1603. Ordenações era o nome dado em Portugal a certas leis expedidas pelo rei (nesse caso, o Rei Filipe I), que eram válidas também para o Brasil e demais colônias. O livro III, título 64, das Ordenações Filipinas dispõe que os casos que não fossem por ela regulados deveriam ser julgados com base nas leis, na jurisprudência das cortes ou no direito consuetudinário local. Na hipótese de essas três fontes serem omissas, o caso deveria ser julgado com base no direito romano ou, se a questão envolvesse pecado, de acordo com o direito canônico. Se o Corpus iuris civilis não determinasse qualquer solução para o caso, deveria ele ser julgado com base nas observações de Acursio e de Bartolo, juristas europeus que escreveram célebres comentários sobre o direito romano. Por fim, se os juízes não encontrassem em nenhuma dessas fontes subsídios adequados para o julgamento, a questão deveria ser remetida ao próprio rei, para que ele a decidisse.

Dessa forma, percebe-se que a primazia já era reconhecida às leis, já que os juizes deveriam aplicar, antes de tudo, o disposto nas ordenações. Todavia, essas normas eram pouco abrangentes, cobrindo "praticamente apenas a organização dos órgãos do poder *oficial* (central e local, mas não de todos, nem num plano nem no outro), organização processual e o direito penal"<sup>339</sup>. Assim, a maior parte do campo jurídico (especialmente no âmbito dos direitos civil e comercial) continuava submetido às outras fontes de normas jurídicas, notadamente ao direito romano.

Todavia, essa é uma descrição apenas dos direitos aplicados pelas cortes reais e, naquela época, os conflitos resolvidos pelos tribunais reais eram muito reduzidos, referiam-se a poucos assuntos e envolviam grupos muito reduzidos de pessoas. Como afirmou António Hespanha, o direito legislado e os tribunais atingiam uma parcela muito pequena da população, enquanto as classes não privilegiadas continuavam a resolver seus conflitos à margem do direito oficial, sem a intervenção direta do poder do Estado. 340

Porém, não devemos identificar tal fenômeno como restrito ao direito medieval, pois esse mesmo fato é observável até os dias de hoje, embora em menor escala. A justiça do Estado é cara, demorada e, devido às suas sutilezas, somente pode ser manejada por profissionais altamente especializados, o que impede que grande parte da população tenha acesso à justiça oficial e faz com que a grande maioria dos conflitos sociais continue sendo resolvido de maneira informal.<sup>341</sup>

# 1. Início do projeto de redução do pluralismo

Embora o processo de crescimento da importância das leis tenha raízes ainda no século XIII, com o fortalecimento do poder dos reis, o projeto de reduzir todo o direito à lei apenas teve início no século XVIII, com o despotismo esclarecido. Esse foi o momento

<sup>339</sup> HESPANHA, Justiça e litigiosidade, p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>340</sup> HESPANHA, *Justiça e litigiosidade*, pp. 13-15.

<sup>&</sup>lt;sup>341</sup> Em certos casos, há verdadeiros sistemas jurídicos paralelos, como os que existem dentro dos presídios e das favelas, o que foi evidenciado pelos estudos de Boaventura de Souza Santos na década de 70. Sobre este tema, vide Capítulo VI.

em que o Estado deixou de aceitar a coexistência das várias ordens jurídicas e começou a promover o monopólio estatal do direito. Segundo António Hespanha, "o despotismo iluminado setecentista trazia consigo um projecto de redução do pluralismo, pelo reforço do poder da coroa. Aí se integrava uma política de valorização da lei, como manifestação da vontade do monarca, que se devia impor tanto aos corpos políticos periféricos como, sobretudo, ao corpo judiciário."<sup>342</sup> Com isso, estabeleceu-se a precedência da legislação sobre todas as outras fontes de direito, fenômeno que foi acompanhado por um sensível aumento no número de leis editadas pelos monarcas.

Exemplo paradigmático desse período foi a Lei da Boa Razão, promulgada em 1769, por meio da qual Portugal regulou as diversas atividades ligadas à aplicação da justiça, impondo a todos os juízes a observação estrita das leis editadas pela coroa portuguesa<sup>343</sup>. A principal finalidade dessa lei era restringir ao máximo a importância do direito romano, já que o conteúdo desse direito não era submetido à vontade do monarca e, muitas vezes, funcionava como um limite à sua autoridade. Tanto que António Hespanha chegou a afirmar que "em relação à doutrina, a lei não era apenas um fenômeno minoritário, era também um fenômeno subordinado"<sup>344</sup>. Assim, a Lei da Boa Razão foi o instrumento utilizado para alterar os quadros estabelecidos pelas Ordenações Filipinas, criando uma subordinação absoluta do direito romano frente ao legislado.

# I - Revoluções burguesas

Todavia, Hespanha ressalta que esse legalismo setecentista até pode ter sido eficiente no tocante aos órgãos administrativos centrais (especialmente, frente ao judiciário), mas que o seu impacto na *periferia* do sistema foi diminuto: a maioria das pessoas continuava sendo regida pelos antigos direitos, que se mantinham apesar do centralismo estatal.<sup>345</sup>

Contudo, esse movimento de redução do pluralismo somente veio a ganhar amplas dimensões a partir das revoluções burguesas, momento em que se afirmou a idéia de que apenas o Poder Legislativo deveria ter a faculdade de criar normas abstratas e genéricas. Com o sucesso das revoluções burguesas, difunde-se a idéia de que é preciso um governo de leis, e não de homens. O poder estatal, que antes era absoluto, passa a ser submetido às normas jurídicas consolidadas na forma de uma constituição.

No campo das teorias jurídicas, esse processo de redução do pluralismo (redução do direito à lei) culminou na ascensão do positivismo jurídico ao *status* de teoria jurídica dominante<sup>346</sup>. Nesse período, que engloba os século XIX e XX, o Estado passou a defender o monismo jurídico, com a redução de todo o direito ao direito positivo.

De acordo com as novas ideologias, a legislação deve ser elaborada por representantes do povo — o poder Legislativo — e inicia-se uma nova fase em que o Estado busca regular exaustivamente as relações sociais. Nesse período surge um dos maiores monumentos legislativos da história, o Código Civil Francês, chamado Código de Napoleão. Trata-se da primeira tentativa moderna de elaborar um conjunto de normas que, pretensamente, deveria reger toda a vida civil das pessoas. Embora várias dessas regras sejam inspiradas no direito romano, já não mais se admite o Corpus iuris civilis como direito subsidiário, já que todo o direito romano passível de aplicação já fora incorporado no Código Napoleônico.

<sup>342</sup> Hespanha, Justiça e Litigiosidade, p. 16.

<sup>&</sup>lt;sup>343</sup> Vide GILISSEN, *Introdução histórica ao direito*, p. 335.

<sup>344</sup> HESPANHA, Justiça e litigiosidade, p. 13.

<sup>345</sup> HESPANHA, Justiça e litigiosidade, pp. 15-16.

<sup>&</sup>lt;sup>346</sup> Movimento que será estudado detidamente no ponto específico sobre o positivismo.

O exemplo francês foi seguido por vários Estados, inclusive pelo Brasil, e os códigos passaram a fazer parte integrante da legislação de diversos países. E devemos ressaltar que os códigos não se limitavam a simplesmente compilar a legislação extravagante<sup>347</sup> em um único instrumento legislativo: mais que isso, eles representaram uma tentativa de criar um sistema jurídico racional e coerente. Essa época representou, ao mesmo momento, o ápice da confiança nas pretensões racionalistas ligadas ao direito natural e o início do declínio das idéias jusnaturalistas, na medida em que se considerava que o direito natural fôra incorporado ao positivo. Desde o início, houve uma série de reações às tentativas de codificação, por se considerar que um código é pouco flexível, não reflete o *direito vivo* e é muito difícil de se modificar, o que engessaria os institutos jurídicos, tornando-os menos adaptáveis à evolução social.

A crítica demonstrou-se verdadeira, ao menos em parte. O atual Código Civil demorou 16 anos para ser aprovado pelo Congresso Nacional — permanecendo ali de 1900 a 1916. Atualmente, ele está ultrapassado em muitos pontos, mas até hoje não se conseguiu consenso político suficiente para aprovar o projeto de novo Código Civil, que tramita no congresso desde 1975. Todavia, como os adeptos da codificação até hoje formam a maioria, continua-se insistindo na elaboração de códigos, apesar das dificuldades inerentes a esse modelo legislativo.

Devemos ressaltar, contudo, que a descrição acima reflete mais a situação nos países centrais que nos periféricos. No Brasil, um forte movimento de redução do pluralismo foi bastante tardio, remontando aos primeiros tempos da República. Até o início do século XX, o interior era governado pelos coronéis, que tinham em sua área de influência um poder quase absoluto, no qual o poder central raramente interferia — não apenas por falta de interesse, mas por falta de possibilidade prática de fazê-lo. Foi apenas nas primeiras décadas do século XX que o Estado brasileiro alcançou força suficiente para impor sua ordem no interior, especialmente em se tratando das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste — sendo que até hoje há, nessas regiões, pontos dominados pelas oligarquias locais, onde o poder central tem muito pouca influência.

# J - Atualidade

Como pudemos perceber, as leis sempre foram um instrumento político muito importante quando um soberano buscava introduzir modificações na sociedade. Todavia, não havia uma pretensão de que as regras editadas pelo governo regulassem detalhadamente todos os aspectos da vida das pessoas. Essa é uma idéia moderna, que nasceu com as revoluções burguesas e que ganha mais força a cada dia que passa. Mesmo que se admita que uma pessoa pode fazer tudo o que não é proibido pelas leis, a cada dia que passa existe um maior número de leis e, conseqüentemente, de obrigações jurídicas. Além disso, vivemos em uma espécie de organização social extremamente centralizada na figura do Estado. O direito vigente resume-se praticamente ao direito estatal, escrito e positivado, sendo os costumes cada vez menos importantes. Para isso também contribui a grande complexidade das sociedades atuais, compostas de grupos muito heterogêneos, com interesses diversos e muitas vezes conflitantes entre si.

As idéias de que o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força e de que as leis são a fonte do direito por excelência são as principais marcas do direito atual. Todavia, não podemos perder de vista que elas formam apenas a concepção dominante no nosso momento histórico particular. Apesar de ser difícil que essa conjuntura sofra uma alteração radical no curso das nossas vidas, ela não passa do reflexo de uma configuração transitória das estruturas de poder da nossa sociedade.

-

<sup>347</sup> Nome dado às leis que não constituem um código.

Tenhamos em mente a história do direito egípcio, no qual se alternavam um poder político centralizado ligado a um direito individualista (uma combinação próxima à que temos hoje) e um poder político descentralizado, ligado a um direito fundado em ordens hierárquicas intermediárias (semelhante ao direito feudal). Mas essas modificações se realizavam em períodos muito longos, que duravam de 300 a 900 anos cada um. Assim, idéia de que a história segue uma linha evolutiva necessária (e de que estamos no topo dessa evolução), bem como a certeza de que o nosso modelo atual (com nossas veneradas ideologias liberais e conquistas democráticas) não está sujeito a grandes modificações, são noções que não parecem adequadas a uma história que se mostra repleta de fluxos e refluxos, de uma alternância de governos centralizados e de um poder político pulverizado.

É certo que, na atualidade, as leis editadas pelo Estado compõem a grande maioria das regras aplicáveis pelos tribunais e que há uma série de momentos da nossa vida em que não podemos escapar à influência do direito estatal. O nascimento, a sucessão hereditária, o casamento, a separação, a aposentadoria: todos esses momentos são regidos quase exclusivamente por normas legais. Além disso, assistimos a um momento de ampliação do âmbito judicial<sup>348</sup>, visto que o nosso modelo jurídico considera a mediação do Estado como necessária à devida resolução dos conflitos sociais. Por fim, quase todos os problemas relativos à atividade estatal são questões de direito e, portanto, devem ser resolvidas por via legislativa e judiciária.

Entretanto, podemos verificar que a nossa vida cotidiana continua sendo regida muito mais pelas normas morais e costumeiras, pelas tradições da nossa cultura, que pelo direito positivo<sup>349</sup>. Dessa forma, embora o direito estatal venha adquirindo uma influência cada vez maior nas nossas vidas, o projeto de redução do pluralismo não chegou ao ponto de transformar a lei na única fonte de direito da sociedade atual.

\_

349 Sobre esse tema, vide EHRLICH, Fundamentos da Sociologia do Direito.

<sup>&</sup>lt;sup>348</sup> Especialmente com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, que possibilitam que cheguem ao Poder Judiciário várias questões que antes seriam resolvidas por meios não-estatais.

# Capítulo X - Teorias sobre o direito

# A - Jusnaturalismo

### 1. Características do jusnaturalismo

# a) O direito, visto pelos jusnaturalistas

O direito é a atividade humana voltada à garantia de uma convivência justa, o que significa uma convivência ordenada de acordo com os padrões adequados de moralidade. Embora certos autores tentem criar uma oposição entre ordem e justiça, não há qualquer oposição entre eles, pois uma sociedade desordenada sempre será uma sociedade injusta. A ordem é um pressuposto da justiça e, portanto, é natural que se busque mantê-la.

Na busca de criar essa ordem justa, dois são os padrões de conduta que devem ser observados pelas pessoas. Em primeiro lugar, devemos observar o direito natural, que é o conjunto dos princípios justos por natureza. As promessas devem ser mantidas. Devese dar a cada um o que é seu, o que significa, entre outras coisas, que as propriedades de cada um deverão ser respeitadas e que os crimes deverão ser punidos de maneira proporcional. Quem causar prejuízo a outras pessoas deverá repará-lo. Os pais devem zelar por seus filhos e os filhos devem observar os comandos de seus pais. As mulheres devem zelar pelos seus maridos e cuidar da família, enquanto ao marido cabe o sustento da casa. Tudo isso é justo por natureza e é assim em todas as partes e em todos os tempos. Portanto, esses princípios fazem parte do direito natural, que pode ser resumido na máxima: faz o bem e evita os males.

Todavia, para a garantia da justa convivência humana, a observância do direito natural é necessária, mas não suficiente. Matar alguém é contrário ao direito natural, mas este não estabelece quais são as penas que deverão ser aplicadas aos homicidas. Descumprir uma promessa é injusto por natureza, mas o direito natural não oferece critérios adequados sobre como, onde e quando as obrigações devem ser cumpridas. Por tudo isso, é preciso que o homem complemente o direito natural com disposições adequadas à sua cultura e ao seu tempo. O direito positivo, assim criado, é fruto da vontade do soberano, que impõe seus comandos na tentativa de garantir às relações interpessoais a ordem e a estabilidade necessárias para a construção de uma sociedade justa. Dessa forma, a vontade do soberano contribui para a efetivação da justiça, de tal forma que ela deve ser observada sempre que não colidir com os mandamentos do direito natural.

### b) Teses fundamentais do jusnaturalismo

Se pedíssemos a um teórico vinculado ao jusnaturalismo clássico para que nos explicasse o que é o direito natural, ele provavelmente daria uma explicação próxima à contida no item anterior, em que são defendidas as duas principais teses que caracterizam as teorias jusnaturalistas. Em primeiro lugar, está presente a concepção de que existem certos princípios universalmente válidos, que formam o direito natural: um direito cuja validade não depende de nenhuma convenção social, mas que decorre da própria natureza das coisas. Além disso, o texto considera que não podem ser consideradas jurídicas as normas que contradizem esses princípios universais de moralidade e justiça, ou seja, que o direito natural deve prevalecer sobre o direito positivo. Dessa forma, como descreve Hans Kelsen, os jusnaturalistas consideram que:

A natureza — a natureza em geral ou a natureza do homem em particular — funciona como autoridade normativa, isto é, como autoridade legiferante. Quem

observa os seus preceitos atua justamente. Estes preceitos, isto é, as normas da conduta justa, são imanentes à natureza. Por isso, eles podem ser deduzidos da natureza através de uma cuidadosa análise, ou seja, podem ser encontrados ou, por assim dizer, descobertos na natureza — o que significa que podem ser conhecidos. Não são, portanto, normas que — como as normas do direito positivo — sejam postas por atos da vontade humana, arbitrárias e, portanto, mutáveis, mas normas que já nos são dadas na natureza anteriormente à sua possível fixação por atos da vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e imutáveis.<sup>350</sup>

Assim, podemos ver que as teses jusnaturalistas assumem como indiscutível que existe uma natureza independente da vontade do homem, que pode ser conhecida pela razão humana. Consideram também que, na medida em que o homem conhece a natureza, ele pode extrair dela alguns princípios gerais de comportamento, cuja validade deve ser reconhecida por toda e qualquer organização social. Exemplos típicos são as regras segundo as quais os pais devem cuidar dos filhos, as penas devem ser proporcionais aos delitos, os pactos devem ser cumpridos ou quem causa prejuízo a outrem deve indenizar a pessoa lesada.

### c) Pluralidade de jusnaturalismos

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o termo jusnaturalismo não designa um conjunto harmônico de doutrinas. Por um lado, a percepção da natureza é bastante diversa nos diversos momentos históricos, o que resulta em várias concepções sobre o que se deve chamar de direito natural. Além disso, como bem observou Norberto Bobbio:

A tese de que a história do jusnaturalismo é uma só parece desmentida clamorosamente pelo fato de que, sob as grandes asas do direito natural, têm sido propostas doutrinas jurídicas das mais diversas. Não há idéia que já não tenha encontrado apoio em alguma "lei natural". Sempre que um escritor, uma facção, uma seita, um partido, um político poderoso quis justificar o seu direito e recorreu para isso ao direito natural, não teve dificuldade em encontrar na natureza complacente algum fundamento. A natureza demonstrou ser generosa o bastante para contentar, se solicitada com habilidade, o patrão e o empregado, o soberano e os súditos, o rico e o pobre, o opressor e o oprimido. Vista da perspectiva da ética ou das ideologias políticas, a história do direito natural apresenta todas as cores do arco-íris.<sup>351</sup>

Embora seja comum a todos os jusnaturalismos a afirmação de que existe um conjunto de princípios que são justos *por natureza*, há vários entendimentos sobre o que significa *natureza*. Por um lado, há autores que afirmam que o direito natural é aquele que decorre da vontade dos deuses. Há também juristas que não se prendem à teologia, mas que admitem que existe uma natureza humana, a qual entendem como sendo a fonte dos princípios de justiça. Além disso, existem autores que entendem que o direito natural pode ser derivado apenas da razão humana. Por fim, já no século XX, especialmente depois da Segunda Grande Guerra, houve uma grande revisão na idéia de direito natural, que passou a ser entendido como histórico e variável.

# d) O problema essencial do jusnaturalismo

As teorias jusnaturalistas são tentativas de resolver basicamente três problemas jurídicos fundamentais, que podem ser resumidos nas seguintes questões:

-

<sup>350</sup> KELSEN, O problema da justiça, p. 71.

<sup>351</sup> BOBBIO, Locke e o direito natural, p. 54.

- 1. Qual é o fundamento da obrigatoriedade do direito positivo? Em outras palavras: por que as normas jurídicas criadas pelas autoridades políticas são obrigatórias?
- 2. Existem limites ao poder das autoridades políticas de criar direitos e deveres?
- 3. Existem princípios juridicamente válidos que podem ser extraídos diretamente da natureza e que não dependem de uma decisão política que os institua?

Observe-se que, em todas essas questões, há uma presença marcante do direito positivo. Esse fato evidencia que os interesses das teorias jusnaturalistas eram profundamente ligados ao direito positivo, o que pode parecer contraditório a alguns. Todavia, não há aí contradição alguma. O jusnaturalismo é normalmente uma tentativa de resolver os problemas relativos ao direito em geral (direito positivo inclusive) a partir da referência a padrões gerais de justiça que servem como base e limites do direito. Dessa maneira, não se encontrará uma teoria jusnaturalista que não dedique bastante atenção ao direito positivo.

Desde o início da modernidade, o problema do direito natural tornou-se ainda mais específico. Abandonada a concepção de que existe uma ordem natural do universo imposta pela divindade, teve ascensão a idéia de que o homem é um ser fundamentalmente livre. Além disso, acentuou-se a pretensão de que todos os homens fossem tratados como iguais. Com o Iluminismo, os valores de *igualdade* e *liberdade* foram alçados à categoria de direitos intrínsecos à natureza humana. Dessa forma, o problema do direito natural, para os modernos, pode ser descrito da seguinte maneira:

Quando homens vivem em uma comunidade jurídica, sua liberdade é restringida e a organização da sociedade implica desigualdade. Como, então, esse estado de coisas pode ser reconciliado com a idéia de uma liberdade e igualdade originais? Como podem os indivíduos livres e iguais terem introduzido limitações e subordinação entre eles?<sup>352</sup>

Esse foi o grande problema enfrentado pelos teóricos modernos do jusnaturalismo. Grócio, Hobbes, Rousseau, Locke, Kant, todos eles tentaram oferecer respostas que harmonizassem os ideais de ordem e justiça aos ideais de igualdade e liberdade. Analisemos, então, como algumas das principais vertentes do jusnaturalismo enfrentaram os problemas acima descritos.

### 2. Teorias jusnaturalistas

a) O jusnaturalismo na Antigüidade

A idéia de que existem certos princípios jurídicos naturais está presente na cultura jurídica ocidental desde a antigüidade. Embora a nossa sociedade sempre tenha reconhecido que a autoridade política pode estabelecer normas de conduta obrigatórias (ou seja, criar direito positivo), desde os primórdios da nossa civilização costuma-se admitir que há algumas regras que precisam ser respeitadas até mesmo pelos soberanos políticos. Inicialmente, consideravam-se regras dessa natureza aquelas impostas pela própria divindade, tais como os dez mandamentos que, segundo a Bíblia, Deus revelou a Moisés. Esses mandamentos eram considerados obrigatórios devido à sua origem divina e, por isso, eles não poderiam ser modificados pelos homens.<sup>353</sup>

.

<sup>352</sup> OLIVECRONA, Law as fact, p. 11. [tradução livre]

<sup>353</sup> Como os cristãos consideram que essas normas foram postas por Deus, seria razoável chamá-las de direito positivo. Todavia, atualmente a expressão direito positivo tem sentido não apenas de norma posta, mas de regra posta pela autoridade política. Dessa maneira, devemos considerar como jusnaturalistas as teorias que admitem como obrigatórias as normas impostas pela divindade, na medida em que admitem a existência de normas válidas independentemente da vontade dos homens ou das organizações sociais.

# 1. Grécia: jusnaturalismo teológico na Antígona de Sófocles

Manifestações importantes desse direito natural de viés teológico podem ser encontradas também na Grécia antiga, cabendo destacar a tragédia *Antígona*, de Sófocles, na qual o enredo gira em torno do conflito entre as leis divinas e as leis humanas.

Quando Édipo exilou-se de Tebas, o governo da cidade foi dividido entre seus dois filhos homens: Etéocles e Polinices, sendo que ambos assumiram o compromisso de se revezarem no poder a cada ano. Todavia, Etéocles governou no primeiro ano e negouse a passar o trono ao irmão, o que levou Polinices a buscar apoio para invadir a cidade e fazer valer seu direito. Na luta que se seguiu, os irmãos tiraram a vida um do outro, deixando o trono livre para seu tio Creonte. Findas as batalhas, Creonte, que era partidário de Etéocles, editou um decreto determinando que este sobrinho fosse enterrado com todas as honras, enquanto Polinices deveria permanecer insepulto, fora dos muros da cidade. E, para garantir o cumprimento dessa ordem, determinou que quem enterrasse Polinices seria condenado à morte. Frente ao édito real, Antígona viuse frente ao seguinte dilema: poderia ela obedecer à lei divina, que lhe ordenava enterrar o irmão, e ser morta por isso ou poderia obedecer à lei humana e, com isso, ofender aos deuses. Após muito refletir, Antígona decidiu proceder aos ritos funerários de Polinices e convidou sua irmã Ismênia para auxiliá-la. Entretanto, Ismênia respondeu-lhe que:

É preciso lembrarmo-nos de que nascemos para ser mulheres, e não para combater com os homens; e, em seguida, que somos governadas pelos mais poderosos, de modo que nos submetemos a isso, e a coisas ainda mais dolorosas. Por isso eu rogo aos que estão debaixo da terra que tenham mercê, visto que sou constrangida, e obedeço aos que caminham na senda do poder. Atuar em vão é coisa que não faz sentido.<sup>354</sup>

Apesar da negativa da irmã, Antígona realizou sozinha o funeral de Polinices, sendo presa em seguida e levada à presença de Creonte, que a interrogou.

CREONTE: Sabias que fora proclamado um édito que proibia tal ação?

ANTÍGONA: Sabia. Como não havia de sabê-lo? Era público.

CREONTE: E ousaste, então, tripudiar sobre estas leis?

ANTÍGONA: É que essas não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. Por causa das tuas leis, não queira eu ser castigada perante os deuses, por ter temido a decisão de um homem. Eu já sabia que havia de morrer um dia — como havia de ignorá-lo? —, mesmo que não tivesses proclamado este édito. E, se morrer antes do tempo, direi que isso é uma vantagem. Quem vive no meio de tantas calamidades, como eu, como não há de considerar a morte um benefício? E assim, é dor que nada vale tocar-me este destino. Se eu sofresse que o cadáver do filho morto da minha mãe ficasse insepulto, doer-me-ia. Isto, porém, não me causa dor. E se agora te parecer que cometi um ato de loucura, talvez louco seja aquele que me condena. [...]

ANTÍGONA: Intentas algo mais do que prender-me para me matar?

CREONTE: Eu não. Com isso me dou por satisfeito.

ANTÍGONA: Então por que hesitas? Assim como das tuas palavras não me vem nenhum deleite, nem poderá jamais vir, assim também o meu parecer te é

\_

<sup>354</sup> SÓFOCLES, Antígona, p. 31.

desagradável por natureza. E, contudo, onde podia eu granjear fama mais ilustre do que dando sepultura ao meu próprio irmão? Todos os que aqui estão diriam também como aprovam este ato, se o medo não lhes travasse a língua. Mas é que a realeza, entre muitos outros privilégios, goza o de fazer e dizer o que lhe apraz.<sup>355</sup>

Apesar da defesa de Antígona, Creonte decidiu prendê-la em uma caverna e deixá-la morrer de fome. Logo em seguida, Tirésias, um célebre adivinho, procurou Creonte e alertou-o de que seus atos trariam para Tebas grandes desgraças. Temeroso do destino que os deuses lhe reservariam, Creonte decidiu libertar Antígona e enterrar Polinices. Todavia, já era tarde, pois Antígona havia-se matado. Hêmon, filho de Creonte e noivo de Antígona, ao ver morta a amada, matou-se também, perante os olhos do pai. E Eurídice, rainha de Tebas, cometeu suicídio após ver o cadáver do filho. Assim, o castigo dos deuses a Creonte foi deixá-lo vivo.

# 2. Grécia: jusnaturalismo em Aristóteles

Embora a teologia seja uma espécie de metafísica (pois a idéia de Deus é necessariamente ligada a um ser que existe além do mundo físico), há uma série de teorias metafísicas que não se baseiam em uma concepção teológica. A principal concepção que pode ser encaixada nesse grupo é a idéia de que algumas regras jurídicas podem ser derivadas da própria natureza humana. Dessa forma, toda legislação que não reconhecesse ao homem esses direitos (chamados de direitos naturais), seria contrária à natureza das coisas e, portanto, não poderia ser considerada válida.

Podemos chamar essa corrente de metafísica porque ela pressupõe que essa tal natureza humana (um conjunto de características inatas compartilhadas por todos os seres humanos) existe e pode ser conhecida. Esse é um pressuposto que diz respeito a coisas que não podem ser comprovadas (nem refutadas) com base em argumentos empíricos: como demonstrar que todo homem tem direito à liberdade ou que todos os homens devem ser iguais perante a lei? Por trabalharem com conceitos que não se relacionam ao mundo físico (como *natureza humana* ou a *natureza das coisas*), podemos chamar essas correntes de metafísicas.

Já na Grécia começaram a ser desenvolvidas algumas concepções desse tipo. Os sofistas, dada a sua condição de professores itinerantes, começam a teorizar a diferença entre natureza (eventos que acontecem de forma regular em todos os locais) e cultura (realidade construída socialmente). Essa concepção foi desenvolvida pelos filósofos e chegou a uma formulação já bastante refinada em Aristóteles, que propôs a diferenciação entre as regras que são válidas por natureza e aquelas que são válidas por convenção social. Dizia Aristóteles:

A justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente. [...] Existem uma justiça que é natural e uma justiça que não é natural. É possível ver claramente quais as coisas que podem ser de outra maneira, que são como são por natureza, e as que não são naturais, e sim convencionais.<sup>356</sup>

### 3. Roma: Cícero e o jusnaturalismo

\_

<sup>355</sup> SÓFOCLES, Antígona, pp. 45-46.

<sup>356</sup> ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos, p. 103.

Em Roma, encontramos algumas das manifestações mais célebres sobre o direito natural. Entre elas, devemos ressaltar esta famosa passagem de Cícero, inspirada nos conceitos estóicos:

Existe uma lei verdadeira, razão reta conforme a natureza, presente em todos, imutável, eterna; por seus mandamentos chama o homem ao bem e por suas interdições desvia-o do mal; quer ordene, quer proíba, ela não se dirige em vão aos homens de bem, mas nenhuma influência exerce sobre os maus. Não é permitido invalidá-la por meio de outras leis, nem derrogar um só de seus preceitos; é impossível ab-rogá-la por inteiro. Nem o senado nem o povo podem liberar-nos dela, tampouco é preciso buscar fora de nós quem a explique e a interprete. Ela não será diferente em Roma ou em Atenas, e não será, no futuro, diferente do que é hoje, mas uma única lei, eterna e inalterável, regerá todos os povos, em todas as épocas; um só deus é, com efeito, como que o mestre e o chefe de todos. É ele o autor desta lei, quem a promulgou e a sanciona. Aquele que não a obedece foge de si mesmo, renegando sua natureza humana, e prepara para si os maiores castigos, mesmo se consegue escapar aos outros suplícios (os dos homens).<sup>357</sup>

# b) O jusnaturalismo teológico na Idade Média

Na antigüidade, era bastante comum que o chefe político fosse também o chefe religioso<sup>358</sup>. Com o tempo, a liderança política e a religiosa foram paulatinamente se diferenciando. Esse distanciamento gradual teve reflexos nas concepções filosóficas e jurídicas medievais, que passaram a ter que lidar com a distinção entre a autoridade religiosa da Igreja Católica (concentrado no Papa) e o poder político (concentrado nos reis e senhores feudais). Apesar de, naquela época, as normas religiosas (ou normas morais e costumeiras com profundas raízes teológicas) ainda serem consideradas direito, era preciso desenvolver teorias que explicassem a relação entre o direito natural e o direito positivo.

Essas idéias adquiriram um alto grau de refinamento na alta Idade Média, quando São Tomás de Aquino propôs a diferença entre lei eterna (a própria razão do Deus católico), lei natural (parcela da razão divina que o homem poderia conhecer a partir da sua própria racionalidade), lei divina (a verdade revelada nas escrituras) e lei humana (estabelecida convencionalmente). Entre essas categorias havia uma diferença de hierarquia. No topo a lei eterna, perfeita e imutável, seguida das leis naturais e divinas e, em último lugar, a lei humana (a mais imperfeita de todas), que se deveria mirar nas leis naturais e divinas e nunca poderia transgredi-las. Devemos observar que a concepção de Tomás de Aquino já indica a introdução de um conceito que se tornará central na questão do jusnaturalismo alguns séculos depois: o problema da racionalidade, que será desenvolvido especialmente pelos filósofos políticos iluministas.

# c) O jusnaturalismo na Idade Moderna

### 1. Jusnaturalismo teológico

Mesmo com a passagem para a Idade Moderna, a justificação do poder político continuou tendo um caráter essencialmente teológico, pois era fundado no direito divino dos reis. Considerava-se que o rei tinha legitimidade para impor sua vontade aos seus súditos na medida em que ele era um escolhido de Deus (ou ao menos alguém cuja autoridade fora reconhecida pela Igreja Católica). Essa concepção teológica manteve-se

<sup>357</sup> CÍCERO, De Republica, L. III. XXII, 33. Citado por PERELMAN, Lógica Jurídica, p. 17.

<sup>358</sup> Exceção a essa regra foi a organização política das várias cidades-estado gregas.

tão forte que as concepções de Thomas Hobbes, contratualista que defendia o absolutismo, foram recusadas pelos monarcas ingleses em meados do século XVII por causa do seu ateísmo. Todavia, esse tipo de fundamentação do poder político foi perdendo gradualmente seu poder de convencimento, até ser completamente abandonada, quando das revoluções burguesas.

Outro defensor de teorias jusnaturalistas teológicas na idade moderna foi Blackstone, o mais importante dos juristas ingleses da época da formação do *common law*, que se manifestou da seguinte forma sobre o direito natural:

Como o homem depende absolutamente de seu criador para tudo, é necessário que ele se conforme em todos os pontos à vontade de seu Criador. Esta vontade de seu Criador é chamada de lei da natureza. Porque, assim como Deus, quando criou a matéria e dotou-a de um princípio de mobilidade, estabeleceu certas regras quanto à direção perpétua desse movimento; assim, quando criou o homem e dotou-o de livre-arbítrio para se conduzir em todas as partes da vida, Ele estabeleceu certas leis imutáveis de conduta humana, por meio das quais o livre-arbítrio é regulado e restringido em certa medida, e deu-lhe também a faculdade da razão para descobrir o teor dessas leis. [...] Ele estabeleceu apenas leis tais que estivessem fundadas nas relações de justiça, que existissem na natureza das coisas, antecedentes a qualquer preceito positivo. Essas são as leis eternas, imutáveis, do bem e do mal, às quais o próprio Criador, em todas as Suas disposições, se conforma; e às quais Ele possibilitou à razão humana descobrir, tanto quanto sejam necessárias à condução das ações humanas.<sup>359</sup>

### 2. Transição para um jusnaturalismo racionalista (justacionalismo)

A partir do renascimento cultural, as idéias teológicas tiveram sua importância gradualmente reduzida e o ideal de *racionalidade* tornou-se cada vez mais importante. Na cultura européia, a razão substituiu a fé como valor fundamental, estimulando o desenvolvimento de linhas filosóficas racionalistas, que culminaram no Iluminismo do século XVIII. Nesse meio tempo, houve um período de transição, no qual se combinavam as exigências da razão, mas ainda não haviam sido abandonadas as referências à teologia. Um exemplo desse período é o conceito de direito natural oferecido por Hugo Grócio, que o definiu como "um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário, segundo seja ou não conforme à própria *natureza racional* do homem, e a mostrar que tal ato é, em conseqüência disto, vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza"360.

Combinam-se, em Grócio, a visão do direito natural como próprio da natureza racional do homem, bem como a origem divina das regras naturais — combinação essa que começou a ser ensaiada por São Tomás de Aquino, alguns séculos antes. Segundo Grócio, o direito natural era composto por certos princípios gerais como a necessidade de manter as promessas feitas, respeitar o que pertence aos outros ou reparar os danos causados culposamente, princípios que poderiam ser racionalmente percebidos na natureza. Para esse autor, tais princípios eram entendidos como a base de uma sociedade organizada e justa, de tal forma que, sem a sua observância, seria impossível uma convivência harmônica entre as pessoas.<sup>361</sup>

Não havia, contudo, uma oposição entre direito positivo e direito natural: o que se buscava era compatibilizar essas duas entidades, garantindo uma justificação para a

<sup>359</sup> BLACKSTONE, Commentaries on the laws of England, Introdução, §§ 36-39. Citado por KELSEN, Teoria geral do direito e do Estado, p. 13.

<sup>360</sup> GROCIO, De jure belli ac pacis, (1,10). Citado por BOBBIO, O positivismo jurídico, p. 20.

<sup>361</sup> Sobre as teorias de Hugo Grócio sobre o direito natural, vide OLIVECRONA, Law as fact, p. 13.

obrigatoriedade do direito positivo e limites à autoridade política. O direito positivo era entendido como um complemento necessário do direito natural, que concretizava as suas orientações e possibilitava a garantia efetiva da ordem. Todavia, os governantes nunca poderiam violar o direito natural, pois essa era a fonte da sua própria autoridade. Além disso, as lacunas do direito positivo poderiam ser preenchidas a partir de referências ao direito natural.<sup>362</sup>

# 3. Teorias jurídicas ligadas ao iluminismo

Inspirados pelo ideário iluminista, teóricos do peso de Locke, Montesquieu e Rousseau empenharam-se em explicar, em bases unicamente racionais, a organização política e jurídica das sociedades. Na tentativa de explicar racionalmente a natureza, o iluminismo reduziu o mundo a um conjunto de regras, redução que teve reflexos não apenas nas ciências naturais como também nas ciências sociais, inclusive no direito. Por meio da física newtoniana, a organização da natureza foi reduzida a um conjunto sistemático de regras. Nessa época, seguindo a metáfora proposta por Descartes, o mundo passou a ser visto como um relógio que se movimenta de acordo com leis preestabelecidas, sendo essa mesma visão estendida também à sociedade e ao direito<sup>363</sup>.

No campo jurídico, esse movimento de racionalização levou à construção de um novo modelo de organização jurídica, que recusava a autoridade tradicional do costume e afirmava a necessidade de construir ordens jurídicas racionalmente organizadas. Foi, então, que surgiu o projeto de redução do pluralismo<sup>364</sup>, na tentativa de subordinar toda a sociedade a um governo uniforme, baseado em uma nova legislação, que deveria ser elaborada de acordo com os ditames da razão. Formaram-se, então, as correntes justacionalistas, que defendiam a existência de um direito natural composto por regras que poderiam ser fundamentadas na própria razão humana.

Neste ponto, convém ressaltar que as teorias jurídicas não podem ser compreendidas fora do seu contexto histórico e que as discussões sobre o direito natural nunca são desvinculadas dos problemas relativos ao direito positivo. Portanto, para compreender devidamente o direito iluminista, é preciso observar as condições políticas e sociais da época.

Politicamente, a passagem do século XVII para o século XVIII marca a decadência das justificativas teológicas para o poder político, o que exige o desenvolvimento de novos fundamentos para justificar a dominação política e o poder do Estado. No campo jurídico, esse processo mostra-se como a necessidade de oferecer novos fundamentos para o direito positivo, na medida em que o jusnaturalismo teológico perdia gradualmente sua força. Sendo o direito positivo uma emanação do poder do Estado, o fundamento do direito não poderia ser diverso do fundamento da autoridade estatal. Logo, nada mais razoável que estender ao direito a teoria iluminista de justificação da autoridade política do Estado: a teoria do contrato social.

As teorias contratualistas constróem um engenhoso raciocínio, a partir dos pressupostos de que o homem é naturalmente livre e racional. Como o homem é considerado livre por natureza, teoricamente ele poderia escolher qualquer dos caminhos que se abrissem a sua frente. Contudo, sendo o homem racional, a ele é vedado escolher opções manifestamente irracionais. Ora, para os contratualistas, seria

143

<sup>&</sup>lt;sup>362</sup> Vide OLIVECRONA, Law as fact, p. 23.

<sup>&</sup>lt;sup>363</sup> Essa maneira de ver o mundo, reduzindo-o a uma máquina que se movimenta segundo normas preestabelecidas, é chamada de mecanicismo e é uma das principais idéias filosóficas da modernidade, tendo até hoje grande influência sobre as ciências e sobre a filosofia.

<sup>364</sup> Vide Capítulo IX, H, 1.

irracional que os homens decidissem pela manutenção do estado de natureza<sup>365</sup> e, portanto, a organização da sociedade civil é considerada um imperativo da razão humana.

Embora ninguém afirme que esse contrato original tenha realmente existido, o apelo a esse modelo de justificação é uma forma de dar à sociedade um fundamento racional: caso os homens vivessem em um estado de natureza<sup>366</sup>, eles perceberiam racionalmente que o melhor para eles seria reunir-se em uma sociedade e fazer um contrato, estabelecendo uma organização social mais adequada aos ditames da razão. Se assim fariam os homens no estado de natureza, então pode-se concluir que a criação e a manutenção da sociedade civil é a opção mais racional de organização. Todavia, muitos contratualistas asseveram que seria irracional da parte dos contratantes transferir todos os direitos ao Estado. Por isso, consideram que certos direitos não eram transferidos ao soberano e permaneciam na titularidade dos cidadãos. Essas prerrogativas, chamadas de direitos naturais ou inatos, funcionariam como limites ao poder estatal.

Entre as várias teorias contratualistas, a primeira a ser plenamente desenvolvida foi a de Thomas Hobbes, um dos precursores do racionalismo iluminista. Hobbes partiu de dois pressupostos básicos: o homem é um ser essencialmente racional e a natureza humana é basicamente egoísta. Considerava ele que cada homem atua de forma racional, buscando garantir a sua sobrevivência e, na medida do possível, o seu prazer. Por causa disso, afirmava que, antes da consolidação de um poder político organizado, os homens viviam em um estado de guerra e que, "desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é uma conseqüência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há justiça. <sup>367</sup>

Nessa guerra de todos contra todos, a única saída que o homem tinha para defender seus interesses pessoais era fazer um contrato com as outras pessoas, um acordo que garantisse condições mínimas de segurança. E, para manter esse acordo, era necessário atribuir o poder a uma pessoa ou assembléia (ou seja, criar um Estado) que pudesse tomar decisões e impô-las aos membros de uma comunidade. Com esse raciocínio, Hobbes buscava fundamentar o poder político não na autoridade religiosa, mas no fato de que atribuir o governo da sociedade a um Estado absolutista era a única forma racional de organização. Locke e Rousseau, os outros contratualistas clássicos, ainda que partissem de premissas diferentes, construíram raciocínios similares. A grande diferença entre esses autores estava no tipo de governo que propunham³68 e não o modo de justificar a legitimidade de tais formas de organização.

Dessa forma, o contratualismo defende que a constituição do Estado é uma consequência necessária da racionalidade humana e, com isso, todas as pessoas devem submeter-se à autoridade política estatal — inclusive às normas jurídicas impostas pelo Estado. A idéia por trás deste projeto era a seguinte: como todos os homens são racionais, toda norma que for comprovadamente racional deverá ser aceita por todos os homens. Com isso, o iluminismo transforma a antiga obrigação frente ao rei em uma

<sup>&</sup>lt;sup>365</sup> Embora essa conclusão seja comum, são bastante diversos os motivos que levam a ela. Hobbes, por exemplo, sustenta que a manutenção do estado de natureza seria irracional porque ele não oferecia qualquer tipo de segurança. Já outros contratualistas, como Locke e Rousseau, afirmam que o estado de natureza não era caótico e inseguro, mas as vantagens do estado de sociedade seriam suficientes para que o homem se visse racionalmente compelido a organizar uma sociedade civil.

<sup>&</sup>lt;sup>366</sup> Conceito utilizado pelos contratualistas para designar o estado do homem antes da organização das sociedades civis

<sup>&</sup>lt;sup>367</sup> HOBBES, Leviatã, cap. XIII, §§ 14/15.

<sup>&</sup>lt;sup>368</sup> Hobbes propunha um absolutismo em que o único direito dos homens seria o de legítima defesa, Locke propunha um governo que deveria respeitar uma vasta gama de direitos naturais e Rousseau propunha um governo democrático.

obrigação frente a si mesmo, pois o Estado passa a ser visto como constituído pela própria autoridade dos súditos. Identificamos, assim, uma mudança no discurso legitimador: da justificação do direito positivo por meio de sua adequação aos valores tradicionais (incluindo os teológicos), passou-se a fundamentar o direito e o Estado com base no racionalismo individualista que caracterizava o iluminismo.

# d) A cristalização do direito natural nos códigos

A revolução francesa marcou um momento crucial para o jusnaturalismo. Por um lado, significou um importantíssimo triunfo dos ideais iluministas, inclusive do jusracionalismo que a ele estava ligado. Todavia, as condições criadas por essa revolução determinaram um rápido abandono do jusnaturalismo e a ascensão de uma nova mentalidade, que dominaria o direito do século XIX e do século XX: o positivismo.

Nas revoluções burguesas, que marcam a transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea, buscou-se com afinco definir objetivamente o conteúdo do direito natural, ou seja, esclarecer quais eram as normas válidas em virtude da própria natureza das coisas. Como o direito é estreitamente vinculado à organização política e, nessa época, a cena política era dominada pela burguesia ascendente, chegou-se a uma resposta quase consensual: os valores justos por natureza eram os valores burgueses que inspiraram as revoluções dos séculos XVIII e XIX: liberdade, igualdade, racionalidade, objetividade, segurança.

Os juristas da época julgavam ser possível descobrir, mediante procedimentos racionais, quais eram as regras que compunham o direito natural. Acreditavam eles ser possível desenvolver um direito absolutamente racional e que, nessa medida, deveria ser a forma mais adequada de organização para qualquer sociedade humana. O direito assim desenvolvido não deveria tomar como base os costumes e as tradições de um povo, que são assistemáticas e contêm uma série de preconceitos, sendo imperioso que ele fosse elaborado racionalmente e organizado de maneira sistemática. Com vistas a desenvolver um direito com essas características, iniciou-se um movimento para a elaboração de conjunto de normas que possibilitassem uma organização racional das condutas humanas, normas essas que deveriam ser reunidas em um mesmo livro e expostas de forma sistemática. Criaram-se, então, os códigos modernos: livros que continham todas as normas sobre um determinado assunto, organizadas metodicamente. Esses códigos deveriam trazer regras jurídicas claras e objetivas, de modo que qualquer cidadão pudesse, lendo-os, conhecer seus direitos e deveres. O fruto mais conhecido desse esforço foi o Código Civil francês de 1804, normalmente chamado de Código de Napoleão.

Os autores dos códigos acreditavam firmemente que suas obras consolidavam, de maneira sistemática e objetiva, as regras do direito natural. Tratava-se, então, da vitória do direito natural racionalista contra o direito do antigo regime, que tinha base nos costumes e que era considerado irracional e desorganizado. Demonstra claramente o espírito dessa época o início da Declaração dos direitos do homem e do cidadão: "os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolvem declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem". Logo adiante, o art. 2º da Declaração estabelece que "esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão". Com inspiração nessas mesmas idéias, chegou-se a crer que o Código de Napoleão, por ser a expressão da racionalidade humana aplicada ao direito, poderia ser aplicado a todas as nações, independentemente das peculiaridades de cada cultura. Essa idéia ultrapassou as fronteiras e juristas de várias nacionalidades defenderam que seus países deveriam adotar um código civil nos moldes do francês, o que de fato aconteceu em alguns Estados.

Porém, como aponta quase todo historiador do direito, essa vitória do jusnaturalismo foi, ao mesmo tempo, o gérmen de sua decadência. Embora os autores dos códigos fossem adeptos do jusnaturalismo, logo o direito codificado perdeu sua ligação direta com o direito natural. Com a codificação, não se pretendia simplesmente impor as normas criadas pela vontade dos governantes, mas fixar regras que deveriam ser obedecidas por estarem de acordo com os ditames da racionalidade humana. Entretanto, a partir do momento em que foram cristalizadas nos códigos, não mais se admitiu a crítica a essas normas — afinal, na medida em que se tratavam de regras racionais, não era necessário criticá-las, mas simplesmente aplicá-las. Como observou Boaventura de Sousa Santos, "o direito natural é a bandeira ideológica da burguesia em ascensão. Mas essa mesma burguesia, quando chega ao poder, abandona seus ideais até então revolucionários, pois o fundamento do direito, acima das leis, não mais lhes interessa, eis que elas são elaboradas tendo em vista os seus interesses.<sup>369</sup>

Percebemos, assim, que o fato de o Código de Napoleão marcar o início do sepultamento do naturalismo jurídico não se deve aos redatores do código, mas aos seus intérpretes³70. Para as gerações de juristas formadas com base no estudo das normas codificadas, a ligação entre as leis e o direito natural foi-se tornando cada vez mais tênue, de tal forma que, algumas décadas após a codificação, os juristas passaram a obedecer à lei pela lei e não porque ela era derivada do direito natural. Com isso, o jusnaturalismo, após cumprir sua função revolucionária de crítica às instituições jurídicas do antigo regime, perdeu o seu caráter contestatório e cedeu lugar a um estudo meramente dogmático do direito positivo vigente.

Dessa forma, a Revolução Francesa marcou o apogeu do direito natural, na medida em que o direito positivo passou a ser construído da forma defendida pelos justacionalistas: um conjunto sistemático de regras extraídas racionalmente da natureza humana. Entretanto, na medida em que o direito positivo começou a ser entendido como a expressão perfeita do direito natural, os juristas perderam a possibilidade de criticar as leis com base nos princípios jusnaturalistas. Na prática, o direito natural foi reduzido ao direito positivo (que deveria ser a sua perfeita expressão) e o direito positivo foi reduzido à lei, pois era ao legislador que havia sido atribuída a função de elaborar as normas gerais. Com o tempo, a ligação original entre lei e direito natural foi sendo obscurecida, sendo que o culto à lei gradualmente desvinculou-se de sua base jusnaturalista.<sup>371</sup> Foi essa mudança de mentalidade que possibilitou o abandono da correntes jusnaturalistas e a ascensão de uma nova concepção de direito, que logo passou a dominar a cena jurídica ocidental: o positivismo jurídico, corrente teórica que nega a existência de um direito natural, reduzindo todo o direito ao direito positivo.

# B - Positivismo jurídico

#### 1. Declínio do jusnaturalismo e ascensão do positivismo

### a) Historicismo

Outro duro golpe nas teorias jusnaturalistas foi dado pela ascensão de teorias historicistas, que acentuavam o fato de que toda forma de organização política e jurídica é condicionada por fatores históricos. O historicismo, que teve seu principal representante no jurista alemão Savigny, criticava as pretensões jusnaturalistas de identificar regras *universais*, válidas em qualquer tempo e para qualquer povo. Para os

<sup>&</sup>lt;sup>369</sup> COELHO, Teoria crítica do direito, p. 340.

<sup>&</sup>lt;sup>370</sup> Vide BOBBIO, O positivismo jurídico, p. 73.

<sup>&</sup>lt;sup>371</sup> Vide OLIVECRONA, Law as fact, p. 35.

historicistas, o direito era uma criação cultural de cada povo, não fazendo sentido buscar extrair da natureza das coisas um conjunto de normas universais e imutáveis.

São os homens naturalmente iguais? Se respondermos afirmativamente, teremos que admitir que Aristóteles estava equivocado ao afirmar que os homens são desiguais por natureza<sup>372</sup>. Podemos afirmar que existe um direito natural à liberdade quando tantas civilizações consideraram *natural* a existência de servos e escravos? É natural a lei de Talião, que prescreve a reciprocidade entre dano e punição: *olho por olho e dente por dente*? É um direito natural a exigência de que as penas sejam proporcionais aos delitos? Ou deve a pena ser desproporcional para que sirva como exemplo frente aos potenciais criminosos? Se há um direito natural à vida, como explicar que tantos países admitam o aborto ou a pena de morte?

É razoável que sejamos etnocentristas ao ponto de considerarmos que os valores dominantes nas democracias ocidentais capitalistas contemporâneas são os valores universais e necessários da humanidade? Podemos fazer como os gregos e romanos, que consideravam os diferentes como bárbaros? Ou deveríamos reconhecer que os nossos valores foram construídos culturalmente e admitir a possibilidade de que outras culturas, com outra história, tenham valores opostos e nem por isso sejam irracionais? Essa parece ser a resposta mais adequada à mentalidade historicista e relativista que ganhou espaço em meados do século XIX e consolidou-se no início do século XX. Dessa forma, o historicismo promoveu uma recusa veemente da possibilidade de se extraírem da natureza princípios jurídicos universais e imutáveis. Contudo, apesar de reconhecer que os valores mudam com o tempo, muitos juristas não consideravam adequado abandonar a idéia jusnaturalista de que havia certos direitos inerentes à condição de ser humano — concepção essa que até hoje é profundamente arraigada no senso comum.

Com isso, alguns deles tentaram harmonizar os ideais jusnaturalistas com o historicismo, destacando-se entre eles a figura do alemão Rudolf Stammler, que propôs uma renovação da idéia de direito natural. Ao estudar a história das concepções jusnaturalistas, Stammler percebeu que cada época tinha um conceito próprio de direito natural, adequado aos seus próprios valores. Embora a idéia de direito natural tenha passado por diversas fases, a referência ao direito natural sempre havia sido encarada como um argumento juridicamente relevante. Todavia, em cada um desses momentos históricos, a invocação de um direito natural sempre foi feita como tentativa de limitar os poderes políticos na sua função legislativa: sempre se buscou afirmar que a lei não poderia ser contrária aos direitos que culturalmente se reconheciam aos homens.

A partir dessas observações, Stammler precisou admitir a idéia historicista de que era simplesmente impossível derivar da natureza das coisas ou da natureza humana um conjunto de regras universais e necessárias. Todavia, identificou que o discurso ligado ao direito natural era uma constante nos vários momentos históricos, sendo que, em cada época, a referência ao direito natural era resultado da pretensão de que o direito positivo fosse justo ou legítimo. Dessa forma, Stammler percebeu que, embora o conteúdo do direito natural variasse no tempo, a função das concepções jusnaturalistas permanecia a mesma.

Para explicar essa situação, Stammler criou o conceito de "direito natural de conteúdo variável"<sup>373</sup>, traduzindo a idéia de que cada época toma certas regras como pertencentes ao direito natural e recusa a possibilidade de que o direito positivo possa contrariá-las. Entretanto, se essa tentativa de recuperação da idéia de direito natural possibilitava a inserção do jusnaturalismo na história, ela também jogava uma pá de cal

\_

<sup>&</sup>lt;sup>372</sup> Vide ARISTÓTELES, *A política*, p. 16, citado em Capítulo V, C, 2.

<sup>&</sup>lt;sup>373</sup> Vide GUSMÃO, Filosofia do direito, p. 39.

sobre as antigas concepções de direito natural, pois recusava terminantemente a possibilidade de haver regras jurídicas universais e imutáveis.

# b) Mudanças no contexto social

A sociedade contemporânea é marcada por sua complexidade: diversos grupos sociais, múltiplos interesses em conflito, variadas concepções de mundo em um mesmo espaço social. Nesse contexto, que se consolidou com as revoluções burguesas, a busca de uma natureza humana compartilhada por todas as pessoas parece por demais utópica. A admissão da complexidade social, ligada às idéias democráticas de proteção às minorias e de respeito às diferenças, fez com que os juristas passassem a justificar o direito no consenso entre os diversos interesses e as variadas concepções políticas existentes em cada sociedade. Já não era mais possível supor que as regras jurídicas poderiam ser racionalmente descobertas, sendo necessário admitir que elas deveriam ser elaboradas por meio de um acordo político.

Ainda que o contratualismo ainda hoje seja razoavelmente aceito como fundamento do poder político, não se extrai dele qualquer conseqüência jurídica relevante. Isso acontece porque as teorias contratualistas têm sido utilizadas quase que exclusivamente para justificar a obrigatoriedade do direito legislado. Na atualidade, ao contrário do que faziam os justacionalistas, já não se extrai do contratualismo nenhuma limitação efetiva ao poder do Estado (atualmente elas são extraídas das constituições, que fazem parte do direito positivo) ou qualquer outra regra jurídica aplicável a casos concretos. Dessa forma, mesmo os juristas que defendem a hipótese do contrato social concentram-se apenas no direito positivado pelo Estado.

Com isso, rompeu-se com a última possibilidade de caracterizar certas normas jurídicas como regras cuja validade não depende de convenções sociais. Deu-se, assim, o golpe final na teoria clássica do jusnaturalismo, que dominou a ciência do direito até o início do século XIX: toda regra jurídica passou a ser vista como fruto de uma convenção social. Contudo, embora não pareça mais possível sustentar o jusnaturalismo clássico, os problemas centrais do jusnaturalismo (as questões ligadas à justiça, à legitimidade e à obrigatoriedade do direito) permanecem questões jurídicas extremamente relevantes até os dias de hoje.

### c) Mudanças na estrutura econômica

Outro ponto importante na decadência do jusnaturalismo foi a ascensão do sistema capitalista de produção. O desenvolvimento do capitalismo exigia uma mudança na estrutura social da época, especialmente nas formas tradicionais de organização das forças econômicas, baseadas em regras consuetudinárias. Também era preciso homogeneizar as formas de organização social e econômica, para que fosse possível reorganizar os meios de produção e o mercado de acordo com as exigências do novo modelo econômico. Portanto, o desenvolvimento do capitalismo foi um dos principais fatores ligados à centralização da produção jurídica no poder legislativo, com a conseqüente retração do direito consuetudinário.

Além disso, a organização do capitalismo é fundada na garantia do direito de propriedade e na garantia do cumprimento das promessas ligadas à transmissão de riquezas. Era preciso assegurar que as dívidas seriam pagas, que as mercadorias seriam entregues, que as obrigações seriam cumpridas: em suma, era preciso garantir a obrigatoriedade dos contratos firmados pelos vários atores do processo econômico. Essa garantia (ligada à existência de leis claras, organizadas de forma sistemática, e aplicáveis de maneira objetiva pelos juízes) deveria ser capaz de criar um ambiente de estabilidade, essencial para o crescimento do capitalismo.

Essa estabilidade não podia ser garantida pelo jusnaturalismo, pois, na medida em que essa concepção submetia o direito positivo ao direito natural, havia sempre a possibilidade de questionar a validade de uma regra positivada com base nos princípios de moralidade e justiça que compunham os direitos inatos e invioláveis do ser humano. Imagine-se, por exemplo, que um juiz considerasse que existia um *direito natural à moradia* e, com isso, negasse-se a promover o despejo de uma família, apesar do não pagamento dos aluguéis. Como o jusnaturalismo defende uma constante crítica do direito positivo, ele eventualmente levaria à negação de algumas leis e, conseqüentemente, essa corrente representaria um fator de instabilidade, pois as conseqüências jurídicas de um determinado ato não poderiam ser previstas com certeza absoluta. Imperioso, portanto, era abandonar o jusnaturalismo e desenvolver uma concepção jurídica que garantisse de maneira mais adequada o ideal de *segurança jurídica*, ou seja, as exigências de estabilidade e de previsibilidade no cumprimento das obrigações que um cidadão assume frente aos outros.

## 2. Características do positivismo jurídico normativista

Os fatores descritos no item anterior<sup>374</sup>, ao mesmo tempo que contribuíram para o declínio da importância das idéias jusnaturalistas, forneceram as bases para o desenvolvimento de uma concepção jurídica que se opôs ao jusnaturalismo e que se tornou, ainda no século XIX, a corrente jurídica dominante nos países ocidentais: o positivismo. O positivismo jurídico reflete as idéias democráticas que se consolidaram nas revoluções burguesas. Apesar de considerar que os homens são fundamentalmente livres, os positivistas consideram que é necessário haver certas regras de conduta que organizem a sociedade da maneira mais racional possível. Essa organização deverá ser feita a partir da tripartição dos poderes, inspirada na doutrina de Montesquieu, segundo a qual cabe ao legislativo criar as normas e aos juízes simplesmente aplicá-las aos casos em que haja conflito.

Assim, para o positivismo, a fonte do direito deve ser a vontade do povo, expressa por seus representantes, devendo ser abandonada a idéia de que as regras devem ser extraídas racionalmente da natureza. Assim, a postura fundamental do positivismo é a recusa de qualquer tipo de direito natural. Sendo o direito uma realidade cultural determinada por fatores históricos, não faz sentido buscar na natureza regras jurídicas universais e necessárias, pois o direito deve ser fruto da vontade do povo. Dessa forma, para os positivistas, o único direito que merece esse nome é o *direito positivo*, ou seja, o direito posto pelo homem, o conjunto de normas válidas em virtude de uma convenção social.

Essa concepção, que está em pleno acordo com o ideário democrático que inspirou as revoluções burguesas, é reforçada pelo fato de que as concepções positivistas oferecem uma base jurídica adequada ao capitalismo emergente. Na medida em que o positivismo prega a aplicação das leis, gera uma situação de estabilidade para as relações jurídicas contratuais. Como as leis devem ser meramente aplicadas pelos juízes, sendolhes vedado questioná-las com base em padrões universais de moralidade e justiça, é garantido o ideal de segurança jurídica, tão caro para a burguesia que ascendeu ao poder.

Esse ideal de segurança faz com que os juristas deixem de lado os questionamentos sobre a legitimidade e a justiça das normas e passem a limitar seus trabalhos às questões de como aplicar as normas aos casos concretos. A certeza jurídica é, assim, elevada ao posto de valor mais importante do direito: admitida a relatividade dos conceitos de

Além disso, a simplificação necessária a um curso introdutório impede uma análise mais aprofundada dos pontos abordados.

<sup>&</sup>lt;sup>374</sup> Lembramos, aqui, que o item anterior não faz uma descrição exaustiva dos fatores de decadência do jusnaturalismo e de ascensão do positivismo, havendo vários outros elementos envolvidos nesse processo.

justiça, os positivistas buscam garantir, ao menos, a segurança nas relações jurídicas. Como entendem que os direitos e deveres devem ser estabelecidos de forma clara e aplicados homogeneamente pelos tribunais, buscam garantir um alto grau de previsibilidade para as decisões jurídicas, o que é feito mediante um forte apego ao conteúdo literal da norma.

Todavia, contrariamente ao que pensavam os positivistas do início do século XIX, para ser compreendida, toda norma precisa ser interpretada. No processo de interpretação, os valores do intérprete desenvolvem um papel importante, pois não é possível um julgamento absolutamente neutro. A Constituição afirma que a propriedade deve cumprir a sua função social. Mas o que é função social? Essa é uma questão aberta, e provavelmente serão muito diferentes entre si as respostas que oferecerão um socialista, um liberal, um católico, um membro da TFP (Tradição, Família e Propriedade) ou um membro do MST. As nossas ideologias, os nossos preconceitos, as nossas pré-compreensões: tudo isso entra em jogo quando interpretamos uma norma jurídica.

O que devemos fazer, então, para garantir o máximo de objetividade possível? Normalmente, a resposta positivista é ater-se ao único elemento objetivo na norma: o seu texto. No positivismo, o conceito de norma jurídica praticamente se identifica com o de lei e são desencorajadas interpretações extensivas e restritivas, interpretações que envolvam a avaliação da legitimidade da norma (que para os positivistas deve ser pressuposta) ou qualquer outra consideração sobre valores. Se não é possível garantir uma ordem jurídica justa, ao menos que seja garantido um sistema jurídico claro, no qual cada um conheça seus direitos e os deveres que deve cumprir e no qual o julgamento de um processo não traga "surpresa" a qualquer das partes. Essa é a ideologia jurídica dominante nos dias de hoje e, portanto, ainda é possível afirmar que, no senso comum dos juristas, o positivismo é a teoria mais influente.

# a) Positivismo e democracia

O séc. XIX foi marcado por um grande otimismo, por uma crença quase absoluta no poder do homem de construir uma sociedade justa, a partir de uma organização racional dos poderes políticos e de uma elaboração racional do direito. Teve grande eco no século XIX a crença, inspirada nas idéias de Rousseau, que a melhor forma de organização social era a democracia, na qual as leis deveriam refletir a vontade geral dos cidadãos. Todavia, como a democracia direta era inviável, teve-se que reconhecer a democracia representativa como a melhor forma possível, exigindo-se que esta fosse organizada segundo um sistema de tripartição de poderes, como sugeria Montesquieu.

De acordo com o princípio da tripartição dos poderes, o poder legislativo deveria elaborar as normas jurídicas, restando ao poder judiciário apenas o papel de aplicá-las aos casos em que houvesse conflito. Entre os motivos que levam à adoção desse modelo, havia uma grande reverência à figura do legislador, entendido como efetivo representante do povo, aliada a uma profunda desconfiança em relação aos juízes, vistos como elitistas e distanciados dos valores do homem comum. Dessa forma, não deve causar espanto o fato de as democracias ocidentais terem criado uma série de mecanismos voltados à proteção do poder dos legisladores e à limitação do poder dos juízes. Entre esses mecanismos, podemos enquadrar a própria ideologia positivista, que reforçava o papel passivo dos juízes perante o direito posto. Enquanto o jusnaturalismo exigia uma postura ativa dos juízes, no sentido de que toda lei deveria ser avaliada segundo os padrões do direito natural, o positivismo eliminou da teoria jurídica qualquer possibilidade de o juiz avaliar a justiça ou a legitimidade das regras positivadas.

A finalidade originária de tal posicionamento parece ter sido evitar que o conservadorismo dos juízes criasse empecilhos às inovações trazidas pelas leis, pois eles

poderiam utilizar a teoria do direito natural como óbice às políticas definidas pelo legislador. Embora o positivismo implique a eliminação do debate sobre a legitimidade das normas impostas pelo Estado, isso não acontece simplesmente porque se considera irrelevante o problema da justiça das regras jurídicas. Em grande medida, o abandono dos questionamentos sobre legitimidade é fruto da crença em que a melhor forma de elaborar um direito justo seria atribuir *todo* o poder de criação de normas jurídicas aos representantes eleitos pelo voto popular.

No início do século XIX, uma série de fatores (sociais, econômicos, políticos, ideológicos etc.) fez com que o jusnaturalismo entrasse em crise e com que o positivismo jurídico assumisse, ainda em meados desse século, o papel de teoria jurídica dominante nos países democráticos. Assim, durante o século XIX, o positivismo estava profundamente ligado à idéia de democracia: ao negar a existência do direito natural, buscava resguardar o poder do representantes do povo que formavam o legislativo; ao exigir a fidelidade absoluta às leis, buscava garantir a estabilidade das relações jurídicas e assegurar o ideal de um *governo de leis e não de homens*; ao substituir os antigos costumes pelo direito legislado, buscava desenvolver um sistema jurídico mais moderno e racional. Todavia, essa estreita relação entre positivismo e democracia foi colocada em xeque pelos acontecimentos da primeira metade do século XX, como veremos a seguir.

# b) Aspectos ideológicos do positivismo normativista

No ponto anterior, o modo como foram expostas as relações entre direito positivo e democracia pode criar a ilusão de que o positivismo é uma simples consequência lógica dos ideais democráticos. Todavia, embora essa descrição oculta outra faceta importante do positivismo, que é a sua dimensão ideológica, enquanto teoria vinculada à organização capitalista e aos valores burgueses.

Ao garantir o poder do legislador contra interferência dos juízes, não apenas se garante a soberania popular, mas confere-se um poder praticamente ilimitado à burguesia, na medida em que são os representantes dessa classe que ocupavam (e ainda ocupam) os cargos eletivos. Ao garantir estabilidade nas relações jurídicas, criava-se uma condição necessária para a expansão do capitalismo. A redução do direito à lei, com a conseqüente retração do direito consuetudinário, contribuiu para a homogeneização da sociedade e, conseqüentemente, dos mercados consumidores. Dessa maneira, devemos reconhecer que o positivismo jurídico desempenhou papel de relevo na manutenção da estrutura política instaurada pelas revoluções burguesas, bem como em sua expansão. Identificamos, pois, uma dimensão ideológica bastante acentuada no ideário positivista, na medida em que contribuiu para a justificação e reprodução de uma determinada forma de organização política e econômica. Seria, portanto, ingênuo pensar que as ideologias jurídicas são meras construções científicas, sem relação com a organização política.

Contudo, também não seria adequado seguir pelo caminho oposto e, reduzindo o direito a uma expressão das forças políticas e econômicas, negar a influência dos valores democráticos no desenvolvimento do positivismo. Acreditamos que seria excessivamente reducionista afirmar que as teorias jurídicas são meros reflexos das relações econômicas ou políticas. Para compreender devidamente direito, consideramos que é preciso avaliá-lo como um fenômeno que surge dentro de certas condições econômicas, mas que não deixa de ser influenciado pelos valores de seu tempo, inclusive pelas utopias presentes na sociedade. Portanto, embora devamos reconhecer a relevância dos aspectos econômicos no desenvolvimento do positivismo, não podemos perder de vista as suas relações com os valores democráticos e as idéias filosóficas dominantes na Europa do século XIX.

# 3. Positivismo sociológico

No correr do século XIX, houve uma série de estudos que tentavam explicar o modo como os homens se comportavam, buscando determinar cientificamente as causas do comportamento humano, movimento que gerou ciências como a psicologia e a sociologia. O desenvolvimento dessas ciências influenciou vários juristas, nos sentido de considerar o direito como um fato social determinado pelo modo efetivo de constituição da sociedade e pelos padrões da psicologia humana. Com isso, várias correntes deixaram de entender o direito como um conjunto de normas que regem a sociedade e os estudos jurídicos tendiam a limitar-se à esfera do ser, com a investigação de aspectos sociológicos e psicológicos.

Formou-se, assim, no final do século XIX, o *positivismo sociológico*: conjunto de teorias que considera que a ciência do direito deve limitar-se ao estudo de fenômenos empíricos e que considera o direito "muito mais como a expressão de realidades sociais, econômicas e políticas, do que como a expressão de uma vontade de dirigir e orientar essas mesmas realidades"<sup>375</sup>. Vários foram os juristas ligados à corrente sociológica do positivismo, entre os quais se destacam o francês Léon Duguit, os alemães Eugen Ehrlich e Herman Kantorowicz e os americanos Oliver Wendell Holmes e Roscoë Pound.

# 4. Hans Kelsen e a reação contra o positivismo sociológico

Contrapondo-se ao positivismo sociológico que adquiria importância cada vez maior no início do século, o jurista austríaco Hans Kelsen fez uma defesa do positivismo normativista, sustentando que a ciência do direito deveria estudar apenas as normas, o mundo do *dever-ser* e não o mundo do *ser*. Que se deixasse à sociologia, à física, à psicologia e a outras ciências o desenvolvimento de pesquisas sobre o campo do ser, mas que o direito se limitasse a estudar a esfera normativa. Essa busca de sustentar o positivismo normativista frente às críticas do positivismo sociológico fez com que Kelsen empreendesse um trabalho de reconstrução da teoria jurídica positivista, que, em meados da década de 30, culminou na sua *teoria pura do direito*, a concepção positivista mais importante do século XX, motivo pela qual merece uma atenção especial.

Diferentemente do que se pode imaginar à primeira vista, o nome *teoria pura do direito* nome não foi escolhido porque Kelsen julgava que o direito era um objeto *puro<sup>376</sup>* ou que a criação do direito era isenta de interesses políticos ou outras coisas do gênero. Não se tratava de uma teoria sobre o *direito puro*, mas de uma *teoria pura* sobre o direito. Kelsen defendia apenas que a ciência do direito deveria ter um objeto puro, ou seja, deveria estudar apenas as normas positivadas (puro *dever-ser*), sem partir para considerações políticas, sociológicas, psicológicas ou quaisquer outras. Ele não se perguntava pela legitimidade (uma questão que fugiria ao puro aspecto normativo do direito), mas apenas pela vigência (validade formal) das normas. Tais idéias são expostas logo no início do livro *teoria pura do direito*, que assim começa:

A teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo — do direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o direito? [...] Quando designa a si própria como pura teoria do direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Isto

152

<sup>&</sup>lt;sup>375</sup> Comentário de Perelman sobre o projeto proposto em 1911-1912 por Roscoë Pound, um dos principais representantes da corrente sociológica nos Estados Unidos. PERELMAN, *Lógica jurídica*, p. 94. <sup>376</sup> No sentido de um objeto isento de carga valorativa.

quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.<sup>377</sup>

Essa posição de Kelsen, que se insere no movimento do positivismo normativista, é influente até os dias de hoje sendo muitos são os juristas que reduzem o direito às normas impostas pelo Estado<sup>378</sup>. Na segunda metade do século XX, o positivismo kelseniano foi muitas vezes atacado porque, em seu formalismo, admitia como jurídica qualquer sistema normativo imposto por um Estado. Todavia, concordamos com António Hespanha quando afirmou que o sentido mais profundo da teoria pura do direito era "o de constituir um manifesto contra os totalitarismos políticos de seu tempo, que, num sentido ou noutro, procuraram funcionalizar o direito em relação às conveniências do poder, legitimando-o a partir de considerações políticas como o domínio de classe (estalinismo) ou as necessidades vitais de uma raça (nacionalsocialismo)"379. Porém, devemos ressaltar que, embora um dos intuitos de Kelsen com a teoria pura do direito fosse evitar o uso da teoria jurídica como forma de manipulação ideológica, na América Latina, inclusive no Brasil, o positivismo foi utilizado, especialmente nos períodos ditatoriais, como uma forma de evitar a discussão sobre a legitimidade do direito positivo e, assim, como um elemento de reforço da ideologia conservadora dominante.

Na Europa continental e na América Latina, enquanto as correntes do positivismo sociológico não tiveram grande penetração, a teoria pura do direito foi amplamente reconhecida, o que contribuiu para que, nesses países, o normativismo positivista consolidasse sua posição como teoria jurídica hegemônica. Dessa forma, quando um jurista brasileiro fala positivismo jurídico, ele quase sempre está fazendo referência ao positivismo normativista e não ao positivismo sociológico. Apesar da hegemonia conquistada pelo positivismo normativista nos países de tradição romano-germânica, essa posição foi duramente criticada, especialmente a partir de meados do século, sendo vários os juristas que recusam os pressupostos de Kelsen e defendem que a ciência do direito deve trilhar outros caminhos.

# C - Crise do positivismo jurídico

Como visto neste capítulo, o positivismo era a teoria jurídica que se mostrava mais adequada aos princípios que inspiraram as revoluções burguesas. Assim, não é sem motivo que ele foi a principal corrente jurídica nos países democráticos durante o século XIX e manteve essa posição até os dias de hoje. Todavia, apesar de sua posição hegemônica, desde o início do século XX, o positivismo vem sofrendo muitas críticas e conquistando número cada vez maior de opositores.

Ao contrário do século XIX, que foi marcado por um grande otimismo e crença nas ciências<sup>380</sup>, o início do século XX foi um momento de profundo ceticismo, frente a uma realidade marcada por revoluções, por duas guerras mundiais e por totalitarismos de vários matizes (nazismo, fascismo, franquismo etc.).<sup>381</sup> Frente a fatores dessa natureza, a primeira metade desse século viu a antiga ligação entre positivismo e democracia perder

<sup>378</sup> Devemos ressaltar, contudo, que apenas certas facetas da *teoria pura do direito* tiveram influência real sobre o senso comum dos juristas, especialmente a questão da redução do direito à norma. Vários outros elementos da teoria pura, especialmente naqueles que se apresentam na segunda edição da *Teoria pura do direito*, de 1960, não têm grande penetração no senso comum, como as idéias de que uma norma somente pode ser válida quando eficaz e de que a aplicação do direito envolve decisões políticas por parte do juiz. <sup>379</sup> HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica européia*, p. 195.

<sup>&</sup>lt;sup>377</sup> KELSEN, Teoria pura do direito, p. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>380</sup> Exemplos desse espírito otimista são a filosofia positivista de Augusto Comte, o utilitarismo de Jeremy Bentham e Stuart Mill e a literatura de Júlio Verne.

<sup>&</sup>lt;sup>381</sup> A angústia e as incertezas que marcam essa época são evidentes na filosofia existencialista e na obra literária de Franz Kafka, por exemplo.

gradualmente sua força, à medida que os governos totalitários passaram a utilizar o positivismo como sua principal doutrina jurídica. Assim, a exigência de obediência ao direito positivo começou a ser vista com outros olhos quando as leis impostas por certos Estados eram manifestamente antidemocráticas. A eleição de Hitler pelo voto popular colocou em xeque a antiga noção de que, para assegurar a democracia, bastava a garantia de eleições para os cargos legislativos e executivos. Percebeu-se, então, que o positivismo não era uma doutrina progressista, mas conservadora, pois a sua função era garantir a segurança e a estabilidade do regime político vigente.

Tornou-se patente, então, o caráter *formalista* dessa corrente jurídica: ao contrário do jusnaturalismo, que entendia que uma norma era jurídica pelo seu *conteúdo* de justiça, o positivismo admitia ser jurídica qualquer norma *formalmente* reconhecida pela autoridade política dominante. Assim, enquanto os jusnaturalistas exigiam que o direito fosse composto por normas justas, os positivistas consideravam jurídica qualquer norma que fosse reconhecida pelo Estado.

Na medida em que os positivistas não podiam questionar a justiça ou a legitimidade das normas estatais, verificou-se que o positivismo poderia ser utilizado por qualquer tipo de organização política, mesmo as mais despóticas e autoritárias. Além disso, como as teorias jusnaturalistas haviam sido praticamente abandonadas pelo senso comum dos juristas, desde meados do século XIX, os juízes já não mais podiam deixar de aplicar leis injustas com base em referências a um direito natural. Com isso, deixou-se de lado o conceito jurídico tradicionalmente usado para questionar as leis injustas (o direito natural), mas a nova teoria dominante não construiu nenhum instrumento que ocupasse esse lugar.

A soma desses fatores fez com que, em meados do século, um grande número de juristas passasse a ligar a idéia de positivismo à de totalitarismo, muito mais que à de democracia. Esse tipo de visão, potencializada pelos traumas da Segunda Guerra Mundial, gerou uma reação tão forte às idéias positivistas que, a partir de 1945, não é incomum falar-se em *crise do positivismo*. Uma das primeiras vozes a levantar-se contra o positivismo foi a do alemão Gustav Radbruch, que, no dia em que findou a Segunda Grande Guerra, dirigiu aos estudantes da universidade de Heidelberg os célebres *Cinco minutos de filosofia do direito*, um comunicado em que afirmava que o positivismo "deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas"<sup>382</sup>. Essa reação contra o positivismo assumiu tal dimensão que a crise passou a ser expressamente reconhecida até mesmo por positivistas de primeira grandeza, como o italiano Norberto Bobbio, que afirmou, em 1966:

Admito que o positivismo está em crise, não apenas como ideologia e como teoria, como eu mesmo já havia admitido, mas também como modo de tratar o direito. Comecei dizendo que o positivismo nasceu como decisão científica. Permitam-me reconhecer agora que, por trás dessa eleição ou decisão científica, se esconde uma decisão política. Politicamente, o positivismo supõe uma aceitação do *status quo*, e, como todas as decisões, está sujeito a sofrer os altos e baixos da história. [...] Dessa forma, a concepção positivista resulta boa ou má, segundo se considere boa ou má a situação a conservar.<sup>383</sup>

### 1. Renascimento do jusnaturalismo

Como vimos no ponto anterior, os vários totalitarismos que proliferaram na Europa na primeira metade do século XX causaram um imenso desencanto em relação ao positivismo e sua concepção de que os juristas deveriam aplicar a lei, sem questionar a

<sup>382</sup> RADBRUCH, Filosofia do direito, p. 415.

<sup>&</sup>lt;sup>383</sup> BOBBIO, Norberto. *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*. (Pavía, 1966, mayo). Milán: Giuffrè, pp. 69-73. Citado por: BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho*, p. 60.

sua justiça ou legitimidade. Essa reação foi tão forte que, no segundo pós-guerra, vários juristas de peso voltaram a defender o naturalismo jurídico, chegando-se a falar em um renascimento das correntes filosóficas jusnaturalistas. Um dos principais positivistas que se converteram ao jusnaturalismo foi Gustav Radbruch, que escreveu, no segundo minuto de filosofia, que quando as leis "arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas.<sup>384</sup> Também no Brasil esse renascimento teve sua influência, sendo dessa mesma época o seguinte trecho, de autoria de Vicente Ráo, um dos mais importantes jusfilósofos brasileiros:

Acima dessas concepções particulares, uma concepção geral do direito existe, que a todos os povos se impõe, não pela força da coerção material, mas pela força própria dos princípios supremos *universais* e *necessários* dos quais resulta, princípios estes inerentes à natureza do homem, havido como ser social dotado, ao mesmo tempo, de vida física, de razão e de consciência. [...] A razão extrai e declara os princípios gerais que do concurso de tais elementos resultam e, pois, da natureza humana decorrem; mas, nesta e não naquela se encontra o fundamento do direito natural, que não é um superdireito, mas: um conjunto de princípios supremos, universais e necessários, que, extraídos da natureza humana pela razão, ora inspiram o direito positivo, ora por este direito são imediatamente aplicados, quando definem os direitos fundamentais do homem.<sup>385</sup>

Nessa época, porém, contrariamente ao que defendia Ráo, a crítica historicista fazia com que fosse muito difícil aceitar a existência de um direito natural imutável, universal e necessário nos moldes clássicos. Assim, a maioria dos juristas que se ligaram a esse processo de reabilitação do jusnaturalismo admitiam, tal como Stammler, que o direito natural não era universal e imutável, mas particular de uma cultura em um dado momento histórico. A idéia de natureza humana como fonte de direitos e obrigações estava (e ainda está) presente no senso comum, mesmo que se reconheça que ela varia no tempo e no espaço. O senso comum ainda está pronto a aceitar limites impostos ao poder legislativo do Estado com fundamento em valores de moralidade e justiça. Entretanto, é certo que os órgãos do Estado não reconhecem validade a esse tipo de argumentação e que os seus tribunais não utilizam o direito natural como um critério para o julgamento dos processos.

Todavia, o apelo ao direito natural continua sendo um forte argumento quando se trata de fundamentar uma oposição ao Estado. As revoluções normalmente se consideram legítimas porque são feitas na defesa de direitos naturais como a vida, a liberdade, a propriedade ou a resistência a governos injustos, arbitrários e opressores. Esses argumentos funcionam como fonte de legitimidade dos ataques à ordem jurídica e política vigente. Entretanto, no momento em que a revolução é vitoriosa, outra ordem jurídica se implanta e tais argumentos são novamente colocados de lado e rejeitados pela nova ordem.

Devemos deixar claro, contudo, que o jusnaturalismo não prega um abandono das normas positivas, antes o reforça. O direito natural é um complemento: estabelece limites ao poder do Estado, mas sem contestar a sua autoridade para instituir o direito positivo. Dessa forma, embora defendam alguns pontos de vista antagônicos, o jusnaturalista e o positivista estarão de acordo na grande maioria dos casos. Percebemos, assim, que as referências ao direito natural surgem quando se busca atribuir a certos valores sociais o *status* de norma jurídica suprapositiva, normalmente com o objetivo de negar a validade de uma regra ou ordem jurídica positiva. Contudo, esse movimento de

<sup>384</sup> RADBRUCH, Filosofia do direito, p. 416.

<sup>&</sup>lt;sup>385</sup> RÁO, O direito e a vida dos direitos, pp. 74-75.

retorno ao jusnaturalismo não demorou a desvanecer-se, cedendo espaço a novas teorias críticas, que buscavam superar os problemas do positivismo sem retornar às dificuldades inerentes ao naturalismo<sup>386</sup>.

Entretanto, mesmo nos dias atuais há juristas adeptos de um jusnaturalismo nos moldes tradicionais, como é o caso do brasileiro Paulo Nader, que afirma a existência do direito natural e argumenta que "o reconhecimento da existência de uma justiça absoluta, que não varia no tempo e no espaço, revela-se decorrência lógica e necessária da admissão do direito natural. Como este é eterno, imutável e universal em seus princípios, a justiça absoluta, alimentando-se nesses princípios será a medida pela qual se irá atribuir 'a cada um o que é seu'." Porém, mesmo havendo juristas nacionais que ainda defendem o jusnaturalismo clássico, a oposição entre direito positivo e direito natural, que estava no centro das discussões jurídicas do início do século XX, já não mais ocupa um lugar de tanto destaque. O único ponto em que as idéias jusnaturalistas ainda possuem uma importância razoável é o tema dos direitos humanos, vistos como direitos inerentes à pessoa humana. Dessa forma, mesmo que o segundo pós-guerra tenha assistido a uma espécie de renascimento do jusnaturalismo, tal movimento não teve continuidade, sendo que a maioria dos juristas atuais busca desenvolver teorias que opõem-se, simultaneamente, tanto ao positivismo jurídico quanto ao jusnaturalismo.

# 2. A busca do equilíbrio entre zetética e dogmática

Toda teoria jurídica deve combinar dois elementos, um descritivo e outro prescritivo, de forma a ser tanto uma teoria *sobre* uma certa realidade quanto uma teoria *para* essa mesma realidade. Ela não deve ser apenas um sistema de conhecimentos abstratos, mas um conjunto de conhecimentos voltados para uma prática adequada. Em outras palavras, ao mesmo tempo que uma teoria jurídica precisa descrever um certo conjunto de fenômenos, também deve ela oferecer uma orientação adequada para a atividade jurídica, proporcionando uma adequada combinação entre os enfoques zetético (descritivo) e dogmático (prescritivo).

Uma perspectiva meramente descritiva da ciência do direito não nos parece um enfoque consistente, especialmente porque lhe falta a própria possibilidade de construir um conceito adequado do seu objeto. Além disso, seria ingenuidade perseguir uma concepção teórica unicamente descritiva, na medida em que a mera definição do que se deve entender por direito já implica uma tomada de posição valorativa, ou seja, uma manifestação do caráter normativo da teoria. Ao mesmo tempo, parece-nos inadequada uma teoria simplesmente normativa, que busque orientar a realidade mas não se preocupe devidamente em fundamentar essa orientação em uma descrição adequada dos fenômenos jurídicos. Uma teoria como essa tenderia a produzir conceitos jurídicos *a priori*, a partir dos quais seria construída uma dogmática jurídica cada vez mais distante da realidade e que, justamente por causa desse distanciamento, não seria capaz de oferecer uma orientação adequada à atividade prática dos juristas.

Acreditamos, pois, que toda teoria jurídica deve buscar uma harmonia entre essas duas pretensões. Deve assumir expressamente o seu aspecto normativo, admitindo

<sup>&</sup>lt;sup>386</sup> Surgiram, nessa época, diversas teorias que se opunham ao positivismo e que propunham novas saídas, especialmente a partir da retórica da hermenêutica filosófica. Além disso, houve uma renovação do próprio positivismo jurídico, especialmente com o desenvolvimento de teorias ligadas à análise lingüística do direito. Houve, assim, na segunda metade do século XX, uma grande renovação nas concepções sobre o direito.

<sup>&</sup>lt;sup>387</sup> E continua: " A amplitude e a abstratividade dos princípios do direito natural não criam obstáculo à sua função prática. A divergência entre os jusnaturalistas, na discriminação e dedução desses critérios, também não constitui impedimento [...]. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que encarna os postulados da *lei mais alta* e orienta o direito das nações mais cultas, não obstante as restrições que sofre, é prova incontestável da efetividade do direito natural." [NADER, *Filosofia do direito*, p. 172] Cabe ressaltar que esse livro foi revisto em 1996 e reeditado em 2000.

claramente as posições valorativas que a compõem e buscando servir como uma orientação adequada para o desenvolvimento do direito. Contudo, essa orientação deve ser construída com base em uma descrição consistente da realidade, em vez de fundar-se em conceitos jurídicos *a priori*, os quais tendem a conduzir-nos a uma idealização exagerada. Consideramos, portanto, que uma boa descrição é pré-requisito necessário para que se desenvolva uma orientação consistente.

As correntes positivistas tendem a concentrar suas atenções em apenas um desses pólos. Por um lado, o positivismo sociológico do começo do século privilegiou apenas o elemento descritivo, reduzindo o estudo do direito à descrição de fenômenos sociais. Essa redução do direito ao fato<sup>388</sup> foi um dos pontos mais criticados das teorias sociológicas, sendo que uma das análises mais aprofundadas sobre esse problema foi realizada por Kelsen.<sup>389</sup> Todavia, Kelsen incorre na mesma dificuldade, na medida em que a teoria pura do direito limita-se a *descrever* o direito positivo<sup>390</sup>.

Por outro lado, várias correntes positivistas, especialmente aquelas que promovem a continuação das teorias positivistas do século XIX, conferem pequena atenção à descrição da atividade efetiva dos juristas. Contentam-se essas correntes com uma descrição idealizada dos fenômenos jurídicos, a qual é feita com base em conceitos tais como a separação absoluta de poderes, a negação do aspecto criativo da atividade judicial e a pressuposição de que a atividade legislativa é sempre fruto uma escolha racional voltada à garantia do interesse público. Mas como são essas as teorias positivistas que permanecem na base do senso comum, temos hoje uma dogmática jurídica bastante desenvolvida, mas problemática, porque fundada em uma descrição por demais idealizada da atividade judicial. Essa polarização começou a ser contestada na primeira metade do século XX, mas as teorias que desenvolviam tal perspectiva somente se consolidaram após a Segunda Guerra Mundial. Foi apenas nesse momento que apareceram teorias que pretendiam oferecer uma concepção alternativa ao positivismo normativista, sem propor uma volta ao jusnaturalismo.

# D - Realismo jurídico

O realismo jurídico, embora tenha sido formulado inicialmente nos anos 30, teve influência crescente a partir de meados do século, quando adquiriu especial importância nos Estados Unidos da América e nos países escandinavos.<sup>391</sup> Segundo essa corrente, o principal equívoco do positivismo tradicional é o seu caráter idealista e formalista, que o levou a reduzir as preocupações dos juristas ao estudo das normas e a esquecer que a realidade jurídica não se limita aos problemas normativos.

Para corrigir esse equívoco, os realistas propõem-se a estudar o direito como um fato social, considerando que o jurista, como qualquer outro cientista, deveria limitar-se

<sup>389</sup> A Teoria Pura do Direito, em boa medida, foi uma reação contra o positivismo sociológico que ganhava espaço no início do século. Kelsen, mostrando que essas teorias partiam de uma ligação injustificada (sob um ponto de vista lógico) entre o ser e o dever-ser, propôs o seu projeto de purificação da teoria jurídica, libertando-a dos elementos que lhe são estranhos e evitando o sincretismo metodológico. [KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 1]

157

<sup>388</sup> Normalmente uma redução do direito à expressão de fatores sociais ou econômicos.

<sup>&</sup>lt;sup>390</sup> No caso de Kelsen, é difícil afirmar que se trata de um equívoco de sua teoria, na medida em que essa foi uma opção consciente do mestre de Viena. Todavia, essa posição estabelece um limite muito estreito para a Ciência Jurídica. Como Kelsen havia percebido de forma muito clara, a aplicação do direito a casos concretos exige que o juiz faça juízos de valor e, nessa medida, a atividade judicial é política e não científica. Dessa forma, a Teoria Pura do Direito pode oferecer critérios de interpretação das normas jurídicas, mas não pode oferecer métodos de tomada de decisão quando houver alguma espécie de indeterminação nessas normas — o que acontece na maioria dos casos [KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, pp. 363 e ss.]. É nesses limites que Kelsen desenvolve a Teoria Pura e eles provavelmente seriam considerados por demais estreitos pela maioria dos que se denominam positivistas.

ao estudo de fenômenos empiricamente observáveis. Na medida em que se restringem à descrição de realidades empíricas, o realismo jurídico vincula-se ao positivismo sociológico e opõe-se ao positivismo normativista. Seguindo o ideal positivista de ciência, a concepção realista considera que a ciência do direito deveria limitar-se a descrever os fatos tal qual acontecem (por isso o nome realismo) e explicar a validade das normas jurídicas em termos da sua efetividade social.

Duas foram as principais escolas realistas que tentaram oferecer uma visão do direito mais próxima da realidade. A norte-americana, inspirada no positivismo sociológico de Oliver Wendell Holmes, teve como defensores mais importantes Jerome Frank e Karl Lewellyn. Essa escola tornou-se, em meados do século XX, uma das principais correntes jurídicas dos Estados Unidos e até hoje conserva sua importância. A marca distintiva do realismo norte-americano é a idéia de que a realidade do direito está na atividade judiciária e que, portanto, somente podem ser consideradas jurídicas as normas que são efetivamente aplicadas pelos tribunais. Dessa forma, um bom jurista seria aquele capaz de prever, com alto grau de precisão, quais seriam as posturas de um tribunal, frente a uma determinada questão jurídica.

A segunda escola realista importante foi a escandinava, que teve como principais representantes, em um primeiro momento, Axel Hägerström e Karl Olivecrona. Enquanto o realismo americano considerava que a validade das normas jurídicas decorria da sua efetiva aplicação pelos tribunais, o realismo escandinavo considerava que uma norma era vigente na medida em que aceita pela consciência popular. Assim, a peculiaridade do realismo escandinavo estava no fundamento psicológico que eles atribuíam à obrigatoriedade das normas. "O fato de uma regra ser também aplicada pelos tribunais é, de acordo com esse ponto de vista, derivado e secundário, uma consequência normal da consciência jurídica popular que é, inclusive, determinante das reações do juiz"392

Essas duas correntes realistas encontraram uma síntese no pensamento do dinamarquês Alf Ross, que em sua obra Direito e justiça<sup>393</sup>, inspirado pelo realismo psicológico escandinavo, criticou a concepção positivista tradicional de que as normas são obrigatórias porque impostas pelo poder do Estado e, inspirado pelo realismo sociológico americano, criticou a idéia de que as normas jurídicas têm como objetivo regular a conduta dos cidadãos. Analisaremos, a seguir, essas duas críticas.<sup>394</sup>

### 1. Crítica realista ao conceito de obrigação jurídica

Contrapondo-se ao idealismo positivista, Alf Ross considerava que o direito não pode criar para uma pessoa a obrigação de praticar um ato. É claro que se pode compelir uma pessoa a realizar certas ações, mediante o uso efetivo da força física ou da ameaça da coação. Todavia, o fato de uma pessoa sentir-se compelida a praticar um ato não significa que ela tem a obrigação de realizá-lo. Quando entregamos a carteira a um ladrão, por exemplo, nós obedecemos a suas ordens, embora não acreditemos ter o dever de cumpri-las. Da mesma forma, os realistas entendem que, quando obedecemos aos comandos estatais, não cumprimos uma obrigação, mas cedemos a uma ameaça<sup>395</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>392</sup> ROSS, Direito e justiça, p. 97.

<sup>&</sup>lt;sup>393</sup> A obra *Direito e justiça*, de Alf Ross, foi originalmente publicada em 1953 e, embora seja uma das principais obras jurídicas do século XX, é pouco conhecida dos juristas brasileiros, especialmente porque somente foi traduzida para o português no ano de 2000.

<sup>394</sup> Devemos ressaltar que, em seus escritos tardios, Ross revê algumas das posições que aqui serão analisadas, abandonando tanto as concepções psicologísticas do realismo escandinavo tradicional quanto a idéia de que conhecer o direito é saber fazer previsões sobre as futuras decisões judiciais, típica do realismo norte-americano [SOLON, Dever jurídico e teoria realista do direito, p. 88.].

<sup>&</sup>lt;sup>395</sup> Ou, na melhor das hipóteses, temos a ilusão de cumprir uma obrigação, pois fomos educados para nos sentirmos obrigados a cumprir tais regras.

Os jusnaturalistas consideravam que o direito positivo era obrigatório porque fundado em um direito natural, cuja validade se fundava na própria natureza das coisas e, dessa forma, o jusnaturalismo tinha uma explicação consistente para justificar a força obrigatória das normas jurídicas. Já o positivismo deixa de lado essa questão, pois considera que o direito positivo é obrigatório simplesmente pelo fato de ser vigente. Essa é uma explicação bastante fraca, pois, como ser vigente significa pertencer ao direito positivo, percebe-se que os positivistas criam um círculo vicioso: o direito positivo é válido simplesmente porque é positivo. Assim, em última análise, o positivismo jurídico não oferece qualquer resposta ao problema da fonte de validade do direito, mas apenas pressupõe que as regras jurídicas vigentes são obrigatórias. Em outras palavras, o positivista assume que as normas jurídicas criam direitos e obrigações para as pessoas, mas não explica os motivos dessa crença.

Esse posicionamento é severamente criticado pelo realismo jurídico, que nele identifica uma postura idealista frente ao direito. Enquanto o positivista afirma que as normas criam obrigações para as pessoas, o realista considera que as normas jurídicas não criam obrigações, mas apenas impõem sanções, o que não é a mesma coisa. Quando o positivista afirma que a norma cria um dever (por exemplo, a norma que obriga os jovens de 18 anos a prestar serviço militar), ele pressupõe que tal regra tem uma especial força obrigatória, que possibilitaria ao Estado punir os jovens que se furtassem ao alistamento. Já o partidário do realismo, analisando a mesma situação, não identificaria qualquer força vinculativa, mas apenas uma reação de medo frente a uma ameaça de punição.

Por que os jovens devem prestar serviço militar? Diria o positivista: porque há uma lei que os obriga. Diria o realista: essa pergunta não faz sentido, pois os jovens não têm a obrigação de se alistarem. Acontece apenas que o Estado ameaçou com uma punição aquelas pessoas que não se comportassem de certa maneira e que a maioria dos jovens, por medo de serem punidos, cumpriu a ordem estatal. Entretanto, nada impediria que alguns jovens acreditassem que o alistamento seria um mal tão grande que valeria a pena correr o risco da punição. De toda forma, diriam os realistas, trata-se apenas de um cálculo de custo-benefício frente à possibilidade de punição.

Como a maioria das pessoas teme a sanção e, por isso, cumpre a ordem estatal, criase a noção de que existe aí uma relação de obrigatoriedade. Todavia, o realista tende a ver nesse fato uma mera questão de eficácia: trata-se de uma ordem eficaz, o que não significa que ela se relaciona a uma obrigação válida. A eficácia pode até gerar a ilusão de uma força obrigatória, porém, essa obrigatoriedade das normas é apenas uma forma de nos referirmos ao sentimento que nos impele a cumpri-las, seja para escapar das punições, seja porque acreditamos ter um dever moral de observar as normas jurídicas. De toda forma, nós apenas pensamos que há algo na regra que nos vincula a fazer certas coisas, mas isto não passa de uma ilusão, ainda que se trate de uma ilusão socialmente útil<sup>396</sup>. Com essa argumentação, o realismo jurídico acentua o papel ideológico do conceito de obrigação jurídica: trata-se de uma maneira de ocultar, por trás da afirmação de que as normas criam direitos e obrigações, o fato de que elas não passam de formas de impor penas aos cidadãos.

# 2. A quem se dirigem as normas?

De acordo com o positivismo, as normas jurídicas têm como objetivo fundamental regular a conduta das pessoas e, portanto, os destinatários das regras jurídicas são os cidadãos. Essa visão é contestada por Alf Ross que, inspirado no realismo norteamericano, considerava que as normas jurídicas não são voltadas às pessoas, mas aos juízes. Por entender que as normas jurídicas são meros estabelecimentos de punições

<sup>&</sup>lt;sup>396</sup> Vide HART, O conceito de direito, p. 16.

para determinadas condutas, o realismo considera que tais normas não determinam obrigações para os cidadãos, mas apenas determinam os padrões que deverão ser utilizados pelos juízes no julgamento das causas que lhe forem apresentadas. Dessa maneira, em vez de considerar que uma norma vigente é aquela que foi criada de acordo com os ritos estabelecidos na constituição (conceito positivista de vigência), o realismo entende que uma norma torna-se vigente apenas quando é efetivamente aplicada pelos tribunais. Como afirma Alf Ross:

Em contraste com as idéias geralmente aceitas, deve ser enfatizado que o direito estabelece normas para o comportamento dos tribunais, e não dos indivíduos. Portanto, a eficácia que condiciona a validade das normas somente pode ser buscada na aplicação judicial do direito, e não na ação do direito entre os particulares. Se, por exemplo, o aborto criminoso é proibido, o verdadeiro conteúdo da norma jurídica é uma diretiva ao juiz no sentido de que, em determinados casos, ele deve impor uma pena pelo aborto. O fator decisivo na determinação de que a proibição é uma norma válida está somente no fato de ser ela efetivamente aplicada pelas cortes quando infrações à norma são trazidas à luz e julgadas. Não faz diferença se a população cumpre ou freqüentemente ignora a proibição.<sup>397</sup>

O realismo jurídico, portanto, oferece uma forma alternativa de se encarar o direito: entendendo que as normas jurídicas estabelecem padrões de julgamento para os juízes (e não padrões de conduta para as pessoas) e considerando que as normas são vigentes na medida em que se pode afirmar que os tribunais provavelmente a utilizarão como padrão para julgarem os casos que lhes forem apresentados.

#### 3. Críticas ao realismo

Um dos grandes problemas das teorias realistas é que, tal como o positivismo normativista, elas não oferecem resposta à questão da legitimidade. Na busca de oferecer uma descrição *realista* daquilo que ocorre na prática jurídica, não levaram em consideração o fato de que o direito tem a pretensão de ser justo, de não ser apenas uma organização da sociedade, mas uma organização *legítima* da sociedade. Ao ignorar o problema da legitimidade, o realismo jurídico caracteriza-se por uma aproximação meramente estratégica do direito. Trata-se de uma perspectiva típica de um observador externo, que busca tirar o máximo de proveito da situação que a ele se apresenta.

Esse enfoque pode até ser útil para quem adote um ponto de vista estratégico, como é o caso dos advogados. Caso um advogado entenda que é jurídica apenas a regra que provavelmente será encarada como válida pelos tribunais (venha ela das leis, da jurisprudência da doutrina, do sentimento de justiça, do preconceito dos juízes ou de qualquer outra fonte), pode ele atuar de forma bastante eficiente na prática. Com isso, a pergunta sobre a existência de um direito pode converter-se na pergunta sobre a probabilidade de reconhecimento judicial desse direito, sem qualquer prejuízo para a sua atividade. Todavia, isso acontece porque o compromisso do advogado não é com uma solução justa, mas com uma decisão favorável à parte que defende e, por isso, ele pode ignorar completamente a pretensão de legitimidade do direito e encarar a experiência jurídica como um cálculo de probabilidades.

No entanto, imaginemos que um juiz busque guiar-se pelas teorias realistas. Se a função do juiz é dar uma solução juridicamente adequada a um conflito, ele não pode adotar uma perspectiva externa, como a do advogado. Enquanto o advogado especula sobre a possível atuação do juiz, o juiz é encarregado de tomar a decisão. E quais devem ser os critérios por ele usados para tomar essa decisão? A essa pergunta o realismo não responde adequadamente. Embora os realistas possam afirmar que a maioria dos juízes

<sup>&</sup>lt;sup>397</sup> ROSS, Direito e justiça, pp. 34-36

tende a posicionar-se de determinada forma frente a um caso, isso não significa que essa é a solução mais correta.

Na medida em que o realismo limita-se a *descrever* o direito, o jurista filiado a essa corrente pode conhecer profundamente o modo pelo qual os juízes efetivamente julgam e pode prever com alta precisão as decisões de um certo tribunal. Contudo, a teoria realista peca por não atender a uma outra necessidade fundamental de toda concepção jurídica: oferecer padrões adequados para a orientação da atividade prática dos juristas, especialmente dos juízes. Dessa forma, tal como o positivismo sociológico do início do século, o realismo não apresenta um equilíbrio razoável entre zetética e dogmática, pois nele o aspecto descritivo é privilegiado, em detrimento do aspecto prescritivo.

# E - Teorias críticas do direito

# 1. Caracterização das teorias críticas

Contrapondo-se ao positivismo normativista, surgiram diversas teorias que acentuaram o papel ideológico das instituições jurídicas, evidenciando as contradições e ambigüidades do direito contemporâneo e buscando "desvendar os seus compromissos sociais e políticos, bem como a violência e a discriminação a ele inerentes"<sup>398</sup>. Embora também possamos identificar no positivismo sociológico e no realismo jurídico o objetivo de explicar os mecanismos efetivos de atuação do direito, essas teorias adotam uma postura zetética, mas não exatamente uma postura crítica. Enquanto o positivismo sociológico visa apenas a descrever o direito para proporcionar um conhecimento mais aprofundado, as teorias críticas têm na descrição da função ideológica do direito apenas um meio voltado à realização de seu principal objetivo: a mudança das formas de organização política e jurídica de uma sociedade. Como afirmou Óscar Correas, em seu livro *Crítica da ideologia jurídica*:

A palavra "crítica" é usada aqui com o significado que lhe atribuiu Marx e não com o que lhe atribuiu Kant. Pertence, portanto, ao discurso político e não ao discurso epistemológico. Não se trata de, através da crítica do direito, submeter o direito a uma análise pormenorizada para estudá-lo cuidadosamente. Isto é necessário e prévio, mas a crítica pretende outra coisa. Em primeiro lugar, a *crítica*, em sua acepção marxiana, é um ato de rechaço, desde o ponto de vista ético, da organização social que utiliza este e não qualquer outro direito.<sup>399</sup>

Dessa forma, enquanto as teorias zetéticas descrevem para conhecer, as teorias críticas descrevem para modificar, sendo, assim, teorias politicamente engajadas. Como as teorias críticas têm como objetivo fundamental modificar a realidade jurídica, precisam estar ligadas a um projeto político determinado. As teorias críticas são, portanto, concepções zetéticas que têm como objetivo fundar uma nova dogmática, baseada em uma concepção política específica. E como defendem perspectivas diversas da ideologia dominante e buscam a criação de uma nova forma de organização jurídica, essas correntes têm sido comumente chamadas, especialmente no Brasil, de direito alternativo.

Uma das críticas típicas das teorias alternativas contra o positivismo jurídico contemporâneo é a afirmação, inspirada pelo marxismo, de que o juspositivismo corrente tem como único objetivo a garantia da segurança jurídica e, nessa medida, serve como um instrumento ideológico de manutenção do status quo. Dessa maneira, a discussão contida neste livro sobre as dimensões ideológicas do fenômeno jurídico inspira-se nos questionamentos desenvolvidos pelas teorias críticas.

-

<sup>398</sup> HESPANHA, Panorama histórico da cultura jurídica européia, p. 219.

<sup>&</sup>lt;sup>399</sup> CORREAS, Crítica da ideologia jurídica, p. 136.

Na medida em que as concepções críticas normalmente entendem o positivismo como uma ideologia vinculada à manutenção dos padrões vigentes de organização social, concluem que ele não pode oferecer qualquer perspectiva de superação das injustiças sociais e da construção de uma sociedade mais harmônica e solidária. Em outras palavras, as teorias críticas consideram que o positivismo sacrificou a justiça no altar da segurança jurídica e que, portanto, é preciso desenvolver uma nova teoria, comprometida com o ideal de uma sociedade mais justa e de uma organização social mais legítima. Como aponta Juan Lledó, os teóricos críticos:

Trabalham com o direito, mas não adotam o ponto de vista interno ou normativo próprio da ciência jurídica normal, cuja função prática (orientada à melhor realização do ordenamento positivo) parece exigir uma certa aceitação ou ao menos acatamento do direito dado e das regras do jogo convencionais na comunidade jurídica. O crítico não se situa no lugar do legislador, não se sente obrigado a reconstruir racionalmente o sistema nem a assumir, sequer hipoteticamente, seus fins e valores como esquema de interpretação. O objetivo prático do jurista crítico, movido por ideais de emancipação, busca mais, desde dentro, a subversão desse direito ou sua instrumentalização em um sentido alternativo ao que tradicionalmente lhe tem sido dado.<sup>400</sup>

Assim, para que a teoria seja crítica e não apenas zetética, é preciso que ela tenha como objetivo não apenas uma modificação da *ciência do direito* (na busca de uma descrição mais adequada dos fenômenos jurídicos), mas que também esteja vinculada a uma proposta de modificação das estruturas sociais, inclusive do próprio direito positivo<sup>401</sup>. Entretanto, como são extremamente diversificadas as concepções sobre o que é uma sociedade justa e o que é um direito legítimo, também são múltiplas e variadas as teorias críticas do direito. Assim, qualquer proposta de organização social alternativa à sociedade burguesa pode dar origem a uma teoria crítica e, portanto, as várias correntes que compõem o direito alternativo não podem ser reduzidas a uma linha ideológica comum.

## 2. O direito alternativo no Brasil

No Brasil, as concepções críticas tiveram várias manifestações, que podemos dividir em duas vertentes principais. Por um lado, temos os juízes alternativos, que se concentram na magistratura gaúcha e defendem uma ação política dos juízes no sentido de assegurar a construção de uma sociedade mais justa, por meio da interpretação *crítica* das regras do direito positivo. Como observou Roberto Aguiar, "é verdade que nosso direito é burguês, mas também é verdade que nosso direito apresenta fissuras e aberturas pelas quais se pode introduzir uma interpretação alternativa, dentro dos parâmetros formais"402. Conscientes de que as normas jurídicas admitem múltiplos entendimentos e de que a magistratura é um dos poderes políticos do Estado, os juízes alternativos buscam interpretar as leis da maneira mais adequada para garantir a justiça social, tratando desigualmente os desiguais.

Nas palavras de um dos principais representantes desse movimento, o juiz Amilton Bueno de Carvalho, trata-se de "uma atividade comprometida com a utópica vida digna para todos, com a abertura de espaços visando à emancipação do cidadão, tornando o direito um instrumento de defesa/libertação, contra qualquer tipo de dominação. O

<sup>&</sup>lt;sup>400</sup> LLEDÓ, Teorías críticas del Derecho, p. 100. [tradução livre]

<sup>401</sup> Contudo, essa distinção entre zetética e crítica não é absoluta. Toda teoria zetética, na medida em que defende uma modificação nos modos de descrever o direito, em última análise, propõe também mudanças no próprio direito, pois o modo de ver dos juristas contribui para a definição social do conteúdo e dos papéis do direito. Dessa forma, as teorias zetéticas têm também uma função crítica, ainda que implícita ou indesejada.

<sup>402</sup> AGUIAR, O que é a justiça?, p. 122.

direito enquanto concretização da liberdade"403. Esse modo de interpretar, chamado de uso alternativo do direito404, adquiriu especial importância no Brasil no início da década de 90, com a expansão do número de juízes alternativos no Rio Grande do Sul e com a realização do primeiro congresso de direito alternativo. Contudo, a atividade dos juízes alternativos é uma prática política inspirada pela ideologia marxista e não a busca de construir uma teoria jurídica com pretensões de cientificidade.

Além do movimento dos juízes alternativos, há várias tentativas, centradas em algumas universidades, no sentido de elaborar uma teoria crítica capaz de servir como uma alternativa ao positivismo dominante, desenvolvendo "um instrumental teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente democrática" 405. Vários teóricos tomaram parte desse processo, em especial os ligados à Nova Escola Jurídica Brasileira fundada por Roberto Lyra Filho, na busca de elaborar uma teoria jurídica adequada aos princípios marxistas.

Utilizando as abordagens de linha marxista, especialmente a crítica às dimensões ideológicas do direito positivo estatal e das concepções positivistas, teorias desse tipo evidenciaram as contradições do direito contemporâneo. Roberto Lyra Filho, por exemplo, afirmava que "a lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção" 406.

#### 3. Elementos comuns às teorias críticas

Não obstante a diversidade de propostas alternativas ao positivismo dominante, as teorias críticas têm sido tradicionalmente inspiradas por posicionamentos de origem marxista, motivo pelo qual costumam acentuar a idéia de que o direito contemporâneo é vinculado à manutenção da atual sociedade burguesa, do modo de produção capitalista e dos valores políticos e econômicos do liberalismo. O próprio termo "crítica" tem uma forte conotação marxista, pois, embora ele esteja presente nas obras de muitos filósofos e cientistas, foi o marxismo que utilizou essa palavra de forma mais constante durante o século XX e, com isso, a expressão "teoria crítica" é normalmente utilizada por intelectuais que seguem essa linha teórica. Assim, embora o termo "crítica" tenha um sentido bastante amplo no senso comum, que pode ligá-lo com qualquer espécie de contestação, os teóricos que se autodenominam *críticos* normalmente são ligados às teorias políticas de origem marxista.

Todavia, ainda que a maior parte das teorias que se autodenominam críticas tenha inspiração marxista, não faz sentido falar propriamente em uma escola crítica do direito, mas

<sup>403</sup> CARVALHO, Direito alternativo, p. 50.

<sup>404 &</sup>quot;O uso alternativo do direito originou-se na Itália como expressão das práticas e idéias de um grupo de juízes que formavam a chamada *Magistratura Democrática*. De inspiração marxista e apoiados nas correntes lingüísticas em voga na época, reconheceram o caráter ideológico de suas interpretações e a natureza absolutamente imprecisa dos textos legais. Encararam o aparato judicial como expressão do direito burguês e não tiveram nenhum prurido em usar seus funcionários para construir um pólo de poder alternativo em favor dos oprimidos, que poderia levá-los, em alguns casos, a tomar decisões em aberto menosprezo aos modos tradicionais de interpretação da lei. Nada de neutralidade, toda aplicação do direito deve ser feita em favor dos oprimidos. O direito buscado na própria quotidianeidade dos excluídos socialmente e realizado (por intermédio de juízes ideologicamente cúmplices) através da elaboração de novos instrumentos jurídicos. Muito mais que julgar com as palavras, os juízes deveriam mostrar sua criatividade para impor sua vontade política em favor dos necessitados. [...] Seus êxitos foram de natureza política, mostrando bastante debilidade conceitual para sustentar suas posições. Unicamente frouxos ensaios teóricos, importava mais a atitude militante no exercício de suas funções como juízes. Da tradicional imagem do juiz neutro, passaram para a do juiz militante e sem limites mais além de sua consciência ideológica." [WARAT, *Introdução geral ao direito*, vol. III, p. 122]

<sup>405</sup> CARVALHO, Direito alternativo, p. 50.

<sup>&</sup>lt;sup>406</sup> LYRA FILHO, Direito e lei, p. 32.

apenas em teorias críticas específicas, cujo único ponto de ligação é a sua oposição ao modelo jurídico vigente. Aliás, talvez seja um exagero o próprio entendimento de que foram desenvolvidas teorias críticas do direito. Como afirmaram Warat e Pêpe, "hoje existe quase um consenso entre os adeptos da teoria crítica do direito de que não se produziu nenhuma teoria crítica, mas uma crítica às teorias hegemônicas, principalmente ao positivismo jurídico" Essa afirmação, aparentemente paradoxal, traduz a idéia de que nenhuma das autodenominadas teorias críticas do direito conseguiram alcançar um grau de coerência e precisão que lhes garantisse o *status* de uma teoria científica.

Dessa forma, "o que se chama de teoria crítica é tão-somente um conjunto de abalos e cumplicidades contra as teorias jurídicas dominantes. Seu objetivo assemelha-se a uma guerra de guerrilhas, isto é, infinitas estratégias teóricas que visam minar os alicerces da fortaleza do dogmatismo jurídico" Assim, talvez fosse mais preciso falar em *críticas ao* direito, em *estudos jurídicos críticos* ou em *saberes críticos sobre o direito*, e não em teorias críticas do direito. De toda forma, embora as diversas concepções que fazem parte do movimento crítico não possam ser reduzidas a uma linha ideológica unitária, os questionamentos dos juristas que compõem essas correntes normalmente gravitam em torno de alguns temas determinados, entre os quais podemos destacar o estudo das dimensões ideológicas do fenômeno jurídico e as críticas ao conceito positivista de direito e ao modelo tradicional de ensino jurídico.

# a) A dimensão ideológica do direito

Ponto comum em vários dos juristas críticos é a discussão sobre a dimensão ideológica do direito e da ciência jurídica. Como ressaltou Jairo Bisol:

No seu discurso particular, escamoteado pela função de imprimir forma normativa às instituições sociais, o direito e seu discurso dogmático cumprem uma outra função específica, a de adestramento político dos indivíduos: seja pela produção social das censuras — e das crenças que submetem ideologicamente o indivíduo à incorporação dessas censuras — seja como discurso que esconde a finalidade política destas censuras e crenças sob o argumento racional de que as instituições por ele produzidas são justas, de interesse coletivo e necessárias.<sup>410</sup>

Dessa maneira, os teóricos críticos entendem o direito como um elemento fundamental para a sustentação ideológica das atuais formas de organização social. Todavia, esse tema não será aprofundado neste ponto, por ter sido objeto de análises específicas no Capítulo V, D, 2.

# b) O conceito de direito

As várias correntes críticas também promovem uma revisão do conceito positivista de direito, que é tradicionalmente visto como sistema de normas coercitivas editadas ou reconhecidas pelo poder estatal. Sobre esse ponto, são relevantes as pesquisas de Michel Villey, que, a partir de uma análise histórica das concepções jurídicas, constatou que, "tanto na antigüidade clássica como na Idade Média, o termo *direito* não se referia a um conjunto de regras. A própria palavra empregada para designar o direito [jus] era derivada de um adjetivo"411 e o direito era entendido como *aquilo que é justo*. Além disso, Villey afirmava que:

<sup>&</sup>lt;sup>407</sup> WARAT e PÊPE, Filosofia do direito, p. 64.

<sup>408</sup> WARAT e PÊPE, Filosofia do direito, p. 65.

<sup>409</sup> WARAT, A produção crítica do saber jurídico, p. 20.

<sup>410</sup> BISOL, Dogma e dogmatismo, p. 17.

<sup>411</sup> VILLEY, Une définicion du droit, p. 23. [tradução livre]

Apenas uma pequena parte do trabalho jurídico se limita à regra legal. Ela é tocada como um instrumento: partindo do pressuposto de que a pessoa que defendemos deve ter direito, procuramos dentro de todo o arsenal legal uma demonstração precisa, questionando, moldando e flexibilizando a regra legal, desde que ela o permita. A regra escrita não é o fim e o termo dos seus pensamentos: ela serve como etapa provisória, como uma referência e, por vezes, como um limite. Concluo, assim, que a verdadeira fonte do direito está além da lei e além de toda regra.<sup>412</sup>

Luis Alberto Warat também tem criticado esse fetichismo da norma em seus últimos escritos. Os juristas contemporâneos, quando se vêem na necessidade de resolver um conflito, buscam imediatamente localizar a norma jurídica aplicável à questão, pois, para eles, realizar o direito significa aplicar uma norma. Contrapondo-se a essa forma de ver o direito, que privilegia a aplicação do direito pelo juiz, Warat propõe como novo paradigma jurídico a *mediação*<sup>413</sup>, ou seja, uma forma de resolução de conflitos que não implica a construção de uma norma para regular as condutas, mas uma reconstrução simbólica do conflito, com vistas à sua resolução/transformação. Ao contrário do árbitro e do juiz, a função do mediador não é a de impor soluções e, diferentemente do conciliador, sua função não é atingir uma solução consensual<sup>414</sup>, mas estimular as partes a reconstruírem os laços emocionais rompidos e, com isso, fazer com que elas possam reconstruir uma relação sustentável de convivência.

Outros juristas dirigem sua atenção ao problema da coercibilidade das normas jurídicas, como o alemão Niklas Luhmann, que caracteriza o direito pela sua função na sociedade e não pelo fato de ser composto por regras que podem ser impostas pela força do Estado. Segundo Luhmann, a função do direito é contribuir para a organização social mediante a *estabilização das expectativas de comportamento*, ou seja, tornando razoavelmente previsíveis as condutas dos membros de um certo grupo social frente a situações determinadas.<sup>415</sup>

Também são relevantes as críticas dirigidas à concepção estatalista das normas jurídicas, como Eugen Ehrlich, que, ainda em 1913, afirmava que os juristas erravam ao encarar o direito como o conjunto de prescrições jurídicas voltadas à atuação dos tribunais do Estado e não como as regras do agir humano<sup>416</sup>. Segundo Ehrlich, o direito deveria ser buscado na ordem interna das diversas associações que compõem uma sociedade, o que conduziu este autor a concepções ligadas ao *pluralismo jurídico*<sup>417</sup>. Outro importante jurista a desenvolver estudos sobre o tema do pluralismo foi Boaventura de Sousa Santos, que, em meados da década de 70, realizou um famoso estudo comparando o direito estatal brasileiro com o direito vigente em uma favela do Rio de Janeiro<sup>418</sup>.

Outra crítica importante é a dirigida pelo historiador português Antônio Hespanha à noção tradicional de norma jurídica. Enquanto o positivismo entende as normas jurídicas como instrumentos para a imposição de direitos e obrigações, Hespanha evidencia o fato de que, nos Estados de direito contemporâneos, as normas jurídicas

<sup>412</sup> VILLEY, Une définicion du droit, p. 22. [tradução livre]

<sup>&</sup>lt;sup>413</sup> Sobre o conceito de mediação e sobre as suas relações com as outras formas de resolução de conflitos, vide WARAT, *Em nome do acordo*, pp. 5 e ss. e 68 e ss.

<sup>414</sup> Lembrando-se que tanto o acordo buscado pela conciliação quanto as decisões dos árbitros e juízes são modos de construir *normas* para regular o conflito, com a única diferença que as primeiras são criadas pelo consenso e as segundas pela imposição da autoridade.

<sup>&</sup>lt;sup>415</sup> LUHMANN, Sociologia do direito, pp. 109 e 115.

<sup>&</sup>lt;sup>416</sup> EHRLICH, Fundamentos da sociologia do direito, p. 15-17.

<sup>417</sup> Sobre essa questão, vide Capítulo VI, B, 3.

<sup>418</sup> SANTOS, O discurso e o poder. Uma análise mais pormenorizada desse estudo é feita no Capítulo VI, B, 3.

servem a várias outras utilidades<sup>419</sup>. Em especial, as leis podem significar um mero compromisso político, pois, frente a opinião pública, uma promessa do governo parece menos séria e oferece menos garantias que um compromisso feito por via legislativa. Tomemos como exemplo a norma constitucional que dispõe que o salário mínimo deve ser suficiente para o trabalhador custear as suas despesas e as de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Essa regra não cria para os trabalhadores um direito que pode ser eficazmente exigido perante o Estado, mas significa apenas um compromisso político de elevação futura do salário mínimo: em vez de gerar obrigações, essa norma não passa de uma promessa. Por conta de situações desse tipo, Hespanha propõe uma redefinição dos papéis da legislação, na busca de uma teoria jurídica que descreva a função da lei de maneira mais realista.

Observe-se que, em todos esses casos, nenhum dos teóricos citados buscou excluir do campo jurídico as discussões sobre norma, coação ou Estado: todos eles reconhecem a relevância jurídica desses elementos, mas, contrariamente ao positivismo, não vêem neles as categorias fundamentais para a caracterização do direito. Por fim, convém ressaltar que tanto Luhmann como Ehrlich e Boaventura são sociólogos, o que evidencia a importância da teoria sociológica para as concepções críticas.

# c) Críticas ao modelo de ensino

Outro ponto relevante para as teorias críticas é a questão do ensino jurídico. Essa preocupação é bastante justificada pois a formação oferecida aos estudantes de direito condiciona, em grande medida, as posturas que eles assumirão frente às questões jurídicas quando ingressarem na vida profissional. A tendência atual dos cursos jurídicos é formar operadores do direito que possuam amplo conhecimento das leis vigentes e que sejam capazes de manejar os conceitos da dogmática jurídica. Com isso, produzemse técnicos capazes de manusear com habilidade os instrumentos dogmáticos, mas não se formam juristas com uma consciência crítica desenvolvida, capazes de refletir aprofundadamente sobre os fenômenos jurídicos.

Essa visão tecnicista, que estimula o jurista a pensar-se unicamente como um profissional que deve manejar seus instrumentos com habilidade, sem preocupar-se com as suas conotações éticas nem com suas conseqüências políticas, é tratada por Habermas como uma nova forma de ideologia. Ao contrário da ideologia em sentido clássico, que justifica as relações de dominação com base em descrições distorcidas da realidade social, a nova ideologia simplesmente reprime as discussões sobre os motivos éticos que fundamentam uma determinada forma de organização. Assim, em vez de oferecer uma falsa explicação para as relações sociais, a nova ideologia despolitiza o nosso modo de pensar, evitando qualquer tipo de reflexão sobre a legitimidade da dominação e sobre a justiça das relações sociais.<sup>420</sup>

Essa forma de pensar é bastante presente no senso comum dos juristas, que não se vêem normalmente como agentes que realizam a aplicação prática de uma determinada ordem de poder, mas como técnicos que executam profissionalmente as funções que lhe foram determinadas pela necessidade de organizar a sociedade da maneira racional e eficiente. Com isso, embora todo jurista perceba que o direito é a expressão de certos valores, muitos entendem que a sua função prática é neutra com relação a valores, pois dele exige-se apenas habilidade em operar profissionalmente o instrumental que lhe é oferecido pela técnica jurídica (dogmática jurídica).<sup>421</sup>

<sup>419</sup> HESPANHA, Justiça e litigiosidade, pp. 30 e ss.

<sup>420</sup> HABERMAS, Técnica e ciência como ideologia, p. 81.

<sup>&</sup>lt;sup>421</sup> Alasdair MacIntyre identifica essa neutralização como um reflexo a ideologia liberal. "O liberalismo, portanto, fornece uma concepção específica da ordem justa, que é intimamente integrada à concepção do

Essa postura frente ao direito, embora ainda seja predominante, tem sido bastante combatida pelos juristas críticos há muitos anos. Essa discussão acirrou-se na da década de 90, que foi marcada por um amplo debate sobre o ensino jurídico, na busca de se definir que profissional deveria ser formado pelas faculdades de direito<sup>422</sup>. No centro dessas discussões, havia uma questão fundamental: as escolas de direito deveriam formar técnicos para a atividade forense ou juristas capazes de assumir uma postura crítica frente ao direito?

Esse dilema foi descrito por José Eduardo Faria como a necessidade de optar entre "uma formação meramente informativa, despolitizada, adestradora e dogmática" ou "uma formação normativa, não dogmática e multidisciplinar, organizada a partir de uma interrogação sobre a dimensão política, as implicações socioeconômicas e a natureza ideológica da ordem jurídica"<sup>423</sup>. Naturalmente, a segunda alternativa é a defendida pelos juristas críticos, sendo também a orientação adotada neste livro. Como afirmamos nas primeiras páginas deste trabalho, a introdução ao direito aqui proposta busca escapar do viés tecnicista e, ao invés de estimular no estudante uma postura de aceitação passiva das verdades estabelecidas, busca proporcionar momentos de reflexão sobre os problemas ligados ao campo jurídico, voltados à revisão das idéias preconcebidas e à superação do modelo positivista.

#### 4. Crítica das teorias críticas

O trabalho de crítica ao positivismo (especialmente o realizado por filósofos como Perelman e Reale, sociólogos como Boaventura de Sousa Santos e historiadores como António Hespanha) foi longo, profundo e alcançou bons resultados. Todavia, apesar de reflexões desse tipo terem produzido mudanças substanciais na forma de encarar o direito, a prática jurídica continua a operar segundo os moldes dogmáticos positivistas. Embora essa longevidade da dogmática positivista seja em parte devida aos seus próprios méritos<sup>424</sup>, também conta a seu favor o fato de as teorias críticas não terem desenvolvido uma dogmática alternativa.

A necessidade de desenvolver uma nova dogmática era percebida claramente já em meados do século por juristas como Chaïm Perelman, que afirmava não ser suficiente criar novos conceitos, sendo também necessário elaborar uma nova metodologia para pô-los em prática<sup>425</sup>. Muitas foram as vias tentadas para a construção dessa nova dogmática: além do marxismo predominante nas teorias críticas do direito, buscaram-se elementos na teoria da linguagem<sup>426</sup>, na retórica<sup>427</sup>, na tópica<sup>428</sup>, na hermenêutica<sup>429</sup>, na

raciocínio prático exigido pelas transações públicas conduzidas nos termos estabelecidos por uma comunidade política liberal. Os princípios que informam tal raciocínio prático e a teoria e a prática da justiça nesta comunidade não são neutros com relação a teorias rivais e conflitantes do bem humano. Onde são vigentes, elas impõem uma concepção particular de vida boa, do raciocínio prático e da justiça sobre os que voluntária ou involuntariamente aceitam os procedimentos liberais e os termos liberais do debate. O supremo bem do liberalismo é a manutenção continuada da ordem social e política liberal, nada mais, nada menos." [MACINTYRE, *Justiça de quem?*, p. 370.]

<sup>&</sup>lt;sup>422</sup> Discussões sobre esse tema foram promovidas pelo Ministério da Educação e Cultura em nível nacional e resultaram em uma profunda mudança na legislação sobre os cursos jurídicos. Entre as várias modificações realizadas, podemos ressaltar o aumento da carga horária dedicada à prática forense e às atividades extracurriculares, bem como a instituição da monografia final de curso.

<sup>&</sup>lt;sup>423</sup> FARIA, A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação, p. 15.

Especialmente o de ser uma teoria jurídica adaptada à ideologia liberal que domina a cena política contemporânea.

<sup>&</sup>lt;sup>425</sup> PERELMAN, Lógica jurídica, p. 137.

<sup>426</sup> Vide WARAT, O direito e sua linguagem.

<sup>&</sup>lt;sup>427</sup> Vide PERELMAN, *Lógica jurídica* e PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação Jurídica: A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>&</sup>lt;sup>428</sup> Vide VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça e UnB, 1979 e GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988.

psicanálise<sup>430</sup>, na teoria autopoiética<sup>431</sup>, entre outros. Todavia, embora todas essas vias permaneçam em aberto e inspirem as investigações de vários juristas contemporâneos, uma alternativa dogmática ao positivismo continua sendo uma promessa não cumprida.

Enquanto não for criada uma dogmática jurídica alternativa, continuaremos com uma série de críticas ao direito que, somadas, não são capazes de formar uma teoria crítica. Um dos motivos para esse fenômeno é o fato de que uma dogmática normalmente é construída sobre a base de um determinado modelo de organização política. A dogmática positivista, por exemplo, é fundada na organização política liberal, especialmente na teoria da tripartição de poderes e na garantia da segurança jurídica como valor fundamental.

Durante o século XX, a principal alternativa a essa forma de organização foi a ideologia socialista, que propunha um novo ideal, que poderia servir como base para uma nova dogmática. Todavia, como o marxismo tem enfrentado uma severa crise a partir do fim da guerra fria, da queda do muro de Berlim e do colapso da União Soviética, também as concepções jurídicas de linha marxista enfrentam o mesmo problema<sup>432</sup>. Por isso, concordamos com Warat e Pêpe quando afirmam que o futuro do direito alternativo de linha marxista depende, antes de tudo, da "capacidade, por parte dos que dizem pertencer a essa corrente, de redefinir as possíveis abordagens do materialismo histórico ao direito"<sup>433</sup>.

Entretanto, como afirmamos acima, o marxismo não é a única via aberta para a construção de uma teoria crítica que se mostre como alternativa viável à dogmática positivista. Embora essa tenha sido a perspectiva que orientou a maior parte das críticas ao direito realizadas nas últimas décadas, talvez devamos buscar construir uma nova teoria crítica que supere a própria oposição entre liberalismo e socialismo (que, aliás, é cada vez menos clara) e seja mais adaptada aos conflitos sociais da atualidade. E esse parece ser o maior desafio que se coloca aos juristas de hoje: partindo da miríade de reflexões críticas realizadas nas últimas décadas, desenvolver as bases para a construção de uma nova dogmática, que supere o modelo positivista e responda aos anseios e às necessidades da sociedade contemporânea.

<sup>429</sup> Vide GADAMER, Verdade e método.

<sup>430</sup> Vide WARAT, Introdução geral ao direito. Vol. III (O direito não estudado pela teoria jurídica moderna).

<sup>431</sup> Vide TEUBNER, Günther. Direito como Sistema Autopoiético. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

<sup>432</sup> WARAT e PÊPE, Filosofia do direito, p. 68.

<sup>433</sup> WARAT e PÊPE, Filosofia do direito, p. 69.

# Fontes bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionario de filosofía*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1997.
- AGUIAR, Roberto Armando de Ramos. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Omega, 3ª ed., 1990.
- \_\_\_\_\_. O que é justiça?: uma abordagem dialética. São Paulo: Alfa-Omega, 4ª ed., 1995.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Uma nova introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 1992.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Vol. II. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1980.
- Assis, J. M. Machado de. *Obra Completa*, vol. II, Papéis Avulsos, Teoria do Medalhão. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Brasília: UnB, 3ª ed., 1992.
- \_\_\_\_. Política. Rio de Janeiro: Ediouro.
- BALLESTEROS, Jesús. Sobre el sentido del derecho. Madrid: Tecnos, 2ª ed., 1997.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 3<sup>a</sup> ed., 1996.
- BELAID, Sadok. Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge. Paris: Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1974.
- BISOL, Jairo. Dogma e dogmatismo. Em: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). *Introdução crítica ao direito*. Série "O direito achado na rua", vol. 1. Brasília: UnB, 4ª ed., 1993.
- BOBBIO, Norberto. Locke e o direito natural. Brasília: UnB, 2ª ed., 1998.
- \_\_\_\_\_. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- CAILLOSSE, Jacques. *Introduire au droit*. Paris: Montchrestien, 2<sup>a</sup> ed., 1995.
- CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. Casamento. Em: PEREIRA, R. da C. (coord.). Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CAPELLA, Juan Ramón. El aprendisaje del aprendisaje: [fruta prohibida I. Cuaderno rojo]. Una introducción al estudio del derecho. Madrid: Trotta, 1995.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo: teoria e prática*. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- CHAUÍ, Marilena. Convite à Filosofia. São Paulo: Ática, 5ª ed., 1995.
- CLASTRES, Pierre. A sociedade contra o Estado. Francisco Alves (col. Ciências Sociais), 5ª ed., 1990.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2ª ed., 1991.
- CORREAS, Óscar. Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995
- DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 5º vol., 15ª ed., 2000.
- EAGLETON, Terry. *Ideologia*. São Paulo: Unesp, Boitempo, 1997.
- EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Brasília: UnB, 1986.

- FARIA, José Eduardo. A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. Em: NALINI, José Renato (coord.). Formação jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1999.
- FERNÁNDEZ, Eusebio. El Jusnaturalismo. Em: GARZÓN VALDÉS, Ernesto et alii. El derecho y la justicia. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado e Editorial Trotta, 1996.
- FERRAZ JR. Tercio S. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- \_\_\_\_\_. Introdução ao Estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.
- . Truth and method. New York: Continuum, 2<sup>a</sup> ed., 1998.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. México: Porruá, 1988.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2<sup>a</sup> ed., 1995.
- GUIBOURG, Ricardo A. Fuentes del Derecho. Em: GARZÓN VALDÉS, Ernesto et alii. El derecho y la justicia. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado e Editorial Trotta, 1996.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 25ª ed., 1999.
- \_\_\_\_\_. Filosofia do direito. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., 1999.
- HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1994.
- HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_. Técnica e ciência como ideologia. Lisboa: Edições 70, 1997.
- HESPANHA. António M. *Justiça e ligitiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.
- \_\_\_\_\_. Panorama histórico da cultura jurídica européia. Mem Martins: Europa-América, 1997.
- HIERRO, Liborio. El realismo jurídico. Em: GARZÓN VALDÉS, Ernesto et alii. El derecho y la justicia. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado e Editorial Trotta, 1996.
- HOBBES, Thomas. Leviatã. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- IHERING, RUDOLF VON. A luta pelo direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Nova Cultural [Os Pensadores], 1996.
- \_\_\_\_\_. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 1997.
- KELSEN, Hans. O problema da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- \_\_\_\_\_. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 3ª ed., 1991.
- KOMMERS, Donald. P. The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Duke University Press, 2<sup>a</sup> ed., 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2<sup>a</sup> ed., 1982.
- LATORRE, Angel. Introdução ao direito. Coimbra: Almedina, 1997.

- LEONCY, Léo F. Zetética e dogmática jurídicas: uma introdução aos enfoques teóricos do direito a partir da obra jusfilosófica de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Texto original.
- LYRA FILHO, Roberto. Direito e lei. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). *Introdução crítica ao direito.* Série "O direito achado na rua", vol. 1. Brasília: UnB, 4ª ed., 1993.
- LLEDÓ, Juan A. Pérez. Teorías críticas del Derecho. Em: GARZÓN VALDÉS, Ernesto *et alii. El derecho y la justicia.* Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado e Editorial Trotta, 1996.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACHADO, J. Batista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MACHADO, Edgar da Mata. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual racionalidade? São Paulo: Loyola, 1991.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 2ª ed., 1994.
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. New York: Meridian, 1974. [*Utilitarismo*. Coimbra: Atlântida, 1961]
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Introdução à edição portuguesa. Em: CANARIS, C.-W. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil.* São Paulo: Saraiva, 3º vol., 35ª ed., 1999.
- MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Rio de Janeiro: Ediouro.
- MOREIRA, Marco Antonio. Aprendizagem significativa. Brasília: UnB, 1999.
- NADER, Paulo. Filosofia do direito. Rio de Janeiro: Forense, 8<sup>a</sup> ed., 2000.
- . Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Forense, 18ª ed., 2000.
- OLIVECRONA, Karl. Law as fact. London: Stevens & Sons, 1971.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato União estável. Em: PEREIRA, R. da C. (coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- REALE, Giovanni e ANTISSERI, Dario. *História da filosofia*. Vol. II. São Paulo: Paulus, 2ª ed., 1990.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 19ª ed., 1991.
- \_\_\_\_\_. Teoria tridimensional do direito: situação atual. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1994.
- \_\_\_\_\_. Visão Integral do direito em Kelsen. Em: PRADO, Luiz Regis et KARAN, Munir (coord.). *Estudos De filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- RECASÉNS SICHES, Luis. Introducción al estudio del derecho. México: Porruá, 1970
- ROQUE, Sebastião José. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Ícone, 1996.
- Ross, Alf. Direito e justiça. São Paulo: Edipro, 2000.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988 (1980).
- \_\_\_\_\_. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. Em: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). *Introdução crítica ao direito*. Série "O direito achado na rua", vol. 1. Brasília: UnB, 4ª ed., 1993.
- . Pela mão de Alice. São Paulo: Cortez, 5ª ed., 1999.
- SCHMILL, Ulisses. El positivismo jurídico. Em: GARZÓN VALDÉS, Ernesto *et alii*. *El derecho y la justicia*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado e Editorial Trotta, 1996.
- SÓFOCLES. Antígona. Brasília: UnB, 1997.
- SOLON, Ari Marcelo. Dever jurídico e teoria realista do direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Introdução ao estudo do direito*. Mem Martins: Europa-América, 4ª ed., 1998.
- THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa.* Petrópolis: Vozes, 3ª ed., 1999.
- Tumánov, Vladímir. O pensamento jurídico burguês contemporâneo. Lisboa: Caminho, 1985.
- VECCHIO, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 5<sup>a</sup> ed., 1979.
- VILLEY, Michel. Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire. Paris: Dalloz, 1969.
- WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2ª ed., 2000.
- \_\_\_\_\_ (org). Em nome do acordo: a mediação no direito. Argentina: Almed, 1999.
- \_\_\_\_\_. O direito e sua linguagem, 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2ª ed., 1995.
- \_\_\_\_\_. *Introdução geral ao direito*. Vol. I (Interpretação da lei: temas para uma reformulação). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Introdução geral ao direito*. Vol. III (O direito não estudado pela teoria jurídica moderna). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- WARAT, Luis Alberto e PÊPE, Albano Marcos Bastos. Filosofia do direito: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas, 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

# Índice Remissivo

$\mathbf{A}$	Desuso, 37
	Dever-ser, juízo de, 24
Abstração, 29, 117	Direito
Alienação, 62	ciências que estudam o direito, 88
Alínea, 110	conceito, 19, 164
Alteridade, 46	conceito provisório, 22
Aprendizagem	dimensão ideológica, 164
mecânica, 10, 16	dimensões ideológicas, 86
significativa, 10, 11	direito alternativo, 161, 168
Artigo, 110	direito canônico, 129
Atributividade, 49, 50	direito comum, 130
Autonomia, 50	direito consuetudinário, 106, 148
Axiologia, 31, 101	direito de propriedade, 72
В	direito e convenções sociais, 44
D'1 . 1'1 1 40 54	direito e moral, 42, 46, 53
Bilateralidade, 48, 54	direito e outros sistemas normativos, 40
C	direito e religião, 41
	direito natural, 136
Capitalismo, 148	direito objetivo, 72
Capitulares, 128	direito positivo, 138, 159
Caput, 110	direito romano, 127, 131
Casamento, 73	direito subjetivo, 22, 72
Causalidade, 34	enfoques teóricos, 88
Ciência, 84, 88	objetivo, 22
Ciência do direito, 32	questões persistentes (Hart), 21
Círculo Hermenêutico, 13	Dissimulação, 67
Codificação, 145	Dogmática, 89, 91, 93, 99, 156, 161
Código de Napoleão, 133, 145	Dogmática jurídica, 95, 96, 166
Coerção	objeto, 99
coerção atual, 53	Doutrina, 114
coerção potencial, 53	<u>_</u>
conceito, 52	${f E}$
Coercibilidade. vide Coerção	Eficácia, 37
Common law, 107	Ensino jurídico, 166
Complementaridade	Epistemologia, 101
das disciplinas jurídicas, 16	Estabilização de expectativas, 165
entre zetética e dogmática, 91	Estado
Compreensão, 10	direito e, 78
Concepção jurídica do mundo, 68, 71	e organizações criminosas, 79
Constituição, 108	Etnocentrismo, 81, 121
Contrato social, teoria do, 143, 148	Evolucionismo, 72, 73, 121
Convenções sociais, 44	Exterioridade, 46, 54
Corpus iuris civilis, 130, 133	Extendidade, 10, 51
Costume, 105, 130	${f F}$
	Falácia naturalista, 26
D	Fato-tipo, 29, 117
Darwinismo, 121	Filosofia analítica, 24
Decidibilidade, 97	Filosofia do direito, 100
Declaração dos direitos do homem e do	Fontes do direito
cidadão, 145	conceito, 104
Decreto, 109	espécies, 105
Definição persuasiva, 84	fontes formais e materiais, 104
Democracia, 84	Formalismo, 154
Deontologia, 31, 35	1 OTHIAHSHIO, 1 <i>J</i> 4
Desuetudo, 37	
Dogwood, 31	

G	M
Generalidade, 117	Marxismo, 63, 64, 65, 161, 163, 167, 168
Н	Mediação, 165
	Medidas provisórias, 109
Hábito, 105	Monismo jurídico, 78, 81, 83, 87
Hermenêutica, 10	Moral, 40, 42, 46, 53
Heteronomia, 50, 80	N
História do direito, 92	
panorama histórico, 119	Naturalização, 66
Historicismo, 146	Natureza das coisas, 67, 136, 140, 142, 145,
Horizonte de compreensão, 14	147, 159
I	Natureza humana, 60, 66, 67, 137, 138, 140,
Idealasia	141, 144, 146, 147, 148, 155 Norma
Ideologia	
conceito, 60	características das normas jurídicas, 46 conceito, 28
conceito marxista, 61	destinatários das normas jurídicas, 159
dimensão ideológica dos conceitos jurídicos, 71	Estrutura lógica, 29
e conceito de direito, 79, 86	lei natural e norma de conduta, 33
origens do conceito, 60	norma jurídica, 24
procedimentos, 66	norma jurídica (conceito tradicional), 117
Iluminismo, 143	norma técnica, 28
Imperativo	normas primárias e secundárias, 30
categórico, 43	validade, 35
hipotético, 28	
Imputação, 34	0
Inciso, 110	Obrigação jurídica, 158
Intersubjetividade, 46, 54	Obrigatoriedade das normas jurídicas, 159
Inversão, 66	Ontologia, 100
	Ordem jurídica, 19
J	Ordenações Filipinas, 132
Juízes alternativos, 162	Ordenamento jurídico, 19, 108
Juízo de valor, 31	não-estatal, 80
Jurisprudência, 95, 111	n
Jusnaturalismo	P
características, 136	Parágrafo, 110
conceito, 136	Pasárgada, 82
e direito positivo, 137	Pluralismo jurídico, 76, 81, 83, 128, 130, 165
problemas essenciais, 137	Portarias, 109
renascimento, 154	Positivismo jurídico, 86, 146
renascimento do, 155	características, 149
teorias, 138	crise do positivismo, 154
Justacionalismo, 142, 145	formalismo, 154
L	positivismo normativista, 158
	positivismo sociológico, 157, 158
Legitimidade, 38, 160	Pré-compreensão, 11, 13
Lei, 108	Prejuízo, 12
complementar, 108	Propriedade, 72, 73
conceito, 107	R
função das leis, 166	
hierarquia das leis, 108	Racionalismo, 142
material e formal, 108	Realismo jurídico, 157
natural, 33	críticas ao realismo, 160
ordinária, 108	escola americana, 158
sentido material e formal, 109	escola escandinava, 158
Lei da boa razão, 133	Religião, 40, 41
Linguagem, 24	Revoluções burguesas, 42, 51, 81, 107, 116, 125, 133, 134, 142, 145, 148, 149, 151, 153

# $\mathbf{S}$

Sanção, 52
institucionalizada, 80
Segurança jurídica, 149, 161
Senso comum, 12, 19
Senso comum teórico dos juristas, 64, 71, 81
Ser, juízo de, 24, 27, 84
Sinceridade, 48
Sistemas normativos, 40
Sociologia jurídica, 94

#### Т

Tecnicismo, 6, 166
Teoria do mínimo ético, 55
Teoria geral do direito, 101
Teoria tridimensional do direito, 35
Teorias críticas do direito
características, 161
crítica das teorias críticas, 167

elementos comuns, 163 falta de unidade, 164 inspiração marxista, 163

#### T

*Ubi societas, ibi ius*, 6, 40, 70 União estável, 73 Uso alternativo do direito, 163

#### V

Validade, elementos da, 36 Variável axiológica, 84, 85 Verdade, 84 Vigência, 36, 160

### $\mathbf{Z}$

Zetética, 89, 91, 93, 95, 99, 156, 161 e crítica, 161