ISSN: 2317-1308

Formalismo e pré-modernidade da ciência jurídica atual: monismo e pluralismo no direito

Lucas André Viegas Carvalho de Siqueira[1]

[1]*Faculdade de Direito - UNISANTA Universidade Santa Cecília*

Resumo

A centralidade do tema da distribuição de justiça em todos os empreendimentos político-teóricos até os nossos dias coloca, por si, a proximidade da relação entre Direito e Estado. Miguel Reale, em Teoria do Direito e do Estado, acentua a proliferação de diversas perspectivas teóricas de abordagem do tema e procura agrupá-las em três diferentes modos de percepção, em especial , das formas de gênese normativa.Elaboradas as normas e reconhecida sua juridicidade, independente de seu grau de generalidade e abstração, sempre por poder estatal, estaríamos diante de uma perspectiva Monista. O Estado, desse ponto de vista, não apenas monopoliza a elaboração da norma geral na lei, ou através dela, controla rigidamente as fontes sociais, como também, pelo monopólio e institucionalização da sanção jurídica através das normas jurisdicionais, exerce controle último da juridicidade, impondo aos decididores o respeito à norma legal. É incontroverso, aqui, o controle unicamente formal da juridicidade: procedendo a norma de fonte formal regular do Estado não se pode negá-la. Por essa forma, fica o problema da legitimidade normativa reduzido exclusivamente ao *consenso social presumido* em torno das deliberações estatais. Opondo-se a isso, as perspectivas pluralistas ou dualistas afirmam a legitimidade das fontes sociais inclusive quando contrapostas às Estatais: sobre o *consenso presumido,* o *consenso real*. A aplicação da norma Estatal deve ser recusada sempre que materialmente contrariar os elementos básicos das formas de organização social ou, mesmo, a concepção social de justiça em sua referência concreta. Não é disfarçável, também aqui, o formalismo da concepção. Mesmo o recurso à inadequação material da norma afirma: sobre a fonte estatal impõe-se a fonte social.Em nossos dias, conforme já lecionou o mestre, impõe-se, sem dúvidas, a recolocação da relação entre Direito e Estado em uma perspectiva paralelista. As Fontes do Direito, conforme hoje definidas na doutrina dominante, não são os meios exclusivos para a definição dessa relação, nem estão suficientemente aptas ao reconhecimento da juridicidade. O fato de o Direito Estatal ser baseado em controles das decisões jurídico-políticas induz os decididores à observação, também, dos controles internos finalísticos e, através deles, dos controles externos ao próprio sistema, ainda que incorporados segundo suas regras de organização.A tentativa de racionalização desses controles, hoje colocados em termos de *poder-dominação*, constitui-se como um dos maiores desafios da teoria jurídica atual. Não cabe neste âmbito, entretanto, a formulação de proposta neste sentido; mas conveniente é a análise de alguns pressupostos das teorias já referidas.

Palavras-chave: Era pré-moderna; Monismo do Direito; Pluralismo do Direito.

ISSN: 2317-1308

The Formalism in the legal science pre-modern era: Monism and Pluralism in law

Abstract

This article discusses the need to revisit the theoretical assumptions of Juridical Science, making it the overarching instrument subject to a qualification and material recognition of the legality rules. For that purpose, it engages in a brief foray about two usually opposing theoretical perspectives, understood here as strictly formalist legal thought: the traditional legal doctrine, dating back to the abstract Kelsenian normativism, and the so called legal pluralism.We propose, then, that the criticisms generally opposed to dogmatic thinking are the same way and for the same reasons, opposable to the so called Alternative Law Movement. The failure of both perspectives lies, as our central hypothesis, precisely in the formalism which we intend to report.To finish up, with some of the mentioned authors, placing our science in a stage of scientific pre-modernity and in the end, claiming as a new scientific paradigm in law, to be respected at least two negative requirements for defining criteria in order for juridical recognition.

Key-words: Pre-modern era; monism in law; pluralism in law

---

1. Exemplificando a perspectiva monista no Direito: O Normativismo Abstrato Kelseniano em seus lineamentos básicos

O pensamento de Hans Kelsen representa, de forma privilegiada, o positivismo jurídico do século passado. Por duas especiais razões anotamo-lo aqui: (a) sendo referencial ao positivismo de perspectiva monista, a análise de seus pressupostos colaborará para a crítica e incorporação dos instrumentais positivistas no cabedal teórico do estudante, e (b) reduzido às suas insuficiências, por algumas das conhecidas críticas imanentes e transcendentes, colocará, por mais uma vez, a necessidade de rompimento com os modos estritamente formais de reconhecimento da juridicidade.

1.1. O conceito de norma jurídica: uma dupla abstração

Toda construção doutrinária no Direito requer a definição de um modelo do que se entenda por *norma jurídica*. A construção Kelseniana, porque acusada de não abarcar a compreensão de todo o fenômeno jurídico, já foi por nós, em outro trabalho[1], reconduzida à integralidade da situação comunicativa jurídica. Interessa-nos, entretanto, demonstrar sua construção, as razões pelas quais Kelsen foi levado a abstrair a proposição normativa tanto de seu emissor quanto de seu destinatário, e as conseqüências disso para os desdobramentos de sua teoria.

Na gênese da percepção ora comentada, está a modelagem da norma como ato humano, psíquica e socialmente concebido. A norma é, nesse sentido, um ato da vontade, em oposição a outros atos psíquicos – um ato da razão, ou um ato do sentimento, da emoção, etc –. A norma é um ato prescritivo fundado numa das atividades humanas, a atividade humana do querer, por exemplo. Ainda não é, necessariamente, uma proposição, embora possa manifestar-se sob essa forma.

Entender a norma exclusivamente como um ato prescritivo baseado na vontade, entretanto, faria da Ciência do Direito uma espécie de Ciência dos atos e, portanto, voltada para a análise da vontade humana – da relação das prescrições com esses atos de vontade. É necessário, então, entender a

[1] *Cf.* SIQUEIRA, Lucas André Viegas Carvalho de. Purismo, Tridimensionalismo e Linguagem no Direito: delineamentos para uma teoria semiótica do discurso normativo. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: s.n., 1999.

norma com um produto[2],– produto de um ato de vontade; mas que não se confunde com o próprio ato –. Está, daí, perfeita a primeira abstração fundamental à teoria Kelseniana: separa-se a origem produtora da norma de seu resultado.

Nesse sentido, propicia uma modelagem puramente sintática ou lógica, na qual a norma é vista como uma *proposição*. Normas são proposições específicas. Uma proposição, por exemplo, cujo conectivo é um dever-ser neutro ou em uma de suas modalizações. Por meio desses conectivos temos a construção proposicional típica das normas[3] e, a partir daí, a construção do que seria uma norma jurídica como uma proposição jurídica. *Aqui se procura identificar a norma com uma proposição e qualificar essa proposição, à diferença de outras, pelo seu tipo de conectivo*.

Se o ato originante da norma é basicamente um ato de vontade[4], subseqüentemente Kelsen é levado a uma segunda abstração: das possíveis reações dos destinatários à vontade impositora da norma – pelo que ela possibilitaria uma estabilização *contra-fáctica*[5], precisamente por tratar-se de uma manifestação mental (acompanhada até por uma manifestação corporal) que, ao mesmo tempo, desconsidera como as coisas estão em face dessa vontade e promove um querer que não avalia nem se submete às resistências.

A norma, nesse sentido, não se confunde com a realidade, ela não subsiste em termos de adequação ou inadequação à realidade, ela independe dessa realidade. Por isso é ela um enunciado de dever-ser que vale ou não-vale: não é verdadeiro nem falso. Vincula-se, na origem, ao ato de vontade e subsiste enquanto vale.

A norma é realidade ôntica e gnosiologicamente autônoma na medida em que se abstrai duplamente: do ato de vontade que a origina e da reação dos seus destinatários em termos do problema tratado pela dogmática jurídica como *efetividade* ou *eficácia social*. É esta a concepção imanente na Teoria Pura do Direito e nos desdobramentos propriamente sintáticos do estudo da linguagem normativa.

Aqui uma primeira crítica à proposta Kelseniana. Um corte metodológico que propugne pelo isolamento temático da mensagem normativa jurídica, não pode, efeito reflexo, desconsiderar os outros elementos do processo comunicativo no qual se insere – precisa levar em consideração a vontade originante, os destinatários comunicativos e os próprios objetos dessa vontade, todos reciprocamente imbricados. As interações entre os comunicadores, a própria comunicação normativa e os objetos têm que ser levados em consideração[6].

---

[2] Para essa distinção KELSEN baseia-se na ambigüidade processo/produto.

[3] Sobre os modais deônticos, a estrutura proposicional da norma e os antecedentes teóricos do tema, com seus desenvolvimentos completos, permitimo-nos, novamente, remeter à nossa dissertação de mestrado. *Cf.* em SIQUEIRA, Lucas André Viegas Carvalho de. Purismo, Tridimensionalismo e Linguagem no Direito: delineamentos para uma teoria semiótica do discurso normativo. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: s.n., 1999.

[4] Nesse sentido fala-se de um *formalismo voluntarista* em grande parte das teorias positivistas e, por outra forma, também nas doutrinas pluralistas. O Direito Natural, por outro lado, em grande parte das perspectivas desenvolvidas atualmente, não logrará, por sua feita, superar um certo *formalismo racionalista*. Daí a maior importância dos enfoques (e de seus correspectivos na argumentação jurídica) os quais, embora deciosionistas, permitem discutir a fundamentação das diversas decisões jurídicas como uma das tarefas da Ciência do Direito.

[5]Ver: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação.

[6] Em outro trabalho já propusemos o modelo da norma como comunicação para compreendê-los. Nele a proposição normativa permanece sendo uma das partes essenciais do processo. *Cf.* em SIQUEIRA, Lucas André Viegas Carvalho de. Purismo, Tridimensionalismo e Linguagem no Direito: delineamentos para uma teoria semiótica do discurso normativo. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: s.n., 1999.

1.2. O reconhecimento da juridicidade: validade normativa e norma fundamental

Desde Kelsen, como vimos, com a sistematização piramidal-escalonada do Direito Positivo, é típico da prática doutrinária definir a validade como uma relação de imunização entre duas normas: a norma imunizante (superior) e a norma imunizada (inferior). Uma tal percepção favorece a visualização do processo de positivação do Direito, compondo a chamada *dinâmica jurídica*[7].

Estaria imunizada, então, a norma inferior que respeitasse à forma – autoridade competente e devido processo legislativo – e ao conteúdo da norma superior (critérios de hierarquia formal e hierarquia material). Essa a base do recorte estritamente formalista do Positivismo Jurídico(uma delimitação material apenas poderá ser colocada pelo próprio Direito Positivo)[8].

A questão, como proposta, é mais simples do que se possa supor: baseando-se na relatividade da moral, o que redundaria na sua incapacidade de legitimação quanto ao direito, e na não possibilidade de transposição do mundo do ser para o mundo do dever ser, Kelsen conclui que a validação de uma norma só pode ocorrer mediante uma outra norma que, sendo-lhe superior, a imunizaria contra eventuais críticas e comportamentos de desconsideração dos destinatários.

Essa posição, e a pretensa necessidade de excluir da Ciência Jurídica proposições sociológicas e políticas, leva-o a teorizar uma norma fundamental (ou constituição em sentido lógico-formal) que seria o pressuposto gnoselógico de todo o sistema, uma vez que imunizaria à primeira norma posta. Nessa doutrina, aliás, reconhecidamente, observa-se um elemento fundamental de todo o recorte formal kelseniano[9].

---

[7] Os estritos termos kelsenianos, melhor denunciantes do caráter propositalmente formal da teoria e(segundo ela) auto-referencial do direito, podem ser assim exemplificados:

Já nas páginas precedentes por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se por forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda – em certa medida – o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação.(vide em KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 309-310).

[8] Perelman, em posicionamento estritamente descritivo deste particular do pensamento kelseniano, da seguinte forma coloca a questão:

Conhece-se a reação positivista de Kelsen em relação à dogmática, considerada como uma mescla pouco científica de juízos descritivos e de juízos de valor. O papel do cientista, segundo ele, é o de elaborar uma ciência das normas jurídicas, das quais seriam eliminados os juízos de valor, essencialmente contestáveis. O direito, objeto de ciência, se apresenta, nessa perspectiva, como um sistema dinâmico de normas hierarquizadas, pois as normas de nível superior habilitam os órgãos que terão por tarefa formular normas de um nível inferior e indicam, ao mesmo tempo, as modalidades e os limites dessa habilitação. Enquanto não se infringem esses limites, quem é habilitado a formular as normas de um nível inferior tem completa liberdade de decisão. Na lógica do sistema, a norma fundamental, de natureza constitucional, não pode, de direito, ser fundamentada: ela é pressuposta, supõe-se que se lhe adira, sem o que o sistema não seria eficaz, não seria um sistema de direito real, mas simplesmente um sistema possível. Cf. em PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1.ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999, pp. 409.

[9] São exemplos da importância da norma fundamental, e de sua preocupação e conseqüências apenas formais, os seguintes trechos:

Se a questão do fundamento de validade do Direito positivo, isto é, a questão de saber por que as normas de uma ordem coerciva eficaz devem ser aplicadas e observadas, visa uma justificação ético-política desta ordem coerciva, ou seja, visa um critério firme segundo o qual uma ordem jurídica positiva possa ser julgada justa e, por isso, válida, ou injusta e, por isso, não válida, então deve dizer-se que a norma fundamental determinada pela Teoria Pura do Direito não realiza uma tal justificação, não fornece um tal critério.

E prossegue, mais adiante:

De nosso ponto de vista, até aqui, embora reconhecendo outras pertinentes críticas doutrinárias e por agora isolando o ponto de vista externo à teoria comentada, necessitamos apenas recordar que isto constitui uma das mais veementes críticas imanentes à teoria kelseniana: se a norma fundamental é proposição cognoscitiva (e, portanto, descritiva – do mundo do *ser*, *sein*), dela não se poderia derivar, de acordo com a ótica do autor, nenhuma norma do sistema (proposições necessariamente prescritivas – do mundo do *dever ser*, *solein*). Compreende-se, entretanto, as distintas motivações do autor.

Se aceitarmos, em avanço a esse ponto de vista, a incorporação de instrumentais semióticos e semiológicos e, em especial, da dimensão pragmática da linguagem normativa, temos que a relação de imunização, então, consiste no fato de a norma que relativamente se coloca como superior programar a decisão originante da norma que, por sua vez, também relativamente, se define como inferior. Ora, a programação, nos termos já mencionados, pode ser condicional ou finalística, mas não deixa de ser uma relação internormativa.

Nesse novo sentido[10], dizemos, para além da teoria Kelseniana, que o relato da norma superior refere-se ao cometimento da norma inferior para impedir a sua discussão: daí falar-se em relação meta-complementar (é *complementar* porque editor e destinatário normativo estão desequalizados e *meta* porque tal desequalização não pode ser discutida em função do prévio estabelecimento).

Esse controle é tipicamente condicional porque burocratiza a decisão: a autoridade está vinculada aos meios (*e. g.*, competência e processo legislativo); mas liberada segundo os fins a serem atingidos (nada se diz, então, com relação à matéria da nova norma).

Num segundo sentido, fala-se em controle finalístico porque se libera o meio de produção do ato, vinculando-o à sua finalidade e atingindo, então, o conteúdo dele resultante. Note-se, contudo, que a parte aqui preservada é a relação de complementaridade: atingido o fim, ela não pode ser discutida.

O conteúdo da norma superior condiciona o conteúdo da norma inferior de forma que a autoridade impositora desta última fica imunizada na medida em que respeitou àquele condicionamento. Imunizada, entretanto, continua a ser autoridade; os conteúdos de ambas as normas permanecem discutíveis no processo hermenêutico estritamente jurídico ou em qualquer outro processo de elaboração jurídico-normativa.

Se por um lado, sendo pacífica a prevalência do plano sintático nos discursos monológicos[11], pode-se (não necessariamente) aderir a uma definição da validade preponderantemente situada nesse plano; jamais seria possível, nesse sentido, concordar com a identificação entre validade e *imperatividade* normativas (ou, com igual razão, com a redução do segundo ao primeiro conceito).

Toda a ordem coerciva globalmente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objectivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo das suas normas. É este um elemento essencial do positivismo jurídico.

E, ainda:

Dado que – como se mostrou – a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política, mas tão-só uma função teorético-gnoseológica.(vide KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 304-305).

[10] Novo no âmbito deste trabalho. O conceito, entre nós, foi inserido pelo professor Tércio Sampaio FERRAZ Jr. especialmente em sua tríade: Direito, Retórica e Comunicação; Teoria da Norma Jurídica e Introdução ao Estudo do Direito.

[11] Nesse sentido, *v. g.*, é a posição externada por Tércio Sampaio FERRAZ Jr. em seu Direito, retórica e Comunicação (p. 28) :"*(sic)* No modo monológico do discurso a dimensão pragmática e a dimensão semântica podem, assim, tornar-se secundárias em relação à dimensão sintática.(*sic)*"

Assim pode ser percebido o conceito de validade, no sentido que por Reale seria dito *técnico-formal;* mas desde o início observada a necessidade de reestudá-la em suas relações com a eficácia e o fundamento normativos. É o tratamento em apartado desses diversos conceitos que, em grande medida, caracteriza o formalismo Kelseniano (normativismo abstrato, nas palavras de Reale).

Acreditamos na possibilidade de um juízo de juridicidade que transcenda as relações entre validade, eficácia e fundamento normativos para abarcá-los pela informação científica através do exercício retórico. Continuemos, entretanto, com as considerações marginais à teoria estudada.

1.3. Relações admitidas entre validade e eficácia

Nem sequer podemos ter a imperatividade de uma norma do sistema como uma derivação da norma fundamental que seria o seu pressuposto de validação. Embora o próprio Kelsen pareça, em parte de sua obra, permitir uma tal identificação, isso também se coloca em contradição com um de seus pressupostos primeiros: o de que de uma proposição do *ser* não deriva uma proposição de *dever ser*[12].

Não identificar eficácia e validade, mas tornar a primeira condição da segunda, como mais propriamente pode-se deduzir de sua obra, a partir de duas teorias por Kelsen definidas como errôneas – a primeira (dita idealista) por separar em tudo os dois fenômenos, a segunda (dita realista) por identificá-los –, coloca, no mínimo, a necessidade de explicar-se a relação, ou seja: o sentido no qual se pode dizer, de uma perspectiva dita propriamente jurídica, como é do espírito do pensamento dogmático, que a eficácia é condição da validade.

Esse empreendimento, também deve-se reconhecer, não foi acabado na obra Kelseniana e é hoje retomado pela aplicação dos recursos semióticos, semiológicos e propriamente retóricos.

1.4. O problema hermenêutico: A decisão judicial como autêntica interpretação da normatividade jurídica e sua situação no âmbito político

A questão hermenêutica é tratada de forma restrita pela Teoria Pura do Direito. Não pode abarcar a elaboração da norma jurisdicional em concreto, porque isto é visto como ato de *aplicação do Direito*. E não há diferença entre atos de *aplicação* e atos de *criação* do Direito porque, excetuados os casos-limite da norma fundamental e da execução coerciva, todo ato jurídico é, simultaneamente, a aplicação de uma norma relativamente superior e a produção da outra relativamente inferior[13]. A elaboração das normas, quer gerais e abstratas ou individuais e concretas, indistintamente, já por essa razão, situa-se no âmbito político.

As decisões judiciais teriam, assim, como é por todos admitido na atualidade, caráter constitutivo do Direito limitando-se, sua descoberta, à determinação da norma geral a aplicar no caso concreto. Ainda nesse particular, entretanto, mantém-se o caráter constitutivo do ato. Diríamos, atualizando-o: pela necessária formulação tanto da proposição que juridicamente constitui o fato quanto da norma geral aplicável, necessariamente obtida por juízo de

[12] Confira em KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 215.

[13] Significativo é o seguinte trecho kelseniano:

*...A **aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito**. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. **É desacertado distiguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito**. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, **todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma de uma norma inferior**.*(vide em KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 304-305).

compatibilidade entre o enunciado a aplicar e o todo do ordenamento jurídico (prévio juízo de constitucionalidade, diria Kelsen).

1.4.1. Indeterminação do ato de aplicação da norma e controle da decisão jurídica

Sendo de determinação a relação entre escalões normativos correlativamente hierarquizados, o caráter político da decisão jurídica mantém-se pela necessária indeterminação parcial das normas inferiores. Por um processo exclusivamente cognoscitivo não é possível determinar o específico conteúdo de qualquer das normas do sistema, tal requer uma complementação volitiva.

Nem poderia o legislador determinar especificamente o conteúdo das normas jurisdicionais nem pretende tal desiderato. Há, mesmo, em muitos casos, intencionalidade na indeterminação dos conteúdos das normas inferiores. Essa indeterminação, aliás, está vinculada aos controles finalísticos da decisão jurídica e, por eles, à incorporação, por meio da retórica jurídica, de controles externos ao próprio sistema[14].

A conclusão do raciocínio kelseniano é que, de nosso ponto de vista, merece reparos. Toda decisão jurídica ou se colocaria no âmbito político ou resultaria em uma determinação só parcial ou negativa: sabe-se, diante de um caso concreto qualquer, que uma gama de soluções opõe-se aos condicionamentos normativos e conhece-se um conjunto de soluções cientificamente possíveis para o deslinde do conflito. Não se pode, do estrito ponto de vista de uma ciência jurídica, entretanto, determinar qual delas melhor atende ao caso em questão[15].

À atividade cognoscitiva na interpretação nada mais cabe. A determinação de um sentido unívoco para a norma aplicanda é, desde o Direito Positivo, inalcançável. Tal deve-se à expressão volitiva do aplicador e, subseqüentemente, é marginalizado como mera decorrência subjetiva. Pela autorização da parte volitiva do ato de determinação, a propósito, qualifica-se como autêntica a interpretação do órgão jurídico que tem a atribuição de aplicar a norma.

Nenhuma outra perspectiva poderia resultar de uma proposta, pela forma acima delineada, só formal da Ciência Jurídica. A determinação racional dos conteúdos normativos, entretanto, é não apenas recomendável como necessária à eficácia e adequação social do Direito Positivo[16].

Deve-se observar, entretanto, que nem por Kelsen é afastada a possibilidade de considerações metajurídicas à determinação dos conteúdos da nova norma. Essas, aliás, nesse ponto, são requeridas, situando-se, porém, fora do âmbito da ciência jurídica[17]. O formalismo kelseniano, por

---

[14] É ilustrativo que nem o próprio Kelsen negue a possibilidade (ou, em casos específicos, necessidade) de investigação do sentido da norma e da vontade dela impositora por elementos alheios à sua expressão verbal. Veja-se, nesse sentido:

...De todo o modo, tem de aceitar-se como possível investigá-la a partir de outras fontes que não a expressão verbal da própria norma, na medida em que possa presumir-se que esta não corresponde à vontade de quem estabeleceu a norma. Cf. em KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 389.

[15] É o que encontramos na conhecida imagem da moldura kelseniana: *...O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Idem, ibidem,*pp. 390.

[16] Nesse sentido, pela seguinte forma manifesta-se Perelman após negar a neutralidade do positivismo jurídico:

Vê-se, por essas observações, que as preocupações acerca da aceitabilidade das conseqüências diferenciam nitidamente um sistema jurídico de um sistema formal. Daí resulta que, apesar do parecer de certos positivistas, preocupações ideológicas, de ordem moral, religiosa ou política, não podem ser alheias ao direito, pois exercem grande influência sobre a efetividade do sistema e sobre a maneira pela qual as regras de direito são interpretadas e aplicadas. Cf. em PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1.ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999, pp. 427.

[17] *Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito Positivo, mas de outras normas que,*

si, sequer sugere, portanto, a suficiência, quanto à composição de novas normas, dos instrumentais teóricos por ele disponibilizados.

Acerca dessa indeterminação dos conceitos normativos e da liberdade do intérprete em delimitá-los, por uma posição valorativa entendida por Kelsen como subjetiva e irracionalizável, aliás, desde já, podemos apontar o passo adiante que, em uma perspectiva semelhante, será proposto pelo professor Perelman. Este último deseja trabalhar com o conceito de razoabilidade[18], anotando diversas formas pelas quais a doutrina jurídica fixa elementos seguros e bastante verossímeis como limites à atividade do decididor, quer seja ele pessoa de direito privado ou autoridade pública. Tal determinação é parte e propósito essenciais de qualquer proposta tendente ao estabelecimento de um critério material de reconhecimento da juridicidade.

Trata-se, então, de alargar o conceito de cientificidade, tornando racionalizável, conforme sua natureza específica, o ato de elaboração normativa. Não apenas, nesse ponto, as ciências sociais transpuseram inadequada e apressadamente os referencias das ciências naturais e ideais, como, subseqüentemente, ignoraram as transformações por elas já sofridas. Para enfrentar tais questões asseveramos como indicados os instrumentais retóricos informados por uma abordagem transdisciplinar do Direito positivo.

Para inteiramente expor o caráter só formal da ciência jurídica atual, entretanto, em contraponto, precisamos demonstrar o similar formalismo da perspectiva costumeiramente oposta ao positivismo.

---

aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas tranformar-se-iam em normas de Direito positivo.(idem, ibidem, pp. 393-394).

[18] *Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poderes, como iniqüidade ou má fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comum a todos os povos civilizados. Pouco importam as categorias jurídicas invocadas. O que é essencial é que, num Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável.*

E prossegue, mais adiante:

Cumpre observar, a esse respeito, que o razoável não remete a uma solução única, e sim implica uma pluralidade de soluções possíveis; porém, há um limite para essa tolerância, e é o desarrazoado que não é aceitável. A vaguidão de certos termos, que figuram num texto legal ou regulamentar, dá latitude ao intérprete, mas, a não ser que se considerem certas expressões, tais como 'interesse comum', 'urgência' ou 'equidade' como expressões vazias, há limites para o poder de apreciação. Cf. em PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1.ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999 (pp. 429-432).

2. Pluralismo Jurídico: Do Normativismo de Combate ao Direito Alternativo

Os primeiros sinais da crise da Dogmática[19] no século passado manifestam-se a partir de uma inversão praticada pelo Poder Judiciário italiano: subvertendo a elegante geometria Kelseniana e antevendo conflitos entre as legislações pré-constitucionais, organizadas pelo sistema jurídico totalitário, e a nova Constituição italiana, na qual são positivadas grande gama de Direitos e garantias em total desprezo à ordem anterior (regime jurídico fascista), baseava seus julgados na legislação pré e infra-constitucional, sob o pretexto da ausência das normas complementares ou reguladoras da norma constitucional[20]. Dessa forma, mantém a aplicabilidade dos conceitos jurídicos já institucionalizados no senso comum dos juristas.

O "uso alternativo do Direito" [21] é proposto contra essa exegese, de início tentando viabilizar os valores e princípios constitucionais. A partir das crises, lacunas, ambigüidade e contradições entre o texto ordinário e o texto constitucional, os juristas italianos elaboraram uma práxis garantista de efetivação dos Direitos Fundamentais constitucionalizados. Desenvolveu-se um processo interpretativo de resgate e emancipação da cidadania: com base em norma constitucional, busca-se a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais sobre o Estado, isto indicando, mesmo, a primazia axiológica da sociedade sobre ele. É a lição de Ferrajoli:

> Fue precisamente la 'tarea' indicada por esa norma de remover los obstáculos que 'de hecho' limitan la libertad y la igualdad de los ciudadanos lo que permitió a la cultura judicial progresista reconocer la divergência estructural entre el deber ser constitucional y el ser efectivo del ordenamiento, además de la invalidez tendencial del segundo a respecto del primero. Conforme a ello, la sujeción del juez a la ley, en cuanto sujeción a la ley constitucional, cambió así de signo: ya no el fetichismo y tecnicismo legalista, que agotaba en al ley el horizonte axiológico de la jurisdicción, sino la aproximación constantemente crítica del derecho vigente para comprobar su eventual contraste con los valores elevados y difíciles - la igualdad substancial y los derechos fundamentales - incorporados en la Constituición y nunca plenamente realizables[22].

Temos aqui duas expressões, discerníveis, mas semelhantes, do Movimento do Direito Alternativo: enquanto João Baptista Herkenhoff[23] e Amilton Bueno de Carvalho[24] referem-se ao "uso alternativo do Direito" e à "positividade combativa" ou "normativismo de combate"; Edmundo Lima de Arruda Júnior[25], idealizador do Instituto de Direito Alternativo, em expressões paralelas, refere-se aos planos do "instituído sonegado" e do "instituído relido".

Em ambos os empreendimentos, identificados como processo de releitura constitucional e retórica do Direito posto, pode o dito movimento, embora sem avocar-se primazia, justificar-se com base nos recursos epistemológicos já oferecidos pelo saber dogmático.

---

[19] Diagnosticados na Itália em momento superveniente à Constituição de 1947, em razão mesmo da oxigenação da Crítica do Direito, fruto do processo de democratização e incorporação dos Direitos Humanos nas Constituições, após a segunda grande guerra e a reconstrução Européia. Repudiando os ideais nazi-fascistas totalitários, as novas constituições estabelecem valores plenos de igualdade, liberdade e tolerância (pluralidade).

[20] Vide Miguel PRESSBURGUER, Conceito e evoluções do Direito Alternativo, Seminário nacional sobre o uso do Direito Alternativo. Rio de Janeiro: ADV, 1993, p. 14. É importante anotar que o mesmo embate dá-se ainda hoje: nega-se aplicabilidade às normas constitucionais evocando seu caráter programático ou sua eficácia contida.

[21] O "movimento da Magistratura Democrática" surge por volta de 1964, na Associação Nacional da Magistratura Italiana. *Idem, ibidem*.

[22] FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 835-836.

[23] HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o direito. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

[24] Amilton Bueno de CARVALHO, Direito Alternativo: uma revisita conceitual. JUSTIÇA & DEMOCRACIA, São Paulo, n. 03, p. 129-140, 1997.

[25] Edmundo Lima de ARRUDA JR., Teoria do Direito: esperando Godot?. In: Intordução à Sociologia Jurídica Alternativa. São Paulo: Acadêmica, 1993.

Aumenta-se a complexidade da situação, entretanto, quando o Movimento do Direito Alternativo, recepcionando os ensinamentos da Sociologia do Direito, propugna pelo reconhecimento da existência de Direitos e práticas jurídicas não estatais, criadas pela sociedade e que reivindicam ser positivadas. Não estaremos mais, então, no plano do instituído, mas sim do instituinte ou do Pluralismo Jurídico.

Nesse último sentido é que transparece o conflito que necessitamos explicitar: ao formalismo estatal contrapor-se-ia o formalismo social. A partir de uma real crise do pensamento dogmático refuta-se o primeiro sem que, entretanto, elabore-se uma forma de sustentação do segundo pela demonstração de uma efetiva superação daquele ou, de qualquer outro modo, de um critério que permita uma decidibilidade prévia entre eles com base nos conteúdos normativos. Ou, usando conceitos caros à doutrina em questão: apresenta-se a tese e a antítese, porém não sua síntese.

3. A Crise do Pensamento Dogmático

O Movimento do Direito alternativo, como entre nós ficou conhecido[26], reúne juristas críticos dos mais diversos matizes e adquire expressão significativa no Brasil desde o final da década de oitenta. O discurso alternativista, sem dúvidas, tenta, minimamente 'discutir as qualidades e as limitações da Dogmática jurídica' propondo formas de superação do paradigma tradicional, ou, no limite e no sentido que especificamente nos interessa, afirmar a coexistência simultânea de dois sistemas de Direito, daí caracterizando-se como Dualistas ou Pluralistas.

Como visto supra, a Dogmática Jurídica, enquanto instrumento de sistematização do pensamento jurídico, caracteriza-se fundamentalmente pela restrição de seu objeto de estudo ao Direito positivo vigente. Cabe-lhe, deste ponto de vista, como de fato têm-se anotado, elaborar um sistema normativo coerente e completo, em busca da maior justificativa dogmática: "segurança jurídica", entendida como uniformização e previsibilidade nos julgamentos.

Mesmo os mais moderados entre os alternativistas apontam ao menos duas assertivas alegadamente insolúveis no que diz respeito à produção de um discurso isento de falhas, cuja satisfação à comunidade científica deveria ser plena: (1º) a fragilidade de seu objeto e o seu comprometimento distante do plano teórico, e (2º) a diafonia entre o material legislativo, as promessas do modelo e a aplicabilidade na realidade social. Temos, portanto, a crise do modelo dogmático manifesta de duas formas: intrínseca e extrinsecamente. O dual processo de desgaste colaboraria com uma global e gradual perda de legitimidade.

A sistematização da Dogmática Jurídica, enquanto doutrina atribuída à Jhering fundamentalmente em "Espírito do Direito Romano", desde o princípio corroboraria para aquela primeira ordem de críticas. Ali, distinguem-se duas etapas do conhecimento jurídico no Direito[27]: (a) a primeira etapa, denominada jurisprudência inferior, voltar-se-ia ao prático na interpretação

[26] É significativo que, embora originado nas nações do primeiro mundo, apontem os alternativistas um maior repercussão de seu movimento, atualmente, entre nós. Sobre a questão, assim se manifesta o eminente jurista e sociólogo pernambucano Cláudio Souto:

A alternatividade à justiça estatal do primeiro mundo é tímida, prática e teoricamente, correspondendo a uma realidade social menos dramática que a dos países periféricos – esta última contrastando com maior nitidez lei e justiça. Isso torna a alternatividade quanto ao direito problema existencialmente mais ligado ao terceiro mundo, e, assim, se tem ela afirmado com relevo na América Latina e, de modo especial, no Brasil, pela tradição de estudos jurídicos deste país. Cf. em SOUTO, Cláudio. Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre : Livraria do advogado, 1997, pp. 12.

[27] Mais ilações sobre o conceito de "modo de produção do Direito" pode-se encontrar em texto denominado "Dogmática Jurídica e Hermenêutica: aportes críticos acerca do Direito e do Estado" do jurista gaúcho Lenio Luiz STRECK. In: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed, 2003.

comum do material legislativo; e (b) a jurisprudência superior seria desenvolvida pelo cientista através da conceitualização e da sistematização, isto é, da construção jurídica.

Adquire, desta forma, preocupação essencialmente prática, ou seja, aplicação judicial do Direito vigente, obtendo, como efeito (perverso), a radical separação entre teoria e práxis. A problemática do Direito passa a ser de como ele se realiza; trata-se, aqui, de uma questão de forma e não de conteúdo.

Opondo-se diametralmente a essa postura, entretanto, em momento quase concomitante, em 1847, na cidade de Berlim, Kirchmann pronuncia a conferência intitulada "O caráter a-científico da chamada ciência do Direito" ou "A Jurisprudência não é ciência". No sugestivo discurso, afirma o autor que:

> El carácter acientífico de la jurisprudencia como ciencia puede significar, por un lado, 'que la jurisprudencia, si bien constituve una ciencia, carece de aquella influencia en la realidad y la vida de los pueblos que qualquier ciencia posee y debe tener'; por el otro lado, 'que la jurisprudencia carece de valor como ciencia teórica, que no constituye una ciencia con arreglo al auténtico concepto de la misma`[28].

A segunda crítica, de maior amplitude, começa por questionar os próprios fundamentos da Ciência Jurídica. Fundamentada em uma matriz positivista de ciência, transporta ao jurídico anseios de objetividade e neutralidade axiológica, operando uma cisão artificial. Acaba por "(...) compartimentar o conhecimento do Direito, dividindo-o em duas partes estanques, uma lógica, ocupando-se da 'ciência das normas', e outra, axiológica, à qual incumbiria o trato dos valores tanto subjacentes quanto buscados pela ordem jurídica"[29]. A primeira corresponderia à Dogmática Jurídica e a segunda à Filosofia e à Sociologia do Direito[30].

Impossibilitar a valoração do objeto (Direito positivo) e desqualificar como acientífica toda atitude crítico-interpretativa são tomados como afirmações de poder o qual impõe o modelo de cientificidade admitido e descarta ordens de saber jurídico à simples epígrafe, conforme expressão de Michel Foucault, de "saber dominado" ou "(...) desqualificados como não competentes ou insuficientemente elaborados: saberes ingênuos, hierarquicamente inferiores, saberes abaixo do nível requerido de conhecimento ou cientificidade"[31]. Tal aconteceria com a Sociologia e a Filosofia Jurídicas.

Há mesmo quem identifique, na própria genealogia do modelo Dogmático, as razões de sua derrocada[32]. Desde então, as críticas intrassistemáticas estariam em denunciar sempre o

---

[28] J. G. von KIRCHMANN, El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho, p. 251.

[29] Plauto Faraco de AZEVEDO, Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica, p. 18. Do mesmo matiz, é a crítica de Reale às concepções denominadas *tridimensionalistas genéricas*. As críticas alternativistas, aliás, indistintamente referem o próprio cerne do pensamento dogmático ou uma sua formulação específica.

[30] Símile a essa crítica, embora se assentando sobre outros fundamentos e perseguindo objetivos distintos, é a formulada por Reale ao refutar as perspectivas reducionistas ou tridimensionalistas genéricas do tipo antinômico diante do Direito(vide mais completo desenvolvimento no próximo capítulo).

[31] Michel FOUCAULT, Genealogia do Poder, p. 170.

[32] Confira, acerca do tema, Saulo de CARVALHO, "Mitos sobre a Escola do Direito Livre", "O Fenômeno Magnaud" e "Sobre a completude do ordenamento Jurídico". Parte-se de tese nietzscheana 'revigorada pela historiografia de Foucault' para com base em "Aurora" e "Vigiar e Punir" mostrar-se o equivoco de acreditar-se as coisas em estado precioso e puro em sua origem. O processo de desqualificação da Dogmática, em paralelo, "poderia ser iniciado desde a identificação de um Direito extra-estatal na teoria historicista de Savigny e no resgate de vanguarda feito por Eugen Erlich na constatação do Direito social; revisitando François Gény no trabalho de livre criação de Direitos contra as teses herméticas do pensamento legado pelo exegetismo; reencontrando Kantorowicz e os demais adeptos da Escola do Direito Livre em suas severas críticas aos mitos da completude, coerência e segurança jurídica; restaurando a jurisprudência republicana e humanista do mal compreendido (ou não lido) juiz Magnaud que, no início do século, primava por uma interpretação constitucional e principiológica das leis ordinárias".

desrespeito estrutural às noções de hierarquia e normatividade constitucional; enquanto que as críticas extra-sistemáticas, poderiam ser visualizadas tanto na esfera epistemológica, no que diz respeito à identidade da Dogmática enquanto ciência, quanto, e especialmente, no plano sociológico-funcional, relacionado às disfunções de aplicabilidade e à proveniência do material legislativo.

Essas duas matizes críticas, reconheça-se, são inteiramente adequadas e de fato apontam à insuficiência positivista. Por si, entretanto, não atestam a melhor conformidade teórica das posições alternativistas pelos mesmos fundamentos por elas indicados: (a) a possibilidade de desrespeito às regras estruturais do sistema é mesmo pressuposta por, ao menos, algumas de suas propostas doutrinárias; (b) o MDA tem, na maior parte de suas formulações, uma preocupação inegavelmente menor que a dogmática tradicional com sua consistência epistemológica; e (c) não se pode *a priori*, pelo seu formalismo imanente, afirmar uma melhor adequação funcional da perspectiva agora discutida. Em especial esta última questão, por referir-se ao âmago da presente discussão, apresenta-se na conclusão deste trabalho.

3.1. O Pluralismo Jurídico: Qual Formalismo e qual juridicidade?

Legado vivo da tradição sociológico-jurídica[33], a questão do pluralismo jurídico ressurge com Boaventura de Souza Santos em pesquisa empírica voltada à elaboração de sua tese de doutoramento na Universidade de Yale[34]. Sugestivamente alocado em favelas do Rio de Janeiro, o autor rompe com o pressuposto lapidar da dogmática jurídica segundo o qual todo o Direito é monopolizado pelo Estado, com a conseqüente supremacia formal da lei escrita. Negando o monopólio formal da produção do Direito pelo Estado, um elemento material é inserido no rol das fontes: os Direitos insurgentes, paralelos, marginais, achados na rua, "alternativos", inventados e reinventados pela sociedade civil organizada na busca da plena cidadania.

Contra o distanciamento dogmático entre Direito e Sociedade, teoria e práxis jurídicas, eis o antídoto alternativista: o reconhecimento desses direitos insurgentes pelo Direito Estatal, restabelecendo-se aquele vínculo genético. Para Antonio Carlos WOLKMER[35], em posição algo extremada, o pluralismo jurídico propriamente dito pode manifestar-se como instrumento para a resolução de conflitos e como fonte produtora de Direitos, dada a manifesta perda de legitimidade do paradigma dogmático. Poderia mesmo o poder societário instituir agências de jurisdição não-estatais, estruturadas a partir de processos de composição vários ou tribunais populares[36].

O Movimento do Direito Alternativo pode, então, ser visto como *um movimento que se caracteriza pela busca de um instrumental prático-teórico destinado a operadores jurídicos que ambicionam colocar seu saber/atuação na perspectiva de uma sociedade radicalmente*

[33] Veja-se, por exemplo, toda a bibliografia derivada da obra de autores tais como Ehrlich, Kantorowicz, Kirchmann e Gurvitch.

[34] O trabalho intitulado "Law against law: legal reasoning in Pasargada Law" teve no Brasil, ao que apuramos, publicação apenas de um seu resumo "O Discurso e o Poder".

[35] *in* Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. p. 276. Bastante significativo, a esse propósito, é o seguinte trecho: "emerge de novas e diversificadas formas cotidianas consensuais de se fazer negociações ou acordos individuais e coletivos; arranjos sócio-políticos de agregação de interesses; convenções coletivas de trabalho, consumo e uso social; regulação de interesses pela ação dos grupos plurais de pressão; efetivação de processos legislativos via iniciativa popular, plebiscito, referendum popular, tribunais e audiências públicas; disposições deliberadas democraticamente por comitês comunitários, juntas executivas e conselhos distritais *et coetera*".

[36] Embora inteiramente congruente com uma proposta pluralista pura, são notáveis a falta de amparo teórico e de exeqüibilidade prática desse ponto de vista. Exigiria ele não apenas a re-elaboração doutrinária como a dos próprios diplomas legislativos processuais. Isso para não aventar as questões relacionadas ao financiamento das referidas *agências de jurisdição* e à execução de seus *mandados*.

democrática. É atuação comprometida com vida com dignidade para todos, buscando a emancipação com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra uma dominação injusta.

Não há dúvidas: a procura declarada é pela construção de rol principiológico e valorativo, identificado com os princípios republicanos do Estado Social de Direito, que permita a recepção e o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico oficial, de Direitos insurgentes, emergentes e democráticos, construídos à margem do Direito posto e negados pelo poder público, bem como a real efetivação das conquistas constitucionais na busca da construção substancial da cidadania.

Essa mera declaração de desiderato, entretanto, não satisfaz à réplica dogmática e, sobretudo, não consegue assentar as bases de um reconhecimento material da juridicidade normativa. Sobre a forma estatal, sub-repticiamente impõe-se a forma social, sobre a noção de Justiça do Legislador, impõe-se a do julgador. Embora o MDA repercuta a réplica[37], não consegue afastar suficientemente a crítica.

3.2.Consenso Real, subjetividade do aplicador da norma e prevalência da forma social em questão: definindo alguns paradigmas

As questões acima tratadas nada mais repercutem do que nossas preocupações inicialmente manifestas. Ao consenso social presumido pelo positivismo jurídico em torno da legalidade estatal, os alternativistas opõem um *presumido* consenso real em torno das regras de organização social.

A não preocupação com o conteúdo material da regra como elemento essencial à definição de sua juridicidade coloca os dois pontos de vista diante da mesma realidade: padecem dos mesmos vícios epistemológicos e funcionais – não racionalizam parte fundamental de sua prática e não garantem a adequação sócio-política (funcional) de seu objeto.

Entre as duas posições observa-se uma única diferença prática (na definição do critério só formal de reconhecimento da juridicidade): de um lado, funda-se o juízo de validade da norma sobre a *posta* autoridade estatal; de outro, sobre a *pressuposta* autoridade social. Qualquer juízo de prevalência entre elas apenas denunciará o caráter ideológico de ambas. Sob o manto de neutralidade positivista[38], repercute-se inadvertidamente a ideologia do sistema e, em oposição, pela posição alternativa estrita, mal oculta-se a percepção (induvidosamente já desgastada e deslocada historicamente), buscando remediá-la em seus efeitos, do Direito como macroestrutura correspondente à infraestrutura econômica pela mediação do poder político.

No plano teórico, apenas parcialmente supera-se as oposições à doutrina da norma fundamental: se por um lado começa a ser-lhe atribuível um sentido ético-político, por outro dilui-se seu papel

[37] O MDA reconhece duas ordens de crítica dogmática: no plano interno quanto às possibilidades interpretativas proporcionadas ao operador jurídico, especialmente ao juiz; e, no plano externo, na legitimidade que emprestaria à dispersão das fontes e da sanção jurídica por toda a sociedade, inclusive supostamente favorecendo à práticas penais vindicativas e privadas.

Respondem ocultar toda a crítica referida aos limites da atividade jurisdicional(plano interno) uma tentativa de preservação da "segurança jurídica" e opõem: segurança "para quê" ou "para quem"?. Procuram, por outro lado(plano externo), afastar o MDA de um (anti)Direito autoritário ao afirmá-lo centrado nos princípios de alteridade, da democracia e da emancipação, baluartes, segundo o argumento, da construção de uma práxis emancipatória.

[38] O caráter ideológico do positivismo, aliás, é denunciado por Perelman:

"A breve rememoração das relações entre o direito e a lei nos indica claramente que a definição do direito, fornecida pelo positivismo jurídico, não é em absoluto neutra, *wertfrei*, pois resulta de um juízo de valor, explícito ou implícito, que, longe de descrever o fenômeno jurídico tal como se manifestou na história, despreza todo direito que não emana do Estado e de seus órgãos". *Cf.* em PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1.ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999, pp. 452.

gnoseológico, pela inespecificação dos limites da juridicidade[39] e, mais gravosamente (como sua decorrência), pela impossibilidade de definição de critérios que permitam a permeabilidade do jurídico pelo social e político respeitadas as suas especificidades.

Embora recolocadas, assim subsistem todas as objeções ao pensamento positivista. Permanece problemático, em exemplo suficiente, no processo hermenêutico, a determinação de sentido normativo unívoco que imponha-se ao aplicador/criador do Direito. Subseqüentemente, pelas mesmas razões, têm-se por não racionalizável o ato de aplicação do Direito.

Em nenhuma medida pode o alternativismo, nos termos acima colocados, distinguir entre as regras originadas por(ou destinadas a promover) movimentos de *coesão* ou de *dissociação* social. Nessa medida é que a funcionalidade de qualquer das posições não pode ser previamente garantida. Permanece uma pretensa ciência jurídica refém da subjetividade irrestrita do aplicador da norma e nunca (como gostaríamos) este último, de seus condicionamentos objetiváveis.

4. À guisa de conclusão: formalismo e pré-modernidade científica no direito

Ainda que sem tratar do estatuto teórico atual da ciência jurídica, pretendemos ter posto evidente a necessidade de revisitar seus pressupostos com o específico intuito de qualificá-la em sentido material: o reconhecimento, por ela, da juridicidade normativa não pode ater-se aos critérios só formais antes delineados.

Esse tratamento, diga-se, não colide necessariamente com as conquistas, quer funcionais ou metodológicas, das doutrinas aqui descritas. Ao contrário: precisamos reconhecer a inerente complementaridade entre as perspectivas só formais e as perspectivas materiais de percepção do jurídico, porque complementares e indissociáveis são forma e conteúdo na realidade jurídica equacionável[40]. Não podemos, por isso, ingenuamente aceitar apenas a refutação de um ponto de vista teórico como condição suficiente à afirmação de outro.

Acima identificamos duas matrizes críticas ao pensamento dogmático por parte do Movimento do Direito Alternativo: pelas críticas intrassistemáticas denuncia-se o desrespeito estrutural às noções de hierarquia e normatividade constitucional pelo próprio positivismo propostas e, através de críticas extra-sistemáticas, questiona-se, na esfera epistemológica, a identidade da Dogmática enquanto ciência, e, no plano sociológico-funcional, as disfunções de aplicabilidade e a proveniência do material legislativo.

---

[39] Nesse ponto, exime de dúvidas, o movimento aqui descrito aproxima-se de uma *interpretação sociológica dos valores*, a qual é repudiada pelo historicismo axiológico ao qual aderimos. Embora sejam efetivas ao explicar o surgimento do elemento valorativo na vida social, não podem, sem incorrer em erro lógico fundamental, explicar a razão da validade e da obrigatoriedade dos valores. É que, enquanto fundamentos deontológicos da conduta, apontam ao mundo do *dever ser*, pelo que não são deriváveis, segundo assertiva desde Kant aceita, do estado atual das coisas(mundo do *ser*). Ao analisar o elemento valorativo pelo contraponto entre seu historicismo e a interpretação sociológica, Reale assim manifesta-se:

"... Desde Kant se pode declarar verdadeira a afirmação de que do mundo do *ser* não se passa para o do *dever ser*. Da simples verificação de que um fato 'é' não resulta que ele 'deva ser'. O que *é* não envolve, como nexo necessário, aquilo que *deve ser*. ... O *dever ser*, ao contrário, marca uma atitude de crítica ou de estimativa daquilo que *é* e não raro de contraposição de algo valioso ao processar-se dos acontecimentos."(grifos do autor). *Cf.* em REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17.ed. São Paulo : Saraiva, 1996, pp. 200-201.

[40] A esse respeito, significativa é a posição do eminente jurista e sociólogo pernambucano Cláudio Souto:

A *perspectiva científico-social sobre o jurídico não é, contudo, inimiga da perspectiva formal a respeito dele: antes, são reciprocamente complementares, quando entendidas de maneira adequada, porque não há como opor um saber sobretudo formal a um saber sobretudo de conteúdo, pois que forma e conteúdo são indissociáveis no mundo real. A própria ciência empírica substantiva (aquela baseada na observação controlada dos fatos) se instrumentaliza de conhecimentos formais da Lógica e da Matemática.Cf.* em SOUTO, Cláudio. Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre : Livraria do advogado, 1997, pp. 10.

Reconhecida a procedência das críticas e, por elas, a crise dogmática, apontamos, entretanto, sua aplicabilidade ao próprio MDA. Não apenas ele requer a possibilidade de desrespeito às regras estruturais do sistema, como peca em suas definições epistemológicas e, pelo formalismo imanente delas decorrentes, não pode, de maneira isenta, avocar-se prevalente por uma melhor adequação funcional sua. Se é inafastável o formalismo (estatal) atinente à perspectiva kelseniana[41], essa circunstancia, paradoxalmente, se repete em mesmo grau dentro de seus quadrantes[42].

Mesmo se necessário o acatamento à lei (ou de outro elemento que fundamentadamente cumpra o papel de princípio argumentativo) na prática judicial e administrativa, como decorrência inseparável do caráter tecnológico do Direito e, ao menos, de um de seus princípios básicos (o da inegabilidade dos pontos de partida), não poderia isso redundar na renúncia, no plano do conhecimento jurídico, à discutibilidade de seus pressupostos e da forma de sua referência objetiva.

Diante da constatação dogmática, nos termos atuais, recoloca-se: a definição de qual seja uma norma justa é sempre dependente de critério metajurídico anteriormente definido. Se fracassado o propósito Jusnaturalista de fundar o Direito sobre valores absolutos, a definição desse critério seria sempre obtida ideologicamente. Não há prevalência racionalmente fundada entre a forma estatal e a forma social.

Nossa ciência, ainda hoje, permanece, por qualquer das perspectivas antes descritas, num estágio de pré-modernidade exatamente por não conseguir definir o traço distintivo de seu objeto por uma perspectiva material. Dessa forma, precisa recorrer à autoridade estatal (consenso presumido) ou social (consenso real) para fundar quer a validade da norma em particular, quer a imperatividade do sistema normativo jurídico como um todo.

A fundamentação material da norma jurídica, portanto, precisa satisfazer a pelo menos esses dois requisitos negativos: (a) não pode fundar-se moral ou ideologicamente e (b) não pode implicar em qualquer juízo de prevalência formal. Esse é dos mais relevantes paradigmas teóricos das atuais Ciência e Tecnologia Jurídicas.

Referências

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Teoria do Direito: esperando Godot?. In: Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa. São Paulo: Acadêmica, 1993.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica,

[41] Tanto o formalismo estatal quanto o social, com uma apenas sugerida prevalência funcional deste sobre aquele, são atestados por Cláudio Souto nos seguintes trechos:

De outra parte, o fenômeno do direito – se entendido como implicando, necessariamente, seu conteúdo, racionalidade científica testável e sentimento de justeza – embora tenha existência real, não a tem como regulação fundamental da vida em sociedade. Essa regulação fundamental continua a situar-se nas leis estatais, quaisquer que sejam os seus conteúdos, porque a regulação básica das sociedades civilizadas continua sendo a dos poderes econômico e/ou político a se instrumentalizarem do estatal.

Não admira que essas sociedades civilizadas não se organizem em benefício de todos. E que envolvam tantos excluídos, sobretudo nos países dependentes. ... . (*Cf.* em SOUTO, Cláudio. Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre : Livraria do advogado, 1997, pp. 11).

[42] *Por outro lado, está ocorrendo um padoxo no interior da própria ciência social do direito: geralmente crítica do formalismo dogmático, ela não se parece notar como formalista também, em sua maneira de conhecer. De fato, nos seus autores mais renomados, continua definindo o jurídico como fenômeno social sem indicar-lhe uma composição geral de conteúdo. Com isso, sua perspectiva se situa quase sempre em uma posição apenas descritiva de formas normativas grupais, passíveis de abrigar conteúdos nitidamente em contradição. E, com esse equívoco formalismo definitório, no máximo se chega ao correlacional, prejudicando-se a possibilidade de um causal-explicativo efetivamente substantivo(obtido por indução), de que se pudesse deduzir(e assim explicar) o menos genérico – seja este menos genérico proposicional ou fático.* (*Cf.* em SOUTO, Cláudio. Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre : Livraria do advogado, 1997, pp. 10-11).

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito Alternativo: uma revisita conceitual. JUSTIÇA & DEMOCRACIA, São Paulo, n. 03, p. 129-140, 1997.

CARVALHO, Saulo de. "Mitos sobre a Escola do Direito Livre",

_____, Saulo de."O Fenômeno Magnaud"

_____, Saulo de. "Sobre a completude do ordenamento Jurídico"

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação.

_____, Tércio Sampaio. Direito, Retórica e Comunicação

_____, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica

FOUCAULT, Michel. Genealogia do Poder.

HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o direito. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRCHMANN, J. G. von. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho, p. 251.

PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1.ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

PRESSBURGUER, Miguel. Conceito e evoluções do Direito Alternativo, Seminário nacional sobre o uso do Direito Alternativo. Rio de Janeiro: ADV, 1993.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17.ed. São Paulo : Saraiva, 1996

SIQUEIRA, Lucas André Viegas Carvalho de. Purismo, Tridimensionalismo e Linguagem no Direito: delineamentos para uma teoria semiótica do discurso normativo. Dissertação de Mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: s.n., 1999.

SOUTO, Cláudio. Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre : Livraria do advogado, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. In: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *in* Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito.