

# FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA

João Maurício L. Adeodato

## O PROBLEMA DA TEORIA DO CONHECIMENTO ENQUANTO TEORIA DA VERDADE

Este trabalho trata de teoria do conhecimento. Mas não só disto. Essa parte da filosofia, tecnicamente denominada *gnoseologia* (ou *gnosologia*) - do grego *gnose*, conhecimento -, tornou-se, por diversos motivos que não cabe agora examinar, a principal linha de pensamento no Ocidente. A *gnoseologia* cuida, em suma, de investigar este tipo de relacionamento bem peculiar que o ser humano estabelece com o mundo e que chama *conhecimento*.

Muitas vezes é possível encontrar, empregada neste mesmo sentido, a palavra *epistemologia*. A figura de linguagem que descreve este tipo de associação é a *metonímia*, que ocorre, como no exemplo aqui, quando a espécie é tão importante dentro do gênero que passa a ser identificada com ele. Enquanto o processo metafórico, mais complexo e analógico, regra-se pela similaridade, o processo linguístico metonímico toma por base a contigüidade, conceitual e espacialmente mais próxima. É que o conceito de filosofia científica, ou pelo menos o de filosofia do conhecimento, se tornou tão importante que quase eclipsou as outras formas de se fazer filosofia.

Epistemologia - do grego *episteme* - designa, na filosofia de Platão, a esfera mais alta do saber e constitui a teoria do conhecimento que hoje chamariamos *científico*, um tipo especial de conhecimento, que se pretende verdadeiro, racional, sistematizável, transmissível etc.. Tornar mais precisa esta definição dependerá da concepção de ciência que se adote. Como a epistemologia está contida na *gnoseologia*, vai-se também tratar aqui dos pressupostos *gnoseológicos* da ciência, cuja autoridade é talvez a maior característica de nossos tempos modernos.

Uma filosofia do direito, contudo, não se pode limitar à teoria do conhecimento, menos ainda às bases da ciência; precisa tratar também de outras perspectivas extremamente complexas, dentre as quais sobressai-se a ética. Os conflitos éticos diferem das questões científicas, mas ambos têm constituído o cerne desse conjunto de escritos que se convencionaram chamar filosóficos. Os problemas éticos, entre outras características, dizem respeito a como as pessoas se devem conduzir diante de alternativas de conduta simultâneas mas mutuamente incompatíveis, quando a escolha de um caminho implica recusa dos demais. Desnecessário enfatizar a importância deste tipo de reflexão diante do mundo em que pretende viver o homem do século XXI.

A filosofia do direito envolve pelo menos três lados: primeiramente o *científico*, na falta de melhor nome, isto é, a descrição de fenômenos, objetos, fatos, relações, como se queira chamar a multiplicidade de percepções, incluindo o processo de estabelecer laços conceituais entre os objetos observados dentro de uma teoria em certa medida coerente, sistematizável, transmissível, como dito. Em segundo lugar a filosofia por vezes cuida do lado *ético*, pode-se até dizer existencial, com o objetivo pragmático de nortear o ser humano para viver o mais adequadamente possível, segundo parâmetros que ele próprio elege, em suas interações com seus semelhantes, auxiliando a decidir conflitos, a agir no mundo. E, finalmente, uma perspectiva que podemos denominar *metafísica*, no plano das "idéias" de que falava Kant, a filosofia ocupa-se daquelas questões que o filósofo sabe não poder responder definitivamente mas que, inobstante, inquietam um bom número de seres humanos.

Algumas questões importantes já são tradicionais na filosofia, como a de se há um conhecimento correto e outro falso do meio circundante ou se toda forma de conhecimento é igualmente ilusória; o que é algo real, em que consiste o mundo ideal; se há formas decentes e outras improbadas de se agir ou se é tudo a mesma coisa; se há uma finalidade e um destino para a humanidade ou se voltaremos todos para o pó, independentemente de nossa conduta... E assim por diante. A filosofia do direito, por seu turno, tem-se ocupado de problemas como a separação entre direito e moral, Estado e Igreja; se há diferença entre legalidade e legitimidade ou se todo direito eficaz é legítimo; se o homem tem direitos contra o Estado ou se direitos só existem quando o Estado os concede; se é possível uma pretensão de universalidade, a pretensão de poder detectar leis e relações universalmente válidas para decidir de forma justa determinados conflitos etc..

se basear em uma teoria prescritiva. O postulado aqui é que as instâncias persuasivas mencionadas anteriormente, plenas de conteúdo axiológico, são inadequadas às retóricas e aos procedimentos jurídicos quando o objetivo do pesquisador é descrevê-los *tais como ocorrem*.

Este trabalho quer expor ao leitor umas poucas questões jurídico-filosóficas, de forma participativa, mostrando-lhe que o pensamento não é sempre, talvez para alguns infelizmente, demonstrativo, racionalmente cogente, asséptico, "científico". Nossa unidade temática é o dualismo entre as teses "esta é a verdade" e "não creio em qualquer verdade", com seus matizes, ou, como chamaremos aqui de modo mais técnico, as *ontologias versus as retóricas*. Se na vida real podemos viver dezenas de anos decidindo e agindo em cima de matizes nem sempre claros, inclusive para nós mesmos, a filosofia ambiciona mais: pretende e até precisa ser mais radical e responder, por exemplo, à pergunta se é possível um conhecimento certo e verdadeiro do mundo ou se estamos condenados a nos contentar com meras opiniões. Em outras palavras, a filosofia precisa examinar mais a fundo aqueles problemas e conflitos, sempre postos, mas nunca definitivamente resolvidos, pela sede de saber, amar e poder do homem.

Queremos também considerar uma tese específica: apontar as limitações de uma forma *ontológica* de filosofia - e, por extensão, de qualquer ciência ou teoria - que domina o pensamento dito *ocidental* desde os primórdios até hoje. É comum associarem a tendência retórica, adversária das ontologias, a uma perspectiva a-ética. Mais ainda, os cínicos, cétricos, nominalistas e assemelhados são muitas vezes também vinculados a diversas formas de pessimismo. Nada mais inexato. Certamente que pode haver filosofias retóricas pessimistas e até anti-éticas, mas muitas filosofias ontológicas também o são. Se a retórica de um Nietzsche é contrária à ética da bondade e do perdão que advogam os cristãos, certamente as teorias racistas, todas ontologizantes e assim opostas a Nietzsche, vão no mesmo caminho.

Este tipo de pensamento ontológico floresceu principalmente na Alemanha e, embora com representantes importantes em outras nações, garantiu a predominância alemã na filosofia ocidental por mais de dois séculos. Tal maneira de ver o mundo ganhou importância a ponto de ser confundida com a própria filosofia<sup>3</sup>, ainda que pareça um tanto enfraquecida em nossa época. É o mesmo tipo de metonímia de que falamos anteriormente: a espécie tomada pelo indivíduo, dada a importância deste.

O conhecimento, sobretudo o científico, que se pretende mais digno de crédito do que nossas outras formas de contato com o mundo, assume enorme importância, significando ao mesmo tempo saber, poder, legitimização, eficácia. A ciência substituiu a religião como esteio da verdade, até da verdade ética, critério para distinguir o certo do errado. A filosofia passou, se não a ser ela mesma "científica", pelo menos a ser epistemológica, preocupando-se fundamentalmente com as bases do conhecimento, com as bases da ciência. Mas a atitude científica, baseada na demonstração empírica e na coação racional, tem problemas para lidar com os conteúdos axiológicos que a religião, a revelação, a teologia manipulavam tão bem<sup>1</sup>.

Na filosofia do direito houve, claro, reflexos dessa atitude de cientificação. Veja-se aqui o que se pode chamar de uma preliminar epistemológica.

No sentido grego de uma *visão do mundo*, uma *teoria* pode *descrever* ou *prescrever* perspectivas do observador diante de determinado objeto. Os dois tipos de abordagem teórica resultam diferentes.

No grupo das teorias prescritivas estão aquelas que sugerem determinadas normas, princípios, procedimentos, em suma, regras que *devem ser obedecidas* de modo a propiciar decisões mais adequadas, mais racionais, mais justas, mais corretas, mais naturais, em uma palavra, decisões de alguma maneira *melhores*, isto é, *mais desejáveis* do ponto de vista do teórico. Essas teorias sempre revelam alguma forma do que podemos denominar *conteúdo moral*, na falta de melhor expressão, vez que expressam traços da visão do mundo que os teóricos que as prescrevem já têm. Isto parece ocorrer mesmo quando as prescrições se apresentam como exclusivamente *formais* ou *analíticas*.

Se o que é prescrito como desejável pode ou não realizar-se é outra questão e, de qualquer sorte, sua resposta dependerá do contexto ou do procedimento a ser seguido. Por outro lado, tais teorias deixam claro que os procedimentos sugeridos não são efetivamente observáveis, não são parte da realidade perceptível empiricamente, vez que os prescrevem ao invés de descrevê-los, o que releva seu caráter ao menos temporariamente *ideal*. Isso é expressamente admitido, por exemplo, quando o autor defende a legalização dos procedimentos sugeridos por sua teoria, ou seja, sua positivação na ordem jurídica estatal vigente<sup>2</sup>.

A perspectiva destas reflexões, porém, é descritiva. Isto não significa afirmar que uma argumentação será necessariamente inapropriada se

## A ATITUDE FILOSÓFICA NÃO-DOGMÁTICA E A IMPORTÂNCIA DA DOGMÁTICA JURÍDICA

Fala-se muito em crise no direito em vigor na periferia do capitalismo ocidental, no dito mundo subdesenvolvido, crise nitidamente exemplificada pela situação brasileira. Entre as dificuldades para descrever essa crise, em nossa opinião, está a pretensão de estender a todos os Estados modelos ontológicos de teorias.

Se trouxermos a perspectiva epistemológica diferente de acentuar o problema ao invés do sistema, rejeitando na medida do possível proposições que pretendem validade universal, para guiar especificamente a observação dos conflitos jurídicos no Brasil, vamos perceber o descompasso entre modelos legais e jurisprudenciais *dogmáticos* supostamente impostos pelo Estado e procedimentos de solução de conflitos efetivamente estabelecidos.

Uma das fontes dessa crise<sup>4</sup> é o fenômeno que atinge as ditas ciências humanas no Brasil de hoje. O problema não se parece dever apenas a um desinteresse generalizado pela cultura diante de questões consideradas prioritárias, a uma política desastrosa por parte dos órgãos governamentais, ao baixo nível do ensino ou ao incremento de uma alienação típica dos métodos e procedimentos meramente quantitativos hoje estendidos a toda ciência. A crise é certamente mais ampla e deita raízes para além das fronteiras deste nosso país.

De qualquer forma, um dos campos que mais sente os efeitos dessa falta de critérios, seja na universidade, seja na sociedade ao largo, é certamente o direito, perdido entre os sonhos das diversas formas de jurnaturalismo, de uma "justiça de acordo com a natureza das coisas", e a mera tecnoburocracia advocatícia, no sentido mais limitado do que se convencionou chamar *positivismo*.

No Brasil, se o estudo da filosofia e da teoria geral do direito foi pouco a pouco extirpado de nossos currículos de graduação, notam-se também, mais recentemente, exigências sempre renovadas em prol de perspectivas críticas, de mais *filosofia* em seu sentido mais primordial. Procura-se dar ao direito a dignidade de objeto de conhecimento e afastar-lhe o estigma de mero pensar tecnológico - algo em que ele também se transformou e cujas origens se podem rastrear.

Note-se que é quase um lugar-comum entre os juristas brasileiros a referência à necessidade de interdisciplinaridade<sup>5</sup>. Mais ênfase sobre a filosofia do direito pode ajudar a revelar o porquê da inoperância das leis no Brasil, da opressão crescente do Estado sobre o indivíduo ou a ação das ideologias, sem esquecer o papel já tradicional, mas nem por isso menos adequado, da filosofia no questionamento das bases da ciência e da *praxis*<sup>6</sup>. Muito das confusões no discurso das ciências sociais contemporâneas, sobretudo no Brasil, deve-se à pouca familiaridade com a filosofia do conhecimento.

Então, uma vez que a comunidade acadêmica nacional não está propriamente em condições de modificar o atual estado de coisas, um dos caminhos que vêm sendo experimentado em sua restrita área de atuação é dar ênfase àquelas disciplinas do currículo jurídico tradicionalmente afastadas das necessidades técnicas imediatas do advogado ou jurista "prático", tais como a sociologia jurídica, a história e a filosofia do direito, a teoria geral do Estado, a teoria geral do direito, entre outras. Também se tem procurado incentivar pesquisas mais aprofundadas sobre os alicerces teóricos das próprias disciplinas dogmáticas, sobretudo as não exclusivamente no campo do direito público, abrindo espaço para uma melhor adaptação da estrutura normativa do Estado brasileiro aos novos tempos. Cresce assim o número de publicações dedicadas a perspectivas extradogmáticas sobre o direito, sucedem-se debates sobre a necessidade de reforma do ensino jurídico, fazem-se (até!) pesquisas empíricas, procuram-se formas alternativas de solução dos conflitos.

Há algumas características básicas que nos permitem separar a perspectiva dogmática sobre o direito<sup>7</sup> de perspectivas não-dogmáticas. Tais perspectivas críticas não são grande novidade, embora cada discussão traga algo de novo ao velho problema. Essas novas óticas têm estado lá, marginais mas sempre presentes, contestando ou simplesmente questionando as óticas "oficiais" dominantes. O postulado principal, comum a todas as perspectivas não-dogmáticas é o seguinte: existe um direito que não cabe nem na teoria ensinada até hoje nas faculdades de direito brasileiras, ressaltadas as honrosas exceções, nem cabe na prática jurídica oficial do Estado. Não se nega o direito estatal dogmático mas defende-se, ou melhor, verifica-se a existência de outras instâncias de decisão de conflitos que independem em larga margem do Estado. E isso ocorre no Brasil de hoje.

Ou seja: para entender essas perspectivas extra-dogmáticas, tais como as colocamos aqui, é preciso começar de uma *definição negativa*, da

verificação de que há formas de direito, paralelas ao Estado, que se oferecem como alternativa diante do direito dogmático - que é o direito estatal contemporâneo por excelência, aquele representado pela lei, pela jurisprudência, pelos contratos lícitos etc. - aproveitando-se de sua impotência e incompetência no trato dos conflitos.

A dogmática jurídica é a forma preponderante no direito do Estado moderno. Claro que tal tipo de organização e distribuição do direito nem sempre existiu, é um fenômeno histórico sem precedentes. Muito embora este processo de dogmatização do direito não se complete na maioria das sociedades contemporâneas, procurar desenvolvê-lo parece ser a tendência dos Estados. O direito dogmático exige, para se efetivar, uma sociedade de complexa, com um aparato burocrático estável e outras características específicas. Dois são os seus requisitos principais, os quais só vamos mencionar.

Em primeiro lugar, a *obrigatoriedade de argumentar* baseado em uma norma alegadamente preexistente e elemento componente do sistema ou ordenamento jurídico, a "inegabilidade dos pontos de partida"<sup>9</sup>. Todo aquele que argumenta dogmaticamente precisa referir-se a uma norma jurídica. O advogado de favelados que invadiram terras alheias não pode alegar que o proprietário não tem direito àquelas terras por já possuir grandes latifúndios, pois não há norma neste sentido no ordenamento jurídico brasileiro. Ele precisa apelar a normas e figuras jurídicas positivas como a função social ou o mau uso da propriedade, por exemplo. Um promotor, ainda que convencido da não-periculosidade do réu, não deve simplesmente impronunciá-lo diante de crime de ação pública. E assim outros exemplos.

Em segundo lugar, a *obrigatoriedade de decidir*. Paralelamente ao fato de o Estado moderno pretender o monopólio do direito, o direito dogmático compromete-se a decidir todo e qualquer conflito que seja apresentado ao Estado<sup>9</sup>. Um juiz não pode eximir-se de prolatar sentença na esfera de sua competência alegando falta de elementos para formar sua convicção. Diz a Bíblia que Salomão foi sábio ao ameaçar cortar ao meio a criança cuja maternidade duas mulheres reclamavam<sup>10</sup>. Imaginem um juiz moderno mandar destruir o objeto do litígio por não dispor de dados suficientes nos autos ou normas explícitas no sistema para decidir. A diferença entre eles é que o direito, ao tempo de Salomão, não estava submetido às regras dogmáticas.

Grosseiramente, pode-se caracterizar o direito dogmático como um direito legalmente organizado que toma por base a pretensão, por parte do Estado, de monopólio na produção e legitimação das normas jurídicas, dentro de determinada circunscrição territorial<sup>11</sup>.

Que esse monopólio do direito pelo Estado é assimétrico e mais (dogmaticamente) fictício do que efetivo não é uma tese nova, tendo sido defendida por diversas escolas sociológico-jurídicas, entre as quais podem-se mencionar as Escolas do Direito Livre e da Livre Pesquisa. Nossa tese é que o Brasil é apenas parcialmente um Estado moderno e o direito brasileiro é apenas parcialmente um direito dogmático<sup>12</sup>. Da o surgimento de práticas a que as doutrinas tradicionais não conseguem se adequar e a necessidade das novas óticas para compreensão da realidade jurídica brasileira.

Entender dogmática e crítica como correntes ideológicas, e mais ainda adversárias, é tolice. No Brasil, o problema mistura-se com política, como se fosse possível a equiparação de "dogmáticos" a "conservadores" e de "não-dogmáticos" a "alternativos". Todos sabemos que, a rigor, não temos uma dogmática jurídica como sistema autônomo, auto-determinado, autopoietico, auto o que quer que seja. Em nosso sistema jurídico, específico e altamente complexo, o direito é não apenas influenciado pelos demais subsistemas sociais (econômico, afetivo, de boas relações etc.) como até depende deles para funcionar.

O jurista deve ser capaz de compreender nitidamente as duas perspectivas. A dogmática preenche uma função vital que é a solução - ou "neutralização" - dos conflitos, a organização e distribuição da violência legítima, da *violência justa*. É o direito que transforma um mero agrupamento humano, com sua inevitável e desorganizada violência, em uma sociedade cuja organização monopoliza, disciplina, torna quantitativamente mensurável a violência. Além dessa aplicação direta, empírica, traduzida na ação dos chamados *operadores jurídicos*, que se poderia denominar *dogmática concreta*, há o nível metalingüístico da *dogmática analítica*: esta ciência dogmática do direito visa a fornecer subsídios para a atividade argumentativa e decisória que caracteriza a dogmática concreta: ela compara, diferencia, define, interpreta, em suma, faz ciência. Mesmo a dogmática analítica, enquanto teoria, objetiva va auxiliar no desempenho dessa função essencial que é o controle dos conflitos. Neste sentido, também ela está constringida a argumentar com base em normas positivas e a fornecer critérios decisórios.

Mas a filosofia epistemológica do direito que aqui se advoga tem outra perspectiva, não-dogmática, ou seja, sem compromisso imediato com o trato dos conflitos jurídicos. Embora não ofereça propriamente respostas, este enfoque da filosofia do direito também tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica.

Opensar dogmático competente exige condições de distanciamento para que se possa sair dele e melhor dominá-lo. O operador jurídico (juiz, procurador, advogado, promotor, árbitro etc.) rigidamente atrelado à letra da lei não pratica adequadamente sequer a tecnologia dogmática, reduzindo-se a mero repetidor de fórmulas burocratizadas. O distanciamento crítico é mais apto tecnicamente, inclusive do ponto-de-vista dogmático, a produzir os resultados desejados e é até melhor eticamente, pois responde-se aos anseios sociais de forma mais rápida diante da evolução do direito. Veja-se o famoso caso dos direitos da concubina. Quando foram reconhecidos pela primeira vez pelo Estado brasileiro, o advogado alegou e o juiz acolheu a tese de que o concubinato seria uma sociedade de fato, percebendo que, pelo direito comercial, as probabilidades de argumentação seriam bem mais amplas do que no direito de família, tradicionalmente mais conservador. Isto se deveu a uma *visão crítica da dogmática* por parte dos operadores jurídicos envolvidos. Outros exemplos neste sentido são numerosos.

## DIREITO DOGMÁTICO E SUBDESENVOLVIMENTO

O conceito de subdesenvolvimento, apesar de sua imprecisão conotativa e denotativa, parece-nos poder ser utilizado como pólo retórico de partida para descrever um tipo de sociedade e um tipo de Estado moderno sem precedentes históricos. Nossa já repetida tese é que o caráter inusitado da dicotomia desenvolvimento/subdesenvolvimento deu origem a um direito específico, inexplicável exclusivamente pelos parâmetros teóricos da dogmática e da sociologia jurídicas tradicionais, em que pesem suas pretensões de universalidade. Direito é aqui entendido, funcionalmente, como um sistema de procedimentos potencialmente coercitivos destinados a controlar alguns padrões de conflitos, cuja proliferação ameaçaria o grau de violência suportável na sociedade.

Em nossos dias, o mundo parece menor. O aperfeiçoamento das comunicações uniformiza culturas, impõe e suprime padrões de conduta,

importa e exporta bens, serviços, instituições e idéias. É muitas vezes curioso o resultado da aplicação de formas de organização semelhantes a contextos sociais inteiramente diversos. Nesta cultura do planejamento, a difusão dos modelos europeus - em todas as áreas da ciência, da administração, da tecnologia, da propaganda, do direito - gera situações inusitadas que merecem atenção e pesquisa.

Um desses modelos mais significativos para compreensão da sociedade internacional e das diferentes comunidades locais é o Estado. Sobretudo o Estado dito *moderno*, aquele que pretende o monopólio na produção das normas jurídicas, o monopólio da *juris dictio*, este extraordinário poder de separar o lícito do ilícito, o poder de dizer o direito. Este padrão máximo de organização política estendeu-se a toda a Terra. Este Estado trouxe consigo um tipo de direito também sem precedentes, o direito dogmático, e um sem-número de teorias elaboradas com o objetivo de descrever e compreender as novas realidades.

O Estado moderno, seu direito dogmático e seus modelos compreensivos teóricos de inspiração europeia, contudo, apesar de nominalmente adotados por diversos povos e nações, demandam, para se mostrarem adequados às suas funções, a satisfação de determinados pré-requisitos sociais. Ai o grande problema dos Estados subdesenvolvidos, que com-põem a maioria e a periferia do capitalismo global, quase unificado, de nossos tempos, e do direito que pretendem administrar: as sociedades respectivas não se parecem adequar ao direito, ao Estado e às teorias que lhes são impostas, ensejando sérios descompassos, disfuncionais para a eficiência e para a legitimação do sistema jurídico-político.

Alguns juristas brasileiros começam a discutir esse contexto, mas a tecnoburocracia simplista ainda impera na administração, no judiciário, nas faculdades de direito. É preciso compreender a singularidade da situação social de países como o Brasil para encontrar um conhecimento adequado dos problemas - função da ciência - e uma solução adequada aos conflitos - função do Estado e do seu direito. O jurista e os profissionais do direito brasileiros precisam também pensar, teorizar, compreender o direito brasileiro.

Neste sentido, há certamente crise no direito em vigor na periferia do capitalismo ocidental, no dito mundo subdesenvolvido, crise nitidamente exemplificada pela situação brasileira. Cabe à teoria do direito descrever esta crise. Isto não é simples. Entre as dificuldades está a pretensão de entender a todos os Estados o modelo jurídico de *Estado Moderno* eurocentrado. Para isso parte-se do que eu chamo *epistemologia*

ontológica, isto é, a crença de que há uma essência do direito, da política, das relações sociais e esta é o que nos apresenta o paradigma europeu do primeiro mundo. Não penso em uma espécie de filosofia da libertação como a de Enrique Dussel mas em uma relativa emancipação das próprias ciências sociais particulares. Se a sociologia é uma ciência empírica, precisamos atentar para a especificidade dos fatos, tentar diferenciá-los o mais possível, e não dissolvê-los em um quadro conceitual indevidamente generalizante.

Em nosso país, por exemplo, axiomas fundamentais dos sistemas jurídicos nas sociedades desenvolvidas não têm aplicabilidade generalizada, tais como a hierarquia normativa que culmina no princípio da supremacia constitucional, o primado da lei, a isonomia ou a neutralidade da decisão judicial. Em lugar da cultura do distanciamento burocrático, da diferenciação de papéis, temos a cultura da troca de favores e da boa vizinhança, ao invés da neutralidade eficiente do Estado, o culto da família e o corporativismo. Nada obstante, quase todos parecem achar que modelos criados para compreender e atuar sobre situações inteiramente diversas da nossa podem ser trasladados sem mais nem menos. Isto nas áreas mais diferentes: economia, urbanismo, engenharia, direito. Há países, como é o caso da Turquia, que simplesmente traduziram para suas línguas constituições, códigos e leis europeus.

A diversidade de fontes produtoras de normas jurídicas tem sido estudada há décadas, incluindo-se no debate sobre a pretensão de monopólio estatal na criação do direito positivo. Nos sistemas jurídicos das sociedades subdesenvolvidas, caracterizados entre outros fatores pela ineficiência do Estado, o problema é crucial, refletindo-se não apenas na distribuição da justiça pelo Estado mas na própria legitimação do sistema.

Tal pluralismo ocorre em várias frentes, completando o direito estatal ou mesmo contrariando-o. Há certamente um complexo de normas jurídicas, no território brasileiro, que não estão inteiramente submetidas ao Estado e ao governo, seja nos conteúdos de suas regras, seja no poder que lhes dá sustentação. Este gênero que chamamos de direito extradogmático pode ser separado em duas espécies: uma é aquela que se processa à margem dos órgãos estatais, como nas favelas brasileiras, forma estudada por Boaventura de Souza Santos, Joaquim de Arruda Falcão e muitos outros; outra espécie é aquela vinculada ao funcionamento do Estado, ainda que independente, em maior ou menor grau, das regras do direito dogmático oficial.

Este outro tipo de direito paradogmático, ainda não estudado e sobre o qual queremos chamar atenção, é mais sutil porque estreitamente mesclado com o direito estatal, assumindo por vezes forma dogmática (legal e/ou jurisprudencial), embora fira princípios básicos e mesmo constitucionais desta mesma estrutura dogmática. São os procedimentos legais, inseridos formalmente no sistema, e os procedimentos de aplicação e funcionamento de regras, inseridos pela prática do sistema, que contrariam seus pressupostos fundamentais, revelam incongruências e daí prejudicam tanto a eficiência quanto a aceitação social do direito estatal.

Embora utilizem uma forma discursiva e procedimental aparentemente semelhante àquela adotada na cultura jurídica europeia ocidental, os procedimentos jurídicos de decisões de conflitos levados a efeito pelo Estado brasileiro contemporâneo têm caráter específico. Esta tese central pode ser assim explicitada, como preliminar epistemológica.

A coerência, isto é, o acordo com as próprias regras, não constitui elemento essencial ao conceito de sistema. Mais ainda se tratamos de sistemas sociais. A incompatibilidade normativa, ainda que suportada pelo sistema, tem efeitos daninhos. Por isso a dogmática jurídica desenvolveu instrumentos hermenêuticos no combate às incongruências sistêmicas. Eles também estão presentes nos sistemas jurídicos dos países subdesenvolvidos. São exemplos os princípios de distribuição de competências, de hierarquia entre as normas (supremacia constitucional), o *lex posterior derogat priori*, entre muitos outros. Mas aí não funcionam a contento.

Em outras palavras, o princípio da unidade do sistema jurídico do Estado-nação, com seus correlatos como a pretensão de monopólio na produção do direito e a proibição do *non liquet*, é fictício. Isto é empiricamente observável, e de modo mais nítido, em sociedades ditas subdesenvolvidas. Os limites para as contradições intra-sistêmicas, pelo menos no subsistema jurídico, provam ser mais elásticos do que imaginou o marxismo ortodoxo ou as teorias da dependência. Temos argumentado que essas inconsistências não são disfunções mas sim parte essencial do sistema jurídico subdesenvolvido, entendendo cautelosamente a hipótese levantada para a experiência brasileira. Elas são protegidas por regras muitas vezes veladas, devido ao efeito deslegitimador que declará-las abertamente causaria, porém muito claras para todos os participantes.

Este direito extradogmático dependente dos órgãos do Estado ocorre em diversas frentes: no poder legislativo, no poder executivo, na



administração indireta, nas estatais, praticamente em todas as funções jurídicas, de distribuição de decisões no âmbito do poder público.

As estratégias de racionalidade, como os princípios da imparcialidade e da neutralidade do judiciário, por exemplo, mostram-se parcialmente disfuncionais e entram em choque com estratégias de inconsistência mais ágeis e efetivas.

O conjunto de atos objetivando a decisão do conflito jurídico é o procedimento jurídico. Dentro deste conceito mais amplo incluem-se os atos dogmáticamente previstos pelos códigos processuais (distribuição, citação, acareação, embargos etc.) que constituem o procedimento dogmático, garantido pelo Estado, tal como deve ser. E incluem-se, do outro lado, os atos praticados à margem do direito estatal.

Podemos assim observar três níveis: o primeiro deles é o nível que denominamos dogmático, o procedimento decisório estatal segundo a "letra" ou o "espírito" da lei processual e substantiva.

Um segundo nível diz respeito à legislação (ou sua falta) que enseja o surgimento de procedimentos marginais na jurisdição e sua forma de interpretação e aplicação, as normas legais que protegem as inconsistências casuísticas na produção das decisões, cuja prática, embora legalmente válida e socialmente eficaz, choca-se com as normas de base (constitucionais) do sistema jurídico estatal e prejudica-lhe a funcionalidade (exemplos: privilégios, nepotismo, corregedoria corporativista, especificidades em regimentos internos etc.).

Em um terceiro patamar, sob a benevolência desse sistema legal, desenvolvem-se mecanismos outros de solução de conflitos, estes já francamente ilegais. Aqui, já de ponto-de-vista extradogmático, constituem-se procedimentos que, institucionalizados pela prática, cooperam para manter o sistema em funcionamento apesar das incongruências (exemplos: relações pessoais, desrespeito ao princípio do impulso oficial, financiamento privado de privilégios e presentes, diligências fictícias, propinas etc.).

Em suma: todas essas estratégias, e mais outras, estabelecem uma interdependência entre os subsistemas sociais e fazem com que os subsistemas componentes das sociedades periféricas contemporâneas adquiram seu caráter *allopoiético*. Possibilitam também uma comunicação mais fluente entre Estado e povo e uma maior adequação dos procedimentos decisórios aos conflitos a serem decididos. Esses expedientes procuram, de toda maneira, adaptar à realidade a engrenagem emperrada da burocracia estatal e da dogmática jurídica subdesenvolvidas.

## NOTAS

<sup>1</sup> A religião mantém esta função ética. Referimo-nos a sua saída de cena, no Ocidente moderno, enquanto poder jurídico-político decisivo, poder, aliás, que se mostra intacto em muitas sociedades contemporâneas, em que direito e religião permanecem relativamente indiferenciados, como no fundamentalismo islâmico.

<sup>2</sup> É o caso de ALEXY, R. *Probleme der Diskurstheorie*. Zeitschrift für philosophische Forschung, Band 43, 1989, pp. 81-93. Tradução brasileira "Problemas da Teoria do Discurso", *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Ed. UFPE, n. 5, 1992. pp. 87-105.

<sup>3</sup> É o que expressa VELOSO, C. na canção "Língua", última do disco *Velô*. Rio de Janeiro: Polygram, CSDP-PF 159, 824 024 1, 1984 ("está provado que só é possível filosofar em alemão"). Cf. a mesma verificação, em tom mais desiludido, em OLIVEIRA, L. "Orgulho Cultural e Auto-Estima: Diferenças entre o Brasil e a França". *Ciência e Trópico*. Recife, v. 19, n. 2, 1991. p. 277-286. Mais empoladamente argumenta M. HEIDEGGER, também concordando que só se pode filosofar em grego antigo ou em alemão; cf. STEIN, E. "Heidegger - Vida e Obra". *Os Pensadores - Heidegger*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. VI.

<sup>4</sup> Sobre a ciência do direito, a crítica mais famosa é talvez a de KIRCHMANN, J.H. von. *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Stuttgart: Kohlhammer, 1938. Sobre os diversos sentidos do termo crise na modernidade cf. WOLKMER, A.C. *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, *passim*.

<sup>5</sup> Conforme os dois volumes publicados pelo Conselho Federal da OAB em Brasília: *OAB Ensino Jurídico - Diagnóstico, Perspectivas e Propostas*, 1992, e *OAB Ensino Jurídico - Parâmetros para Elevação de Qualidade e Avaliação*, 1993. Conforme também SOUTO, C. "Os Saberes Jurídicos Fundamentais: para além de sua Auto-Suficiência". *Ciência e Ética no Direito - Uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: Fabris, 1992. pp. 9-18.

<sup>6</sup> Veja-se o reconhecido trabalho de STRASSBURGER, E. et alii. *Tratado de Botânica*. Barcelona: Madrid, 1974. p. 1. "Frente a la materia inerte, los seres vivos - plantas, animales y hombres - representan un *novum categoriale* en el sentido del filósofo Nicolai Hartmann".

<sup>7</sup> Conforme VIEHWEG, T. *Topik und Jurisprudenz*. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung. München: Beck, 1974. LUHMANN, N. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer, 1974. FERRAZ JR., T. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 1988. ADEODATO, J.M. "Uma Nova Ótica da Praxis Jurídica Brasileira". *Anais da XIV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Vitória: Ed. Conselho Federal da OAB, pp. 404-419, setembro de 1992.

<sup>8</sup> É a expressão que prefere FERRAZ JR., T. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. pp. 95 ss.

<sup>9</sup> Uma percepção confusa deste problema tem levado variante do positivismo à identificação entre direito e Estado, o que reduz, a nosso ver indevidamente, a aplicabilidade do conceito de direito.

<sup>10</sup> Conforme *Primeiro Livro dos Reis*, 3-4, do Antigo Testamento.

<sup>11</sup> Para uma colocação mais completa do conceito de dogmática jurídica conforme BALLWEG, O. "Entwurf einer analytischen Rhetorik". SCHANZE, H.(org.). *Rhetorik und Philosophie*. München, 1989, pp.229 ss. FERRAZ JR., T. *Função Social da Dogmática Jurídica*, cit., *passim*, e *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 40 ss. ADEODATO, J.M. "Dos Limites de uma Ontologia Jurídica", LAFER, C. e FERRAZ JR., T. (org). *Direito, Política, Filosofia, Poesia* - Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale no seu Octogésimo Aniversário. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 495-505, onde são mais extensamente definidos os constrangimentos a que se submete o direito dogmático.

<sup>12</sup> Esta tese está colocada em nosso trabalho "A Legitimação pelo Procedimento Juridicamente Organizado - Notas à Teoria de Niklas Luhmann", *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru: FDC, v. XVI, 1985, sobretudo as pp.85-86, sugerindo que o direito subdesenvolvido não se adaptaria àquele tipo de teoria. Mais recentemente conforme nossos "Brasilien. Vorstudien zu einer emanzipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder". *Rechtstheorie*, 22. Band, Heft 1. Berlin: Duncker und Humblot, 1991, pp. 108-128, e "Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos". *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Ed. UFPE, n.5, 1992, pp. 207-242. No mesmo sentido, aprofundando a crítica à obra de Luhmann e a idéia de que a ineficácia das normas jurídicas estatais não deve ser reduzida a mera

disfunção, mas desempenha papel importante no direito dos países subdesenvolvidos, conforme NEVES, M. *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne* - eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien. Berlin: Duncker und Humblot, 1992, e *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, ambos *passim*.