

NATURALISMO JURÍDICO, POSITIVISMO JURÍDICO E REALISMO JURÍDICO: ANTAGONISMOS E APROXIMAÇÕES; ISOLACIONISMO E COMPLEMENTARIDADE

Sérgio Nunes Cavalcante*

RESUMO: Os termos que definem o título deste artigo permitem antecipar, ainda que de modo perfunctório, o que o seu corpo se propõe a demonstrar: as teorias reducionistas, expressas através de suas vertentes históricas — doutrinas do Direito Natural, Direito Positivo e Direito Realista Jurisprudencial — mais representativas, com concepções — ideal, formal e social — e inspirações — ideal de justiça, ordenamento jurídico e realidade social —, embora distintas e até um certo ponto antagonicas, concorrem, em face de um movimento dialético de complementaridade, à interligação pelo comum propósito de uma objetiva conexão entre meios e fins, entre a realidade e a ideia de justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Natural. Positivismo jurídico. Realismo jurídico. Dialética de complementaridade.

NATURAL LAW, LEGAL POSITIVISM AND LEGAL REALISM: ANTAGONISMS AND APPROACHES; ISOLATIONISM AND COMPLEMENTARITY

ABSTRACT: The terms that define this article's title allow to anticipate, albeit in a perfunctory way, what it's body proposes to demonstrate: reductionist theories, expressed through its most representative historical dimensions — Natural Law, Legal Positivism and Legal Realism doctrines — with its distinct and to an extent antagonistic conceptions — ideal, formal and social — and inspirations — ideal of justice, legal system and social reality —, contribute, in the light of a dialectical complementarity movement, to interrelation by the common purpose of an objective connection between means and ends, between reality and the idea of justice.

KEYWORDS: Natural Law. Legal Positivism. Legal Realism. Complementarity dialectics.

1 INTRODUÇÃO

Tenciona-se fazer uma abordagem facilitadora de uma releitura dos enfoques doutrinários mais representativos da Teoria Geral do Direito, voltados para a compreensão da experiência jurídica, com fulcro no pensamento sobretudo dos jusfilósofos Arnaldo Vasconcelos, Norberto Bobbio e Miguel Reale.

Parece firmar-se uma visão acolhedora de uma lógica dialética de síntese, pela qual se reconhece a correlação e o desdobramento de três estruturas jurídicas fundamentais: a do Direito Natural, como plano normativo de

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Analista da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Especialista em Direito Público pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará (Esmec). E-mail: sergionc1@netbandalarga.com.br

exigências transcendentais; a do Direito Positivo, como ordenamento normativo de “fatos” e “valores” no plano experiencial; e a da Hermenêutica Jurídica, a qual, tornando próximas interpretação e aplicação do Direito, além de elucidar o significado das regras positivas, assegura-lhes contínua atualização e operabilidade, conferindo ao “valor” o papel mediador num processo de ir e vir dialético do “fato” à “norma” e da “norma” ao “fato”.

2 VISÃO PANORÂMICA: TEORIAS REDUCIONISTAS VERSUS ESTRUTURAS JURÍDICAS

Como ponto de partida para a discussão do tema em comento, não se pode prescindir dos pensamentos, adiante revelados, de Norberto Bobbio e de Miguel Reale, por aduzirem reflexões preliminares, de primorosa serventia à afirmação da complementaridade entre as três grandes teorias reducionistas consignadas nas doutrinas do naturalismo jurídico, do positivismo jurídico e do realismo jurídico.

Para Bobbio (2003, p. 53, 54), a compreensão da experiência jurídica nos seus vários aspectos deverá considerar que ela é a parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são: ideais de justiça a realizar; instituições normativas para realizá-los; ações e reações dos homens frente àqueles ideais e a estas instituições. Evidenciam-se, então, de plano, três problemas que, em verdade, constituem três aspectos de um só problema nuclear: o da melhor organização da vida dos homens em sociedade.

Afloram, a priori, três teorias reducionistas, cuja apreciação preliminar far-se-á adiante por meio de suas vertentes históricas mais representativas: doutrina do Direito Natural, como expressão mais ilustre de uma teoria com forte tendência a reduzir a validade à justiça; doutrina do Direito Positivo (ou positivismo jurídico), como manifestação de maior recorrência de uma teoria com acentuada inclinação a reduzir a justiça à validade, contrapondo-se à anterior; doutrina do Direito Realista Jurisprudencial (Judiciário, Judicial ou realismo jurídico), como evidência mais radical de uma teoria com irreparável propensão a reduzir a validade à eficácia.

No entender de Miguel Reale (1994, p. 107, 108, 114), toda estrutura social é, em última análise, uma ordenação axiológica de fatos ou de atos, na medida de um fim visado. Uma estrutura social, ao adquirir o valor de paradigma, pondo-se como padrão ou razão de comportamentos futuros, assume as características de uma estrutura normativa (política, jurídica etc.), a qual é dinâmica e não estática. Destarte, é inerente à estrutura jurí-

dica, em particular, o movimento no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados, o que demonstra ser incompreensível a experiência jurídica sem se levar em conta a sua natureza dialética.

Reconhecendo-se antes que uma exigência de ordem influencia as matrizes da positividade jurídica, identificam-se, nesse diapasão, três espécies fundamentais de estrutura jurídica, que, numa projeção sucessiva, correlacionam-se e desdobram-se: a do Direito Natural, como esquema normativo de exigências transcendentais; a do Direito Positivo (ou ordenamento jurídico-positivo), como ordenamento normativo de fatos e valores no plano experiencial; a da Hermenêutica Jurídica (ou jurídico-hermenêutica), a qual, além de esclarecer o significado das regras positivas, assegura-lhes contínua atualização e operabilidade.

De plano, pode-se inferir que, às doutrinas ou estruturas jurídicas — Direito Natural, Direito Positivo, Direito Realista —, identificadas por Bobbio e Miguel Reale, correspondem elementos inspiradores, os quais, chamar-se-iam, respectivamente, na linguagem de Bobbio, “justiça”, “validade” e “eficácia”, e, nas palavras de Miguel Reale, “valor”, “norma” e “fato social”.

3 O DIREITO NATURAL

Em destaque, eis a primeira das estruturas jurídicas que compõem o título deste artigo. Trazem-se, então, a lume, em apertada síntese, as visões de Arnaldo Vasconcelos, de Norberto Bobbio e de Miguel Reale sobre o Direito Natural.

Conforme Arnaldo Vasconcelos (2002, p.100), a noção de Direito Natural está ligada de modo indissolúvel ao conceito de natureza humana, na qual se identificam, como próprias, a essência e as qualidades que o homem circunstancialmente lhe atribui. Ainda, no entendimento do mencionado pensador, as variações de caráter que apresenta o Direito Natural, lei divina descoberta pela razão, ora reacionário e conservador, ora revolucionário e progressista, nada mais são do que reflexos das posições do homem em fases diversas de sua realização histórica, carecendo, portanto, tanto o homem democrático, quanto o totalitário, da ideologia jusnaturalista. Esse Direito Natural se propõe, acima de tudo, a dar conformação aos Direitos e Garantias fundamentais do homem, com a finalidade de preservar os títulos de sua dignidade naquilo que esta tem de sagrado e mais intocável.

Para Gabrielle Bezerra Sales (2004, p. 38, 39, 211), em consonância com Arnaldo Vasconcelos, o Direito Natural deve ser entendido como o verdadeiro repositório da justiça, medida para a mensuração da pessoa humana, possuindo como principais características a universalidade, a historicidade e a elasticidade, a seguir explicitadas:

a) universalidade: termo apropriado para assinalar a certeza de que toda criatura humana traz em si traços que lhe são essenciais e por isso mesmo naturais, pelo que se pode afirmar que o Direito Natural traduz o quantum do justo que subjaz no ser humano;

b) historicidade: termo tomado para demonstrar as relativas alterações que a forma de compreensão do Direito Natural vem sofrendo ao longo da História, em face sobretudo da constante reelaboração do próprio conceito de ser humano, reconhecidamente a base do Direito Natural, no decorrer da História;

c) elasticidade: termo empregado para ressaltar a impossibilidade de se arrolarem exaustivamente todos os direitos naturais, já que podem ser constantemente interpretados e reinterpretados numa circularidade lingüística, produzindo novos direitos e garantias outrora, circunstancialmente, não identificados.

Segundo Norberto Bobbio (1999, p. 64), a definição mais frequente do Direito Natural é “ditame da reta razão”. O Direito Natural deriva, portanto, não da vontade deste ou daquele homem, mas da própria razão comum a todos os homens. A concepção naturalista, tomada no sentido mais restrito do termo, em consonância com Norberto Bobbio (2003, p. 56 a 58), se considera capaz de estabelecer o que é justo e o que é injusto de modo universalmente válido. Tal pretensão carece de fundamento a julgar pelas controvérsias entre os vários seguidores do Direito Natural, a par da diversidade de significados do termo genérico “natureza”, sobre o que há de ser considerado justo ou injusto, uma vez que o admitido como natural para uns não o era para outros, conforme exemplificações a seguir: a) para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos), a liberdade era natural, enquanto, para Aristóteles, era natural a escravidão; b) para Locke, era natural a propriedade individual, mas para todos os utopistas socialistas, a instituição mais adequada à natureza humana era a comunhão de bens. Ademais, ainda que admitida a hipótese de univocidade do termo “natureza”, e todos os que a ele fazem referência estivessem de acordo em aceitar que algumas

tendências são naturais e outras não, da constatação de que uma tendência é natural não se pode deduzir um juízo de valor de um juízo de fato, consoante constatação adiante: Hobbes e Mandeville estavam de acordo em considerar que a tendência natural do homem era o instinto utilitário; porém, se para Hobbes este instinto conduzia à destruição da sociedade e precisava ser contido, para Mandeville era vantajoso e deveria ser liberado. Ainda, de acordo com Bobbio, é senso comum entre os jusnaturalistas que o Direito Positivo em desconformidade com o Direito Natural seja considerado injusto, mas não obstante deve ser obedecido (a chamada teoria da obediência): afirmar que uma norma deve ser obedecida mesmo se injusta é um modo de, conquanto indiretamente, reconhecer que uma norma pode ser válida (deve ser obedecida) embora injusta, e que, portanto, justiça e validade não coincidem.

Consoante Miguel Reale (1994, p. 109, 142 e 143), o Direito Natural surge como conjunto das condições histórico-axiológicas da experiência jurídica, sem envolver a existência de duas regiões ônticas distintas. Destarte, não se reduz o Direito à simples condicionalidade lógico-transcendental, com a qual Kant exprimiu o individualismo fundamental de sua época; nem a uma condicionalidade sociológica, à maneira de Ihering, tentando um compromisso garantido pelo poder público entre interesses individuais reciprocamente compensados; porque só pode e deve ser visto em termos de condicionalidade histórico-axiológica, apoiada num conjunto de valores fundamentais (como, por exemplo, o da inviolabilidade da pessoa humana) que, uma vez trazidos historicamente ao plano da consciência, tornam-se bens comuns, essenciais ao viver social, como se fossem inatos, visando uma ordem social justa, na qual os homens e os grupos possam se desenvolver livremente, assim como completar-se econômica e eticamente uns aos outros no sentido de uma comunidade concreta. Outrossim, o Direito Natural é, em suma, o Direito Positivo mesmo enquanto remontado às suas fontes possibilitantes e, ao mesmo tempo, enquanto projetado na linha ideal de seu desenvolvimento, na plena implicação e polaridade do homem como “ser passado” e “ser futuro”, que “é” e “deve ser”. Ainda, tomado em sua acepção normativa, Direito Natural é a “versão normativa de invariáveis exigências axiológicas”, donde a impressão de “inatismo” que tais normas fundamentais sugerem, ou a sua apresentação como “postulados da razão

prática”, pela convicção de que, sem elas, as regras positivas ficariam expostas a contestações geradas pelo arbítrio.

Resguardados os traços específicos do pensamento de cada um dos jusfilósofos em análise, pode-se perceber que todos parecem reconhecer o drama *in totum* do Direito e da Justiça, ou a aporia do Direito Justo, de modo que a pretensa subordinação das estruturas jurídicas positivas às exigências do Direito Natural se põe como uma questão de grau de intensidade, pois não há como recusarem-se validade e eficácia a uma regra positiva em vigor.

4 O DIREITO POSITIVO

Recorre-se novamente às inteligências dos autores referenciados no tópico anterior, para trazerem-se à baila considerações sobre a segunda das estruturas jurídicas enunciadas, ou seja o Direito Positivo.

Segundo Arnaldo Vasconcelos (2002, p. 26, 102), Direito Positivo é o que se põe através da norma, é aquele posto na norma, é Direito-previsão, ou previsão de Direito: acontecendo o fato normativo, realiza-se a previsão, surgindo daí o Direito. O Direito Positivo vale, sobretudo, pelo valor “certeza” que incorpora, razão pela qual foi o Direito positivado, de início, escrito, com o eterno desiderato da concreção do valor “justiça”. Arremata o jusnaturalista, inspirado em René Savatier: “a adaptação humana da justiça, com base na norma de Direito positivo, tem por padrão a norma de Direito Natural, que a fundamenta”. A incerteza e a insegurança residem no lugar mais recôndito de nosso ser e advêm: da quebra de nossa unidade essencial, da cisão entre finito e infinito, do desdobramento, em nosso íntimo, das parcelas do ser que é (relativa) e do ser que deve ser (absoluta); do nosso despreparo para compreender esse universo, já que não temos nada com que compará-lo; da nossa aptidão para nos conhecermos a nós mesmos, porquanto a imagem de que somos fatalmente é confundida com a imagem do que pretendemos ser.

Gabrielle Bezerra Sales (2004, p. 39, 40) atesta que a ortodoxia positivista afastou o Direito Natural numa tentativa de reafirmação e sustentação da cientificidade do Direito, olvidando, no entanto, que um objeto, ao se afastar de sua fundamentação, sofre a perda significativa de sua estrutura e se desfigura. Ressalta ainda que a ingenuidade de tal tentativa, em especial a encetada por Hans Kelsen na busca pela pureza, se notabiliza “com a desilusão do pós-guerra quando a ciência capitulou, renunciando à suposta

superioridade sobre os demais conhecimentos, à exatidão de seus resultados e à capacidade de resolução de todos os problemas humanos”.

Norberto Bobbio (2003, p. 59, 61) ao tempo em que anuncia o positivismo jurídico como a doutrina defensora do entendimento pelo qual a validade é a confirmação da justiça ou uma norma é justa somente se for válida, reconhece o distanciamento dessa extremada tese da maior parte dos positivistas, entre os quais, a título de exemplificação, citam-se: Levi, filósofo, o qual, como positivista, e, por conseguinte, relativista, rejeita valores absolutos da justiça, todavia admite a necessidade de distinguir aquilo que vale como direito dos ideais sociais que instigam continuamente a modificação do direito constituído, declarando que o direito pode ser válido sem ser justo; Kelsen, jurista, ao sustentar que aquilo que constitui o direito como direito é a validade, não quer em absoluto afirmar que o direito válido seja também justo, mesmo porque os ideais de justiça, para ele são subjetivos e irracionais, constituindo-se o problema da justiça um problema ético e distinto do problema jurídico da validade. Bobbio destaca como teoria completa e coerente do positivismo jurídico a doutrina política de Thomas Hobbes, segundo a qual efetivamente inexistente outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva, consistindo na justificação teórica mais consequente do poder absoluto: a aceitação do ponto de vista hobbesiano aduziria como consequência a redução da justiça à força, fazendo-se impor, como contraponto, o argumento da distinção entre validade e justiça, que serve justamente para diferenciar a justiça da força — “se tal distinção desaparece, e a justiça é reduzida à validade, também a distinção entre justiça e força não é mais possível”.

Bobbio, referenciado por Miguel Reale (1994, p. 20 e 21, 29 e 30), declarando sua desconfiança nas teorias reducionistas, parece afeiçoar-se a uma concepção tridimensional genérica ou abstrata, de cunho metodológico e heurístico, que não leva em conta a concretude da experiência jurídica, ao considerar que os três critérios possíveis de validade do direito — material (prisma dos fins nos quais a sociedade humana deve se inspirar), o formal (prisma da forma dentro da qual os meios devem conter-se para alcançar os fins visados) e o empírico (prisma dos meios a serem empregados para melhor serem atingidos os fins) — “muitas vezes se integram ou são operados conjuntamente, apesar de se manterem sempre distintos e poderem ser aplicados ora um, ora outro, segundo as diversas situações”.

Miguel Reale (1994, p. 20, 21) registra que, sobretudo a partir do segundo pós-guerra, faz-se observar uma generalizada aspiração no sentido da compreensão global e unitária dos problemas jurídicos, abandonadas as predileções reducionistas que levam a pseudototalizações. No seu sentir, em abono a uma concepção tridimensional concreta, fundamento (critério material), vigência (critério formal), eficácia (critério social) são conceitos, qualidades inerentes a todas as formas de experiência jurídica, com graus circunstancialmente distintos de prevalência, que se correlacionam segundo uma compreensão dialética de complementaridade, impossibilitando-se a partição do nexu vinculante de tais critérios ao todo, como é próprio da estrutura do Direito.

Ainda Miguel Reale (1994, p. 110 a 112) afirma que, muito embora as estruturas do Direito Positivo resultem não de “normas naturais”, mas da trama dialética de fatos e valores, em um imprevisível plexo de conjunturas e conjecturas, há de se reconhecer a posição transcendentalmente subordinada da experiência jurídica positiva na medida em que o Direito Natural se põe “como um imperativo ético, metajurídico ou transjurídico, traduzindo um imperativo de mudança e perfectibilidade, em função dos direitos humanos fundamentais, transitoriamente feridos”. Destaca, outrossim, que as estruturas da experiência jurídica positiva são modelos prospectivos — por ser-lhe inerente um sentido paradigmático de conduta ou de ordenação —, resultantes e complementares das fontes (que são retrospectivas), e de caráter prescritivo e obrigatório — “pois são potenciadas e tornadas efetivas pelo poder de síntese ordenadora que singulariza o espírito humano”.

Tanto Bobbio quanto Miguel Reale incluem o “valor” entre as instâncias de validade, fazendo-se crer que os critérios — material, formal e empírico — elencados por Bobbio correspondam àqueles — fundamento, vigência e eficácia — listados por Miguel Reale. Nesse campo, parece que Arnaldo Vasconcelos melhor caminha ao se referir a duas instâncias distintas — a de validade e a de valor —: a primeira alberga as categorias da vigência e da eficácia, pelas quais se averiguam o aspecto material da norma jurídica; a segunda abraça as categorias da justiça e da legitimidade, pelas quais se investigam as condições éticas da norma jurídica.

5 DIREITO REALISTA CONSUETUDINÁRIO E JURISPRUDENCIAL (JUDICIÁRIO OU JUDICIAL)

Com apoio em Arnaldo Vasconcelos e Norberto Bobbio, examina-se o conteúdo da terceira das estruturas jurídicas assinaladas, qual seja, o Direito Realista.

Arnaldo Vasconcelos (2002, p. 182 e 183, 186 e 187), declara, amparado na doutrina aristotélico-tomista, que a lei nada mais seria do que a forma escrita do costume — formado paulatina e espontaneamente no seio do povo —, assim imposta pela racionalização a que conduz o progresso civilizatório, atendendo-se, desse modo à exigência de conhecimento comum e segurança jurídica. Salienta existir uma tendência geral ao desprestígio do Direito Consuetudinário, que, em verdade, surge de expectativas, a seguir explicada: “o mecanismo de evolução da sociedade contemporânea, acionado de modo especial pelas inovações tecnológico-científicas, repele a espontaneidade e a lentidão das formações consuetudinárias”.

Consoante ainda Arnaldo Vasconcelos (2002, p. 187 a 190), o chamado Direito Judicial, formado de normas jurisprudenciais, resultantes do exercício da função jurisdicional, advém de expectativas e constitui o cerne de toda a polêmica que opõe racionalistas a realistas, em virtude da qual faz as considerações, postas em apertada síntese, adiante:

a) para os racionalistas, escudados na teoria da divisão dos poderes de Montesquieu — lastro do Liberalismo —, a possibilidade de criação judicial do Direito deve ser apartada pela evidência de constituir-se em desastrosa intromissão do Poder Judiciário nas atribuições privativas do Legislativo, caracterizado por John Locke como o órgão próprio das manifestações da soberania popular;

b) para os realistas, adeptos do tridimensionalismo jurídico — visão do fenômeno jurídico como complexo inteirado de fato, valor e norma —, a lei não é Direito, significa previsão normativa de nítido cunho sociológico e padrão axiológico de julgamento; o Direito só existe a partir da sentença judicial que o constitui de acordo com os fatos selecionados e com os dispositivos legais interpretados, ou mais seguramente, da sua execução;

c) a parcialidade do Realismo não está na desintegração do fenômeno jurídico, já que o tem como um entrelaçamento dialético de fato, valor e norma, mas, sim, em ter considerado o Direito Judicial como representativo de todo o Direito, e não apenas do Direito contencioso;

d) a criação ou não criação do direito independe da simples determinação do juiz, pois a tanto ele se obriga por princípios constitucionais e legais, que revestem a nobreza de direitos e garantias do cidadão, nessa qualidade entronizados pelo Estado Liberal;

e) seja no sistema jurídico do Common Law, com a qual se compatibilizaria naturalmente, seja no de caráter legislativo, a reclamada segurança da lei só se encontra na norma jurisprudencial, que é a sua interpretação, da qual nunca se há de prescindir, pois, por mais clara que se afigure a lei, esta sempre dispõe de modo geral, competindo ao intérprete particularizá-la segundo os dados e as circunstâncias do caso concreto; destarte, “torna-se mais importante não propriamente o que a lei parece ter pretendido dizer, mas o que os tribunais afirmam que realmente ela diz”;

f) a exigência de segurança que determinou o advento da lei escrita voltou a impor-se relativamente à norma jurisprudencial, haja vista a multiplicidade de órgãos jurisdicionais, tornando-se imprescindível fossem uniformizadas suas decisões, a fim de que adquirissem a credibilidade da qual tanto se ressentiam;

g) a padronização da jurisprudência, que sugere noção estática de permanência, não constitui obstáculo ao progresso do Direito, que deve refletir o dinamismo da evolução social, esperando-se do magistrado desempenho fundado na prudência, aquela da cultura jurídica romana, onde o termo jurisprudência tinha emprego para designar o Direito aplicado com sabedoria.

Há três momentos de afirmação das chamadas correntes realistas — em oposição ao jusnaturalismo abstrato, que teria uma concepção ideal do Direito (inspiração nos ideais de justiça) — ou conteudísticas — em antítese ao positivismo em sentido estrito, que teria uma concepção formal do Direito (inspiração nos ordenamentos jurídicos constitutivos —. Na apresentação do fenômeno jurídico, com inspiração na realidade social, tais movimentos colocaram em relevo a eficácia em detrimento da justiça ou da validade, vendo, portanto, o Direito não como deve ser, mas como efetivamente é, não como complexo de normas válidas, mas como normas efetivamente aplicadas em uma determinada sociedade; tiveram como grande mérito o esforço de obstaculizar a cristalização da ciência jurídica em uma dogmática sem ímpeto inovador. Veja-se o destaque dado por Norberto Bobbio (2003, p. 62 a 66) a cada um desses momentos:

a) O primeiro momento, no início do século XIX, é representado pela escola histórica, de Savigny e de seu discípulo Puchta. Uma vez descartando o entendimento de sua dedução dos princípios racionais, considera o Direito como um fenômeno histórico e social que tem como fundamento o espírito do povo, deste nascendo espontaneamente, colocando em evidência o costume como fonte primária do Direito e sua valorização social, evocando mais insistentemente o Direito Consuetudinário.

b) O segundo momento, no final do século XIX, é representado pela chamada concepção sociológica do Direito, tendo como mais notáveis: Kantorowicz, François Geny e Eugen Ehrlich (exponentes do Direito livre); Philip Heck (defensor da jurisprudência dos interesses — julgamento com base na valoração dos interesses em conflito, em oposição à jurisprudência dos conceitos). Privilegia o Direito Judiciário, a saber, aquele elaborado pelos juízes no contínuo labor de adaptação da lei às necessidades concretas emergentes da sociedade, que deveriam constituir o remédio mais eficaz para acolher as instâncias do Direito que se elabora espontaneamente no entrelaçar das relações sociais e no diversificado entrechoque de interesses conflitantes.

c) O terceiro momento, na primeira metade do século XX, o mais radical, é representado pela teoria da jurisprudência sociológica, dos expoentes: Oliver Holmes (juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, primeiro a repudiar o tradicionalismo jurídico dos tribunais); Roscoe Pound (filósofo do Direito americano, simpatizante da figura do jurista-sociólogo — jurista que leva em conta, em sua interpretação e aplicação do Direito, os fatos sociais dos quais o Direito deriva e que deve regular); Jerome Frank (defensor da tese extremada da inexistência de um Direito objetivo, reservando exclusivamente ao juiz a possibilidade de contínua nova criação do Direito, em face do ato em que aquele decide uma controvérsia). Dá ênfase numa interpretação evolutiva do Direito, mais sensível às mudanças da consciência social.

Ainda, para Bobbio (2003, p. 66 a 68), a crítica das correntes sociológicas se resolve frequentemente em uma revisão das fontes do Direito e, portanto, numa crítica ao monopólio da lei e numa reabilitação do costume e da jurisprudência, comportando, no tocante à relação entre validade e eficácia nestas duas últimas fontes, as notas a seguir:

a) Se é justo dizer que no Direito Consuetudinário, a validade vem sempre acompanhada da eficácia — não se pode imaginar um costume que seja válido sem ser eficaz, pois, faltando a eficácia, perde-se também a repetição geral, uniforme e constante, que é um dos requisitos essenciais para caracterizar o costume —, a proposição inversa, de que a eficácia seja sempre acompanhada da validade, não é aceitável — dizer que um costume se torna válido devido a sua eficácia equivaleria a sustentar que um comportamento se faz jurídico pelo simples fato de ser constantemente repetido. Destarte, é necessário que o que se chama validade (aquele comportamento constante que constitui o conteúdo do costume) receba uma forma jurídica (aquela atribuída ao Direito Consuetudinário pela lei, quando o invoca, ou pelo juiz quando ele traz como matéria de sua decisão um costume, ou pela vontade concorde das partes), ou venha a ser acolhido em um determinado sistema jurídico, como comportamento obrigatório, implicando, portanto, sua violação numa sanção.

b) Quanto ao Direito Judiciário, se o Direito vivente pode ser considerado como fonte de cognição jurídica, apenas o juiz e, com maior razão, o legislador podem ser tomados como fontes de qualificação na medida em que acolham as regras identificadas na realidade social, atribuindo-lhes força coativa (autoridade normativa que incorpora a sua função de órgão capaz de produzir normas jurídicas) e, portanto, validade. Ressalte-se que o Direito vivente é um fato ou uma série de fatos de onde o juiz tira conhecimento das aspirações jurídicas que vêm se formando espontaneamente na sociedade, não constituindo ainda Direito (norma ou complexo de normas do sistema), enquanto seja apenas eficaz.

Pode-se perceber que, em sua essência, as compreensões dos jusfilósofos em relevo no tocante ao Direito Realista são consonantes pelo menos no reconhecimento ao esforço meritoso sobretudo da jurisprudência no sentido de obstaculizar a cristalização da ciência jurídica em uma dogmática sem ímpeto inovador, garantindo o progresso do Direito, que deve refletir o dinamismo da evolução social.

6 REFLEXÃO PONTUAL: CORRELAÇÕES DOUTRINÁRIAS

À semelhança do Jusnaturalismo (concepção ideal do Direito, inspiração no ideal de justiça) e do Positivismo (concepção formal do Direito, inspiração no ordenamento jurídico constitutivo), o Realismo (concepção social do Direito, inspiração na realidade social) não pode ter a pretensão

de possuir uma visão total do Direito. Do abstracionismo transcendental ao concretismo racionalista, deste à especificidade realista, observa-se um benigno avanço que não deve ser desprezado.

Em sintonia com Norberto Bobbio (2003, p. 55), compreender o Direito como correspondente à justiça, por qualquer dos vieses próprios do Jusnaturalismo — lógico-transcendental, sociológico ou histórico-axiológico —, parece constituir uma exigência ou um ideal a alcançar que ninguém pode desconhecer, mas não uma realidade de fato, uma vez admitindo-se pertinente o raciocínio de que “quando nos colocamos o problema do que é o direito em uma dada situação histórica, nos questionamos sobre o que é de fato direito e não sobre o que queríamos que ele fosse ou o que deveria ser”.

Ademais, com o Direito Positivo (entendido como Direito válido), ainda em consonância com Bobbio (2003, p. 57), resgata-se o valor da certeza, valor fundamental sobre o qual o Juspositivismo se apoia.

Reconhece-se, ao lado de Arnaldo Vasconcelos (2002, p.188), que o Realismo Jurídico traduz o condão de desencadear um processo de humanização da lei, por meio de seu domínio pelo juiz, não importando tal evolução na substituição automática do cego império da lei pelo arbitrário governo dos juízes, como se apregoara com notório pessimismo.

O Quadro 1 traduz a tentativa de apresentação do fenômeno jurídico, considerando os distintos enfoques linguísticos, sob a égide do entendimento da compreensão dialética de complementaridade.

A propósito de tudo que se dissera neste item, e complementando-o, registre-se o entendimento de Miguel Reale (1994, p. 114), transcrito na íntegra adiante:

[...] desde a análise dos princípios transcendentais da ordem jurídica até a empírica interpretação de suas normas particulares, a vida do direito se desdobra mediante estruturas e modelos, cuja natureza e níveis são diversos, mas todos interligados pelo comum propósito de uma objetiva conexão entre meios e fins, ou seja, entre a realidade e a idéia de justiça.

Como arremate apreciativo deste tópico, acolhe-se o pensamento de Miguel Reale destacado no fragmento anterior, tendo-se presentes a complexidade da estrutura jurídica, que é dinâmica, e a observação necessária de que não há norma sem que haja interpretação, não podendo haver entre uma e outra solução de continuidade.

Quadro 1 - O fenômeno jurídico sob diversos enfoques linguísticos

APRESENTAÇÃO DO FENÔMENO JURÍDICO				
Item	Perspectiva	Dialética de complementaridade		
1.1	Doutrina jurídica ou	Jusnaturalismo	Positivismo jurídico	Realismo jurídico
1.2	Estrutura jurídica	Direito natural	Direito positivo	Direito realista
2	Concepção	Ideal	Formal	Social
3	Inspiração	Ideal de justiça	Ordenamento jurídico constitutivo	Realidade social
4	Fórmula de Miguel Reale	Valor	Norma	Fato social
5.1	Critérios de validade e/ou valoração	Justiça	Validade	Eficácia
5.2		Fundamento	Vigência	Eficácia
5.3		Material	Formal	Empírico ou social
5.4		Fins visados	Forma dentro da qual os meios devem conter-se	Meios para alcance dos fins
5.5		Conteúdo	Forma	Interpretação

Fonte: Elaborado pelo autor

7 CONCLUSÃO

Queda-se demonstrado que as teorias reducionistas expressas através de suas doutrinas — Direito Natural, Direito Positivo e Direito Realista Jurisprudencial — mais representativas, com suas concepções e inspirações distintas e até um certo ponto antagônicas, concorrem, em face de um movimento dialético de complementaridade, à interligação pelo comum propósito de uma objetiva conexão entre fins visados, forma dentro da qual os meios devem conter-se e meios para alcance dos fins, entre ideal de justiça, ordenamento jurídico constitutivo e realidade social.

Como desdobramento da assertiva anterior e a partir de uma releitura dos enfoques doutrinários mais representativos da Teoria Geral do Direito, voltados para a compreensão da experiência jurídica, permite-se fixar os seguintes entendimentos:

a) Parece firmar-se uma visão acolhedora de uma lógica dialética de síntese, pela qual se reconhece a correlação e o desdobramento de três estruturas jurídicas fundamentais: a do Direito Natural, como plano normati-

vo de exigências transcendentais; a do Direito Positivo, como ordenamento normativo de “fatos” e “valores” no plano experiencial; e a da Hermenêutica Jurídica, a qual, tornando próximas interpretação e aplicação do Direito, além de elucidar o significado das regras positivas, assegura-lhes contínua atualização e operabilidade, conferindo ao “valor” o papel mediador num processo de ir e vir dialético do “fato” à “norma” e da “norma” ao “fato”. Deve-se ter presentes a complexidade da estrutura jurídica, que é dinâmica, e a observação necessária de que não há norma sem que haja interpretação.

b) Às doutrinas ou estruturas jurídicas — Direito Natural, Direito Positivo, Direito Realista —, identificadas por Bobbio e Miguel Reale, correspondem elementos inspiradores, os quais, chamar-se-iam, respectivamente, na linguagem de Bobbio, “justiça”, “validade” e “eficácia”, e, nas palavras de Miguel Reale, “valor”, “norma” e “fato social”.

c) Resguardados os traços específicos do pensamento de cada um dos juristas — Arnaldo Vasconcelos, Norberto Bobbio e Miguel Reale —, pode-se perceber que todos parecem reconhecer o drama in totum do Direito e da Justiça, ou a aporia do Direito Justo, de modo que a pretensa subordinação das estruturas jurídicas positivas às exigências do Direito Natural se põe como uma questão de grau de intensidade, pois não há como recusarem-se validade e eficácia a uma regra positiva em vigor.

d) Tanto Bobbio quanto Miguel Reale incluem o “valor” entre as instâncias de validade, fazendo-se crer que os critérios — material, formal e empírico — elencados por Bobbio correspondam àqueles — fundamento, vigência e eficácia — listados por Miguel Reale. Nesse campo, parece que Arnaldo Vasconcelos melhor caminha ao se referir a duas instâncias distintas — a de validade e a de valor —: a primeira albergando as categorias da vigência e da eficácia, pelas quais se averiguam o aspecto material da norma jurídica; a segunda abraçando as categorias da justiça e da legitimidade, pelas quais se investigam as condições éticas da norma jurídica.

e) Pode-se perceber que, em sua essência, as compreensões de Arnaldo Vasconcelos e Norberto Bobbio no tocante ao Direito Realista são consonantes pelo menos no reconhecimento ao esforço meritoso sobretudo da jurisprudência no sentido de obstaculizar a cristalização da ciência jurídica em uma dogmática sem ímpeto inovador, garantindo o progresso do Direito, que deve refletir o dinamismo da evolução social.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed. São Paulo: Edições Profissionais, 2003.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

