



MODERNIDADE E O DIREITO: A BUSCA POR UM CONTEÚDO POSSÍVEL

Filippe Augusto dos Santos Nascimento¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo questionar o Direito como ciência ante uma sociedade que se revela pós-moderna. Abordam-se as profundas transformações que a sociedade vem passando no despontar do novo milênio, bem como os efeitos de tais mudanças sobre as ciências, principalmente, sobre o Direito. Há a apresentação dos problemas epistemológicos que afetam o Direito, como a ausência de um conteúdo possível e o formalismo exagerado, mostrando-se como, durante a história, várias escolas jurídicas tentaram afirmar qual seria o conteúdo do Direito, sem, contudo, obter sucesso. Por fim, apresenta-se o pós-positivismo como uma alternativa possível para o Direito na pós-modernidade.

Palavras-chave

Pós-Modernidade. Escolas Jurídicas Ocidentais. Pós-positivismo. Normatividade dos princípios

ABSTRACT

The present article has as object the question of Law as science front a society that reveals itself post-modern. This text deal with the deep transformations that the society comes undergoing into the rise of the new millennium, as well as the outcomes of those changes on the sciences, principally, above Law. There's a presentation from the science's problems that affect Law, as the absence by one possible content possible and the exaggerating formality, showing how, during the history, various judicial currents tried affirm how should be the contents of Law, without, however, obtain success. Lastly, the article presents the post-positivism as a possible alternative to Law in the post-modernity.

Key-words

Post-Modernity. Occidental Judicial Currents. Post-Positivism. Principles as rules

1. INTRODUÇÃO

A humanidade vive um período de transição. Os valores, os costumes, a ética, as ciências e tudo o que faz dos homens e das mulheres seres sociais está em transformação. O espírito de coletividade se modifica como todo o

¹ Mestrando pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista CNPq.

resto. Esta é a era da globalização, do fluxo de capitais e da “flexibilização” das relações de trabalho².

A queda do Muro de Berlim foi há tempo demais; o darwinismo não é novidade e não impressiona mais ninguém; as teorias newtonianas se revelam incompletas e incapazes de explicar todos os fenômenos da realidade. Esta é a era da Física Quântica, das partículas subatômicas, da Teoria do Caos e da descoberta dos mistérios do DNA.

O cenário se apresenta, ao mesmo tempo, cativante e assustador. As pessoas se encontram perplexas, mas não conseguem ficar indiferentes, mesmo que não saibam disso. Tudo na “era da informação” parece estar em movimento.

A grande pergunta aos anos que virão é: que ser humano resultará desse processo?

Esta é a pós-modernidade. Não há mais a busca da verdade absoluta, mas da dúvida perfeita! As ciências evoluem de forma tão rápida que geram uma revolução no conhecimento.

2. A PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA

Preliminarmente, deve-se afirmar que as ciências, nos dias atuais, não estão em níveis iguais de desenvolvimento. Enquanto algumas já evidenciam a pós-modernidade, outras ainda se descobrem em uma fase pré-moderna.

A Física, por exemplo, foi a precursora do pós-modernismo, com a Teoria da Relatividade e a descoberta do mundo subatômico, percebeu a carência do pensamento empirista e a impossibilidade de certezas absolutas no atual estágio de desenvolvimento humano. Esses são exatamente os pontos centrais da pós-modernidade científica: a permanente dúvida e o reconhecimento de que as ciências são incapazes de responder a todas as indagações humanas de forma perfeita.

A mecânica newtoniana e a dúvida metódica cartesiana, percepções fragmentárias do conhecimento, não conseguiram explicar as conexões existentes entre os fenômenos que formam a vida humana. Tal constatação fez com que as ciências naturais perdessem o intuito de construir uma “Ciência Pura” e passassem a buscar uma visão holística, o que as reaproximou da Filosofia, ou mesmo da Teologia.

² “Os sinais do declínio do Império estão por toda parte. A população despreza suas próprias instituições, a queda da natalidade, a recusa dos homens em servir ao Exército, a dívida nacional incontrolável, a diminuição das horas de trabalho, a invasão do funcionalismo, a degeneração das elites. Com a destruição do sonho marxista-leninista não há nenhum modelo de sociedade do qual se dizer: É assim que gostaríamos de viver. Como no plano privado, a menos que seja místico ou santo, é quase impossível moldar a vida a partir de um exemplo a sua volta. Vivemos num processo geral de dissolução de toda existência”. *L'EMPIRE AMERICAIN, Lê Declin de. O Declínio do Império Americano*. Direção e Roteiro: Denys Arcand.

Os danos causados pelas armas nucleares, mais recentemente, a contínua destruição da camada de ozônio, a poluição descontrolada e o descongelamento das calotas polares desencadearam um processo de indagação sobre o uso da ciência. Foi a aplicação equivocada da Física, da Química e da Biologia que fez com que seus cientistas repensassem seus conhecimentos. A ética voltou ao debate na comunidade científica.

Nas ciências sociais, o discurso pós-moderno se concentra na crítica à razão. Na modernidade, houve um desenvolvimento enorme do racionalismo, obra do iluminismo e suas promessas de levar luz, liberdade, igualdade e fraternidade ao mundo. Após a onda neocolonial, as duas grandes guerras e a perpetuação da miséria mundial, esse sonho se desfez.³

A pós-modernidade parte dos escombros da modernidade, adotando postura crítica (às vezes, niilista) ante conceitos como verdade, certeza e razão. A dúvida perene e “as pretensões de verdade” são os pilares das ciências sociais pós-modernas, constroem-se teorias tendo noção de seus limites. Erguem-se castelos sobre terrenos conhecidamente pantanosos.⁴

A pós-modernidade não representa, porém, o abandono da razão. Nas ciências naturais, juntamente com a lógica formal, continua (a razão) sendo a base do pensamento científico. A racionalidade pós-moderna está contida na própria dúvida sobre a razão, gerando o questionamento metodológico e a reaproximação com a Filosofia e com a Ética. É a racionalidade que permite a crítica e o reconhecimento das limitações da própria razão.⁵

3. O DIREITO E A PÓS-MODERNIDADE

O Direito está em transição como as demais áreas do conhecimento, mas ainda se encontra fortemente atrelado às tradições da modernidade. Atualmente, apesar de já se perceber que o Direito fruto do ideário racional-iluminista e aperfeiçoado pelo cientificismo de Hans Kelsen não atende ao dinamismo de nossa sociedade, constata-se que este ainda é o mais usual em nosso cotidiano.

³ “Há a suspeita de que o projeto do Iluminismo estava fadado a voltar-se contra si mesmo e transformar a busca de emancipação humana num sistema de opressão universal em nome da libertação humana”. HARVEY, David: *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992, p. 23.

⁴ “Mas se não há mais otimismo quanto aos rumos da cultura moderna, esse desencanto vem acompanhado da rejeição a tudo que é tido como opressivo, da desconfiança a todo discurso que pretenda dizer ‘o que são as coisas’, ‘o que devemos fazer’, ‘como sentir’. É a dúvida quanto às possibilidades de fundamentação racional, a suspeita quanto às narrativas globalizantes, que caminha lado a lado do clamor por liberdade. A pós-modernidade configura-se como uma reação cultural, representa uma ampla *perda de confiança* no potencial universal do projeto iluminista”. CHEVITARESE, L. *As razões da Pós-modernidade*. Anais da I SAF-PUC. Rio de Janeiro: Bookilink. ISBN 85-88319-07-1. Net, 2001. Disponível em: <<http://www.saude.inf.br/filosofia/posmodernidade.pdf>> Acesso em 05 mar. 2006.

⁵ “A pós-modernidade científica continua combinando razão exata de forma da Lógica e da matemática – herança da modernidade – com razão incerta da probabilidade, em tudo que se refira ao conhecimento de conteúdos”. SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 30.

Quanto aos seus aspectos formais, o Direito é marcado pelo racionalismo moderno. Já quanto ao seu conteúdo, apresenta um desconhecimento pré-moderno, sendo interpretado e aplicado de maneira formal. São dogmas e não princípios que o fundamentam. Esse formalismo, no campo da Jurisprudência⁶, é cristalizado na busca por segurança jurídica, que pode ser comparada à busca pela verdade absoluta das ciências naturais modernas.

Assim como as ciências naturais perceberam a impossibilidade de alcançar verdades absolutas, o Direito deve atentar para o fato de a segurança jurídica é dogma. A realidade comprova facilmente essa assertiva, já que não são raros os lobistas que influenciam a criação de leis contrárias aos interesses da maioria da população e as decisões dos tribunais, que mesmo sendo sobre assuntos idênticos, variam de Turma a Turma. O golpe fulminante foi dado por Freud e Marx, que demonstraram haver fatores não racionais (o subconsciente e as ideologias) a influenciar as decisões humanas, fatores esses não alheios ao processo judicial.

Quanto ao conteúdo, o Direito se encontra em situação ainda mais primária, pois a falta de debate sobre o tema representa uma pré-modernidade. Na modernidade, as ciências possuem um objeto definido, desafio que o Direito ainda não conseguiu vencer. A busca por uma Ciência Pura matou o último conteúdo possível para o Direito: a Justiça. O discurso positivista coloca como objeto do Direito a norma jurídica (ou o ordenamento)⁷, que é, na verdade, uma das formas pela qual o fenômeno jurídico se manifesta, ou seja, esvazia-se seu conteúdo, colocando como objeto da ciência, o que, na realidade, é sua forma.⁸

Com efeito, resta evidente a necessidade de uma teoria pós-moderna do Direito, que seja capaz de superar os dogmas que ainda o prendem a uma modernidade estritamente racional-iluminista, incapaz de realizar o seu papel básico de buscar uma igualdade objetiva entre os indivíduos. Destacadamente,

⁶ Nesse caso, o termo Jurisprudência é usado em sua acepção clássica, como sinônimo de Ciência do Direito: REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 5. ed. edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16.

⁷ "Aqueles que temem que com a norma fundamental, como aqui foi concebida, se realize a redução do Direito à força se preocupam não tanto com o Direito, mas com a justiça. Essa preocupação está fora de lugar. A definição de Direito, que aqui adotamos, não coincide com a de justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o direito positivo), não como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá legitimação jurídica, não moral, do poder. O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor então que os mais fortes sejam os mais justos". BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. edição. Brasília: UnB, 1995, p. 67.

⁸ "Dessa maneira, chega-se à surpreendente conclusão de que, enquanto as ciências 'naturais' de hoje nunca perderam o gosto por uma racionalidade de conteúdo, pois suas definições, leis e fórmulas não são apenas formais, mas antes tem contornos que se procura sejam os mais definidos e precisos possíveis (apesar de sua incerteza metodológica), a ciência social do direito, deslumbrada e perplexa diante da complexidade maior do seu objeto e da dificuldade secular do seu tratamento teórico, se refugia na redução somente formal dessa complexidade, com um discurso de alta racionalidade de forma (...) Temos, pois, em suma, quanto à ciência social do direito: pré-modernidade de conteúdo e modernidade de linguagem". SOUTO, C. op. cit. p. 34.

há a necessidade de uma teoria que combata o formalismo⁹, o qual transforma discussão de conteúdo em discussão de forma, esvaziando os anseios sociais por justiça. A pós-modernidade jurídica não significa o abandono da forma, mas o reconhecimento de seus limites.

Nesse contexto, o maior desafio que se lança aos juristas desta pós-modernidade é o debate sobre o conteúdo do Direito. O mais correto, certamente, é se falar em um conteúdo possível, já que, neste campo, não nos é permitido asseverar verdades ou certezas absolutas. Para tanto, necessária será uma imersão nas escolas jurídicas, que já se dedicaram e se dedicam em dito sentido.

4. AS ESCOLAS JURÍDICAS OCIDENTAIS: UMA LONGA BUSCA PELO CONTEÚDO DO DIREITO

Como já foi dito, a pós-modernidade não se compatibiliza com certezas absolutas, pelo contrário, tem ciência dos limites da razão e passa a trabalhar com o conceito de “pretensão de verdade”. É de suma importância reconhecer os limites da razão e de suas formulações teóricas, aqui, partir-se-á deste *topos*. O primeiro limite a ser reconhecido na busca histórica pelo conteúdo do Direito, reside no fato de que essa fundamentação se restringe a um estudo ocidental do tema. Não se nega a existência da preocupação em fundamentar o Direito também entre os orientais, mas os fins deste estudo o atam ao Ocidente.

A fundamentação do Direito, historicamente, varia conforme a lente da perspectiva jurídica que a observa¹⁰. Inúmeras escolas jurídicas tentaram desvendar qual seria o conteúdo do Direito, mas não lograram êxito em sua missão ou, sob outro ângulo, não lograram se tornar hegemônicas ante as demais. A que mais se aproximou de tal feito foi a que sonegou a preocupação com conteúdo do Direito, baseando-se em um discurso altamente formalista: a Escola do Direito Puro de Kelsen.

Em cada momento histórico, destaca-se uma perspectiva do Direito,

⁹ “Outra questão a ser examinada é a garantia de informalidade nos procedimentos em juízo. Luta-se, nesse passo, pela ‘deformalização das controvérsias’ (*rectius*, deformalização dos procedimentos judiciais tendentes à solução de controvérsias). Não se pense que a luta aqui é por um total e extrema extinção das formas processuais. O processo judicial é formal, e tem de ser, sob pena de se perder todas as garantias por que as formas processuais são responsáveis. O movimento pela ‘deformalização das controvérsias’ não luta contra a forma, mas contra o formalismo, ou seja, contra a extrema deturpação das formas. O exagero formalista é que deve ser abandonado.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 10. ed. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 38.

¹⁰ Uma contradição aparente deve ser solvida neste ponto. Logo acima, fora afirmado que o Direito chega à pós-modernidade carente de conteúdo e, em seguida, afirmou-se que a fundamentação (defesa de um conteúdo) varia, historicamente, conforme a lente da perspectiva jurídica que a observa. Este paradoxo desaparece com a compreensão de que o Direito chega carente de conteúdo à pós-modernidade, porque nenhuma das escolas jurídicas impôs hegemonicamente as outras a sua visão e porque a Escola do Direito Puro que dominou o maior período da modernidade (mesmo sem ser hegemônica) possuía uma visão despreocupada e incapaz de fundamentar o Direito.

dando origem a uma escola, cada uma destas possuía uma fundamentação para o fenômeno jurídico. Do estudo das principais escolas, extrair-se-ão diferentes conteúdos do Direito, o que não permitirá a formulação de um conteúdo original pós-moderno, mas que colaborará em tal missão.

4.1. A Escola do Direito Natural

Usando da ousadia, é possível asseverar que a história do Direito ocidental começa com o Direito Natural. Desde a antiguidade clássica, existe a idéia de Direito Natural, como algo intrínseco à própria existência humana. O Direito Natural parte da concepção de que todo ser humano tem uma série de direitos pelo simples fato de existir. É uma escola de forte apelo metafísico.

A Escola do Direito Natural se divide em duas correntes: Teológica e Racionalista. A primeira encontra o fundamento último do Direito em Deus, essa visão do Direito, como fruto da justiça divina, dominou largo período da história, desde a antiguidade até meados da Idade Média. Alcançou seu máximo desenvolvimento com Agostinho e Aquino. Com a queda do teocentrismo, na segunda metade do período medieval, a perspectiva teológica do Direito Natural começa a perder força, mas não deixa de existir, tendo adeptos até hoje.

Já a concepção racionalista surge nos séculos XVI e XVII. Para essa corrente o fundamento último do Direito é o próprio indivíduo, o ser humano. O primeiro teórico a assumir tal posicionamento foi o holandês Hugo Grotius, mas só com Rousseau ganhou a força do argumento racional, que viria a ocasionar todas as Revoluções do século XVIII¹¹.

As idéias de Direito Natural, geralmente, trazem impressas o sentimento de justiça, tendo inspirado várias revoluções e sempre voltando à tona em momentos de crise. Essa teoria, contudo, não só abriga teses revolucionárias, mas também reacionárias. Basta tomar como exemplo a teoria absolutista de Hobbes, inteiramente baseada no estado de natureza. Tal constatação foi obra de Hans Kelsen, como leciona Paulo Bonavides^{12 13}.

Percebe-se a fragilidade das teses jusnaturalistas, que abrigam tanto enunciados

¹¹ “Como uma das idéias-força de todos os tempos, 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”. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 5. ed. edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 100.

¹² “Explica Kelsen muito bem como se originou, desde Friedrich Julius Stahl, a propagação desse falso conceito, que vê no direito natural, historicamente, doutrina revolucionária. Decorreu da identificação da teoria do estado e do direito, de Rousseau, com o jusnaturalismo, quando se tratava apenas de suas variantes doutrinárias”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3ª edição, revista e ampliada, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 36.

¹³ “As variações de caráter que apresenta o Direito Natural, 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. Seja como for, tanto o homem democrático, quanto o totalitário, têm igual necessidade da ideologia jusnaturalista”. VASCONCELOS, A. op. cit. p.100.

revolucionários como reacionários, além de remeterem o conteúdo do Direito a conceitos indeterminados como Deus e Justiça. Pela fragilidade contetudística, o movimento foi atropelado pela modernidade e sua racionalidade.

4.2. A Escola da Exegese

A primeira escola jurídica de feições patentemente modernas foi a Escola da Exegese, surgida no período pós-revolução francesa. Tendo os ideais jusnaturalistas inspirados a grande ruptura burguesa, quando os ânimos revolucionários esfriaram e a nova classe dominante chegou ao poder e uma nova concepção de Direito emergiu. Logicamente, uma tese conservadora, para preservar os interesses antes revolucionários e, portanto, da nova classe dominante.

A Escola da Exegese, como representante da modernidade nascente, traz a marca característica do período, a exacerbação do racionalismo e a crença de que esse possui respostas para todos os questionamentos humanos, repudiando o que representasse incerteza, obviamente, as teses jusnaturalistas foram vítimas da ânsia exegética por certeza¹⁴.

Se a grande pretensão da modernidade era a descoberta da verdade e da certeza, a Escola da Exegese não poderia ser diferente, encontrando na lei a ilusão dessa certeza e segurança. A lei passou a ser objeto de idolatria, era a obra perfeita do legislador, representando a vontade de toda a coletividade, pronta para ser aplicada. Segundo Glauco Barreira Magalhães Filho¹⁵, são características da escola: a plenitude da lei; a interpretação literal; apego à vontade do legislador e o Estado como única fonte do Direito.¹⁶

Pode-se imaginar o sem número de equívocos que uma interpretação literal da lei pode causar, sem falar na gravidade de se tratar de forma hermeticamente igual pessoas que na realidade têm oportunidades de vida totalmente diferentes. Logo se percebe que a Escola da Exegese passou ao largo dos questionamentos sobre o conteúdo do Direito, resumindo-o à lei.

¹⁴ “Nunca antes nem depois a razão foi elevada a níveis tamanhos de crença em seu poder de encontrar saídas para os problemas, quer fossem os problemas de quem governa, quer fossem as vicissitudes dos governados. Na mente, caixa miraculosa e privilegiada, acreditava-se achar solução para tudo”. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 156.

¹⁵ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

¹⁶ “Em torno da lei, então acolhida como norma jurídica por excelência, erigem-se altares, onde nem sempre, é bem verdade, se entroniza a justiça ou incensa a real liberdade. Até o sentido é, ali, sacrificado à sua letra. O alcance social da interpretação também sede espaço ao novo fetichismo legalista. As mentes inclinam-se por um literalismo tão extremado que à prática da interpretação só resta a obediência àquilo que na lei se diz, em coro, que se inscreveu”. FALCÃO, R. op. cit. p. 156.

4.3. A Escola da Livre Investigação Científica e a Escola do Direito Livre

As escolas da Livre Investigação Científica e do Direito Livre surgiram como reação a Escola da Exegese. Tais movimentos serão tratados em conjunto por suas semelhantes, são tão parecidos que alguns autores os tratam como duas correntes de um mesmo movimento¹⁷. Ambos têm como idéia fundante, diferentemente do defendido pela Escola da Exegese, que o Direito deve partir do panorama social, não se confundindo unicamente com a lei.

A Escola da Livre Investigação Científica foi liderada por François Geny, tendo como principal motivação o reconhecimento dos limites da lei. A plenitude legal defendida pelos exegetas foi questionada, sendo demonstradas as lacunas do ordenamento jurídico. O grande esforço dessa teoria se centrou, exatamente, em criar um método de solução das lacunas. Para tanto, buscar-se-ia a solução nos costumes e na jurisprudência, sempre tendo como balizamentos os interesses sociais. Esse procedimento era chamado de livre investigação científica, daí o nome da escola.¹⁸

A Escola do Direito Livre foi além, defendendo que o interprete (magistrado) poderia chegar a criar normas, quebrando com a idéia de exclusividade estatal na elaboração do Direito. A presente escola teve dois momentos distintos: a fase moderada e a fase extremada.

A fase moderada foi comandada por Eugen Ehrlich. Também consistia em um trabalho de solução das lacunas do ordenamento, diferenciando-se da livre investigação científica (para quem realiza a distinção) pelo fato de admitir a criação de normas para o caso concreto, sem necessitar recorrer à interpretação extensiva ou analógica.

Já a fase extremada, que ficou conhecida como Escola do Direito Justo, foi liderada por Hermann Kantorowicz e buscava exatamente a justiça pra os casos, seja indo ao encontro ou de encontro à lei. Nessa fase, o objetivo era sempre alcançar a justiça (ou o que se entendia por justiça).¹⁹

Ambos os movimentos tiveram como principal mérito questionar o pensamento dominante, alertando sobre os limites da legalidade e os absurdos causados por uma visão tão restrita. Também é conquista desses movimentos o

¹⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁸ "Geny não ousou ir contra a lei. Ainda que injusta ou superada pelos fatos, ou mesmo quando, por qualquer outro motivo, de inconveniente aplicação, a lei há de ser o ponto de orientação do qual é possível algum afastamento, mas que não se deve perder de vista, ou desconhecer, pois aí seria transviar-se, inclusive correndo o risco de com ela se chocar. Já era, contudo, um importante avanço, se comparado à visão caolha e mecânica apresentada pelos literalistas". FALCÃO, R. op.cit. p. 156.

¹⁹ "Segundo Kantorowicz, o juiz deveria aplicar a lei se ela fosse justa. Se a lei fosse, em seu sentido mais evidente, injusta, o aplicador procuraria uma interpretação que pudesse conciliá-la com o socialmente justo. Se isso não fosse possível, o juiz afastaria a lei e construiria para o caso uma norma entendida como justa, segundo critérios da consciência e da ciência". MAGALHÃES FILHO, G. op. cit. p. 69.

reconhecimento de que as leis não são preceitos neutros e que o Ordenamento Jurídico não provém exclusivamente do Estado. Houve com essas escolas, principalmente, com a fase extremada do Direito Livre, sem dúvida, uma busca por um conteúdo para o Direito, todavia, não se conseguiu ultrapassar os limites de um sentimento de justiça, não mais bem elaborado que o naturalista, ou seja, passível de deturpações reacionárias.²⁰

4.4. A Escola do Direito Puro

Foi o segundo grande movimento de feições tipicamente modernas. Surgiu no início do século XX, tendo sido a corrente jurídica dominante por todo o século. Também é influenciado pelo discurso racional, mas sob nova perspectiva, o cientificismo. A certeza e a verdade, nesta segunda fase da modernidade, passam a ser fruto do trabalho científico. Com efeito, o grande intuito da Escola do Direito Puro é tornar o Direito uma ciência.

Nome inolvidável quando se fala em Direito Puro é o do austríaco Hans Kelsen. Kelsen, em seu livro *Teoria Pura do Direito*, escreve que seu objetivo é fazer do Direito ciência. O caminho escolhido por Kelsen foi apartar o Direito das outras áreas do conhecimento e fixar como objeto de estudo, unicamente, a norma jurídica, menosprezando a preocupação com o conteúdo do Direito, que se resumia ao aspecto formal da norma.

As bases filosóficas do pensamento kelseniano são: o relativismo axiológico e o formalismo. O relativismo axiológico, inspirado em Wittgenstein e Kant, significa que não existem valores absolutos, portanto, não poderiam influenciar o Direito, ou seja, não se podendo afirmar o que é justiça e sendo seu conteúdo mutável historicamente, essa não deve interferir no objeto da Ciência do Direito. Já o formalismo, influência dada por Jellinek, prende a teoria pura à análise do sistema jurídico.

O discurso formalista de Kelsen, por não se preocupar com a fundamentação do Direito, aceitava como jurídico qualquer sistema de normas válidas em determinados espaço e época. Era indiferente se tal ou qual regime tivesse sido imposto pela força ou contra o interesse da maioria dos cidadãos, possuindo ordenamento válido, seria jurídico. Foram as teses positivistas de Kelsen guarita para os regimes totalitários.

O fundamento do Direito para a Escola do Direito Puro é a norma hipotética fundamental, que é a norma primeira, a norma fundante de todo

²⁰ “Baseando tal decisão nas convicções morais e no sentimento de justiça que prevalecem na comunidade ou nação que representa, o juiz está, em realidade, obrigado a aplicar uma espécie de Direito natural (clássico), eterno e imutável. Os postulados e princípios do “Direito Livre” são flexíveis; estão sujeitos à evolução e à modificação. Mudam com a sociedade que lhes dá vida. Nesse sentido, a doutrina do Direito Livre crê na existência e no valor prático de um ‘direito natural de conteúdo variável’”. VERDÚ, P. op. cit. p. 31 e 32.

o ordenamento, quando explica o conteúdo desta norma, Kelsen acaba a resumindo à força.²¹

Mais uma vez, na história do Direito, o problema da fundamentação foi preterido. A humanidade pagou e paga caro pelo discurso cientificista, que conferiu ao arcabouço jurídico a perpetuação das desigualdades sociais no mundo. O Direito atual, como ainda está carregado pelo espírito da pureza da primeira metade do século XX, aduz à pós-modernidade o citado drama.

4.5. A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E O MOVIMENTO DO DIREITO ALTERNATIVO

A Teoria Crítica do Direito surge para combater a visão construída pela Escola do Direito Puro. É cabível dizer que é a exteriorização do fracasso da busca por pureza científica no Direito. O pensamento positivista dogmático foi incapaz de esclarecer as relações jurídicas e de promover alterações na estrutura social, não correspondendo aos anseios da coletividade.

É importante, contudo, ser ressaltada a diferença entre positivismo jurídico e positivação de direitos. Esta é o fruto da evolução humana, que permitiu o reconhecimento de certas normas jurídicas de forma escrita, sendo grande conquista ante os impulsos despóticos; já aquele é a identificação do fenômeno jurídico unicamente com as normas escritas, apartando-o dos valores e da realidade dos grupos sociais.

O Direito Crítico tem como finalidade expor os dogmas gerados pela busca de um Direito Puro, que são entre outros: a identificação do Direito com o Estado; a ilusão de que ordenamento jurídico representa os interesses da coletividade; a neutralidade; a pureza científica; o racionalismo hermenêutico. Dentre todas as contribuições da criticidade para a evolução do pensamento jurídico, é possível asseverar que a mais considerável foi a de levantar o véu dogmático e denunciar o papel ideológico do Direito.²²

A Teoria Crítica como se percebe é essencial na desmistificação do

²¹ “Num estado até então monárquico, um grupo de pessoas tenta, por meio de revolta violenta, substituir um governo legítimo, monárquico, por um governo republicano. Se for bem sucedido, isto é, se a antiga ordem termina e começa a vigorar a nova (...) Pressupõe-se uma nova norma fundamental, não mais aquela dos monarcas, mas a que delega autoridade ao governo revolucionário como sendo a autoridade juridicamente estabelecida”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: versão condensada pelo próprio autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 99.

²² “A concepção dogmática do direito pressupõe algumas crenças aceitas pelo senso comum teórico dos juristas como verdadeiras, ou ao menos como fundamento subjacente a suas elaborações teóricas. Eu as considero pressupostos ideológicos, porque foram ao longo da história inculcadas no inconsciente coletivo e incorporadas definitivamente à ideologia do direito”. COELHO, Luis Fernando. *A Teoria Crítica do Direito na Pós-Modernidade*. XVIII CONGRESSO MUNDIAL DA ASSOCIAÇÃO DE FILOSOFIA DO DIREITO E DE FILOSOFIA SOCIAL. La Plata - Buenos Aires, 10 a 15/08/97. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_teorica_critica.html>. Acesso em 07 mar. 2006. Originalmente publicado na revista *Quaestio Iuris*, p. 4.

pensamento jurídico dominante, no entanto, não consegue constituir uma teoria substitutiva, talvez essa seja sua grande deficiência. A Teoria Crítica não conseguiu (ou não buscou) elaborar um conteúdo possível para o Direito, restringindo-se a denunciar os vícios do purismo positivista.

O movimento do Direito Alternativo, por sua vez, vem na esteira do pensamento crítico, combatendo a aplicação tradicional do Direito. No Brasil, foi uma prática iniciada por juristas da região Sul. Os membros desse movimento eram defensores de um ideal de luta contra o legalismo.

Por acreditarem que o fenômeno jurídico não se esgota sob a forma da lei e pelo discurso inicial contundente e de forte tendência marxista, os juízes que seguiram dita prática passaram a ser estereotipados e antipatizados por muitos profissionais do Direito e pela mídia, o que acabou por não conferir o destaque merecido ao movimento.

O Direito Alternativo segue os passos do Direito Crítico, há, porém, uma nítida diferença, visto que este é, prioritariamente, uma contestação à dogmática tradicional e não propõe uma nova prática jurídica²³, já o Direito Alternativo é uma proposta de atuação efetiva e inovadora dos profissionais do Direito.²⁴

Pode-se, com fins didáticos, resumir as lutas do Direito Alternativo em três momentos: democratização da proteção legislativa; positivismo de combate; pluralismo jurídico²⁵. O primeiro ponto se refere ao processo legislativo, que para os membros do Direito Alternativo, está nas mãos das classes dominantes, que elaboram normas para atender seus interesses, devendo a produção legislativa ser democratizada. Já o positivismo de combate significa se valer das normas postas que possam permitir uma aplicação comprometida com os interesses populares. Por último, o pluralismo jurídico se refere à não identificação do Direito unicamente com o ordenamento jurídico imposto pelo Estado.

Em nosso país, o movimento do Direito Alternativo existiu, durante boa parte de sua história, sob as sombras do regime ditatorial, em que a democracia estava suprimida e a legislação era resultado do interesse do regime, o que inspirava a atuação combativa. Com a nova ordem constitucional; uma principiante reabertura democrática, conseqüentemente, uma maior participação popular; a elaboração de uma série de microssistemas legislativos (Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso)

²³ “A teoria crítica do direito, nascida e divulgada no seio das Universidades, preocupou-se acima de tudo, em desmistificar o fenômeno jurídico e introduzir novos elementos valorativos na sua discussão. Trata-se de um movimento de desconstrução. A proposta do Direito Alternativo, embora se servindo da experiência crítica, procura contribuir para a emergência de um novo direito”. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 282.

²⁴ “É por isso que na perspectiva de Horácio W. Rodrigues, o movimento do Direito alternativo, na medida em que implica superação da ‘crítica jurídica tradicional’, reproduz o processo de absorção de seus avanços e eliminação (...) dos seus equívocos e lacunas”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 4. ed. edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141.

²⁵ CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

que permitem uma maior aproximação do Direito à população, a alternatividade passa por um processo de transformação.

Algo que não se pode negar ao Direito Alternativo é que efetivamente assumiu um compromisso ideológico e defendeu um conteúdo possível para o Direito: a luta com as classes populares, pela modificação do *status quo*. Sem esquecer tal constatação, o movimento não está imune a críticas, pois não garante que sob a mesma prática de negativa às normas postas, doutrinas reacionárias neguem as conquistas populares, fazendo uma aplicação conservadora do Direito.

5. O PÓS-POSITIVISMO: UM CONTEÚDO POSSÍVEL NO COMPASSO DA PÓS-MODERNIDADE

Após essa digressão junto a algumas escolas jurídicas importantes, percebe-se a razão de o Direito chegar carente de conteúdo à pós-modernidade. O racionalismo moderno exigia das ciências certeza e definição, postulados que o tormentoso debate sobre justiça não poderia responder, afastando os cientistas do Direito desse caminho. A certeza buscada só poderia, nos padrões modernos, ser encontrada na norma jurídica válida²⁶, ou sob uma perspectiva mais elaborada, no ordenamento jurídico.²⁷

Na pós-modernidade, a razão não pretende mais descobrir certezas ou verdades absolutas, mas isso não facilita o trabalho do pesquisador, que luta pela definição de um conteúdo para o Direito. Na verdade, o fato de a razão reconhecer seus limites só aumenta o rigor filosófico do discurso, pois em uma época de incertezas, a defesa de uma tese (“pretensão de verdade”) exige maior dedicação argumentativa. Este é o império do racionalismo crítico.

Dessa forma, o Direito da pós-modernidade, na busca de seu conteúdo, não pode retornar ao paradigma jusnaturalista de justiça, facilmente deturpável e de fraca argumentação filosófica. Como também não deve recair no erro juspositivista de fugir do debate sobre o conteúdo, partindo para discurso meramente formalista. Esse escapismo torna o Direito sensível aos prazeres tirânicos do totalitarismo, sendo reduzido à força.

Sem dúvida, o grande debate jurídico do século XX foi o do Direito Natural *versus* Direito Positivo, que se mostrou incapaz de esclarecer o conteúdo do Direito. Na pós-modernidade, chamada por alguns, como Luis Roberto Barroso²⁸, de época do “pós-tudo” (pós-revolucionária, pós-liberal, pós-Marx, pós-Freud, pós-moderna), surge uma nova perspectiva de se encarar o Direito: o pós-positivismo.

O Pós-positivismo surge como superação da dicotomia entre

²⁶ KELSEN, H. op. cit.

²⁷ BOBBIO, N. op. cit.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

jusnaturalismo e juspositivismo, trazendo conceitos novos. O grande mérito desta teoria é resgatar os valores para a esfera do Direito, não sob a perspectiva metafísica do jusnaturalismo, mas embutidos em princípios, esses, agora, encarados como normas jurídicas. O conceito de normatividade dos princípios seria impensável para as escolas jurídicas tradicionais.²⁹

Com o pós-positivismo, não há o abandono o conceito de normatividade, todavia, esse é totalmente remodelado, não se confundindo com o conceito positivista. No pós-positivismo, o conceito de norma jurídica se biparte nos conceitos de regra e princípio. Referida remodelação é obra dos espíritos privilegiados de Robert Alexy³⁰ e Ronald Dworkin³¹. A diferença, segundo Alexy, consiste no grau de abstração, generalidade e carga valorativa dos princípios que é bem maior. Já para Dworkin, a diferença está no fato de que no conflito entre regras uma pode ser derogada em detrimento da outra, já no conflito de princípios, que por representarem valores da sociedade (alguns antagônicos), eles devem ser harmonizados no momento de sua aplicação. Com efeito, revelam-se fundamentais, na pós-modernidade, os princípios sob essa nova roupagem.

Durante a evolução do Direito, os princípios jurídicos assumiram diferentes características. No Direito Natural, apresentaram-se com um caráter metafísico, existindo como fonte de inspiração jurídica transcendental. No Positivismo Jurídico, como fontes subsidiárias de aplicação do Direito, só se manifestando na ausência das leis. Já no Pós-Positivismo, são encarados como normas jurídicas, inspirando a criação das regras.³²

Percebe-se que a grande inovação do pós-positivismo consiste na normatividade dos princípios, que passam a ocupar o topo de todo o ordenamento jurídico, tendo a relevante missão de fundamentar o sistema jurídico, inspirar a criação das regras jurídicas e servir de cabedal hermenêutico no momento de aplicação do Direito.³³

²⁹ "A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte deste ambiente de reaproximação do Direito e Ética". Idem, *ibidem*, p 291.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Fontes, 2002.

³² "A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais". BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 264.

³³ "A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico".

Toda essa relevância dos princípios decorre de seu substrato axiológico. Os princípios são o retrato dos valores da sociedade plural da pós-modernidade, encontrando-se, nesse ponto, o conteúdo possível do Direito na pós-modernidade. Aqui, já não se há de falar em um sentimento abstrato e metafísico dos valores, mas de valores plenamente vinculados aos de uma determinada sociedade em determinado momento histórico. Da mesma forma, que não se pode falar em legalidade ou normatividade despida de legitimidade³⁴ como admitiam Kelsen e Bobbio. Sob esse novo prisma, leis e normas só são válidas se compatíveis com os valores da sociedade em que se inserem.³⁵

Por derradeiro, é necessário afirmar que se há um conteúdo possível para o Direito Pós-Moderno, esse é o dos valores, relacionados diretamente com o que as sociedades concretas e determinadas buscam, como: desenvolvimento sustentável; distribuição de renda; erradicação da miséria; equilíbrio ambiental; democracia; multiculturalismo; pluralismo e todos os demais valores que concretizam a dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria do Estado*. 3. ed, revista e ampliada, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

Idem, ibidem, p. 257.

³⁴ "Focalizar a legitimidade é compreender a justificação do poder, do direito de comandar (...) Entendemos que a vinculação da legitimidade a mera legalidade significa anular política e socialmente a primeira, pois qualquer regime poderá se valer da segunda para justificar o poder, não importando o conteúdo de sua atuação, pois legal. (...) Pendemos para uma aceitabilidade do poder fundado nos meios democráticos, os mais diretos possíveis, numa perspectiva constitucional e de consenso social, segundo os valores comunitários da época, palmilhado no regime da legalidade (e não só nesta)" MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 40 e 42.

³⁵ "Direito e valor caminham lado a lado, este municando aquele, sem, contudo, perder identidade própria nem usurpar daquele. O valor atua como instrumento de orientação dos rumos do Direito, de dissipação de contradições, de correção finalística e sistêmica. Nessa condição, o valor mantém-se autônomo, porque sua fusão com o Direito o enquadraria no sistema, com sujeição às mesmas nuances que lhe caberia dissipar". MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <ser moralmente melhor>*. Fortaleza: ABC, 2001, p. 50.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 10. ed, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- CARVALHO, Amilton Bueno. *Magistratura e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- CHEVITARESE, L. *As razões da Pós-modernidade*. Anais da I SAF-PUC. Rio de Janeiro: Bookilink. ISBN 85-88319-07-1. Net, 2001. Disponível em: <<http://www.saude.inf.br/filosofia/posmodernidade.pdf>> Acesso em 05 mar. 2006.
- COELHO, Luis Fernando. *A Teoria crítica do direito na pós-modernidade*. XVIII CONGRESSO MUNDIAL DA ASSOCIAÇÃO DE FILOSOFIA DO DIREITO E DE FILOSOFIA SOCIAL. La Plata - Buenos Aires, 10 a 15/08/97. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_teorica_critica.html>. Acesso em 07 mar. 2006. Originalmente publicado na revista Quaestio Iuris.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Fontes, 2002.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HARVEY, David: *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Teoria pura do direito: versão condensada pelo próprio autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- L'EMPIRE AMERICAIN, Lê Déclin de. *O Declínio do Império Americano*. Filme. Direção e Roteiro: Denys Arcand. Produção: Roger Frappier e René Malo. Interpretes: Dominique Michel, Dorotheé Berryman, Louise Portal, Pierre Curzi, Rémy Girard, Yves Jacques, Geneviève Rioux, Daniel Brière e Gabriel Arcand. Canadá, 1986.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. *O resgate dos valores na interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como <<ser moralmente melhor>>*. Fortaleza: ABC, 20 Fortaleza: ABC, 2001.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.