

MODERNIDADE E DIREITO¹

João Maurício Adeodato²

Sumário: 1. Introdução: modernidade e complexidade. 2. Três pressupostos sociais para modernização do direito. 3. Modernidade jurídica: um entre vários conceitos possíveis. 4. O direito dogmático moderno. 5. Ética e positivismo jurídico.

1. Introdução: modernidade e complexidade.

O conceito de modernidade é muito amplo e pode ser aplicado a vários setores do conhecimento e da atividade humana. Vamos procurar delimitar um sentido no qual se pode chamar de "moderna" determinada forma de organização do direito. Claro que um tema assim genérico precisa ser tipificado, amputado de muitos de seus aspectos importantes, além do que, o pouco espaço disponível em uma comunicação como esta certamente compromete algo da profundidade e talvez da clareza que o assunto mereceria.

A tese que se pretende agora expor sob essa rubrica, modernidade e direito, é que a modernidade representa o equivalente a um certo e inusitado grau de complexidade que a organização do direito adquiriu em nossa civilização; isto significa que, dentro deste corte didático e epistemológico, pode-se afirmar que quanto mais complexas as relações jurídicas, na definição de complexidade aqui apontada, mais moderno o direito.

Pode-se então começar admitindo que uma ordem jurídica mais primitiva organiza-se de forma indiferenciada, o que significa, entre outros aspectos, que as ordens normativas, éticas, que regulam a conduta humana, uma das quais é o direito, estão todas coligadas, sem funções definidas separadamente no contexto social. Então, para tomar um exemplo no Egito

¹ Aula inaugural dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho proferida em 15 de agosto de 1997.

² *Curriculo acadêmico:* Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife - UFPE (desde 1990). Pós-Doutorado pela Fundação Alexander von Humboldt (1988-89). Professor Convidado nas Universidades de Mainz (1988-1989 e 1991), Freiburg i. B. e Frankfurt (1995). Professor convidado em diversas Universidades no Brasil. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - UFPE (desde 1996). Pesquisador do CNPq (desde 1984). Pesquisador I do CNPq (desde 1992). Consultor do CNPq (desde 1986), da CAPES (desde 1990), da Secretaria de Ensino Superior do MEC e de diversas Fundações Estaduais de Amparo à Pesquisa (desde 1995). Membro da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (desde 1995). Ex-Coordenador do Comitê de Ciências Sociais Aplicadas do CNPq (1990-1993). Ex-Membro da Comissão do Exame Nacional de Cursos do MEC (1996).

antigo, um ilícito jurídico é ao mesmo tempo uma grande imoralidade e mesmo um pecado contra a estrutura social. Não há essa separação entre o ilícito religioso, o ilícito moral, o ilícito jurídico, o ilícito dos usos sociais, que seriam, para seguir a doutrina tradicional, as grandes ordens normativas mais assemelhadas.

Pois bem. Os primeiros registros históricos de questionamentos a respeito de tal indiferenciação remontam à *Antígona* de Sófocles³, ao separar nitidamente o direito de Créon, posto, do direito natural superior, reclamado por Antígona para sepultar seu irmão; depois, à célebre frase de Jesus Cristo, presente em três dos quatro Evangelhos oficiais da Igreja Católica: “a César o que é de César, a Deus o que é de Deus”⁴. Começa-se a pleitear, dentro do monopólio que o Estado Romano tinha sobre as normas éticas, a separação entre uma esfera que seria de competência de uma Igreja emergente, independente de outra ordem, atribuída ao Estado Romano onipresente, onisciente, onipotente da época. Pois bem: os seguidores de Jesus, do apóstolo de Tarso e outros grande pensadores a serviço do catolicismo fizeram um bom trabalho e é só no século XVIII que aparecem o que poderíamos denominar de “Jesus Cristos às avessas”, os dois primeiros grandes juristas modernos: Samuel Pufendorf e Christian Thomasius.

Sim, pois tudo o que estivera outrora unificado sob a égide do Estado antigo, depois separado pela idéia de um direito transcendente, natural, já voltara a unificar-se, monopolizado pelas mãos da Igreja. O objetivo prático das teorias de Pufendorf e Thomasius é contrário: arrancar um pouco dessa competência omnicomprensiva da Igreja para o Estado absolutista que nascia. Como toda grande teoria, como toda ideologia influente, a de Pufendorf e Thomasius também tinha um objetivo prático específico, que era este: tirar da competência da Igreja aquela parte das ordens normativas que seria, exatamente, a parte jurídica, destinada à competência estatal.

Os critérios que eles inventaram são bem conhecidos daqueles que estudaram *Introdução ao Estudo do Direito*. Em primeiro lugar, o da interioridade e da exterioridade - ao Estado estariam afeitas as condutas externas dos indivíduos enquanto que à religião, as condutas internas. É a partir daí que a ciência jurídica nascente vai aperfeiçoar os critérios de Pufendorf e Thomasius, trazendo critérios mais sofisticados como autonomia e heteronomia, identidade e alteridade, unilateralidade e bilateralidade ou coercitividade e incoercitividade.

³ Sophocles: *Antigone*, trad. Elizabeth Wyckoff. *The Great Books of the Western World*, vol. 4. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1993, pp. 159-174.

⁴ *Evangelhos* de Marcos, 12 (17); Mateus, 22 (21) e Lucas, 20 (25).

2. Três pressupostos sociais para modernização do direito.

Podemos então perguntar quais os fatores sociais mais importantes que devem estar presentes para que uma sociedade seja chamada de juridicamente moderna, esteja apta para modernizar o seu direito. Podemos, como Niklas Luhmann⁵, utilizar a expressão “positivar” o seu direito ou, como preferimos, torná-lo “dogmático”. O primeiro desses pressupostos é a pretensão de monopólio por parte do Estado na produção das normas jurídicas. Pela primeira vez na história na nossa civilização aparece uma instituição que se arvora competência para monopolizar o direito. Isto não significa que o Estado moderno produza todas as normas jurídicas, mas sim que é direito aquilo que ele produz ou tolera seja produzido por outras fontes.

O Estado, a gente pode dizer de uma maneira genérica, sempre existiu; um Estado moderno, porém, diferencia-se de outros Estados, como o Egípcio e o Feudal, por exemplo, entre um sem-número de outras características, por esta: arvorar-se o monopólio na produção do direito. Isso nunca aconteceu antes. Havia instituições produtoras de direito tão ou mais importantes do que o Estado, como o *pater familias* em Roma⁶ ou as corporações medievais. Se o pai romano tinha direito de até vender seu filho e mantê-lo sob seu jugo por toda a vida, no mundo moderno a emancipação se dá por decurso de prazo, mesmo contra a vontade do pai, a quem tampouco é permitido exagerar nos castigos, enquanto titular do pátrio poder. O direito estatal pretende alcançar inclusive relações íntimas como aquelas de família ou mesmo o chamado “débito conjugal”.

Jhering chama a atenção para o fato de que, há menos de dois séculos atrás, os crimes contra a honra, na Alemanha, país tido como tipicamente moderno, não eram monopólio total do Estado, permitindo-se, em casos de ofensa à honra, que as questões fossem resolvidas no duelo. Se a pretensão estatal de monopólio da violência legítima não estava ainda consolidada há poucos duzentos anos, no coração da cultura européia, então este fenômeno é muito recente. Basta verificar que a prática do duelo encontra-se institucionalizada pelo Código Penal do Uruguai atualmente em vigor e, se não chega a ser estimulada, diminui drasticamente as penas

⁵ Niklas Luhmann: “Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft”, in Niklas Luhmann: *Ausdifferenzierung des Rechts - Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1981, pp. 113-154.

⁶ Sílvio Baptista: “A Família na Obra de Rudolf von Jhering. Conceito Romano e Atual de Pátrio Poder”, in João Maurício Adcodato (org.): *Jhering e o Direito no Brasil*. Recife: Ed. Universitária/UFPE, pp. 202-210.

referentes a lesão corporal grave e homicídio, com ou sem uso de armas, constituindo-se em clara circunstância atenuante, desde que o procedimento dogmático prescrito tenha sido obedecido (formalidades como padrinhos e "Tribunal de Honra", por exemplo)⁷.

A segunda característica de uma sociedade que pretende modernizar o seu direito, decorrente dessa primeira, é a crescente importância das fontes estatais em detrimento das fontes espontâneas e extra-estatais do direito. O costume sempre foi de importância primordial no direito antigo. Ele ainda é importante em nossa sociedade, mas todo advogado sabe que aquele que tem a lei ao lado de sua argumentação leva vantagem sobre aquele que alega um costume em sentido contrário. Assim, o advogado só deve alegar o costume quando não consegue, nas fontes normativas estatais - a lei e a jurisprudência - obter respaldo para a sua pretensão.

Temos notícia histórica de que a jurisprudência e a lei são tão antigas quanto a civilização. Os historiadores nos falam dos *éforos* no direito espartano e dos códigos de Manu e Hamurabi, pois, depois que o ser humano aprendeu a escrever, preocupou-se em reduzir a termo os costumes então existentes. Mas é só com o Estado moderno que o processo legislativo - resultando na lei - e o costume jurisprudencial - originando a jurisprudência - passam a preponderar sobre as fontes não estatais do direito como o contrato, as declarações unilaterais de vontade ou o costume jurídico, que só valem na medida em que constituem fontes complementares, subsidiárias às regras estatais. Então, no contrato, por exemplo, é preciso objeto lícito, agente capaz etc., a autonomia da vontade não basta para estabelecer um vínculo jurídico, sendo necessário o acordo com as fontes estatais do direito.

É possível até conceber que estas formas de organização social sob as quais vivemos estão acabando; com a globalização, o Estado nacional parece enfraquecer-se. Mas o fato é que a estrutura em que vivemos até hoje ainda é aquela do Estado nacional e esta teoria não pretende ser prospectiva, vez que não é intenção aqui fazer previsões.

A terceira e mais importante das características que fazem uma sociedade capaz de dogmatizar seu direito é o que podemos denominar de emancipação da ordem jurídica em relação às outras ordens normativas, a auto-referência do sistema jurídico, que vamos expor sucintamente.

Vimos que um elemento importante nos primórdios de nossa civilização era a indifenciação das ordens normativas, em uma indistinção

⁷ Código Penal Uruguaio: Lei n° 9.155, de 04.12.1933, art. 38 (*El Tribunal de Honor en el delito de duelo*), além da Lei n° 7.253, de 06.8.1920, ambas em vigor, repetindo esta última o teor do antigo Código Penal do Uruguai, de 1889.

entre o que é jurídico e o que é religioso, o jurídico e o moral, o moral e o religioso, direito e economia, direito e magia etc.

A auto-referência significa que os critérios para a definição do que é lícito e do que é ilícito, juridicamente falando, são em larga medida independentes em relação aos demais modos de organização da vida social, com as regras internas do sistema, as “normas jurídicas”, definindo e tratando o que é juridicamente relevante (fechamento), ainda que em permanente interação com os demais subsistemas (abertura). Dentro dos limites simplificadores de uma comunicação como esta, pode-se denominar esta auto-referência de *autopoiese* (*autopoiesis*), reservando-se a expressão *alopoiese* para descrever sociedades mais indiferenciadas.

Isto admitindo que os indivíduos componentes de uma comunidade organizam-se segundo as mais diversas regras, formando diferentes subsistemas sociais: há os religiosos e os que não têm religião, os bonitos e os feios, os amigos e os outros, os nortistas e os sulistas, há aqueles que possuem muitos e os que não possuem tantos bens etc. Pois bem: o direito de uma sociedade será tão mais complexo quanto mais nitidamente separado desses subsistemas, quanto mais esteja ele imunizado contra as interferências deles, entre outras várias características. E, ao contrário, uma sociedade pode ser dita mais indiferenciada na medida em que ocorre essa interferência, como, por exemplo, quando o fato de alguém pertencer ao grupo dos amigos (subsistema de contato, de boas relações) do presidente de determinado tribunal interfere na afirmação da *jurisdictio*, no dizer o Direito⁸.

Um exemplo real de *alopoiese*, comprovado a todo momento na sociedade brasileira, é o subsistema jurídico-penal carcerário: se, digamos, metade da população brasileira é economicamente carente (independentemente dos critérios usados para definir a carência) e noventa e cinco por cento dos condenados encarcerados ajusta-se ao mesmo conceito, está havendo interferência da condição econômica na decisão sobre o lícito e o ilícito. Quanto ao subsistema de boas relações, basta lembrar o dito “aos amigos tudo, aos inimigos a lei”. Isto pode gerar problemas graves de legitimação, os quais são tratados e contornados por outras estratégias que não cabe examinar aqui⁹. Assim, não se deve pensar que um sistema

⁸ João Maurício Adcodato: “A Legitimação pelo Procedimento Juridicamente Organizado - Notas à Teoria de Niklas Luhmann”, in *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*, Caruaru: ano XXII, n.16, 1985, pp. 65-92. Niklas Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983, pp. 75 ss.

⁹ João Maurício Adeodato: “Brasilien. Vorstudien zu einer emanzipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder”, in *Rechtstheorie*, 22. Band, Heft 1, Berlin: Duncker & Humblot, 1991, pp. 108-128. Ou “Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos”, in *Anuário do Mestrado em Direito* nº 5, Recife: Editora Universitária, 1992, pp. 37-42.

alopoiético não se legitima, mas apenas que sua legitimação não é moderna do ponto de vista da autopoiese.

3. Modernidade jurídica: um entre vários conceitos possíveis.

Para este conceito simplificado de “modernidade”, três ressalvas epistemológicas devem ser feitas.

A primeira é que nosso conceito é qualitativo e não meramente temporal. As sociedades assim estruturadas podem ser ditas modernas porque sua forma de organização obedece ao padrão aqui escolhido para definir “modernidade”. Deste modo, nem tudo o que é contemporâneo, nem tudo o que vem após a Revolução Francesa ou a Segunda Grande Guerra, é moderno, como o exemplificam os sistemas jurídicos teocráticos fundamentalistas ou as formas de organização do direito em comunidades no interior do Brasil.

Uma segunda ressalva é que não pretendemos ligar o conceito de modernidade a qualquer juízo de valor, afirmando que os tipos ideais de “modernidade” aqui descritos sejam melhores ou piores para as sociedades e as pessoas. Não se deve pensar que sistemas alopoiéticos sejam necessariamente mais disfuncionais ou em si mesmos menos complexos e sofisticados do que o direito característico da modernidade.

A terceira ressalva é que não entendemos que os parâmetros de organização do direito definidos como modernos constituem um caminho pelo qual evoluirão todos os povos e a sociedade globalizada dos neoliberais; nada parece indicar que o mundo esteja caminhando na direção desse tipo de complexificação social. Muitos dos sistemas jurídicos alopoiéticos contemporâneos apresentam outras formas também altamente complexas e estáveis, estrategicamente bem-sucedidas de positivação do direito.

Sem grandes pretensões científicas, denominamos “modernos” os sistemas jurídicos emancipados e auto-referentes do primeiro mundo basicamente por dois motivos. O primeiro é seu caráter inusitado, sem precedentes na história do direito. Um ordenamento jurídico identificado com a religião ou a influência da riqueza econômica sobre a jurisdição, sobre o poder de separar o lícito do ilícito, são fatos conhecidos dos historiadores do direito. Mas o direito dogmático, autopoietico, este é uma grande novidade. O segundo motivo é a tendência dos países contemporâneos, bem-sucedida ou não, no sentido de dogmatizar o seu direito, com os Estados arvorando-se progressivamente o monopólio da jurisdição, fixando agrupamentos de normas positivas, pretensamente

omnicompreensivas e inequívocas, além de eficazes, com corpo de funcionários específico para decidir o direito etc.

Exemplos de argumentos tipicamente modernos têm sido divulgados pela imprensa brasileira, como o caso daquele servidor público que declara saber que o alto valor de seus proventos é certamente imoral, mas como é legal, torna-se necessário aceitá-lo, alegações provavelmente ininteligíveis para quem vê no direito uma moral mínima positivada e não percebe como algo pode ser intrinsecamente imoral e ao mesmo tempo de acordo com o direito. Este é um preço a ser pago pela autopoiese. Como dizem os positivistas, a legitimidade torna-se palavra oca ao ser equiparada à legalidade, pois o direito legítimo, nos sistemas modernos, é aquele produzido de acordo com as regras do sistema. A gente vê isso, por exemplo, na teoria da validade das normas, na teoria da inconstitucionalidade das leis e atos jurídicos. Válida e assim legítima é toda norma elaborada de acordo com o conteúdo das normas superiores (compatibilidade "material"), emanada do poder competente e elaborada de acordo com o procedimento prescrito pelo ordenamento jurídico (compatibilidade "formal"). No topo do sistema de normas, ato de vontade do poder constituinte originário fixa livremente os conteúdos do direito. Advogando o fim da "ideologia" do direito natural, o positivismo coloca como modernidade exatamente essa autofixação dos critérios do lícito e ilícito.

A afirmativa, por exemplo, de que não é justo (e assim não é jurídico) um sistema que proíba a liberdade de imprensa ou consagre a desigualdade entre homens e mulheres é peremptoriamente antipositivista, antidogmática, jusnaturalista, até, neste amplo sentido dado aqui. Isto porque parte do princípio de que há normas superiores e anteriores à fixação das regras positivas de direito e que essas normas superiores valem por si mesmas, qualquer que seja seu fundamento (aí já se trata de uma discussão entre os antipositivistas), servindo como critério para aferir a legitimidade do direito posto. O sistema jurídico piramidal, imaginado por um antecessor de Kelsen, Adolf Merkl, estabelece a partir da "norma fundamental" os seus critérios, os quais não têm qualquer conteúdo axiológico aprioristicamente válido.

A inconstitucionalidade por conteúdo, por exemplo, chamada inconstitucionalidade material, só é possível porque foram fixados conteúdos normativos na primeira constituição pelo poder constituinte originário, mas a inconstitucionalidade permanece um conceito interno do direito positivo. As decisões de uma assembléia constituinte originária não podem ser inconstitucionais, vez que, em princípio, esquecendo as pressões

da comunidade internacional, ela é juridicamente incondicionada. Eis o cerne da doutrina jurídica positivista.

Pois bem. Mas ao mesmo tempo em que a modernização do direito assume o alto risco da instabilidade de um direito emancipado das certezas da religião e da moral, relativamente independente de uma idéia material de justiça, ela também traz consigo a vantagem ética de uma maior tolerância para com as diferenças individuais entre os seres e grupos humanos. Um sistema jurídico emancipado de ordens normativas outras permite uma maior diversidade de condutas, assumindo o monopólio da coercitividade, o monopólio da violência legítima, apenas no que concerne a suas próprias regras. Então, há uma tendência no Estado dogmático de permissividade em relação a comportamentos que não seguem a ortodoxia moral, religiosa, de etiqueta, desde que de acordo com o subsistema jurídico.

Tomemos outro exemplo bem prosaico. No Brasil de hoje, mesmo nas capitais mais tolerantes, um jurista que use brincos, por melhor que seja, dificilmente será presidente do tribunal de justiça ou coordenador do curso de doutorado em direito. Este é um sintoma de alopoiese, na medida em que se supõe que a aparência das orelhas interferirá indevidamente no comportamento do jurista. E de fato interfere, posto que a sociedade está assim organizada e os advogados, as partes e os serventuários talvez não interagissem devidamente diante de um desembargador heterodoxo, provocando disfunções naquele subsistema, ainda que todos saibam, em sua consciência, que uma coisa nada tem a ver com a outra. Uma sociedade será tanto mais diferenciada quanto mais esses subsistemas (no caso, a forma de apresentar-se e a competência jurídica) estejam imunizados uns diante dos outros.

Assim, a inusitada complexidade do mundo moderno traz para o direito o problema de precisar lidar com os mais diversos conteúdos, valores por vezes incompatíveis. Há o subsistema moral daqueles que querem a pena de morte para os homossexuais; há os que pretendem permitir que os homossexuais tenham direito à vida, mas reclusos a guetos, sem cidadania; outros querem que eles tenham direito de votar mas não possam casar entre si ou adotar; há os que defendem a igualdade de direitos para homossexuais e heterossexuais; e há até aqueles que pretendem tornar o homossexualismo obrigatório. O mesmo pode ser dito das mulheres ou de quaisquer grupos sociais, raciais, regionais, nacionais, culturais. Dentre essas visões de mundo o subsistema jurídico tem que escolher uma e fixá-la como dogma, como norma de direito.

4. O direito dogmático moderno.

Uma vez que a sociedade apresente esses pré-requisitos mencionados, ela está apta a dogmatizar o seu direito, o que, como visto, não ocorrerá necessariamente.

Dentre as diversas características do direito dogmático, vamos ressaltar apenas duas, que parecem as mais importantes. A primeira característica é o que podemos chamar a "inegabilidade dos pontos de partida"¹⁰. Então, o direito é dogmático quando os pontos de partida são inegáveis. O que significa isso? Significa que um argumento é juridicamente aceitável se, e na medida em que, toma por base uma norma jurídica do sistema, pois é exatamente a norma que constitui o dogma deste tipo de direito. Isto não implica que não se possa rejeitar esta ou aquela norma jurídica, mas sim que uma norma jurídica só pode ser recusada com base em outra norma jurídica.

Um juiz alternativo pode não querer despejar um inquilino inadimplente porque ele é pobre e o proprietário, rico, mas não pode basear sua decisão expressamente neste argumento, posto que não há em nosso sistema uma norma que garanta direitos subjetivos meramente pela pobreza ou que penalize alguém por possuir mais imóveis do que necessita para morar. Por isso ele vai às normas constitucionais, algumas das quais são vagas e ambíguas justamente para permitir que os mais diferentes argumentos caibam nelas, e lá toma a norma que protege a dignidade da pessoa humana para embasar seu argumento de que a moradia é essencial à dignidade e que a Constituição deve prevalecer sobre a Lei do Inquilinato, lei esta que seria a via normal de aplicação naquele caso concreto.

O argumento não vale por ser racional, não vale por ser empírica ou cientificamente demonstrável. É por isso que, para muitos, a atividade dogmática nada tem de científica¹¹, podendo, quando muito, ser objeto da ciência do direito. Do outro lado temos Kelsen, afirmando que a dogmática é a única ciência puramente jurídica, vez que as normas preponderam sobre os fatos¹². Ambos têm razão, a depender do conceito de ciência adotado. Veja-se, por exemplo, o conceito jurídico de pai, que não é aquele definido pela biologia, pelo DNA (a não ser que uma norma jurídica prescreva que pai é aquele que a ciência biológica entende como tal). Se o sistema jurídico, um belo dia, entender que todos os velhos são pais de todos os jovens, os quais

¹⁰ Tércio Ferraz Jr.: *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, pp. 95 ss.

¹¹ Ottmar Ballweg: *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1970, pp. 116-119.

¹² Hans Kelsen: *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976, pp. 109 ss.

são seus filhos, como queria Platão na *República*, esta será a “realidade jurídica” dogmática. Pensamos que aí está o ponto de Kelsen. A Escola do Direito Livre falou na revolta dos fatos contra as normas, mas Kelsen defende uma revolta das normas contra os fatos pois, em um sentido bem literal, as normas fazem os fatos.

Os fatos, sobretudo os fatos jurídicos, não são dados puros da realidade, não se confundem com os eventos do mundo, fatos são versões linguísticas sobre eventos¹³. Assim, um fato jurídico, para a dogmática, é aquilo que a norma determina como tal. Por isso os profissionais do foro repetem que “o que não está nos autos não está no mundo”. Presumem-se do marido os filhos da mulher casada havidos na constância do casamento¹⁴, mesmo que as evidências empíricas indiquem o contrário, como no caso de Dom Casmurro¹⁵. Daí o dogma fundamental: argumentar a partir do texto de alguma norma jurídica do sistema.

A segunda característica desse direito dogmático, a ser destacada aqui, é a proibição do *non liquet* ou a obrigatoriedade de decidir. Só com o moderno Leviatã, o Estado passa a decidir, sempre, tudo o que é juridicamente relevante, pretendendo o monopólio da violência legítima e do dizer o direito, em última instância. E esse é o drama do magistrado brasileiro e do magistrado de uma maneira geral, o ter que entender de tudo para decidir sobre tudo. O direito vai se tornando cada vez mais complexo e é impossível que um juiz consiga apreender-lhe todos os matizes. Não é raro ver-se um jovem juiz, ainda na casa dos vinte anos, recém concursado, defrontando-se com uma causa no valor de milhões de reais, de cujo teor pouco entende, posto que refere-se, digamos, a detalhes de direito econômico-financeiro, envolvendo fórmulas matemáticas complexas; sem contar que o processo traz dois pareceres opinando em sentidos diametralmente opostos, ambos com argumentos altamente complexos e assinados por juristas renomados, pagos a peso de ouro.

É por esta e outras que o juiz probo tem o complexo de Atlas, o titã que carrega a abóbada celeste sobre os ombros. Imaginemos lides de conteúdo jurídico simples mas que envolvam um valor profundo, não necessariamente econômico, uma causa com conteúdo axiológico importante: uma das partes é esta mulher exemplar, cujo único problema é não conseguir viver com este homem exemplar, que por seu turno também não quer viver com ela; o objeto do litígio é a guarda de dois filhos amorosos e extremamente unidos; acontece que a mãe acaba de receber

¹³ Tércio Ferraz Jr.: *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 253.

¹⁴ Lei nº 3.071, de 1º.1.1916 (*Código Civil Brasileiro*). São Paulo: Saraiva, 1997. Cf. arts. 338, 340, 343 e 344.

¹⁵ Machado de Assis: *Dom Casmurro*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

proposta profissional irrecusável para mudar-se para a Austrália e o pai não pode abandonar seus igualmente excelentes negócios no Brasil. O juiz tem que dirimir este problema, mas o problema é irresolúvel. Ao contrário do que pensa o aluno iniciante, apaixonado pelos filmes envolvendo direito penal, as relações jurídicas quase nunca confrontam o bem e o mal, o mocinho e o bandido, vez que o direito, comunicação humana interativa que é, reúne materiais axiológicos os mais diversos e antagônicos.

A proibição do *non liquet* não era um problema para o rei Salomão, por exemplo, famoso na Bíblia, entre outros motivos, justamente quando não seguiu esta regra. O *Livro dos Reis* conta que, julgando um caso de duas mulheres que reclamavam a maternidade da mesma criança, Salomão, por falta de prova conclusiva, decide pela destruição do objeto controverso, ou seja, manda dividir ao meio a criança. Diante da reação das mulheres, uma das quais prefere que o filho seja entregue à outra ao invés de morto, o rei exercita sua sabedoria¹⁶. Um juiz contemporâneo que, após estudo dos autos, se pronunciasse pela destruição da coisa, alegando não dispor de elementos para decidir, seria por certo taxado de maluco. É que o Direito dogmatizou-se. O mundo mudou: ao tempo de Salomão, o Estado podia dizer o *non liquet*. Hoje o Estado arvora-se o monopólio da jurisdição e competência para decidir tudo o que é juridicamente relevante. Daí Kelsen, talvez o maior teórico do direito dogmático, entender como redundante a expressão "direito positivo estatal", pois todo direito é positivo e todo direito é posto pelo Estado¹⁷.

5. Ética e positivismo jurídico.

Ainda que o dogmatismo, enquanto teoria geral do direito, esteja obsoleto, e, enquanto visão política do direito, tenha exercido influência conservadora, o fato de ser dogmático não significa que o direito moderno implique uma visão tacanha dos problemas jurídicos, nem que sua teoria geral, a dogmática, seja atitude necessariamente inadequada diante do mundo real. Posturas competentes diante do direito dogmático exigem, ao contrário, a utilização do dogma jurídico, a norma, como porta de entrada extremamente complexa para esta outra "realidade" construída que vimos de mencionar. O jurista dogmático tem a tarefa difícil de transformar demandas sociais efetivas em demandas jurídicas. E é por isso que quem sabe fazer isso bem, tem poder.

¹⁶ Cf. *Primeiro Livro dos Reis*, 3-4, do Antigo Testamento.

¹⁷ Hans Kelsen: *Teoria Pura do Direito*, trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1976. pp. 383 ss.

Quando a mãe entra no escritório do advogado cheia de ódio porque o marido de quem depende financeiramente quer abandoná-la e levar-lhe a guarda dos filhos, os argumentos dogmáticos não podem processar-se no mesmo padrão. O advogado não pode defender o empregado argumentando que o patrão o demitiu por estar ele flertando com sua mulher. O jurista dogmático tem exatamente a função de transformar esses conflitos existenciais, dramáticos, emocionais, em lides dogmáticas. A ciência que informa tal tipo de trabalho é a hermenêutica jurídica, que é, digamos assim, a filha nobre da teoria geral do direito.

Esta a grande ilusão de muitos profissionais do direito, achar que opõem-se a prática dogmática e a teoria geral. A história dos grandes juristas da modernidade mostra isto claramente, até hoje. O procurador ou advogado não-familiarizado com conceitos como vigência, validade, eficácia, que não souber quando uma norma entra em vigor e quando ela deixar de vigorar, não souber o que é vigência temporária determinada e indeterminada, relação jurídica ou princípios hermenêuticos, ele não vai conseguir trabalhar dogmaticamente de forma eficiente.

Muito bem. Para finalizar, podemos sugerir que não se deve ver no positivismo dogmático - que ainda luta por se implantar no Brasil - motivo para a angústia existencial que se percebe em alguns anti-positivistas, no Brasil e fora dele. O direito moderno não é mau por ser assim organizado, da mesma maneira que a ligação ontológica pré-moderna entre direito e moral não constitui um bem em si mesma. Se Jesus Cristo era um jusnaturalista, Hitler também o foi. O direito natural parte do princípio antidemocrático de que há um conteúdo de justiça apriorístico em relação ao direito positivo, o qual precisa curvar-se a seus princípios e deve ser imposto a todos os desviantes e recalcitrantes. Aí a contribuição ética do positivismo, tal como definido aqui: como não há uma justiça evidente em si mesma, nós próprios é que temos de tomar em nossas costas o fardo de dizer, de por (daí *positivismo*) o direito. Foi o que mudou: o direito continua axiológico como inevitavelmente o é, mas seu valor não está pré-fixado por qualquer instância a ele anterior ou superior. Ele não é imposto pela infalibilidade do Papa ou da Santa Madre Igreja, nem é fixado a partir desta ou daquela concepção que alguém tenha de "justiça" ou de "razão".

Portanto, se a emancipação paga um preço alto, como dito, por outro lado gera essa ética tolerante, democrática. Claro que é preciso aperfeiçoar o conteúdo do direito, sempre na direção de mais tolerância, mas a modernidade não é em si um mal e ninguém tem de estar desesperado por não ter nascido na Idade Média ou na época das luzes européias. Se o mundo hoje é ruim, parece que já foi pior e pode ficar pior do que jamais foi

se não abrirmos os olhos e fixarmos esse conteúdo axiológico do direito da maneira que nos parecer mais "justa".

É simplista a argumentação antipositivista de que o positivismo defende qualquer ideologia da facção vitoriosa na luta pelo poder. A ética inerente a um positivismo moderno, parece-nos, não é aquela que, por admitir qualquer conteúdo, presta-se, por exemplo, a justificar a imposição compulsória de padrões homogêneos de comportamento a toda a comunidade. Por recusar parâmetros de conduta legítimos "em si mesmos", o positivismo coaduna-se mais facilmente com uma ética genericamente cética, compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, desde que não se pretendam estender a todos a todo custo.

Apesar da imensa força retórica dos jusnaturalismos, posto que carregam as certezas de quem viu a luz e sabe separar claramente o ético do não-ético, um ceticismo tranqüilo quanto ao direito e a este poder quase mágico da *juris dictio*, de diferenciar coercitivamente o lícito do ilícito, cabe também em uma abordagem empírica e juspositivista.

Se a crença em um direito natural superior pode impulsionar o direito positivo, segundo esta ou aquela concepção, para um aperfeiçoamento ético, como, por exemplo, na defesa da igualdade feita já nos primórdios do Cristianismo, não se deve esquecer que são também perspectivas jusnaturalistas que inspiram a intolerância religiosa, o racismo e assemelhados.