

ISSN 1808678-0



COORDENAÇÃO DE PUBLICAÇÕES
RUA ROCHA, 233 - 11º ANDAR
01330-000 SÃO PAULO SP
www.fgv.br/direitogv
publicacoes.direitogv@fgv.br

v.7 n.3 : maio 2010

Cadernos DIREITOGV

**FORMALISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA
E ESTADO DE DIREITO: UM DEBATE SOBRE
O DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR
DA OBRA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.**

José Rodrigo Rodriguez,
Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa,
Samuel Rodrigues Barbosa (coord.)

SEMINÁRIO **35**
v.7 n.3 : maio 2010

CADERNOS DIREITO GV

v.7 n.3 : maio 2010

PUBLICAÇÃO DA **DIREITO GV**
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

ISSN 1808-6780

OS CADERNOS DIREITO GV TÊM COMO OBJETIVO PUBLICAR RELATÓRIOS DE PESQUISA E TEXTOS DEBATIDOS NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO. A SELEÇÃO DOS TEXTOS É DE RESPONSABILIDADE DA COORDENADORIA DE PUBLICAÇÕES DA DIREITO GV.

EDITOR

DESDE 2004, **JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ**

DIREITO – PERIÓDICOS. I. São Paulo. DIREITO GV
Todos os direitos desta edição são reservados à **DIREITO GV**

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA

ASSISTENTE EDITORIAL
FABIO LUIZ LUCAS DE CARVALHO

PROJETO GRÁFICO
ULTRAVIOLETA DESIGN

TRANSCRIÇÃO DE ÁUDIO
TECNOTEXTO - TRANSCRIÇÕES EDITORIAIS

PREPARAÇÃO DE TEXTO
ELVIRA CESÁRIO CASTANON

REVISÃO DE TEXTO
AUGUSTO IRIARTE

IMPRESSÃO E ACABAMENTO
COPIBRASA

DATA DA IMPRESSÃO **MAIO/2010**

TIRAGEM **500**

PERIODICIDADE **BIMESTRAL**

CORRESPONDÊNCIA
PUBLICAÇÕES DIREITO GV
RUA ROCHA, 233 - 11º ANDAR
01330-000 SÃO PAULO SP
WWW.FGV.BR/DIREITOGV
PUBLICACOES.DIREITOGV@FGV.BR

CADERNOS DIREITO GV

v.7 n.3 : maio 2010

**FORMALISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA
E ESTADO DE DIREITO: UM DEBATE SOBRE
O DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR
DA OBRA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.**

José Rodrigo Rodriguez,
Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa,
Samuel Rodrigues Barbosa (coord.)



APRESENTAÇÃO

Este número dos Cadernos DIREITO GV publica a transcrição dos debates ocorridos no seminário “Formalismo, dogmática jurídica e Estado de Direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr.” organizado em 2008 por José Rodrigo Rodriguez, Samuel Rodrigues Barbosa e Carlos Eduardo Batalha. O objetivo do seminário foi discutir questões contemporâneas sobre o pensamento jurídico a partir do livro do professor Tércio, *A função social da dogmática jurídica*, publicado pela primeira vez em 1978.

Os textos apresentados na ocasião foram publicados em versão modificada no livro *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje* em 2010 pela editora Saraiva dentro da coleção *Direito, Desenvolvimento e Justiça*. Neste Caderno, encontram-se editadas as apresentações e os debates entre os autores, além das longas intervenções do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr que esteve presente ao evento e reagiu a todos os comentários sobre a sua obra. Por esta razão, a leitura dos dois volumes é complementar.

A transcrição explicita as divergências e concordâncias entre os autores e as várias maneiras pelas quais eles se apropriam da obra do professor Tércio para desenvolver suas ideias. Pode-se perceber pela leitura o clima enérgico e respeitoso dos debates ocorridos naquele dia 22 de agosto em que se reuniu um grupo de jovens pesquisadores em teoria do direito e dogmática jurídica para tratar de seus problemas comuns. Os organizadores do evento esperam que novas conversas possam ocorrer no futuro e que elas sejam tão ricas e animadas quanto esta que o leitor tem agora em suas mãos.

José Rodrigo Rodriguez

ÍNDICE

ABERTURA	9
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ	9
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.	13
FUNÇÕES E LIMITES DO FORMALISMO	25
DIREITO, JUSTIÇA E EFICIÊNCIA: A PERSPECTIVA DE RICHARD POSNER	
BRUNO MEYERHOF SALAMA	25
DOGMÁTICA JURÍDICA E CÓDIGO DO DIREITO SEGUNDO N. LUHMANN: NOVAS PERSPECTIVAS	
GUILHERME LEITE GONÇALVES	35
O DOGMA DA DOGMÁTICA JURÍDICA: QUAL A SUA DIFERENÇA PRÁTICA?	
JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO	41
REGRAS INFELIZES	
NOEL STRUCHINER	49
DEBATE	59
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ	59
JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO	61
NOEL STRUCHINER	63
GUILHERME FIGUEIREDO LEITE GONÇALVES	64
BRUNO MEYERHOF SALAMA	66
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.	67
DOGMÁTICA JURÍDICA: CRISE OU TRANSFORMAÇÃO? (I)	71
LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E SOCIEDADE CIVIL	
MARCO AURÉLIO GRECO	71
DOGMÁTICA PENAL EM CRISE?	
MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO	77
DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CRISE OU MUDANÇA DE PARADIGMA?	
FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL	89
DEBATE	97
SAMUEL RODRIGUES BARBOSA	97
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.	98
MARCO AURÉLIO GRECO	100
DOGMÁTICA JURÍDICA: CRISE OU TRANSFORMAÇÃO? (II)	103
PARA ALÉM DA SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA AGENDA PÓS-FORMALISTA DE PESQUISA EM DIREITO	
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ	103

**DOGMÁTICA COMO INSTRUMENTO METODOLÓGICO NA
PESQUISA HISTÓRICA DO DIREITO**

ALESSANDRO HIRATA 107

**O FORMALISMO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO COMO INSTRUMENTO PARA
A CERTEZA DA EXISTÊNCIA DO DIREITO E PARA A SEGURANÇA DA SUA
REALIZAÇÃO: ANOTAÇÕES A PARTIR DA BIBLIOGRAFIA ASCARELLIANA**

DANILO BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO 115

**A PROPRIEDADE ENTRE FIM E FUNÇÃO SOCIAL:
A OPERATIVIDADE DE UMA CLÁUSULA GERAL**

LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO 121

DEBATE 131

CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA 131

ALESSANDRO HIRATA 133

FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL 134

JULIANO SOUZA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO 135

ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO 136

ALESSANDRO HIRATA 137

LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO 137

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ 137

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. 139

A DOGMÁTICA JURÍDICA SEGUNDO TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. 145

**A FILOSOFIA JURÍDICA COMO SABER META-IDEOLÓGICO:
ANOTAÇÕES A PARTIR DA FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA
NO ENFOQUE DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.**

CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA 145

**A HISTORICIDADE DO CONCEITO DE DOGMÁTICA JURÍDICA: UMA ABORDAGEM
A PARTIR DA BEGRIFFSGESCHICHTE DE REINHART KOSELLECK**

ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO 153

**NOTAS SOBRE O PROBLEMA DA ACUMULAÇÃO LITERÁRIA
E A CONTRIBUIÇÃO DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.**

SAMUEL RODRIGUES BARBOSA 159

DEBATE 169

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ 169

GUILHERME FIGUEIREDO LEITE GONÇALVES 170

SAMUEL RODRIGUES BARBOSA 171

ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO 172

CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA 172

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. 175

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ 183

PROGRAMA PRELIMINAR 185

NOTAS 189

FORMALISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA E ESTADO DE DIREITO: UM DEBATE SOBRE O DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DA OBRA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa,
Samuel Rodrigues Barbosa (coord.)

ABERTURA

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

Boas vindas a todos os presentes – professores, alunos, colegas – e ao professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., nosso homenageado.

[O organizador e mediador, José Rodrigo Rodriguez, avisou que o evento tivera algumas baixas por motivos de doença e pessoais]

Antes de dar início aos trabalhos, gostaria de dizer algumas palavras, em meu nome e em nome dos professores Samuel [Rodrigues Barbosa] e Batalha [Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa], que dividiram comigo a organização deste evento. É importante lembrar que nossa intenção foi reunir pesquisadores que se ocupam da dogmática jurídica para ampliar uma conversa – que já estava em curso – e estimular a produção de textos sobre o assunto.

Um pequeno grupo de interlocutores, do qual faziam parte a professora Flávia [Portella] Püschel, que se ocupa da dogmática civil, e as professoras Marta Rodriguez de Assis Machado e Maíra Rocha Machado, estudiosas de direito penal, iniciou uma conversa sobre a temática que será abordada aqui, hoje. Com o passar do tempo, outras pessoas foram se interessando, o que é ótimo, e o evento ficou maior do que imaginávamos.

Tal encontro só foi possível porque tínhamos um ponto de partida, o trabalho intelectual do professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., que se tornou um campo comum para se discutir a dogmática jurídica. De uma forma direta, o trabalho do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] é responsável por este evento e também pela relação de amizade e camaradagem que tem se aprofundando entre nós, os participantes desta conversa.

Nossa reunião é uma forma de homenageá-lo, professor, agradecer por ter nos oferecido a formulação geral do problema que trataremos neste seminário e permitir que esse campo de indagações em comum fosse constituído.

Pouparei os presentes de comentários sobre a obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], mesmo porque ela será objeto de várias exposições no dia de hoje. Gostaria apenas de salientar que, além do professor Miguel Reale, devemos ao professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] a implantação de uma reflexão abrangente e rigorosa sobre os principais problemas da teoria do direito contemporâneo no Brasil.

Os professores [Miguel] Reale e Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] formularam suas respostas para questões fundamentais como “Quais as bases de fundamentação do direito? Qual o critério para definir sua autonomia em relação às demais esferas sociais? Quais as características da racionalidade interna do direito?”. A partir deste solo, bastante sólido, temos o dever de adensar nossa cultura jurídica para que ela permaneça capaz de fazer indagações teóricas de alta transcendência.

Antes de passar a palavra ao professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], gostaria de ler um poema de Martin Heidegger. Espero que ele nos inspire ao longo do dia:

Nós nunca chegamos aos
Pensamentos. Eles
vêm a nós.
É a hora conveniente para a
conversação.
Isto nos dispõe para a meditação em
comum. Esta
nem considera o opinar contraditório,
nem
tolera o concordar condescendente. O
pensar
permanece firme ao vendo da coisa.
De uma tal convivência talvez alguns
Surjam
como companheiros no ofício do
pensar. A fim de que
inesperadamente
um deles se torne mestre.¹

Por amor à democracia, ousou modificar o último verso: “a fim de que, inesperadamente, todos nós nos tornemos mestres”. Passou a palavra ao professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.].

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

Nas primeiras páginas de seu livro *Mito de Sísifo*,² [Albert] Camus escreve que diante de tantas questões filosóficas, como a origem do mundo, o sentido de todas as coisas, os espetáculos astronômicos de um céu estrelado, o único problema verdadeiramente sério é: o suicídio; a única pergunta que vale a pena ser feita é: vale ou não vale a pena viver? Nesse sentido, por que alguns se suicidam? A pergunta sobre o suicídio, segundo ele, mostra a importância da pergunta sobre a existência. Para ele, essa é a única pergunta verdadeiramente filosófica, as outras não importam ou importam menos.

Há momentos na vida em que questões como: “Qual é o sentido da vida? Qual é o sentido da existência? Por que vivemos?” são realmente importantes. Esta reunião me faz refletir sobre [momentos] que nos dão uma alegria especial, em que podemos ter certeza do porquê existimos. Digo isso como forma de agradecer por este encontro; ele dá sentido a um livro que, quando escrevi, não pensei que pudesse ter essa repercussão.

Honestamente, quando escrevi minha tese de professor titular sobre dogmática jurídica, nunca me passou pela cabeça que um dia estaríamos aqui refletindo sobre esse tema. Alguns de vocês já ouviram de mim mesmo o que vou dizer, outros sabem por outras fontes: quando abordei o tema da dogmática jurídica eu já o estudava há tempos; embora as idéias ainda não estivessem claras, já vinham trabalhadas em temas paralelos.

Se não me falha a memória, cinco ou seis meses antes de terminar o prazo de inscrição para um concurso de professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP na vaga de Goffredo Telles Jr., o único candidato ao posto, Teófilo Cavalcante Filho, faleceu. Como o prazo de inscrição não estava encerrado, os professores Miguel Reale e Goffredo Telles Jr. me incentivaram a candidatar-me. Como não era nem mesmo professor associado, havia feito apenas a livre docência e acabara de publicar o livro *Teoria da norma jurídica*,³ na verdade, nunca imaginara concorrer; o professor Teófilo era pai de um colega meu e, além disso, sempre achei que ele seria o substituto natural de um professor de quem fora assistente por muitos anos. Os mestres, no entanto, me disseram: “Nós achamos que você tem que concor-

rer, então trate de escrever alguma coisa”. E eu fiz essa loucura de redigir um trabalho em quatro meses, aproveitando notas que estavam sendo ainda alinhavadas.

O trabalho, apesar de surgir desse jeito, sempre esteve ligado a um conjunto de preocupações, e teve uma fonte imediata muito forte: meus contatos com Theodor Viehweg, na Alemanha. Esse contato fez com que me interessasse pela dogmática jurídica, ponto constante de suas pesquisas sobre o raciocínio jurídico.

Na época, ele chamava atenção para uma distinção, que percebia, mas não nomeava, entre o estudo do direito conforme a dogmática ou conforme outra perspectiva, para o que introduziria a expressão *zetética*, bem depois. Chamava nossa atenção para o modo de se estudar o direito e pensar o direito. Ao mesmo tempo, comecei a me interessar pelos trabalhos de Niklas Luhmann e, nesse cruzamento de idéias, me dei conta do surgimento do tema: “dogmática”.

Luhmann dizia, ostensivamente, que a dogmática jurídica significou uma preocupação com a sistematização do direito. [Theodor] Viehweg, obviamente, dizia algo oposto: o aparecimento da dogmática, não obstante uma intenção sistematizadora, jamais deixara de confirmar uma perspectiva problemática do direito. Diante dessa oposição (sistema ou problema?), me perguntava para onde ir. Afinal o “pensar juridicamente” nos leva à perspectiva de um arranjo institucional sistemático. Mas nos dizia [Norberto] Bobbio, qual sistema?

A ideia de escrever sobre a função social da dogmática jurídica surgiu em face de uma indagação formulada pela teoria crítica desde o final da década de 1960, começo da de 1970. Naquela ocasião havia uma grande preocupação com relação aos temas do direito, principalmente os voltados para a perspectiva social; o exercício de certas funções do direito na sociedade. A preocupação com a dogmática jurídica, segundo as duas perspectivas até certo ponto opostas de [Theodor] Viehweg e [Niklas] Luhmann, acabou tomando forma, para mim, nessa indagação a respeito de como o direito funcionava em nossa sociedade e como ele, como objeto, desempenhava suas funções na vida social.

Mas minha preocupação foi alimentada por uma terceira fonte. Entre 1970 e 1971, recebi a visita de uma pessoa – ele tinha mais

ou menos a minha altura, um cabelo enorme e vestia paletó com calças jeans que não se encaixavam. Em um ponto da longa conversa, o visitante me perguntou se queria dar aula com ele no Rio de Janeiro em um curso de mestrado novo, diferente de todos os mestrados já passados e imaginados no Brasil. Era um curso novo na PUC do Rio de Janeiro. Estava entusiasmado e inclinado a aceitar, mas não poderia morar no Rio de Janeiro porque era professor em São Paulo. Mas ele me convenceu, pois não precisaria ir e ficar por toda a semana. Esse jovem de 28 anos, recém-chegado dos Estados Unidos, era Joaquim Falcão, colega de turma de Magabeira Unger. Fizera um curso especial, no Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED), organizado pela GV do Rio de Janeiro, para formação de advogados voltados para uma experiência de empresa. Isso levava Joaquim Falcão a pensar em um mestrado no qual se pudesse estudar o direito do ponto de vista de sua integração social e do desenvolvimento de perspectivas sociais; como o direito poderia atuar na sociedade e, eventualmente, até alterar ou apenas refletir a sociedade –, depois disso recebeu o nome de “Estudo Crítico ou Teoria Crítica do Direito”. E o tema correspondente do mestrado proposto era: Direito e Desenvolvimento.

Acabei me inserindo em um grupo relativamente pequeno, com poucos mestrandos, grande parte bastante ligada a essa tarefa em que se tentava alterar os métodos de ensino jurídico, como eles o tinham aprendido nos Estados Unidos – isso acontecia na PUC, mas tinha sido aplicado antes no CEPED, na GV – onde o sistema era de perguntas e respostas, acompanhado de uma preocupação pedagógica, de teoria social e até de sociologia a respeito da função do direito.

No grupo, acabei criando uma perspectiva adaptada àquelas preocupações – e vejam que com minha formação mais filosófica não era fácil. Nunca havia me integrado em nenhum grupo, mas aos poucos acabei participando da experiência no Rio de Janeiro. Diria que essa preocupação sociológica, ou se preferirem, de filosofia social ou funcionalista, foi incorporada ao saber jurídico do grupo. Lembro-me, em síntese, que eles tratavam da metodologia do ensino jurídico, dos métodos principalmente pedagógicos, e, nesse contexto, do estudo sócio-crítico do direito.

Para mim, aquele curso com esse conjunto de temas ia bem ao encontro das visões do discurso jurídico de [Theodor] Viehweg, e do desenvolvimento da teoria dos sistemas de [Niklas] Luhmann. Essas perspectivas teóricas e aqueles temas possibilitaram, afinal, que eu me voltasse para o estudo do conhecimento jurídico numa forma peculiar. A partir daí, a expressão “dogmática jurídica” ganhou sentido e passei a estudá-la até o falecimento do Teófilo Cavalcante, mas, como já lhes contei, sem preocupações maiores com uma produção acabada. Aquele falecimento súbito, porém, me obrigou a fazer o concurso e escrever o trabalho.

Não sei se isso foi bom ou ruim, pois talvez até desmereça o esforço; a verdade é que o livro *Função social da dogmática jurídica*⁴ não foi escrito, foi ditado. Lembro-me de que o professor José Eduardo Faria me dizia que eu era muito mais claro quando falava do que quando escrevia e que esse livro, como fora “falado”, era o que mais se entendia. Acho que ele tinha certa razão. Foram quatro meses de correria, para juntar o material e as ideias oriundas das mencionadas três fontes. Passava parte do dia no escritório, diante de um gravador, ditando o texto; a fita era encaminhada para a secretária de um grande amigo, Celso Lafer – eu mesmo não tinha recursos para isso –; ela datilografava, entregava ao Celso Lafer, que fazia uma primeira revisão e encaminhava ao José Eduardo Faria, que fazia a segunda revisão. Ao receber o texto eu fazia a terceira revisão, portanto, em certo sentido, o texto foi escrito a seis mãos, ou oito, se incluirmos a secretária.

Celso Lafer e José Eduardo [Campos de Oliveira] Faria trabalhavam separados, mas apontavam o que precisava ser mudado, repensado, esclarecido; quando eu recebia os textos datilografados ia direto ao ponto e reescrevia, ou melhor, ditava de novo. Em quatro meses, o trabalho ficou pronto e consegui entregá-lo no prazo.

A preocupação com a dogmática jurídica, independentemente dos aspectos existenciais, como diria [Albert] Camus foi efetivamente vivida. O tema propriamente dito, naquele momento, não despertava muita atenção, e com o livro em mãos e já inscrito no concurso, recordo que um colega me disse que dogmática era algo muito simples, não tinha segredos, era apenas um trabalho realizado com a lei, a jurisprudência e as opiniões dos doutos. Na época em que comecei a pensar no tema, entretanto, enxergava

outras coisas na dogmática jurídica; já havia trabalhado com as questões da retórica e percebia uma porção de ângulos no tema, os quais poderiam ser bastante fecundos.

Na década de 1970, ninguém tinha ouvido falar – nem no Brasil, nem fora do Brasil –, no estudo do saber jurídico do que hoje chamamos de “giro linguístico”, a expressão *linguistic turn* não existia. Mas tinha estudado na Alemanha, onde [Theodor] Viehweg e seus colegas, como Klug,⁵ se preocupavam com a retórica, mas também com a lógica. Havia esse embate entre os envolvidos com o estudo da retórica lógica e os remanescentes do estruturalismo jurídico. Na Europa, naquela época, embora enfraquecida, ainda havia a figura de [Hans] Kelsen, acompanhada de uma preocupação crítica, até jusnaturalista, com o direito, mas ainda não acontecera o giro linguístico. Na década de 1970, estava surgindo a dogmática jurídica voltada para esses outros aspectos e sobretudo, a percepção da dogmática jurídica como um tipo de discurso e, em consequência, o papel desse discurso e o modo de construção do método de criação. De modo que, quando me dediquei ao assunto, repito, não liguei a palavra dogmática ao comentário daquele colega que dizia que “era muito simples” e, portanto, ela me apontava para alguma coisa que estava muito além daquilo, ou seja, que os colegas as quais eu achava que faziam dogmática jurídica “para valer”, na verdade não a faziam com a percepção clara do que faziam.

Como veem, quando se fazia dogmática jurídica, não se sabia ao certo com o quê se trabalhava; eu só tomei consciência e tentei ver isso sob outro ângulo, quando a estudava, na década de 1960. Até então, o currículo das faculdades incluía as chamadas “disciplinas jurídicas propriamente ditas” e, quando o pessoal “queria ser bonzinho”, incluía-se também “as disciplinas auxiliares, a perfumaria jurídica”, como a filosofia do direito e outras tantas. Enfatizei essas expressões porque eram correntes. Ninguém se preocupava em entender o que seriam “disciplinas jurídicas propriamente ditas”; aos poucos comecei a perceber um diferencial e aí apareciam com “as perfumarias”, a distinção entre dogmática e zetética, proposta por [Theodor] Viehweg, surgiu bem depois, em um artigo curto, publicado nos Estados Unidos, em que ele fez uma distinção que exerceu uma influência grande em mim, e uma percepção grande do domínio do estudo do direito.

Voltando à década de 1970, nós, do grupo da PUC do Rio de Janeiro – Joaquim Falcão, Luis Alberto Warat, Vernengo nem tanto, ele era mais velho que nós e voltou logo para a Argentina, e eu – tínhamos uma preocupação real em relação à metodologia do ensino do direito, nos questionávamos a respeito do que era, afinal, o estudo do direito e da possibilidade de nomear as coisas de um modo diferente.

Abrindo um parênteses, a distinção entre dogmática e zetética vem ao encontro disso. Desde o começo do seu trabalho, [Theodor] Viehweg insistiu muito – mas não levou isso adiante –, ele afirmava que ambas eram modos de saber e não métodos, eram formas de invocar ou focar o saber humano. [Theodor] Viehweg não dizia mais que isso mas a distinção era fecunda e poderia ser usada: então as questões começaram a surgir de um modo diferente, e a idéia de disciplinas jurídicas propriamente ditas e as perfumarias jurídicas tornou-se ostensivamente falsa na minha percepção. Eu começava a perceber com uma certa clareza que o que se chamava de dogmática jurídica tinha relação com o que [Theodor] Viehweg estava chamando de zetética, e isso me obrigou a repensar a filosofia do direito, [entre outras coisas] não mais em termos de uma reflexão externa sobre o direito mas uma reflexão que acabava interferindo no próprio direito.

[Theodor] Viehweg dizia – aliás, de uma maneira que não agradava Miguel Reale –, que a filosofia do direito era a doutrina básica, ou melhor, que a filosofia do direito, do modo como tinha sido desenvolvida – e nesse ponto ele estava pensando basicamente na Alemanha –, acabava constituindo a base da doutrina; em outras palavras, a base da dogmática – era assim que ele via. Ou seja, os filósofos do direito simplesmente criavam uma base para juntar as peças e dar um sentido à Filosofia, dar um sentido ao estudo do direito e à própria disciplina, qual seja, a doutrina jurídica, a dogmática jurídica. Ele integrava a filosofia do direito, a sociologia do direito, todas as zetéticas dentro do conhecimento jurídico

Lembro-me de que Miguel Reale resistiu muito a essa ideia dizendo que “a filosofia do direito é uma disciplina filosófica, é um objeto apenas, não é uma disciplina filosófica”. Logo depois começou a reforma da Universidade de São Paulo e surgiu um problema prático complicado: para onde iria a cátedra de filosofia do

direito? Ficaria na faculdade de direito ou na faculdade de filosofia? Miguel Reale, catedrático e reitor da USP à época, não queria ir para a faculdade de filosofia, pois tinha desafetos lá e, por várias razões, seus docentes não o queriam na filosofia. Mas, com habilidade, Reale começou a mudar, dizendo que a filosofia do direito era uma disciplina jurídica. Isso chamou minha atenção; tinha voltado da Alemanha com o título de doutor em filosofia e o [Miguel] Reale me obrigou a fazer outro doutoramento em direito. Para lecionar em uma Faculdade de Direito, precisaria do título de doutor em direito.

Voltando ao tema, essa perspectiva de [Theodor] Viehweg mostrava que havia uma grande interrogação a respeito de como o estudo filosófico, com todos os seus matizes, entrava dentro do direito, no sentido de uma metalinguagem, em face de uma língua objeto, ou se entremeava com ela. A distinção entre zetética e dogmática norteou a minha pesquisa para descobrir, dentro da função social da dogmática jurídica, um modo de “pensar dogmático” com características de fechamento – como [Niklas] Luhmann mostrou – e ao mesmo tempo com aberturas curiosas e até certo ponto controladas para outras formas não fechadas, e que apontavam para o que [Theodor] Viehweg chamou de zetética. Isso me forçou a refletir sobre como uma coisa entrava dentro da outra: não “filosofia *do* direito, mas *no* direito”.

Esse autor tinha uma frase apenas; ele achava que o modo zetético e o modo dogmático de concepção do direito confluíam na interpretação, mas, sobretudo, na interpretação do caso concreto. Parti desse princípio, mas não me senti satisfeito; achava que deveria haver outra forma de integração. Isso começou a me ocupar de tal maneira que alguns anos depois escrevi um livro sobre introdução ao estudo do direito em que há uma tentativa de fazer essa integração. Como se poderia perceber que estudar direito é uma confluência quase homogênea da zetética e da dogmática?

Sob outro ângulo, isso significaria, evidentemente, romper com a tradição que conhecíamos – podemos chamá-la de kantiana –, e que acabou na distinção entre ciências humanas, ciências sociais, chamem como quiserem, e as outras ciências, naturais ou ciências exatas. Essa distinção entre os tipos de ciência, que remonta a [Immanuel] Kant, marcou o desenvolvimento dos séculos 19 e 20

e fazia do direito uma dessas “ciências diferentes” que obrigou, principalmente, a cultura européia, e a americana também, a separar nitidamente os campos e incluir o direito em um desses campos, de tal maneira que até hoje muita gente fala “vou estudar direito porque detesto matemática”.

Bem, confesso que quando escolhi direito, aos 18 anos, não queria saber nem de física, nem de química, mas, depois, quando fui estudar filosofia, lamentei muito essa distinção, pois, quando se entra em qualquer domínio do saber, é que se percebe que as coisas não são tão nitidamente separáveis, não estão nem mesmo separadas. Hoje, quando se pensa em dogmática jurídica, é inevitável perceber a validade dos esforços para se trazer outros elementos para dentro da dogmática, e ver como ela vai se transformando exatamente por causa disso. Se bem repararmos, esse não é um fenômeno do século 20 nem do 21; isso já acontecera no século 19, mas as pessoas não se deram conta. Mesmo parecendo nítido, hoje, penso que a entrada forte de uma lógica analítica ostensiva – mais em alguns campos, menos em outros – dentro do raciocínio e da expansão do direito vai se tornando mais perceptível e viável – mas não comum –, esse é outro tipo de problema; o qual alimenta a especulação a respeito da dogmática e do pensar dogmático, do modo de ensinar dogmática “dogmáticamente”, do pensar jurídico como um pensar dogmático.

Ainda hoje, há mais interrogações que propriamente respostas; o tema ganhou outras colocações, aspectos que o tornam muito mais rico do que a perspectiva daquele meu colega, no começo da década de 1970, segundo a qual a dogmática se resumia a lei, jurisprudência e opinião, ponto-final. Hoje podemos ter esse tipo de preocupação, que, aliás, é muito mais fecunda e mais rica exatamente porque as coisas foram se revelando “entremeadas”. Talvez um dos mistérios seja mostrar como se dá esse “entremear”, se é que podemos usar essa palavra; no fundo, as classificações não são nem têm a pretensão – estou falando uma linguagem do século 18 – de ser classificações reais; talvez sejam retoricamente úteis para lidar com situações. A verdade é que a distinção entre zetética e dogmática é uma classificação que me permite lidar com esse tema. De um lado, a hipótese de um pensamento em que os pontos de partida não podem ser negados – esse conceito é de [Niklas]

Luhmann –, de outro lado, a hipótese de uma forma de pensar em que você pode efetivamente alterar as suas premissas, começar tudo de novo, sem ter nenhuma vinculação ou compromisso com pontos de partida. Essa liberação que dá a zetética – essa é uma formulação do [Theodor] Viehweg.

Retomando a dogmática jurídica a partir desses dois enfoques ([Niklas] Luhmann e [Theodor] Viehweg), percebemos que o direito talvez seja uma estrutura muito complexa, em que está tudo junto, ou, se preferirem, não está tão nitidamente separado, embora às vezes fique muito separado, na forma como você ensina o direito – mas isso é outra coisa, é um problema pedagógico. A idéia jurídica do entrelaçamento pode existir até por outras razões não pedagógicas, mas, quando observamos a *práxis*, a distinção não é tão nítida.

Por outro lado, existem perspectivas muito marcantes no modo como se trabalha esse tipo de saber que, às vezes, na prática, realiza o amálgama do que poderia ser chamado de dogmática e zetética – mais em alguns campos do direito, menos em outros –; no direito econômico isso é muito forte, no tributário, de certa maneira, também é. Penso que sempre houve tentativas, em relação ao saber jurídico, de separar as coisas e dar ao pensamento jurídico alguma pureza; e a dogmática se encaixava direitinho, de tal maneira que a percepção de que não é uma coisa pura torna a indagação válida, porque ela mexe com a pedagogia, com o modo como se ensina, estuda e pratica o direito, e, principalmente, com o modo pelo qual o direito acaba exercendo uma função dentro da sociedade.

A percepção do direito, do saber jurídico, nesse conjunto em que um saber dogmático e um saber zetético se implicam e se misturam, me parece fecunda para abrir esses respectivos campos e nos fazer entender as atividades do jurista. Repito que a atividade pedagógica é muito importante; saber o que fazer, decidir o que ensinar ao aluno de direito. Considero a experiência da DIREITO GV autoconsciente dessa nova perspectiva ao afirmar “nós queremos fazer”, ou seja, decidir conscientemente o que ensinar ao aluno de direito.

Essa idéia “do que fazer” está na minha cabeça desde a década de 1970, no encontro com Joaquim Falcão, quando discutimos

o tema sem ter o instrumental – que apareceu mais tarde. À época, tínhamos apenas *flashes* de algumas coisas, que hoje se tornam realidade.

Essa é a história do desenvolvimento, da preocupação com a forma de saber que ainda hoje pode ser chamada de dogmática jurídica, a qual vocês, com muita bondade, resolveram submeter a uma discussão a partir de meu livro – *Função social da dogmática jurídica*. E sou muito grato por isso.

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

Iniciemos os trabalhos de discussão dos textos. A ideia deste evento foi organizar quatro mesas, uma para debater a dogmática em sentido mais abstrato, a qual intitulamos “Funções e limites do formalismo”. Por isso a presença marcante de teóricos do direito. A duas mesas subsequentes contam com a presença de pesquisadores em dogmática, pois pretendem debater problemas dogmáticos de campos específicos, daí seu título: “Dogmática jurídica: crise ou transformação?” A quarta mesa está ligada mais especificamente a um dos livros do professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Função social da dogmática jurídica* e aos textos que têm como base sua obra e reunirá teóricos do direito e pesquisadores em dogmática.

O diálogo entre teoria do direito e dogmática jurídica é absolutamente fundamental. Os primeiro leitores dos nossos textos teóricos são os próprios pesquisadores em dogmática, responsáveis pela reflexão mais direta sobre a prática jurídica em concreto. Sua produção intelectual é essencial para a reflexão em teoria do direito, que procura retrabalhar a prática jurídica em outro grau de abstração.

Por isso mesmo, não faz sentido que as duas atividades sejam desenvolvidas em apartado. É importante fazer com que a teoria do direito e a pesquisa em dogmática dialoguem entre si e, ambas, tenham impacto sobre a prática do direito. Para que tal prática não se torne cega e para que teoria e a pesquisa em dogmática não se tornem prescritivas, sem nenhuma preocupação direta com a empiria.

De acordo com o programa, ouviremos exposições de 15 minutos dos professores Bruno Meyerhof Salama, Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Noel Struchiner, nessa ordem e sem interrupções. A seguir, passaremos aos debates.

FUNÇÕES E LIMITES DO FORMALISMO

DIREITO, JUSTIÇA E EFICIÊNCIA: A PERSPECTIVA DE RICHARD POSNER
Bruno Meyerhof Salama

Para dar o tom da minha apresentação, seguirei a linha do José Rodrigo Rodriguez, que deu o tom da sua lendo um poema de [Martin] Heidegger. Sigo uma linha talvez um pouco mais lúgubre, citando o epitáfio de William Yeats. Segue assim: “*Cast a cold eye on life, on death; horseman, pass by!*” [“Lança um olhar gélido à vida, à morte; cavaleiro, passa ao largo!”].⁶

A minha apresentação tem por objetivo lançar apenas um olhar, talvez um olhar gélido, para um tema complicado: a relação entre direito, justiça e eficiência. Trago aqui a perspectiva de um importante pensador contemporâneo que no Brasil tem sido muito citado, mas pouco lido: o norte-americano Richard Posner.

Tenho a sensação de que [Richard] Posner é um autor que faz um contraponto interessante àquilo que podemos chamar de pensar dogmático tradicional. Claro que não há um pensar tradicional; há vários. Peço perdão desde logo pela imprecisão. De todo modo, [Richard] Posner possivelmente se contraponha a um grande número desses pensares que mal-definidos são aqui tratados como “tradicionais”.

O primeiro contraponto está, obviamente, no fato de que [Richard] Posner teoriza o direito na tradição jurídica ocidental que faz o contraponto a dogmática romano-germânica. É importante lembrarmos sempre que o Richard Posner está sempre tratando do direito americano. [Richard] Posner, via de regra, não tem a pretensão de universalizar suas conclusões para além do mundo anglo-americano. [Richard] Posner de fato reconheceu, em inúmeras passagens dos seus trabalhos, que suas conclusões não são necessariamente generalizáveis para o mundo da *civil law*. Isso não quer dizer, por outro lado, que o raciocínio e a metodologia empregada por [Richard] Posner não possam ser aproveitados fora da *common law*, como tem sido feito em graus mais ou menos proveitosos em inúmeros casos.

Além disso, mesmo nos Estados Unidos, [Richard] Posner tem sido um grande iconoclasta. Ele iniciou sua carreira como professor

nos Estados Unidos e depois se tornou juiz; tanto suas decisões como seus livros são os mais citados no meio jurídico americano, segundo estatísticas, portanto, ele é um iconoclasta dos mais influentes.

O epitáfio [William] Yeats serve, então, como uma metáfora da minha apresentação no sentido de que quero aqui entender a contribuição de [Richard] Posner; lançar-lhe um olhar gélido e desapaixonado; compreender as críticas, mas também as virtudes; e preparar o caminho para ir adiante.

★ ★ ★

[Richard] Posner criou fama internacional ao concatenar de forma criativa o que foi descrito, nas palavras de Robert Cooter, como a junção de duas “correntes oceânicas”: a tradição jurídica, e a tradição econômica. O direito foi combinado com o pensamento econômico desde longa data, mas isso não impediu que desde pelo menos o século XVIII se formassem tradições intelectuais distintas, com autonomia sistêmica e acadêmica. [Richard] Posner trilhou caminhos que pudessem formular uma síntese analítica entre a teoria jurídica e a teoria econômica, o que se deu a partir da disciplina modernamente conhecida como *law & economics*, no Brasil geralmente referida como *análise econômica do direito* ou simplesmente *direito e economia*.

Antes de ir adiante, é bom notar que há algumas barreiras a serem superadas para se pensar na contribuição de [Richard] Posner. A primeira, já mencionada, é sua origem na *common law* americana. A segunda é de natureza epistemológica. A interdisciplinaridade, que é traço central da obra de [Richard] Posner, expõe uma série de problemas que dizem respeito às próprias possibilidades e limitações das metodologias empregadas.

A terceira diz respeito à existência de discontinuidades na obra de [Richard] Posner. Houve discontinuidades tanto no nível filosófico quanto nos níveis metodológico e temático. Já há duas décadas [Richard] Posner abandonou aquilo que popularmente passou a ser conhecido como *economicismo*, ou *eficientismo*. [Richard] Posner propôs no fim da década de 1970 o argumento de que critérios econômicos poderiam ter natureza de elementos fundantes da ética pública e do direito, *pelo menos nos Estados Unidos*. (Uma

ressalva: [Richard] Posner expressamente notou que não procurava generalizar sua teoria para além das terras do Tio Sam). Depois, expressamente, abandonou a idéia, e converteu-se a uma forma relativamente idiossincrática de pragmatismo jurídico.

Esta evolução no pensamento de [Richard] Posner é um dos elementos menos notados, porém mais importantes, na sua trajetória intelectual. É essa evolução histórica o fio condutor que utilizo aqui.

A primeira fase a obra de [Richard] Posner vai do início da década de 1960 a fins da década de 1970. A obra se constrói em torno de uma hipótese de natureza eminentemente *histórica*. Trata-se da hipótese de que a *common law* tenha evoluído nos Estados Unidos no sentido de prover regras eficientes à sociedade americana. A obra emblemática deste período é o clássico *economic analysis of law*, editada pela primeira vez em 1973.

Economic analysis of law é uma obra centrada na tentativa de sistematização do direito norte-americano a partir da análise microeconômica. O ponto de partida consistiu em identificar o que lhe pareciam ser as três forças motrizes da *common law*. Primeiro, o direito da propriedade, que da ótica econômica se ocuparia de criar e definir os “direitos de exclusividade” sobre recursos escassos. Segundo, o direito contratual/obrigacional, que se ocuparia de facilitar os intercâmbios voluntários desses “direitos de exclusividade”. Da ótica econômica, a transferência de tais direitos para os indivíduos com maior disposição de pagar permitiria a geração de valor. Terceiro, o direito da responsabilização civil, tomado em sentido amplo. Este, da ótica econômica, se ocuparia de proteger os “direitos de exclusividade”, inclusive o direito de exclusividade sobre o próprio corpo. Tomados em conjunto, essas três forças motrizes forneceria o aparato institucional que permitiria corrigir externalidades e reduzir custos de transação.

A narrativa do livro está centrada na hipótese histórica de que a formação da *common law* possa ser entendida uma resposta dos juízes para tornar as normas cada vez mais eficientes. Mas [Richard] Posner não procura demonstrar que toda decisão ou doutrina do *common law* seja necessariamente eficiente. Para [Richard] Posner, a hipótese da evolução da *common law* americana no sentido da eficiência é a expressão jurídica de um sistema

social de alguma forma voltado à maximização da riqueza da sociedade. Então, a *common law* norte-americana refletiria um arcabouço jurídico que permitiria que o sistema econômico fosse cada vez mais próximo dos resultados que um mercado com competição perfeita proporcionaria.

Um princípio de eficiência alocativa requer que a propriedade possa ser consensualmente transferida com o maior grau de liberdade possível. Daí por que o direito negue efeitos aos atos cometidos sob coação. Pensemos na situação de um indivíduo que, estando sob a ameaça de uma arma de fogo, se vê diante a opção de ser assassinado ou assinar um determinado contrato. Este contrato não é válido, e os tribunais lhe negarão efeito. Por quê? O motivo certamente não é o de que o indivíduo assinara o contrato de maneira involuntária. Afinal, o indivíduo provavelmente estava bastante ansioso para assinar o contrato o quanto antes (e assim fugir da ameaça da arma!). O motivo de se negar efeitos aos atos sob coação está, segundo [Richard] Posner, no fato de que o reconhecimento de atos sob coação tenderia a reduzir o produto social, pois incentivaria tanto a realização de ameaças físicas como prática usual de negócios quanto os investimentos em defesa dessas ameaças. Sabe-se que negócios sob ameaça não são eficientes. Se fossem, as partes entrariam em acordo independentemente da ameaça física. Mas o indivíduo sob ameaça somente pode negociar com o que lhe faz a ameaça. Por isso, conclui [Richard] Posner, a coação funciona como um “monopólio situacional”. E com isso a vedação à coação acaba podendo ser explicada pela própria Teoria dos Monopólios.

A Teoria dos Monopólios é, por sinal, o eixo central da segunda obra mais importante de [Richard] Posner durante a década de 1970, *Antitrust law: an economic perspective*⁷ (1976). Nela, [Richard] Posner defendeu que o direito da concorrência devesse ser encarado como um instrumento para a promoção do bem-estar, e que a própria economia do bem-estar (*welfare economics*) seria o guia analítico mais adequado. Dessa ótica, as firmas são vistas como agentes racionais que buscam a maximização dos seus lucros. Isso implicaria reconhecer que, para o direito da concorrência, a conduta de uma firma é relevante se essa busca do lucro se desse em detrimento do bem-estar agregado da sociedade. Vale dizer, quando for

ineficiente. Um corolário desta visão seria a de que as regras em direito da concorrência deveriam ter em conta os prováveis custos e benefícios agregados decorrentes das diversas posturas legais, interpretações e construções jurídicas possíveis. Com essas considerações, fica claro que [Richard] Posner vai se tornando cada vez mais um “normativista”, e menos um “descritor”.

Dá-se assim uma passagem para uma nova fase, que podemos chamar de *eficientista*. Embora [Richard] Posner não utilize a expressão “teoria de justiça”, ele utiliza a expressão “teoria moral” (*moral theory*), que por sua vez é aplicada especificamente a questões jurídicas. Daí por que me parece correto tratar suas concepções *eficientistas* também como uma “teoria de justiça”.

Em síntese, a teoria de justiça “eficientista” de [Richard] Posner se resume à idéia de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização de riqueza da sociedade. Esta visão permitiria, segundo [Richard] Posner, “uma reconciliação entre utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que tradicionalmente competem entre si.” O que [Richard] Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e., eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem, injustas.

A eficiência como fundação ética para o direito é uma tese radical. Richard Posner formulou-a em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970. Posteriormente, em 1981, esses escritos foram consolidados e expandidos em um livro cujo título é bastante sugestivo, *The economics of justice*.⁸ Nesta obra, [Richard] Posner defendeu que a pedra de toque para a avaliação das regras jurídicas deveria ser a sua capacidade de contribuir (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade. Isto levaria à noção de que a maximização de riqueza (ou a “eficiência”, já que [Richard] Posner utiliza as duas expressões indistintamente) seria fundacional ao direito, no sentido de que poderia ser o critério ético que viesse a distinguir regras justas de injustas.

A construção filosófica do argumento normativo é sutil e deve ser examinada com um mínimo de cuidado. Eu conduzo este exercício

com cuidado em um texto em que estou trabalhando, e que ainda não está pronto, mas que pretendo publicar em breve. Em linhas gerais, [Richard] Posner procura caracterizar sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia kantiana e o utilitarismo benthamiano. Para [Richard] Posner, a ética da maximização de riqueza pode ser vista como “uma mistura entre essas tradições filosóficas rivais”.

Assim sendo, [Richard] Posner supostamente aproveita alguns, e rechaça outros, aspectos de cada uma dessas tradições. Da tradição utilitarista, [Richard] Posner retém principalmente dois aspectos. Primeiro, mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça. Segundo, retém a noção cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Ao mesmo tempo, [Richard] Posner rechaça o critério de felicidade, pedra de toque do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da tradição kantiana, [Richard] Posner rechaça o que chama de “fanatismo” Kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico. Ao mesmo tempo, retém (ou imagina reter) parte dos conceitos de autonomia e consenso kantiano. A síntese de todas essas concepções é uma teoria charmosamente inovadora e explosivamente polêmica. E também, na minha opinião, uma tese com muitos furos.

[Richard] Posner passou boa parte da década de 1980 defendendo-se de seus críticos. Finalmente, em 1990, [Richard] Posner “jogou a toalha”. No livro (traduzido ao português) *Problemas de filosofia do direito*, de 1990, [Richard] Posner finalmente abandonou a defesa da maximização de riqueza como fundação ética do direito. A teoria da maximização da riqueza, escreveu [Richard] Posner, “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta”. E, deste modo, [Richard] Posner reviu sua posição: ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, [Richard] Posner passou pôs a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam, de um modo geral, o que [Richard] Posner enxerga como as intuições de justiça do povo americano.

Embora [Richard] Posner não tenha deixado claro quais críticas teriam sido mais fundamentais na sua mudança de posição, um artigo publicado recentemente oferece boas pistas. Rememorando o período da sua mudança de posição, [Richard] Posner publicou um tributo a Ronald Dworkin – com quem [Richard] Posner mantém, até hoje, variadas divergências teóricas. Neste tributo, [Richard] Posner diz o seguinte: “um artigo que [Ronald] Dworkin escreveu há muitos anos, criticando de maneira enérgica minha posição sobre a maximização da riqueza, apesar de exagerar em seu argumento, foi convincente e me fez alterar alguns dos meus pontos de vista, o que eu evidentemente fiz com má vontade e com um certo atraso. Estou grato a [Ronald] Dworkin pelas críticas.”

O artigo de [Ronald] Dworkin ao qual [Richard] Posner se referia era o célebre *Is wealth a value?*⁹ (“A riqueza é um valor?”), em que [Ronald] Dworkin defendeu o argumento de que a maximização da riqueza não poderia ser um guia para a justiça, simplesmente porque a eficiência não é um valor; e a justiça requer valores. Aquilo que [Richard] Posner sugere tenha sido um “exagero” de [Ronald] Dworkin estaria, a meu ver, provavelmente no ponto de partida da crítica de [Ronald] Dworkin. Eu trato dessa questão em detalhes em um outro trabalho, ainda inédito.

Fato é que, ao converter-se ao pragmatismo jurídico, [Richard] Posner completou um grande círculo. Após trilhar um caminho de discussão da relação entre direito e economia, [Richard] Posner primeiro propôs que a economia poderia ser o “farol” do direito. E diante de contundentes críticas, deu-se conta de que isso não seria possível. E então, voltou ao pragmatismo jurídico, de Pierce e do seu “ídolo”, o juiz Benjamin Cardozo. Retornou assim ao seio da teoria jurídica predominante na academia americana do começo do século XX.

O pragmatismo de [Richard] Posner não é um pragmatismo filosófico; é um praticalismo. É a arte de viver sem fundações. Ao se filiar ao pragmatismo jurídico, [Richard] Posner abandonou completamente a possibilidade de que possa haver uma metafísica para o direito. O direito é para [Richard] Posner algo instrumental e algo orientado para o futuro, mas mesmo o instrumentalismo não deve ser, diz [Richard] Posner, guia para o direito.

É possível optar-se por ser formalista – talvez até extremamente formalista – em bases pragmáticas. Se formalismo funcionar melhor, então sejamos formais.

[Richard] Posner retoma toda a crítica à naturalização de conceitos jurídicos e propõe uma fundação para o direito calcada em três esteios: (1) um pragmatismo jurídico – e ele passa a dizer “agora sou pragmatista”; (2) o liberalismo clássico; (3) e a economia.

E aqui retomo então o tema da autonomia jurídica, de que tratamos neste seminário. A ligação estreita entre direito e economia é desde logo uma visão não autônoma do direito. Mas isso é dizer muito pouco. Minha impressão é de que [Richard] Posner, na realidade, questiona a noção de autonomia do direito em três níveis: (1) ele questiona a idéia de que possa haver uma autonomia do direito em face à sociedade, ou seja, que a doutrina jurídica evolui em resposta à própria doutrina jurídica. (2) Questiona, ainda, a noção de que haja uma autonomia do direito perante a sociedade e perante outras disciplinas. (3) E ainda, vai mais longe, sugerindo que na sustentação da visão autônoma do direito há um jurista auto-interessado, preocupado antes de tudo em manter o monopólio da prática do direito. Todos nós juristas estamos, então, no banco dos réus.

[Richard] Posner postulará, então, que, ao interpretar e aplicar a lei, o juiz de direito deva sopesar as prováveis conseqüências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, por outro lado, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes. Dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e aplicação do direito terão que continuar sendo uma arte, e não uma ciência.

Um último ponto que faço aqui se dá no que toca ao tema da regulação. Temos de um lado a instrumentalidade da regulação, que reforça seu aspecto teleológico. De outro lado, temos o princípio democrático a resguardar os direitos fundamentais dos indivíduos frente a um estado potencialmente arbitrário. Surge daí, inevitavelmente, um conflito entre o ente público que busca regular, e o ente privado que busca a liberdade. Será que há realmente uma teoria jurídica que pode dar conta dessa conflito? [Richard] Posner dirá que a função do decisor diante desses conflitos será inevitavelmente pragmática. É um ponto a se pensar.

Para concluir, agradeço o convite e parabenizo o José Rodrigo [Rodriguez], o [Carlos Eduardo] Batalha [da Silva e Costa] e o Samuel [Rodrigues Barbosa] pela boa iniciativa e pela organização deste evento. É também uma honra fazer parte desta mesa, especialmente na presença do professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. As aulas do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] eram as minhas favoritas durante o meu bacharelado nas Arcadas. Foram suas ponderações que despertaram minha curiosidade intelectual diante o direito. Sou por isso muito grato ao professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]. Aproveito, por fim, agradecer ao meu assistente, Gabriel Pinto, que me ajudou na pesquisa sobre [Richard] Posner que estou conduzindo.

DOGMÁTICA JURÍDICA E CÓDIGO DO DIREITO SEGUNDO

N. LUHMANN: NOVAS PERSPECTIVAS¹⁰

Guilherme Leite Gonçalves

O objetivo da apresentação é indagar sobre a possibilidade de diálogo entre os estudos pós-coloniais e a teoria dos sistemas. Este objetivo está inserido em uma preocupação de contribuir para o debate desenvolvido na teoria social do direito que busca pensar modelos explicativos sobre as particularidades do direito nas periferias. O diálogo com a teoria dos sistemas justifica-se, pois, desta perspectiva, há clara pretensão de teorização deste tipo. Refiro-me à teoria sociológica do direito de Neves. Minha pergunta é: ao se abrir para os estudos pós-coloniais, a abordagem sistêmica pode fornecer outra explicação sobre o direito nas periferias?

A primeira dificuldade a ser enfrentada refere-se às premissas da pesquisa. Como o modelo sistêmico é uma teoria social, tem-se um problema preliminar quanto à confluência entre os estudos pós-coloniais e a sociologia. Estes estudos são críticos à pretensão de universalidade da teoria sociológica. Segundo o pós-colonialismo, se o mundo social pode ser definido por sua representação sociológica, as práticas estão comprimidas pelo estreito horizonte desse campo, cujo patrimônio conceitual organiza-se em torno da noção de “sociedade moderna”, definida pela semântica europeia. E mais: se o conhecimento deriva de processos específicos e geograficamente determinados, os conceitos sociológicos deveriam limitar-se ao seu lugar de origem. Eles não servem à análise de experiências oriundas de outros quadrantes e à organização de práticas estranhas ao seu legado. Quando o fazem, fabricam superioridade e dominação: como a sociologia adota os padrões dos países centrais como sinônimo de “modernidade”, qualquer realidade desajustada será reconstruída por comparação, e a ausência das mesmas características, traduzida por atraso. Reproduz-se, no âmbito do conhecimento, a relação colonial: a noção de “sociedade moderna”, monopolizada pela semântica europeia, não só oprime manifestações dos países periféricos (primitivismo, atraso), como exige a sua conformação (teoria da modernização).

Como alternativa, o pós-colonialismo sugere a fragmentação das narrativas, o pluralismo semântico e o descentramento do sujeito.

Isto pode significar tanto a incorporação das práticas não-ocidentais ao patrimônio conceitual da modernidade, quanto dar voz aos estudos subalternos. Tais características pós-coloniais contrariam a racionalidade das formas sociológicas, que tendem a teorizar e estabilizar o conflito por meio de tipos ideais. Essa qualidade racionalista e estruturalista provém de sua vinculação ao patrimônio semântico europeu, orientado pela universalização conceitual da diversidade dos eventos sociais. Assim, conclui McLennan (o principal crítico): se o eurocentrismo é a maldição da sociologia, não há diálogo com os estudos pós-coloniais.

Esta conclusão é questionada por Sérgio Costa que sustenta que a crítica epistemológica pós-colonialista não se dirige à totalidade das teorias sociológicas. Para comprovar sua hipótese, o autor identifica, no discurso pós-colonial, duas alternativas epistemológicas: a crítica à visão teleológica de modernismo e a negação à centralização do sujeito. Em seguida, examina o grau de incongruência entre essas proposições e a sociologia. Quanto à primeira, [Sérgio] Costa pondera que, na sociologia, já existe consciência sobre os perigos da teoria da modernização, hoje defendida apenas pela Escola parsoniana. Para [Sérgio] Costa, a crítica pós-colonial seria endereçada a essa escola, não à sociologia, que muito ganharia com uma teorização não evolucionista da sociedade moderna.

A mesma aproximação entre sociologia e pós-colonialismo encontra-se na segunda alternativa epistemológica: a negação à centralização do sujeito. Neste caso, a ideia de identidades fixas constituídas ontologicamente por dicotomias estáveis (homem/mulher; branco/preto) é substituída pela noção de sujeito descentrado. Para a teoria pós-colonial, a identidade é concebida por diferenças sociais que se transformam em molduras de referência (“posições de sujeitos”) em que os indivíduos se constituem. Estas diferenças são institucionalizadas por discursos que formam sistemas culturais nos quais posições singulares são acomodadas. Cada manifestação do indivíduo pode mudar sua “posição de sujeito”. Chega-se a um sujeito descentrado e cambiante. [Sérgio] Costa considera tal contribuição essencial para a sociologia na medida em que produz uma teorização inovadora da relação entre diferença, sujeito e política.

Identificada a contribuição pós-colonial para a sociologia, posso testar sua compatibilidade com a teoria dos sistemas.

Na teoria dos sistemas, as críticas à visão teleológica de modernismo e a negação à centralização do sujeito estão nas objeções luhmannianas ao racionalismo. O conceito de autopoiese confronta a ideia de sujeito racional. Este pressupõe que todos os sujeitos observem, pela reta-razão, o mesmo mundo; é a base da ontologia. Autopoiese, por sua vez, significa que a realidade é uma construção do observador. Se o mundo é peculiar ao observador, não existe um único mundo ou razão, mas diversos mundos e múltiplas razões. Para [Niklas] Luhmann, isto é possível apenas na sociedade moderna. O advento dessa organização importou a eliminação da metafísica que condicionava a ação. Isso gera autonomia cognitiva para as possibilidades sociais. O modelo sistêmico substitui a unidade universal da filosofia moderna européia pela diversidade de perspectivas autônomas sistemicamente constituídas. Esta pluralidade de sistemas de observação está alinhada com a noção pós-colonial de sujeito descentrado.

A fragmentação do sistema social destrói a razão universal. Com a diferenciação funcional, a unidade pode ser compreendida de diferentes perspectivas: cada sistema é um centro capaz de representar a sociedade. Nenhum sistema pode pretender posição privilegiada: a sociedade moderna é policontextual. Se os sistemas não se predeterminam, não há progresso, mas conflito. Para [Niklas] Luhmann, não faz sentido falar em modernização. O autor opõe ao modernismo sua visão cética de modernidade como contingência e risco. Note-se, portanto, que, nessa sociedade, não há objetivos ou princípios: os sistemas geram diferenças. Isso é considerado moderno, não a ética universal. Para [Niklas] Luhmann, o projeto iluminista foi frustrado pela sociedade funcionalmente diferenciada.

Está claro que a teoria sistêmica e os estudos pós-coloniais compartilham uma abordagem crítica à filosofia européia clássica. Ambos substituem a ontologia pela noção de diferença. Poderíamos juntá-los para oferecer outro modelo para descrever o direito das periferias? Qual o ganho analítico?

Para a teoria sistêmica latino-americana, o direito produz excesso de adequação social e pouca consistência jurídica nas periferias. A autonomia do direito é corrompida pelo caudilhismo e

pelos donos do poder. A lógica dos privilégios, a indistinção entre público e privado, o mando político e a influência econômica são características da complexidade desestruturada que formata o caso periférico.

Esse diagnóstico, teorizado por Neves, é formado com base na crítica à dicotomia sociológica clássica tradição/modernidade, utilizada por abordagens que consideram pré-modernos e atrasados todos os valores e práticas que não correspondem ao padrão desenvolvido pelos países centrais. Ainda que Neves reconheça os limites dessa análise, alinha-se a ela, pois não desenvolveu abordagem crítica à noção de patrimonialismo. Para ele, nossa modernidade é “negativa”, isto é, um desvio do padrão alcançado pelos países centrais. Por esta razão, seu modelo pode ser entendido à luz do pós-colonialismo como uma sociologia da inautenticidade. Na Alemanha, há Estado de Direito; aqui, não. Por que nossa modernidade é “negativa”? Outra descrição é possível?

Isso implicaria investigar a possibilidade de redefinições de sentido da diferenciação funcional na sociedade moderna. Não haveria, portanto, uma forma unitária do processo de distinção entre sistemas. Cada quadrante produziria categorias, valores e programas distintos que levariam igualmente à diferença entre as esferas funcionais, ou seja, à sociedade moderna. A exemplo das contribuições de Einsenstad, não seria possível pensar, no interior do modelo luhmanniano, a noção de múltiplas modernidades? Para a descrição do direito, isso seria reconhecer que o processo de diferenciação do sistema jurídico contempla, em seu interior, normas, valores e teorias do direito diversas. Seria possível acrescentar a esta leitura aquilo que foi ignorado por Einsenstad: o papel central da experiência histórica colonial?

A descrição de Neves sobre a periferia da modernidade é sua referência analítica para a América Latina. Segundo o autor, na América Latina, por causa da persistência de uma estrutura social marcada por privilégios e exclusões, o poder político não dependeria do estado de direito para se legitimar. Não se propagaria por meio da legalidade, mas de interesses particulares. Existiria, assim, um *déficit* na capacidade de generalização da lei, pois o Estado se tornaria palco de disputa entre grupos privados. A institucionalização da cidadania seria substituída pela desigualdade de tratamento.

A partir do pós-colonialismo, não seria possível questionar esse “atraso” latino-americano?

É importante ressaltar que não pretendo negar o primado da diferenciação funcional, mas investigar se ela pode ser ativada com base em estruturas, organizações, programas, valores e conteúdos semânticos distintos. Em caso positivo, o processo de diferenciação do direito teria se dado na América Latina a partir de contextos, visões e projetos próprios. A função de manutenção de expectativas normativas não poderia ser implementada por critérios diversos daqueles desenvolvidos em outras modernidades? Na América Latina, não se poderia afirmar que laços de confiança são soluções modernas para o dissenso? Assim como o estado de direito, esses laços não gerariam previsibilidade para as expectativas sociais? Esses mecanismos não exigiriam técnicas interpretativas e estratégias jurídicas diversas que estão estabilizadas em nossa estrutura social? Pode-se falar em enunciação latino-americana das categorias do direito moderno? Em vez de desviantes, atrasados ou mal recepcionados, os padrões de nossa semântica jurídica, ainda que diversos do patrimônio intelectual do direito europeu, não seriam compatíveis com a complexidade da sociedade moderna?

A resposta a essas questões depende de um campo teórico que fale a partir de e sobre si mesmo. Dessa forma, a compatibilidade entre o pós-colonialismo e a teoria dos sistemas significaria a abertura do modelo luhmanniano para experiências intelectuais singulares. Quando se fala em América Latina, a veracidade desta tese autoriza, de um lado, a sensibilização das categorias sistêmicas ao pensamento social latino-americano e, de outro, em função das “múltiplas modernidades”, seu diálogo com outros universos cognitivos. Essa perspectiva permite ampliar as possibilidades de teorização do direito. Trata-se de introduzir, nos instrumentos analíticos da teoria dos sistemas, a experiência semântica das sociedades não-ocidentais. Se o diálogo entre as teorias for possível, minha hipótese é que o modelo sistêmico pode oferecer outra descrição sobre o direito nas periferias. Claro que tais conjecturas podem ser desconfirmadas. Isto, no entanto, não invalida as possibilidades abertas pelos estudos pós-coloniais, no sentido de estimular a revisão das categorias sociológicas explicativas do direito nos países periféricos, pré-definidas pelos países centrais.

O DOGMA DA DOGMÁTICA JURÍDICA:

QUAL A SUA DIFERENÇA PRÁTICA?¹¹

Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

Além de agradecer o convite, acrescento que a idéia de escrever previamente um texto para discussão é excelente. Deveria haver muitos encontros como este.

Esse convite me ofereceu uma ótima oportunidade de reler os livros do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] em um curto espaço de tempo, em seqüência e com mais maturidade do que à época da graduação. Por isso, consegui perceber uma evolução em seu pensamento e, além disso, algumas coisas se confirmaram agora nesse relato da gênese da obra. Quando fiz no primeiro ano, o curso de Introdução ao Estudo do Direito, li *Introdução [Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação,]*¹² como todo mundo, com muita dificuldade. Peguei outros textos, li a *Teoria da norma jurídica*¹³ e tudo piorou. Passei para *Função social da dogmática jurídica*,¹⁴ entre outros, e fui ficando cada vez mais em dúvida.

Conclusão: não consegui fazer a primeira prova do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]. Cheguei para fazer a prova e passei mal. Tive que voltar para casa. Fiz a substitutiva com uma série de questionamentos que desenvolvi depois. Um deles será apresentado aqui, pois já o entendo melhor. É uma evolução do pensamento original que está em *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. Gostaria de lembrar que esse não é propriamente um livro de introdução ao estudo ao direito. Está voltado à hermenêutica e ao princípio da teoria da decisão.

Em minha opinião, essa é uma obra rica em *insights*. Parte de uma noção original para análise do direito que é tentar entender o direito não como um conjunto de proposições, mas como um conjunto de relações comunicativas.

Uma coisa interessante que me pareceu clara no livro *Função social da dogmática jurídica* é uma virada para uma abordagem sociológica da atividade dogmática. Na obra *Teoria da norma jurídica* ele parece ainda mais ligado à dogmática como um esforço de adequação da norma à realidade.

No livro *Função social da dogmática jurídica*, esse esforço de adequação aparece, na verdade, como o exercício de um poder (uma

inspiração de [Niklas] Luhmann). O discurso da dogmática não trata exatamente da adequação da norma à realidade, não é uma investigação do verdadeiro sentido da norma ou da melhor composição do conflito na realidade. É o exercício de um poder, uma espécie de jogo de gato e rato – usando a figura do próprio autor – um exercício de controle, de traçar limites e, ao mesmo tempo, dar abertura, trabalhar sempre com a possibilidade – o poder como potência. Fica claro que esse esforço de adequação da norma à realidade significa que o sucesso da dogmática não está em adequar efetivamente a norma à realidade, às vezes ela abstrai ainda mais, abre novas possibilidades. O esforço da dogmática está em fazer um exercício bem-sucedido de controle. Esse sentido da dogmática já aparece muito bem caracterizado no livro *Introdução ao Estudo do Direito*. O esforço da interpretação, da hermenêutica, é criar um discurso que gira em torno de si mesmo e que seja persuasivo; nessa persuasão, ele consegue exercer controle.

Como são criadas as condições de sucesso para o discurso persuasivo da dogmática? O foco virou o discurso dentro da relação de comunicação. O professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] se detém em uma análise do discurso, em uma perspectiva analítica da pragmática comunicacional, uma pragmática comunicativa, e tenta investigar quais seriam as condições desse sucesso. Entender como funciona esse discurso. Por que ele consegue ser tão persuasivo e exercer um controle social de forma tão eficaz?

Outra ideia muito interessante encontra-se no capítulo da hermenêutica do livro *Introdução ao Estudo do Direito*, em que o Professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] iniciou um esboço da função social da dogmática; nesse capítulo aparece a ideia de paráfrase – que [Matias] Vernengo também explora – de que a dogmática, na verdade, não faz uma transposição da norma para o discurso da realidade, a dogmática tem seu próprio discurso e parafraseia as normas dentro dele.

Para [Matias] Vernengo e a escola analítica da Argentina, a dogmática ou a construção de uma ciência do direito deveria focar os aspectos descritivos de simples reformulação do sistema normativo. Já o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] parte dessa mesma ideia – a dogmática trabalha dentro do seu próprio discurso –, e completa. É uma terceira língua, uma língua ponte que tem propriedades

tanto do discurso normativo como do discurso da realidade. Nessa língua não simples reformulação, mas reconstrução. Uma reforma para tornar o discurso mais persuasivo.

O professor justifica que tem de ser uma terceira língua, porque a relação língua/pensamento, língua/realidade não funciona, mas é um discurso próprio, uma ponte que fica nela mesma. Com isso, ele tentou identificar qual seria o discurso da dogmática jurídica – que tem propriedades tanto da linguagem da realidade como da linguagem normativa, tem as estruturas básicas. Dá uma pista sobre qual seria esse discurso baseado nas proposições normativas do [Hans] Kelsen: um discurso descritivo que, ao mesmo tempo, não descreve em eventos ou regularidades de eventos, descreve em dever ser e, por isso, elas também têm um quê de prescritivo.

O professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] recorreu a [Hans] Kelsen e, para mim, isso é insatisfatório, pois essa é uma figura muito obscura, o chamado discurso das proposições normativas. [Hans] Kelsen diz que elas são normativas, não são fáticas, porque ele assume esse postulado metodológico, mas, ao atribuir essas duas propriedades, não explica como ela pode ser ao mesmo tempo descritiva e normativa.

Para o tipo de pesquisa e trabalho que faço, meu foco é tentar construir modelos lógicos que possam dar conta ou representar a forma pela qual a dogmática, na atividade de interpretação, reconstrói o sistema normativo.

Para pensarmos em modelos lógicos em relação à essa reconstrução, precisaríamos definir qual é o discurso da dogmática jurídica, qual é a linguagem, que tipo de função discursiva ela preenche. As proposições normativas do [Hans] Kelsen são muito complicadas.

Há um texto de [Herbert Lionel Adolphus] Hart – acho que ele se encontrou com o [Hans] Kelsen uma única vez – em que ele propõe a [Hans] Kelsen que as proposições normativas seriam simples menção da linguagem normativa, enquanto o discurso prescritivo das autoridades seria o uso das regras. As proposições normativas seriam simples menção. [Hans] Kelsen rebate dizendo que norma é norma, ou seja, discurso prescritivo, mas que, ao mesmo tempo, é descritivo. No final do artigo, [Herbert Lionel Adolphus] Hart propõe, depois de ter refletido melhor sobre

aquela discussão, que talvez a hipótese de uso/menção das palavras não funcione e que, talvez, [Hans] Kelsen quisesse dizer, com as proposições normativas, que a ciência do direito faz uma espécie de representação da linguagem prescritiva. O direito não usa, mas representa como se fosse um dever – que também não é muito claro e com o qual é difícil de trabalhar.

Em minha tese, comecei a pensar em qual seria a função discursiva da linguagem dogmática, que função ela preencheria. Quando o professor dá como exemplos [Hans] Kelsen e a terceira língua, ele fala que esse discurso é algo que passa do dever ser para o ser. Passa de modalidade deôntica para modalidade alética. Isso me ajuda, pois, para formular, buscarei a lógica.

Voltando ao exemplo do [Herbert Lionel Adolphus] Hart e [Hans] Kelsen para discutir a respeito de prisioneiros de guerra que não sabem por que estão diante do oficial. A analogia é interessante para discutir a idéia do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], porque ela traça esse paralelo entre interpretação e tradução.

O tradutor diz “levantem-se”. A representação de levantem-se, além de explicar qual o conteúdo, ou a ação, tem que explicar que tipo de ato ilocucional é aquele (é uma pergunta, é uma ordem?).

Usei a teoria dos atos ilocucionais do Searle e tentei quebrar a fala do intérprete em duas descrições. A fala do oficial tem um conteúdo (levantar), além de uma força ilocucional, clara, que é uma ordem. Para entender agora a fala do intérprete [que é o que precisamos fazer], separamos o conteúdo da proposição do intérprete com dois elementos, ou seja, a força ilocucional da autoridade e o conteúdo da mensagem da autoridade. O intérprete está falando de um determinado tipo de ação e também que isso é uma obrigação. Portanto, ele fornece mais uma informação sobre a *atitude* do oficial e, em consequência, a atitude que se espera do sujeito. Essa fala do intérprete também tem uma força ilocucional.

Vemos que o intérprete em sua fala está preocupado em dar condições para que a regra ou a ordem seja obedecida (o que a dogmática faz, procura criar condições para a decidibilidade dos conflitos).

Usei uma frase do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], que ficou gravada em [minha mente] “criar condições para a decidibilidade dos conflitos”

Prestem a atenção na fala do intérprete quando diz “levantem-se”. Essa fala pode ser entendida assim: “ele [o oficial] está dando uma ordem que deve ser obedecida e mais, ele está dizendo que é preciso se levantar”. Primeiro uma informação sobre o ato ilocucional e depois uma informação sobre o conteúdo. O conjunto de informações nesse contexto – em que o intérprete quer criar condições para que os prisioneiros obedeçam – pode ser interpretado como um discurso de necessidades práticas, ou seja, o intérprete não está dizendo para os prisioneiros: “vocês devem se levantar” como uma prescrição, uma exigência de comportamento, o que ele está dizendo é: “Se vocês querem obedecer à ordem, e isso é uma ordem, vocês têm de se levantar”. Essa é uma condição necessária para que a ordem seja cumprida e esse é o discurso descritivo que pode ser verdadeiro ou falso. O discurso de regras técnicas como um dos tipos normativos é bem detalhado pelo [Georg Henrik] von Wright. Com ele é possível aplicar um instrumental analítico.

O discurso de regras técnicas é muito simples e foi por consagrado na música “Trem das 11”: eu quero alcançar um determinado objetivo e preciso fazer algumas coisas como meios. Se perder o trem que sai às onze horas, eu não chegarei. Não posso ficar – eu tenho o dever, a obrigação de. Não é simplesmente “não posso, caso contrário, não pegarei o trem das onze”. O que acabo de dizer não tem o caráter de comando; só se consegue uma dimensão mais normativa quando a mãe é mencionada. “A minha mãe não dorme enquanto eu não chegar”, aí há um dever moral, uma justificativa moral, o comando e, ao mesmo tempo, “eu preciso sair daqui agora, se quero cumprir a regra moral que diz tenho de cuidar da minha mamãe”.

Esse é um exemplo de regra técnica. Então, minha proposta é: “O discurso da dogmática é um discurso de regras técnicas, que diz o que se precisa fazer, caso se queira obedecer o ordenamento”. Ao fazê-lo, carrega uma ambiguidade inerente.

Quando digo o que preciso fazer para cumprir a regra, estou falando exatamente do conteúdo literal ou entra aí também a justificação, ou seja, os motivos pelos quais a regra foi criada? Essa também é uma questão difícil e sugerirei hipóteses sobre as quais teriam sido as justificativas do legislador ao criar a regra. Com

isso, abro um campo de possibilidades que dá sentido para algo que o professor chama a atenção – e que coloquei logo no início do meu texto encaminhado para esse encontro – o trecho que diz que a dogmática não representa uma prisão para o espírito, mas, ao contrário, um aumento de liberdade no trato com textos e experiências vinculantes.

A dogmática não trabalha só com a escolha explícita, mas com as possibilidades de escolha latentes e “isso” é o exercício do poder que aparece na forma como o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] desenvolve: trabalhar com aquilo que é latente. Disso resultará, mais adiante, uma seção nesse mesmo capítulo sobre hermenêutica: a história dos códigos fortes e fracos.

Tento, assim, fazer a transposição do modal deôntico para o modal alético. Usando o modal do dever técnico ou das regras técnicas, vocês verão que isso funciona e que é possível mostrar que esses discursos têm a mesma estrutura direta.

Em um artigo intitulado “Lógica de normas e lógicas de proposições normativas”, Carlos Alchourrón mostra que o discurso das regras e das proposições normativas não são isomorfos em suas relações de consequência lógica.

Isomorfos é um termo que significa que se pode transpor, que é permitido que se transponha e se faça uma tradução direta de uma para outra. Contudo, é um termo mais técnico.

Ocorrem coisas interessantes na hora de traduzir normas para regras técnicas, às quais tive de superar. O segundo passo na tradução de modalidades é a tradução da modalidade deôntica para a modalidade alética, a linguagem de necessidades, o modal de na primeira década de 1950 em que aparece ou reaparece o tema da lógica deôntica, ou seja, tentativas de redução de modalidade deôntica para a modalidade alética que tinham uma série de problemas.

Nessas reduções – a proposta inicial – eu traduzo como: é necessário punir em caso de descumprimento –, o que não funciona muito bem, não traz a idéia de obrigação, mas é possível reconstruir essas traduções de forma que carreguem essa ideia. Obrigatório é um determinado conteúdo, uma ação é obrigatória, que eu traduzo como: “é necessário executar essa ação caso eu tenha por objetivo cumprir as regras”. Consegue-se fazer a tradução, transpor de uma

lógica para cá, para essa do meio, e do meio para a terceira, a modalidade alética.

Foi isso que tentei explorar e propus dois modelos: o que preciso fazer pra cumprir um ordenamento? Há dois extremos: seguir a literalidade de todas as normas, só o que elas dizem ou, então, seguir a justificação das normas, ou seja, só aquilo que o legislador quis dizer ou produzir ao ditar a norma. Os dois extremos não parecem razoáveis. O segundo, talvez o modelo mais aberto para justificações, parece colocar em risco a própria natureza da norma. Caso se trabalhe com as justificações ou com os possíveis motivos, a norma perde sua força vinculante e passa a ser só uma possível indicação de possibilidades, de decisão. A norma deixa de fazer diferença prática, como uma razão que exclui outras razões.

Seguir apenas aquilo que a norma diz, sem olhar as justificações possíveis para sua criação, também parece inadequado; tem um quê de irracionalidade não se explorar todas as razões e deixar de considerar as particularidades do caso que pareçam ou sejam relevantes para a aplicação da norma, ainda mais quando se toma a dogmática como uma atividade reformadora voltada para a persuasão.

O jogo está aí entre esses dois extremos. Minha hipótese é: Será que não é possível trabalhar com modelos lógicos nesses dois extremos? É possível montar um modelo para cada um desses extremos, isso não é problema; o difícil é montar o jogo. Como se caminha mais na direção de um extremo e depois se volta para o outro? Como seguir o que diz a lei e, depois, o que a lei quis dizer; esse vai e volta, para mim, tem relação com a idéia de códigos forte e códigos fracos, a forma pela qual a dogmática exerce o poder. Se a adequação não é nem um modelo, nem outro, ou seja, a adequação não é nem olhar a norma, nem olhar a realidade estamos, na interpretação, dentro de um jogo, que reflete relações de poder.

Repito, se o significado de adequação é simplesmente um exercício de controle bem-sucedido, e esse controle está no jogo de códigos fortes e códigos fracos, não seria possível montar modelos que mostrassem e tentassem definir com maior precisão como funcionam esses dois extremos?

Agora uma nota como genro do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]. É interessante como essa visão do direito, o direito como

um jogo de relações comunicativas, em que aparecem relações de poder, e no qual a possibilidade de dissenso é permanente, mas precisa ser contornada, reflete uma angústia pessoal.

A angústia trazida pela dificuldade de compreensão na comunicação. Essa angústia em que o ser humano, em sua opacidade, vive na opacidade do outro, está na obra do professor e ele vivencia isso. A dificuldade das relações comunicativas. A força, a relação de poder, aspecto mais importante da comunicação, não está no lado digital do relato – mas é isso que emana de nós e é difícil controlar. É essa angústia que informa a obra do professor e dá uma perspectiva extremamente original para a compreensão do direito, capaz de abarcar e organizar esse conhecimento de forma racional sem perder de vista as constantes intervenções da irracionalidade humana.

REGRAS INFELIZES¹⁵⁻¹⁶

Noel Struchiner¹⁷

A linguagem diretiva ou prescritiva, que pretende influenciar comportamentos, pode ser mais ou menos geral, mais ou menos clara e ter um maior ou menor peso. A dimensão das prescrições que mais interessa ao professor Frederick Schauer, da Universidade da Virginia, é a dimensão de generalidade. A sua teoria sobre as regras prescritivas toma conta da maior parte dos seus escritos jus-filosóficos. O seu principal livro de teoria do direito, *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*,¹⁸ é um exercício analítico de isolamento, já que trata, de forma pormenorizada, deste tipo de regra, que é apenas um dos fatores responsáveis pela tomada de decisões na nossa vida prática em geral e, consequentemente, também no direito. Tais regras, como todas as outras, por definição, possuem a característica da generalidade. A generalidade, por sua vez, é responsável pelo fenómeno da subinclusão ou sobreinclusão das regras ou pela sua potencial sobreinclusão ou subinclusão. É o fato de as regras prescritivas incorporarem mais casos do que deveriam ou deixarem de incorporar casos que deveriam incorporar para concretizar as suas justificações subjacentes, que torna o direito, ou melhor, a prática jurídica, um terreno de opções ou escolhas.

Quando se pensa a respeito de como a palavra “regra” é empregada em nossa vida cotidiana, dois usos mais corriqueiros e aparentemente incompatíveis se destacam. Falamos de regras descritivas e de regras prescritivas. O fato de a palavra “regra” estar presente em ambos os casos, parece nada mais que um mero acaso, tratando-se apenas de uma situação de homonímia. As regras ou leis da física são certamente diferentes das regras encontradas no código penal. As regras descritivas pretendem descrever generalidades, enquanto as regras prescritivas pretendem exercer uma pressão no mundo, alterando ou canalizando comportamentos. Apesar de as diferenças entre as duas classes de regras saltarem aos olhos imediatamente, existe uma semelhança fundamental entre elas: ambas fazem uso de generalizações. Quando não existe algum grau de generalização, não se pode falar em regras, mas apenas em descrições de fatos particulares e de ordens ou comandos específicos. A

generalização é uma nota característica das regras, sejam elas prescritivas ou descritivas.

Uma investigação inicial sobre as generalizações descritivas é útil, na medida em que as generalizações prescritivas dependem de generalizações descritivas e apresentam as mesmas características. Em primeiro lugar, é importante notar que toda generalização envolve escolhas. Obviamente, a primeira delas é uma escolha por generalizar ou não. As outras escolhas se referem à direção da generalização e ao grau de generalização. Assim, ao lidar com um objeto ou ente particular, muitas vezes tenho a opção de incluí-lo em uma ou outra classe ou categoria, e o modo de inclusão pode variar. Para ilustrar: posso falar a respeito de [Frederick] Schauer sem generalizar (quando digo que ele é o autor do livro *Playing by the rules*). Posso escolher a categoria na qual vou incluí-lo em função da simultaneidade das categorias às quais ele pertence. É possível caracterizá-lo tanto como um filósofo do direito quanto como um constitucionalista, como um ex-professor de Harvard, alguém que gosta de andar de bicicleta ou alguém que está no segundo casamento. A direção da minha generalização é ditada pelo contexto discursivo no qual estou trabalhando. Em um encontro sobre temas jurídicos, talvez seja relevante caracterizá-lo como um jusfilósofo contemporâneo. Ao generalizar e incluir [Frederick] Schauer em uma determinada categoria, também estou suprimindo certas diferenças, que em outras circunstâncias poderiam ser relevantes. Logo, ao incluí-lo no rol de filósofos do direito atuais, estou colocando-o junto com outros acadêmicos que não realizam uma investigação do direito de corte analítico e que não são necessariamente simpáticos ao formalismo. O que importa é que toda generalização envolve escolhas e supressões, e as escolhas feitas podem se mostrar insatisfatórias em certas ocasiões, assim como as supressões podem se mostrar relevantes em outras. É o contexto discursivo que determinará se a escolha pela generalização, nos seus aspectos de grau e direção, foi bem feita.

As generalizações ou regras descritivas que empregamos no nosso dia-a-dia são sempre atualmente, ou pelo menos potencialmente, sobre ou subinclusivas. Quando se diz que, via de regra, os vinhos alemães são mais doces do que os vinhos franceses, que a

comida mexicana é apimentada e que os filósofos são seres humanos inteligentes, o que se faz são generalizações probabilísticas, e não universais. No contexto de conversação, corrigimos os erros de sobre ou subinclusão facilmente na medida em que aparecem. As generalizações tornam as nossas conversas possíveis, mas é o contexto de conversação, com o seu caráter flexível, que torna possível corrigir os usos da nossa linguagem diante de situações de sobreinclusão ou subinclusão.

Inicialmente, [Frederick] Schauer define as regras prescritivas em função da sua capacidade de serem formuladas (mesmo quando não aparecem desta forma em um primeiro momento), da seguinte maneira: “Se x então y ”. Em outras palavras, as regras prescritivas podem ser decompostas em uma parte antecedente e uma parte conseqüente. O predicado fático, o antecedente, determina as condições que devem ser aferidas para que a regra seja acionada e pode ser entendido como uma “hipótese”. O predicado fático x é a hipótese que deve ser verificada para que a regra seja aplicada. O predicado fático é, portanto, uma afirmação descritiva genérica que, quando verificada, aciona o “conseqüente”. O conseqüente ou “*apodosis*” é o outro componente da regra. O conseqüente funciona como o operador deôntico da regra, indicando se o predicado fático é proibido, permitido ou obrigatório. Assim, se temos uma regra prescritiva do tipo “É proibida a entrada de veículos no parque”, essa regra pode ser escrita da seguinte maneira: “se algum veículo entrar no parque, ele será rebocado” ou “se algum veículo entrar no parque, ele será multado” etc. O predicado fático, quando separado do conseqüente, nada mais é do que uma generalização descritiva.

O processo de criação de uma regra prescritiva sempre envolve algum tipo de generalização. É comum uma regra ser criada a partir da observação de um caso particular tomado como um caso paradigmático de uma meta que se quer alcançar ou um mal que se pretende erradicar. [Frederick] Schauer chama os objetivos da regra, sejam eles positivos ou negativos, de “justificação” da regra. O segundo passo na criação da regra consiste em realizar uma generalização do caso particular, por meio de uma abstração das propriedades do caso paradigmático consideradas relevantes para a efetividade dos objetivos da regra. Em outras palavras, é a justificação da regra que

determina quais são as propriedades do caso particular que devem ser levadas em conta no momento da construção do predicado fático, indicando a direção e o grau de generalidade do mesmo. A justificação determina qual, entre várias generalizações de um evento particular, será selecionada como predicado fático da regra que está sendo construída.

O exemplo utilizado por [Frederick] Schauer para ilustrar esse processo começa com um caso particular no qual um cachorro chamado Angus correu, pulou, latiu e comeu no chão em um restaurante. Tal caso foi considerado um caso paradigmático de algo que se quer evitar no futuro: comportamentos que causem irritação aos fregueses do restaurante. Assim, observa-se o fato particular e procuram-se as propriedades do fato que devem ser generalizadas para efetivação da justificação da regra. Criar uma generalização, um predicado fático, a partir do caráter peludo de Angus não faz sentido. Dizer que tudo que é peludo não pode entrar no restaurante não é uma boa regra, já que, devido às nossas experiências passadas, sabemos que o fato de algo ser peludo não é uma causa relevante para essa coisa latir, correr, pular e comer no chão. Não existe um nexo causal probabilístico relevante entre ser peludo e criar confusão no restaurante. Um cachorro tosado poderia criar o mesmo tipo de transtorno que um cachorro peludo, e o ator da Rede Globo Tony Ramos, notoriamente conhecido pela abundância de pêlos corporais, pode se portar como um perfeito *gentleman* em lugares públicos. Uma alternativa melhor seria criar o predicado fático “cachorro no restaurante” e construir uma regra do tipo “é proibida a entrada de cachorros no restaurante”, ou “se um cachorro entrar no restaurante, ele será retirado imediatamente”. O predicado fático “cachorro no restaurante” apresenta um nexo plausível com os objetivos ou justificação da regra, evitar comportamentos importunos ou aborrecedores para os clientes do restaurante. Assim, para concretizar a justificação da regra, generalizamos a partir do caso particular em que Angus correu, pulou, latiu e comeu em um restaurante, assumindo que esses fatos ocorreram por Angus ser um cachorro, e criamos o predicado fático “cachorro no restaurante”. O predicado fático continua fazendo sentido, mesmo depois que o caso específico de Angus cai no esquecimento de todos.

É importante perceber que nem mesmo um nexos relevante, no caso a categoria “ser cachorro em um restaurante”, é uma condição necessária e suficiente para a concretização da justificação subjacente à regra: evitar comportamentos importunos para os clientes do restaurante. Afinal, não são apenas cachorros que causam comportamentos irritantes para os fregueses do restaurante: crianças malcomportadas, adultos bêbados e outros animais podem causar o mesmo incômodo. Além disso, não basta ser um cachorro para se comportar mal; cachorros bem treinados muitas vezes se comportam mais educadamente que muitos seres humanos.

Uma regra é sobreinclusiva quando seu predicado fático engloba casos particulares que não geram a consequência que representa a justificação da regra. Nas regras “é proibida a entrada de cachorros no restaurante” e “menores de 21 anos não podem tomar bebidas alcoólicas”, os predicados fáticos, respectivamente, “cachorros no restaurante” e “menores de 21 anos tomando bebida alcoólica” são sobreinclusivos. Afinal, nem todo cachorro se comporta de uma maneira que causa transtorno para os clientes (justificação da regra) e nem todos os menores de 21 anos usam a bebida alcoólica de forma irresponsável (justificação da regra). Por outro lado, os mesmos predicados fáticos são também subinclusivos, já que deixam de tratar de certos casos que acarretam a consequência que representa a justificação da regra. Crianças malcomportadas também podem criar aborrecimentos para os clientes do restaurante e certos adultos (maiores de 21) podem não saber usar a bebida alcoólica de maneira responsável.

Além disso, o mais provável é que as generalizações, por mais cuidadosas e buriladas que fossem, continuariam sendo atualmente ou potencialmente sobreinclusivas ou subinclusivas. O limite de tempo e de entendimento são obstáculos insuperáveis para a tentativa de prever todas as contingências capazes de afetar as relações de causa e efeito. Mesmo quando um predicado fático é supostamente uma verdade universal, um caso particular não antecipado sempre pode surgir, pondo em questão a aplicação da generalização.¹⁹

Os elementos necessários para entender a concepção de [Frederick] Schauer sobre as regras e os possíveis modelos de tomada de decisão foram colocados sobre a mesa: a ideia de generalizações

prescritivas que apenas se aproximam da concretização de suas justificações, sendo sempre atualmente ou potencialmente subinclusivas ou sobreinclusivas. As regras se tornam interessantes quando suas justificações apontam para resultados diferentes dos resultados apontados pelos predicados fáticos ou generalizações. Afinal, quando o predicado fático e a justificação estão em perfeita harmonia, indicando um resultado único, não existem controvérsias. Somente quando aparecem as chamadas “experiências recalcitrantes” é que as dúvidas emergem na ocasião de aplicação. As experiências recalcitrantes ocorrem quando a generalização prescritiva é apenas probabilística e o caso em questão é um dos casos que fogem às estatísticas ou quando uma generalização atualmente universal se mostra sobreinclusiva ou subinclusiva, em função do surgimento de um caso novo não antecipado no momento da confecção do predicado fático. Quando existe uma discrepância entre os resultados apontados, então, o responsável pela tomada de decisões se vê diante de uma encruzilhada: ou aplica o resultado gerado pelo predicado fático ou aplica o resultado indicado pela justificação.²⁰

Uma regra prescritiva só é uma “regra séria”,²¹ uma regra regulativa ou mandatória genuína, quando a generalização prescritiva é cristalizada ou “entrincheirada” (*entrenched*) e é capaz de oferecer alguma resistência às exigências da justificação da regra que caminham em um sentido contrário. Portanto, é de fundamental importância notar que aquilo que [Frederick] Schauer está propondo como uma regra verdadeira não é um ente, mas uma relação: uma relação entre o predicado fático e a justificação. Uma regra só existe quando a sua generalização fornece uma razão independente para a decisão. Isso não significa que a capacidade de resistência tem que ser, necessariamente, absoluta. Nem sempre aquilo para o que se tem uma razão para fazer é o que deve ser feito. É possível que existam outras razões relevantes que determinem, de fato, o que deve ser feito.²²

Entretanto, uma generalização recalibrada em cada instância de acordo com a sua justificação subjacente não está realizando nenhum trabalho normativo. Se a generalização pode ser alterada em cada momento em que aponta para um resultado diverso da sua justificação, então, ela nada mais é do que uma sugestão ou

instrução e não configura uma regra genuína, ficando todo o trabalho prescritivo para a justificação da regra. A comparação procede, já que a força de uma instrução ou sugestão é congruente com a nossa crença de que ela representa o melhor caminho possível para conquistar a meta desejada. Se existe um meio alternativo mais adequado para tanto, então, a força da instrução se esvai completamente. Uma sugestão ou instrução não carrega um peso autônomo ou intrínseco, independente dos objetivos almejados. A generalização se torna totalmente supérflua se é o caso que ela é totalmente maleável, podendo ser continuamente moldada de acordo com as razões que informam a sua construção sempre que surge uma experiência recalcitrante. Uma regra pode ser derrotada (*override*)²³ e continuar sendo uma regra. Para tanto, basta que a generalização ofereça alguma resistência ou em relação às justificações subjacentes à regra ou à totalidade de razões consideradas relevantes que certamente governariam a decisão tranquilamente se não fosse pela existência da regra. Uma regra séria eleva o patamar de força necessário para que ela seja derrotada.²⁴

Assim, a regra é uma relação entre um predicado fático e as suas justificações subjacentes (ou a totalidade de razões relevantes para a decisão), mas toda regra é uma relação em um sentido ainda mais profundo. A relação entre o predicado fático e a justificação depende de uma relação prévia: a relação entre os responsáveis pela tomada de decisão e o texto da regra. Para que algo funcione como uma regra, o texto da mesma deve ser levado a sério. Isso significa que existem escolhas ou opções a serem feitas e são seres humanos que as fazem. É possível encarar o texto da norma como uma janela para uma realidade normativa mais profunda, de onde se extrai a verdadeira premissa maior (a premissa operativa) de um silogismo prático no âmbito jurídico. Por outro lado, é possível encarar o texto como o objeto último de referência e pelejar junto a ele para determinar o resultado.

Trata-se de uma questão de atitude ou postura: é possível fazer como fazem os realistas jurídicos norte-americanos, Ronald Dworkin, os membros do *Critical Legal Studies Movement*, os pragmatistas e outros que encaram o texto como uma cortina de fumaça, um arbusto que esconde a verdadeira regra jurídica. O texto é o início do arco-íris, mas o pote de ouro está do outro lado. Uma outra

postura também possível é cristalizar ou entrincheirar o texto – mais especificamente, o predicado fático – e fazer uma interpretação literal ou gramatical do mesmo. É verdade que as regras são sempre instrumentais. Ninguém pode negar que o processo político de confecção de normas incorpora um amplo debate de fundo, que envolve questões morais, políticas e prudenciais, ou seja, questões substanciais complexas. Deixando de lado as razões mais espúrias de auto-interesse, pode-se dizer que as regras são criadas para concretizar certos propósitos (sejam esses propósitos consequentialistas e, portanto, voltados para o futuro, ou deontológicos, voltados para o passado). O resultado desse processo deliberativo é o texto e, uma vez que o mesmo foi criado, é concebível abrir mão da natureza do processo por meio do qual ele veio à tona e se concentrar apenas nele. A partir disso, fica claro que a força normativa de uma regra vem de fora da mesma e depende de uma relação. Apenas em uma cultura que faz uma opção de encarar a linguagem com seriedade é que o texto da regra faz diferença.

O desafio colocado para aqueles que atuam na prática jurídica é como lidar com o fato de que muitas vezes as generalizações de ontem, disponibilizadas pelo direito, não são adequadas para lidar com os problemas de hoje. Quando isso ocorre, o responsável pela tomada de decisões se vê diante de uma encruzilhada. Afinal, o seu raciocínio prático deveria ser mais particularista, tratando as regras putativas mais como sugestões e menos como regras sérias, afastando as mesmas para aplicar a totalidade de razões consideradas relevantes para se alcançar o melhor resultado para o caso concreto?²⁵ Ou deveria ser fiel aos ditames da regra e aplicá-la mesmo entendendo que o resultado gerado não é o melhor resultado possível? Quando certos casos se encontram dentro dos contornos linguísticos da regra, mas fora dos seus propósitos subjacentes, o raciocínio prático dos juízes, o modo de decidir sobre ações e comportamentos, depende de certas posturas e escolhas. Existem vários modelos de tomada de decisões possíveis no contexto de razão prática do direito, como o modelo particularista, o modelo particularista sensível às regras, o modelo do positivismo presumido e o modelo formalista forte. O traço característico de cada um desses modelos envolve a maneira como lidam com o fenômeno

da sobreinclusão e subinclusão das regras. A discussão, a partir da perspectiva do responsável pelo desenho institucional, a respeito das razões para se desejar ou optar entre um ou outro modelo de tomada de decisões, e em quais ocasiões e cenários essas opções se encontram justificadas, é fundamental para a teoria do direito. Entretanto, tal investigação ultrapassa os limites do presente trabalho, cujo principal objetivo era mostrar que a prática jurídica é um campo de escolhas sobre como lidar com a linguagem geral do direito. Regras são relações entre agentes e linguagem. A escolha por calibrar reiteradamente as generalizações do direito de acordo com os seus propósitos subjacentes, operando como um alfaiate da linguagem jurídica, é incompatível com a existência de regras, pelo menos como elas foram descritas aqui.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDER, L. e SCHAUER, F. Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire. *William and Mary Law Review*, nº 48, pp. 1579-1603, 2007.
- SCHAUER, F. The Constitution as Text and Rule. *William and Mary Law Review*, nº 29, p. 41-51, 1987.
- _____. The Jurisprudence of Reasons. *Michigan Law Review*, nº 85, p. 847-70, 1987.
- _____. Formalism. *Yale Law Journal*, nº 97, p. 509-48 e 1181-1203, 1988.
- _____. Constitutional Conventions. *Michigan Law Review*, nº 88, p. 1407-17, 1989.
- _____. Rules, the Rule of Law, and the Constitution. *Constitutional Commentary*, nº 6, p. 69-85, 1989.
- _____. Rules and the Rule-Following Argument. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, nº 3, p. 187-92, 1990.
- _____. The Calculus of Distrust. *Virginia Law Review (Symposium on Democracy and Distrust)*, nº 77, p. 653-67, 1991.
- _____. Rules and the Rule of Law. *Harvard Journal of Law and Public Policy (Symposium on Rules and the Rule of Law)*, nº 14, p. 645-94, 1991.
- _____. Reply: The Rules of Jurisprudence. *Harvard Journal of Law and Public Policy (Symposium on Rules and the Rule of Law)*, nº 14, p. 839-52, 1991.

SCHAUER, F. The Occasions of Constitutional Interpretation. *Boston University Law Review*, (Dartmouth College Institute for the Humanities Symposium), n° 72, p.729-46, 1992.

_____.; WISE, V. Legal Positivism as Legal Information. *Cornell Law Review*, n° 82, p. 1080-1110, 1997.

_____. Constitutional Invocations, *Fordham Law Review* (Symposium on Fidelity in Constitutional Theory), n° 47, p. 1295-1312, 1997.

_____. Prescriptions in Three Dimensions, *Iowa Law Review*, n° 82 p. 911-22, 1997.

_____. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. In: *Current Legal Problems*. FREEMAN, M.D.A. (ed.). Oxford: Oxford University Press, p. 223-240, 1998.

_____. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. The Convergence of Rules and Standards, *New Zealand Law Review*, p. 303-28, 2003.

_____. The Generality of Law. *West Virginia Law Review*, n° 107, p. 217-234, 2004-2005.

DEBATE

[José Rodrigo Rodriguez, comentador e mediador da mesa 1, avisou que não haveria o intervalo constante no programa e que, antes de passar para a mesa 2, abriria cinco minutos para comentários. Ele pediu que os participantes respondessem em cinco minutos.]

José Rodrigo Rodriguez

É muito difícil comentar esses quatro textos juntos. Juliano [Souza de Albuquerque Maranhão] e Noel [Struchiner] trataram as características internas do direito; Guilherme [Figueiredo Leite Gonçalves] fez uma observação do resultado, externa. Já o Bruno [Meyerhof Salama] afirmou que a pragmática é um retrocesso na tentativa de dar conta da racionalidade interna do direito. O texto do Guilherme [Figueiredo Leite Gonçalves] também abordou a questão da racionalidade interna do direito, mas não entrou nesse aspecto, por isso lanço algumas questões para tentar levantar todos estes problemas.

Para o Juliano [Souza de Albuquerque Maranhão], uma questão geral. Você disse que, em determinado ponto da obra dele, o direito não deve se afastar muito da linguagem jurídica mais cotidiana. Gostaria que comentasse o que significa “a re-tradução” lógica dos problemas jurídicos para este objetivo, qual seja, contribuir para a construção – usando sua expressão – um “protocolo de implementação”. O resultado dessa tradução contribui para nos aproximar da linguagem cotidiana do operador do sistema jurídico?

Para o Noel [Struchiner]: estamos vivendo uma época de modelos interpretativos concorrentes no interior do sistema jurídico? É possível falar em um único modelo? Se isso for verdade, como funcionaria uma teoria do direito que, na verdade, é a concorrência de diversos modelos da integridade? Por isso mesmo, por não ser a única opção, o formalismo deixa de ser óbvio e tem de ser justificado – essa é uma posição sua; você explicitou isso. Temos que defender a autonomia do direito normativamente, ela não é mais um dado em si. Foi dito, claramente, que a autonomia do direito é um mal, temos que abrir mão disso; o processo de secularização e relativização do texto, até onde posso ver, também leva a esse resultado; tem-se uma perda de fundamento no próprio direito positivo;

há incerteza sobre o que é o direito positivo. Se é assim, em que medida a proposta formalismta não concorrerá, necessariamente, com outras? Afinal, não há mais condições de construir um protocolo interpretativo que pressuponha o texto como critério único: vamos extrair a vontade do texto, refazendo o caminho dos legisladores. Não dá mais para pensar assim.

Quanto ao Guilherme [Figueiredo Leite Gonçalves], fazemos questão de ouvi-lo sobre o final do texto, a questão sobre o Brasil; sobre o problema da inclusividade, um problema comum a todas as sociedades modernas.

Sobre o modelo de [Niklas] Luhmann: fico com a impressão de que, nesse ponto, ele não avançou muito em relação a [Max] Weber. Se lermos a visão de [Niklas] Luhmann sobre a dogmática à luz do conceito de desencantamento do direito weberiano, podemos dizer que [Niklas] Luhmann redescreve esta questão do ponto de vista da teoria da linguagem e promove um descentramento do sujeito isolado, característico das teorias da ação. Mas o modelo continua a propor uma racionalidade dogmática interna que não dá conta das demandas pela inclusividade, que está sempre a ponto de se romper. Claro, o problema é que a análise de [Niklas] Luhmann é externa, não propõe um modelo hermenêutico capaz de dar conta do recado. Fico me perguntando se é possível construir um modelo hermenêutico nesta tradição. Como seria, internamente, a construção de um modelo hermenêutico assim?

[Max] Weber tinha um diagnóstico mais externo do que é o direito e suas diferenças em relação às outras esferas. Tinha também um diagnóstico interno em relação ao funcionamento da racionalidade jurídica, pressuposta nessa distinção mais geral. Os dois pontos de vista estavam contemplados em sua descrição. [Niklas] Luhmann não fez isso, portanto, não estaria faltando algo? Ou estamos lidando com uma impossibilidade, a teoria de [Niklas] Luhmann exclui lidar com este problema desta forma.

Última questão: Bruno [Meyerhof Salama], como você avalia a contribuição do modelo econômico para a racionalidade interna do direito? Há autores tentando fazer isso? Os teóricos têm pensado em um modelo hermenêutico em concorrência com outros, têm pensado o direito internamente?

[José Rodrigo Rodriguez pediu que os palestrantes respondessem seguindo a ordem das questões lançadas.]

Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

Sua questão tem uma tese pressuposta: a filosofia do direito deveria se engajar na mesma prática interpretativa e argumentativa dos operadores do direito. Isso significa que, na interpretação de cada regra ou conjunto de normas, o filósofo do direito deveria assumir determinada concepção do direito. Portanto, o filósofo do direito deveria fazer as mesmas perguntas interpretativas que os operadores fazem. Não poderia haver mais a distinção entre o que é direito, o que deve ser o direito e como o direito deve ser aplicado. Isso faria parte do mesmo processo intelectual.

O que poderia dizer sobre isso é que não concordo e acho que o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] também não concorda, principalmente quando ele faz a distinção entre analítica, hermenêutica e argumentação ou teoria da decisão. Esses são três momentos que podem ser separados, pelo menos conceitualmente. Claro que são interrelacionados e, na prática, ocorrem em conjunto, mas são identificáveis separadamente. Dependendo do sentido que se atribui a um texto normativo identificado preliminarmente como decorrente de fonte válida, a norma pode ser inconstitucional e deixa, então, de ser identificada como válida. As etapas no raciocínio ou argumento que conclui pela invalidade estão imbricadas, mas são etapas distintas.

Conceitualmente, é possível separar a atividade de identificação, quais são os critérios de validade da interpretação, como se dá a atribuição de sentido e sua aplicação e como se justifica uma decisão com base em uma norma com sentido identificado. E para que serviria a lógica nesse processo? A lógica não será utilizada explicitamente pelo operador do direito ou mesmo pode ser usada para responder essas questões em um processo interpretativo ou argumentativo particular. Não é esse o caminho. A lógica servirá como instrumento, dentro de determinada metodologia, para cada uma dessas atividades, na tentativa de se conferir maior rigor ao processo geral ou aquilo que se entende serem propriedades gerais desse processo de interpretação.

Uma das coisas que a lógica pode permitir na construção dessa metodologia é facilitar a identificação dos momentos efetivamente

cognitivos e quais são os momentos de escolha em cada uma dessas atividades.

Gostaria de dirigir um comentário ao Noel [Struchiner]. Tenho dúvidas se é possível fazer um modelo intermediário com esses dois extremos, porque há um jogo entre eles. Quando me refiro à construção de um modelo intermediário, isso não significa fixar algo como critério. Normalmente, se identifica um modelo lógico com o modelo dedutivo axiomático, a partir do qual se tiram conclusões. Mas há outras possibilidades, por exemplo, posso criar modelos para representar como se dá a mudança de uma interpretação para outra – não quero fixar um critério, mas entender quais são os padrões de racionalidade quando se caminha mais na direção do particularismo ou do universalismo nas decisões.

Foi isso o que fiz em minha tese de doutorado, tentei montar um modelo para representar a forma pela qual o intérprete estipula novas condições relevantes nas condições de aplicação da norma, i.e., muda a interpretação de uma norma de tal forma que mexe com a sua estrutura, ela passa a ter suas condições de aplicação mais refinadas. Esse processo, pensando no sistema, tem de ocorrer de tal forma que provoque uma alteração mínima no conjunto de normas e, ao mesmo tempo, preserve consistência.

Pegando esses dois postulados de racionalidade, como funcionaria a transformação de um e de outro? O modelo lógico – e é isso que gostaria de entender – permite que se esmiúce e perceba esse movimento com clareza, em outras palavras, partindo-se de ideias básicas de racionalidade de fácil consenso como preservação de consistência e alteração mínima do sistema original (a interpretação deveria limitar-se a mudar o mínimo do sistema original necessário para preservar sua consistência), posso montar um sistema abstrato e verificar se essas noções básicas são mesmo desejáveis quando, no processo de interpretação, altero o sentido de uma norma, considero uma norma inválida por contrariar uma norma constitucional, ou refino suas condições de aplicação por via interpretativa.

Posso chegar à conclusão que, do ponto de vista lógico, a “minimalidade” não é algo desejado porque tenho tais consequências se assumi-lo como postulado interpretativo ou mesmo posso enxergar quais são as implicações em assumir esse postulado. Assim, a

lógica é um instrumento analítico a serviço da construção de uma metodologia para a interpretação jurídica e mesmo para a argumentação jurídica.

Noel Struchiner

Eu ainda acredito que seja possível fazer uma separação conceitual entre o momento de identificação do direito e o momento de decidir como lidar com os enunciados normativos identificados, preliminarmente, como enunciados jurídicos. Portanto, não sei se eu colocaria que temos uma concorrência de diversos modelos da integridade. Fazer isso seria admitir de cara que [Ronald] Dworkin está correto sobre o conceito de direito. Contudo, dizer que é possível separar o momento de identificação e o momento de aplicação do direito não significa dizer que o direito é sempre claro. Seguindo uma linha hartiana, acredito que o direito identificado pela regra de reconhecimento é frequentemente determinado e indeterminado somente nas beiradas. Quando o direito é indeterminado recorremos a critérios que vão além do direito para solucionar os problemas que aparecem. Agora, quando as regras são claras, elas ainda assim podem comunicar diretivas que nós não gostaríamos de ouvir. Portanto, devemos pensar sobre o peso ou a capacidade de resistência que as regras deveriam oferecer em face de outras exigências que demandam resultados diferentes. Você tem razão em que a postura formalista tem que ser justificada. Afinal, por que as exigências jurídicas devem ter primazia em face de outras exigências normativas, mas não jurídicas?

Um debate sobre os diferentes modelos para se tomar decisões e suas virtudes comparativas seria bem-vindo. Acho que não é preciso optar por um modelo único. Em certas situações, um modelo talvez se mostre mais adequado que outro, mas penso que a opção por modelos menos formalistas é, em última análise, uma escolha de confiança comparativa, ou seja, em quem você confia mais, nas regras, com seus erros embutidos de sobreinclusão e subinclusão, ou naqueles que aplicam as regras.

Não defendi isso e não tenho conhecimento empírico suficiente para afirmar se o modelo formalista é o mais adequado para o Brasil. Não saberia dizer quais modelos seriam mais adequados

para os diferentes âmbitos do nosso cenário jurídico. O que tentei fazer foi apenas destacar algumas vantagens comparativas do modelo formalista frequentemente negligenciadas por dworkinianos, alexianos, neoconstitucionalistas e outros românticos que encontramos na academia, que costumam descartar muito facilmente os modelos mais formalistas sem reconhecer quais são as suas possíveis vantagens. Nem todos os juízes são juízes Hércules e a academia (assim como os juízes) às vezes se esquece disso. Em circunstâncias em que não se confia nas pessoas que julgarão, quando se acha que elas erram mais ao acessar as justificativas subjacentes às regras do que analisando a própria literalidade das regras, seria mais aceitável apostar no formalismo como mecanismo de desenho institucional e tentar calibrar o sistema para que os agentes decisórios levassem as regras a sério.

Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves

Já tinha conversado um pouco sobre esses temas com o Zé [José Rodrigo Rodriguez], pois são questões fundamentais para o desenvolvimento do meu argumento.

Não acho que há a possibilidade da construção de um modelo hermenêutico luhmanniano. [Niklas] Luhmann escreveu uma teoria sociológica com pretensões exclusivamente descritivas da sociedade.

O livro, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*,²⁶ que influenciou bastante o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], pretende oferecer uma hipótese descritiva sobre *o que é e qual o papel* da dogmática jurídica. Esta hipótese é operacionalizada teoricamente com argumentos e conceitos. Busca, portanto, apresentar a função daquilo que [Niklas] Luhmann entende por dogmática jurídica. [Niklas] Luhmann não oferece um programa normativo nem critérios avaliativos para se escolher o melhor conteúdo para orientar a decisão jurídica. Sua análise é compreensiva e descritiva. Seu problema [de pesquisa] é: qual a função social da dogmática jurídica [tal como ela é construída pelos juristas] no interior da sociedade?

O professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] retrata muito bem, no livro *Função social da dogmática jurídica*, o problema que [Niklas] Luhmann busca responder. Segundo este autor, a dogmática jurídica é uma conquista evolutiva, uma construção social destinada a solucionar o seguinte problema social: como orientar a pluralidade de

expectativas individualizadas, a complexidade, sem eliminar a incerteza? O mecanismo que a própria sociedade desenvolve para resolver este problema é o direito e a dogmática jurídica. Para [Niklas] Luhmann, o direito da sociedade moderna é tão complexo, instável e incerto quanto ela. É direito positivo: posto por decisão. Isso significa que ele se constrói por meio de seleções, escolhas entre alternativas. Alternativas não são eliminadas (dada a complexidade da sociedade), mas permanecem válidas e podem ser adotadas no futuro.

Mas, se o direito é incerto, como é possível esperar que ele oriente expectativas sociais?

Segundo [Niklas] Luhmann, o direito desenvolveu dois mecanismos fundamentais para superar este obstáculo: (i) o caráter abstrato das normas jurídicas e (ii) a característica decisória dos procedimentos jurídicos.

Enquanto categoria abstrata, o direito pode contemplar em seu interior uma diversidade de expectativas individualizadas. Ele se transforma em uma moldura, um ponto de referência externo às múltiplas condutas. O conteúdo dessas condutas pode ser diverso, mas elas são condensadas em uma abstração que permite orientá-las, sem necessariamente adequá-las a um único sentido. Esta abstração, no entanto, não é imutável. A característica decisória dos procedimentos é aquilo que permitirá alterar o seu sentido. Alternativas não adotadas (não elevadas à abstração) no presente poderão ser selecionadas no futuro. Isso permite que, de um lado, o direito oriente expectativas e, de outro, crie novas expectativas normativas de modo a poder vir a ser alterado. O direito é incerto, pois alterável, mas consegue oferecer prestações de certeza para a sociedade.

A dogmática jurídica também poderia ser pensada a partir destas categorias. Ao fixar o sentido da norma, ela reduz a abstração da referência externa, mas não a individualiza. Diferentes fatos e expectativas podem ser contemplados em seu interior. Além disso, a dogmática como sentido abstrato também pode mudar. Uma vez formulada interpretação sobre determinado texto legal, ela está pronta para ser criticada por outros juristas, para ser modificada. A exteriorização de uma interpretação jurídica significa exclusivamente que outro entendimento poderia (e poderá) ser adotado.

O que foi apresentado acima é o diagnóstico (a explicação de [Niklas] Luhmann) sobre o papel do direito e da dogmática jurídica. Não se trata, portanto, de uma proposta hermenêutica. A observação luhmanniana é externa ao direito e à teoria do direito. Não se pode acusá-lo de formalista ou positivista. O máximo que se pode fazer é afirmar que seu diagnóstico é falso, pois o direito e a dogmática jurídica por ele descritos não correspondem à realidade.

Bruno Meyerhof Salama

Obrigado pela pergunta. Para entender como a economia auxilia a racionalidade interna do direito, é preciso ter em conta o seguinte: em casos difíceis (e às vezes nos fáceis também) a atuação dos juízes é também normatizadora. A normatização se dá na medida em que, ao deslindar a legislação, os juízes interferem nas regras do jogo da sociedade. Dito de forma simples: o posicionamento da jurisprudência afeta as expectativas das pessoas sobre as prováveis consequências de suas ações. Como em muitos casos as ações das pessoas são instrumentais e calculadas, a mudança nessas expectativas se traduz em mudanças das ações humanas também. A ação dos juízes é pragmática, então, no sentido de que há este condicionamento dos indivíduos integrantes da sociedade.

Isso coloca um problema muito sério. Afinal, criar regras – e aqui entra a contribuição da economia – significa, entre outras coisas, fazer escolhas. A regra feita por mim traz consigo um certo conjunto de custos e benefícios, vantagens e desvantagens.

Parece-me que a ideia de pragmatismo se liga à negação da necessidade de fundamentos para a ação. Na leitura posneriana, o pragmatismo no direito é a arte de viver sem fundamentos, ou seja, o que o autor chama de princípios absolutos. Por isso, a ideia de pragmatismo está ligada também a uma certa negação do platonismo no direito.

Um exemplo clássico, mencionado pelo próprio [Richard] Posner: fulano encontra uma caneta no chão. Ele sabe que a caneta pertence a sicrano, e por isso entrega a caneta a sicrano. Fulano o faz, contudo, sem saber que sicrano havia prometido uma recompensa a quem achasse a caneta. O fulano tem direito à recompensa?

Nos Estados Unidos, a questão surgiu nos tribunais, com uma discussão ocorrida no final século retrasado. A solução foi: “se fulano

encontrou a caneta e não sabia que sicrano havia prometido uma recompensa, então, não houve uma aceitação voluntária”. Se não houve uma aceitação voluntária, prossegue a decisão, não há contrato, porque o contrato define-se como um acordo voluntário. Esta é uma decisão, em um certo sentido, platônica.

A negação do platonismo em uma situação como essa implicaria dizer: “quem disse que a ontologia do contrato é um acordo de vontades”? É nesse sentido que eu me refiro à negação do platonismo.

Qual seria a aproximação pragmática? Seria discutir a interpretação do que seja um contrato – ou do que seja uma promessa – de forma a pensar nos incentivos dados por essa definição. Pensemos: qual é o objetivo no tocante à situação da caneta encontrada por acaso por pessoas em situação similar à do fulano? Resposta, o objetivo é incentivar que essas pessoas devolvam a caneta. Então, a questão é pensar não na ontologia do contrato, mas na definição de contrato (ou na conceituação de obrigação extracontratual) que incentive as pessoas a devolverem as canetas que encontrarem no chão com maior frequência e a um custo administrativo aceitável para a operação do sistema judicial.

Falei da economia como a ciência que estuda custos e benefícios das escolhas, mas não acho que o pragmatismo se confunda com economicismo. Nem deve. As decisões humanas, inclusive as decisões judiciais, não são simplesmente informadas por uma análise de custos e benefícios, vantagens e desvantagens. Nas atividades jurídicas em particular, as decisões se dão em um diálogo inevitável com princípios do Estado de Direito, como, por exemplo, a preservação da liberdade, da democracia e da legalidade.

Tudo isso sugere, então, pensar a decidibilidade – usando a expressão dos norte-americanos – como *forward looking*. Ou seja, não olhar simplesmente para aquele caso específico, mas também para uma série de casos iguais. Se este caso for decidido de certa forma o que as pessoas farão a partir de agora na expectativa de que, se um caso igual a esse for levado a juízo, ele será decidido assim? Este é o espírito pragmático.

Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Gostaria de acrescentar algo sem me referir especificadamente a nenhuma das exposições. Senti que o tema do saber dogmático,

como foi desenvolvido, sob perspectivas bastante diferentes, fez com que percebêssemos, todo momento, que estamos lidando com sutis diferenças entre as diversas manifestações do discurso jurídico enquanto um discurso racional. Pessoalmente, tentei trabalhar isso com uma classificação, cujas distinções não são muito fáceis de serem traçadas e percebidas, qual seja, a diferença entre ciência, tecnologia e técnica ou discurso científico, tecnológico e técnico.

O problema está, no entanto, em saber até que ponto há ou não modelos capazes de distinguir e explicar, no discurso jurídico como um todo, formas diferentes de racionalidade? Como lido, por exemplo, com essa questão, no caso de [Richard] Posner, com situações em que o discurso jurídico se reporta, simultaneamente, a uma expectativa de racionalidade macro do legislador e a uma expectativa de racionalidade microcós mica do juiz? No fundo, estamos dentro desse universo em que o direito, pelo menos o direito ocidental, acabou se formando com base em um processo de racionalização, conforme o pensamento de [Max] Weber. Nós nos encontramos em um longo e complexo processo de racionalização, em que a dificuldade sempre está em lidar com fórmulas (*tipos ideais*) que têm uma pretensão de alcance genérico de modo a poder ser universalizadas mesmo diante da angústia do caso particular e da solução concreta. Nesse ponto, surge sempre a questão: como faremos isso?

Quando digo “nós”, estou me referindo à cultura ocidental – não sei se outras culturas lidam com isso de forma diferente –, ao choque da universalização e da particularização que apareceu na comparação de Aristóteles entre a lei (*nomos*) e a língua (*logos*). Os sofistas talvez tenham sido os primeiros a lidar com esse tema, reduzindo-o, porém, a um problema de existência: não como nos comunicamos (com base na *verdade*), mas como convivemos (mesmo sem aquela base). A resposta prevalecente não foi dada por eles, mas pela filosofia mais tradicional (linha socrática); contudo, os sofistas estão sempre nos rondando e mostrando que este último modo de pensar não funciona inteiramente para todas as situações.

Nesse quadro se entende a fuga estratégica para as diferentes formas de formalismo jurídico. Porém, com menos formalismo ou com mais formalismo, é preciso enfrentar o tema do todo, é preciso fechar o sistema, um tema permanente na discussão da

metodologia jurídica e na análise de como funciona o direito em seus diferentes planos discursivos.

DOGMÁTICA JURÍDICA: CRISE OU TRANSFORMAÇÃO? (I)

LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E SOCIEDADE CIVIL²⁷

Marco Aurélio Greco

Quero agradecer o convite do José Rodrigo [Rodriguez] para participar deste evento. Quando circulou o *e-mail*, fui à sala dele e pedi para participar. Não sabia o que iria dizer, mas não poderia perder a oportunidade, seja pelos laços de amizade, seja pela admiração que tenho pelo Tercio Sampaio Ferraz Jr., que foi meu professor; não vou dizer há quanto tempo.

O que alguém de uma área específica, particularmente de uma área considerada muito técnica, como o direito tributário, pode trazer para um debate altamente filosófico e complexo sobre dogmática e formalismo? Não arriscarei grandes voos filosóficos, mas tentarei relatar o que está acontecendo no âmbito tributário brasileiro. Aos meus olhos – e cada um enxerga de seu modo –, vejo uma crise do formalismo. Se analisarmos a doutrina produzida nos últimos trinta anos, da década de 1970 para cá, perceberemos uma nítida corrente muito bem estruturada, muito bem formulada, que assume uma postura analítica.

Seu objeto é a norma: analisá-la, dissecá-la, encontrar todas as suas dobras etc. Essa doutrina obviamente apresenta grande utilidade, pois resolve muitos problemas e funciona como instrumento de controle do exercício do poder. Só que essa postura, de repente, é confrontada com outra necessidade, outra maneira de enxergar a realidade tributária. No meu texto, o nariz-de-cera foi o trecho de acórdão de 2006 do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Vale dizer, o texto de uma decisão administrativa que, para julgar um caso concreto de reorganização societária, procede a uma ponderação entre liberdade individual, de um lado, e isonomia e capacidade contributiva, de outro, e conclui que não existe mais uma liberdade absoluta de o contribuinte organizar sua vida de modo a economizar tributos. Não existe mais uma liberdade absoluta, mas uma liberdade que precisa ser motivada. E o texto vai mais longe ao dizer literalmente que, do ponto de vista formal, o fato de as transações, isoladamente, serem todas legais não garante a legitimidade do conjunto.

É curioso que isso não tenha aparecido em acórdão do Superior Tribunal de Justiça nem em acórdão do Supremo Tribunal Federal. Isso apareceu em acórdão de um órgão considerado técnico e preparado para julgar amortizações, dedutibilidade, ágios etc, e no âmbito de um debate desse tipo surgiu uma discussão sobre legalidade, de um lado, e legitimidade, de outro; apareceu uma discussão sobre ponderação de princípios constitucionais de liberdade de um lado e isonomia do outro e assim por diante.

Por outro lado, se consultarmos a doutrina, não encontraremos quase nada sobre isso. Assisti, há uns dois meses, palestra de um juiz federal que reputo de altíssimo nível e que disse que o que está escrito no Código Tributário Nacional em matéria de responsabilidade de sócios e administradores não tem relação com o que a doutrina escreve nem com o que o STJ decide. Ou seja, estamos em um momento de descompasso – a meu ver, um descompasso entre doutrina produzida e questões e modos de solucionar as questões que aparecem para o julgador tributário.

Eu me pergunto: por quê? De onde veio isso? Se fizermos um levantamento doutrinário mais abrangente em direção ao passado, veremos que, antes de 1965, existia uma doutrina produzida na qual se discutia a realidade econômica, em que se discutiam os efeitos dos negócios, os valores fundamentais da tributação, em que havia uma discussão de caráter substancial. De repente, a doutrina tributária brasileira passou a discutir apenas a estrutura. Estrutura da norma, estrutura dos conceitos, fazendo quase uma arquitetura de conceitos, uma matemática de conceitos para tentar resolver os problemas tributários. Por que a mudança? O que aconteceu, de 1965 para cá, que fez uma discussão substancial se transformar numa discussão formal e fez o formalismo entrar em crise, agora, quando ele tem que enfrentar temas como aqueles que estão no acórdão?

Lá vai minha interpretação baseada em meu modo de enxergar e em função do que vivi nesse período. Este é o foco da minha manifestação; ela não será um resumo do texto, mas procurarei acentuar o que me parece ser o núcleo da questão e fazer um gancho com o que disse um dos expositores – acho que foi Noel Struchiner –, quando mencionou que em certas circunstâncias “o autismo é uma escolha socialmente ajustada”. Farei um paralelo,

dizendo que aqui “o autismo é uma escolha politicamente ajustada” – pois penso que existe subjacente uma variável política séria –, pois o direito tributário sempre foi a ponta de lança no confronto com o exercício do poder. Historicamente, grandes questões políticas foram deflagradas por grandes questões tributárias. Nessa ponta de lança, o que havia depois de 1965? O regime militar, que acredita em autoridade e, portanto, autoridade se exprime por hierarquia. Se é hierarquia de patentes militares ou de normas jurídicas, estou usando a mesma abordagem para conseguir instaurar um diálogo com meu interlocutor autoritário.

O regime militar era um regime politicamente autoritário, embora altamente racional, e trouxe um modelo racional de administração. Quem consultar a legislação a partir de 1964 verá com todas as letras a obsessão pelo planejamento, tanto assim que foram editadas várias leis aprovando Planos Setoriais como, por exemplo, o Plano Nacional de Viação que começava estruturando o sistema nacional de viação, definia objetivos, diretrizes, etc. Em outras palavras, uma visão racional da perspectiva sistemática; portanto, se é racional, o que utilizaremos para resolver as divergências? A lógica.

Ao mesmo tempo, havia um contexto em que não se podia discutir temas de caráter substancial. Vamos ser muito francos: naquele contexto, quem discutisse isonomia, desigualdades sociais ou temas correlatos corria o risco de ter problemas de saúde – para dizer o mínimo.

Vejam os o contexto político: autoridade, racionalidade, sistema, não poder discutir questões substanciais. O que, então, aconteceu? Lembremos o que ocorreu na PUC/SP na década de 1970. Havia uma ebulição teórico-filosófica naquele período. Na época, o reitor da PUC/SP, Geraldo Ataliba, professor titular de direito tributário, tinha muita consciência da importância do debate filosófico – tanto que, em sua obra, de uma forma não muito explícita, encampa o modelo kelseniano no que se refere aos âmbitos de validade da norma jurídica para transformá-lo em aspectos da hipótese de incidência tributária. O professor Geraldo Ataliba estimulou o estudo de filosofia em seus alunos; fez questão de que, na criação da pós-graduação, existisse uma cadeira obrigatória de filosofia do direito, para todos os alunos, e contratou o professor

Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], e uma cadeira de teoria geral do direito, no início do curso, com André Franco Montoro. Foram estes dois que começaram a ministrar essas disciplinas; depois houve uma série de desdobramentos.

Buscava-se trazer o conhecimento filosófico da época. Entretanto, era um debate filosófico que não podia ir muito além do debate formal, portanto, [Hans] Kelsen caía com muita pertinência. Em 1973, Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] começou a expor a pragmática, trouxe a ideia da semiótica, dos planos analítico, semântico e pragmático o que é absorvido muito rapidamente no campo tributário, mas só em parte, pois se prestigia a abordagem analítica e, no máximo, semântica, mas pouco ou quase nada se fala quanto à pragmática.

No âmbito tributário, nesses últimos quarenta anos – desculpem se estiver errado –, a pragmática estava latente, enquanto a semântica e a sintática tiveram muito prestígio e desenvoltura. A sintática deu realce ao tema da hierarquia das normas, mas o passar do tempo o debate sobre hierarquia bateu no teto porque, na década de 1970, o debate tributário estava focado no conflito entre portaria de Ministro e decreto. Se pegarem os textos, notarão que, na década de 1980, o debate era o conflito entre decreto e lei; na década de 1990 entre lei e Constituição; depois da década de 1990, surgiu o debate da Constituição perante as cláusulas pétreas realçando-se que a liberdade e a individualidade são cláusulas pétreas. E agora? Agora bateu no teto, não há mais sintática para levar adiante; por outro lado, a semântica foi também esmiuçada. Na Constituição, discutiu-se o que é mercadoria, o que é salário, receita – e ainda se discute. Não estou dizendo que isso não seja pertinente; afirmo apenas que não é a única perspectiva relevante.

Por que isso se desenvolveu tanto? Aí vem a minha ideia: porque o contexto político não permitia que fosse outra a dogmática tributária feita no Brasil nesse período. O que aconteceu? O que levou a esse contexto? Quando se fala de direito tributário, é comum fazer-se uma separação do tipo: “fisco” para lá, “nós” para cá. O fisco com a lei, nós com a liberdade –, e sempre enxergando a lei como um grande instrumento de controle do fisco. Porém, a partir do momento em que essas duas ideias foram levadas a seu extremo e o texto da lei é assumido como o único referencial,

pouco há a dizer, pois o governo aprendeu a fazer lei. E, como o controle da lei é apenas um controle formal, se for uma lei formalmente bem feita, nada se poderá dizer contra ela. Isso transformou, nos últimos vinte anos, a legalidade tributária – que, originalmente, tinha uma função de libertação, de proteção do contribuinte – em uma legalidade de dominação do contribuinte.

Façam um levantamento dos institutos e instrumentos criados a partir de 1990; eu fiz esse levantamento. Identifiquem as medidas que envolveram o convívio fisco/contribuinte: todas restringiram direitos individuais. Vejam que foram criadas a cautelar fiscal, o arrolamento de bens, a penhora *online*, a mudança na definição de fraude à execução, Cadin,²⁸ bloqueio do CPF, etc são exemplos da utilização da lei como instrumento de dominação. Isso aconteceu porque só se olhou o lado formal da lei. Por outro lado, se observarmos a partir da perspectiva do contribuinte, como se manifestava sua liberdade sob o ângulo formal? Ela se apresentava como um poder de fazer o que bem entendesse desde que atendesse a mínimos requisitos. Isso levou a um sem-número de condutas do contribuinte, que são meramente formais como a criação de pessoas jurídicas de papel ou fingidas.

Vocês dirão que estou sendo forte, mas essas duas expressões (“fingidas e de papel”) estão em acórdão do antigo Tribunal Federal de Recursos; ou seja, montagens sem nenhuma outra razão que não pura e simplesmente economizar tributo.

Minha avaliação, e o que eu gostaria de ver daqui para frente, é que o formalismo, no âmbito tributário – que foi uma escolha politicamente viável em certo momento histórico – se supere, pois a Constituição mudou há vinte anos e mudou, inclusive, o perfil do Estado. A Constituição de 1988 é eminentemente voltada para a sociedade; a grande personagem desse romance se chama sociedade civil. Na Constituição de 1967, o grande personagem era o Estado. Vejam o preâmbulo da Constituição de 1967: “o Congresso Nacional, sob a proteção de Deus, promulga”; ora, Congresso Nacional é órgão do Estado. O grande personagem é o Estado. Vejam o preâmbulo da Constituição de 1988: “nós, representantes do povo, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático”, ou seja, o Estado vem depois de “nós” que fizemos a Constituição.

Há vinte anos estamos com essa mudança de eixo que não foi ainda, entre aspas, “dogmatizada” ou, melhor dizendo, “elaborada dogmaticamente”. Existem esforços nesse sentido, mas isso ainda não foi devidamente explorado. Gostaria de ver a função social da dogmática acordar para o campo do direito tributário porque, na minha visão, ela está dormindo há um bom tempo.

Infelizmente, se não introduzirmos essa discussão, que pode e deve levar a uma ponderação, corremos o risco de ir, de novo, para soluções radicais, ou seja, “pode tudo ou não pode nada”. Quando não se tem parâmetros tudo pode acontecer.

Obrigado.

DOGMÁTICA PENAL EM CRISE?

Marta Rodriguez de Assis Machado

Gostaria de agradecer o convite para falar neste seminário e agradecer também a minha posição no bloco dos dogmáticos, porque é isso mesmo que pretendo fazer aqui: tratar de dogmática penal.

Antes, porém, para contextualizar minha comunicação, quero dizer que fiz mestrado e doutorado, curiosamente, no departamento de filosofia e teoria geral do direito, porque meu olhar sobre a dogmática penal sempre levantou questões mais gerais, de teoria do direito. Dessa forma, a obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] influenciou demais todo o trabalho que fiz no âmbito da dogmática penal.

Hoje, voltarei ao tema do papel da dogmática e tratarei justamente do debate dogmático-penal tentando caracterizar e fornecer a minha leitura sobre o que está acontecendo nesse campo.

No programa, o título da minha fala é “Dogmática penal em crise?”, com um ponto de interrogação. O que eu farei aqui, muito brevemente e evidentemente de modo superficial, é expor alguns dos elementos que me fazem atualmente responder positivamente a esse ponto de interrogação.

O diagnóstico de crise da dogmática penal nos sistemas de matriz romano-germânica pode ser extraído de uma série de problemas já identificados e discussões já em curso, especialmente entre autores alemães. Isso é feito apontando-se os mais diversos problemas de pontos de vistas e ilustrações teóricas distintas. Na base desse diagnóstico, está o fato de que o direito penal está regulando situações novas. Está, portanto, deparando-se com fenômenos diante dos quais não abdica de regular, mas, ao mesmo tempo, enfrenta dificuldades de lidar. O arsenal dogmático do direito penal não consegue explicar, nem atender a essas mudanças e isso significa também que a dogmática penal vem sendo ineficiente para limitar ou reverter os riscos de sobre-responsabilização individual.

Essa crise parece ser uma crise geral do modelo de construção de teorias do delito. Essa é a forma como tentarei caracterizá-la – ainda que rapidamente – para a seguir indicar como um penalista alemão, Günther Jakobs, tentou dar uma resposta a essa crise.

Quero iniciar contando de onde vem a história de teoria do delito como sistema fechado – acho que isso é uma especificidade da dogmática penal e é um ponto importante no debate. Uma vez consolidada a ideia de que só haveria sanção penal em razão da prática de um fato punível, a discussão em torno de quando se pode ou não imputar responsabilidade penal e sancionar correspondeu, no campo da dogmática penal, à discussão sobre a definição material do delito.

Com Liszt, no final do século XVIII, temos a formalização do trabalho dogmático como a definição e a organização sistemática de categorias que, agregadas, conformam a definição do delito. O que interessa é que, a partir desse movimento, surgiu a ideia de construir uma dogmática conformada em um sistema fechado de categorias. Isso ocorreu no momento em que havia uma demanda de segurança e não existia na Alemanha um código penal unificado. A teoria do delito como sistema fechado de categorias respondia à demanda de se ter algo que segurasse ou limitasse a punição. O interessante é que a dogmática penal conformada em termos de sistema fechado de categorias manteve-se por séculos – e talvez isso seja o que chamo de especificidade da dogmática penal. A mediação entre norma e aplicação se deu durante todo esse tempo por meio da teoria do delito como um sistema fechado de categorias.

O que acho curioso é que mesmo os autores considerados abertamente normativistas no direito penal trabalhavam com a ideia de subsunção mediada pela teoria do delito, ou seja, no direito penal, não haveria subsunção a partir da norma, mas subsunção a partir das categorias da teoria do delito. A ideia de que, existindo um sistema fechado, se teria mais segurança e menos possibilidade de interpretação e mais controle na aplicação da lei penal acabou segurando e legitimando a permanência desse modelo de dogmática penal. Isso explica também a força que a Escola Finalista teve depois do nazismo, com a promessa de que categorias definidas a partir de categorias ontológicas estariam menos sujeitas ao arbítrio.

Voltando a Liszt, o pai da teoria do delito, podemos dizer que o conteúdo causalista com o qual ele preenche os elementos de seu sistema – é importante mencionar que ele é fortemente

influenciado pelo positivismo científico na época – mostraria logo insuficiências. Mas pode-se dizer que Liszt deixou duas heranças muito fortes ao debate penal. A primeira foi fixar que aquilo que está na base da definição do delito e que, portanto, liga um autor legitimamente à sanção que lhe é aplicada é o conceito de causalidade (científico-natural). Considero isso uma das heranças de Liszt, porque todas as escolas que vieram depois questionaram fortemente os conceitos da sua teoria causalista, agregaram ao debate outros critérios para definir delito, agregaram elementos normativos às definições das categorias, mas nunca abriram mão da base da “causalidade científico-natural”, assumida como pressuposto.

A segunda herança de Liszt foi justamente a ideia de sistema fechado de categorias que influenciou toda a dogmática penal nos dois séculos que se lhe seguiram. Ou seja, o debate dogmático penal esteve desde então voltado para a disputa pelas distintas definições das categorias – tipicidade objetiva e subjetiva, antijuridicidade e culpabilidade –, que justapostas compõem o conceito material de delito.

Diferentes teorias penais forneceram, sucessivamente, distintos conteúdos para preencher o conceito de delito sob distintos arranjos, mas sempre organizados sistematicamente.

Quando [Günther] Jakobs – autor que estudei em meu doutorado – concebeu sua teoria da imputação, no final da década de 1980, certamente, ele tinha diante de si um momento de esgotamento da resposta dogmática dominante; no caso, a teoria finalista que vinha sendo fortemente criticada, acusada de estar fechada em si mesma, em seus conceitos ontológicos e, na realidade, sem poder de interferência.

[Günther] Jakobs reagiu contra os excessos de subjetivização do finalismo e a falta de referência social – no que ele coincide com os demais críticos do finalismo –, mas volta-se também contra as relações concretas de causalidade, contra a ideia de ilícito penal centrada na lesão a bens, contra a definição de culpa baseada em conceitos substantivos de reprovabilidade – e ao final sua reação transcende a discussão com o finalismo, pois ele rompe com a própria ideia de construção de um conceito de delito.

A tarefa de construir um conceito material de delito definiu, como disse, o campo da dogmática penal desde Liszt e [Günther]

Jakobs propôs justamente uma mudança radical dos termos do problema. O ponto central não está mais na definição do delito, mas, sim, em descrever e fornecer instrumentos dogmáticos que expliquem o processo de imputação em si.

[Günther] Jakobs não fez teoria do delito; ele criou uma teoria de imputação – esse é o “novo” nome que ele dá ao seu manual e que sintetiza a mudança de paradigma que ele promove na dogmática penal. O movimento teórico feito por ele contra o modelo da teoria do delito, não acontece por acaso; ele responde ao fato de que o diagnóstico de crise da dogmática penal já não se coloca como a existência de problemas pontuais em um modelo que ainda detém força explicativa, mas, sim, como uma crise que abala seus pilares mais fundamentais.

Isso fica visível com a crise do próprio critério da causalidade, que está na base das teorias do delito. Há fenômenos que passaram a se impor à elaboração dogmática que já não podem ser explicados por nenhuma das versões disponíveis desse conceito. Os casos de responsabilidade pelo produto que foram aparecendo desde a década de 1970 – como os casos alemães da talidomida e do *leather spray* – são paradigmáticos da inoperância do critério da causalidade como base para explicação da imputação.

Resumidamente, falarei do caso *leather spray*, um caso considerado *leading case* para se tratar de responsabilidade do produto na Alemanha. Alguns dos consumidores desse spray para couros começaram a apresentar, com frequência, problemas de saúde. Os laudos científicos do caso não foram capazes de explicar qual o fator ou a interação de fatores do produto poderia dar ensejo às consequências negativas na saúde dos consumidores. Tampouco foram capazes de excluir com segurança a interferência de outro fator. Em suma, a ciência não foi capaz de traçar uma lei geral causal que ligasse o produto às consequências na saúde de seus consumidores. Não era só um problema de prova, era um problema de não conseguir traçar uma lei geral causal vinculando o produto ao resultado; ainda assim, decidiu-se imputar responsabilidade aos diretores da empresa fabricante com a afirmação de que a conduta de ter colocado o produto no mercado e não tê-lo retirado diante da suspeita de dano teria sido causal em relação ao resultado. A decisão do Tribunal se deu com base em um conceito

de causalidade suficiente ou razoável, fundamentado em probabilidade estatística e criado no momento do julgamento. Esse conceito definitivamente desafiava o que os penalistas chamam de causalidade “científico-natural”. Nesse caso, imputou-se responsabilidade aos diretores da empresa fabricante pelos danos à saúde, mesmo diante da incerteza da ciência.

Essa decisão foi muito comentada e criticada, especialmente porque teria significado uma flexibilização inaceitável dos critérios de imputação ou, ainda, um julgamento contrário ao *in dubio pro reo*.

Ora, é sabido que, primeiro, o direito não está vinculado ao conceito de causa da ciência. Segundo, que a denominada causa científico-natural dos penalistas não traz para o direito a complexidade das discussões da ciência e as incertezas a elas inerentes. Terceiro, a própria dogmática penal já havia redefinido esse conceito inúmeras vezes, inclusive para articulá-lo com critérios normativos.

Se assumirmos pelo menos esses três pontos, minha questão é: por que essa decisão gerou tanto espanto? A meu ver, o problema está no fato de que trabalhar com casos em que nem mesmo a regra geral causal foi afirmada gera consequências praticamente inaceitáveis para a teoria do delito, que tem a causalidade como pilar. Nesse caso, a falta de parâmetros para definir a causa gerou muita incerteza e isso, no limite, poderia tornar irrelevante o próprio conceito dogmático.

Caso entendamos que o direito penal deva tratar de casos como o do *leather spray* (isto é, casos em que as relações de causalidade não se comportam da forma como vinham se apresentando), precisamos compreender por onde, efetivamente, passa a decisão de imputar. Nesse caso, ela não esteve fundada na ideia de causa, mas, sim, na decisão de imputar responsabilidade aos diretores por terem violado um dever de agir para proteger os consumidores, diante da possibilidade de risco à saúde; possibilidade essa que, não necessariamente deve ser comprovada para que o dever persista.

A dificuldade da teoria tradicional em ler o caso dessa forma está na dificuldade de admitir que o direito possa criar critérios normativos para imputar responsabilidade penal e não depender do conceito de causa. Em outras palavras, a dificuldade está no

fato de que prescindir do conceito de causa é mexer na estrutura mesma da definição tradicional de delito, mas, de outro lado, mantê-lo na base do sistema significa também abdicar de intervir em muitos casos em que traçar essa relação não se apresenta mais plausível. Não intervir nesses casos, entretanto, não parecer a tendência político-criminal vivida pela maior parte dos sistemas penais.

Hoje em dia, podemos dizer que esse problema está bastante disseminado. Podemos pensar em setores inteiros aos quais a regulação penal se estendeu, por exemplo, meio ambiente e mercado financeiro, em que as relações de causalidade são muito complexas – se é que é possível estabelecê-las em grande parte dos casos. Nesses setores, é notável a criação de formas de imputar responsabilidade sem causalidade.

O ponto ao qual quero chegar é que a dogmática não consegue explicar essas formas de imputar responsabilidade penal; elas são consideradas formas heterodoxas ou excepcionais de tipificação que surgem exatamente da dificuldade de relacionar condutas a resultados.

Em primeiro lugar, refiro-me a modos de tipificação que evitam trazer para o âmbito do tipo a relação da conduta com o resultado, cujo ilícito se concentra no desvalor da conduta em si. São tipos de mera conduta, tipos de perigo abstrato, delitos de obstáculo, delitos de mera posse.

Em segundo lugar, refiro-me a crimes com resultados, mas que apenas se explicam dogmaticamente por meio da infração de deveres, como as omissões culposas. Essa é uma forma cada vez mais frequente de incriminação, inclusive no que diz respeito à criminalidade econômica e que visa a ampliar ou facilitar a responsabilização de administradores e diretores.

Pode-se dizer que, na prática, a estrutura paradigmática do delito está deixando de ser o tipo de ação que se realiza no resultado da lesão ao bem jurídico, para se explicar por meio da violação a determinados deveres. O problema da causalidade, a meu ver, põe a nu a fragilidade do verdadeiro substrato das teorias tradicionais: a manutenção de conceitos concretos em sua definição. Esses conteúdos, que estão na base das diversas versões do critério da causalidade, nas definições de bem jurídico e de culpa, enfrentam

dificuldades enormes para se manter neste momento em que a natureza das normas se afasta de definições materiais.

A estrutura dogmática da teoria do delito, antes pensada para funcionar no chamado paradigma do homicídio individual é agora submetida à pressão de guiar decisões de imputação em casos envolvendo fenômenos tão diversos e complexos, com os quais ela não consegue lidar, sem modificar seu padrão de funcionamento.

Para dar conta disso, a meu ver, é necessário uma virada teórica profunda. Não teria tempo de me aprofundar nesse diagnóstico, mas chamarei a atenção para alguns pontos da contribuição de Günther Jakobs nesse panorama.

Para construir o sistema de imputação, [Günther] Jakobs partiu do diagnóstico de insuficiência. Sua estratégia nesse sentido é explícita; ele tomou como ponto de partida da dogmática penal a ideia de função do direito penal e subordinou a construção dos conceitos a essa ideia, e não a definições materiais (valorativas ou ontológicas), como faziam as demais teorias do delito. Todos os conceitos de sujeito, causalidade, poder, capacidade, culpabilidade, etc. perdem o conteúdo pré-jurídico e se convertem em conceitos normativos que designam graus de responsabilidade atribuída. A decisão de atribuir responsabilidade ficará, segundo [Günther] Jakobs, por conta da verificação da necessidade de produzir comunicação social sobre determinado conflito, seguindo parâmetros que dizem respeito à necessidade de estabilização de expectativas normativas que se referem a normas entendidas como cruciais para determinada sociedade. Trata-se, portanto, de um critério funcional em relação a cada sociedade e, portanto, contingente.

[Günther] Jakobs apresenta, assim, uma reação aos pilares da teoria tradicional – as relações concretas de causalidade, a definição substancial de delito como lesão a bens jurídicos e a definição de culpa como reprovabilidade. Como já afirmei, em sua teoria da imputação, [Günther] Jakobs muda totalmente os termos do problema da dogmática penal. Não se trata de buscar um novo conceito de delito com um conteúdo mais adequado ou a partir de outro conjunto de critérios substantivos, mas de fazer o próprio processo de imputação o centro e do objeto da sua teoria.

Isso só foi possível porque [Günther] Jakobs parte de outro ponto de vista sobre a função do direito penal na sociedade. O

direito penal não tem mais como função impor valores, influenciar comportamentos ou reagir diante da lesão a bens; o que importa, para o direito penal, é estabilizar um conjunto de expectativas de conduta que formam o núcleo que ele chamou de núcleo formativo de uma sociedade.

Para ele, uma infração é simplesmente uma desautorização da norma que gera conflito, na medida em que coloca em dúvida a própria norma como modelo de orientação. Assim, a infração é definida não por um comportamento que produz efeitos no mundo exterior, mas por seu significado em relação ao significado da norma. Colocada no mesmo nível da infração, a pena não deve ser considerada simplesmente como um fato exterior, pois significa algo, ou seja, o significado do comportamento do infrator não é determinante, o determinante continua sendo a norma.

Trata-se de uma réplica diante da infração da norma que se define por sua função comunicativa. Embora se exerça à custa do infrator, infração e sanção estão no mesmo plano da validade da norma e são entendidas como comunicação. A pena tem por finalidade, portanto, produzir efeitos no âmbito da comunicação, e não no âmbito empírico; ela não pretende atingir efeitos de psicologia social nem em relação ao autor, nem em relação aos possíveis autores, mas dirige-se a todos os cidadãos na medida em que tem por fim apenas estabilizar as expectativas de conduta que servem de orientação geral.

O processo que culmina na atribuição de responsabilidade penal também se desenvolve no âmbito comunicativo. Não serve simplesmente para declarar um vínculo com existência exterior e prévia entre o autor e o fato, mas para guiar a decisão normativa sobre o que e a quem imputar. Trata-se, portanto, de um processo de atribuição de sentido comunicativo que envolve decisões tomadas em relação ao contexto de cada sociedade, segundo determinada função social do sistema penal.

Essa decisão é tomada segundo determinado procedimento e [Günther] Jakobs está preocupado em descrever a estrutura desse procedimento, o processo de imputação. Nesse sentido, todas as categorias que ele utiliza para descrever processo de imputação – o que não teria tempo de detalhar aqui – são utilizadas para aferir se

e em que medida é necessária uma resposta comunicativa para contrariar a comunicação da infração.

A descrição dessa estrutura do procedimento é pensada por ele conjuntamente com a descrição da estrutura da sociedade, com um sistema de expectativas ligadas a papéis sociais, em que indivíduos são tomados pelo direito como pessoas garantes das expectativas de seu papel. A ideia de violação a deveres apresenta-se como uma estrutura geral capaz de abarcar e explicar conteúdos diversos e modelos diversos de intervenção penal, sem determinar nem excluir, de antemão, diferentes possibilidades de conformá-la. O processo de imputação de responsabilidade penal se inicia não com a definição do que é causal ao resultado; ele tem início com a discussão sobre o comportamento dos envolvidos segundo a conformidade ou não com as normas que dizem respeito aos papéis sociais.

Em outras palavras, a verificação da violação de deveres considerados fundamentais, em seguida, avança para se aferir o significado comunicativo do ato em relação à vigência da norma e à necessidade da resposta comunicativa em termos de imputação de responsabilidade penal.

Com isso, a teoria de [Günther] Jakobs consegue responder ao cenário de crise da dogmática penal exatamente porque ela se desvincula das tentativas de definição do delito com base em relações concretas de causalidade. Além disso, ela desvincula a imputação da verificação de elementos cognitivos e psicológicos ligados aos participantes das relações, o que responde às preocupações de se fazer uma teoria que possibilite contatos anônimos em uma sociedade de massas e que não imponha amálgamas valorativos prévios.

Por fim, [Günther] Jakobs também se preocupa em resolver o problema da culpa, a qual, uma vez definida materialmente como reprovabilidade em suas diversas formas de aferição, converteu-se ora em um critério inoperante, ora em ficção, ora em um espaço para julgamentos morais. De modo esquemático, o juízo sobre a culpa, para [Günther] Jakobs, assim como as demais decisões tomadas durante o processo de imputação, passa a ser feito pelo caminho inverso ou, como ele diz, funcionalizado em relação ao fim do direito penal. Haverá culpa se houver, naquela situação

concreta, necessidade da imputação de responsabilidade penal para estabilizar comunicativamente a norma violada.

Para concluir, é evidente que o que apresentei foi apenas um esquema geral da teoria da imputação do [Günther] Jakobs. Enfatizei, propositalmente, o aspecto que considero inovador. É preciso mencionar que há, em sua teoria, uma série de pontos problemáticos e passíveis de crítica, tanto do ponto de vista interno, como externo. Suas oscilações sobre o conceito de pena é, por exemplo, um dos aspectos problemáticos de sua teoria.

Além disso, ele se tornou um autor muito controvertido especialmente a partir de 2001, ano em que escreveu um texto defendendo a ideia de um direito penal do inimigo. A partir de então, sua teoria da imputação caiu em desgraça ainda que sua proposta sobre um direito penal do inimigo não caiba dentro da sua teoria da imputação. Trata-se justamente de uma exceção ao sistema de imputação, que pressupõe, em sua teoria, de normas do estado de direito. Muitas das críticas dirigidas a ele a partir disso o estigmatiza, pois vão no sentido de que sua teoria da imputação leva necessariamente a um tipo de saída conservadora, aos moldes do direito penal do inimigo, o que não me parece correto.

De outro lado, há uma crítica externa ao seu modelo, que me parece relevante, precisamente em relação ao problema da legitimidade. Ao abandonar os conceitos materiais de legitimação e limitação da intervenção penal, [Günther] Jakobs adotou um modelo formal que pressupõe legitimidade a partir de normas válidas de um estado de direito; ele tirou o problema da legitimidade do sistema jurídico e jogou para o sistema político. Isso fez com que ele fosse fortemente criticado pelos autores contemporâneos do direito penal que ainda trabalham com os critérios materiais e substantivos. As acusações apontam que [Günther] Jakobs justificaria qualquer tipo de intervenção penal.

Não entrarei nessa discussão. O que eu gostaria de enfatizar é que uma estrutura teórica, digamos assim, “desubstancializada” é a única à altura dos problemas postos pelo direito penal de nosso tempo.

Ainda que seja possível criticar sua teoria, quer por aspectos internos, quer pelo abandono da questão da legitimidade (que me parece ser a crítica mais importante à sua obra), uma volta aos

critérios materiais de legitimação e limitação da intervenção penal não me parece mais possível hoje em dia.

Obrigada.

DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL:

CRISE OU MUDANÇA DE PARADIGMA?

Flavia Portella Püschel

Como um dos pesquisadores dogmáticos deste encontro, minha ideia é – seguindo a linha de colegas que já falaram na parte da manhã – levantar um problema que chamaria, como fez Marco Aurélio Greco, de “descompasso”; trata-se de problema enfrentado por quem se propõe a fazer dogmática jurídica no Brasil hoje.

Como trabalho com responsabilidade civil, vou usá-la como exemplo. Entretanto, posso afirmar que esse mesmo tipo de descompasso acontece no direito privado, em relação a outros institutos jurídicos. Acho razoável supor que, em outros campos do direito, isso também aconteça. A fala de Marco Aurélio Greco me fez achar que isso é bem plausível.

[Flavia Portella Püschel explicou que os slides continham texto de lei, trechos de doutrina e alguma jurisprudência e, sendo assim, ela não teria de lê-los]

Um bom começo para entender o problema que quero apontar é a definição de responsabilidade civil oferecida pela doutrina. Em nossa tradição, a responsabilidade civil, às vezes, não é nem definida nos manuais. Nem seria preciso dizer, todos sabem o que é. Peguei uma citação de Caio Mário da Silva Pereira, na verdade, um exemplo do que todo mundo diz:

(SLIDE 1)

“A RESPONSABILIDADE CIVIL CONSISTE NA EFETIVAÇÃO DA REPARABILIDADE ABSTRATA DO DANO EM RELAÇÃO A UM SUJEITO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA QUE SE FORMA”.

A responsabilidade civil é um dever de reparar um prejuízo, portanto. Nesse sentido, também na estrutura dogmática tradicional, encontramos a responsabilidade civil tratada no tema das fontes de obrigação: o ilícito como fonte de obrigação, gerando responsabilidade. Em outras palavras, quem praticou o ilícito vira devedor, quem sofreu o dano vira credor, e a questão se resume à

prestação de reparação entre os dois. Um exemplo de responsabilidade civil neste sentido encontramos em dois artigos do Código Civil (trata-se do antigo artigo 159), agora dividido em dois, 186 e 927; o art. 186 tem a definição de ilícito e o art. 927 tem a consequência da sua prática. A responsabilidade civil resulta da junção desses dois artigos e fica sendo o dever de reparar.

Dessa estrutura, resulta o que tradicionalmente se entende ser a função da responsabilidade civil. A função da responsabilidade civil é colocar a vítima do ilícito na situação em que ela estaria, caso o ilícito não tivesse acontecido. É um retorno à situação anterior; daí a ideia de indenização – que é corrente, é tradição, é aquilo que é pacífico doutrinariamente e dá uma importância especial à ideia de dano.

Trouxe alguns trechos de José de Aguiar Dias, que tratam dessa ideia de que uma vez que se defina a responsabilidade civil como sendo o dever de reparar um dano, não faz sentido falar em responsabilidade civil sem que haja um dano. Portanto, na construção dogmática, o dano adquire um papel fundamental. Para esse autor – apesar de antigo, até hoje não se encontrou alguém que dissesse que esse autor não tivesse razão –, é um verdadeiro truísmo dizer isso a vocês, porque não é preciso lembrar que o dano, a reparação do dano, é fundamental na responsabilidade civil; sobre isso não há o que discutir aqui.

Essa é a compreensão pacífica da dogmática tradicional que temos sobre o que seja responsabilidade civil. Esse princípio da restituição, embora unanimemente aceito pelos juristas, não estava expressamente consagrado em texto de lei. Ele aparece agora, no Código Civil de 2002, em que temos a consagração expressa no art. 944, “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Parecia que estava tudo bem: apenas o que não estava expresso foi consagrado expressamente no texto da nova lei. No entanto, em decisões judiciais que tratam de responsabilidade civil por dano moral, percebe-se a introdução de certos critérios de cálculo do valor de indenização que não correspondem à ideia de responsabilidade civil como reparação de prejuízo.

Trouxe alguns exemplos da jurisprudência do STJ. Embora não haja dados quantitativos precisos sobre essa tendência jurisprudencial, acho que posso falar tranquilamente que é uma tendência bastante difundida não só no STJ como em tribunais estaduais.

(SLIDE 2)

STJ - RESP N. 215607 – REL. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – 17-08-1999 EM CASO DE AGRESSÃO PRATICADA POR SEGURANÇAS DE *SHOPPING CENTER*: A INDENIZAÇÃO DEVE “CONTRIBUIR PARA DESESTIMULAR O OFENSOR A REPETIR O ATO, INIBINDO SUA CONDUTA ANTIJURÍDICA”.

(SLIDE 3)

STJ - RESP N. 445646 – REL. RUY ROSADO DE AGUIAR – 03-10-2002, EM CASO SOBRE INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE DEVEDORES INADIMPLENTES: FUNDAMENTAÇÃO DA ELEVAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COM BASE NO FATO DE QUE A CONDENAÇÃO A UM VALOR MENOR REPRESENTARIA “UM INCENTIVO À CONTINUIDADE DA PRÁTICA, QUE SE REPETE AOS MILHARES EM TODO O PAÍS”.

(SLIDE 4)

STJ – RESP N. 110091 – REL. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – 16-04-2002: “O VALOR DOS DANOS MORAIS DEVE SER FIXADO COM MODERAÇÃO “PROPORCIONALMENTE AO GRAU DE CULPA”.

(SLIDE 5)

STJ – RESP N. 215607 – REL. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA – 17-08-1999, EM QUE SE CONSIDEROU A CAPACIDADE ECONÔMICA DO AUTOR DO ILÍCITO NO CÁLCULO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.

Em caso de cálculo da reparação por dano moral – um caso de responsabilidade civil –, deve-se contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato inibindo sua conduta antijurídica, quer dizer, em vez de olhar o prejuízo da vítima que supostamente deveria ser indenizada, o tribunal olhou para a conduta do autor do ilícito no momento de calcular o valor da indenização. Essa hipótese fez o STJ aumentar o valor da indenização, porque a condenação a valor mais baixo representaria um incentivo à continuidade desse tipo de prática – que se repete aos milhares pelo País. Mais uma vez, o tribunal não está olhando para o suposto dano a ser reparado e compensado, mas para a conduta. Também não está olhando especificamente para o autor do ilícito do caso

em questão, mas para possíveis futuros delinquentes, digamos assim, na sociedade.

O tribunal está levando em conta o grau de culpa do autor do ilícito, alguém pode causar um prejuízo grande com uma culpa pequena e um prejuízo pequeno com dolo. Em outras palavras, não existe uma relação entre o prejuízo da vítima e o dolo, a culpa do autor do ilícito. Como são coisas que não são interdependentes, então, mais uma vez, em vez de olhar para o prejuízo está se olhando para o autor do ilícito.

Há que se lembrar que o tribunal considera a capacidade econômica do autor do ilícito, o que dá a entender, mais uma vez, que há um objetivo de prevenção de comportamentos ilícitos diretamente relacionado ao critério usado, e não uma ideia de reparação, de colocação da vítima ao estado anterior. Esse desenvolvimento jurisprudencial foi possível, apesar da tradição de entendimento da responsabilidade civil como dever de indenizar, porque o dano moral tem algumas características peculiares. Esse é um dano que não pode, por sua própria natureza, ser propriamente indenizado. Não existe, na maior parte dos casos, um modo de colocar a vítima na situação em que ela estaria caso o ilícito não tivesse acontecido; o que se entende é que haveria uma compensação; a vítima receberia uma coisa que substituiria aquilo que ela perdeu, que não é propriamente indenizável.

Os critérios tradicionalmente usados para o cálculo do dano patrimonial não cabem aqui, e a lei não traz critérios específicos para o cálculo do dano moral. Nesse ambiente com certa abertura de espaço para a criação jurisprudencial, os juízes tiveram de inventar um modo de calcular um valor de indenização e introduziram critérios contraditórios em relação ao princípio da restituição, que é unânime e pacífico.

É essa a situação que temos instalada hoje e já antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Em decorrência disso, encontramos uma contradição na doutrina – acho importante frisar isso – que diz muito sobre o modo como se faz dogmática no Brasil hoje.

Podemos constatar essa contradição no interior de uma mesma obra. É preciso dizer que esta obra foi escolhida justamente porque me parece reproduzir uma tendência. Trata-se, portanto, realmente

apenas de um exemplo: seria possível utilizar outros autores em vez destes (com isso quero dizer que não se trata de criticar estes autores especificamente). A escolha desta obra tem, no entanto, a vantagem de eliminar qualquer suspeita de que a contradição analisada seja resultado da ignorância dos autores, tanto no que se refere à dogmática jurídica tradicional, quanto ao desenvolvimento jurisprudencial, uma vez que se trata de especialistas em responsabilidade civil e com experiência profissional no Judiciário.

Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, tratando da função da responsabilidade civil em geral, afirmam:

“O fim da responsabilidade civil é a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido o dano. Indenizar significa tornar indene a vítima; reparar todo o dano por ela sofrido [...] O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*”. (SLIDE 6)

Trata-se, como se vê, da concepção tradicional sobre a responsabilidade civil descrita acima.

Mais adiante, no entanto, ao cuidar da quantificação do dano moral, os mesmos autores afirmam que o sistema para determinação do valor da indenização nesses casos tem a finalidade de:

“Impor uma reparação que alcance a satisfação do lesado e a punição do causador do dano na justa medida”. (SLIDE 7)

Ao escrever o livro, os doutrinadores deixam a impressão, vamos dizer assim, de uma certa “esquizofrenia”; a jurisprudência em relação a dano moral, que todos conhecem, está registrada na obra, mas os autores não conseguem trazer esse dado para a parte geral da sua doutrina.

Se a responsabilidade civil, nessa hipótese, tem essas funções, como ficaria a definição geral de responsabilidade civil que os autores deram lá no começo? Eles afirmaram que a responsabilidade civil serve para reparar; não falou em punir. Então como aparece isso

depois? Fica claro que há uma divisão, que havia um espaço que a jurisprudência ocupou e criou uma coisa nova. Tem-se a impressão de que a doutrina não consegue digerir nem reconstruir o sistema dogmático da responsabilidade civil de maneira a dar conta desse desenvolvimento jurisprudencial. E essa situação causa problemas. Fica a impressão, por falta de uma palavra melhor, de que as categorias dogmáticas passam a ser tratadas de maneira naturalizada.

É como se responsabilidade civil fosse o dever de reparar e isso estivesse fixado de tal maneira que não fosse possível que ela passasse a ser algo diferente. Parece que há uma fixação, um tratamento na doutrina dos institutos jurídicos como se estes estivessem fora do contexto das circunstâncias, do contexto histórico. Isso dá a sensação de uma espécie de naturalização. Eu me pergunto: como continuamos fazendo dogmática? Como os juízes continuam aplicando o direito com uma doutrina desse tipo? Imagino que eles não se socorrem mais dessa doutrina porque ela não serve mais, perdeu a operacionalidade. Parece que, quando acontece esse tipo de paralisia, ou seja, quando a doutrina não consegue mais incorporar as transformações, fica difícil fazer dogmática e, por conseguinte, fica difícil ensinar dogmática.

No curso de responsabilidade civil, o que direi para os alunos? Se tenho que definir responsabilidade civil, separo a definição em duas ou repito o que acabei de dizer a vocês e acrescento que não sei o que é responsabilidade civil? Digo que há pessoas que afirmam uma coisa, quando, na realidade, perceberemos que há outras coisas também?

Talvez o mais grave seja que essa dificuldade de reconstrução do tema dogmático pela doutrina obscurece o fato de que, no Judiciário, existe uma disputa pelo sentido da norma jurídica. Porque, embora esteja acontecendo alguma coisa no Judiciário, o que de fato ocorre lá não aparece na reflexão sobre responsabilidade civil. Então, quando alguém lê aquilo que é supostamente uma reflexão sobre o direito brasileiro, não encontra essa disputa de sentido que aconteceu no Judiciário. Parece que responsabilidade civil é um dado que está fechado e não há discussão possível sobre o que ela significa.

Para concluir, trouxe um exemplo desse problema ocorrendo quando da solução de um caso concreto. É a situação de um juiz

decidindo um caso com base num sistema dogmático montado por essa doutrina, que mostra a dificuldade de aplicação de um texto de lei novo que consta no Código Civil de 2002 (e que, este sim, é novidade): o parágrafo único do já mencionado art. 944; ele relativiza um princípio tradicional, o da reparação integral, ao dizer que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá equitativamente reduzir a indenização.

Até o momento encontrei um único acórdão de aplicação dessa norma; possivelmente existam outros, mas este, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, é bem interessante. O juiz, em primeira instância, entendeu que era caso de redução. No tribunal, o relator, ao decidir o caso, mudou a decisão de primeira instância. O problema não é ele ter alterado aquela decisão, mas a justificativa que deu para isso, a qual é sintomática. Ela, em si, me parece contraditória.

Na fundamentação do acórdão lê-se (SLIDE 8):

Por força do *caput* do art. 944 continua vigendo [...] o princípio da *restitutio in integrum* [...], embora o parágrafo único do art. 944 do CC de 2002 estabeleça que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. Nosso entendimento, todavia, acompanha o do Professor Rui Stocco, de que a maior ou menor gravidade da falta não influi na indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado. É que a lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau de culpa, mas sim para o dano a fim de avaliar-lhe a extensão.

O relator afirma que, por força do *caput* do artigo, continua vigendo o princípio da *restitutio in integro*, quer dizer, o dano tem de ser integralmente reparado, embora o parágrafo único estabeleça que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá equitativamente reduzir a indenização. O relator recorre expressamente à doutrina, afirmando que seu entendimento acompanha o do professor Rui Stocco.

Como é possível afirmar que a lei não olha para o causador do prejuízo? Ocorre que o desembargador foi à doutrina e encontrou uma doutrina que não dialoga com o que acontece, com as

transformações legislativas. O fundamento da decisão, do ponto de vista dogmático, me parece problemático. Está certo que se trata de um texto de lei novo e que todo texto de lei novo tem de ser “digerido” pelo Judiciário, o que, às vezes, demora. Tenho certeza de que o Judiciário lidará com esse preceito de alguma maneira, mas fica a impressão de desamparo do sujeito que precisa da dogmática, mas encontra uma dogmática disfuncional.

Essa é minha impressão. Quando falamos em crise da dogmática, podemos falar de coisas diferentes. Trouxe um exemplo da crise no fazer dogmática. Fazer dogmática é isso? Ou isso é uma dogmática que não foi realmente feita e que precisaria ser feita.

Esse é um dos dramas de uma professora de responsabilidade civil. Trouxe-o para ver se alguém aqui me ajuda.

DEBATE

Samuel Rodrigues Barbosa

Um tema que ganhou destaque em três exposições foi chamado, literalmente, de “descompasso entre dogmática e discurso judicial, discurso dogmático e discurso judicial”. Que descompasso seria esse? Em relação à linguagem? À função social? Seria uma dificuldade da dogmática em criar e viabilizar as condições do juridicamente possível? Dificuldades de uma estabilização dogmática relativa a critérios de decisão que já existem e são selecionados no âmbito da jurisprudência dos tribunais?

Se não me engano, este problema apareceu na fala do Danilo [Borges dos Santos Gomes de Araújo], uma desformalização no âmbito do direito comercial que já acontece na prática, no discurso judicial. O descompasso entre discurso dogmático e discurso judicial apareceu também na fala do Marco Aurélio [Greco]. A dogmática não estabiliza critérios decisórios que já existiriam no discurso judicial, inclusive no discurso judicial administrativo, vamos dizer assim. Tal descompasso na dogmática do direito penal, como disse a Marta [Rodriguez Assis Machado], aparece em uma discussão carregada de ontologia, de metafísica. Um contraexemplo seria [Günther] Jakobs, um autor que elaborou uma dogmática livre dessa sobrecarga.

Tal descompasso entre o discurso dogmático e o discurso judicial, está ligado à fala de Adrian [Sgarbi], que, diria eu, quis mostrar as dificuldades da discussão metafísica da liberdade, comprometida com os postulados ontológicos e epistemológicos. Temos de evitar isso, sair desse pântano e falar em outros termos: não se deve focar o problema da liberdade na relação homem-natureza, mas na relação homem-poder.

Uma observação sobre a fala do Adrian [Sgarbi]: quando se fala em ser humano indivíduo, uma das lições do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] é que a teoria da sociedade coloca o indivíduo fora da sociedade. Nós nos reconhecemos como agentes, e justamente isso – agente, ação, intenção – é uma re-introdução que não aponta para um substrato ontológico, não aponta para a natureza. O que estou vendo em sua fala é uma ontologia da intenção do mal em si.

Para encerrar, a fala de Marco Aurélio Greco me impressionou muito, porque permite situar o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] no contexto histórico do Brasil, o que me interessa. Pediria que você escrevesse mais sobre o caso da PUC, ainda que seja apenas um depoimento ou, melhor ainda, que você contasse essa história e, ao mesmo tempo, testasse suas hipóteses.

A dogmática do direito tributário é muito recente: antes existia uma discussão mais política e substancial. O professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] escreveu textos sobre direito tributário, sobre vários assuntos. O que despertou minha curiosidade, e você, que conhece a linguagem tributária, poderia nos contar, é como a pragmática do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] está funcionando nesses trabalhos.

Você contou a história da dogmática tributária, da dogmática sintática semântica. Pergunto, precisamos de uma dogmática pragmática? Que tipo de uso da pragmática está sendo feito agora pelo discurso dogmático?

Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Só quero fazer uma observação em relação ao que você disse. O direito tributário talvez seja um bom exemplo da dificuldade que temos em separar os diferentes discursos. O fato de eu ter escrito um dia sobre direito tributário, embora nunca o tivesse praticado antes, faz-me ver que, quando me embrenhei nesse assunto, estava muito mais perto da técnica do que propriamente da tecnologia; isto é, muito mais preocupado com a aceitabilidade das consequências do que estava a escrever para a técnica do que para a tecnologia. Nunca havia feito isso antes. Pessoalmente, não era a minha especialidade e nunca tinha me aventurado a esse ponto. Hoje trabalho em outro terreno, isto é, piso em um chão diferente, no qual a questão muda de enfoque.

Aproveitando as histórias que o Marco Aurélio [Greco] contou, houve um período anterior, na universidade brasileira, em que o direito tributário talvez já tivesse sido esboçado, mas não do modo como conhecemos hoje: nunca tive direito tributário na faculdade, estudei ciência das finanças, que tinha outro enfoque. Na verdade, quando me lembro de ter começado a enfrentar o problema de fato, vivíamos na década de 1970, que, desde a Revolução de 1964,

impunha uma preocupação nítida com a racionalização da política brasileira e, por consequência, mexendo com a até então hegemônica racionalidade jurídica. Ela foi responsável por uma racionalização em bases econômicas e, assim, pelo aparecimento (problemático) da interpretação econômica inclusive no campo do direito e do direito tributário.

Quando comecei a dar aulas, a figura do bacharel já tinha sido substituída pela figura do economista; foi quando, de fato, entrou a dogmática sintática como meio de trabalhar com uma racionalidade até certo ponto controlável o tema do político. Você tem toda razão, em toda essa discussão, e não só na questão de ordem tributária, mas na questão da desformalização dos créditos e, seguramente, na questão do direito penal dogmático. Na reformulação de noções como a do delito e, obviamente, de liberdade, em suma, no discurso dogmático como uma tecnologia – ou doutrina dogmática – o que se percebe, no momento, é uma disputa que tem as suas raízes – as raízes políticas, as raízes econômicas, as raízes sociais – em uma disputa em torno de bases constitutivas do poder.

Nas exposições – acho que o Juliano [Souza de Albuquerque Maranhão] falou disso – percebe-se um discurso jurídico em que as várias possibilidades de se trabalhar com ele nos fazem voltar à relação entre dogmática e zetética. Do ponto de vista da zetética, pode-se tentar entender o que se faz em termos de *ciência* do direito, colocando-se um pouco de fora (filosofia *do* direito) e, ao mesmo tempo, participar dessa transformação (filosofia *no* direito).

Acho que, conforme a experiência mesmo nas décadas de 1970 e 1980, a leitura sintática do saber dogmático, por exemplo, no caso do direito tributário, foi uma tentativa, e até uma demonstração da possibilidade de leitura em que elementos pressupostamente externos foram trazidos para dentro da disputa tecnológica. A visão pragmática, do lado externo (filosofia *do* direito) tenta mostrar como isso ocorre e que efeitos produz ou produziu sobre o próprio saber: tivemos sucesso ou não? A análise poderia seguir esse caminho. De um ponto de vista interno (filosofia *no* direito), seria preciso saber como isso efetivamente consegue produzir transformações.

Retomando a teoria do direito tributário, nunca produzi nada que visasse a alguma transformação. Dificilmente alguém citará o

nome Tercio Sampaio Ferraz Jr., como citam Marco Aurélio Greco. Nunca fiz direito tributário com o objetivo de uma elaboração doutrinária, nunca elaborei um conceito, apenas ideias de convencimento e persuasão (argumentação técnica). Nessa hora, até funciona o jogo de se fechar o discurso na interpretação cerrada do código normativo (formalismo), para dar mais certeza, mais rigor à argumentação, e, então, quando conveniente e necessário, abrir a interpretação do código para a realidade (sócio-econômica). Na técnica, isso é e se torna primordial, não obstante as implicações sempre questionáveis no plano da tecnologia (doutrina).

Quando se enumera, por exemplo, uma lista de casos absolutamente fechados em um todo compacto (*jurisprudência dominante*), os quais dão pouca margem para um posicionamento contrário, faço *uso* (técnico) de minha concepção pragmática da dogmática (qual o peso da jurisprudência no quadro das fontes do direito). Utilizo de uma elaboração externa (filosofia *do* direito), trazendo-a para o terreno da argumentação *in casu*: transformo a ideia enquanto instrumento de especulação crítica em argumento a serviço da persuasão. Para isso passo pela tecnologia, mas suspendo o juízo quer sobre sua base filosófica/científica, quer sobre os problemas que essa base possa trazer para as disputas doutrinárias.

Marco Aurélio Greco

Posso dar um depoimento sobre o tipo de influência sofrida pela doutrina tributária em geral? É uma pressão muito grande. Darei um exemplo ocorrido em um congresso realizado na Itália, em 2005.

O titular de direito tributário de Milão fez uma exposição sobre jurisprudência pós-condicional italiana em matéria tributária e afirmou que o acordo constitucional tomou certo conceito e deu determinada extensão. Em outro acórdão, tomou aquele mesmo conceito e deu outra extensão: ele foi mostrando a flutuação da corte constitucional em matéria tributária quando trata de problemas, os quais, diríamos, são semelhantes.

Terminada a exposição escrita, e isso não está nos anais, ele diz: “diante dessa flutuação, cabe à doutrina”. Ao encerrar, disse: “termino aqui minha exposição e, como estamos entre amigos, vocês sabem de quem é a culpa pela flutuação da jurisprudência da corte constitucional, quanto aos conceitos que ela utiliza?”.

Ele mesmo respondeu: “Nossa, porque há uma tendência” – lembrem-se de que ele está se referindo à Itália – “de que, quando algum jovem começa a se destacar e quer estudar essa matéria, é absorvido pelo mercado e, daí em diante, ele só dará a público posições que sejam favoráveis ao contribuinte.” E Enrico Demitri concluiu: “Quando o juiz só vê doutrina de um lado e não vê outra doutrina do outro, tira da própria cabeça”.

DOGMÁTICA JURÍDICA: CRISE OU TRANSFORMAÇÃO? (II)

PARA ALÉM DA SEPARAÇÃO DE PODERES:

UMA AGENDA PÓS-FORMALISTA DE PESQUISA EM DIREITO²⁹

José Rodrigo Rodriguez

Remeto todos ao meu texto para a formulação completa da questão que será exposta aqui, para fins de debate. Nesta provocação inicial, o que me importa ressaltar é a ligação entre a teoria do direito e as teorias defendidas pelos diversos autores deste campo, com os pressupostos institucionais do estado de direito.

A tese que desenvolvo no texto é que nosso modo de fazer teoria tem certos pressupostos institucionais que, a partir de um diagnóstico externo e global do que significa o ordenamento jurídico hoje, estão bastante comprometidos em sua capacidade descritiva. Nesse sentido, para colocar de forma provocativa, estaríamos teorizando sobre um objeto que não existe.

Tais circunstâncias abrem vários caminhos possíveis. Um deles é alterar os pressupostos institucionais com os quais a teoria do direito trabalha e tentar reformulá-la. Outro é um ponto de vista abertamente normativo, de defesa de certo modelo institucional, considerado como o mais adequado. Um terceiro, a meu ver indesejável, seria fingir que nada está acontecendo.

A questão central envolvida aqui é a centralidade do Estado e do judiciário para o sistema jurídico. No texto, especulo o que aconteceria se abandonássemos esse pressuposto. Seria possível fazer teoria do direito em outros termos? Repensar a dogmática jurídica e o critério de diferenciação entre o direito e as demais esferas normativas, segundo outros critérios?

Usei o termo especulação, mas estou sendo um pouco impreciso. Na verdade, também há uma motivação normativa nesse projeto, relacionada ao sentido do processo de fragmentação da regulação. Se, por um lado, como querem Niklas Luhmann e Günther Teubner, este processo ameaça a integridade do direito como o compreendemos hoje, ao descentrar a regulação, ele tem, em minha opinião, o potencial de aumentar a inclusividade

do sistema, ou seja, aprofundar, radicalizar a democracia, incluindo mais os atores no processo de formação das normas.

Minha preocupação é ressaltar esse aspecto positivo da fragmentação, ou melhor, da alteração das formas institucionais tradicionais. Nesse sentido, entendo que vale a pena perder, em minha opinião, parte da precisão e da tecnicidade do código jurídico se este processo resultar em mais inclusividade, ou seja, se ele radicalizar a democracia.

Claro não quero abrir mão da especificidade do direito, não quero que ele se confunda com a moral, com a ética, com a religião e perca sua capacidade de mediar os conflitos entre normas morais, éticas, religiosas. No entanto, o desenho interno do direito e seu critério de demarcação em relação a outras esferas normativas pode, eventualmente, ser diferente do que é hoje.

Há um ponto importante que não aparece no texto e quero explicitar aqui. Precisamos colocar a seguinte questão: o quanto a visão corrente de uma suposta crise da dogmática e do pensamento jurídico está ou não contaminada por um excesso de valorização do formalismo concebido a partir da pandectística alemã, influente em Max Weber e, depois, em [Niklas] Luhmann? Será que o padrão de autorreferência do sistema, o critério de demarcação entre direito e demais esferas normativas, não pode assumir outras feições?

[David M.] Trubek fez esta crítica a [Max] Weber. Ao montar seu tipo ideal, ele teria dado importância demais à pandectística, criando, por assim dizer, uma demanda de sistematização excessiva para a dogmática. Nesse sentido, pode haver dogmática jurídica em padrões menos sistemáticos de formalização, como há na Inglaterra ou nos Estados Unidos.

Se esse raciocínio estiver correto, poderemos desenvolver uma dogmática mais “frouxa” sem que ela deixe de ser dogmática, apesar de menos sistematizada, talvez menos sofisticada, mas ainda com a capacidade de diferenciar o direito das demais ordens normativas.

Minha tentativa, portanto, é pensar a dogmática jurídica num contexto de redesenho institucional, em que a regulação se fragmenta e o estado deixar de ser o centro do ordenamento, expurgando-a do fantasma da pandectística. Esse é o nó conceitual básico.

Para fazer justiça à ordem histórica desse projeto, quero acrescentar que ele surgiu de dois *insights* de Franz Neumann, autor que

estudei em meu doutorado: um deles está em seu ensaio sobre Montesquieu e outro no livro *The Rule of Law*. O primeiro *insight*, no final do texto sobre Montesquieu, afirma ser imprescindível abandonar o conceito de separação de poderes para conseguir pensar a realidade da política da época. Esse conceito estaria atrapalhando a compreensão do que acontece de fato no mundo.

Claro, esta não é uma idéia original de [Franz] Neumann, mas foi a partir dele que comecei a pensar o problema. Como a teoria do direito costuma pressupor o conceito de separação de poderes sem problematizá-lo, as questões vão se acumulando. De fato, pode-se dizer que toda a reflexão sobre teoria do direito no século 20 coloca claramente em xeque a separação de poderes.

Desde o momento em que o juiz passa a ser visto como criador de direito novo, não se pode mais pensar em separação de poderes no sentido tradicional. E isto me incomoda demais: apesar de toda a reflexão da tópica, da retórica e da teoria da argumentação no campo do direito, permanecemos refletindo sobre teoria do direito sem retomar seu pressuposto (ou seus pressupostos) de separação de poderes.

Trata-se de uma espécie de esquizofrenia: a reflexão sobre o desenho do Estado de Direito vai em um sentido e a teoria do direito, que trabalha com um conceito não problematizado de separação de poderes, em outro. Minha tentativa é equalizar esses dois lados da questão.

Franz Neumann tem outro *insight* interessante sobre o problema. Ele afirma que um dos papéis da pesquisa em direito é vigiar as autoridades, inclusive os juízes, para avaliar se tomam ou não decisões arbitrárias. Constatada a arbitrariedade, por exemplo, na interpretações de normas abertas, a pesquisa deve advogar a transferência dessa questão para outros mecanismos institucionais.

Para Neumann, a pesquisa e a crítica da arbitrariedade da decisão judicial deve ter reflexos sobre o desenho dos poderes: após a pesquisa empírica e a crítica dos dados, pode-se concluir que uma questão alocada no judiciário ficaria melhor se decidida pelo executivo, ou vice versa.

Foi esta percepção de Neumann que motivou minha tentativa de ligar a reflexão sobre as estruturas institucionais à discussão mais interna da racionalidade do direito e da dogmática jurídica.

Agradeço antecipadamente a leitura e a todas as críticas e observações que certamente seguirão.

DOGMÁTICA COMO INSTRUMENTO METODOLÓGICO NA PESQUISA HISTÓRICA DO DIREITO³⁰

Alessandro Hirata

Gostaria de agradecer o convite e dizer que é uma honra participar desta homenagem ao professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]. Meu tema é relativo à metodologia de pesquisa – mais especificamente na área histórica do direito –, utilizando a dogmática como instrumento de pesquisa.

A pesquisa científica em campos não tradicionais da história do direito antigo, ou seja, em campos diversos do direito romano, ou, no caso que apresentarei, do direito grego ou nos direitos de escrita cuneiforme, apresenta dificuldades metodológicas intimamente ligadas à dogmática jurídica. O exemplo que trago para mostrar a importância da dogmática como instrumento metodológico está relacionado aos direitos de escrita cuneiforme, o direito mesopotâmico nos primeiros milênios antes de Cristo.

Inicialmente, darei os pressupostos da pesquisa. Ao estudar as fontes de escrita cuneiforme que chegaram até nós, temos a confrontação com uma massa de textos diversos que, em sua grande maioria (cerca de 70%) tem conteúdo jurídico: contratos, códigos – lembrando que a palavra “código” é sempre problemática –, protocolos processuais e outros documentos que descrevem o cotidiano econômico e social na Mesopotâmia a partir do segundo milênio antes de Cristo. A primeira questão que se apresenta nesse contexto é se o objeto desses documentos pode ser chamado de direito; em outras palavras, se estamos diante de documentos de conteúdo jurídico ou, mais ainda, se é possível determinar se se trata de direito ou não.

Não pretendo, obviamente, discutir o que seja direito ou conteúdo jurídico, mas é preciso traçar alguns parâmetros metodológicos para análise de material em escrita cuneiforme. Em Roma, no campo do direito romano, temos claramente a presença da chamada ciência do direito, no conceito de “*ius*”, que revelará o pensamento jurídico romano, pensamento do objeto do direito para os romanos. Essa característica do direito romano e de seu estudo, responsável também pela importância deste para os estudiosos modernos da matéria, é decisiva para a compreensão das fontes romanas e, conseqüentemente, do

direito em Roma. Entretanto, não temos essa característica na Mesopotâmia. Não foi possível observá-la em documentos cuneiformes até então encontrados.

Sobre a questão dos documentos até então encontrados, é preciso fazer uma ressalva, pois nunca se sabe o que ainda pode aparecer. Até agora não foi detectado nenhum sinal de atividade do estudo do direito. Há documentos sobre a formação de escribas, mas não sobre a formação técnica para escrever documentos. Os escribas eram responsáveis por esses documentos ditos com conteúdo jurídico: contratos, protocolos processuais e assim por diante, mas não se tem notícia de formação jurídica, não existia uma escola jurídica. Sendo assim, na sociedade mesopotâmica, não havia a atividade do chamado jurista, do cultor do direito. Esse seria um argumento contrário à classificação dos documentos como sendo de conteúdo jurídico. Por outro lado, esses documentos trazem situações tipicamente reguladas de modo jurídico, como atividades econômicas cotidianas de uma sociedade primitiva de base agrícola; troca de mercadorias por determinada quantidade de material de valor ou outra mercadoria; uso de imóvel tendo, em contrapartida, pagamento de material de valor; entrega de bens, da noiva para o noivo, para celebração de união conjugal; e assim por diante. Estas são apenas algumas das situações encontradas em documentos de escrita cuneiforme.

Entendo que o fator determinante para considerar tais documentos como jurídicos é a vinculação das partes envolvidas perante uma autoridade competente. Os documentos eram providos, em sua maioria, ou de testemunhas, ou de lacre de uma autoridade. Esses sinais de autoridade [demonstram] que as placas de argila podiam ser levadas à autoridade competente, possivelmente o templo ou o rei, no caso do não cumprimento do estabelecido por uma das partes, levando a sanções cabíveis, ou seja, estamos diante de um material vinculante, de documentos que precisavam ser respeitados pelas partes, o que leva ao argumento pela juridicidade desses documentos.

Além disso, temos os chamados grandes documentos legislativos, os grandes códigos, como o Código de Eshnunna³¹ e o Código de Hammurabi.³² Como já disse, a palavra código é sempre problemática, não sei se esses documentos podem ser chamados de código (discussão esta que não se faz necessária aqui), mas constituem, sem

dúvida, em normas que prescrevem condutas e sanções com a vigência garantida por essa autoridade constituída do rei.

Diante disso, não vejo como não classificar esses materiais de escrita cuneiforme como sendo de conteúdo jurídico, o que justifica o interesse e o estudo deles por juristas, sem prejuízo em relação aos aspectos históricos intrínsecos à matéria.

Outro problema para o estudo desses documentos está intimamente ligado à dogmática jurídica. Ao estudarmos as instituições de direito privado em direito romano sempre temos como base as instituições de Gaio e Justiniano, que trazem, de forma básica, a estrutura dogmática dos estudos de direito romano. Nessas institutas, juntamente com Digesto,³³ temos a principal fonte do direito romano e, ainda, a classificação dos conceitos jurídicos para os romanos e, em consequência, para o sistema de direito romano-germânico, de direito privado europeu continental.

Para os direitos de escrita cuneiforme, entretanto, não existe nenhum documento que tenha a função das institutas; não há nenhum documento que aponte figuras jurídicas ou apresente alguma explicação para essas figuras jurídicas. Isso dificulta enormemente o trabalho de análise desses documentos.

Para exemplificar como enfrentar isso, preparei um tema [que inclui] certos documentos privados de período neobabilônico, que fundamentará a constituição de parcerias de negócios. Ao pesquisar sobre o tema, encontra-se um termo característico, a palavra *ḫarrānu* a primeira impressão que se tem é que esse termo significava, anteriormente, no período paleobabilônico ou caminho, ou rua e, também, viagem, caravana. Mas nos documentos do período neobabilônico, o significado é “empreendimento de negócios”. Essa palavra é, então, escrita com ideogramas cuneiformes sumérios KASKAL, que correspondem ao termo acádio “*ḫarrānu*”. Isso mostra mais ou menos, no ideograma de escrita cuneiforme, o símbolo de um cruzamento de caminhos, com muita imaginação, é claro.

As fontes sobre as sociedades *ḫarrānu* são compostas de contratos e protocolos judiciais. Não é surpresa que não haja nenhuma norma legal sobre esse tema. Isso em contraste com o período paleobabilônico, do qual conhecemos, por exemplo, o Código de Hammurabi; deste, chegou até nós apenas um fragmento de lei do período neobabilônico.

Cronologicamente, os documentos *ḥarrānu* pertencem a um período entre os reinados de Assurpanipal³ e Xerxes³. Da última fase da história babilônica, ou seja, das eras tardo-persa e selêucida, não temos nenhum documento *ḥarrānu*.

Os documentos de constituição de sociedades *ḥarrānu* foram apresentados detalhadamente por [Hugo Lanz] em sua monografia, *Die neubabylonischen ḥarrānu-Geschäftsunternehmen*, [As empresas de negócios- *ḥarrānu* neobabilônicas], e podem ser divididos em dois grupos: O primeiro é o grupo de participação de capital das duas partes. O segundo, grupo com participação no capital de apenas uma das partes.

Como exemplo do primeiro grupo, podemos citar uma certidão de 595 a.C., décimo ano do reinado de Nabucodonosor da Babilônia. [Esse documento] refere-se a duas minas de prata que Nabû-ahhê-šullim, e Kudurru empregaram conjuntamente para um empreendimento de negócios, em que tudo em que trabalhassem, na cidade ou no campo – depois explicarei o problema gramatical que há nele –, teriam a mesma parcela. O aluguel da casa será dado por “alguém” (termo não claro), do seu patrimônio de negócios. Seguem, então, as testemunhas e a data da certidão.

Tanto Nabû-ahhê-šullim como Kudurru deram duas minas de prata cada um, tendo como finalidade o empreendimento *ḥarrānu*. Uma mina tem, na Mesopotâmia, aproximadamente meio quilo. Os lucros dessa sociedade seriam divididos igualmente entre eles; na linha cinco, está presente o termo “*ana ḥarrāni*”, as partes investiram o capital “*ana ḥarrāni*” em um empreendimento de negócios. Essa cláusula é característica desse tipo de documento.

Na linha oito, há uma cláusula sobre os frutos de um imóvel; “ele” dará o aluguel da casa do seu patrimônio de negócios. Aqui não está claro se *inamdin*, o verbo dar (ou seja, o “ele” do documento), refere-se ao sócio que não administra a sociedade. Também não é possível saber se a casa pertence a uma das partes ou a um terceiro.

Lanz³⁶ sugeriu a interpretação de que a cláusula refere-se a um dos parceiros que alugou o imóvel de um terceiro. No documento, também não fica claro quem trabalha nesse tipo de sociedade ou se os dois sócios trabalham.

A cláusula de divisão dos lucros, na linha seis, usa a forma verbal *ippušu* que pode ser tanto a terceira pessoa do singular do

presente do subjuntivo – que ele trabalhe –, como a terceira pessoa do plural do pretérito perfeito do indicativo – eles trabalharam. Se a primeira alternativa estiver correta, teria de se admitir que o sócio mencionado por último, Kudurru, trabalharia sozinho. Por conseguinte, perguntaríamos: por que um dos sócios trabalharia sozinho, se há uma sociedade paritária com a participação idêntica de duas minas de prata de ambos os sócios e estes receberão a mesma parcela de participação nos lucros?

Se o sócio que não trabalhará tivesse dado, além do capital, outra coisa, como clientela, instrumentos de trabalho (elemento comum em documentos desse tipo), seria possível imaginar esse cenário. Mas no documento em questão não há qualquer menção a algo semelhante; o que é um forte argumento para o trabalho comum de ambos os sócios, tratando-se, portanto, de uma sociedade com participação comum de ambas as partes, tanto no capital como nos lucros.

É possível, também, uma parceria em que as duas partes investissem capital, mas apenas uma delas trabalhasse. Nesse tipo de sociedade, apresentam-se peculiaridades quanto à entrada do capital. É possível que o sócio que trabalhará invista menos que seu parceiro; teríamos, assim, uma sociedade com um parceiro economicamente mais forte e outro mais fraco ou teríamos condições especiais como as desses documentos citados (com cláusula sobre a clientela ou instrumentos de trabalho).

Além disso, deve-se mencionar que a cláusula de divisão de lucros está sempre presente em documento de constituição de uma sociedade *ḥarrānu*. No documento objeto de minha fala, há uma cláusula simples que divide os lucros igualmente entre os sócios, o que é típico de uma sociedade com participação no capital de seus dois sócios.

Por outro lado, há outros tipos de parceria *ḥarrānu* com o capital de apenas um dos sócios. Um exemplo desse tipo de parceria é um documento de 611 a.C., publicado pela primeira vez por Lanz.

Em respeito ao tempo de apresentação, faço uma paráfrase do texto. Šullumu deu cinco minas e quinze *shekels* de prata para os irmãos Nabû-nâdin-aḫi e Nabû-aḫḫê-šullim com a finalidade de um *ḥarrānu*, um empreendimento de negócios. Os três parceiros dividiam os lucros igualmente. Trata-se de uma típica parceria *ḥarrānu*

com participação de capital de um dos sócios e outros dois sócios que apenas trabalham – um investe o capital e não participa da administração ou os outros sócios trabalham e administram a sociedade sem terem investido nada. A divisão do lucro é, então, formulada por meio do verbo *ak lum*, que significa, principalmente, “comer”; nesse documento, entretanto, traduz-se *ak lum* por “aproveitar”. Então, temos o significado de que o sócio participa dos lucros.

Mais interessante ainda é o último documento, publicado por Jursa,³ do arquivo de Bel-e eri-Šamaš, do tempo do reinado de Naboninus ou Kyros – a data estaria no pedaço de argila que está faltando (esse é outro problema no estudo da escrita cuneiforme: os documentos sempre estão quebrados). Voltando ao assunto, Nabû-aplu-iddin põe à disposição pelo menos duas minas de prata com a finalidade de uma sociedade a cargo dele, Nabû-aplu-iddin, e de Bel-eteri-Šamaš. Os lucros desse empreendimento seriam divididos entre eles e ambos se garantem reciprocamente.

É notável que Nabû-aplu-iddin participa também da administração da sociedade, assim, é plausível que se tratasse de um modelo de sociedade em que apenas uma das partes investe o capital, mas ambas participam da administração da sociedade. Essa é uma certidão de dívidas em que o credor, aquele que investe o capital, tem, simultaneamente, o papel do devedor, assim como o outro que apenas trabalha. Tal construção é incomum, mas outros documentos comprovam essa possibilidade.

Temos, então, o uso de um formulário de mútuo – usando uma terminologia romana – para construção de uma sociedade. Além disso, assim como em outros comprovantes do período neobabilônico, os empreendimentos de negócios *ḥarrānu* tinham um patrimônio próprio classificado com a palavra *ḥarrānu*, que demonstra a identidade distinta de tal patrimônio em relação ao patrimônio dos seus sócios.

Na linha 11, encontramos uma cláusula de fiança, frequentemente presente nos formulários *ḥarrānu*, que diz que eles são fiadores um do outro. Essa cláusula de fiança recíproca era comumente utilizada, bastante comum no período neobabilônico. Vejam que interessante: aqui observamos a presença de diversos devedores, por isso há, certamente, uma responsabilidade solidária; quando mais devedores garantem-se reciprocamente, temos uma

dívida solidária; cada devedor solidário responde como devedor apenas por sua parcela, mas, como fiador, responde pelas parcelas de seus co-devedores. Isso chama a atenção na medida em que um dos devedores também é credor.

Em uma sociedade *ḥarrānu* com participação no capital de apenas um dos sócios, temos a estrutura típica de um mútuo: o sócio que investe o capital é o credor e o outro sócio, o devedor, que deve devolver o valor desse capital. No último documento [citado,] ambos os sócios respondem solidariamente, ambos assumem risco de investimento. Entretanto, a cláusula de fiança não está presente em todos os documentos *ḥarrānu*.

Os apontamentos metodológicos em relação aos direitos de escrita cuneiforme presentes nesses documentos *ḥarrānu* demonstram, claramente, as dificuldades metodológicas de caráter dogmático enfrentadas na pesquisa científica em história do direito antigo. A classificação e análise dessas figuras jurídicas apresentam grandes desafios. Os chamados empreendimentos *ḥarrānu* trazidos como exemplo devem ser denominados de sociedades? De empresas? Obviamente, sabemos que não se trata de um direito societário moderno. Assim, ao falarmos em um hipotético direito societário neobabilônico, fica claro um prejuízo em precisão terminológica.

Já apresentei essas certidões e, à época, tinha colocado um título mais provocativo “Direito societário neobabilônico”, porque desse modo é possível discutir o problema metodológico. Do mesmo modo que temos problemas em chamar de sociedade, ou de qualquer outro nome que remeta a institutos modernos ou não (também não dá para chamar tais documentos de *societas*, o contrato de sociedade no direito romano).

Acredito que não seria a solução denominar tais empreendimentos, como contratos ou documentos *ḥarrānu*. Fica evidente que apenas assiriólogos ou filólogos teriam acesso a essa terminologia, não alcançando, então, o objetivo de comunicar-se com o receptor. A pesquisa em direitos de escrita cuneiforme, feita por um jurista, precisa comunicar-se com esse receptor, que no caso é um jurista.

Da mesma forma, não se resolve o problema ao escrever esses termos entre aspas, relativizando o conceito. Nesse caso, teríamos de escrever entre aspas “compra e venda brasileira”, a qual, obviamente, não é igual à “compra e venda francesa”, e assim por diante.

Por isso, acredito que a utilização de terminologia de dogmática moderna inteligível ao jurista moderno é a melhor alternativa para esse problema metodológico. Assim, temos o emprego da dogmática moderna, no caso o direito privado, como elemento de comunicação dessa pesquisa científica em história do direito antigo. Mesmo com esses prejuízos de precisão terminológica, respeitaríamos a finalidade econômica das figuras jurídicas e atingiríamos o objetivo de comunicação, apresentando a dogmática como solução de linguagem na pesquisa do direito antigo.

Muito obrigado.

**O FORMALISMO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO COMO INSTRUMENTO
PARA A CERTEZA DA EXISTÊNCIA DO DIREITO E PARA A
SEGURANÇA DA SUA REALIZAÇÃO: ANOTAÇÕES A PARTIR DA
BIBLIOGRAFIA ASCARELLIANA³⁸**

Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo

Boa tarde. [O interlocutor agradeceu à organização pela mudança, pois o horário para o qual estava designado coincidia com sua aula na graduação da DIREITO GV.]

Antes de qualquer outra coisa, gostaria também de deixar registrada a minha homenagem ao egrégio professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., cujas preciosas lições sempre estiveram a embasar os meus estudos.

O tema escolhido para a minha intervenção neste seminário está certamente relacionado à minha disciplina (direito comercial, direito empresarial e direito societário), à qual tenho me dedicado tanto em minha atividade de docente como em pesquisas.

O tema em questão parece abrir, aqui neste seminário, as considerações de caráter mais dogmático da discussão e da investigação sobre o formalismo no direito.

Minha opção pela análise do formalismo no âmbito dos títulos de crédito decorre de uma contra-intuição que desponta depois que se imagina como podem e como devem ser as relações típicas do direito comercial, quer-se dizer, as relações tipicamente havidas entre comerciantes, entre empresários. A primeira intuição advém das características das relações comerciais e empresariais, que se diz serem relações mais céleres e mais simplificadas, afirmação que se faz logo numa das primeiras aulas de direito comercial na faculdade. Dadas as necessidades próprias do comércio e da atividade empresarial, haveria uma exigência para que as relações comerciais fossem dinâmicas, céleres, correntes, simplificadas.

Assim, dada essa exigência, intui-se que a regulação que o direito confere às relações comerciais privilegiaria a informalidade, a ausência de formas. Para fazer frente à celeridade que se exige nas relações comerciais – essa seria a intuição – a primeira imagem que vem à cabeça é a de que, nos institutos do direito comercial, prevaleceria o informalismo, ou seja, não haveria a necessidade de formas para que as relações comerciais fossem enquadradas pelo

direito. Ou melhor, intui-se que as formas até mesmo atrapalhariam as relações comerciais.

A minha fala, porém, lida com a constatação de uma contra-intuição a respeito da disciplina oferecida pelo direito comercial, e aí se destaca o tema dos títulos de crédito, a deixar bastante evidente que, ao contrário do que se imagina, no direito comercial prevalece, isto sim, o formalismo. Essa contra-intuição, acrescento, nasceu da leitura de um texto de Tullio Ascarelli, já faz cinco ou seis anos. Essa leitura me veio imediatamente à cabeça quando recebi o convite do professor José Rodrigo Rodriguez para dar minha contribuição a este seminário.

Portanto, nada mais farei aqui se não apresentar essa contra-intuição a respeito do formalismo das relações do direito comercial.

Mais especificamente, afirmo que no instituto dos títulos de crédito impera o formalismo, justamente para que haja dinamismo e celeridade nas relações comerciais.

Abro uns parênteses. Tullio Ascarelli é um autor de máxima importância para a doutrina brasileira do direito comercial.

Sua obra, porém, tem uma característica que os próprios pós-ascarellianos (os discípulos de [Tullio] Ascarelli, que lidaram com o grande volume de textos do autor e procuraram sistematizar o conhecimento contido nesses textos) enunciam: porque os textos de [Tullio] Ascarelli não declaram expressamente propósitos, decorre da interpretação que se faz do monumento que é a obra ascarelliana a identificação dos propósitos de [Tullio] Ascarelli.

Um exemplo disso são as especiais considerações que [Tullio] Ascarelli fez em tema de pessoas jurídicas: foram na verdade os discípulos de [Tullio] Ascarelli que fizeram a sistematização do pensamento ascarelliano em tema de personalidade jurídica; entre eles, Floriano D'Alessandro, que tem um texto importantíssimo sobre o significado da pessoa jurídica, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio* [Pessoa jurídica e análise da linguagem], em que se sistematizou o pensamento de Ascarelli sem que este tenha feito expressamente uma declaração de propósitos de repensar o instituto da personalidade jurídica.

Floriano D'Alessandro, famoso comercialista, fez as suas próprias considerações sobre pessoa jurídica a partir de insights ascarellianos, o qual representou a pessoa jurídica como uma mera *regula iuris*,

um conjunto de regras que disciplinam situações jurídicas específicas, segundo a célebre definição paulina contida no Digesto.

Repito, então: Ascarelli não fez propriamente uma declaração de propósitos, mas os seus propósitos estão subentendidos na sequência de textos que ele produziu a respeito de um determinado tema.

Com esses parênteses, quis apenas reforçar que minha fala é a reprodução de um percurso ascarelliano e reiterar que, ao longo desse percurso, [Tullio] Ascarelli não fez necessariamente uma declaração de propósitos a respeito da formalidade dos títulos de crédito.

Retomo com uma longa frase em que [Tullio] Ascarelli declarou serem desatentos aqueles que ainda consideram que o formalismo é uma característica só dos direitos primitivos: não teriam eles atentado para as relações de direito comercial, em que, na verdade, impera o formalismo.

Não faço, portanto, uma crítica ao formalismo; aqui estou, em sede dogmática, aplicando a discussão, identificando a importância do formalismo num ramo específico do direito. Trata-se duma constatação da existência do formalismo e do seu valor e da sua importância para a disciplina de um conjunto de relações jurídicas que são as relações jurídico-comerciais.

Tenho aqui a frase de [Tullio] Ascarelli em italiano e farei uma tradução direta e livre para o português: “Aqueles que ainda consideram que o formalismo jurídico seja um fenômeno exclusivo do direito primitivo, talvez não tenham notado o renascimento do formalismo que se pode observar no direito moderno e especialmente no direito comercial. Ainda que se prescindia da análise dos títulos de crédito, são próprias as relações do grande comércio nacional e internacional aquelas que se vão sujeitando a formas cada vez mais rigorosas com relação aos modos de manifestação da vontade. São próprios aqueles contratos que tendem a perder a sua característica individual para corresponder, ao contrário, a esquemas pré-determinados e dos quais são admitidos cada vez menos desvios. E assim, antes que por obra da lei, mas por obra da mesma vontade das partes, que, com frequência, impõem uma forma legislativamente não necessária. É que nesse campo do comércio se fazem sentir com mais força as exigências da certeza e da segurança jurídicas, exigências tanto mais fortes quando, como acontece no grande comércio internacional,

os direitos que nascem dos vários contratos são sujeitos a uma rápida e intensa circulação.”

Essa é a contra-intuição que trago para este encontro: a ideia da necessidade de formalismo nas relações comerciais, cujo eloqüente exemplo é o formalismo nos títulos de crédito. Note-se ainda que, além dos títulos de crédito, menciona-se o comércio internacional, tão célere e dinâmico quanto as relações comerciais que se desenvolvem dentro de um país. O emprego daquelas cláusulas do comércio internacional (por exemplo, *ex work*), são padronizações, formalizações que possibilitam o desenvolvimento das relações comerciais com celeridade e dinâmica.

O texto de [Tullio] Ascarelli, além daquela afirmação inicial, apresenta o fundamento do império do formalismo: é a exigência de certeza quanto à existência do direito, de que se é titular ou, pelo menos, de que se pretende ser titular, e, subseqüentemente, a exigência de segurança jurídica quanto à satisfação desse direito.

A observância das formas dos títulos de crédito bem satisfaz essas duas exigências: ganha-se certeza quanto à existência do crédito e se tem a segurança jurídica quanto à sucessiva exigência desse crédito.

Os títulos de crédito (a famosa *lettera di cambio*) foram criados da necessidade, surgida no renascimento comercial, ainda no período medieval, de se portar créditos: até então, a circulação dos créditos só se poderia fazer por meio do frágil instituto da cessão de créditos, em que vale o princípio “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”: o cessionário adquire o crédito a título derivado e portanto fica exposto a todas as exceções que o devedor poderia opor ao cedente, e nada adquire se o cedente não era titular do relativo crédito.

Com a incorporação do crédito a um título, este pode circular como coisa móvel, cuja circulação é regida pelo princípio da proteção à posse de boa-fé. Pouco importa que o alienante da coisa não seja o seu proprietário: a sua posse é suficiente para que a propriedade seja adquirida pelo acipiente possuidor de boa-fé, sendo, por isso, protegido e tutelado.

É princípio da transferência das coisas móveis que, aquele que tem consigo a coisa móvel, em princípio, é realmente o seu titular. Na cessão de direitos isso não acontece, gerando, para as partes, uma enorme

incerteza com relação à existência do direito e uma enorme insegurança com relação à possibilidade de satisfazer esse direito.

A possibilidade de incorporar o direito de crédito num documento e transformá-lo em “algo novo”, podendo facilmente circular segundo as exigências do comércio, justifica o formalismo nos títulos de crédito: sempre contra-intuitivamente ao que se poderia inicialmente imaginar, no sentido de que as relações comerciais deveriam ser informais.

Mas [Tullio] Ascarelli também põe em evidência que a exigência de certeza e segurança jurídicas, garantidas pelo formalismo dos títulos de crédito, pode macular outra exigência que o direito também pretende sempre satisfazer: a exigência de justiça e de equidade no caso concreto.

Existe uma tensão entre a certeza e a segurança em relação ao direito, de um lado, e, por outro lado, a necessidade de justiça e de equidade no caso concreto. É, aliás, uma fala muito comum entre leigos: como pode o direito privilegiar a formalidade e validar uma situação, que, no entender particular, é injusta? Por que o juiz não pode reverter uma situação já formalizada mas que seria injusta?

Convém mencionar outro texto de [Tullio] Ascarelli, de 1930, em que ele se debruça sobre recente jurisprudência alemã e identifica, nos títulos de crédito, uma tensão entre essas duas exigências: a partir do formalismo, nos títulos de crédito, ficam garantidas a segurança e a certeza jurídicas, mas, por outro lado, também pode ser maculada a exigência de justiça e equidade no caso concreto. Essa segunda exigência, inicialmente maculada pelo formalismo dos títulos de crédito, é aquela que a atividade jurisprudencial procuraria equacionar.

Quando se faz uma análise da jurisprudência em termos de títulos de crédito, são freqüentes as intervenções jurisprudenciais em que se deixa de lado e se ataca o princípio da literalidade dos títulos de crédito em nome da justiça no caso concreto.

Por fim, a respeito da bibliografia de [Tullio] Ascarelli: o único título de [Tullio] Ascarelli em língua portuguesa sobre o tema dos títulos de crédito é o *Teoria geral dos títulos de crédito*, muitas vezes oferecido como texto básico na disciplina de títulos de crédito. A primeira tradução para o português é de 1943 e a segunda, de 2003. Curiosamente, essa coletânea de teoria geral dos títulos de crédito

não existe em língua italiana como um volume único. Esse é um legado que Ascarelli presenteou ao Brasil: a obra *Teoria geral dos títulos de crédito* é um *pout-pourri*, não no sentido negativo, mas uma reorganização sistematizada de textos anteriores, escritos em italiano na década de 1930 na *Revista del Diritto Commerciale*, e de verbetes famosos do *Nuovo Digesto Italiano*. Foi na década de 1930 que [Tullio] Ascarelli produziu seus principais textos sobre esse tema.

Agradeço a atenção de todos.

A PROPRIEDADE ENTRE FIM E FUNÇÃO SOCIAL:

A OPERATIVIDADE DE UMA CLÁUSULA GERAL³⁹

Luciano de Camargo Penteado

É uma ocasião de grande alegria e satisfação estar presente em um colóquio para discutir formalismo, dogmática jurídica e estado de direito, na presença do professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., cuja seriedade, estímulo à pesquisa e amor à ciência sempre foram um norte para nossa caminhada acadêmica e profissional.

Gostaria de antecipar algumas palavras sobre meu texto. Ele trata de propriedade, a propriedade entre fim e função social, a operatividade de uma cláusula geral. O texto está dividido em cinco partes: (1) procurei fazer uma distinção entre fim e função; (2) falei um pouco sobre cláusula geral; (3) dei alguns traços característicos da propriedade; (4) descrevi a função social da propriedade no Código Civil; e (5) concluí.

Pouco antes de começar, lembrei-me de um trecho de [Friederich Karl Von] Savigny a respeito de interpretação, no *Sistema de Direito Romano*. No final da parte que cuida interpretação e de seus métodos, ele afirma que é preciso educar-se na arte da interpretação, contemplando os grandes mestres de arte. O trecho afirma quanto segue: “A interpretação é uma arte, e para educar-se nela é necessário recorrer aos excelentes exemplares do tempo antigo e moderno, que nós possuímos copiosamente. Pelo contrário, é defeituoso aquilo que até agora foi exposto como teoria [referindo-se a métodos de interpretação]. Esta insuficiência das teorias propostas até agora é casual; mas é importante não criar ilusões sobre o valor de qualquer teoria de tal natureza, ainda que ótima. Isto porque esta arte não pode, mais que qualquer outra, ser comunicada e apreendida por meio de regras. Somente nós podemos com o estudo dos melhores exemplares penetrar no segredo de sua excelência; com isto refinaremos o nosso intelecto para aquilo que se requer para qualquer interpretação, e começaremos a dirigir ao ponto verdadeiro os nossos esforços. Isto, e o modo de evitar muitos possíveis erros é aquilo que, como em qualquer outra arte, nós podemos esperar de obter com a teoria”.⁴⁰ Assim como só se aprende pintura olhando os grandes mestres da pintura, só se aprende a interpretar olhando as grandes obras de interpretação,

os grandes casos. [Friederich Karl Von] Savigny nos passa uma lição que, penso, continua válida hoje: em jurisprudência, é preciso aprender um pouco de operatividade do texto, da crise do formalismo e do papel da noção de cláusula geral. É por isso que trouxe dois acórdãos do STJ que tratam da função social da propriedade de uma maneira bastante inusitada.

Se, retomando [Friederich Karl Von] Savigny, aprendemos apenas com os grandes mestres da interpretação, penso, e certamente ninguém tem dúvida, que o professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. é um dos maiores.

1 INTRODUÇÃO: ENTRE FIM E FUNÇÃO

Paradoxal e intencionalmente começemos pelo fim; os termos fim e função parecem remeter a noções semelhantes, mas, em verdade, expressam ideias bastante distintas, ao menos sob uma ótica não natural, mas construída para explicitar uma diferença entre formas de ver e pensar os direitos, especialmente o direito de propriedade, que pode designar, por exemplo, a etapa terminal de um determinado processo, um ponto a que se direcionou determinado ser em sua atuação. Seu sentido próprio em latim aponta para a ideia de fronteira ou . Embora tenha um remoto conectivo para com a noção de movimento, é um termo mais estático na medida em que expressa não algo que não muda – ao menos em uma visão preliminar e primária dos acontecimentos –, mas que possui forte relação com a metafísica aristotélico-tomista. Neste contexto, o fim vem concebido como etapa terminal dos acontecimentos da história bem como também de maneira a indicar um modelo de ação. Isto ocorre porque sempre se associa à ideia de fim ao ser, tanto nos seres finitos, limitados, mas que têm sempre uma causa exemplar, um modelo que realiza a essência do ser e que, por isso, é visto como finalidade, como também, e especialmente, no ser supremo, fim último. Daí a ligação entre finalidade e causa a partir da noção de causa final.

Já função é um termo que tem origem predominantemente científica, associada à matemática, função não é destino, não é finalidade, é *relação*. É interessante que, na escola, quando estudávamos dois conjuntos e um era posto em relação ao outro, isto já expressava a ideia de função para o adolescente. Essa ideia de função

cunhou um termo específico que tem significado específico e, portanto, apresenta um dinamismo particularizado que aponta para a necessidade de contemplar a ideia de ação, mais especificamente de atividade. Os números estão constantemente referidos a outros na função. Tanto é assim que se costuma apontar para a correlação entre os termos, que estão em relação funcional.

O conhecido dicionário de filosofia que estou citando trata da função como sendo papel e característica desempenhados por um órgão em um conjunto cujas partes estão interdependentes.⁴¹ O conectivo finalístico para determinados institutos jurídicos implica a necessidade de alcançar certo resultado, certa consequência previamente fixada. Assim, observamos no direito das coisas que a superfície resolve-se quando o superficiário dá destinação - fim - diverso ao terreno do que aquele fim para o qual foi concedido. Essa destinação a que se refere o artigo 1.374 do Código Civil não é uma função, mas um fim que deve ser atingido. Não se estabelece uma relação de mútua referência interdependente entre o ato do superficiário e o fim previsto no ato de concessão da superfície que se quer atingir, a tal ponto que um resta modificado pelo outro.

Neste exemplo, há um juízo de tudo ou nada; ou se atinge a finalidade, ou a superfície está resolvida. Já a relação funcional do instituto cria uma dinâmica própria e específica. Assim, no direito de família, existe uma função que é de pai ou de mãe que se relaciona ao interesse do filho, permitindo o surgimento de uma dinâmica entre a atuação de pai e os interesses de filho, mediada por atos de gestão dos seus objetivos, que dá, por sua vez, a medida de juridicidade e de ilicitude. O poder familiar é um poder funcional, diferentemente do que ocorre com conceitos finalísticos, o juízo de função não é um juízo de conceitos conectivos lógicos binários do tipo 0 ou 1, ao contrário, é um juízo de alternativas várias que podem nem sequer estar previstas descritivamente *a priori*. Trata-se de um juízo que se traduz na técnica legislativa de cláusula geral. Cláusula geral é uma técnica legislativa, ou seja, é uma forma de redigir a lei que implica a possibilidade de se abranger casos não descritos por seu enunciado de maneira exaustiva. É por isso que a cláusula geral se opõe ao casuísmo, ela contrapõe-se a proposições singulares firmes.

Normalmente, a cláusula geral, a norma que permite interpretação tal que ou na hipótese de fato ou na estatuição caibam tantos predicados quantos imagináveis, trata-se de uma técnica mais sofisticada e abstrata justamente na tendência de evolução da dogmática. Ela exige maior complexidade no julgamento e aplicação justamente porque envolve o reconhecimento da mudança dos valores que não podem ser fixados no texto legal, mas que, imanescentes à sociedade, sofrem com ela necessária variação.

Há que se ter outro ponto fundamental em mente. Em uma análise, a qual Menezes Cordeiro denomina “mais profunda”, a cláusula geral traz consigo uma consideração do sistema de direito que leva em conta fatores metajurídicos notadamente éticos, sociológicos ou psicológicos. Ela torna muito mais complexo o processo de produção e aplicação do direito, porque, ao lado do redutor de complexidade da dogmática jurídica esses fatores éticos, sociológicos, econômicos e políticos são chamados à baila, e eles nada têm de simples. Tal a percepção também dos civilistas, ao tratar da cláusula geral da boa-fé, que no dizer de Clóvis de Couto e Silva,⁴² abre janelas para o ético no *hortus conclusus* do sistema proposto pelo positivismo jurídico.

No sistema civil atualmente em vigor no Brasil, que tem por lei central o Código Civil, há várias cláusulas gerais. A mais difundida na cultura jurídica contemporânea é a do art. 422 do Código Civil, mas existem outras, todas com conceitos funcionais. Tomemos o art. 1.277 do Código Civil, que cuida das interferências prejudiciais em matéria de vizinhança; trata-se de um mecanismo de contenção de expectativas sociais na medida em que amolda os valores de sossego, saúde e segurança à atividade do proprietário, impedindo que sua atuação exorbite dos limites por ele traçados. Esses limites, entretanto, não se encontram definidos *a priori*, dependendo, ao contrário, de um juízo de ponderação de interesses e bens *a posteriori*.

Por vezes, um mero comportamento pode ser tolerado em uma região e vedado em outra. A cláusula geral permite uma adaptação social maior e, com ela, uma maior adequação da solução a valores a partir da resolução do caso concreto. As cláusulas gerais remetem para valorações objetivamente válidas e, por isso, não envolvem discricionariedade nada obstante ao fato de remeterem a um grande número de casos concretos.

Cabe aqui uma citação de Karl Engisch, funcionalizar um conceito jurídico é, sem sombra de dúvida, uma etapa importantíssima na construção da cláusula geral, mas não é a única; além dela, é necessária a modulação do enunciado legal de modo a permitir a construção da sua noção pelo juiz, no caso concreto.

A seguir, tentarei aplicar isso à ideia de propriedade. Uma nota característica da propriedade contemporânea é a sua desmaterialização; é ainda notável, diante da necessidade de aspectos materiais para manutenção da vida humana, a tutela da propriedade corpórea, especialmente imobiliária, mas não só essa, o que caracteriza a propriedade não são mais os poderes inerentes ao domínio, mas no regime do direito civil constitucional.

Poderíamos considerar que existem três notas distintivas à propriedade: a exclusividade; a universalidade; e a aptidão à transferência. Quando se quer falar da titularidade jurídica de uma marca, são justamente essas três notas que ressaltam e permitem que se fale da existência de uma propriedade imaterial. Em primeiro lugar, está a exclusividade caracterizada, dogmaticamente, como um poder absoluto que delineia o perfil de atuação do proprietário absoluto. Em direito privado, tem um sentido técnico, e não um sentido ideológico, que se verifica na locução Estado Absoluto – significa que o sujeito passivo da relação jurídica é universal. Quando alguém é proprietário, todos devem respeito a essa relação de fruição e aproveitamento de vantagens sobre o bem que aquele está exercendo sobre a coisa, de modo que os demais encontram-se excluídos dessa relação e isso se traduz na imunidade eficaz das pretensões jurídicas reais a todas as outras pretensões que, porventura, se dirijam ao mesmo direito subjetivo.

Mas não é só isso. Há outros direitos que são exclusivos, como é o caso do direito de personalidade. É preciso delimitar melhor o campo de atuação do direito de propriedade, dessa forma, poderemos considerar que o direito caracteriza-se também pela universalidade, isto é, pela possibilidade ampla de acesso ao bem. Só existe propriedade autêntica, e merece respeito, quando existir a possibilidade de apropriação estendida a todos; daí que o art. 5º *caput* da Constituição estabeleça como direito fundamental o direito à propriedade, o direito de ser proprietário, de ser titular de relações jurídicas patrimoniais – ao lado de outros direitos,

como, vida, liberdade, igualdade e segurança. É essa extensão que permite a sobrevivência do ser humano e a formação de um patrimônio mínimo para garantia as necessidades básicas do indivíduo.

Por fim, não há propriedade onde não há transferibilidade (mesmo os bens públicos são passíveis disso – ainda que por mecanismo de desafetação). A transferência permite, juntamente com a exclusividade, a aferição de um valor econômico para o bem e para a relação jurídica de propriedade. A função social da propriedade surge como cláusula geral no sistema do Código Civil.

É curioso observar, entretanto, que apenas em um momento se fala explicitamente em função social da propriedade. É interessante observar como a locução função social da propriedade aparece explicitamente só em um ponto do Código Civil: no momento das posições finais e transitórias, art. 2.035, parágrafo único. Ao longo de todo o Código – do qual se fala que adotou a ideia de função social da propriedade – essa expressão aparece [“função social da propriedade”] uma única vez. O que se utiliza, muitas vezes, é a expressão “fim social” ou “função social do contrato”, o que já é outra questão.

Contudo, se fala de *fim* – e não função – social da propriedade em um conectivo interessante que está previsto no art. 1.228, parágrafo único, em que se associa propriedade a fins econômicos e sociais. Essa me parece uma associação funcional, explico, ela surge, neste ponto, na esteira das discussões que e sugere a seguinte questão: a propriedade deve atingir algum fim previamente traçado, por exemplo, o bem comum? Será que essa é a solução para a ideia de cláusula geral de propriedade no Código Civil? A propriedade deva atingir o bem comum? Ou existe uma relação funcional entre propriedade e valores da sociedade historicamente situada?

Nesse ponto, parece residir o cerne da discussão a respeito da definição do que seja propriedade, definida a partir dos poderes que integram os domínios usar, gozar, dispor e reaver; não dar uma definição funcional da propriedade, mas apenas descrever os elementos componentes de sua estrutura. Por outro lado, dizer que a propriedade deve atingir um fim social, como o Código Civil diz, e como muitas vezes interpreta o próprio texto constitucional, é muito pouco e beira a ideia do proprietário-funcionário de

Leon Duguit e, certamente, não é o modelo escolhido por nossa comunidade política, para reger sua vida social.

Assim, para fazer uma hermenêutica salvadora do art. 1.228, parágrafo primeiro, do Código Civil, resta-nos compreender que a propriedade está em função de fins sociais e dos demais bens elencados no dispositivo, a tal ponto que uma propriedade que viola esses fins deixa de ser uma propriedade que mereça proteção do Estado e da comunidade política permitindo que a gente que dela faz uso ingresse na esfera da ilicitude de atuação. Que sanção haveria para essa ilicitude? Não sabemos. E isso justamente porque foi uma cláusula geral escolhida para regular situações jurídicas proprietárias.

Parece-me que a grande renovação que pode vir do estado de direito é propiciar que essa cláusula geral brote. A cláusula geral é, como diz uma das músicas de Ana Carolina: “[...] de tantas mil maneiras que eu posso ser, estou certa que uma delas vai te agradar”. Ou seja, pelo menos uma delas agradará, uma das sanções da função social da propriedade agradará o Estado, a comunidade política, os grupos intermediários, a sociedade civil, os indivíduos.

Ao dizer que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservadas em conformidade com estabelecido em lei especial a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio histórico e artístico, bem como a poluição do ar e das águas, o Código Civil estabeleceu uma relação funcional entre propriedade e o que ele chama de fim social *latu sensu* compreensivo do econômico, do respeito ao meio ambiente e do patrimônio histórico e artístico. A ideia de exercício de direito de propriedade em consonância com esse exercício é o que permite essa interpretação.

Vejamos: em primeiro lugar, a lei focalizou o exercício de direito de propriedade, de acordo com a ideologia maior do art. 187 do Código Civil, a de funcionalização dos direitos subjetivos. De modo geral, a partir da noção de atividade que se entende a função social da propriedade.

Para compreensão da cláusula geral, é preciso detectar como é ou como foi o exercício do direito de propriedade, em outras palavras, de que modo o proprietário atuou os poderes que lhe foram conferidos, de que modo exercitou-os. A tal ponto é radical o sistema que,

em matéria imobiliária, conforme o bem seja rural ou urbano, haverá sanção pela simples não utilização desde já tida por disfuncional. Neste específico contexto, a função social opera como um limite à atuação das posições jurídicas subjetivas.

Em interessante e recente decisão, o STJ entendeu necessária a averbação da reserva legal de 20% em imóveis rurais, em hipótese em que os proprietários tiveram registro de cédula de penhor rural negado pelo oficial de registro de imóvel, que o condicionou à prévia averbação da reserva. Na interpretação do art. 16 do Código Florestal, chegou à conclusão de que, mesmo que mata alguma exista, é necessário a reserva legal. O STJ não disse se era necessário recompor a mata, mas obviamente, apontou para essa necessidade, mostrando que a cláusula geral pode impor deveres de conteúdo positivo ao proprietário. Particularmente significativo o seguinte trecho da decisão: “Destarte, se o próprio legislador anteviu hipóteses em que se faria necessária conduta ativa do proprietário ou possuidor de imóvel rural para recomposição ou regeneração espontânea da área de reserva legal, conclui-se que a exigência da averbação respectiva não é condicionada à existência de florestas ou outras formas de vegetação nativa da gleba. A averbação da reserva legal configura-se, portanto, como dever do proprietário ou adquirente do imóvel rural, independentemente da existência de florestas ou outras formas de vegetação nativa na gleba”.⁴³ Este dever promana da cláusula geral de função social da propriedade. Interessante que na ementa da decisão a associação se deu a partir do CF 186 que é norma que estabelece a função social do imóvel rural para fim de desapropriação para reforma agrária.

Quer dizer, para poder fazer o registro da cédula de penhor rural precisava registrar antes da área de penhor, a área de reserva legal.

Entendamos o seguinte, não está sancionando no sentido de impor um dever de indenizar um ilícito; foi considerado, nesse caso, o ilícito caducificante. O proprietário está perdendo o direito de propriedade pleno sobre uma área mais extensa da sua propriedade.

Esse dever promana da cláusula geral de função social de propriedade. É interessante notar que a ementa deu o art. 186 da Constituição, o que define constitucionalmente a função social do imóvel rural. Essa eficácia, textualmente, refere-se ao art. 186

dizendo que, em matéria de proteção ao meio ambiente, ele tem uma eficácia direta sobre as relações dos particulares com o poder público no sentido para além da desapropriação, para reforma agrária, para além dessa específica hipótese prevista no texto constitucional.

Em uma outra decisão recente, também do STJ, ficou assentado que “o seguro habitacional tem dupla finalidade: afiançar a instituição financeira contra o inadimplemento dos dependentes do mutuário falecido e, sobretudo, garantir a estes a aquisição do imóvel, cumprindo a função social da propriedade”,⁴⁴ ou seja, verifica-se que se dá a relação de função-finalidade e também se dá uma relação desses conceitos com a capacidade de dar uma destinação específica a determinados institutos jurídicos, como é o caso do contrato.

Os conceitos de função permitem a maleabilidade na construção de soluções de caso concreto. A propriedade funcionalizada a um fim social, estabelecida como cláusula geral, permite um avanço do sistema jurídico, porque, apesar da abstração e da generalidade, isso incorpora os valores sociais para dentro do sistema, fazendo com que haja maior adaptação do direito às circunstâncias que constituem uma só coisa com o sujeito para lembrar [...] que existe a possibilidade de que, por meio da função social da propriedade, se consiga plasmar políticas públicas, por exemplo, impondo deveres de fazer positivo para o proprietário titular do domínio que, antigamente, era visto como titular exclusivo dos poderes.

Dessa maneira, a ideia da relação jurídica fica alterada para ser absorvida na ideia maior de situação jurídica que engloba um feixe de relações; em algumas delas, figurará o proprietário como titular de posições jurídicas ativas; em outras, como titular de posições jurídicas passivas. É no equilíbrio desse pêndulo que começa um novo discurso proprietário.

Obrigado.

DEBATE

Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa

Nesta homenagem ao professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], em sua forma de diálogo acadêmico e nos termos desse diálogo, vejo as apresentações desta mesa como bastante provocadoras em relação ao que está escrito em *Função social da dogmática jurídica*.

Seguindo a sequência das apresentações, acho que talvez seja possível juntar uma parte das apresentações considerando-as como uma discussão sobre a função social da dogmática e sobre a transformação da doutrina jurídica. Ao menos três das apresentações – a de Alessandro [Hirata], Flavia [Portella Püschel] e Luciano [de Camargo Penteado] – discutem o que se entende hoje por conceito jurídico. O que é conceitualização jurídica em nosso contexto.

O trabalho de José Rodrigo Rodriguez escapa um pouco disso ou talvez fosse melhor dizer que ele quer escapar dessas questões mais conceituais: até chama a pandectística de fantasma. Ele poderia ter começado seu texto seguindo uma tradição que não lhe é estranha, falando que “há um fantasma que ronda a teoria jurídica”.

No que diz respeito ao texto do professor Alessandro [Hirata], achei curioso o movimento de inversão que ele promove. Hoje, em sua própria apresentação, o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] reforçou que, em seu livro [*Função social da dogmática jurídica*], ele chamou a atenção para o papel da zetética no discurso dogmático. Para Alessandro [Hirata], a questão parece ser o inverso, ou seja, o papel que a dogmática tem na elaboração de um discurso zetético, mais especificamente no discurso da pesquisa histórica sobre o direito.

Embora o texto fale de um diálogo da pesquisa histórica com a dogmática, ao fazer esse diálogo com conceitos modernos – que, nesse caso, se revelam inevitáveis –, há uma situação curiosa, porque se trata de estudar um período do direito em que não há um saber especificamente jurídico. Por que utilizar o sistema da doutrina que chamamos do direito e não utilizar o que aparece nos próprios institutos? Se não temos alternativas, a alternativa é apenas a dogmática, isso não descaracteriza a pesquisa histórica? Não faz com que ela própria se torne dogmática?

Quanto à exposição da professora Flavia [Portella Püschel], considero que ela apresentou um resultado de pesquisa peculiar. Em alguns momentos, esse resultado foi referido como: a introdução de critérios novos pelo judiciário que não modificam a doutrina. Certamente, a dogmática atua dentro de um contexto no qual são incorporadas as transformações – o texto do professor Luciano [de Camargo Penteado] é um exemplo –, mas, ao incorporar essas transformações, parece que a doutrina não dialoga propriamente com o judiciário. Ela incorpora os conceitos, mas interiormente não os organiza.

Parece-me terrível, quando Flavia [Portella Püschel] diz, em seu texto, que a manutenção de categorias jurídico-dogmáticas naturalizadas em conjunto com categorias novas, que vão sendo introduzidas e não são exatamente incorporadas, acaba dificultando o controle da atividade do poder judiciário, pois obscurece o fato de que existe uma disputa pelo sentido das normas jurídicas. O que você está afirmando, como diz o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], é que a dogmática obscurece uma série de aspectos do problema.

No entanto, a *Função social da dogmática jurídica* afirma que este é justamente o meio pelo qual a dogmática exerce a sua função social de controle. Obscurecer é uma forma de contribuir para o controle social, para o controle feito pelo judiciário. A pesquisa de Flavia [Portella Püschel] passa outra impressão: a de que obscurecer, na verdade, atrapalha o exercício da atividade do poder judiciário e que isso atinge, politicamente, o modo como consideramos o poder judiciário. Se a doutrina não dialogar com o judiciário, se a incorporação não for feita em termos bastante específicos, a própria atividade do judiciário terá de ser compreendida de outra maneira. É isso mesmo?

A questão que lanço para o professor José Rodrigo [Rodriguez] é, para mim, mais complicada. No final do seu texto, está mais ou menos dito que se trata de dar continuidade à proposta que já aparece dentro da obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]: pensar em uma racionalidade específica do discurso jurídico em um contexto no qual não se fala mais no ordenamento centralizado.

A mim, pareceu que sua questão é a dificuldade de descrever o Estado de Direito apenas utilizando a categoria de separação de poderes. Seria esta uma reposição da questão que aparece no último

capítulo do livro *Função social da dogmática jurídica*? Ele sugeriu que o processo de transformação do conceito de Estado de Direito pode atingir a própria dogmática. Você concorda com esse diagnóstico? Você estaria partindo desse diagnóstico? Em que direção, dentro do seu projeto?

Você nos disse, José Rodrigo [Rodriguez], que a finalidade seria potencializar a democracia, pensar em formas de institucionalização mais inclusivas, mas, com relação à dogmática jurídica, isso indica o quê? Isso significaria uma nova dogmática jurídica ou a mesma dogmática com uma nova ideologia?

Para o professor Luciano [de Camargo Penteado], a questão é mais simples. Ao ouvi-lo falar que a propriedade é definida de um modo descritivo, que hoje pode ser descrita em termos funcionais incorporando valores, etc., fiquei tentado a perguntar se o que escreveu é um texto de doutrina, ou seja, de dogmática jurídica, e se esse texto de dogmática jurídica é um exemplo do que aparece em *Função social da dogmática jurídica*. Ao tecer esse raciocínio, você não estaria incorporando novos valores e exercendo o papel de produzir uma generalização congruente, como diz o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], a “hermenêutica salvadora”? Seu texto seria uma comprovação de que o diagnóstico do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] sobre dogmática está correto?

Alessandro Hirata

O grande problema é o fato de não existir a ciência do direito na Mesopotâmia. A ausência total dessa ciência, desse pensamento jurídico e, em consequência, da dogmática jurídica, dificulta enormemente ou impossibilita o trabalho de pesquisa com tais fontes.

Mesmo que exista esse problema técnico, o fato é que não vejo outra solução, ou seja, utilizar o pensamento dogmático para tornar esse discurso compreensivo para o mundo jurídico.

Qual seria a importância de o receptor ser um jurista e de a comunicação ser necessária entre juristas, uma vez que se trata de material com conteúdo dito jurídico? 65% a 70% do material encontrado até hoje são operações que tradicionalmente – mesmo que elas não tenham utilizado a palavra direito ou outra expressão nesse sentido – classificaríamos como de conteúdo jurídico. Não vejo outra solução.

Flavia Portella Püschel

Não sei se entendi bem sua pergunta, Carlos Eduardo [Batalha da Silva e Costa]. O caso que trouxe do Tribunal de Minas Gerais foi para apontar qual seria a dificuldade do poder judiciário, supondo que o juiz decide com base na dogmática jurídica. A falta de uma, digamos assim, boa doutrina, de uma doutrina que reconstrua o sistema jurídico brasileiro, deixa o juiz sem ferramentas.

Essa é minha impressão. Naturalmente, o juiz decide, mas não consegue decidir, ou tem dificuldade para decidir de maneira coerente, do ponto de vista dogmático. Estou partindo do princípio de que fazer dogmática não compõe o trabalho do juiz, mas ele decide dogmaticamente. Nesse caso, como ele age, se a reconstrução não está sendo feita?

Quando digo que a doutrina não incorpora mudanças, é no sentido de que é preciso relativizar essa afirmação. O que significa incorporar? O novo critério é citado, mas as categorias dogmáticas não se relacionam umas com as outras. A dogmática da responsabilidade civil perdeu coerência porque parece que sobraram os dinossauros no meio de algumas coisas novas que não se relacionam. Essa dificuldade aparece no ensino neste sentido: que história contarei aos alunos? Conto a história como está nos manuais? Conto sobre a dogmática tradicional, a qual eles perceberão que não está funcionando? Ou falo de coisas que ocorrem no judiciário e sobre as quais não existe uma reflexão capaz de fazer uma sistematização?

A única saída que tenho encontrado é fazer sempre um movimento duplo. Mostro uma tradição e, depois, os pontos em que parece que a tradição não dá conta de algumas coisas que estão acontecendo. Fico sempre em suspenso. Talvez tenha sido sempre assim, ou seja, o instituto jurídico está sempre em crise. É como dizer que os conceitos dogmáticos tradicionais ficarão para sempre do jeito que são, eles não podem ser mudados. Talvez, outras coisas venham se juntar a eles, mas isso não forma um conjunto que faça sentido.

Do ponto de vista do ensino, não se pode usar apenas um manual de direito. A ferramenta didática por excelência é difícil de usar, ela existe, mas só funciona se nos propusermos a apresentar os conceitos da dogmática tradicional como estão aí, ou seja, naturalizados.

Mesmo que o autor do manual seja um juiz, seu manual não funcionaria hoje no Brasil. Aliás, não sei se seria possível fazer um manual que funcionasse. Não temos, na área do direito, manuais que funcionem, pelo menos em relação à responsabilidade civil.

Meu diagnóstico em relação ao poder judiciário é: se a ideia é que a responsabilidade civil é isso que está naturalizado, fica aparecendo que ela não tem nada a ver com o judiciário. Mas isso não é verdade. Mesmo depois da decisão, continua havendo a possibilidade de divergir sobre qual é o sentido da norma. Ora, se a dogmática naturalizar os conceitos e não problematizar o que acontece no judiciário, como participaremos dessa disputa? Qual vai ser o sentido da norma se, como doutrinadores, considerarmos que não existe disputa nenhuma?

Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

Posso acrescentar uma coisa? Não sei se há tempo, mas acho que o exemplo de jurisprudência da doutrina que a Flavia [Portella Püschel] nos trouxe poderia, eventualmente, ser encaixado naquilo que o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] mostrou como jogo de poder da dogmática jurídica; esse obscurecimento de determinadas possibilidades de sentido e seleção de outras possibilidades. Esse é um jogo astuto, uma espécie de poder paralelo que a dogmática exerce e tem força: a apresentação mais coerente e organizada do ordenamento jurídico aumenta o seu poder persuasivo.

O que a Flavia [Portella Püschel] nos trouxe hoje não tem nada de astuto, é uma coisa meio esquizofrênica, contraditória mesmo. Isso não é um exemplo de jogo de obscurecimento. A edição do livro comentado pela Flavia [Portella Püschel] continuou como era e o autor resolveu incluir jurisprudência nova, mas é óbvio que é contraditório.

Alessandro [Hirata], acho muito complicada a colocação do Carlos [Eduardo Batalha da Silva e Costa]. É possível usar a dogmática moderna para interpretar um texto jurídico da Babilônia? Gostaria de saber se, neste texto, é possível ter certeza de que há algo parecido com um contrato ou um documento jurídico. Será que o documento não poderia ser o registro de uma ocorrência entre dois indivíduos? Não seria apenas um registro de um arranjo entre os dois?

Orlando Villas Bôas Filho

Aproveitando a dúvida do Juliano [Souza de Albuquerque Maranhão] e as colocações de Alessandro [Hirata] e Carlos Eduardo [Batalha da Silva e Costa], acho que a questão precisa ser ponderada com seriedade, pois, se aplicarmos uma base conceitual moderna para analisá-la, na própria análise histórica, há o risco de incorrermos em anacronismo. Além de perigoso, é bom lembrar que estamos tratando de uma questão na qual, muitas vezes, está se fazendo uso de uma base conceitual moderna e ocidental para analisar outra civilização que tem especificidades próprias.

Quando você levantou essa questão, me ocorreu uma coisa que, embora não seja levada em conta no âmbito da historiografia, é considerada no âmbito da análise etnográfica. Há um célebre debate entre dois grandes antropólogos do direito, Max Gluckman e Paul Bohannan. Quando o primeiro analisou as sociedades que chamou de “arcaicas”, tentou mostrar que elas teriam como padrão de regulamentação jurídica a ideia de dívida. Para fazer isso, Gluckman utilizou como base conceitual o direito inglês. Paul Bohannan reagiu dizendo que, em última instância, aquilo se tratava de uma tradução às avessas, em outras palavras, em vez de traduzir o direito daquela comunidade, os ocidentais estariam traduzindo os próprios conceitos ocidentais para aquela comunidade.

Ocorreu-me que, ao utilizar um conceito moderno de dogmática para analisar uma questão de direito babilônico, está se fazendo uma tradução às avessas. Estaríamos traduzindo uma base conceitual que nos é familiar para analisar algo que não se encaixa nela.

Uma possibilidade adicional para se estudar outras tradições é utilizar a proposta de Paul Bohannan. Ele diz que, diante de uma tradição jurídica completamente distinta – como o exemplo apresentado aqui –, o relato do etnólogo deveria valer muito mais pelo teor do que foi descrito do que pela tentativa de conceituação com base em nosso repertório. Isso possibilitaria a manutenção de uma análise mais rigorosa.

Quis pontuar isso porque acho que há uma alternativa no tratamento de fontes como essa. Não é preciso recorrer a uma base conceitual ocidental e moderna para analisar fontes históricas.

Alessandro Hirata

O problema é mais simples, é de nomenclatura. Nesse nível de comunicação, precisamos dar nomes, mas não é possível aplicar os conceitos de que dispomos para analisar. Tudo tem de ser feito com extremo cuidado. Os aspectos históricos não podem ser deixados de lado.

Citei três *arrânus* no documento, mas já foram encontrados mais de noventa. Meu problema maior é em relação ao nome, como chamar o que encontramos. Obviamente, para analisar o direito das escritas cuneiformes ou o direito antigo em geral, não podemos usar a estrutura do conceito que usamos em direito moderno. Mas vamos chamar isso de quê para nos comunicarmos com os leitores contemporâneos?

Luciano de Camargo Penteado

Carlos Eduardo [Batalha da Silva e Costa], você poderia repetir a pergunta, pois me perdi um pouco na estruturação. Como escrevi um texto que procura ser dogmático, a hipótese de uma hermenêutica salvadora para o art. 1228, parágrafo primeiro, é como se fosse uma escapatória. Não tive pretensão de que o texto fosse salvador, muito ao contrário. Penso que, por meio da noção de cláusula geral, existe a possibilidade de incorporar valores dentro do sistema jurídico, de fazer esses valores se concretizarem, vamos dizer assim, para usar essa expressão, nos casos que têm de ser decididos.

Que valores seriam esses é uma outra questão, na qual não quero entrar hoje .

José Rodrigo Rodriguez

Responderei muito rapidamente à provocação. Minha relação conjugal com o “velho barbudo” terminou quando comecei a estudar direito para valer porque, para este fim, ele não funciona muito bem. Hoje somos grandes amigos, mas o casamento foi por água abaixo. Por esta razão fui em busca de Franz Neumann, cuja obra é uma tentativa de incorporar Max Weber na perspectiva da esquerda e com isso, reformular a tradição marxista.

Em relação ao fantasma da pandectística que assombra a Europa continental até hoje, é justamente esta questão que me importa:

o “velho barbudo” estava certo em muitas coisas, mas negligenciou justamente o espaço institucional. Ele não levou em conta que esse era um espaço de disputa em que a inclusão de demandas e questões era bastante importante. Tem reflexões pontuais sobre isso que não chegam a integrar suas teorias. É sobre isto que estou tentando pensar, que dogmática jurídica resulta do abandono do padrão pandectístico.

Se o que escrevo está ou não em continuidade com o que o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] escreve, não tenho a menor ideia. É provável que quanto a este ponto sim, mas as pessoas terão de ler e avaliar o que eu fizer daqui em diante. Entretanto, talvez eu seja mais otimista do que ele sobre os mecanismos de poder e sobre a possibilidade de democratizá-los; quem sabe por ser mais novo e não ter visto coisas que ele já viu. Talvez, no futuro, volte a falar disso em outro tom, sem tanta ingenuidade.

Mas hoje penso desta forma. Por exemplo, quando penso sobre a fragmentação do direito em centros de poder variados, para além do Estado e percebo a presença de uma dogmática conceitualmente menos rigorosa e mais aberta, fico feliz e não sinto medo.

Pois estou tentando olhar para possíveis aspectos positivos deste processo, capazes de incluir mais demandas no sistema jurídico e permitir que os cidadãos não especialistas compreendam e reajam politicamente às decisões judiciais, em suma, capazes de fazer com que o ordenamento trabalhe de forma mais transparente e includente.

Apostarei minhas fichas nesse aspecto poiético, criativo, que a linguagem dogmática pode ter e isso implicará, talvez, na transformação da racionalidade que conhecemos e, como estão em jogo escolhas, em uma nova estrutura institucional, que afaste o juiz isolado e solitário.

Seja como for, quero construir um pensamento jurídico que não tenha um compromisso necessário com o passado, ou seja, que não se coloque como tarefa necessária à preservação das instituições postas e das escolhas embutidas nelas. Um pensamento que ative a imaginação institucional da teoria, da dogmática e da sociedade em geral.

Claro, estou construindo um discurso teórico que resulta de uma reflexão sobre algo que podemos chamar de “fenômeno jurídico”.

Meu ponto é que o discurso tem efeito sobre o fenômeno ao naturalizar ou não sua existência. Pode-se chamar isso de efeito performativo da teoria. Por isso mesmo, teóricos e dogmáticos devem ver a si mesmos, nesse registro, como capazes de construir e reconstruir as instituições, ou seja, capazes de inventar novas estruturas e novas interpretações do direito posto, por meio de escolhas justificadas.

Se eu conseguir, no futuro, propor um modelo para a dogmática, ele deve caminhar por aí: a estabilização de sentido deve ser auto-consciente nos operadores do sistema e deve ser debatida pela esfera pública, ou seja, não se deve correr o risco de cristalizar ou de naturalizar nada em padrões tecnocráticos.

É estimulante pensar como o formalismo e a separação de poderes por ele pressuposta podem ser vistos como patologias quando estas estruturas naturalizam categorias e não permitem que o direito seja efetivamente construído pela sociedade. A dogmática, para mim, tem que ser poiética e deliberativa; uma dogmática que não tenha nenhum amor pelas estruturas postas e que enxergue a si mesma como um dos meios que temos para resolver diferentes problemas sociais, mesmo que seja para além da separação de poderes como a compreendemos.

Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Farei uma observação que talvez alcance um pouco os pontos da discussão. Não saberia nomear, mas espero que todos se sintam referidos.

Na verdade, para começar, a questão de se usar o aparelho conceitual da dogmática jurídica, como ela se desenvolve ou se desenvolveu no ocidente, para focar uma questão de ordem histórica, é o grande problema colocado pela própria metodologia da história como saber objetivo. Como fazer? O grande drama é que acabamos fazendo isso, muitas vezes, sem perceber – no seu caso ficou ostensivo, Alessandro [Hirata]. Foi o que aconteceu com [Friedrich Carl von] Savigny, quando falou do *sistema* do direito romano, quando os romanos não tinham nenhum sistema; ele fez isso, isto é, efetuou, em nome do conhecimento histórico, um *aggiornamento* do direito histórico e é um dos historiadores marco da historiografia do direito. Esse problema aparece. E, não obstante, o que

realizou tem relação com a constituição da história (do direito) como uma ciência e do saber histórico como ciência jurídica (historicismo metodológico). Ora, a partir da noção de *compreensão* é sabido como as noções de verdade e método aí implicadas (interpretação heideggeriana de [Hans-Georg Gadamer]) são de utilização complexa e difícil.

No trabalho, isso foi bem colocado porque o autor relatou, com clareza, o drama – como farei, se não usar esse conceito? De fato, isso é complicado, e a dogmática, nesse caso, está ajudando a zetética.

Quanto à elaboração reflexiva, achei muito curiosa e instigante a fala de Flavia [Portella Püschel]. No fundo, o drama que ela retratou como docente talvez consista em uma espécie de descrédito em relação a uma das formas em que a dogmática foi construída desde o século 19 e que, nesse sentido, a pandectística, fantasma ou não fantasma, trouxe de modo prevalecente para a tradição ocidental continental. Havia uma exigência, teórica e prática, de que o saber dogmático sempre fosse construído na fôrma de um sistema como *nexus veritatum*.

O trabalho de [Theodor] Viehweg (*Tópica e jurisprudência*),⁴⁵ especificamente com relação à dogmática civilística, tentou mostrar exatamente isso; quando ele fala da civilística, refere-se à pandectística. Sua avaliação da civilística mostra que ela era pensada sistematicamente no sentido emprestado a *sistema* pela pandectística. Percebo, diz Flavia [Portella Püschel], que há, hoje, uma fuga desse esquema. Essa foi a sua denúncia, perfeitamente correta no referente à própria doutrina, que, claro, acabou por encontrar reflexos nas decisões judiciais.

A dogmática é o instrumento para o exercício da técnica (da argumentação judicial, da tomada de decisão, da elaboração de contratos etc.). Quando ela falha, o sujeito fica ao sabor das ondas da improvisação e acaba usando o que está à mão e, às vezes, ao fazê-lo, torna mais explícita a falha. Falha que se configura ao se tomar como padrão a presunção de que a dogmática deveria ser uma construção sistemática no estilo *nexus veritatum*, ou seja, dotada de rigor possível de ser testado por critérios formais. A dogmática, elaborada pela pandectística, não é, assim, uma construção obtusa e absolutamente sem controle racional; existe controle e,

provavelmente, em um segundo momento, o que se discuta seja o sentido de racionalidade desse controle. Nessa linha até acho que a própria expositora acabaria fazendo essa reflexão crítica; ao começar a perceber que algumas diferenças em face da expressão “moral” juntada à expressão “dano” não provocam diferenças tão notáveis quanto à exigência de controle racional.

Minha mulher sentiu isso em um processo que moveu por dano moral, em Brasília. Ao final, a juíza, diante da ideia da compensação (pelo dano moral), disse-lhe em face de uma proposta de acordo: “A senhora não aceitará esse acordo? Se não, até pensarei que a senhora está querendo vingança e não justiça”. Ficava óbvio que a juíza preferia um acordo e não uma indenização. No dano moral, a proximidade entre o jurídico e o moral é ostensiva. Fica claro que, embora a palavra “dano”, nesse caso, nos faça pensar na concepção tradicional da dogmática, é possível entender por que foi muito difícil o dano moral entrar na jurisprudência; só a Constituição conseguiu isso.

Quando se liga a palavra *dano* à palavra *moral* (dano moral), acaba-se por fazer frente a certas exigências que perturbam sua objetividade conceitual à luz de uma tradição dogmática que tem dificuldades em lidar com a interioridade do sujeito. [Theodor] Viehweg diria que, para enfrentar esse problema, são exigidos outros *topoi*, outros lugares comuns que não estão presentes na objetivação do dano para efeitos de cálculo compensatório. Na tradição, a tópica civilística dava conta do dano para definir responsabilidades e determinar compensações.

Tudo era razoavelmente operacional até a questão de ordem moral ser introduzida expressamente (dano *moral*). Durante anos, havia uma dúvida sempre formulada sobre se isso ultrapassaria os “estritos” limites do objetivamente jurídico. Não que se desconhecasse a hipótese de uma dimensão moral do dano. O problema estava em ser reconhecida a juridicidade de um dano de natureza moral (i.e., subjetivo). Os problemas, no entanto, no caso brasileiro, se tornaram prementes quando a Constituição de 1988 tornou o tema objetivamente normativo. Diante disso era preciso inventar outra tópica. E a tópica já está aparecendo e modificando sutilmente, talvez não tão sutilmente, a noção de dano, o que exige algum desvio que, como apontado, quebra o enquadramento sistemático.

E, olhando para o passado, quebra mesmo. A questão nova é saber se é possível um arranjo conceitual que não crie uma exceção perturbadora, isto é, fora de controle (as preocupações em limitar jurisprudencialmente os valores compensatórios são uma expressão de que o problema é sentido). Esse, de todo modo, será o trabalho dos civilistas, da dogmática civilista: reconstruir a noção de dano sem apelar para o esquema *regra e exceção*. E nessa linha talvez se torne claro que a elaboração conceitual busca uma coerência que não precisa ser a de um *nexus veritatum*, que, aliás, nem jamais tenha sido, nem jamais o será.

Como, efetivamente, funciona a dogmática? Que diabo de modo de pensar é esse em que o lógico parece desafiar a lógica, mas, não obstante, ainda que por exigência (ideológica: de segurança) deve ser sistemático. Sistemático em que sentido? Algum nexos sempre se encontra. Esse nexos tem relação com lógica? O Juliano [Souza de Albuquerque Maranhão] fica atrás da lógica na dogmática e não a encontra; ou às vezes a encontra, mas em um contexto de desvios e trata de inventar maneiras de dar conta disso, falando em “derrotabilidade” e outros termos afins. Enfim, como se vê, trata-se de um problema de epistemologia da própria lógica da dogmática. Como lidar com isso? Em um extremo, há quem prefira até abandonar a dogmática tal como construída e recepcionada até a atualidade. O que não deveria ser impossível, porque nem sempre ela existiu.

Nesses termos, a dúvida sobre se havia dogmática ou não na Babilônia, sendo que, aliás, dogmática no sentido estrito elaborado no século 19 nem os romanos tiveram que não conheciam dogmas no sentido de pontos de partida que não podem ser substituídos para efeito de raciocinar juridicamente. Ao contrário, o tratamento que davam às questões jurídicas estava longe de trabalhar com pressupostos dessa natureza. Onde um modo de pensar errático para quem exigisse sistematicidade. Não obstante, não só “passeavam” com muita naturalidade pelos problemas e os resolviam, como geraram uma tradição inaugural no que diz respeito a um pensar jurídico. E não havia ninguém que os acusasse de contraditórios ou de sem rigor. Quanto a uma possível reconstrução sistemática do que eles faziam, uma certa dose de inconsistência era até bem vinda – *omnis definitio periculosa est* (toda definição é

perigosa) – até porque, conforme seu entendimento, o rigor conceitual concatenado inclusive atrapalhava a tomada da decisão, isto é, a possibilidade de decidir com justiça e prudência.

[Friedrich Carl Von] Savigny, ao reconstruir o direito romano sistematicamente (sistema do direito romano atual) montou outra coisa. E daí surgiu esse tipo de dúvida – que está correta na sua formulação. Mas é preciso olhar talvez também desse outro ponto de vista. Acho que o Luciano [de Camargo Penteado], cuja cabeça funciona com percuciência e habilidade, construiu muito bem sua exposição dogmática. Ele trabalhou exatamente com aquilo com que se faz dogmática: com o instrumento da *distinção*. Será que “fim” e “função” são a mesma coisa? Perfeito! Esse é um excelente exemplo de um bom trabalho de dogmática, em que se distingue, separa, classifica, não necessariamente em termos de lógica, mas mediante um raciocínio em que os conceitos são trabalhados topicamente em universos até conexos, mas não necessariamente por um nexos lógico. Antes em vista de efeitos.

Olhando a sua observação de que a *função social* só aparece uma vez, senti-me instigado. Nunca tinha ouvido isso. Realmente, ela é uma solução fina em face do seu objetivo. Ela levanta uma suspeita e, ao mesmo tempo, dá o devido lugar para um tema que cresceu muito mais talvez do que deveria crescer. Talvez porque estivesse na constituição ou talvez por causa das entrevistas de Miguel Reale.

Luciano [de Camargo Penteado] tocou, de fato, em um ponto muito interessante. Quem sabe, no futuro, quando fizerem a história do que aconteceu, toparão com esse tipo de problema e perguntarão: o que aconteceu aqui? Nesse momento, seu trabalho será adequadamente útil. O caminho já está aberto.

A divisão dos poderes é um dos temas cruciais para a sistematização dogmática; eu mesmo andei mexendo com ele e me perguntando se o princípio não estaria em decadência, sendo superado. E, então, como lidar com isso? Em termos de um *topos* da modernidade, ele assegurou e permitiu um desenvolvimento muito importante para a conceptualização dogmática do direito: entre outras coisas, permitiu o desenvolvimento do direito processual – não como adjetivo, como se pensou inicialmente, mas um ramo autônomo.

Ora, na hora em que esse *topos* da tripartição dos poderes entrar efetivamente em disfunção, imagino que surgirão questões refletindo, inclusive, na natureza de uma dogmática processual restrita à processualidade judicial. O que isso poderá significar, agora olhando do ângulo de outro *topos*, o político, talvez tenha maior participação. Acho interessante a ideia de olhar para o tema com espírito desenvolvido pela velha dogmática: o drama será sempre *vamos perder o controle*? Essa é a pergunta que aparecerá e essa é a angústia que reflexões como a sua, José Rodrigo [Rodriguez], hoje, acabam gerando. De qualquer forma, acho que isso está correto, porque esse é o problema do século XXI.

A DOGMÁTICA JURÍDICA SEGUNDO TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

A FILOSOFIA JURÍDICA COMO SABER META-IDEOLÓGICO:

ANOTAÇÕES A PARTIR DA FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA NO ENFOQUE DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.⁴⁶

Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa

Olá. Neste evento em que se presta homenagem ao professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] e no qual se discutem as relações entre estado de direito, formalismo e função social da dogmática jurídica, minha contribuição se insere no campo da filosofia do direito. Sobre esse campo, o professor Miguel Reale gostava de mencionar um dito de [Blaise] Pascal: “tu não me procurarias se já não me tivesses encontrado”. Para mim, o sentido dessa procura envolve a presença de alguém para caminhar junto e esse alguém, no meu caso, foi a obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]. Meu texto pretende colocar questões que só se tornaram visíveis para mim graças ao nosso homenageado, que me estimulou a pensá-las.

Para não me alongar, não lerei o texto. Apenas indicarei o horizonte no qual se manifesta minha discussão sobre o tema da função social da dogmática desenvolvido pelo professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]. Dentro desse horizonte, caracterizarei a função social e tratarei de alguns problemas, questionando talvez se há realmente algum problema ali. Minha fala pode ser entendida como uma continuação da pergunta que o professor colocou há pouco, e que aparece em seu livro: “seria possível substituir a dogmática jurídica por outros fenômenos ou isso se tornou impossível?” Meu texto vai nesse sentido.

Parto da ideia de que existe uma matriz tradicional da filosofia do direito encontrada em muitos manuais. Essa matriz é o discurso do direito natural. Essa matriz, porém, parece não fazer jus nem à autonomia historicamente conquistada pelo discurso jurídico em face da ética e da filosofia política, nem a todo o processo social da modernidade. Ao tratarmos da filosofia do direito como algo que vem da antiguidade grega até hoje, sempre investigando o direito natural, parece que desconsideramos um processo de dessacralização, sistematização, positivação do direito natural,

bem como uma crise da concepção de direitos universais que começa no século 19 e se aprofunda no 20, com a multiplicação dos direitos fundamentais após a declaração de 1948.

Por isso, em meu texto, em vez de seguir essa matriz jusnaturalista (que, em geral, é utilizada para caracterizar a filosofia do direito), preferi seguir outro caminho, dando atenção ao processo histórico da modernidade, às suas características e à crise do direito natural, buscando entender a filosofia especificamente jurídica a partir de uma ruptura com o pensamento jusnaturalista. Entendo, assim, que a filosofia do direito talvez pudesse ser melhor caracterizada hoje como “filosofia do direito positivo”; quando digo filosofia do direito, quero dizer filosofia do direito positivo.

Essa caracterização, obviamente, pode causar uma série de problemas de interpretação. Por um lado, pode parecer que estou me referindo à ideia de “filosofia dos juristas”; por outro, alguém pode interpretar meu entendimento como se eu estivesse reduzindo toda a filosofia do direito ao positivismo jurídico. Não é isso. Quando afirmo que um entendimento mais adequado da filosofia do direito seria compreendê-la como “filosofia do direito positivo”, não estou dizendo que a filosofia do direito é algo feito apenas pelos juristas, nem que ela se identifica com o discurso do positivismo jurídico. Estou apenas delimitando o campo de atuação da filosofia especificamente jurídica no âmbito do processo de positivação do direito que se consolida a partir do século 19. Essa filosofia jurídica é algo que pode ser desenvolvido tanto por juristas como por filósofos e possui múltiplas formas de apresentação, não é só o positivismo.

Aliás, tendo em vista a dificuldade de compreender essas múltiplas formas, a doutrina, em geral, costuma organizá-las em escolas. Em meu texto, porém, achei melhor caracterizar a filosofia do direito de uma outra maneira, falando em “estilos de filosofia do direito”, que talvez também pudessem ser chamados de “perfis da filosofia jurídica”. Nesse sentido, no desenvolvimento do que se chama de filosofia voltada ao processo de positivação do direito, entendo ser possível afirmar que existem três estilos que, de alguma forma, foram se manifestado ao longo desse processo histórico, do século 19 em diante: (1) uma filosofia do direito positivo que se apresenta como crítica da metafísica do direito

natural; (2) uma filosofia do direito positivo que se apresenta como discussão da validade jurídica das normas; e (3) uma filosofia do direito positivo que se apresenta predominantemente como discussão do processo de justificação do argumento de existência de direitos subjetivos.

Meu texto sugere essa forma de compreensão da filosofia jurídica; em vez de organizá-la em escolas, organizá-la em estilos. Com isso, não quero propor nenhuma história da evolução do pensamento jurídico. Também não busco delimitar a filosofia do direito a partir de um discurso preocupado exclusivamente com a superação da metafísica do direito natural. A questão fundamental para o primeiro estilo é a passagem da compreensão do direito de um campo (a natureza) para outro (a sociedade), no qual se percebe uma certa associação entre direito e coerção, que leva, no fundo, à aproximação do fenômeno jurídico a uma imagem do poder como dominação e império.

Tampouco quero dizer que, em um outro estilo, em vez de criticar as teorias do direito natural (para se dedicar à relação entre direito e coerção), a filosofia passou a investigar positivamente o direito positivo, deixando de criticar os jusnaturalistas. O que há é a busca de uma concepção própria de direito positivo, voltada, então, para a questão da identificação do conjunto das normas válidas. Também não estou sugerindo que, na filosofia contemporânea do direito, a crítica da metafísica do direito natural e a teoria da validade foram deixadas de lado, em prol de um outro estilo, mais voltada à discussão dos argumentos jurídicos (mais especificamente, o argumento de existência de direitos subjetivos). Não quero sugerir que a filosofia jurídica hoje pode ser organizada apenas a partir da pergunta: “Como posso justificar os argumentos da existência de direitos subjetivos sem recair na teoria das condições de verdade das proposições jurídicas?”

Sendo possível organizá-la dentro dos três estilos que destaquei, pretendi apenas levantar a seguinte questão: em qual dos estilos já manifestados pela filosofia jurídica ao longo de seu desenvolvimento histórico é possível localizar a obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]? Se a filosofia jurídica é a filosofia do direito positivo e esta pode se apresentar ora voltada para crítica do direito natural, ora para a questão da validade das normas,

ora para justificação de argumentos... Em qual desses estilos poderíamos localizar, mais propriamente, a perspectiva filosófica do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]?

Para responder a essa questão, tomo por referência sua teoria pragmática da norma jurídica, para entender que o que predomina no discurso filosófico de Tercio Sampaio Ferraz Jr. é o estilo que delimitei a partir dos modos de justificação de um discurso que argumente a existência de direitos subjetivos. A filosofia do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] pode ser entendida como uma teoria voltada para a questão da justificação, porque existe, especialmente em sua teoria da norma jurídica, uma preocupação própria das teorias da justificação, qual seja, a preocupação de superar a ideia de que a categoria da validade possa dar conta sozinha da identificação do direito positivo.

Na teoria do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], assim como em outras teorias da justificação, entende-se que somente o conceito de validade não é passível de dar conta da identificação do direito. Pelo conceito de validade, é possível identificar certas formas de relação normativa, mas esse mesmo conceito não permite compreender todo normativo do direito positivo como sistema globalmente vinculante. No momento de compreendê-lo, não se usa apenas a categoria da validade. Muitas vezes, aparecem também a categoria da invalidade e a categoria da efetividade sem que isso deixe de ser uma resposta coerente do sistema à situação.

O professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] diz que o modo pelo qual é possível entender esse processo depende de um raciocínio, e ele levanta a seguinte hipótese: em primeiro lugar, é preciso entender que os sistemas jurídicos são um subsistema do sistema social e este meio ambiente (a vida social) lhes impõem demandas, para as quais são exigidas decisões. Esse é o contexto do sistema jurídico, e o direito positivo, nesse contexto, tem por atividade característica sua função seletiva, entendida aqui em termos luhmannianos, no sentido de escolha e controle de expectativas de comportamento social por meio de uma generalização congruente.

Ora, os juristas contribuem para essa função recorrendo à categoria da validade. No entanto, percebe-se que, mesmo quando uma série normativa não dá conta das demandas sociais a partir do discurso da validade, o sistema não para de funcionar. O funcionamento

do sistema apenas muda de padrão para poder continuar funcionando. Se ele não para de funcionar para atender as demandas sociais, então, é possível afirmar que não só a validade explica o funcionamento do direito positivo; existe outra categoria jurídica que permite isso. Essa outra categoria, que articular validade e efetividade, é a categoria da imperatividade, que é gerada por um conjunto de regras, que o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] chama de regras de calibração.

No meu entender, tal como as filosofias jurídicas que se voltam para o processo de justificação da aplicação do direito, a teoria pragmática de nosso homenageado ultrapassa a definição do direito como um conjunto de normas válidas juridicamente. O direito positivo não é, simplesmente, um conjunto de normas válidas. Em sua teoria, o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] assume que o sistema jurídico pode abarcar normas válidas e inválidas. A justificação do direito positivo, nesse caso, decerto não corresponde diretamente à relação entre direito, moralidade e justiça, mas está presente e se perfaz pela calibração da norma por regras de ajustamentos, as quais podem ser encontradas na moral, na religião, na prática política, na jurisprudência dos tribunais etc.

A partir dessa compreensão da filosofia jurídica do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] – no que diz respeito à teoria da norma, que pode ser entendida como uma teoria da justificação –, a importância de *Função social da dogmática jurídica* fica clara. Afinal, a dogmática jurídica contribui para esse processo de justificação – aqui em sentido amplo – na medida em que – por meio da sua atividade de generalização congruente de leis, decisões dos tribunais, comentários doutrinários etc. – ela oferece um repertório que permite a identificação das condições do juridicamente possível, como o Samuel [Rodrigues Barbosa] já lembrou hoje. A dogmática, nesse sentido, permite a calibração. A partir do momento em que me preocupo com a justificação da aplicação – e não apenas com a validade das normas do direito positivo –, torna-se importante compreender a função social da dogmática jurídica, porque a dogmática jurídica participa e tem sua importância justamente dentro desse processo de justificação. A dogmática contribui para a calibração do sistema jurídico. Ela organiza, de alguma forma, a calibração.

A dogmática, certamente, não tem por função imediata a positivação de normas e, dificilmente, pode ser caracterizada como fonte de normas jurídicas, mas, atuando no controle do funcionamento do sistema, ela impõe um código comunicativo, diz o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]. Dentro desse código, a mensagem normativa será transmitida. Com isso, a dogmática acaba por decidir – ela própria – sobre a validade e a efetividade de normas e atos jurídicos. Essa é a reflexão do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] sobre a função social da dogmática jurídica. E parece-me que ele chegou a essa compreensão assumindo por filosofia o estilo de discussão do direito positivo focado na justificação da aplicação.

O que me parece curioso é que, ao final do livro *Função social da dogmática jurídica*, o professor sugere que essa participação da dogmática no processo de justificação pode não ser definitiva. Dizer que a justificação é feita por meio de uma importante contribuição da dogmática não significa que essa justificação só possa ser feita com a contribuição da dogmática. A dogmática jurídica não existiu desde sempre, ela tem uma historicidade, surge em um determinado contexto histórico e, assim como surgiu, pode desaparecer. Pode ser, então, que surjam outras formas de justificação da aplicação que não dependam desse discurso.

Na medida em que esse discurso se torne incapaz de atender à sua própria função – a função de controle no sentido de generalização congruente das expectativas –, essa afirmação do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] certamente tem coerência. Penso, entretanto, que, embora a historicidade da dogmática aponte para a ideia de que a dogmática não é um destino para a razão jurídica, outras idéias que aparecem nesse mesmo livro trazem problemas para a superação da dogmática.

O problema principal parece estar vinculado a um aspecto do processo de abstração que ocorre por meio dessa generalização congruente de conceitos. O professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] diz que, aumentando-se o grau de abstração dos conceitos, pode-se chegar a um formalismo e que esse formalismo dos conceitos pode, de alguma forma, pôr em risco a própria razão dogmática. O que Marta [Rodrigues de Assis Machado] falou – já conversamos sobre isso – parece ir nesse sentido. Nós temos uma dogmática do direito penal que trabalha com o conceito de causalidade, o

qual tem por função social contribuir para a decidibilidade dos conflitos ligados à identificação do delito. Em alguns casos, contudo, esse conceito não dá conta da decidibilidade. Aí têm aparecido outras concepções, mais abstratas. Com isso, o conceito de causa ou causalidade torna-se cada vez mais vazio e formal, estimulando, por exemplo, [Günther] Jacobs a prescindir desse conceito para definir delito. Isso parece fazer sentido.

No entanto, o que quero ressaltar aqui é se a substituição de uma determinada dogmática, devido a esse problema do extremo formalismo, pode realmente implicar a modificação da concepção de racionalidade do direito, ou seja, se realmente existe espaço para a dogmática ser substituída por algum outro tipo de razão jurídica.

Essa é a pergunta que apresento no final do meu texto, quando resalto que, na visão do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], o processo de justificação desenvolvido pela dogmática é conseguido pela assimilação de pontos de vista ideológicos. Na medida em que a dogmática possui o caráter de ideologia, ela acaba neutralizando essa possibilidade de falarmos como Flavia [Portella Püschel], quando diz que certo discurso doutrinário nem mesmo é dogmática. A ideologia neutralizaria esse campo de crítica, restando a percepção de que, mal ou bem feito, um discurso dogmático é sempre algo que tem uma funcionalidade e, assim, sempre haveria alguma racionalidade nele. Meu texto converge para essa discussão: como é possível superar a dogmática jurídica por outras formas de racionalidade, se a ideologia é parte do processo de justificação e ela, de alguma forma, neutraliza divergências?

Em seu livro *Função social da dogmática jurídica*, o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] está preocupado, coerentemente preocupado, com um discurso platônico que falaria em perversão da razão e que reclamaria da existência de um saber dogmático. “Se dogmática funciona desse jeito, então, ela não é racional, haveria uma perversão da razão nela” – o professor afasta esse preconceito e entende que existe, sim, alguma racionalidade na dogmática e que não há perversão alguma nesse sentido. No mesmo livro, porém, ele diz que, se não existe uma perversão em sentido platônico, existe contudo uma outra perversão – realizada pelas ideologias – que atinge os valores, retirando-lhes a abertura. Ora, retirar a abertura é retirar a possibilidade de transformação. Dessa forma, mesmo que

se eleve um conceito ao extremo formalismo – mesmo que o conceito de estado de direito, que é o exemplo citado no livro, se torne meramente formal –, a presença da ideologia parece permitir que o discurso da dogmática continue falando infinitamente.

Sendo assim, não há, propriamente, a possibilidade teórica de sua substituição. Há, sim, a possibilidade de trocar uma dogmática totalitária por uma dogmática de fundo liberal, uma dogmática de fundo liberal por uma dogmática de fundo social... Mas como fica a substituição da dogmática por outra forma de racionalidade não-dogmática? O livro coloca esse problema; porém, associando dogmática e ideologia, parece que [o livro] também defende que há grande dificuldade para discutir esse problema. Se por trás de tudo existe a perversão dos valores, a dogmática tem o papel de um controlador que neutraliza sua própria possibilidade de substituição.

Não sei se esse entendimento está correto. Coloquei essa observação no final de meu texto: “salvo melhor juízo”... Neste debate, porém, tenho a possibilidade de discutir se essa interpretação está ou não adequada. Obrigado.

A HISTORICIDADE DO CONCEITO DE DOGMÁTICA JURÍDICA:

UMA ABORDAGEM A PARTIR DA BEGRIFFSGESCHICHTE DE

REINHART KOSELLECK⁴⁷

Orlando Villas Bôas Filho

É uma satisfação estar neste evento que possibilita não apenas um diálogo aberto acerca de um tema importante, mas também um encontro com uma pessoa que desperta, em todos nós, grande afeto e admiração, como é o caso do professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. Entre os vários aspectos importantes e originais de sua obra, a questão da análise histórica acerca da dogmática jurídica parece-me muito relevante e é isso que eu gostaria de abordar hoje.

Em livros como *Função social da dogmática jurídica*⁴⁸ e *Introdução ao estudo do direito*,⁴⁹ o professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. traça um panorama histórico da formação da dogmática tal como entendida atualmente. Isso me parece muito relevante para que se possa, inclusive, definir qual dogmática nós demandamos, qual a função a ser cumprida por ela e em qual sociedade essa dogmática deve exercer essa função.

Ao analisar o panorama histórico traçado por Tercio Sampaio Ferraz Jr., me ocorreu a seguinte indagação: o autor sustenta que a dogmática foi delineada, tal como a conhecemos e internalizamos hoje, como saber tecnológico, no século XIX. Porém, sua análise histórica é muito mais ampla uma vez que procura indicar a interface desse saber tecnológico – que constitui um modo específico de lidar com o direito – com um saber prudencial. Assim, a análise proposta por Tercio Sampaio Ferraz Jr. fornece a possibilidade de encontrar continuidade em meio a descontinuidades conceituais, o que é muito relevante para pensar a possibilidade de superação de uma dogmática que, eventualmente, não esteja mais em compasso com a realidade social.

Essa questão da dimensão histórica da dogmática jurídica pode ser abordada, no âmbito da historiografia, basicamente a partir de duas perspectivas: de um lado, a chamada “Escola de Cambridge” ou “enfoque *collingwoodiano*” e, de outro, a “história dos conceitos” (*Begriffsgeschichte*)⁵⁰. Trata-se de duas vertentes da historiografia que trabalham com conceitos e, ao utilizá-las, evidentemente, estou supondo que a “dogmática jurídica” possa ser tratada como um

conceito. Adiante, tentarei mostrar, a partir do referencial teórico da história dos conceitos elaborada por Reinhart Koselleck, em que medida isso é possível.

O enfoque *collingwoodiano* ou “escola de Cambridge” tem vários autores expressivos tais como James Tully, Richard Tuck e John A. G. Pocock, entretanto minha abordagem estará centrada no pensamento de Quentin Skinner, um de seus mais expressivos representantes. No Brasil, Skinner é conhecido, não por seus estudos de metodologia da história mas, sobretudo, por clássicos como *Fundações do pensamento político moderno*,⁵¹ *Liberdade antes do liberalismo*,⁵² *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*,⁵³ *Maquiavel*⁵⁴ entre outros. Há uma série de estudos que se baseiam no pensamento político e social desse historiador, mas a obra de Skinner sobre metodologia, apresenta limitações para análise da questão que pretendo abordar hoje, a partir do pensamento do professor Tercio Sampaio Feraz Jr.

As análises de Quentin Skinner preocupam-se essencialmente com a questão do anacronismo, ou seja, de como evitar, na análise histórica do pensamento, a problemática da projeção, para o passado, de conceitos próprios da nossa época e, também, de como evitar a projeção de questões que nós imputamos como perenes, mas que, de fato, não o são, uma vez que são perpassadas pela historicidade. Para formular isso, Skinner se baseou na “teoria dos atos de fala” de [John Langshaw] Austin e tentou mostrar que, na análise histórica do pensamento político, é preciso tomar cuidado com o contexto no qual um determinado pensamento se formou e no qual ocorreu o seu proferimento. Segundo Skinner, isso é necessário porque, ao se utilizar a ideia do ato ilocucionário de [John Langshaw] Austin, a análise do mero texto só seria capaz de captar a sua mensagem; já o conteúdo ilocucional do mesmo somente seria captado analisando-se o contexto em que se deu seu proferimento, pois somente a partir de tal contexto seria possível identificar a intencionalidade autoral.

Entretanto, uma história metodologicamente fundada nessa premissa, no limite, tornaria impossível, de acordo com uma série de críticos, uma análise diacrônica dos conceitos, pois, se uma ideia somente é passível de ser captada em seu próprio contexto de proferimento, não seria possível captá-la diacronicamente. Isso,

evidentemente, acarreta limitações conceituais a essa perspectiva e, por essa razão, utilizarei a proposta desenvolvida por Reinhart Koselleck, no âmbito da história dos conceitos, pois, embora este partilhe com Skinner a preocupação referente aos horizontes de sentido historicamente determinados dos conceitos, procura, a partir de uma fundamentação hermenêutica, apreender a mudança conceitual.

Essa opção se justifica, pois me parece que, ao fazer um panorama histórico da dogmática jurídica, o professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. tentou mostrar que a compreensão do que possa vir a ser a dogmática, tal como a operacionalizamos atualmente, implica que abordemos as condensações de sentido prévias à configuração que ela toma na modernidade. Não se trata, portanto, de imaginar um conceito de dogmática que surja no vácuo histórico. Ele surge e se desenvolve, obviamente, em oposição a um pensar preexistente, mas não surgiria sem esse modo de pensar preexistente.

Considero um dado importante, em relação à contribuição da análise do professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., a recuperação dessa premissa, das condensações de sentido, da semântica, tal como o professor [Reinhart] Koselleck aponta. Não vejo isso em outros estudos que tratam da questão da dogmática. Em geral, essas análises já tomam a dogmática como um dado e não como um conceito “construído historicamente”.

Antes de abordar essa questão, pretendo fazer uma breve reconstrução das premissas com as quais trabalha a história dos conceitos e me basearei em dois pontos: o primeiro consiste na possibilidade de tratar a ideia de dogmática com um conceito. O segundo visa mapear, no pensamento do professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., a análise da continuidade conceitual em meio a descontinuidades que ocorrem ao longo do tempo.

No que concerne ao primeiro ponto, cabe ressaltar que [Reinhart] Koselleck distingue palavra e conceito, pois, segundo ele, todo e qualquer conceito é polissêmico ao passo que nem toda palavra o é. A partir dessa diferença fundamental, é possível notar que a dogmática jurídica é, em si mesma, polissêmica. Esse, talvez, seja um forte indício de que se trate de um conceito que tem uma história. A ideia de construto, portanto, carrega consigo essa historicidade.

O segundo ponto baseia-se na distinção apontada por [Reinhart] Koselleck entre uso pragmático e uso semântico da língua. Em um primeiro momento, [Reinhart] Koselleck concordou com o Skinner e admitiu que a dimensão pragmática do uso da língua seria captada somente no contexto, exaurindo nele. Porém, se ela se exaurisse apenas no contexto, a análise seria sempre sincrônica. Entretanto, para que a sincronia da dimensão pragmática da linguagem seja possível, é necessário que haja uma diacronia semântica. Em outras palavras, é preciso que haja um substrato de fundo, uma condensação de sentido. Aliás, nesse ponto, a influência do [Reinhart] Koselleck sobre Niklas Luhmann é muito significativa. Nesse sentido, em razão da interlocução que o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] mantém com o pensamento de [Niklas] Luhmann, é possível afirmar que, de algum modo, essa questão se incorpora à sua reconstrução do panorama histórico da dogmática jurídica, uma vez que o mesmo parece apontar para a ideia de que nós podemos captar a semântica, ou seja, vislumbrar a continuidade em meio à descontinuidade.

O interessante na colocação do professor Tercio Sampaio Ferraz Jr. é que a dogmática surge como um saber tecnológico e não como uma simples reverberação do saber prudencial. Assim, a dogmática não é uma simples projeção do pensamento dogmático dos glosadores do século XIX, não é mera sistematização – que o professor alude ser própria do jusnaturalismo –, nem o formalismo que aparece a partir do século XIX. Contudo, a dogmática não seria o que é sem tudo isso. Portanto, a análise da construção conceitual da dogmática jurídica implica que se perceba como ela evolui historicamente como conceito no ocidente.

Há uma colocação à qual considero interessante aludir, pois expressa um paralelo entre as posições de [Reinhart] Koselleck e do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]. O primeiro, ao analisar a questão da evolução conceitual, dá como um exemplo, recorrente em suas próprias análises, o modo pelo qual o conceito de história se alterou ao longo do tempo. [Reinhart] Koselleck – é bom lembrar que o referencial de seu pensamento é a Alemanha – mostrou que, por volta do século XIX, na passagem de 1800, teria havido uma mudança fundamental da concepção de história. A história, concebida como múltiplos relatos, e, daí, a ideia de que

seria *historia magistra vitae*, ou seja, uma história exemplar, transforma-se num conceito de história como “coletivo singular” (*Kollektivsingular*)⁵⁵ que desembocará nas grandes filosofias da história que chegam até nós por meio de autores como [Wilhelm Von] Humboldt. O próprio historicismo, apesar das críticas, carrega um pouco essa ideia.

Entretanto, esse conceito de história talvez tenha sido posto em xeque diante do advento de uma sociedade plural e diferenciada, marcada por uma enorme complexidade, na qual, segundo Gérard Raullet, o *grand récit* teria cedido lugar ao *petit récit*. Porém, ao ser indagado acerca a compatibilidade do conceito de história como “coletivo singular”, na atualidade, com a sociedade moderna pluralista e multicultural, na qual os diversos grupos passam a postular o direito de escreverem suas “histórias”, [Reinhart] Koselleck afirmou que essa pluralização de histórias apenas reafirmaria a necessidade de um instrumento analítico tal como “história”, entendida como um “coletivo singular”. Seria o caso de verificar se isso é efetivamente factível ou não.

Tendo essa questão como premissa, cabe perguntar se, no século XIX, também não teria havido uma mudança no âmbito da dogmática semelhante à que ocorreu com o conceito de história. Não seria possível dizer, acerca da dogmática, que a mesma teria passado de um saber articulado em condensações de sentido diferentes para um saber tecnológico?

Nesse sentido eu, talvez, caminhasse na direção daquilo que colocou José Rodrigo [Rodriguez]. Essa questão me parece relevante uma vez que a dogmática jurídica, tal como o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] a aborda em seu livro, é fundamental para a manutenção de um direito autônomo, em uma sociedade complexa, na qual, se utilizarmos a ideia de modernidade de [Reinhart] Koselleck, houve uma fratura entre “espaço de experiência” e “horizonte de expectativa”. Ora, em uma sociedade em que não temos mais a ancoragem das expectativas na experiência é muito importante que haja um mecanismo de controle de consistência que, entretanto, não seja simplesmente de controle, mas, como apontam Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] e [Niklas] Luhmann, que forneça também a liberdade no trato das questões em termos jurídicos.

Nesse sentido, cabe perguntar se o grau de complexidade da sociedade atual não estaria demandando que a dogmática jurídica, que constitui o nível mais alto de abstração do sistema jurídico, também se reconfigurasse, a exemplo do que ocorreu com os discursos acerca da história.

Portanto, considero importante o panorama histórico proposto pelo professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] acerca da dogmática jurídica, pois o mesmo aponta a ideia de um construto que, por ser histórico, não é perene nas configurações que assume. Além disso, sua análise permite compreender que a configuração que esse construto pode vir a assumir também não implica indagar apenas em termos de ruptura. Trata-se de verificar como a eventual mudança que ele possa vir a sofrer está enraizada em condensações de sentido prévias e, portanto, numa semântica de longa duração.

Era o que tinha a dizer.

**NOTAS SOBRE O PROBLEMA DA ACUMULAÇÃO LITERÁRIA E A
CONTRIBUIÇÃO DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.⁵⁶**
Samuel Rodrigues Barbosa⁵⁷

Ceci n'est pas une article.

Comemorações são frequentes para nossa cultura jurídica que nasceu com os salões, com a oratória das tribunas. A muitos, porém, esse gênero de apologia tem assumido os contornos da caricatura, a metáfora de uma cultura jurídica rarefeita.

Ao invés da recaída à complacência habitual, tomo esse colóquio, provocado por livros de Tercio Sampaio Ferraz Jr., como um desafio que pode ser formulado com base na seguinte advertência:

Tem sido observado que a cada geração a vida intelectual no Brasil parece recomençar do zero. O apetite pela produção recente dos países avançados muitas vezes tem como avesso o desinteresse pelo trabalho da geração anterior, e a conseqüente descontinuidade da reflexão. Conforme notava Machado de Assis em 1879, “o influxo externo é que determina a direção do movimento”. [...] O que fica de nosso desfile de concepções e métodos é pouco, já que o ritmo da mudança não dá tempo à produção amadurecida. (Schwarz, 1997:30-32).⁵⁸

Bem entendido, essa passagem de Roberto Schwarz não é um elogio ao paroquial, não é a defesa do tupi-guarani. Longe de negar a importância da desprovincianização da reflexão por aqui, o que se coloca em causa é aquela importação da “produção recente dos países avançados” que, pela sua rapidez (agora feita em tempo real), impede a produção amadurecida e a formação de uma tradição que sirva de filtro para o consumo de métodos, temas e obras. Como corretivo ao influxo externo, acumulação literária significa colher “os problemas a muito custo identificados”, retomar a reflexão anterior não como um “peso morto”, mas como “elemento dinâmico e irresolvido”, dando os desdobramentos necessários.⁵⁹ A lembrança dessa passagem é tanto mais apropriada porque a reflexão suscitada por livros como *Função social da dogmática jurídica* (1978) e *Introdução ao estudo do direito*

(1988) aguarda por essa retomada e desdobramentos para além das citações de praxe. Diante de uma obra complexa, minha aproximação será uma primeira tentativa, anotações pessoais que combinam o encontro bibliográfico do leitor com o biográfico do aluno.

★ ★ ★

Como uma produção bibliográfica que se estende por quatro décadas pôde persistir com atualidade e forte apelo de seu questionamento se não manteve “o apetite pela produção mais recente dos países avançados”, pela melhor teoria do direito do todos os tempos da última semana? O debate do pós-positivismo ou os desenvolvimentos da teoria dos sistemas após os a década de 1980, por exemplo, estão praticamente ausentes, ao menos nominalmente. Isso é tanto mais surpreendente se se considerar que um livro como *Direito, Retórica e Comunicação* (1973) prova das melhores iguarias disponíveis à época.

Quando introduzi o tópico da acumulação literária, era um problema dirigido a nós, atarefados com a recepção das novidades. Mas na pergunta acima, o problema se aplica à própria produção bibliográfica em discussão, vale dizer, como ela o resolve?

Antes da livre-docência de 1973 (*Direito, Retórica e Comunicação*), as produções seguiam o figurino do departamento (francês) de filosofia da USP. Pesava a influência de uma específica escrita (filosófica!) da história da filosofia, que recebeu uma formulação canônica com Victor Goldschmidt (1963).⁶⁰ A pesquisa sobre a noção aristotélica da justiça, a tese de doutorado em filosofia na Alemanha e a tese de doutorado em direito na USP são escritas segundo o gabarito da leitura estrutural.⁶¹ Exercitar a escrita da história da filosofia segundo um método que dava ar de família para a produção acadêmica da área em São Paulo, já significava participar da acumulação.⁶²

Porém, a acumulação só se torna um problema de interesse após 1973 quando o que se publica não é mais uma investigação de história da filosofia. Resultado do pós-doutorado, *Direito, retórica e comunicação* inicia um projeto de grande envergadura ainda em curso: a elaboração de uma teoria pragmática do direito.

Esse é o primeiro capítulo de escolhas decisivas feitas na década de 1970 pelo autor. Em uma expressão síntese: o exercício de pensar uma teoria do direito ancorada em uma teoria da linguagem após a guinada lingüística (pragmática da comunicação) e em uma teoria da sociedade (na versão de [Niklas] Luhmann).⁶³ Cabe salientar o estado embrionário dessas teorias à época, o que revela o arriscado da aposta. Mas o investimento se revelou produtivo do ponto de vista de quem o lê mais de duas décadas depois e pode compulsar a copiosa literatura de teoria da argumentação, retórica e teoria dos sistemas que se seguiu.

O esforço de atualização do nosso debate que a empresa comportava é flagrante. Mas, ao mesmo tempo, retomava-se, com grau de importância e modos variados, uma plêiade de autores nacionais.⁶⁴ Outro recurso para aclimatar a reflexão foi explorar os contatos interdisciplinares com base em traduções que circulavam.⁶⁵

Porém há outra conclusão mais importante quanto ao problema da acumulação. Por um lado, o autor persistiu na aposta: a pragmática e a teoria dos sistemas não foram dispensadas à primeira mudança dos ventos ou diante das novas solicitações.⁶⁶ Por outro, ao invés de acompanhar a discussão em ritmo acelerado dessas teorias, o que impunha dificuldades inevitáveis, a opção foi pela maturação paciente, o adensamento da *própria* reflexão.⁶⁷

Há uma sentença lapidar (das muitas, aliás) no livro *Introdução ao estudo do direito*, que sugere uma fórmula: “a ciência não nos libera porque nos torna mais sábios, mas é porque nos tornamos sábios que a ciência nos libera”. O complemento que vem na sequência é:

Adquirir a sabedoria não é ato nem resultado da ciência e do conhecimento, mas é experiência e reflexão, exercício do pensar. E é para isso, por fim, que convidamos o leitor: pensar o direito, refletir sobre suas formas hodiernas de atuação, encontrar-lhe um sentido.⁶⁸

Essa passagem, no final da famosa introdução ao livro de 1988, dá a fórmula da estratégia de acumulação: “exercício do pensar”.⁶⁹ Nosso autor se posiciona fora da espiral de comentários recíprocos que caracteriza a discussão acadêmica (ciência) dos modelos

de teoria da comunicação e teoria da sociedade. A paciente ruminação de autores como [Theodor] Viehweg, [Niklas] Luhmann e [Paul] Watzlawick/[Janet Helmick] Beavin/[Don D.] Jackson não quer somar mais um comentário, passa longe da *explication de texte*. Como exercício do pensar, a discussão é com os autores, mais do que sobre eles. E não deverá ter passado despercebido que igualmente autores sem grande fortuna lhe servem de apoio. O efeito de colocar juntos “grandes” e “pequenos” (do ponto de vista da fortuna crítica) é que, tudo bem pesado, importa mesmo a reflexão que é proposta no exercício do pensar.

Temperando o silêncio nas publicações, autores como [Robert] Alexy, [Ronald] Dworkin, [John] Rawls estão presentes nos cursos de pós-graduação, que serve de laboratório para a reflexão. Somente aqui se folheia a *Revue des Deux Mondes*. A incorporação das novas referências nos textos é feita com parcimônia, apenas depois de longo amadurecimento.⁷⁰

Até aqui reunimos elementos para caracterizar o processo de acumulação realizado pelos trabalhos do Prof. Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]. Ao acentuado esforço de atualização de 1973 (sem queimar as pontes com a produção local) segue-se o exercício do pensar/o adensamento da própria reflexão. Essa fórmula resume traços de estilo que exigiriam maior detalhamento além dos já mencionados.

Mas há ainda um aspecto crucial para a adequada caracterização do processo de acumulação. Vejamos o *locus classicus*:

O que se deve exigir do escritor, antes de tudo, é certo sentimento íntimo, que o torne homem do seu tempo e do seu país, ainda quando trate de assuntos remotos no tempo e no espaço. (Assis, 1959: 804)

Sem maiores detalhes, podemos ler na passagem um problema (a dupla fidelidade ao local e ao geral) e a solução (sentimento íntimo). Impõe-se a pergunta: como se realiza o “sentimento íntimo”, em outras palavras, como incorporar o geral para colher o local, e mais ainda, como o local exprime o geral?

Vamos recolocar a pergunta a partir da única epígrafe nos livros do nosso autor:

Perguntei a um homem o que era o Direito. Ele me respondeu que era a garantia do exercício da possibilidade. Esse homem chamava-se Galli Mathias. Comi-o. (Oswald de Andrade)⁷¹

Direito e galimatias (dicionarizado como “discurso verborrágico, esquisito, hermético, ininteligível”) formam um conúbio: dogmática jurídica. Para nós com o agravante de que esse direito como discurso hermético é um outro (com nome próprio) e estrangeiro: Galli Mathias. A única solução é comê-lo (incorporar o geral no local), fazendo-o nosso (exprimir o geral pelo local).⁷²

Não é fácil dar esse passo porque nosso autor parece falar (quase) todo tempo do geral. Aqui se recoloca o problema da acumulação, agora para nós (leitores) que aceitamos o desafio de retomar a reflexão anterior.⁷³ Parece-me, é justamente o modo da realização do “sentimento íntimo” que aguarda uma decifração e desdobramentos necessários. Passo difícil, vou pontuar algumas observações provisórias.

Inicialmente uma observação em negativo: nosso autor não persiste na reflexão dualista de extensa linhagem entre nós, o que facilita as coisas. Em 2007, assisti a algumas aulas sobre dinâmica jurídica; os casos judiciais eram todos nacionais. Em razão dessa ênfase me fiz a pergunta errada: o apresentado não era uma teoria da patologia? Logo me corrigi: múltiplas cadeias normativas, regras de calibração, validação circular explicam o local como o geral. Pirâmides, só no Egito, e não são jurídicas.⁷⁴

Da mesma forma que o mineiro às margens do Ribeirão do Carmo exprime de modo mais natural, no local rústico, a norma geral civilizada do arcadismo, ou da mesma forma que a possibilidade de direitos civis com escravidão revela de modo mais patente os limites da universalidade da cidadania em uma Londres ou Paris com proletários, perguntamos: não se aguça a percepção para o direito como objeto de consumo ao se refletir sobre nossa cultura jurídica cuja tendência é identificar a dogmática “com um tipo de produção técnica, capaz de atender à demanda profissional, no desempenho imediato das suas funções, ou de vê-la na produção didática que, dirigida para um consumo cada vez mais massificante, tem muito pouco a ver com o que, nas demais ciências, seria admitido como trabalho de rigor e de controle”?⁷⁵ A cena local não revela de modo mais

patente “o risco de distanciamento progressivo da própria realidade” por uma dogmática que trabalha na dupla abstração?, ou “o quão abstrato tem de ser o conceito de Estado de Direito, levado a um extremo formalismo”, ou a “trivialização dos direitos humanos”?

Em várias intervenções, o autor mostra explicitamente o efeito da sua reflexão para as discussões em curso por aqui.⁷⁶ Mas há a outra direção: em que medida a atenção ao detalhe local responde pelo andamento da reflexão, pelas escolhas de temas e problemas, pela percepção mais aguda da norma geral? – Somente com essa combinação estaremos autorizados a falar em acumulação no sentido forte da palavra.

★ ★ ★

Como aluno, quero anotar algo sobre o exercício da docência. Para gerações de alunos, o autor em questão será o “Professor” Tercio, mesmo quando, estimulados por esse primeiro encontro, continuam em contato assíduo com sua obra.⁷⁷

Separados em mais ou menos uma década, presenciei dois estilos de aula na graduação do curso Introdução ao estudo do direito para alunas e alunos do 1º ano na Faculdade de Direito da USP.⁷⁸

No primeiro, a aula se iniciava com a recapitulação, frequentemente extensa, do que fora dito na semana anterior. Depois, quando a discussão do dia minuciosamente tecida atingia um bom resultado, brotava um conjunto de novas interrogações que pediam continuidade. “Mas disso cuidaremos na próxima semana” ou outra frase semelhante encerrava abruptamente a enumeração das questões e terminava a aula deixando o argumento em suspenso.⁷⁹ Essa moldura – a extensão do exórdio e a conclusão sempre adiada – produziam o efeito de continuidade. Em outras palavras, a aula, mais do que o ensino de um ponto do programa, acontecia como o momento de um longo argumento. Para se medir o alcance disso, é preciso lembrar os traços marcadamente analíticos do conhecimento jurídico, um conjunto de diferenciações conceituais e classificações que dificultam as ligações e a sua visão integrada, cuja postulação exige um posicionamento filosófico.

O segundo estilo, que hoje predomina, raramente começa com a recapitulação. Sem preparação alguma, tem início a minuciosa

narração de um problema judicial da ordem do dia. A atenção à minúcia permite aguçar a atenção para a complexidade das questões dogmáticas que estão em jogo. Aqui, o achado é perceber como a discussão de teoria do direito, que vem em seguida, aparentemente desencarnada dos problemas reais, ajuda a iluminar o caso e vice-versa. Agora o recurso retórico empregado é o do exemplo.⁸⁰

Buscando uma rima, sem esquecer que os estilos produzem variados efeitos (à época da elocução, ou agora no trabalho sobre a lembrança): a aula como extenso argumento bem pode ilustrar o exercício do pensar, a reflexão própria e amadurecida que acontece com rigor sem se perder na recepção apressada das novidades; a aula que combina o minucioso relato do caso judicial *nacional* e a observação de teoria do direito dá pistas de como se realizar o “sentimento íntimo”.

O certo é que se a fortuna de uma obra depende de seus leitores, também é verdade que o destino dos leitores depende da obra, sem o quê deve persistir a dispersão das contribuições, o estado rarefeito da reflexão.

BIBLIOGRAFIA

ARANTES, Paulo. Providências de um crítico literário na periferia do capitalismo. In: D'INCAO, Maria Ângela; SCARABÔTOLO, Eloísa Faria (org). *Dentro do texto, dentro da vida*. Ensaaios sobre Antonio Candido. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 229-261.

_____. *Um departamento francês de ultramar*. Estudos sobre a formação da cultura filosófica uspiana (uma experiência nos anos 60). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*, 3. ed. Trad. Antônio Abranches, Cesar Augusto de Almeida e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

ASSIS, Machado de. Instinto de Nacionalidade. In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Aguilar, 1959, v.3, p. 801-809. [1. ed do artigo: 1873].

CANDIDO, Antonio. Literatura e Cultura de 1900 a 1945. In: *Literatura e sociedade: estudos de teoria e história literária*, 6. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1980, p. 109-138.

CANDIDO, Antonio. Literatura e subdesenvolvimento. In: *A educação pela noite e outros ensaios*, 2.ed. São Paulo: Ática, 1989. p. 140-162.

_____. *Formação da literatura brasileira: momentos decisivos, 1750-1880*, 10. ed. revista. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2006.

COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e. *Sobre o humanismo como núcleo de uma Filosofia do Direito* - análise de uma contribuição de pluralismo para a filosofia jurídica de Miguel Reale. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Resenha: “Filosofia do Direito de Miguel Reale”. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LIII/1, 1967.

_____. Algumas Observações em Torno da Cientificidade do Direito Segundo Miguel Reale. *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XIX, fasc. 74, 1969.

_____. La Noción Aristotélica de Justicia. *Atlántida*, vol. VIII, n° 38, Madrid, marco/abril de 1969.

_____. *Die Zweidimensionalität des Rechts als Voraussetzung für den Methodendualismus von Emil Lask*. Meisenheim/Glan: Anton Hain, 1970.

_____. “Einige Bemerkungen zu Miguel Reale Begriff der Wissenschaftlichkeit des Rechts”. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LVI/2, 1970.

_____. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988. [última edição: 6.ed de 2008].

_____. “Existe um espaço no saber jurídico atual para uma teoria crítica?”. In: Plastino, Carlos Alberto (org.). *Crítica do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984. p.65-72.

_____. *Constituinte - assembléia, processo, poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. “Direito e Justiça”. In: *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 141-212.

_____. “O discurso sobre a justiça”. In: *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2003. p.263-270. [1.ed do artigo: 1996].

FRAGALE FILHO, Roberto; ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. O movimento *Critique du Droit* e seu impacto no Brasil. *Revista DIREITO GV*, v. 3, 2007. p. 139-163.

GOLDSCHMIDT, Victor. “Tempo histórico e tempo lógico na interpretação dos sistemas filosóficos”. In: *A religião de Platão*. Prefácio introdutório de Oswaldo Porchat. Trad. Ieda e Oswaldo Porchat. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1963. p.139-147. [1.ed do artigo: 1953].
 LAFER, Celso. Prefácio. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.

_____. *Gil Vicente e Camões*. São Paulo: Atica, 1978.

LAUSBERG, Heinrich. *Elementos de retórica literária*, 2.ed. Trad., prefácio e aditamentos de R. M. Rosado Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A cabrocha e o magistrado: apontamentos sobre o drama” do Direito no Brasil. In: Marleide Paula Marcondes; Ferreira de Toledo (org.). *Cultura Brasileira: o jeito de ser e de viver de um povo*. São Paulo: Nankin, 2004. p.68-91.

SCHWARZ, Roberto. Nacional por subtração. In: *Que horas são? Ensaios*. 2. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p.29-48. [1. ed do artigo: 1986].

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet; JACKSON, Don. *Pragmática da comunicação humana*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1973.

DEBATE

José Rodrigo Rodriguez

Farei três comentários rápidos. A primeira questão é para o Carlos Eduardo [Batalha da Silva e Costa], quando você fala de estilo de filosofia e de conceitos, em ambos os casos, sua fala parece descolada de uma avaliação sociológica das características das instituições de cada momento histórico. Quero saber como isso entra em seu modelo de análise ou, se não entra, eu pergunto: o estilo de filosofar da filosofia do direito pode ser pensado independentemente das características do direito positivo, a estruturação do Estado ligada a cada contexto?

Agora, a pergunta para o Samuel [Rodrigues Barbosa]. Você disse que o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] tem um estilo de filosofar relacionado às teorias da justificação. Essa é uma discussão antiga nossa. Há uma teoria da justificação na obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], na medida em que se pensa a justificação como justificação racional, e não como mero convencimento que garante o sucesso da norma? Às vezes, me parece, a dimensão simbólica na obra do professor é mais importante do que a dimensão racional. De certa maneira, o sucesso da norma já garante a estabilização das expectativas, sem a necessidade de uma justificação em bases argumentativas, ou seja, fundada em uma razão prática.

Isso me leva à pergunta: será que qualificação desta “teoria da justificação” que é tópica, que puxa mais para a questão simbólica, não seria um modo de o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] captar o local? Um direito que, no Brasil, funciona sem a necessidade de justificação racional? Aparentemente, em mais de vinte anos de democracia, não há uma demanda constante da sociedade civil pela justificação racional das decisões judiciais. Talvez haja uma ligação entre o desenvolvimento de uma justificação nestes termos com a existência de uma esfera pública que exija dos poderes transparência e justificação de suas decisões; uma justificação menos contraditória e mais transparente.

Repito, será que o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] não captou essa característica local, ou seja, a falta de necessidade do poder de se justificar perante os seus cidadãos? E nos países em que

a democracia é mais forte, aparentemente, na teoria do direito isso geraria um efeito, um adensamento das teorias da justificação?

Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves

A afirmação de meu amigo Samuel [Rodrigues Barbosa], segundo a qual a obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] estaria mais próxima da pragmática do que da teoria dos sistemas, só pode ser lida como uma traição no interior da bancada sistêmica, um ruído ou uma irritação dentro de nossa bancada!

Na verdade, gostaria de oferecer outra leitura sobre o livro *Função social da dogmática jurídica*. Para [Niklas] Luhmann, a sociedade moderna é sinônimo de diferenciação funcional, alta complexidade e incerteza. O direito dessa sociedade, o direito positivo, é caracterizado por um processo gerador de contingência nas estruturas normativas. Com o advento da sociedade moderna e do direito positivo, as expectativas individualizadas e dispersas no mundo perdem uma referência unitária moral e fixa (processo de secularização). A função da dogmática jurídica é justamente restabelecer tal referência, mas de um modo que o grau de incerteza produzido pela sociedade moderna seja mantido.

A inegabilidade dos pontos de partida das cadeias argumentativas do direito é, na verdade, a inegabilidade de algo incerto, o direito positivo. A função da dogmática jurídica seria restabelecer apenas uma certeza possível. Associar, portanto, [Niklas] Luhmann à jurisprudência dos conceitos ou ao formalismo hermenêutico não seria justo com esse autor.

Como o ponto de partida, o direito positivo, é incerto, não se pode afirmar que, a exemplo do pandectismo ou do formalismo hermenêutico, a lei é uma prisão. Ao contrário, se ela é incerta, o que poderia ser considerado prisão, é, na verdade, liberdade para o intérprete.

Esta liberdade é necessária para o intérprete definir o ponto de partida inegável (o texto legal). Ela pode produzir a mais completa incerteza dentro do direito. Contra essa incerteza, segundo [Niklas] Luhmann, o sistema jurídico oferece duas seguranças possíveis: a vinculação à norma e o *non liquet*. A primeira significa vincular-se a uma norma de direito positivo, isto é, vincular-se a uma incerteza. Note-se que, paradoxalmente, é uma segurança que gera insegurança. E o *non liquet*?

A obrigação de decidir produz, igualmente, liberdade para o magistrado. Diante da incerteza do conteúdo das normas e dos fatos, o *non liquet*, ao impor uma decisão, torna o ato criativo necessário. Assim, o *non liquet* também produzirá liberdade. Isso significa que, para [Niklas] Luhmann, o sistema jurídico não oferece segurança para o ambiente. Na verdade, tal sistema aumenta a complexidade do ambiente. O direito é uma construção social destinada a estabelecer pontos de referência para que o ambiente opere de maneira imprevisível. Na minha opinião, estas ideias estão presentes na obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.].

Samuel Rodrigues Barbosa

Para mim, a teoria da sociedade que influencia decisivamente a teoria do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] é a teoria luhmanniana. Estamos de acordo nesse ponto, entretanto, acho que, no desenho da teoria, a pragmática desempenha o papel de filtro. Na teoria do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], o primeiro axioma conjectural da pragmática (“a impossibilidade da comunicação”) ocupa uma posição muito importante, que se irradia por toda a teoria, em razão de seu acento pragmático. Em [Niklas] Luhmann, isto vale apenas para o sistema de interação (comunicação entre presentes), entre ausentes, a comunicação se torna um problema a ser solucionado pelos meios de difusão. Não há no professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] uma teoria dos meios de difusão, esta não é sua preocupação.

Sobre dogmática, em *Função social da dogmática jurídica*, observem a divergência em relação a [Niklas] Luhmann. Para o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], a dogmática está no sistema da ciência e, para [Niklas] Luhmann, dogmática não é ciência. “Ciência dogmática do direito” é um ruído para os luhmannianos. É por essa razão que acho que o grande filtro é a pragmática.

Sobre a sua pergunta, José Rodrigo [Rodriguez], o papel da razão prática na obra do professor é um tema complexo. O professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] tem textos de intervenção que precisam ser levados em conta para esta análise. Há o texto de uma conferência em que ele apresentou a possibilidade de um pensamento crítico, foi uma intervenção em um contexto específico, e eu teria que construir esse contexto. Para saber como o local entra na teoria, recomendaria esses textos de intervenção.

Orlando Villas Bôas Filho

Se entendi, a colocação que você me fez se refere à relação que existe entre o conceito e a base institucional, ou seja, o primeiro pode vir a manter com aquilo que, genericamente, poderíamos chamar de realidade social, algo que transcendesse o plano do discurso.

A meu ver, isso aparece na obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] e também é um preceito fundamental na análise de [Reinhart] Koselleck. Esse autor relacionou *dogmata* e *pragmata*, em outras palavras, relacionou discurso com realidade, em que o discurso funciona – é isso o que a torna interessante, porque permite que verifiquemos a eventual mudança do conceito em termos diacrônicos. Se não fosse essa relação contextual – do conceito simplesmente –, este estaria pairando historicamente.

No caso, aqui, a ideia é que seja possível captar a dimensão diacrônica do conceito e – vejam que interessante – é justamente isso que o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] faz – não sei se voluntária ou involuntariamente – no panorama histórico que ele descreve em seus livros. Ele tratou o modo pelo qual a dogmática jurídica se configura, o modo pelo qual nós a operacionalizamos como saber de caráter tecnológico, porém, para chegar a essa dogmática, ele reconstroi as múltiplas experiências históricas, as condensações de sentido, que me parecem prévias e indispensáveis, com o intuito de que pensemos em uma eventual alteração da dogmática futura. Essa dogmática também não se alterará em um vácuo histórico, ela estará enraizada em experiências precedentes e, nesse sentido, isso é tanto geral como regional.

Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa

Para além da ideologia, existe uma espécie de passado latente na dogmática jurídica ligado à prudência, à sistematização etc. Daí a minha dúvida com relação à compreensão do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]: dentro da dogmática tudo vira ideologia? A função social é apenas uma questão ideológica? Essa é minha dúvida.

Com relação às duas perguntas do professor José Rodrigo [Rodriguez], quando propus, no texto, a expressão “estilos de filosofia jurídica”, eu não me referia aos discursos descolados das instituições, como se o conceito pairasse acima da história. Não estou fazendo isso. Em meu texto, a referência aos “estilos” é apenas uma

tentativa de abordar essas manifestações da filosofia do direito de um outro modo, para não reduzi-las à vontade dos seus propositores ou aos interesses momentâneos que a elas são vinculados. Falei em “estilos” para tentar abordar as teorias jurídicas como algo mais do que meras opiniões pessoais ou produtos ideológicos.

Ao optar por não organizar a filosofia do direito em escolas, mas organizá-la em estilos, entendo que existe, sim, um movimento histórico, sobre o qual é possível dizer que existem tendências. Não queria entrar nessa questão no texto, mas é um pressuposto da manifestação dos estilos. Se é possível que eles se manifestem, é porque existe algo na sociedade para que aquela forma de manifestação se coloque.

No texto, sugiro que, se existe uma filosofia do direito positivo que assume um estilo de crítica da metafísica do direito natural, é porque, de alguma forma, ela [esta filosofia do direito positivo] está ligada à imagem do poder como dominação. Da mesma forma, se surge uma filosofia que está voltada para as questões da validade e que, aos poucos, precisa falar no imperativo de modo despsicologizado, para depois falar em regras sociais que não têm a função de estabelecer obrigações, mas, sim, de estabelecer critérios, é porque as estruturas sociais do poder já não se limitam à função de repressão. O poder vira influência, disciplina. Se hoje discutimos princípios e a presença de argumentos de política na atividade dos juízes, é porque hoje esta forma de exercer o poder está associada a atividades de gestão e planejamento que cabe à filosofia discutir.

Então, certamente, quando proponho esses estilos, estou partindo da vida social – aliás, é essa a proposta. Eu só não afirmo que há uma precedência das instituições sobre esses estilos. Há uma mútua implicação entre esses estilos? Uma dialética? Um luhmanniano diria que há uma troca de informações? Não sei ainda caracterizar a interrelação entre os estilos filosóficos e as estruturas institucionais, mas existe, sim, uma interrelação e uma base social pressuposta no texto.

A segunda pergunta, se a teoria da justificação existe mesmo. A dimensão simbólica, na obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], fica mais importante que a dimensão tradicional? É possível afirmar que há uma teoria da razão prática na obra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.]?

Aos olhos dos órfãos de Platão, acho que não, mas, em relação à briga entre Platão e os sofistas, o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] já explicitou que camisa ele veste. Ele entra em campo como um bom sofista. Nesse contexto, talvez não seja possível falar em um sentido forte de justificação, mas é possível falar em um sentido fraco. É possível dizer que existe alguma racionalidade, uma razão pragmática. Justificação aqui está ligada à obrigatoriedade construída com argumentos.

Eu não entro nessa discussão, certamente. O que me interessa nela é outra coisa. Assumo que esse discurso é racional. Não entro nessa discussão e não estou acusando de falta de racionalidade a concepção de discurso dogmático do livro. Mas tenho minhas dúvidas se existe, realmente, algo de histórico nisso tudo, quando a ideia de dogmática jurídica passa a ser a ideia de ideologia jurídica, como se existisse uma a “essência” do discurso dogmático.

Diante da questão final apresentada no livro e, também, da crítica aos platônicos, no primeiro capítulo, fico me perguntando se não há algo de retórico ou ambíguo nessa questão, nessa crítica. Talvez não possamos levar tão a ferro e fogo a denúncia de perversão da razão nessa forma de discurso [dogmático]. Isso não aparece no texto sobre dogmática de [Theodor] Viehweg; ele mesmo insiste que dogmática é ideologia jurídica, mas ideologia no sentido de algo neutro. Ele está buscando um sentido neutro de ideologia para escapar de uma certa forma de debate. Já no livro do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], a dogmática se torna historicamente uma ideologia e parece que há algo de “perverso” nessa transformação. Mas o que permite falar em perversão? O que é isso que está escondido? Isso não seria algo que foge do contexto, da relação, algo menos pragmático, algo fora da história? A dogmática acabou com uma função ideológica ou ela só funciona como ideologia? Se ela pode, um dia, não ser mais ideologia, não deixará, então, de ser uma dogmática? É isso que eu gostaria de entender, pois há no livro uma teoria pragmática completa, que se propõe como pragmática, mas parece haver algo por trás. Ao falar em “perversão ideológica”, ao criticar a ideologia etc., critica-se em nome do quê? Há algo que vai além da ideologia? Essa é a minha questão. Sobre a dimensão racional, acho que a dimensão simbólica pode veicular uma dimensão racional.

Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Nessa última série de três apresentações, me senti um pouco – pela ordem – interrogado, explicado, quase desnudado. Não foi, Samuel [Rodrigues Barbosa]? Houve tentativas, por exemplo, como a do Guilherme [Figueiredo Leite Gonçalves] de buscar jogar uma toalha em cima de mim.

Muito obrigado pela paciência e pelo interesse de olharem com esses olhos esse trabalho, o qual, como expliquei, foi *ditado* em quatro meses, em uma contingência muito complicada, com um prazo estreito que se encerraria com o concurso para o qual me convocaram, e que sairia à luz, cheio de problemas (sendo que não haveria tempo para resolvê-los). Muitas questões tiveram de ser resumidas e, ao final, ficou do jeito que está. Isso não é uma desculpa, é apenas um esclarecimento.

Vou diretamente às questões para não tomar-lhes mais tempo. A primeira, a interrogação de Carlos Eduardo [Batalha da Silva e Costa], que, no fundo, se resume em: a dogmática vai acabar ou não, termina ou não termina? E o argumento para sua permanência é saber se ela tem relação com certa ideologia e se essa ideologia é recorrente, se não consigo sair dela, então, se a dogmática também não termina.

A isso, de certa forma, o Orlando [Villas Bôas Filho] diz que não, mas há uma análise que se vale de informação histórica, de um saber histórico, de tal maneira que os conceitos não sejam apresentados desligados desse contexto formativo.

E é nesse contexto formativo que se afirma que a dogmática, como se apresenta, não existiu sempre e, se ela está dentro desse contexto – dependendo da percepção histórica que tenho –, nada obsta que, assim como apareceu, um dia desapareça. Essa seria a resposta à sua pergunta. Você insiste na dúvida e pergunta como a ideologia funciona aí dentro? Isso nos leva a uma terceira questão que se refere até mesmo à epígrafe existente no meu *Teoria da norma jurídica*,⁸¹ que, como você diz, foi a única que existe em meus livros até hoje e até a única que me pareceu relevante, pois apontava para o que estávamos tratando neste momento em termos do direito: o texto do Manifesto Antropófago.

A questão que você acabou propondo – a leitura que você fez da epígrafe – é sobre como é que fui *devorando* autores. Não nesse

sentido usual e vulgar de alguém que leu compulsivamente tudo que lhe caía nas mãos, mas no sentido de “como você devora enquanto consome e integra”. Há vários modos de se fazer isso. Aprendi, na faculdade de filosofia, que isso deveria ser um processo de assimilação lenta e tranquila. Tinha-se que fazer isso de uma forma a respeitar cada característica estrutural, todo autor tinha sentido dentro do contexto que lhe era próprio, de tal modo que uma elaboração pessoal que incorporasse (devorasse) pensamentos alheios devesse ser armada com muito cuidado.

Com Miguel Reale, já aprendi a devorar autores quase em um sentido inverso, autores que você engole e que vão para seu inconsciente teorizador e retornam ao consciente sabe lá Deus como. Essa era, por exemplo, a leitura que [Miguel] Reale fazia “dos seus autores”, que ele fez claramente com o Vico, para dar um exemplo. Eu me lembro das suas aulas de pós-graduação – frequentadas por mim e por Celso Lafer, ambos no quinto ano da graduação da faculdade de direito e eu, além disso, no quarto ano da faculdade de filosofia. [Miguel] Reale deu um curso sobre Vico. Eu, que já tinha quase quatro anos de Faculdade de Filosofia, comentei com o Celso [Lafer] que não conseguia entender aquele tipo de aula do Miguel Reale, em que ele não fazia, propriamente, nenhuma análise estrutural; parecia menos interessado em saber o que histórica e estruturalmente dizia Vico do que expor o que havia dito Vico, para, a partir daí, ensinar sua própria elaboração filosófica: o que importava não era o pensamento analisado do autor, mas o seu significado dentro de e para uma reflexão filosófica. Era outro modo de devorar autores.

Voltando agora ao meu texto, realmente ele foi construído a partir de algumas experiências, de leituras que fazia à época. Por isso, acho que dá para puxar a sardinha para todas as brasas. Teoria dos sistemas, pragmática, onde é que entra [Theodor] Viehweg? Este me dizia, sorrindo com certa ironia, que [Niklas] Luhmann era um homem para quem *all systems go well*; [Theodor] Viehweg era o homem do *problema* não do *sistema*. De outra parte, confesso que nunca conversei com [Niklas] Luhmann sobre o [Theodor] Viehweg. Apenas uma vez disse a ele [Niklas Luhmann] que estudara com [Theodor] Viehweg e foi só.

Mas a verdade é que sentia a influência de ambos; sentia-me preso a ambos; realmente uma influência contraditória. Eles diziam

coisas opostas, literalmente opostas. Havia, porém, uma tentativa de usar conciliatoriamente as duas coisas em meu inconsciente teórico e, depois, passar para o consciente. Disso resultou uma leitura da questão do *discurso* (problema) em face da *língua* (sistema), na direção do que acabei chamando, talvez impropriamente, de pragmática.

[Theodor] Viehweg falava em retórica, não em pragmática. Eu peguei essa palavra no ar do ambiente universitário, que estava começando a perceber a importância dos estudos de semiótica. E aí inseri o modo problemático de pensar: a dogmática aparecia como um protótipo da forma problemática de pensar, a qual [Theodor] Viehweg dizia haver começado com os romanos.

Por outro lado, a teoria dos sistemas me oferecia *insights* muito importantes, principalmente pelos livros de [Niklas] Luhmann, os quais apontavam teorizações que me pareciam fecundas; no que dizia respeito à dogmática, sobretudo a percepção funcional: como ela exercia funções e quais eram elas na atualidade. Ou seja, não tanto de uma perspectiva histórica, mas como ela funcionava hoje. Evidentemente, tudo era um convite a uma consideração reflexiva, pelo menos para arrumar o pensamento em uma ordem aceitável. E, ao tentar arrumar o pensamento, em que tinha [Theodor] Viehweg de um lado e [Niklas] Luhmann do outro, de repente, com um terceiro – [Michel] Foucault –, que não tinha relação nem com um, nem com outro.

O espírito do olhar para a raiz histórica, não como relato, mas como revelação, ver se a *genealogia* jogaria alguma luz, não vinha nem de [Niklas] Luhmann, nem de [Theodor] Viehweg, vinha de [Michel] Foucault. Esse autor me ensinou esse olhar. Naqueles quatro meses corridos tentei fazer um pequeno esforço genealógico, por isso a questão da raiz histórica, a genealogia do conceito, apareceu. Essa percepção veio de [Michel] Foucault. Afinal, a produção de um trabalho acaba sendo um arranjo de leituras dentro das quais o próprio espírito é muito devedor e talvez mais do que se pense.

Depois dessa explicação introdutória, respondendo agora às questões, diria que, quanto à noção de ideologia – e do argumento que você colocou muito bem – tinha e tenho plena consciência de que, dependendo do modo como se encara essa noção, de ideologia, – isso é sabido –, entra-se em um beco sem saída. Acho que o autor que mostrou isso com mais clareza foi Karl Mannheim em

sua *Sociologia do conhecimento*. Esse é um livro em que ele desnudou completamente o conceito, de que já tinha falado em *Ideologia e utopia*.⁸²

Para livrar-se do beco sem saída, uma “saída” seria: jogar o conceito de ideologia pela janela, porque inútil: denunciar uma verdade como ideológica exige a denúncia da denúncia igualmente como ideológica e isso não funciona. Li muitas obras de [Karl] Mannheim, algumas menos conhecidas e citadas, mas li o bastante para ficar impressionado com o que dizia. Confesso, porém, que o conceito de ideologia que aparece em meu texto não é nem o marxista nem o que [Karl] Mannheim propôs e tentou explorar (ideologia como uma perspectiva assumida e transparente: em lugar do *relativo*, a idéia do pensamento *relacional*).

Para sair do *relativismo* do beco sem saída (tudo é ideológico: a própria denúncia ideológica é ideológica), mas sem cair em um perspectivismo (*relacionalismo*), era preciso um esforço: abandonar o dilema, buscar uma outra dimensão teórica em que o cerne da questão deixava de ser a disputa em torno da *verdade*. Eu me lembro que, quando comecei a explorar uma noção outra de ideologia, um amigo – que foi meu aluno na pós e, à época, tinha voltado de Paris – ainda por conta de uma anistia não muito clara (de vez em quando ele sumia, fazendo um curso muito irregular). Essa hipótese de romper o dilema o impressionou. Ele, que hoje ocupa uma posição política de projeção, tinha ido a Paris para fazer um doutoramento e voltara para o Brasil com a tese sobre a divisão ocorrida no partido comunista em PCB e PC do B. Essa, aliás, era a razão pela qual ele não podia, à época, pedir o reconhecimento do seu título de doutor e estava fazendo um novo doutoramento.

Obviamente ele chegava com uma carga teórica fortemente marxista. [Karl] Mannheim parecia-lhe interessante, mas a hipótese de lidar com o conceito de ideologia fora da dimensão da verdade lhe parecia muito sugestiva. Perguntava de onde eu tinha tirado aquilo. Ao que respondi, nomeando um autor então desconhecido: [Niklas] Luhmann. *Ideologia* pode até ter a ver com denúncia da verdade (estrutura da mentira) e mesmo exigir um *perspectivismo*; a questão, porém, é mostrar como e com que resultados “a ideologia exerce uma função”.

E que função é essa? Fui, no entanto, procurar essa resposta não tanto em [Niklas] Luhmann, mas em Umberto Eco. Foi nele que busquei bases para conceber que a função da ideologia era criar condições, por *perversão* da função estimadora do valor, para o aparecimento de um sistema de valores. A ideologia como uma valoração, última, de valores (Umberto Eco), que perverte, assim, a função recorrente do valor de estimar (o que quer que seja, inclusive outros valores), pondo-lhe um fim. E, aí, entrava [Niklas] Luhmann: ideologias não se valoram, não dialogam: se excluem e, quando muito, uma absorve a outra por uma espécie de “tolerância”.

Um conceito construído, pois, com muitas mãos, mas, nesse sentido, a ideologia usada nesses termos não tem esse efeito perverso, relativista e dilemático (tudo é mentira), embora provoque uma “perversão” dos valores no sentido que ela limita o valor em sua função estimativa inesgotável. Pelo menos o valor nos termos da definição de Miguel Reale (que diz ser o valor critério *polar e inesgotável*), donde a norma, por sua dimensão valorativa, estar sujeita a, por exemplo, infinitas interpretações. Diante desse infinito de possibilidades, a ideologia fecha, e é essa a sua função: permitir a ação (a decisão).

Quanto ao efeito de *perversão*, é conceito que fui buscar em um autor que estudei na Alemanha e que usa essa expressão estranha teoricamente (“*Perversion*”) para se referir à relação entre o sujeito e o objeto. [Emil] Lask dizia que o *objeto* tem uma estrutura dualista originária: formal e material (*ser e ente: Sein e Seiendes*: é a chamada *diferença ontológica*, que [Emil] Lask, aliás, antecipa, da qual [Martin] Heidegger teve conhecimento mas que nunca mencionou, talvez por [Emil] Lask ser judeu) que o sujeito cognoscente *perverte* (conhecimento como perversão de uma estrutura originária). A expressão, na forma latina, aparece em sua teoria do conhecimento. A ideia de [Emil] Lask é de que a perversão da estrutura original (que faz do *objeto* um objeto do conhecimento) não esgota a estrutura originária, o que se mostra na possibilidade de o objeto do conhecimento tornar-se, novamente, objeto para o sujeito cognoscente, mediante o uso de formas *rarefeitas*: as formas lógicas, que parecem criar um mundo independente dos conteúdos: formas cujo *material* é outra forma.

Ora, diante disso, pareceu-me possível estender o raciocínio para a ideologia: a ideologia como uma valoração (“rarefeita”, isto é, imune aos conteúdos) que provoca essa perversão dos valores (que são *formas* que *valem-para* um material). Isto é, a ideologia como uma valoração imune a valorações. Essa imunização, porém, no plano da ação (e não do conhecimento), conduzindo a uma manifestação do *poder*: o *poder de violência simbólica*, que não esgota a função (estimativa: inesgotável) dos valores, mas a perverte, pondo-lhe um fim: o valor como base, critério de decisão (a ideologia como condição de possibilidade para a passagem de um universo de indecidibilidade para um universo de decisões). Daí a função social/ideológica da dogmática jurídica.

Mas a possibilidade de se implodir um universo construído funcionalmente mediante a ideologia, para criar condições de sistematização (elaboração de uma dogmática), não segura o tempo nem segura a história. Acho que a dogmática jurídica é uma forma de pensar juridicamente, que, aliás, não nasceu só jurídica, tem o paralelo da teologia, que pode desaparecer.

Diria, a título de exemplo, que, salvo a resistência percebida em João Paulo II e agora em Benedito XVI, é inegável a existência de ímpetos de desdogmatização da teologia tradicional. O que é mais visível em uma *teologia da libertação*, mas conhece também outras formas sutis. A hipótese de uma *teologia sem dogmas* é deixada aqui em aberto.

No direito, é uma questão ainda em aberto (lembro Roberto Lyra Filho: *Para um direito sem dogmas*⁸³). Afinal, são pelo menos duzentos anos em que nós – os professores de direito – ensinamos todos os dias uma dogmática que, além disso, aprendemos dogmaticamente – acho que foi Roberto Vernengo quem disse isso em uma conferência há uns vinte anos: não só ensinamos dogmática como ensinamos dogmática dogmaticamente. E [Roberto] Vernengo, aliás, concluía, um tanto cinicamente, que o melhor modo de se ensinar dogmática era fazê-lo dogmaticamente.

Diante disso, porém, uma confissão: quem disse que minhas aulas eram diferentes? Só porque os outros professores dão aulas dogmáticas de dogmática? Afinal, não parece ter cabimento um professor de direito civil, ao classificá-los, admitir que *direito subjetivo não existe*. Ou um juiz reconhecer ou negar que alguém tem um direito

subjetivo a uma prestação qualquer, não obstante *direitos subjetivos possuem uma consistência real altamente discutível*. Como julgar? Mas isso não quer dizer que a dogmática seja insuperável. Como essa forma de pensamento foi montada no ocidente, ela ganhou certas linhas de nós conhecidas, mas a dogmática não existiu sempre, ao menos nessa forma como a conhecemos. A hipótese de que ela se esgote como forma de conhecer o direito não é improvável.

Pensando um pouco à maneira de [Niklas] Luhmann, poderia pelo menos dizer que é possível, sim. Ele diz que a positivação no direito vem fazendo água há muito tempo. O direito positivado passa a criar mais problemas que as soluções que permitiu. Talvez não consigamos mais continuar a lidar com conflitos mediante o direito positivado e, se não houver mais direito positivado ou se ele entrar largamente em disfunção pela erosão dos Estados nacionais, até que ponto funcionará o tipo dogmático em que o pressuposto não só do *non liquet*, mas da inegabilidade dos pontos de partida seja uma condição tão importante do pensar juridicamente.

É bom lembrar que a dogmática surgiu com os processos de codificação dos séculos 17 e 18 e aí, no contexto dos Estados nacionais, ela encontrou razão de ser. Quando se pensa em código se pensa em dogmática, como o único jeito de se lidar com um direito codificado.

Pergunto: e na hora em que os códigos começarem a não ter mais função nas sociedades? Em que o direito se tornar predominantemente “extravagante”? Fiz essa mesma pergunta a Miguel Reale, quando ele tinha terminado o anteprojeto para o novo Código Civil. Ele não ficou bravo comigo, mas percebi que não gostou da pergunta. Disse a ele: professor, o senhor acha que vale a pena, no final da década de 1980, no final do século XX, fazer um novo *código civil*? Isso não é uma coisa do século 19, ultrapassada? Diga-se, de passagem, que fiz essa pergunta em nome do *Jornal da Tarde*, em que a entrevista foi publicada. Ele, aliás, acabou gostando dela e até a usou na introdução para uma publicação do anteprojeto.

Voltando a Miguel Reale: ele não concordou, achava a codificação importante, que estava dentro do espírito do direito, que não era *coisa do século 19*, e completou, dizendo que o século 21 viveria isso. Claro, ele acabara de fazer o trabalho e eu tinha feito uma

pergunta “sem-vergonha”, justamente para provocá-lo, mas fiz com seriedade. Por que parece, afinal, que caminhamos para além desse movimento de codificação – leia-se também de positivação do direito mediante codificação – quando os sistemas hierárquicos parecem ruir diante do chamado *sistema em rede*? E, se isso for superado, o que virá depois? O Código Civil, nem tanto pelo modo como está estruturalmente articulado e mais pelo modo como ele foi conceitualmente balizado, já começa a mostrar que, pela ostensiva relevância conferida aos *princípios*, é uma codificação um pouco diferente, que dá certa liberdade ao juiz não só para interpretar criativamente, mas para criar interpretativamente. Precisamos confiar no juiz, dizia o [Miguel] Reale. Sentimos que o código civil é, assim, um código um tanto quanto diferente, não pela articulação normativa, mas pela abertura a uma *decodificação* quase no limite de uma *descodificação*.

A Constituição brasileira de 1988 é outro exemplo: representa uma codificação feita às avessas. Muita gente disse isso. Ela é não só enormemente extensa, como é difícil interpretá-la como uma unidade sistemática; a dogmática tradicional sente essa dificuldade. Já vi declarações de professores de outros países, por exemplo, franceses, a reconhecer que se tivesse havido, à mesma época, uma assembleia constituinte na França, provavelmente a nova constituição francesa seria como a brasileira.

Que direito é esse que vem surgindo no século 21? Essa é a questão e pode ser que ele exija outro tipo de pensamento em que a dogmática não funcione mais adequadamente, em que se tenha que trabalhar com o princípio da *negabilidade* de pontos de partida sob pena de, não o fazendo, engessar a possibilidade de decisão. Isso não é impossível, começamos a sentir isso sutilmente. Tenho participado de várias arbitragens e é uma mentalidade que começa a aparecer na cabeça de quem é convidado a ser árbitro. A arbitragem no mundo negocial é muito mais flexível e, por esse motivo, ainda que venha uma proibição do tipo “vedado julgamento por equidade”, percebe-se, sutilmente, que já se lida com o direito positivo de uma forma peculiar: se não *contra legem*, ao menos fortemente *pro solutionem*. O ponto de partida não é tão inegável assim, e não é mediante interpretação, mas mediante a forte relevância conferida aos fatos por sua natureza (econômica, técnica por

força de critérios de engenharia ou de outra disciplina teórica). O que sucede com arbitragens é, nesse mesmo sentido, bastante visível no modo como julgam entidades oficiais, como é o caso do CADE. Ou das agências reguladoras.

E não precisa justificar, a justificativa é essa: a necessidade de forma mais flexível, adequada à necessidade multifária e altamente veloz do mundo contemporâneo, da mudança tecnológica, de um universo cujo centro parece estar em toda parte. Isso pode mudar o modo de pensar. Claro que não acontecerá já, talvez demore. É provável que eu nem esteja mais aqui para escrever uma nova *função social* da futura *não-dogmática jurídica*. Alguém de vocês, quem sabe, se encarregará disso um dia.

Atendendo um pouco à sua interrogação, acho que as coisas caminham por aí, como na sua explicação. E, quanto ao desnudamento ao qual o Samuel [Rodrigues Barbosa] me obrigou, “veja como ele é”, acho que sou mesmo um pouquinho assim.

Muito obrigado a todos.

José Rodrigo Rodriguez

Encerrarei este evento ao modo do professor Antonio [Ignácio] Angarita [Ferreira da Silva]: “Este evento está encerrado!”

PROGRAMA PRELIMINAR

(Algumas apresentações não foram transcritas neste Caderno pela ausência dos participantes e/ou por problemas técnicos na captação do áudio.)

FORMALISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA E ESTADO DE DIREITO:

UM DEBATE SOBRE O DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DA OBRA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.

José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa,
Samuel Rodrigues Barbosa (org.)

ABERTURA: Tercio Sampaio Ferraz Jr. e José Rodrigo Rodriguez

MESA 1 – Funções e limites do formalismo

Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner
Bruno Meyerhof Salama (DIREITO GV)

Dogmática jurídica e código do direito segundo N. Luhmann
Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves (FGV DIREITO RIO)

O dogma da dogmática jurídica: qual a sua diferença prática?
Juliano Souza de Albuquerque Maranhão (USP/PUC-SP)

Regras infelizes

Noel Struchiner (UFRJ)

Comentador e mediador: José Rodrigo Rodriguez (DIREITO
GV/Cebrap)

MESA 2 – Dogmática jurídica: crise ou transformação? (I)

Dogmática da responsabilidade civil: crise ou mudança
de paradigma?

Flavia Portella Püschel (DIREITO GV/Cebrap)

Para além da separação de poderes: uma agenda pós-formalista de
pesquisa em direito

José Rodrigo Rodriguez (DIREITO GV/Cebrap)

Legalidade tributária e sociedade civil

Marco Aurélio Greco (DIREITO GV)

Dogmática penal em crise?

Marta Rodriguez de Assis Machado (DIREITO GV/Cebrap)

Comentador e mediador: Samuel Rodrigues Barbosa (USP)

MESA 3 – Dogmática jurídica: crise ou transformação? (II)

Dogmática como instrumento metodológico na pesquisa histórica do direito

Alessandro Hirata (USP – Ribeirão Preto)

O formalismo dos títulos de crédito como instrumento para a certeza da existência do direito e para a segurança da sua realização: anotações a partir da bibliografia ascarelliana

Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo (DIREITO GV)

A propriedade entre fim e função social: a operatividade de uma cláusula geral

Luciano de Camargo Penteado (Universidade São Judas Tadeu)

Estado de Direito e democracia. Velhos conceitos e novas realidades frente aos direitos humanos?

Sheila Stolz de Oliveira (Furg)

Comentador e mediador: Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa (Faap/São Bernardo/Cebrap)

MESA 4 – A dogmática jurídica segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr.

A filosofia jurídica como saber meta-ideológico: anotações a partir da função social da dogmática jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa (Faap/São Bernardo/Cebrap)

A distinção entre dogmática e zetética na obra de Theodor Viehweg e sua influência na concepção de dogmática jurídica de Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Cláudia Rosane Roesler (Univali)

A historicidade do conceito de dogmática jurídica: uma abordagem a partir da Begriffsgeschichte de Reinhart Koselleck
Orlando Villas Bôas Filho (Mackenzie)

Notas sobre o problema da acumulação literária e a contribuição de Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Samuel Rodrigues Barbosa (USP)

Comentador e mediador: José Rodrigo Rodriguez (DIREITO GV/Cebrap)

ENCERRAMENTO: Tercio Sampaio Ferraz Jr.

NOTAS

- 1 *Da experiência do pensar*. Trad. Maria do Carmo Tavares de Miranda.
- 2 Um dos mais importantes volumes da obra de Albert Camus, *O mito de Sísifo* é um ensaio clássico em que o autor analisa a fundo a questão do suicídio. A obra foi publicada em 1942, durante a 2ª Guerra Mundial.
- 3 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- 4 *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- 5 Autor de *Juristische Logik*. Berlin: Springer Verlag, 1966.
- 6 Trata-se dos três últimos versos do poema *Under Ben Bulben*.
- 7 POSNER, Richard. *Antitrust law: an economic perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- 8 POSNER, Richard. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- 9 DWORKIN, Ronald. Is worth a value?. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, mar. 1980, pp. 191-226.
- 10 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: GONÇALVES, Guilherme Leite. Incerteza social e dogmática jurídica: limites da abordagem luhmaniana. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodriguez. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 193-226.
- 11 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. O discurso da dogmática jurídica. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodriguez. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 75-102.
- 12 *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.
- 13 *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

14 *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

15 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: STRUCHNER, Noel. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodriguez. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 103-127.

16 O título “Regras infelizes” faz uma alusão descompromissada à doutrina das infelicidades de John Langshaw Austin. Ele usa a palavra “infeliz” em um sentido técnico. De acordo com Austin, para que um ato ilocucionário qualquer possa ser feliz ou bem sucedido, certas condições contextuais ou intencionais devem ser observadas. O que é defendido no presente artigo é que formulações normativas que não exercem qualquer tipo de resistência às suas razões de fundo, não funcionam como regras, mas sim como sugestões. Portanto, faz parte das condições de existência de uma regra enquanto regra, que o seu predicado fático conte como uma razão autônoma para a decisão. É justamente quando uma regra é infeliz (não no sentido técnico de Austin, mas no seu sentido coloquial de não gerar resultados desejados), que temos como testar se a formulação normativa é ou não uma regra. Se nós simplesmente ignoramos a formulação normativa e aplicamos o resultado que achamos conveniente (feliz no sentido coloquial), então a regra não existe enquanto regra (não é feliz no sentido Austiniano).

17 Doutor em filosofia pela PUC-Rio. Professor efetivo dos programas de graduação e pós-graduação em direito da PUC-Rio e professor colaborador do programa de pós-graduação em filosofia da PUC-Rio.

18 Schauer, F. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

19 No livro *Playing by the Rules* (ob. cit.), Schauer erroneamente identifica o fenômeno da potencial sobre-inclusão ou subinclusão com o fenômeno da textura aberta da linguagem, ou potencial vagueza. Isso é devidamente corrigido em seu artigo “On the supposed defeasibility of legal rules” (Schauer, F. In: FREEMAN, M. D. A. (ed.). *Current legal problems*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 223-240). Afinal, o surgimento de um caso de penumbra é diferente do surgimento de um caso não antecipado que cai dentro do núcleo de significado dos conceitos empregados na regra, mas fora dos seus propósitos subjacentes.

20 Obviamente, a teoria de Schauer pressupõe a possibilidade de resultados divergentes indicados pela justificação e pelo predicado fático da

regra. Isso, por sua vez, exige um determinado tipo de compromisso lingüístico. Schauer defende que existe uma autonomia semântica do predicado fático em relação à justificação e não concorda com teorias que fazem colapsar completamente a distinção entre semântica e pragmática.

21 Ver: Alexander, L. e Sherwin, E. *The rule of rules: morality, rules, and the dilemmas of law*. Durham e Londres: Duke University Press, 2001.

22 Aqui Schauer está nitidamente discordando de Dworkin, para o qual as regras são aplicadas de uma maneira tudo ou nada.

23 Sobre as diferenças entre textura aberta, vagueza, *defeasibility* e *overridability* ver: “On the supposed defeasibility of legal rules” (Schauer, F. ob. cit.).

24 Uma boa metáfora para entender o que é uma regra é pensar naquele velho casaco de tricô (ver: Schauer, F. *Playing by the rules*, ob. cit., p.5) feito pela sua tia avó. O casaco talvez não seja capaz de prevenir que se sinta frio em todas as ocasiões, mas ele eleva a proteção em todos os casos. É em função do casaco que deixamos de sentir frio em várias ocasiões em que sentiríamos frio se estivéssemos apenas usando uma camiseta, e mesmo nos casos em que o casaco não resolve o problema – a temperatura pode estar muito baixa e o vento muito forte – ele ainda assim está oferecendo alguma resistência. Para que uma regra seja, de fato, uma regra prescritiva regulativa, o mesmo tem que ocorrer. Pelo menos alguma resistência ela tem que oferecer. Quando uma regra existe, ela integra o cálculo decisório do responsável pela tomada de decisões de uma forma significativa, elevando o ônus argumentativo das razões contrárias que prevaleceriam e ditariam o resultado de forma mais fácil se não fosse pela existência da regra.

25 O modelo particularista pode ser carinhosamente apelidado de modelo “Spike Lee”, já que o seu mote é: “Faça a coisa certa” (*Do the right thing*). Schauer fez uso dessa expressão no Seminário Acadêmico Ibmecc, que organizei nos dias 8, 9 e 10 de maio de 2006.

26 LUHMANN, Niklas. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1974 (Urban-Taschenbucher, Bd. 195).

27 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: GRECO, Marco Aurélio. Crise do formalismo no direito tributário brasileiro. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodriguez. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 227-234.

28 Cadastro Informativo de Créditos não Quitados (Cadin). Lei n. 10.522/2002. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Leis/2002/lei10522.htm>. Acesso em: 09 mai 2009.

29 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: RODRIGUEZ, José Rodrigo. A persistência do formalismo: uma crítica para além da separação de poderes. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodriguez. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 157-192.

30 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: HIRATA, Alessandro. Dogmática como instrumento metodológico na pesquisa histórica do direito. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodriguez. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 63-72.

31 O Código de Eshnunna, de autoria desconhecida, escrito em cerca de 1850 a. C., traz aproximadamente 60 artigos de conteúdos diversos. Editado pela primeira vez por: GÖETZE, Albrecht. *The laws of Eshnunna*. New Heaven: Dept. of Antiquities of the Government of Iraq and the American Schools of Oriental Research, 1956, é considerada a primeira codificação que chegou até nós de forma íntegra. Cf. também: WESTBROOK, Raymond. *A history of ancient Near Eastern law*, vol. 1. Leiden: Brill Academic Publishers, 2003; BOUZON, Emanuel. *As leis de Eshnunna* (1825-1787 a. C.). Rio de Janeiro: Vozes, 1981.

32 Maior e mais importante codificação em escrita cuneiforme, o Código de Hammurabi (cerca de 1750 a.C.) apresenta aproximadamente 280 artigos em língua paleobabilônica. Cf.: WESTBROOK, Raymond. *A history of ancient Near Eastern law*, vol. 1. Leiden: Brill Academic Publishers, 2003; BOUZON, Emanuel. O Código de Hammurabi. Petrópolis: Vozes, 1976.

33 O Digesto ou Pandectas, do latim *digerere* (organizar) e do grego *pan dechesthai* (tratar de tudo), é uma coleção de escritos de juristas em 50 livros, promulgada por meio de duas constituições de Justiniano [Const. *Dedoken* (gr.) e Const. *Tanta* (lat.)]. Entrou em vigor em 30 de dezembro de 529, tendo sido elaborado por uma comissão de juristas nomeada por Justiniano, coordenada pelo *quaestor sacri palatii* Triboniano (Const. *Deo auctore* de 15 de dezembro de 529). Cf. W. Kunkel/M. Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, 14. ed, Köln, 2005.

34 Assurbanipal (c. 685 - 627 a.C.) foi o último grande rei dos assírios, tendo alcançado, no seu reinado (c. 668-627 a.C.), também o controle da

Babilônia. Cf. Reallexikon der Assyriologie, vol. 1, Berlin, 1932.

35 Xerxes I (c. 519 – 465 a.C.), rei aquemênida e faraó egípcio, reinou de 486 a 465 a.C.

36 Cf. H. Lanz, Die neubabylonischen harrânu-Geschäftsunternehmen cit., pp. 86 e ss.

37 Das Archiv des Bel-e eri-Šamaš, in H.D. Baker/M. Jursa (coord.), Approaching the Babylonian Economy. Proceedings of the Symposium on the Economic History of Babylonia in the First Millennium Held in Vienna, Münster, 2005, pp. 197-268.

38 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de. O formalismo dos títulos de crédito como instrumento para a certeza da existência do direito e para a segurança da sua realização: anotações a partir da bibliografia ascareliana. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodriguez. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 263-296.

39 D’ALESSANDRO, Floriano. *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*. Padova: Cedam, 1989. Disponível em: < <http://www.losso.com.br/portal/biblioteca/45.pdf> >. Acesso em: 17 mar 2009.

40 ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Editora Jurídica Mizuno, 2003.

41 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: PENTEADO, Luciano de Camargo. A propriedade entre fim e função social: a operatividade de uma cláusula geral. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodriguez. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 255-262.

42 SAVIGNY, Friederich Karl Von. *Sistema del diritto romano attuale*, v. I, Torino, UTET, 1886, trad. Vittorio Scialoja, p. 219.

43 “papel e características desempenhados por um órgão num conjunto cujas partes são interdependentes” (LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 432).

44 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

45 STJ, Resp. 821083-MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.03.2008, v.u.

46 STJ, Resp. 811670-MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.11.2006, v.u.

47 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979 (Pensamento jurídico contemporâneo, 1).

48 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e. A filosofia como saber metaideológico: anotações a partir da função social da dogmática jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodriguez. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 129-156.

49 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: VILLAS BOAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodriguez. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 27-62.

50 *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

51 *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

52 “[...] Reinhart Koselleck se [dedicou] à reflexão teórico-metodológica acerca da história dos conceitos e de sua relação com outros campos da reflexão histórica. A esse respeito é bastante elucidativo seu trabalho ‘*Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte*’ em seu livro *Vergangene Zukunft*, já traduzido para o português (*Futuro passado*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006), e também o texto intitulado “Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos”. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/101.pdf>>. Acesso em: 28 mar 2009.

53 São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

54 São Paulo: Editora Unesp, 1999 (esgotado).

55 São Paulo: Unesp, 1999.

56 São Paulo: Brasiliense, 1988 (esgotado).

57 Para Koselleck, o conceito de “coletivo singular” (Kollektivsingular) é fundamental para o desenvolvimento das grandes filosofias da história como as de Leibniz, Kant, Hegel e Humboldt.

58 Esta apresentação, modificada, foi publicada em formato de artigo em: BARBOSA, Samuel Rodrigues. Notas sobre o problema da acumulação literária e a contribuição de Tercio Sampaio Ferraz Jr. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e; BARBOSA, Samuel Rodrigues. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 17-26.

59 Professor-doutor da Faculdade de Direito da USP.

60 Vide ainda Arantes (1992). Schwarz e Arantes tiram as conseqüências dos achados de Antonio Candido acerca da configuração do sistema literário na periferia (cf. Candido, 1989 e 2006).

61 De que tradição está se falando? “Não se trata, portanto, da continuidade pela continuidade, mas da constituição de um campo de problemas reais, particulares, com inserção e duração histórica próprias, que recolha as forças em presença e solicite o passo adiante” (Schwarz, 1997:31).

62 Sobre o departamento de filosofia da USP, ver Arantes (1994).

63 A pesquisa sobre Aristóteles foi orientada por Oswaldo Porchat durante a graduação em filosofia cursada concomitantemente com a graduação em direito pelo autor. Esse trabalho venceu o prêmio João Arruda do departamento de filosofia e teoria geral do direito na Faculdade de Direito da USP; prêmio dividido com seu colega de turma e amigo, Celso Lafer, orientado por Antonio Candido (Lafer, 1978). Uma versão do trabalho sobre Aristóteles foi publicado em 1969 como “La Noción Aristotélica de Justicia”, em português saiu em 2003 como “Direito e Justiça”. A tese de doutorado em filosofia, defendida em 1968, foi publicada como *Die Zweidimensionalität des Rechts als Voraussetzung für den Methodendualismus von Emil Lask*. Meisenheim/Glan: Anton Hain, 1970. O doutorado em direito, sob orientação de Miguel Reale, defendido em 1970, foi publicado como *O conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: RT, 1976. Sobre a importância de Goldschmidt para o autor, ver a introdução à tese de doutorado em direito (Ferraz Jr., 1976:3-4).

64 Pode ser contabilizado no esforço de adensar o debate sobre a produção bibliográfica nacional, dois trabalhos dessa época sobre Miguel Reale: uma resenha que saiu no ARSP (1967); e um artigo publicado na

Revista Brasileira de Filosofia (1969) e republicado no ARSP (1970). Ver sobre Reale: Costa (2002).

65 Visto mais de perto, a bem da verdade a decisão fundamental parece ser a pragmática. A recepção de Luhmann é filtrada por essa escolha primeira. Sejam dois detalhes como argumento: 1) nosso autor mantém o alcance (e retira várias consequência) do primeiro axioma conjectural da pragmática – a impossibilidade de não se comunicar (formulado em Watzlawick/Beavin/Jackson). Luhmann, que cita os pesquisadores de Palo Alto, reconhece o axioma apenas para a interação (comunicação entre presentes); entre ausentes a comunicação se torna um problema. 2) Luhmann exclui a dogmática do sistema da ciência, é comunicação interna do sistema jurídico; mas nosso autor mantém a expressão “ciência dogmática do direito”.

66 Nos década de 1970, são citados, dentre outros: Goffredo Telles Jr., Miguel Reale, Celso Lafer, Alípio Silveira, Noé Azevedo, Fábio Konder Comparado, Anacleto de Oliveira Faria, José Eduardo Faria, Pedro Lessa, Mário Marzagão, Machado Paupério, Vicente Ráo, Nelson Saldanha, Irineu Strenger, Arnaldo Vasconcelos, Lourival Vilanova, Luiz Alberto Warat, Tarcísio Burity, Joaquim Falcão. A simples enumeração esconde a importância desigual entre os autores para o processo de acumulação (vide nota anterior). Na feitura do livro *Introdução ao estudo do direito*, o autor retoma a tradição local, registrando a consulta de cerca de 18 manuais nacionais correlatos, sem falar de outros trabalhos de dogmática.

67 A exemplo de Herbert Simon, na Teoria das Organizações, e dos trabalhos divulgados por Leônidas Hegenberg em Teoria da Ciência.

68 Não se deve subestimar a força de outro tipo de “influxo externo que determina a direção do movimento”, agora típico do direito. Trata-se do influxo externo ao sistema acadêmico jurídico, oriundo do mercado judicial.

69 Não quero especular o quanto as vicissitudes do trabalho universitário entre nós responde para a armação dessa circunstância.

70 Ferraz Jr. (1988:32).

71 A importância da fórmula foi destacada por Celso Lafer a partir da discussão de Hannah Arendt do par kantiano “pensar da razão” e “conhecer do intelecto”. Ver Lafer (1988:21-22) e as *Gifford Lectures* de Arendt (1995).

72 Compare-se o uso de J. L. Austin na *Teoria da Norma Jurídica* (Ferraz Jr., 1978: 3-4) e no artigo de 1996, “O discurso sobre a justiça” (republicado

em Ferraz Jr., 2003: 263-270). O livro de *Introdução* (1988), o único que recebe atualização (sempre pontuais!), documenta essa meditada incorporação: agora é o caso de Paul Grice (inserido na 6ª ed. de 2008).

73 Na *Teoria da norma jurídica* (Ferraz Jr., 1978).

74 Cf. Sobre a antropofagia das vanguardas europeias pelos modernistas, Candido (1980).

75 Talvez a hora seja oportuna, quando existem leitores formados no debate contemporâneo de filosofia da linguagem e filosofia social, preparados na leitura direta de autores – vários dos quais antecipados pioneiramente desde 1973. Hora oportuna porque a acumulação pode tornar produtiva a recepção que corre acelerada. Há uma chance real para adensar o debate nacional de teoria do direito.

76 José Rodrigo Rodriguez tem trabalhado nessa trilha. Para outras questões discutidas nesse artigo, Rodriguez (2004).

77 Ferraz Jr. (1978:9).

78 Ferraz Jr. (1984 e 1985). Para o contexto do debate, Fragale e Alvim (2007).

79 Ari Marcelo Sólon, infiel às regras de citação, escreve “Prof. Tercio” na sua tese de doutorado (Solon, 1997).

80 Penso reproduzir uma percepção compartilhada por outros ex-alunos.

81 Inversão do esquema retórico (partitio-recapitulatio), Lausberg, 1972.

82 Ficamos sabendo com a publicação de vários de seus pareceres, que alguns dos casos jurídicos empregados na aula já haviam ocupado a atenção do jurista. Isso confirma a percepção de que o “professor”, com o novo estilo, tornava sua atividade de advogado produtiva para o ensino.

83 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

84 MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. São Paulo: Zahar, 1976 (esgotado).

85 LYRA FILHO, Roberto. *Para um direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

CADERNOS DIREITO GV

APONTAMENTOS SOBRE A PESQUISA EM DIREITO NO BRASIL .1

Marcos Nobre

IMPACT OF THE WTO AGREEMENT ON TEXTILES & CLOTHING ON BRAZILIAN EXPORTS OF TEXTILES AND CLOTHING TO THE UNITED STATES .2

Guido Fernando S. Soares,
Maria Lúcia Pádua Lima,
Maria Carolina M. de Barros,
Michelle Ratton Sanchez,
Sérgio Goldbaum,
Elaini C. Silva

REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DEMOCRACIA .3

Direito GV
e Valor Econômico

O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES E SUA UTILIZAÇÃO .4

Luciana Gross Cunha,
Alexandre dos Santos Cunha,
Flávia Scabin,
Mariana Macário,
Marcelo Issa

REFLEXÕES SOBRE O ENSINO DO DIREITO .5

Flávia Portella Püschel,
José Rodrigo Rodriguez

I SIMPÓSIO OAB-SP E FGV-EDESP SOBRE DIREITO EMPRESARIAL E NOVO CÓDIGO CIVIL .6

OAB-SP e Direito GV

PREMISSAS DO PROJETO DA DIREITO GV PARA DESENVOLVIMENTO DO MATERIAL DIDÁTICO PARA O CURSO DE DIREITO; DISCIPLINA: ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS .7

Mauricio P. Ribeiro

MODELOS DE ADJUDICAÇÃO/ MODELS OF ADJUDICATION .8

Owen Fiss

RELATÓRIO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO .9 E MERCADO DE CAPITAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Viviane Muller Prado,
Vinícius C. Buranelli

PODER CONCEDENTE E MARCO REGULATÓRIO NO SANEAMENTO BÁSICO .10

Alexandre dos Santos Cunha,
André V. Nahoum,
Conrado H. Mendes,
Diogo R. Coutinho,
Fernanda M. Ferreira,
Frederico de A. Turolla

CONTANDO A JUSTIÇA: A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO .11
Luciana Gross Cunha (org)

FOCOS – CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL .12
Michelle Ratton Sanchez (org),
Cassio Luiz de França (org),
Elaini C. G. da Silva (org)

PROGRAMAS DE CLÍNICAS NAS ESCOLAS DE DIREITO DE UNIVERSIDADES NORTE-AMERICANAS .13
Ana Mara F. Machado,
Rafael Francisco Alves

FOCOS – FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL .14
Cassio Luiz de França (org),
Michelle Ratton Sanchez (org)

A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL NO BRASIL .15
Maíra Rocha Machado,
Marco Aurélio C. Braga

O MÉTODO DE LEITURA ESTRUTURAL .16
Ronaldo Porto Macedo Júnior

PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL: COMÉRCIO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE NA OMC .17
– COMUNIDADES EUROPEIAS VS. BRASIL: O CASO DOS PNEUS
Juana Kweitel (org),
Michelle Ratton Sanchez (org)

EXPERIÊNCIAS E MATERIAIS SOBRE OS MÉTODOS DE ENSINO-APRENDIZADO DA DIREITO GV .18
Rafael Domingos F. Vanzella (org)

O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO: ENTREVISTA COM DAVID TRUBEK .19
José Rodrigo Rodriguez (coord),
Ana Mara Machado,
Luisa Ferreira,
Gisela Mation,
Rafael Andrade,
Bruno Pereira

A FORMAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO .20
A CRIAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE COMÉRCIO DO IMPÉRIO
José Reinaldo de Lima Lopes

TRIBUTAÇÃO, RESPONSABILIDADE FISCAL E DESENVOLVIMENTO: .21
DIREITO À TRANSPARÊNCIA ESTUDO SOBRE A DESTINAÇÃO DA CPMF E DA CIDE-COMBUSTÍVEIS
Eurico Marcos Diniz de Santi (coord)
Tathiane dos Santos Piscitelli,
Andréa Mascitto

O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA .22
Bruno Meyerhof Salama

LIMITES DO DIREITO PENAL .23
PRINCÍPIOS E DESAFIOS DO NOVO PROGRAMA DE PESQUISA EM DIREITO PENAL NO INSTITUTO MAX-
PLANCK DE DIREITO PENAL ESTRANGEIRO E INTERNACIONAL
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Sieber, Freiburg i. Br.

UMA ETNOGRAFIA DE CARTÓRIOS JUDICIAIS .24
EFEITOS DA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE CARTÓRIOS JUDICIAIS SOBRE
A MOROSIDADE PROCESSUAL: ESTUDO DE CASOS EM CARTÓRIOS JUDICIAIS
DO ESTADO DE SÃO PAULO - *LEVANTAMENTO ETNOGRÁFICO*
Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.)

PESQUISA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO .25
DIREITO GV

MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO .26
APRESENTAÇÃO - Ary Oswaldo Mattos Filho
AULA INAUGURAL - José Eduardo Campos de Oliveira Faria
APRESENTAÇÃO DO PROGRAMA - Oscar Vilhena Vieira, Ronaldo Porto
Macedo Jr., Flavia Portella Püschel e Carlos Ari Vieira Sundfeld

DRUG COUNTERFEIT AND PENAL LAW IN BRAZIL .27
Coordinator: Marta Rodriguez de Assis Machado
Authors: Marta Rodriguez de Assis Machado, Ana Carolina Alfinito Vieira,
Carolina Cutrupi Ferreira, Vivian Cristina Schorscher

UMA CONVERSA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO COMPARADO COM O PROFESSOR KLAUS HOPT .28
Viviane Muller Prado (*coord.*), Rafael de Almeida Rosa Andrade,
Gisela Mation, Jessica Winge, Luiza Vasconcelos

INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES .29
INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE
USOS E ABUSOS NAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS
INTERPRETAÇÃO, POLÍTICA E FUNÇÃO
coordenação: Catarina Barbieri e Ronaldo Porto Macedo Jr.
colaboração especial: Luciana Reis e Marcelo Shima Luize

CRISE NO SISTEMA FINANCEIRO INTERNACIONAL .30
Ary Oswaldo Mattos Filho
e Maria Lúcia Labate Mantovanini Pádua Lima (*coord.*)

METODOLOGIA DE ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: .31
ESTADO DA ARTE E PERSPECTIVAS
EXPOSIÇÕES, DEBATES E RELATOS DO WORKSHOP NACIONAL
DE METODOLOGIA DE ENSINO
José Garcez Ghirardi (*coord.*)
Ieda Dias de Lima, Ligia Paula P. Pinto Sica, Luciana de Oliveira Ramos

ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO: .32
UMA RADIOGRAFIA DOS CASOS DE ARBITRAGEM QUE CHEGAM AO JUDICIÁRIO BRASILEIRO
Adriana Braghetta, Daniela Monteiro Gabbay, Eleonora Coelho Pitombo, Rafael Francisco
Alves, Selma Ferreira Lemes (*coord. geral*)

PESQUISA EM DEBATE: .33
A APLICAÇÃO DA LEI DE CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS
Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena
DIREITO GV

PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL? .34
Camila Villard Duran (coord.)

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.





