



REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO





**REVISTA DO
INSTITUTO DOS
ADVOGADOS DE PERNAMBUCO**

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO



DIRETORIA

BIÊNIO 1990-91

Presidente

Vice-Presidente

1º Secretário

2º Secretário

Tesoureiro

João Pedro Lima

Luc Pinto Ferreira

Wenceslau Costa Pinto Neto

Wenceslau Costa Neto da Mota

José Góes de Melo Lima

REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO

Organização e Edição: João Pinheiro Lins e Marcelo Neves

Comissão Editorial: João Pinheiro Lins

Lourival Vilanova

L. Pinto Ferreira

Marcelo Neves

Ricardo José da Costa Pinto Neto

Resp. Técnica: Edson de Albuquerque Maranhão

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores. É permitida a reprodução total ou parcial da matéria contida nesta revista, desde que seja citada a fonte.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO - IAP

Rua do Giriquali, 90

Telefone (081) 221.2555/268.4461 - Telex 2408

50.010-240 Recife - Pernambuco - Brasil

Referência Bibliográfica

**REVISTA DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE
PERNAMBUCO, Recife, v. 1, n. 1, 1985, Anual.**

SUMÁRIO

págs.

APRESENTAÇÃO.....	11
-------------------	----

SEÇÃO I

DOUTRINA

Lourival Vilanova

A Teoria do Direito em Pontes de Miranda	17
--	----

Cláudio Souto

Theresa Souto

Crime como Vingança, Ministério Público e Ciência Social do Direito	31
---	----

DIREITO ALTERNATIVO - UM DEBATE

- Mellilio Dinis do Nascimento

Nas Pegadas de uma Juridicidade Alternativa: O Pensamento Jurídico Crítico Nacional	41
---	----

- Luciano Oliveira

Ilegalidade e Direito Alternativo: Notas para evitar alguns equívocos.....	63
--	----

- Sílvio Neves Baptista

Contratos de Transferência de Tecnologia	75
--	----

- José Souto Maior Borges

Limites da Discretionalidade: Uma introdução	85
--	----

- Marcelo Neves

Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina	89
--	----

SEÇÃO II

NOTÍCIAS

1 - PETRUCIO FERREIRA E ANIVERSÁRIO DOS CURSOS JURÍDICOS	123
2 - CONSELHEIRO É AGRACIADO COM MEDALHA	123
3 - IAP LANÇA SELO COMEMORATIVO	123
4 - CONSELHEIROS DO IAP - BIÉNIO 1993 - 1995	123
5 - MEMBROS NATOS DO IAP	124
6 - REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS	124
7 - O TRIBUNAL DE CONTAS	124
8 - COMPUTADORES	125
9 - NOVOS ASSOCIADOS	125
10 - ELEIÇÃO NA OAB	125
11 - O NOSSO UNIVERSO	127
12 - CAPÍTULO II DIREITOS DOS ADVOGADOS	127
13 - CAPÍTULO VIII DA ÉTICA DO ADVOGADO	130
14 - CAPÍTULO IX DAS INFRAÇÕES E SANÇÕES DISCIPLINARES	130

APRESENTAÇÃO

Com o presente volume retoma-se a publicação da *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco - IAP*. Este número consta de trabalhos os mais heterogêneos: destaca-se não apenas a pluralidade de perspectivas de abordagem disciplinar - estudos sob o ângulo da Filosofia, Sociologia, Dogmática e Política do Direito -, mas também a diversidade temática. Não se trata de uma heterogeneidade involuntária. Ao contrário, houve a intenção de estimulá-la, oferecendo-se ao leitor um panorama abrangente de tendências de reflexão e pesquisa jurídicas desenvolvidas em Pernambuco. Além do mais, a reunião de reflexões abstratas com pesquisas concretas tem o propósito de enfatizar ser inconcebível qualquer concepção que exclua reciprocamente abstração e concreção jurídicas, teoria e práxis do Direito. Embora entre o abstrato e o concreto haja sempre uma relação de diferença problemática, não se pode desenvolver frutiferamente a reflexão abstrata de costas para a práxis concreta do Direito. Não é menos verdade, porém, que transformações concretas da realidade jurídica são impossíveis sem modelos conceituais que as direcionem e fundamentem.

O Prof. Lourival Vilanova oferece-nos uma consistente contribuição sob o título "A Teoria do Direito em Pontes de Miranda". Reconhecendo inicialmente a dificuldade de dar as linhas dominantes da "multilateral" teoria do Direito desse representativo jurista brasileiro, Vilanova traça-lhe uma síntese clara e precisa. Destaca-se como ponto central do seu ensaio a advertência quanto à descontinuidade temática e quebra da unidade lógica entre o positivismo filosófico e os trabalhos de dogmática jurídica em Pontes de Miranda. Daí observar com acuidade que as restrições críticas ao positivismo filosófico do "Sistema de Ciência Positiva" (1922) não impedem o reconhecimento do valor singular da relevante obra dogmático-jurídica

que se desenvolve principalmente no "Tratado de Direito Privado" (iniciado em 1954). Rejeitando a laudatória vazia, Vilanova apresenta-nos um valioso estudo para uma melhor compreensão da obra jurídica de Pontes de Miranda.

Em perspectiva jurídico-sociológica, o Prof. Cláudio Souto e a Promotora Theresa Souto intervêm com o interessante trabalho "Crime como Vingança, Ministério Público e Ciência Social do Direito". Reunida, a quatro mãos, a reflexão teórica amadurecida com a observação cuidadosa da práxis jurídica concreta, os autores afastam-se de qualquer sociologismo ingênuo, do qual resultaria uma preferência dogmática *a priori* por mecanismos extralegais de resolução de conflitos, em detrimento dos instrumentos do direito legislado estatal. Tratando especificamente da prática freqüente da vingança em comunidade interioranas, há como que uma opção pela solução ética de nossa legislação penal, que a coíbe. Mas tal opção não resulta de um formalismo legalista. Os autores partem da concepção sociológica de que o equilíbrio e integração social decorrem de processos de cooperação, apontando a vingança, enquanto processo de conflito, como fator de desequilíbrio e desintegração social. Adere-se à coibição legal do processo conflitivo de vingança, na medida em que se concebe a preponderância de relações de cooperação como condição da existência do grupo social. A fundamentação é, portanto, científico-social, não legal-formalista.

Mais recentemente no Brasil, vem sendo desenvolvida uma ampla discussão sobre o tema "Direito Alternativo". O advogado e jurista tradicional, fortemente apegado ao Direito positivo estatal, reagem com desconfiança e, não raramente, com desprezo em relação ao que se produz teórica e praticamente a respeito. Em sentido contrário, alguns juristas engajados assumem uma ideologização simplificadora do problema. Entendendo que são equivocas essas posições antagônicas, a *Revista do IAP* abre espaço para o debate sobre "Direito Alternativo". O advogado Melillo Diniz, Professor de Teoria Geral do Estado na UNICAP, participa da discussão com o sugestivo estudo intitulado "Nas pegadas de uma juridicidade alternativa: o pensamento jurídico crítico nacional". A "juridicidade alternativa" é apresentada como metalinguagem crítica das tendências predominantes do pensamento jurídico crítico nacional. Não se põe um ponto final; a intenção do autor "é o debate e nele o diálogo". Luciano Oliveira intervém no debate com o artigo "Ilegalidade e Direito Alternativo: notas para evitar alguns equívocos". Pondera criticamente a respeito de certas posturas caricaturantes do "Direito Alternativo". Nesse sentido, refere-se à crença nas "massas não-organizadas" do nosso meio urbano como um dos "novos sujeitos históricos"

construtores do novo Direito, apontando para "o sentimento hoje em dia tão presente no imaginário popular brasileiro a favor dos esquadrões da morte, dos 'justiceiros', das execuções sumárias". Adverte-nos da "entropia de pensamento" que se manifesta nos slogans e estereótipos em que incorrem alguns autores vinculados ao "Direito Alternativo".

O Prof. Silvio Neves Baptista contribui com o trabalho "Contratos de Transferência de Tecnologia", estudo sistematizador em área inovadora do Direito Econômico. Abordando consistentemente categorias dogmáticas referentes à definição, classificação, elementos e espécies de contrato de transferência de tecnologia, o autor não envereda pelo caminho das reflexões estéreis sobre filigranas jurídicas, irrelevantes para a práxis do Direito. Ao contrário, enfrenta com precisão tema cuja relevância econômica e política na sociedade mundial contemporânea, em rápida transformação, exige novas respostas e construções jurídicas. Tal exigência é nomeadamente importante em países insuficientemente desenvolvidos como o Brasil, onde as questões jurídicas em torno dos contratos de transferência de tecnologia estão estreitamente vinculados ao problemas da "soberania" política e da dependência econômica.

Com o artigo "Limites da Discriçãonariade: uma introdução", o Prof. José Souto Maior Borges discute importante tema da Teoria Geral do Direito. Enfatiza a relatividade da distinção entre vinculação e discrecionariedade, advertindo da inexistência de atos meramente vinculados ou discrecionários: no primeiro caso, teríamos integral repetição do conteúdo da norma reguladora no ato regulado; na segunda hipótese, haveria ato arbitrário, sem qualquer limitação jurídico-normativa. Com precisão, o autor afasta equívocos referentes à caracterização dos "atos políticos" no interior do ordenamento jurídico constitucional.

Completando este volume, publicamos o trabalho de Marcelo Neves sob o título "Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina". O autor reavalia a recepção acrítica do pluralismo jurídico de origem euro-norte-americana na interpretação da realidade latino-americana. Empiricamente, pretende alertar que o pluralismo implicaria autonomia/identidade de esferas de juridicidade, sustentando que tal situação não ocorre na miscelânea social de códigos e critérios de agir e vivenciar na modernidade periférica latino-americana. Argumenta que, no nosso caso, os bloqueios heteronomizantes do poder, da economia e mecanismos "relacionais" impedem a construção da identidade do(s) campo(s) jurídico(s). E conclui pela superação do dilema 'monismo versus pluralismo'.

Este novo número da *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, na diversidade de perspectivas, temas e problemas jurídicos apresentados, atrairá seguramente o interesse dos profissionais e estudantes do Direito. Trata-se de iniciativa que está comprometida positivamente com a prática diária dos Advogados, pois, como já dissemos, uma práxis jurídica com êxito não pode ser dissociada de um mínimo de reflexão teórica e pesquisa em torno do Direito.

Recife, 15 de dezembro de 1993.

João Pinheiro Lins

Marcelo Neves

(Organizadores)

SEÇÃO

I

DOUTRINA

A TEORIA DO DIREITO EM PONTES DE MIRANDA

Prof. LOURIVAL VILANOVA

SUMÁRIO: 1. Introdução. - 2. Alcance do positivismo. - 3. Teoria do sistema. - 4. Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito. - 5. Delimitação da Dogmática. - 6. O hiato entre o *Systema* e o *Tratado de Direito Privado*. - 7. Um esquema funcional. - 8. Os conceitos operatórios. - 9. Conceito de eficácia. - A generalidade da norma.

1. Introdução.

Dar as linhas dominantes da teoria do direito em Pontes é tarefa extremamente difícil. Sua obra, vasta e multilateral, estende-se em sessenta volumes do *Tratado de Direito Privado*, dezoito volumes dos *Comentários ao Direito Processual*, em sete volumes do *Tratado das Ações* - para somente mencionarmos algumas -, tudo representando um trabalho infatigável de setenta anos, entre os seus quase noventa anos exemplarmente vividos. Examinou todos os campos do Direito com minudente análise, desvelando problemas sob a superfície de temas com tranquila generalidade aceitos. A esse afã de minudência analítica, juntou exigente rigor terminológico, precisão conceptual e uma técnica de sistematização inexcusável na dogmática brasileira. Sua frase é curta e incisiva, que o deve à sua formação de lógico-matemático; sua erudição é supreendente, que a obteve da ciência jurídica alemã, austriaca e italiana; sua objetividade, que o habilita com destreza a passar do abstrato para a concreção do casos, provém da magistratura, que exerceu por vários decênios.

Em 1922, escreveu o *Systema de Ciência Positiva do Direito*. Foi nos decênio em que Felix Somló, Kelsen, Stammier, publicaram obras vastas

e densas girando em torno da *Teoria Geral do Direito*. O *Systema de Pontes* não é uma obra filosófica sobre o direito. Em quase todas as páginas revigoraram-se análises filosóficas, mas com o fim específico de fundamentar uma *Teoria da Ciência positiva do Direito*, utilizando-se do método indutivo e professando o positivismo crítico - um positivismo pós-comteano, tendo por base uma fundamentação lógico-matemática das relações e ápice da investigação das estruturas sociais, sob o prisma da Sociologia Positiva.

Observa-se que recolheu, pacientemente, material científico de todos os sub-domínios do conhecimento, procurando imprimir unidade através de princípios gerais e de leis cuja generalidade fundava-se na comprovação indutiva, pela observação e pela experiência. Não advertia Pontes que a indução mesma funda-se em princípio não indutivamente verificável. Em termo kantianos: através de juízos sintéticos não se alcançam enunciados universais e a priori. A generalidade das leis científicas ultrapassa, sem dúvida, o limite do universo de casos examinados: sempre resta um conjunto complemento, que integra o contexto total do universo examinado.

Restava-lhe obter a unitariedade seguindo uma das duas vias: obtendo a homogeneidade material, que em graus evolutivos superpostos vai do inorgânico às estruturas sociais; ou comprovando a mesma forma lógica e epistemológica de construção dos dados-da-experiência: ou a unidade material da realidade em suas múltiplas manifestações, ou a unidade formal das relações, que representam a invariância e a homogeneidade em face da infidez, mutabilidade e heterogeneidade da realidade física, psíquica e social circunjacente ao sujeito do conhecimento.

2. Alcance do positivismo.

O positivismo do *Systema...* é o de uma fase epistemológica intercalar, arrimando-se, num extremo, nas investigações de Avenarius, de E. Mach, nas concepções de Einstein e de Bertrand Russell; de outro, no relativismo advindo das investigações etnológicas e antropológicas e psicológicas. De certo modo, Pontes antecipava-se ao positivismo lógico. Antecipava-se. Sua obra é de 1922. Sete anos antes do Círculo de Viena, recusava qualquer espécie de metafísica, cujos enunciados careciam de base empírica; inadmitia os juízos-de-valor como juízos susceptíveis de valores veritativos, uma vez que os valores não tinham outra objetividade que a de servirem aos processos sociais de adaptação - conceito central em sua sociologia geral - ; recusava o direito natural, pois qualquer direito compõe-se de regras de

conduta provindas das fontes materiais que o sistema positivo determinava; rechaçava a distinção entre ciências naturais e ciências culturais, e, entre estas, as ciências descritivas e as ciências normativas; aceitou o determinismo probabilístico; nada obstante a concepção de um *continuum* multidimensional da realidade, sustentou o monismo metodológico e a tese da unitariedade do universo, objeto do conhecimento.

As teses que eram mais tendentes a uma teoria filosófica integral, que a uma teoria filosófica do direito, vieram robustecidas com a publicação de seu livro *O Problema fundamental do Conhecimento*. Já agora, em 1937, estava familiarizado com o positivismo lógico do Círculo de Viena, mas não o aplica, sacando de seus princípios todas as consequências, para a Teoria da Ciência do Direito. Restringe-se à filosofia científica, procura firmar a teoria do conhecimento, apoiado nos enunciados formais da Lógica e na experiência, este ponto de partida e de confirmação dos enunciados empíricos.

Ao publicar a segunda edição do *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, acresceu a cada um dos quatro tomos um capítulo De 1922 a 1972. Ressalta seu interesse pela lógica simbólica, sobretudo pela teoria formal das relações, que desde 1922 procurara surpreender na textura de todas as camadas do real. Esse relacionismo proviera das funções relacionais e servia para dessubstancializar o mundo físico e o mundo social. Daí seu interesse por Russel, Wittgenstein, Cassirer, e outros. Com apoio nessa vertente, foi que, nada obstante tanto consultar Edmundo Husserl, recusou o idealismo e qualquer espécie de ontologia.

Esse processo de dessubstancialização levou-o, já antes, e em desenvolvimento de proposições do *Systema...*, a escrever, em 1926, a *Introdução à Sociologia Geral*. A sociedade é uma multiplicidade de relações: o que aparece firme, estabilizado, institucionalizado, repousa em processos instáveis de equilíbrio nas inter-ações. O direito é um desses plexos de relações: sua função sociológica é de estabilizar, relativamente, a ingênuas mutabilidades dos processos sociais de adaptação.

Esse positivismo filosófico, que levaria ao positivismo sociológico na teoria do direito, detivera-se no ponto-límite em que começava a investigação do dogmático da Ciência jurídica.

3. Teoria do sistema.

Precedido por várias obras de direito substantivo e de direito processual,

no campo privado e no campo público, começa Pontes, em 1954, o primeiro tomo de seu *Tratado de Direito Privado* (ao todo, 60 tomos), com as seguintes palavras: «Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos». Com isso, destingue do sistema-objeto o enunciado que emite sobre o sistema. Do sistema diz que se compõe de proposições e que as proposições têm um referente objetivo e para que servem, qual seu uso, sua função instrumental. Depois, passa a falar, já em outro nível de linguagem, precisando que «... a Ciência do Direito consiste, portanto, em apontar quais os termos com que se compuseram e com que hão de se compor as proposições ou enunciados, a que se dá o nome de regras jurídicas...». Dá-se conta, ele, de que com isso conseguiu-se cristalizar a obra comum, tecendo-se «enunciados sobre os próprios enunciados e sobre os termos».

Certo, se o sistema jurídico, se todo sistema jurídico é sistema lógico (afirma-o incisivamente), isto importa em dizer, concluimos, que é uma estrutura sintática, uma composição interna cujos nexos são formais. As moléculas de que se perfaz esse compósito são enunciados ou proposições, na espécie de regras jurídicas ou normas. Sendo regras jurídicas delineam, na realidade social da conduta humana, modalidades de interações. Podemos dizer: esse é o seu campo denotativo. O sistema jurídico é sistema positivo porque assenta num conjunto de fatos, que os modela com a função pragmática de imprimir ordem e previsibilidade no suceder das ações reciprocas dos indivíduos. Pontes, com isso, ressalta sem explicitamente distinguir os aspectos sintático, semântico e pragmático dos sistemas jurídicos positivos. Às vezes parece exacerbar-se em logicismo quando enfatiza que o sistema jurídico é um cálculo lógico.

Tal suposto logicismo descarta-se facilmente na teoria da interpretação na teoria das fontes, na teoria da incompletude sintática e semântica (acrescentemos) dos sistemas sociais como o jurídico, na impureza metodológica que emprega nos estudos dogmáticos (muito embora advira sempre quando ultrapassa as lindes temáticas): tudo levando-o a ter em conta que o sistema jurídico é sistema empírico, sistema aberto às outras espécies de normas e aos fatos que se apresentam desprovidos de previsão normativa. Há um processo incessante de juridicização e de desjuridicização de normas e de fatos. Se não recusasse a teoria da cultura dos neo-kantianos (especialmente de Dielhey) conviria que um sistema de enunciados normativos obedece a uma lei de composição interna, endógena, e a outras, provindas de outros sistemas: relações intra-sistêmicas e relações inter-sistêmicas. Só os sistemas formais desenvolvem-se segundo as relações-

de-implicação, são nomológicos, em sentido busseriano. Nos sistemas empíricos-sociais, domina a interrelacionalidade. O quantum de logicidade interna de tais sistemas é talvez maior no sistema jurídico. os sub-sistemas economia, religião, política, ciência, tecnologia, linguagem, etc... compõem a multiplicidade da estrutura social, em reciprocas interferências.

4. Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito.

Antes de fazermos Filosofia do Direito, pondera Pontes, necessário é conhecer e incrementar a Ciência-do-Direito. Mesmo, dentro dos postulados teóricos da Filosofia Científica, inexistem proposições filosóficas, que não se reduzem à Teoria da Ciência, o que importa dizer, que não se reduzem a proposições de meta-linguagem. Na mesma linha do pensamento de Russell, de Wittgenstein, de R. Carnap, de A. J. Ayer, a filosofia é Teoria do Conhecimento ou Lógica, que não descobrem novos objetos: seu objeto é a análise da linguagem da ciência. É uma sobre-linguagem sintática sobre outra linguagem, que ocupa o tópico de linguagem-objeto. O que se enunciar extensivamente sobre o universo de objetos ou fatos só é legitimamente formulável em proposições científicas, cuja veritatividade possa, em princípio, ser confirmada ou infirmada pela experiência.

Com isso, eliminam-se como falsos problemas os problemas filosóficos clássicos: essência do direito, valores absolutos, enunciados sintéticos a priori sobre o ser, o valer, o existir; irreduzibilidade de fatos e normas, possibilidade de um direito supra-positivo, e outros temas dessa linhagem. Cabe-lhe tão só descobrir relações de correspondência, para reconstruir conceptualmente a unidade do mundo. Com uma só linguagem, declara, a concepção unitária da ciência estaria alcançada e restaria à filosofia a reconstrução formal do sistema de conhecimentos (Lógica e Epistemologia).

Por essa via, afasta-se Pontes da concepção positivista da *Teoria Geral do Direito*. Esta não é um compêndio do saber, ou uma encyclopédia jurídica do estilo de Adolfo Merkel. Completando: consoante a tese neopositivista, primeiro temos as ciências jurídicas, não-dogmáticas umas, dogmáticas (Ciência-do-Direito em sentido estrito) outras; depois, prolongando as ciências dogmáticas, pelo grau de generalização, obtém-se a *Teoria Geral do Direito* (que se nutre das Partes Gerais de cada disciplina dogmática). Por último, a *teoria dos sistemas jurídicos* e a *teoria da Ciência-do-Direito*, o que se alcança não por generalização, mas pelo processo sintático da formalização. O regresso à experiência importa na confirmação semântica e pragmática da abstração formalizadora.

Ainda que a denominada Parte Geral do Direito não disponha de campo temático exclusivo, convém sublinhar que em Pontes nela não se incluem Filosofia do Direito, nem Sociologia do Direito, nem História ou Etnologia do Direito. Impreciso, contudo, é ele afirmar que nela se apanha o geral e comum aos sistemas lógicos, o que de sistema lógico apresenta o sistema jurídico. As partes gerais não se exprimem em sobrelinguagens. Seus enunciados são de linguagem-material, cognoscentes de subdomínios de normas do direito positivo. Sobre isso, vacila o afã de precisão do lógico e do dogmático do direito. O que poderia sustentar, com acerto, era que lhe estava reservado o repertório dos conceitos fundamentais de cada subdomínio.

5. Delimitação da Dogmática.

No primeiro tomo de seus *Comentários ao Código de Processo Civil* (no todo, 15 volumes) diz expressivamente Pontes: «Sempre levei a sério o direito processual. É o ramo das leis mais rente à vida». E expõe, com a precisão habitual de dogmático que era, a teoria geral do processo, concentrando-se na relação jurídica processual. Sabemos, é na ciência processual e na ciência do direito privado onde a sistematização conceptual adquire sua mais rigorosa formulação, e onde a lógica do sistema do direito positivo mais se liberta dos fatores extra-jurídicos. No direito público, a politicidade perturba a pureza dos conceitos fundamentais; no direito privado, mesmo, fatores econômicos e éticos inserem-se nas regras do direito de família, no direito do trabalho. No direito público (político), raro é o conceito, como advertiu G. Jellinek, desprovido de valorações ideologicamente circunstanciadas.

No direito processual, julgamos, as categorias têm de se apresentar com rigorosa terminologia, o que não satisfaz apenas a exigências de logicidade do sistema processual, mas aos reclamos práticos de segurança, de estabilidade e previsibilidades das relações interhumanas. Compreende-se, então, que o enérgico espírito dogmático, como atitude metodológica, em Pontes, não se deixe perturbar pela delimitação do campo de investigações. De quando em quando, adverte o que é lei feita e o que é lei que devia ser feita, em obediência a um parâmetro de valor colocado sobre o sistema; discerne o componente político e o ato jurídico no processo legislativo; distingue a busca dos dados (sociais, morais, econômicos...) e a construção legislativa, ou a construção jurisprudencial.

Sob outros pressupostos, diversos dos de um Somiò, é certo, procura

ele os conceitos fundamentais: regra de direito, incidência, suporte fáctico, fato jurídico, licitude e ilicitude, existência, validade e eficácia, quer de fatos juridicamente relevantes, quer de normas que qualificam os fatos sociais e físicos e que compõem o conjunto-universo do direito positivo.

No momento dogmático de suas investigações, evita, inconsequente com teses sustentadas no «Sistema», qualquer reducionismo positivista, psicológico ou sociológico. Assim, a lei não é comando, imperativo, vontade; tão-pouco reduzem-se os efeitos dos atos jurídicos ao querido pela vontade subjetiva, empírica, variável, dos sujeitos participantes. Nem a decisão judicial é o resultado de um plexo de motivações subjacentes, que somente métodos psicológicos podem captar. A decisão é do órgão, inserido dentro do sistema jurídico, interpretando o campo de incidência das normas vigentes, completando-se nos claros que o sistema permite ao juiz a atividade integradora, completante e, até, contraditante com norma vigente. Mas, é sempre no interior do sistema, onde o juiz encontra normas-de-organização que lhe distribuem competência. No subsistema do direito processual é que se percebe como o juiz não pode extralimitar-se, colocando-se acima do sistema: seu ato seria político, e não ato jurisdicional. Por isso, nunca poderá apreciar a constitucionalidade de uma revolução, em sentido técnico-jurídico: falta-lhe o quadro de referência: a constituição em vigência, dentro da qual é juiz e suprimida pelo fato revolucionário de qualificação jurídica, como mostrara Carré de Malberg.

6. O hiato entre o Systema e o Tratado de Direito Privado.

Há uma descontinuidade temática e uma quebra da unidade lógica (metodológica) entre o systema... de 1922 e o Tratado... iniciado em 1954. Já antes mesmo do Tratado..., entre o positivismo filosófico de 1922 e trabalhos de dogmática jurídica, que os publicou com rigor de linguagem técnica, e consciência do campo específico do conhecimento dogmático. Ainda que a linha dominante desse positivismo seja a unidade da ciência, a experiência e a lógica, como fonte e forma do conhecimento científico, o determinismo das leis de causalidade como tipo de relação entre fatos, a dissolução das substâncias (a linguagem substantiva as relações, que se exprimem em verbos e outras categorias sintagmáticas) em relações, cujas expressões lógicas são as funções lógicas e as funções matemáticas: esse unitarismo do objeto, essa redução da multiplicidade da experiência imediata ao que se dá na observação, com tanta abrangência, não conseguiu Pontes aglutinar num todo logicamente homogêneo as ciências formais e as ciências empíricas, as ciências sócio-culturais, as ciências descritivas de

fatos e as ciências de normas sobre os fatos. Especificamente: Pontes não nos deu a reconstrução conceptual, não expôs a composição, estrutural, a articulação sistemática que caracterizaria o *Sistema de ciência positiva do direito*. Não logrou pôr em evidência os fundamentos lógicos e epistemológicos do que seria a Ciência-do-Direito em sentido estrito.

Mas, como já sublinhávamos, sua *Teoria da Ciência-do-Direito* não prejudica o jurista-cientista, que era-o sempre. Como dissemos, discernia, para logo, num problema, o que estava sobre o sistema positivo, como postulado axiológico, o que estava sob o sistema, como estruturas psico-sociais e sociológicas. Com suas palavras, excluía o sobrejacente, e o subjacente. Para dizer-lo numa terminologia de Hart: como jurista-cientista, como dogmático do direito positivo, emitia enunciados internos, colocando-se em posição intra-jacente. De onde em onde, explodiam temperamentalmente enunciados externos, firmados em quadros de referência extra-dogmáticos, em postulados éticos e políticos.

Um exemplo denota-o. Recusa direito subjetivo superior ou anterior ao sistema positivo. Direito subjetivo pressupõe i) regra de direito vigente, ii) fato sobre o qual da regra tenha incidência, iii) o eficacial, os efeitos que a causalidade jurídica estabelece entre o suporte fato incidido e a relação jurídica, em cujos polos situam-se o titular do direito subjetivo e o titular do dever subjetivo. Esse o prisma técnico puro, enxuto, desprovido de valoração jusnaturalista, ou de qualquer axiologia ideal. Todavia, como democrata, reconhece a força motivacional e histórica que há na concepção jusnaturalista do direito subjetivo. Em nome dele, como concepção ideológica, constitucionalizam-se os direitos subjetivos privados e o direito subjetivo público. O Estado de Direito é a realização existencial desse postulado ideológico.

7. Um esquema funcional.

Dizendo-se com terminologia não-ponteana, o direito é um sistema de proposições normativas, referentes à conduta, com a função de ordená-la: estão aí os aspectos sintático, semântico e pragmático. Conjunto de fatos (eventos-atos) é como denomina o campo denotativo do sistema. O modo-de-referência não é congruente: é preceptivo, normativo, deôntico. Um dos conceitos fundamentais da teoria geral do direito é o de incidência. A regra incide sobre o dado-de-fato. Esse dado-de-fato é o suporte fáctico. A incidência nem sempre toma-o em sua complexidade compositiva. Recorta-o, simplificando. O suporte fáctico que entra no campo-de-incidência é o fato

jurídico (o *fattispecie*, o *Tatbestand*, o *state-of-affairs*). Nem sempre é preciso a distinção entre os dois conceitos, ou são relativos: o que era já fato jurídico, ingressa como suporte fáctico de outra regra, para compor novo fato jurídico. Creio que se o suporte fáctico fosse conceito puramente factual, a-jurídico ou pre-jurídico, sem qualificação normativa alguma, excluia-se do rol dos conceitos jurídicos fundamentais. Não podemos, nos limites desta ponência, mostrar as nuances conotativas e as nuances de usos que o termo sofre na obra de Pontes.

Por faltar uma teoria da estrutura da norma, Pontes fala assim em incidência da regra de direito. Creio que o que tem incidência é a hipótese fáctica (o pressuposto): é ela que tem função juricizadora (ou a simétrica, desjuricizadora) dos fatos. Tanto que sempre observa ser a incidência infalível: ocorrendo o fato-tipo, ele insere-se no esquema tipificador, sem anuência, sem adesão, consciência, vontade dos indivíduos-destinatários de regras. É certo, nos atos jurídicos não se passa como no exemplo que dá: « a personalidade começa com o nascimento de ser humano com vida ».

Sob a forma elíptica da linguagem do art. 4º do Código Civil, encontramos a subjacente reconstrução sintagmática: dado o suporte fáctico « nascimento de ser humano com vida » verifica-se o efeito sujeito-de-direito ou pessoa. A hipótese geral, abstrata, incide no fato concreto, ocorrido aquie-agora, observável, inserível numa proposição protocolar: o suporte fáctico por força da incidência converte-se em fato jurídico, que trará o efeito da personificação. O direito de personalidade, diz Pontes, é o efeito mínimo do fato jurídico stricto sensu do nascimento de ente humano. Ora, se assim o é, subjetivação é eficácia, personificação de ente humano é fato-efectual correspondente ao sintagma de nível linguístico denominado “consequência jurídica”.

Pontes não avverte por lhe falta uma teoria da norma que o lado eficacial vincula-se ao polo inicial, que é o fato juridizado pela incidência, mediante o *nexus deôntico*, não pelo *nexo de causalidade natural*. Ele mesmo reconhece a especificidade da causalidade jurídica: pode se dar retroeficácia, suspensão de eficácia (protraimento de eficácia), ou antecipação de eficácia, porque é a regra de direito que tecê livremente a relação de causalidade. Inclusive a causalidade natural (física, biológica, psicológica) pode estar como suporte fáctico que a incidência juridiza. Com isso, rompe-se o monismo da causalidade natural, um dos componentes daquele positivismo filosófico.

8. Os conceitos operatórios.

Pontes utiliza-se da expressão "regra-de-direito". Não chega, porém, na *Teoria Geral do Direito* (que ocupa os 6 primeiros tomos de seu *Tratado de Direito Privado*), a nos oferecer uma teoria da norma. Compreende-se que ocupado com a vasta obra que começara em 1954 e, mais com os *Comentários à Constituição de 1946* (6 tomos) não se tenha aproveitado das contribuições lógicas que estavam ao seu alcance, como as de Engisch, Bobbio, Von Wright, Klug, e outros. Com a teoria das estruturas lógicas, não teria simplificado o problema da regra de direito, recusando, p. ex. sua constituição hipotética, que, no final, equivale à relação implicacional entre o pressuposto e a consequência. Em algumas passagens, recusa a coação porque adverte: coercibilidade nenhuma existe na regra que prevê a maioridade.

Pela mesma via, não aceita que nos atos jurídicos (atos em sentido estrito, e negócios jurídicos), das declarações de vontade provenham normas. Vê nisso uma exacerbção do individualismo da autonomia da vontade contratual, inserido no contexto do *Estado liberal de Direito*. Quando o problema não é axiológico: é de teoria do sistema e de teoria dos métodos de criação de normas, previstos pelo sistema. Estende a objeção aos atos jurídicos internacionais, parecendo indistinguir o direito internacional geral e o direito internacional particular.

Pontes parece prisioneiro da tese de que regra de direito é regra geral, provinda de órgão com competência legiferante. No entanto, Kelsen, Bobbio, Ota Weinberger, R. Scheiber, e outros, admitem a quantificação individualizadora do argumento nas funções predicamentais da lógica deóntica. Todavia, Pontes pondera, no Tratado mesmo, que a generalidade não é necessária: atente a postulados de isonomia na estrutura liberal do Estado. Como processualista, sabe que a decisão é preceito individualizador do sujeito e da ação (o geral e o abstrato, o individual e o concreto: aqueles na premissa maior; estes no enunciado conclusivo).

O que está presente na teoria do direito é o conceito de sistema. Mas, é o sistema, e não a norma, que inexiste sem pertinência a um sistema, interno ou internacional, que demarca, no universo social total, a área do juridicamente relevante. Adverte as relações inter-sistemáticas, entre os sistemas jurídicos estatais e o sistema sobre-estatal (de direito das gentes), e as relações entre sistemas jurídicos e sistemas não-jurídicos.

O que está manifesto em tudo isso é o comportamento de jurista

dogmático, que, parece-me, é a dimensão mais saliente de Pontes. Com métodos indutivos, com investigações psico-sociais ou sociológicas, com a teoria multidimensional do espaço social, com a tese monista de que o direito já começa no mundo inorgânico, com o relacionalismo social, que provinha por sucessivos graus de evolução através do orgânico, do físico, do psíquico, Pontes não obteria os conceitos jurídicos fundamentais, as formas lógicas operatórias ou metodológicas para mostrar a especificidade do sistema de regras jurídicas que dirigem « o processo social de adaptação ».

9. Conceito de eficácia.

A eficácia é conceito que nada contém de sociológico: é relação interna, intra-sistemática. Não relação externa, do sistema com a realidade social. O problema kelseniano da efetividade como condição da validade da regra-de-direito é estranho à Pontes. É um problema, digamos, sintático e semântico: sintático na relação de norma a norma, e de norma ao sistema, e semântico na operatividade, na referência do sistema às condutas pelas normas qualificadas. Sabe-se, na teoria da eficácia, Kelsen não consegue eliminar um quantum de efetividade sociológica do sistema.

Pois bem. Em Pontes, a eficácia não decorre de uma relação imediata da norma, em-si-mesma: sem o suporte factual, sobre que a norma incida, o suporte fáctico não é fato jurídico. Se se torna jurídico, com a incidência, disso decorre a eficácia. Eficácia são os direitos subjetivos, os deveres subjetivos, as pretensões e as obrigações, as qualificações de coisas e pessoas, as situações jurídicas e as relações jurídicas, quer no direito material, quer no direito processual. Essa eficácia pode ser imediata, ou protraída, ou suspensa por condição ou termo, ou extinta por condição resolutória ou termo final. Como pode haver retro-eficácia, eficácia *ex funz.* Um fato só é jurídico porque ingressou em campo-de-incidência, e só é fato jurídico porque e na medida em que tenha eficácia.

Por isso descabe problemas que atormentaram a teoria geral do direito; assim, se o direito subjetivo é anterior ou posterior às normas, se lhe cabe ou não a prioridade em relação ao dever subjetivo. O *prius ideal* (Pontes chama "mundo dos pensamentos") reside na regra jurídica. Mas sem o suporte fáctico a regra não se concretiza, não passa de enunciado. O direito subjetivo antes do direito objetivo, antes do direito-regra é impossibilidade lógica e histórica. É individualismo metafísico inscrito no direito natural. O direito subjetivo é efeito, e efeito é a relação jurídica, cujos termos são sujeitos-de-direito. Ser sujeito-de-direito, por sua vez, é eficácia de incidência

sobre suporte fático, um de cujos elementos é o homem, individual ou coletivamente considerado. O efeito minimal de uma incidência sobre suporte fático humano é o decorrente do nascimento com vida: o nascido com vida tem o direito-de-personalidade, o direito básico a ser sujeito-de-direito, a figurar nas relações jurídicas, como termo delas.

Pontes culpa da incidência, do fato jurídico e da eficácia. Não dá a estrutura completa da regra jurídica. Por isso o momento processual da sanção não aparece, a não ser como procedimento, em nível da norma primária, material, para tornar nula ou anulável a defeituosidade na composição do fato jurídico (em que foi componente a vontade). No entanto, como civilista e processualista que foi, tinha diante de si o fato material científico o jurisprudencial para formular a norma secundária, com a estrutura lógico-formal da norma primária: norma, suporte fático, eficácia (relação jurídico-processual).

10. A generalidade da norma.

Observa Pontes que « desde que a regra jurídica deixou de ser feita para o caso, e passou a prever o seu suporte fático possível, ela, é, necessariamente *prius* » (*Tratado de Direito Privado*, t. V, 239) Pontes não nega existência de lei para classe de um só caso (classe unitária, em terminologia lógica: nega que atos jurídicos sejam fonte de produção de normas, gerais ou individuais).

Algumas vezes, sublinha que a lei jurídica é o homólogo de lei natural. Mas não adverte, em seu positivismo naturalista da primeira fase, que a lei jurídica não se obtém indutivamente, pelo menos na fase reflexiva do legislador institucionalizado em Poder. Pois ainda que a norma, sociologicamente, seja um *post factum*, sob o ponto de vista intra-sistêmático, do jurista instalado dentro do sistema, é uma pre-posição, um pre-estabelecimento, uma antelação aos fatos. Sua origem não a priva da validade prévia. « *Un langage prescritif est un ordonnement transcendantal de l'expérience, c'est un langage qui conditionne et ordonne... l'expérience... L'expérience ne peut ni confirmer, ni infirmer ses propositions* ». Eis o que assevera Amedeo Conte, in *Décision, Complétude... (Études de Logique juridique)*, 13). É o que, por outra via, sentencia K. Opalek, caracterizando as normas por seu significado produtivo, prospectivo, antecipativo em face da realidade extra-lingüística da conduta. *The directive is meaning itself ('self-intensional' and 'self-extensional')*. (Opalek, *On the logical-semantic structure of directives*, in *Études de Logique juridique*, vol. IV, 191).

Podemos acrescentar: quando a norma não rege caso único (classe unitária), mas classe de casos em número indeterminado, seria logicamente inviável, partindo de enunciados normativos protocolares alcançar enunciado normativo universal. O universal é infirmado por uma, pelo menos, proposição protocolar. A indução conduz à formulação de um enunciado normativo probabilístico (provavelmente, dado A deve ser B); o que não produz a estrutura sintática da norma jurídica.

Sumariando: Pontes tenta fundamentar o *Sistema de Ciência positiva do Direito* sobre bases naturalísticas: de grau em grau, as ciências se especializam; há uma ontologia monista na primeira fase (1922-1937) fundada no empirismo e no indutivismo, conduzindo à filosofia positivista; a influência do Círculo de Viena, porém, já não o alcança decisivamente, como dogmático do direito; em obras jurídicas anteriores, e a partir de 1954 (com o Tratado) um idealismo político o leva a pôr as regras jurídicas « no mundo dos pensamentos », a recusar a confusão do fático com o jurídico, a eliminar confusão de temas (política do direito, psicologia, sociologia, entremesclando-se com problemas dogmáticos). Haveria que se verificar o acerto de sua sistematização e a extensão dos conceitos fundamentais ao direito público e ao direito privado, num afã comovente e extraordinário de unidade, de rigor de linguagem, de precisão estrutural de seu discurso de jurista. Pois é como jurista que ele se sobressai, talvez sem paralelo, entre nós outros, brasileiros.

CRIME COMO VINGANÇA, MINISTÉRIO PÚBLICO E CIÊNCIA SOCIAL DO DIREITO

Cláudio Souto*
Theresa Souto**

1. A NORMATIVIDADE ESTATAL COMO AGENTE DE CONSERVADORISMO E DE MUDANÇA

Observa-se que, em muitas situações, a legalidade estatal não consegue acompanhar as relações sociais em sua acentuada dinamicidade. Mas não menos observável é o fato de que a normatividade codificada, em certas situações, pode vir a ser agente de mudança mental e social.

Estamos usando a palavra "mudança" em sua acepção restrita de alteração de padrões mentais ou sociais considerados básicos, já que a alteração *lato sensu* de padrões mentais e sociais é uma constante humana.

Se o conteúdo legal for mais avançado, em termos de uma determinada moralidade, como a cristã, a exemplo de um Código Penal como o brasileiro, ter-se-ia que os respectivos preceitos seriam um agente de mudança nos grupos sociais onde houvesse critérios intelectualmente mais rudimentares acerca da justiça. Estes critérios seriam inferiores à moralidade tomada como padrão de referência, pois que vista como padrão ideal de comportamento, por corresponder a maior desenvolvimento intelectivo.

* Professor Emérito de Sociologia Jurídica da Universidade Federal de Pernambuco, Doutor em Ciências Sociais pela Universidade de Bielefeld (Alemanha).

** Promotora de Justiça do Estado de Pernambuco, Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

O legal está aqui fortemente relacionado com o ético, de vez que a codificação penal teria inelutável conteúdo moral.

Aquilo que se consubstancia em lei tende a evoluir em uma sociedade (vista como um todo) menos rapidamente do que os fatos sociais - já em virtude de sua cristalização escriturístico-formal mesma. Contudo, o legalizado que se pretende vigente em toda uma sociedade, quando é aplicado a subsistemas dessa mesma sociedade, nos quais se poderia considerar um nível de evolução intelectual inferior àquela padronização como um todo, funcionará como agente de mudança social (embora a mudança venha a ocorrer gradualmente, pois a própria aplicação da lei poderá ser então algo de muito difícil).

Tem-se, então, que o mesmo conjunto de leis, dependendo do contexto em que for inserido, poderá funcionar como agente de mudança, no sentido de impulsionar a transformação mental e social dos indivíduos - eis que aquele conjunto disporia de padrões comportamentais mais avançados do que os reinantes em grupo social particular - ou, ao contrário, ser instrumento de conservadorismo, funcionando como obstáculo à evolução ético-social.

A nossa legislação penal, por exemplo, é eticamente contrária à vingança, entretanto é muito difícil incutir-se em determinados grupos sociais que vingança não poderia ser algo de justo, pois há um critério social de justiça vivamente dissociado do legal: justo seria simplesmente revidar uma agressão ainda que a mesma não seja legalmente injusta e atual ou iminente (consoante o art. 25 do CP, cujo conteúdo clássico é o seguinte, na íntegra: "Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.").

Naquele sentido, tem-se clara interpretação jurisprudencial: "A legítima defesa não é desforço, é proteção. Não tem por fim punir, mas prevenir. Se o dano ainda não está realizado, mas se apresenta como perigo atual ou iminente, cabe a legítima defesa, a reação que busque evitar a lesão ao bem jurídico. Mas, se esta já se produziu, não se pode mais falar em defesa, mas em vingança e, então, já não se aplica a isenção de crime" (TJSP - Rec - Rel. Márcio Bonilha - RT 565/301, *apud* Silva Franco et alii, 1990:130).

2. MORAL LEGAL E MORAL SOCIAL: UMA POSSÍVEL ANTINOMIA A RESOLVER

Esses grupos sociais vingativos vivem sob a moral bíblica, mas a moral efetivamente mais vivida por eles é a moral encontrada no Antigo Testamento, no sentido de revidar-se o mal com o mal e isso sendo considerado justo. No que tange ao tópico vingança, esses grupos sociais, não obstante formalmente cristãos na grande maioria dos seus membros, apresentam um cristianismo de rituais místicos e de fórmulas, ligado a lugares e coisas materiais de devoção, e não à religiosidade em espírito e verdade, recomendada pelo Cristo, a qual implica o perdão sem limite das ofensas, em nome do amor universal.

Na verdade, essa perspectiva mais sutil e evangélica do cristianismo, não consegue penetrar senão paulatinamente nas comunidades rurais ou urbanas não-instruídas, cujo tempo social é semelhante àquele do Antigo Testamento.

Se bem que o Estado não possa deixar de julgar, a fim de evitar-se o mal maior das impunidades criminosas, o seu julgamento já se inspira - em se tratando de Códigos Penais ocidentais - na moral cristã, em tudo que não possa gozar de uma mera informação técnico-formal ou de uma informação científico-empírica.

Dessa maneira, se penaliza a vingança privada. Admite-se em nossa legislação penal apenas as circunstâncias excludentes de criminalidade que são o estado de necessidade, a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito (art. 23 do CP).

Mas o Código Penal brasileiro, como outros códigos penais modernos, se acolhe os princípios gerais da moral cristã, não o faz contudo explicitamente. Nem o poderia fazer, em virtude do princípio constitucional da laicidade do Estado. Entende-se que esses princípios são ecumênicos, na acepção de serem comuns a todas as morais consideradas superiores, por se basearem na benevolência, na indulgência e no perdão - excetuada naturalmente a prerrogativa do Estado de punir em defesa da sociedade. Assim como se excetuam a legítima defesa e o estado de necessidade dos particulares.

Por outro lado, dificilmente se poderá defender, em uma perspectiva científico-social moderna do direito - e raramente se defende entre os estudiosos dessa perspectiva - , um monopólio do Estado na produção de regras consideradas "jurídicas", isto é, na produção de regras básicas de

convivência social, vistas explícita ou implicitamente, como um mínimo ético indispensável a essa convivência. Na verdade, Estado não é, nem pode ser, igual a sociedade global, pois a parte não pode ser igual ao todo. Realisticamente o Estado é tão só o grupo social parcial (menor que o todo) dos homens de governo (entendido Governo em sentido lato, não só como executivo, mas também como legislativo e judiciário).

Assim, se o Estado produz normas básicas, igualmente as produzem grupos sociais não-governamentais, freqüentemente ao arrepio dos padrões fixados pelo Estado. Então como escolher entre padrões sociais e estatais conflitantes?

Suponhamos a ação do Ministério Público em comunidade interiorana que aceita, através do seu corpo de jurados, o princípio da vigança privada e, portanto, se situa mental e socialmente na moralidade típica da época do Antigo Testamento (ainda que sem conhecimento necessariamente explícito do mesmo).

Esse princípio é padrão fundamental da cultura da comunidade e, portanto, para a comunidade, o padrão vingativo é direito. Direito vivo ou social, na perspectiva clássica dos estudos sócio-jurídicos (cf. Ehrlich, 1929:399, Vorrede, 8, 29-30, 130 e 405).

De uma maneira genérica, a opção que se faça entre a norma básica estatal e a norma básica social, defluirá das seguintes posturas fundamentais: a) aceita-se *a priori* norma estatal porque ela é legal e não é de aceitar nada que contrarie a lei; b) aceita-se *a priori* norma social porque ela é legítima no sentido de corresponder ao que a maioria ou a unanimidade do grupo acha que deve ser.

Ambas essas posições em moda, respectivamente ou no foro, ou nos grupos que defendem para a prática um "direito alternativo" (cf., por exemplo, Arruda Jr., 1991: *passim*) são posições formais, eis que se decide aprioristicamente de modo independente de conteúdo, embora a última posição seja mais abrangente em seu pluralismo social.

Ocorre na verdade que nem o Estado, nem qualquer grupo social, têm decisões necessariamente racionais. Seria então "direito" algo ligado à forma estatal ou grupal independentemente de racionalidade? O racionalmente torto a título de que se chamaria de direito? A título do puro poder estatal ou de puro poder social? Neste caso a resposta afirmativa poderia ser realista, mas de um realismo cínico, incapaz de satisfazer a uma racionalidade objetiva.

3. PARA ALÉM DE FORMALISMOS ESTATAIS OU SOCIOLOGICOS: EMBUSCA DE UMA RACIONALIDADE CIENTÍFICO-SOCIAL OBJETIVA PARA A DECISÃO JURÍDICA

Mas existe uma racionalidade objetiva (ou seja, é ela uma realidade, e, assim, contrapponível à realidade do poder)? Decerto não existe para o homem em um sentido absoluto, ou seja, no sentido de uma exatidão, e sobretudo de uma exatidão inalterável. Ao contrário, se reconhece hoje em dia amplamente que todo conhecimento substantivo humano - isto é todo conhecimento não-formal - é meramente probabilístico e nunca propriamente exato. Só haveria exatidão no domínio do convencional.

A racionalidade objetiva relativa menos insegura de que se dispõe é a racionalidade da ciência empírica, ou seja, da ciência baseada na observação metódica e tecnicamente controlada dos fatos. Se se pretende que o direito tem por objetivo fundamental a segurança, dificilmente se pode atingir de modo otimizado esse objetivo, em termos da racionalidade de sua informação cognitiva, senão através da ideação menos insegura que se conheça que é reconhecidamente aquela de acordo com a ciência empírica.

Seria isso um cientificismo estranho aos meios jurídicos e à racionalidade formal do seu discurso próprio? Muito difficilmente: pois a forma legal é compatível com qualquer conteúdo e a idéia de cientificismo em ciências substantivas modernas é algo com sabor de obsolescência quando referido a atividade que esteja sendo realmente científica em termos de atualidade. Que cientista contemporâneo pode ser cientificista, com uma confiança fechada em sua ciência, quando se sabe que as verdades humanas são relativas e que as proposições científicas, ainda quando muito abstratamente determinísticas, não são senão probabilísticas, jamais exatas?

Seria, por outra parte, a ciência empírica um instrumento de dominação a ser utilizado por donos do poder econômico ou do poder político, quer a nível estatal, quer a nível de quaisquer outros grupos sociais? Decerto que a ciência empírica pode ser um instrumento de dominação, como pode ser também um instrumento de libertação de pessoas oprimidas por aqueles poderes. Pois ciência que seja o mais possível objetiva (embora, como produto humano, não possa ser totalmente objetiva) não é senão apenas descrição e explicação da realidade como ela parece ser - é não como se gostaria que fosse.

Precisamente porque a ciência pode ser instrumento do que se considere ideologicamente como "bem", ou como "mal", é que, sozinha, não

pode compor um fenômeno real que merecesse a etiqueta de "direito" ("reto", "correto", "racional", "justo"). Antes parece necessário, para que se possa chamar de jurídico um fenômeno real, não só que seja ele cognitivamente seguro em meio às indeclináveis contradições ideológicas do real, mas que se faça referência, ainda que implícita, ao impulso animal geral de conservação do indivíduo e da espécie. E que se faça menção explícita ao efetivo humano de que aquele impulso seria alicerce subliminar.

O fenômeno real que se poderia chamar de "direito" é o sentimento de agradabilidade do homem ligado a idéia informada científico-empiricamente. Esse fenômeno real existe independentemente de designações, mas por que não chamá-lo de direito? Pois se pode considerá-lo racional e justo (veja-se Souto, 1984:82-84, 90-93).

Já os fenômenos moral e equitativo se constituiriam do sentimento de agradabilidade ligado a idéia respectivamente informada de conhecimento metacientífico ou de conhecimento das circunstâncias particulares de um caso concreto (Souto, 1984:82 e 90).

O fenômeno jurídico pode ser mental, ou social, ou grupal. Mas, em relação a um grupo determinado, não é necessariamente legal, nem é necessariamente majoritário. Por sua vez, o conteúdo das leis pode ser jurídico, ou moral, ou pode ser outro conteúdo qualquer.

Por mental estamos entendendo o processo interativo em que os pólos afetivo-ideativo-volitivos não se exteriorizam em interação social (esta sendo a ação relacionada e exteriorizada de pólos afetivo-ideativo-volitivos). Já o grupal é o processo sócio-interativo com aceitação em comum de padrões e com alguma permanência no tempo (cf. Souto, 1984:25 e 56).

O jurídico como entendido acima é padrão objetivo básico de aferição de condutas independentemente de apriorismos formalistas estatais ou grupais majoritários. Na verdade, se o grupal em suas maiorias tem a presunção de verdade do senso-comum, trata-se de presunção aprorística passível da exceção de verdade da realidade objetiva das coisas tal como aferível pelo conhecimento menos subjetivo e opinativo que se conhece - da ciência empírica.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "CUSTOS LEGIS", "CUSTOS SOCIETATIS" E "CUSTOS JURIS": O EXEMPLO DO CRIME POR VINGANÇA

Tradicionalmente se vê a ação do Ministério Público, que é o iniciador exclusivo da ação penal, como sendo a de guardião da lei (*custos legis*).

Recentemente, contudo, a perspectiva sobre o Ministério Público se amplia em direção ao social. Assim é que o Ministério Público passa a ser visto, não só como *custos legis*, mas, não menos essencialmente, como *custos societatis*, isto é, como guardião de padrões sociais básicos.

No que pertine ser a função do Ministério Público mais ampla do que a de "custos legis", escreve Mazzilli: "(...) não há confundir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o interesse da administração (interesse público secundário), ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público. Essa distinção evidencia que nem sempre, ao contrário, está a coincidir, respectivamente, o interesse público primário com o secundário. E é pelo primeiro deles que deve sempre zelar realmente o Ministério Público. E, nesse sentido, o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e mesmo com os mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência, do meio ambiente)." (Mazzilli, 1989:48).

Ocorre todavia que essas funções, a de "custos legis" e a de "custos societatis", não parecem suficientes para o esclarecimento teórico da atividade do Ministério Público e da atividade judicante subsequente. Suponha-se uma oposição frontal entre padrões legais e padrões básicos de uma comunidade interiorana. Como escolher entre esses padrões? Dando preferência à lei? Mas com que fundamento? Só porque é ordenado estatalmente? Ou se decidiria pelos padrões da comunidade? Porém com que fundamento? Só porque correspondem à vontade de uma maioria?

Por si sós, ambas as opções seriam igualmente dogmáticas e apriorísticas no sentido de que previamente se tem a solução formal, seja qual for o conteúdo da regra a aplicar.

Conviria, pois dilatar ainda a nossa visão do Ministério Público ou de qualquer outra atividade da prática forense.

Desse modo, o Ministério Público não seria apenas *custos legis* e *custos societatis*, porém ainda, e também fundamentalmente, *custos juris*,

ou seja, guardião do direito. Guardião do direito não entendido necessariamente como lei, nem entendido fatalmente como vontade de uma maioria social, mas entendido como algo necessariamente harmônico com informação científico-empírica do sentimento de agradabilidade do homem normal (agradabilidade diante do que se acha que deve ser).

É claro que isso não significa que se defenda um procedimento *contra legem* ou *contra societatem* como rotina da prática forense, o que perturbaria a segurança das relações sociais (com base no conhecimento de padrões prévios de ampla divulgação). Significa só que se devem explorar mais as perspectivas *praeter legem* e *praeter societatem* na prática forense. Numa palavra: pretende-se a complementaridade das perspectivas legal, social e jurídica na prática do foro.

Vejamos, a título de exemplo, como funcionariam complementarmente essas perspectivas no caso de crime por vingança. A legislação e a jurisprudência brasileira não reconhecem, como vimos, a vingança, considerada justa por uma comunidade, como excludente do caráter criminoso da ação. Contudo, a pura referência ao legal como justificativa da atividade denunciante e acusadora do Ministério Público choca o senso moral da comunidade (ainda situado em termos de Antigo Testamento). Essa pura referência seria então insuficiente à decisão por acarretar desnecessariamente, em seu caráter secamente dogmático, reações adversas da comunidade a um padrão legal de origem urbana e até certo ponto estranho à mesma comunidade.

Como o problema de vingança ou não vingança é decerto um problema também moral, tudo indica que caberia ao Ministério Público, nesse caso, quando dos seus pronunciamentos, proceder para além da lei e para além dos padrões aceitos pela comunidade, procurando minimizar o impacto legal através da exposição de uma moralidade de respeito quase incondicional à vida humana.

Mas isso ainda não satisfaria às pessoas mais intelectualizadas, que indagariam de critérios para além dos dogmatismos legais e das moralidades não testáveis científicamente. Ai entraria o "direito" - não o "direito" dos dogmas de qualquer natureza, estatal ou religiosa, porém o direito como algo necessariamente baseado em ciência testável empiricamente.

No nosso caso: quais seriam as consequências científicamente previstas de uma política social de vingança?

Cientificamente a resposta não é muito difícil: vingança, como atividade violenta, é instância do conflito (luta) social. Ora, conflito social, entendido como luta, é processo de agudo distanciamento no espaço social (espaço da interação social): é processo desequilibrante, ou decoesivo, ou desintegrador. Significa sociologicamente o extremo oposto do processo social de cooperação, este sempre equilibrante, ou coesivo, ou integrador, representando a própria essência dos grupos sociais - que passam a inexistir se neles não prepondera a cooperação.

Se o conflito social em si mesmo sempre é um processo de afastamento no espaço da interação social, contudo pode ter a função de prevenir um afastamento ainda maior. Assim, a ação repressiva policial pode ocasionar conflitos, porém conflitos maiores se teriam no meio social sem a repressão da criminalidade. Todavia, quanto mais diminuam as possibilidades de afastamento maior, pela diminuição dos processos de conflito social, maiores são as chances destes serem apenas dissociativos (cf. Souto, 1988:118-119).

Se se deseja, portanto, uma maior integração social, quer no meio rural, quer no meio urbano, é preciso diminuir os processos de conflito social por vingança e os processos de conflito social em geral. Eis a razão de base científico-empírica para que a vingança privada seja substituída pela repressão estatal da criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.
- EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München und Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1929.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- SILVA FRANCO, Alberto et al.. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- SOUTO, Cláudio. *Allgemeinste wissenschaftliche Grundlagen des Sozialen*. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1984.
- SOUTO, Cláudio. "Axiomatic Reason in Sociology and in Sociology of Law". In Carla Faralli and Enrico Pattaro (eds.), *Reason in Law*, Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984. Vol. 3. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

DIREITO ALTERNATIVO UM DEBATE

Melillo Dinis do Nascimento
Nas Pegadas de uma Juridicidade Alternativa:
O Pensamento Jurídico Crítico Nacional

Luciano Oliveira
Illegalidade e Direito Alternativo:
Notas para evitar alguns equívocos

NAS PEGADAS DE UMA JURIDICIDADE ALTERNATIVA: O PENSAMENTO JURÍDICO CRÍTICO NACIONAL*

*Mellilo Diniz do Nascimento ***

SUMÁRIO: 1. Introdução. - 2. O pensamento Jurídico crítico nacional: suas bases. - 3. O pensamento Jurídico crítico nacional: suas realidades. - 3.1. Epistemologia do "pluralismo sistêmico-funcional". - 3.2. Epistemologia histórico-social de perspectiva dialética. - 3.3. Epistemologia de perspectiva semiológico-psicanalítica. - 4. Duas críticas ao pensamento jurídico crítico. - 5. Conclusão. - Bibliografia.

1. Introdução

Na perspectiva jusfilosófica brasileira, a cada dia cresce mais a influência do que convencionamos aqui chamar de "pensamento jurídico crítico". Nas escolas de Direito, no cotidiano dos operadores jurídicos, como na própria dinâmica das realidades sociais, o pensamento jurídico crítico nacional marca uma determinada posição teórica e política no contexto da filosofia do direito no Brasil.

Denominamos aqui de "pensamento" o que poderíamos chamar de "teoria". Contudo, como veremos mais adiante, sérias críticas são feitas

* Este texto tem como origem a elaboração de monografia para o Curso de Especialização em Direito Público, da UNICAP, na matéria "Filosofia do Direito", ministrada pelo Prof. Nelson Saldanha, Fevereiro de 1991.

** Mellilo Diniz do Nascimento, da Fundação Joaquim Nabuco, é Professor da Universidade Católica de Pernambuco e Diretor Executivo do Instituto de Estudos da Cidadania - IDEC.

sobre a possibilidade de uma "teoria crítica". Por isso, optamos, com Antonio Carlos Wolkmer, a utilizar a expressão "pensamento jurídico"¹. E. Zuleta Puceiro, cuidadosamente, observa que "a idéia de uma teoria crítica do Direito luta, hoje, por um lugar próprio no panorama das correntes revisoras do saber jurídico dominante, ainda quando a identidade inacabada e a heterogeneidade programática de suas orientações principais obriguem, no momento, a falar muito mais de teorias críticas que de uma alternativa atual, potencialmente unitária"². Portanto, "pensamento" ainda é melhor que "teoria".

A pluralidade de eixos epistemológicos do pensamento crítico não permite, de imediato, a construção de um bloco monolítico que assente e destine os rumos definitivos das teorias críticas. Se isso, por um lado, é positivo pois permite uma relação teórica e prática processual, tem seus problemas quando enfrenta sistematicamente a realidade e a suas exigências jurídicas.

A idéia central, pois, do presente trabalho é discutir brevemente o pensamento jurídico crítico nacional. Para tanto, depois de organizarmos as bases de sua concretude e epochalidade, sobre estas traçaremos as realidades brasileiras. A partir daí veremos duas críticas ao pensamento crítico: a de Nelson Saldanha, de uma perspectiva, e a de Leonel Severo Rocha, noutra espécie de problematização. Tal debate fecundo, certamente, possibilitará a relação de práxis processual característica de tal pensamento.

Vale assinalar o nosso "parti pris" sobre a criticidade do pensamento que trabalhamos. Nas perspectivas frankfurtiana, 'enquanto crítica' significa para Popper a falsificação de uma hipótese dada, através de dados empíricos que demonstram o contrário ou devido à descoberta de erros lógicos no processo dedutivo, 'crítica', significa para Adorno e os teóricos da Escola de Frankfurt a aceitação da contradição e o trabalho permanente da negatividade, presente em qualquer processo do conhecimento³. Portanto, para nós, "crítica" supera o espectro da razão instrumental do positivismo moderno e se insere na visão dialética da totalidade epistemológica.

2. O pensamento jurídico crítico nacional: suas bases

As bases de um pensamento jurídico crítico nacional são várias. Aqui, todavia, privilegiaremos três delas: a crise da razão moderna, a crise social do Direito e a desdogmatização do pensamento jurídico.

A modernidade ocidental levantou a pretensão de, afinal, depois de longos desvios históricos, levar à efetivação o ideal de uma civilização da razão, de uma civilização que tornasse efetiva a conquista do sentido na vida histórica dos homens. Ora, a experiência específica de nossa epochalidade parece ser uma daquelas experiências que apontam para um absurdo envolvente na vida humana⁴. A crise da modernidade desembocou, nos dias de hoje, numa crise de sentido para a vida humana. Assim, qualquer meditação sobre o sentido passa, hoje, necessariamente, pela crítica da razão moderna.

A relação entre racionalização e reificação, radicalizada por Adorno, na modernidade constitui o processo de racionalização total: o estabelecimento do absurdo enquanto perda de sentido e de liberdade. A razão moderna é marcada por duas dimensões fundamentais: tanto ela significou o desenvolvimento acelerado da rationalidade instrumental, como possibilitou a emergência de uma rationalidade comunicativa (na perspectiva otimista de Habermas que trabalha em contraposição aos efeitos negativos de uma rationalidade instrumental que tende ao monopólio).

O problema da rationalidade moderna não é que ela seja, necessariamente, perversa. É que tende a atrofiar e a destruir a rationalidade comunicativa. A modernidade significa, precisamente, uma intensificação que a história humana antes não conheceu da rationalidade instrumental: rationalidade se tornou sinônimo de instrumentalização, assim que todas as esferas da vida humana foram pouco a pouco sendo anexadas a essa lógica de dominação. O resultado, a longo prazo, desse processo, é o mundo totalmente administrado e robotizado, onde o sujeito coisificado se reduz a peça de uma máquina, cujo funcionamento se rege por imperativos do próprio sistema, independentemente da consciência e da vontade dos sujeitos. Nesse contexto, a alternativa não pode ser a destruição apócrifa da razão por si mesma, mas a recuperação de uma outra esfera da rationalidade, que, também é fruto do processo da modernidade. Pois, embora a práxis comunicativa seja uma dimensão sempre presente na vida humana, só a modernidade tornou possível sua racionalização, à medida que, liberando os sujeitos do peso inibidor das tradições culturais, tornou

¹ Antonio Carlos Wolkmer, *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*, São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 55-7.

² E. Zuleta Puceiro, *Teoría del Derecho: Una Introducción Crítica*, Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 53.

³ Barbara Freitag, *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*, São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 51.

⁴ Cf. a respeito S. P. Hounet, *As raízes do Iluminismo*, Companhia das Letras, 1987.

faticamente possível o processo discursivo, pelo qual os sujeitos tornam conscientes as pretensões de validade implicitamente levantadas no falar. Assim, se pode dizer que a modernidade criou as condições fáticas de possibilidade para a ação autônoma do indivíduo, pois ele não só continua a agir dentro de um horizonte de sentido previamente dado, que lhe fornece uma determinada interpretação da globalidade de sua vida, mas explicitou um procedimento para a acareação crítica das pretensões de validade feitas com relação a três tipos de proposições, que constituem o universo maior de sua racionalidade: as que se referem ao mundo objetivo das coisas, ao mundo social das normas e ao subjetivo das vivências e emoções. Se a racionalização social, realizada estruturalmente na esfera da economia e do Estado, tende a um processo universal de burocratização, a racionalização comunicativa, isto é, a superação de uma aceitação pura e simples de uma interpretação global da vida socialmente induzida, por uma avaliação crítica das pretensões de validade, abre, em princípio, o espaço para as forças emancipatórias da razão.

Para Manfredo de Oliveira, "a razão, que a crítica atual da razão considera absurda, não é razão enquanto tal, mas é, antes, em linguagem hegeliana, o entendimento monológico, centrado no sujeito, voltado intencionalmente ao domínio da alteridade. Nossa modernidade se caracteriza, efetivamente, pela autonomização e primazia desta 'razão encurtada'. A verdadeira crítica não é o suicídio da destruição da razão por si mesma, mas é a crítica do entendimento pela razão, da razão instrumental pela razão comunicativa, não para destruí-la, mas para apontar para a dimensão mais radical e mais abrangente da racionalidade humana"⁶.

Essa mesma relação entre razão instrumental e razão comunicativa está presente na filosofia jurídica. A própria redução real das preocupações filosóficas, substituídas pela estruturação de um discurso técnico, dogmático e redutor, esvaziando de sentido o Direito, é um dado que identifica tal procedimento. Ao mesmo tempo, a crise da razão moderna é seguida de perto pela crise social do direito.

A validade do direito, no seu sentido corrente de sistema normativo regulador de alguns comportamentos humanos em determinada sociedade, não depende do referendo individual de cada um dos sujeitos a quem se

⁶ Manfredo Araújo de Oliveira, "A Crise da Racionalidade Moderna: uma Crise de Esperança", *Síntese Nova Fase*, 1989, 45 (volume XVII), p. 32. Nessa linha ainda, conferir do mesmo autor *A Filosofia na Crise da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 1989. Numa perspectiva mais ampla ver Marshall Berman, *Tudo que é sólido desmancha no ar - A aventura da modernidade*. Trad. de Carlos F. Moisés e Ana Maria L. Toriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

dirige. Todavia, é certo que uma explícita e generalizada falta de aceitação do direito termina por afetar, decisivamente, e de forma negativa, essa mesma validade.

Assim, sustenta Elias Diaz, o meio mais coerente e correto para assegurar a eficácia e, em última instância, a validade mesma do direito, isto é, para lograr uma suficiente aceitação, ainda que "a posteriori", de um ordenamento jurídico, é assegurar essa prévia participação dos cidadãos, destinatários das normas, no processo de criação do direito. Participação-aceitação seriam, dessa maneira, termos nem sempre absolutamente coincidentes, porém dotados de um alto índice de correlatividade, encaminhando o problema central da democracia hoje, cuja raiz está, precisamente, no aperfeiçoamento, ao máximo, dos canais reais de participação nas decisões. A falta de adesão ou de aceitação de um determinado ordenamento jurídico gera, inevitavelmente, a sua própria invalidade e falta de vigência. "Por isso que, a participação geral na legislação e a orientação desta a partir dos interesses comuns, parecem ser um efetivo caminho para garantir o cumprimento do direito, motivado até pela adesão anterior, ideal ético das concepções kantianas, implícita ou explicitamente generalizadas".

Certamente, no caso brasileiro a imbricação entre participação-aceitação é muito problemática. Sendo assim, a realidade jurídica nacional redimensiona as balizas teóricas das teorias do direito. "Na evolução dialética do mundo humano material, psíquico e social, a cada período ou momento histórico corresponde um certo conjunto que se edificam, se estruturam e se extinguem. O ritmo e o grau de dinamismo", defende Wolkmer, "das formas de exterioridade material e social são acompanhamentos pelos padrões valorativos de comportamento e pelos sistemas impostos de 'verdades racionais'. O fenômeno do descompasso entre a especificidade progressiva da existencialidade material e social, e a particularidade móvel dos padrões éticos, culturais e científicos resultam no esgotamento da justificação dos paradigmas históricos-racionais de época".

A crise social do direito aparece nas várias formulações históricas de organização do jurídico na realidade brasileira⁷. Tal crise reconstroi o

⁷ Elias Diaz: *Sociología y Filosofía Del Derecho*. Madrid: Taurus Ediciones S.A., 1979, p. 25.

⁸ Ariosto Carlos Wolkmer, op. cit., p. 97.

⁹ Para aprofundar o que aqui chamamos de "crise social do direito" ver o excelente trabalho de José Geraldo de Souza Júnior, *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1984.

paradigma⁸ próprio das "ciências" jurídicas. Wolkmer afirma que "o paradigma de cientificidade que sustenta o atual discurso jurídico liberal-positivista, edificado e sistematizado a partir do século XIX, está inteiramente desajustado, diante da complexidade de novas formas de produção do capital e das profundas contradições sociais das sociedades de classes. Daí que a perspectiva de crítica, no contexto de um discurso oficialmente inerte, vazio e desatualizado, torna-se extremamente relevante, porquanto a emergência de categorias alternativas de ruptura ao instituído traz o direcionamento da teoria jurídica não só como os reais interesses da experiência social, mas, sobretudo, como autêntico instrumento normativo de implementação das mudanças e das transformações necessárias"¹⁰.

O processo de superação dos dogmatismos presentes na ciência jurídica acompanha a crise social do Direito. A crítica desdogmatizadora advém, principalmente, da relação entre Filosofia do Direito e Ciência Jurídica, permitindo uma abordagem dialética do fenômeno jurídico. Agostinho Ramalho Marques Neto dá, com propriedade, o grau dessa relação: "a Filosofia do Direito é uma parte da Filosofia especificamente voltada para a problemática jurídica. Tal como se dá no relacionamento entre Filosofia e as ciências em geral, a Filosofia do Direito possui um caráter sintético, preocupada com os aspectos integrais da realidade, ao passo que a ciência jurídica se volta principalmente para as características diferenciais do fenômeno, dentro de uma visão mais analítica. Por isso, a Filosofia do Direito não pode deixar de assentar-se sobre a base das proposições jurídico-científicas e de suas aplicações práticas. Entre a ciência e a Filosofia do Direito opera-se um relacionamento dialético em que a segunda toma como ponto de partida para suas indagações justamente as últimas novidades estabelecidas pela primeira, questionando-se e criticando-as e, desse modo, contribuindo para dar-lhes vida, sentido e dinamismo"¹¹. Vê-se, pois, que edificadora na busca do "ser" jurídico.

⁸ Paradigma, no sentido de Thomas S. Kuhn (*The structure of scientific revolutions*, Chicago: The University of Chicago Press, 1962), representa grandes formulações teóricas que servem implicitamente, por um período de tempo, para legitimar problemas e métodos dentro de determinado campo de conhecimento, para gerações de pesquisadores e cientistas. Ex.: a Química de Lavoisier, a Eletricidade de Newton, a Física de Aristóteles, a Física de Einstein, o Jusnaturalismo, o Positivismo fenomenológico, o Positivismo Psicológico etc. Os paradigmas apresentam duas características básicas: (1) são suficientemente inovadores, a ponto de atrair adeptos de outras modalidades de atividade científica; e (2) são suficientemente abertos, permitindo que toda sorte de problemas sejam resolvidos por seus adeptos.

¹⁰ Antonio Carlos Wolkmer, op. cit., p. 98.

¹¹ Agostinho Ramalho Marques Neto. *A Ciência do Direito: Conceito, Objeto, Método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 157-8.

Como obstáculos epistemológicos¹² à abordagem científica do fenômeno jurídico, o Positivismo e o Jusnaturalismo são as correntes que, suportadas por axiomas, configuram-se em ideologia¹³, elaborando seus discursos como se fossem gerados fora da realidade, não permitindo a apreensão do Direito em sua complexidade e dinâmica.

O Positivismo identifica todo Direito com a Ordem estabelecida, dissimulando que, numa sociedade dividida em classes, a ordenação realizada representa interesses, mesmo que não exclusivamente, muito concretos da classe dominante, "de tal modo que a 'ordem' é controle social, dominação política, sujeição ideológica, exclusão cultural, coerção psíquica e física, numa palavra, violência", no dizer de Marilena Chauí¹⁴.

Por sua vez, o Jusnaturalismo concebe o Direito em função de parâmetros idealizados, fixos e imutáveis, fora do movimento social, escamoteando que, em realidade, constituem representações dos valores estabelecidos. Ainda Chauí evidencia que "a crença na positividade do 'lado' é a confiança na imobilidade da 'idéia' fazem com que o positivista e o jusnaturalista percam o movimento pelo qual os dados se cristalizam em conceitos e as idéias em instituições"¹⁵.

A essas alternativas existentes, forja-se um pensamento crítico que tenta superar ("Aufhebung"), a antinomia imobilista das concepções tradicionais. Como toda superação dialética, importa conservar os aspectos válidos de ambas as posições, rejeitando os demais e reenquadramento os primeiros numa visão superior. Para tanto, na compreensão de Alayde Sant'anna, "as condições objetivas vêm sendo criadas pelo avanço das lutas sociais no Brasil, com a organização e mobilização de segmentos populares, edificando-se, na prática, o direito novo, a partir da perspectiva pluralista"¹⁶. A realidade das lutas transformadoras nos mostra a força das classes

¹² No sentido de G. Bachelard que define como um impedimento à produção de conhecimento científico. Para o A., em "La Formation de l'esprit scientifique" (1938), tais obstáculos não se tratam de modo nenhuma de elementos visíveis e conscientes. A contrário, funcionam geralmente, sem que os próprios investigadores tenham consciência dele. "São obstáculos reais, ligados às condições históricas nas quais a investigação científica se efetiva". Ver o desenvolvimento do conceito na ciência jurídica em Michel Mialhe. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Moraes, 1979, p.32-57.

¹³ Ideologia no sentido de "falsa consciência" aqui, apenas um dos vários sentidos de um termo tão polissêmico.

¹⁴ Marilena Chauí. "Da dignidade política do Direito". *Direito e Avesso*, 1982, nº 2, p. 25.

¹⁵ Idem, p. 27.

¹⁶ Alayde Sant'anna. "Por uma teoria jurídica da liberação" in José Geraldo de Souza Jr. (org.), *O Direito Achado na Rua*. Brasília: UnB, 1987, p. 31-20.

populares e, consequentemente, ensina a ver "nos seus valores e na práxis legal do dia-a-dia o germe da nova sociedade. Assim, para utilizarmos a dialética como método de leitura da realidade, devemos discutir essas lutas e suas implicações jurídicas"¹⁷.

O embasamento do pensamento jurídico crítico nacional em torno dos três núcleos discutidos, a crise da razão moderna, a crise social do direito e o processo de desdogmatização da ciência jurídica, determina a convivência relacional de uns com os outros. A própria realização a partir de "crise" estabelece um momento privilegiado de determinação dos vários caminhos possíveis de condução da investigação jurídica. Resgatando a "Krisys" grega ou o ideograma chinês para a expressão, vemos que, na verdade, o termo na sua essência tem uma unidade contraditória. Se de um lado, crise significa perigo, de outro crise significa mudança, potência transformadora e realidade positiva. Tomando, pois, tais bases como pontos de partida para um pensamento jurídico crítico, podemos agora iniciar a leitura das realidades deste pensamento.

3. O pensamento jurídico crítico nacional: suas realidades

As instâncias de reflexão contestatória se firmam utilizando pressupostos epistemológicos distintos. Por isso, não falamos aqui de uma única realidade ou exclusivo movimento jurídico crítico. Ao contrário das visões e realidades, tais reflexões se dão na perspectiva de, a partir de uma interligação pela identificação mínima de alguns elementos comuns, buscar um horizonte plural e em permanente construção. Assim, as abordagens críticas são bem dinâmicas e, por vezes, contraditórias entre si.

O novo pensamento jurídico brasileiro pode ser descrito como composto pelos "críticos revolucionários" e pelos "antidogmáticos reformistas". Reunem-se sem constituir uma "escola" organizada e homogênea. Tal fato, de uma realização incipiente, porém, não pode deixar de considerar os esforços e elaborações no sentido de constituir um corpo teórico mais consistente. Tal movimento assume-se como interdisciplinar, possibilitando um diálogo sério com as outras ciências e com as várias visões do mundo.

Por outro lado, em qualquer análise do Direito como fenômeno cultural, importa identificar sua dualidade dimensional, representada por

¹⁷ Melillo Dinis do Nascimento, "Qual a verdadeira face do Direito?" in José Geraldo de Sousa Jr. (org.), op. cit., p. 64.

uma estrutura lógico-formal interna e por um processo material externo de conhecimento. O espaço interno de validade, abrangido pela Dogmática Jurídica, enquanto parte da normatividade estatal vigente, não se atém ao conteúdo valorativo e critérios de legitimidade, pois restringe-se aos aspectos puramente técnico-formais. Já a especificidade autoquestionada do saber crítico é delineada a partir de critérios externos/extralegais¹⁸. Com isso, a reflexão crítica do Direito desloca-se do nível lógico interno para o processo de conhecimento externo (sociológico-histórico-político), em cujo espaço repensa e desmistifica a própria natureza da ordem legal reinante¹⁹. Somente considerando, de antemão, esta antinomia entre conhecimento jurídico dogmático e saber crítico é que podemos prosseguir na leitura de suas realidades.

Numa possível separação, utilizando-se da epistemologia como demarcação para uma sistematização, trabalhamos com a divisão do Prof. Antonio Carlos Wolkmer: 3.1 Epistemologia do "pluralismo sistêmico-funcional"; 3.2 Epistemologia histórico-social de perspectiva dialética; 3.3 Epistemologia de perspectiva semiológico-psicanalística.

3.1 Epistemologia do "pluralismo sistêmico-funcional"

Esta crítica epistemológica concentra-se em torno dos juristas vinculados à Faculdade de Direito da USP. Como grandes expressões intelectuais temos: Tércio Sampaio Ferraz Jr., idealizador de um funcionalismo jurídico decisório, e José Eduardo Faria, construtor de um estrutural-funcionalismo jurídico multidisciplinar.

Baseado nas teses de Emil Lask, Niklas Luhmann e Theodor Viehweg, Ferraz Jr. trabalha com uma tecnologia de controle e organização das relações de poder com a Ciência Jurídica. Daí a temática central²⁰ desta ciência instrumental contemporânea não é propriamente uma questão de verdade, mas a de realização de um fim, que é a decisão dos conflitos. Ele estabelece os pressupostos de uma teoria política da decisão, cuja perspectiva dogmática é privilegiada em relação à visão zetética. Isto, para ele, não significa sua postura acrítica, priorizando a dogmática (já que esse é o Direito

¹⁸ Nessa linha, Francisco das Chagas Gil Messias, "Os limites do Discurso Crítico nas Escolas de Direito", *Sequência*, 1981, nº 1, p.13-4; e no importante *Introdução ao pensamento Jurídico Crítico*, de Antonio Carlos Wolkmer, já citado, o capítulo referente à "Modernidade da Crítica Jurídica Brasileira".

¹⁹ Cf. Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Abar, 1988.

conhecido e ensinado) para melhor demonstrar suas limitações. A análise da dogmática, portanto, dar-se-á pelo viés zetético.

Ao mesmo tempo, José Eduardo Faria articula Sociologia e Ciência Política, com a Filosofia contemporânea da Ciência Dogmática do Direito, utilizando-se de uma proposta epistemológica estrutural-funcionalista, inspirada em Max Weber, Niklas Luhmann e no próprio Ferraz Jr. Tal abordagem multidisciplinar objetiva analisar a crescente complexidade político-jurídica da sociedade industrial, na dupla perspectiva²⁰ investigatória da legalidade positivista: a) o Direito como estrutura lógico-formal, e b) o Direito encarado como um processo crítico-especulativo. Tais abordagens, para Faria, não são opostas nem excludentes, complementando-se e superando os limites da dogmática tradicional. Desse modo, ele objetiva reconstruir as novas bases racionais do paradigma liberal-legal, viabilizando-o mediante a experiência social e estimulando-o pela eficácia do Direito, utilizando-o como instrumento de modernização, desenvolvimento e transformação social.

Nesse grupo devemos ainda considerar a presença dos professores Celso Fernandes Campilongo, Paulo de Tarso Ribeiro, João Maurício Leitão Adeodato e José Reinaldo de Lima Lopes.

3.2 Epistemologia histórico-social de perspectiva dialética

Enquanto o primeiro grupo concentra-se mais em São Paulo (USP), este segundo é bem espalhado pelo país. Na realidade, resguardando os marcos de produção, representatividade e influência de cada autor, pode-se dizer que as diferenciações nas linhas de investigação surgem sem demasiada rigidez. Assim, podemos reunir: "Humanismo Dialético de raiz neo-hegeliano-marxista": Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Souza Jr., Agostinho Ramalho Marques Neto; "Neomarxismo jurídico como expressão do poder"; Roberto A. R. Aguiar; "Marxismo jurídico ortodoxo": Tarso F. Genro; e "Fenomenologia do normativismo dialético": Luiz Fernando Coelho.

Certamente, Roberto Lyra Filho constitui o pensador mais inovador e radical de toda a experiência epistemológica aqui reunida. No projeto lyriano, a condição da práxis encarada também no sentido dialético, que

²⁰ Cf. José Eduardo Faria, *Sociologia Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*, Rio de Janeiro: Forense, 1984; *Retórica Política e Ideologia Democrática*. Rio de Janeiro: Graal, 1984; (Org.) *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*, São Paulo: Ática, 1989; (Org.) *A crise do direito em uma sociedade em mudanças*. Brasília: UnB, 1988.

ultrapassa a cisão do subjetivo e do objetivo, insere-se nas exigências de uma conjuntura de luta social e de crítica teórica, para a construção de um saber alternativo, naturalmente comprometido com a análise da estrutura social, tendo por objeto a sua transformação racional, sensível à direção do progresso.

Assim, o projeto geral subjacente ao compromisso crítico na formulação de Lyra Filho contém a proposta de um direito novo, elaborado na dimensão dialética de alargamento do campo de compreensão do fenômeno jurídico, para além dos restritos limites de sua captação positivista, até alcançar a realidade de ordenamentos plurais conflitantes, derivados do movimento de classes e grupos sociais em seu aparecer histórico e na afirmação cultural, subcultural e contracultural de seus respectivos projetos de organização política.

Na sua proposta, há a necessidade de uma imbricação poderosa entre Sociologia Jurídica e Filosofia do Direito, resultando em uma ciência jurídica sem dogmas, analítica e crítica ao mesmo tempo, cuja "base de toda dialetização eficaz há de ser uma ontologia dialética do Direito, sem eiva de idealismo intrínseco e sem compartimentos estanques entre a síntese filosófica e a análise da dialética social das normas, em ordenamento plurais e conflitivos e sob o impulso da práxis libertadora"²¹.

Nesse espaço de influência e aproximação reúnem-se também os outros pensadores, com várias diferenciações, aqui reunidos. A inclusão de Luiz Fernando Coelho neste grupo, um professor com um projeto baseado no culturalismo jurídico zetético e numa "teoria crítica" do Direito deve-se não tanto pela sua articulação dialética, mas principalmente por sua preocupação crítica mais recente, com uma certa relevância histórico-social.

Como uma produção orgânica que partilha estas influências a partir do "movimento do direito alternativo", há importantes contribuições como as de Amilton Bueno de Carvalho, Antônio Carlos Wolkmer, Rui Portanova, Jairinho Coutinho, Horácio W. Rodrigues, Néviton Guedes e Edmundo Lima de Arruda Junior, dentre outros.

3.3 Epistemologia de perspectiva semiológico-psicanalítica

O grande pensador deste outro corte epistemológico é, sem dúvida, o argentino-brasileiro Luís Alberto Warat. Na sua obra, ele desenvolve uma epistemologia crítica do Direito tomando a semiologia como principal referencial teórico. Trata-se da conjunção e articulação de diversas formas discursivas do Direito com a perspectiva desmistificadora da linguagem. Na sua evolução teórica, visualiza-se três momentos significativos e não definitivos: a Semiologia Analítica (formação), a Semiologia Política (temporalidade inovadora e afirmação) e a Semiologia dos Desejos (amadurecimento).

Num primeiro momento, Warat repensa o Direito como um discurso de significações que, na lógica de sua unicidade, conjuga a conduta humana, a valoração e a prescrição normativa. Além de integrar uma teoria geral dos signos no espaço diversificado dos discursos instituídos, Warat volta-se para uma crítica lógico-estrutural da Dogmática Jurídica ocidental através da releitura dos principais postulados do normativismo kelsiano.

Num segundo momento do pensamento waratiano, já brasileiro, combate-se o moderno acabouço da Dogmática Jurídica mediante a destruição dos mitos que sustentam o saber jurídico e a desmistificação ideológica da retórica jurídica, tomada como poder condicionante da sociedade. Caracteriza-se, portanto, por um corpo teórico crítico marcado pela politização e pela prática social da afetividade.

Por último, Luís A. Warat, num terceiro momento, não mais reflete, como na Semiologia Política o poder do discurso, mas, como tem feito recentemente, na Semiologia dos Desejos, a relação entre a inscrição do desejo no discurso. Dialoga com Breton, Barthes, Bachelard, Deleuze, Guattari, Lyotard, Castoriadis e Lefort. "Trata-se da culminância e do amadurecimento intelectual imbuído da efervescência criadora, do impacto da audácia, da afetividade mágica, do inconformismo anárquico e da crítica radical da cultura de massas que circunscreve o homem pós-moderno"²².

Vale ressaltar que, com Warat, gestam-se vários "juristas" que trabalham como colaboradores em suas hipóteses, como Leonel Severo Rocha e Agostinho Ramalho Marques Neto (que em outra fase, está bem mais próximo das teses psicanalíticas).

²² Antonio Carlos Wolkmer, op. cit., p. 138.

4. Duas críticas ao pensamento jurídico crítico

Como não poderia deixar de ser, quase que concomitante ao pensamento jurídico crítico nacional, surgem as mais diversas críticas. A crítica da crítica varia do temor ideológico, da desconfiança da solidez teórica, do desconhecimento do jurídico presente no pensamento, à discordância séria e do debate honesto. Nós trabalharemos com o segundo momento.

Dois pensadores de relevância discutem com profundidade o pensamento jurídico crítico: o historicista Nelson Saldanha, do Recife, e o waratiano Leonel Severo Rocha. A partir de pressupostos diferenciados, ambos autores contribuem para o avanço das abordagens críticas, inclusive com um discurso crítico sobre outro discurso crítico. Vale a pena ressaltar a compreensão de Luis A. Warat de discurso crítico e que nós aqui utilizamos. Para ele, "discurso crítico aparece como um processo de intervenção necessária para desenvolver um conhecimento analítico capaz de superar as barreiras do nível alcançado pelas ciências sociais. ... O 'discurso crítico' não pode ter nenhuma pretensão de completude, nem pode pretender falar alternativamente em nome de nenhuma unidade ou harmonia, já que está em processo permanente de elaboração. (...) realiza análises fragmentadas e transformáveis, próprias de um processo de produção de um novo conhecimento científico"²³.

Nesse sentido é que Nelson Saldanha, no seu ensaio "Teoria Del Derecho y Crítica Histórica"²⁴, localiza a penetração "na linguagem justorética de diversas expressões novas, tomadas do jargão da economia e dos economistas, expressões já presentes, em alguns casos na nomenclatura de outras ciências sociais, mais vulneráveis que a do Direito a tais penetrações"²⁵. Para o autor, a bibliografia do marxismo origina modismos que levam a certos desequilíbrios visíveis em alguns setores: "a exageração polêmica, arrastando consigo idiossincrasias e confusões conceituais, se encontra com muita frequência em seus adeptos"²⁶. A crítica desses grupos tende a condenar a dogmática jurídica. Tal procedimento abandona a compreensão real (a-histórica), para Saldanha, do fenômeno da dogmática.

²² Luis Alberto Warat, "O Sentido comum teórico dos juristas" in: José E. Faria (Org.), 1988, op. cit., p. 35-6.

²³ Nelson Saldanha, "Teoria del Derecho y Crítica Histórica". *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1986, nº 2, IV Série - IXIII, p. 238-44.

²⁴ Ibidem, p. 237.

²⁵ Ibidem, p. 238.

Na sua crítica, inclusive ao marxismo, o autor destrona o materialismo fácil e rasteiro que, autoritariamente, não considera as outras posições filosóficas e se pretende como a única não ideológica. O ortodoxismo combatido reduz ao econômico toda a realidade histórica. Para Nelson Saldanha, não se pode falar apenas de ideologia para o pensamento burguês e liberal, excluindo-se desta imagem o pensar "feudal", o "absolutista" e o "socialista".

Ele não descarta a ótica formal como um dos possíveis instrumentos de leitura da realidade jurídica. Certamente, o formalismo logocísta reduz e altera a realidade jurídica, mas não podemos deixar de historicizar, numa perspectiva ampla e cultural onde se possa situar e valorar os distintos "momentos" e os diferentes processos, que fazem inteligível a articulação entre os passados e os presentes, o Direito como experiência.

Concluindo seu artigo, o autor insiste que a negação absoluta do Direito positivo não resolve os problemas da teoria. Tal vazio científico, para ele, pouco resolve a problemática histórica de estabelecer um saber mais próximo da realidade jurídica.

A perspectiva por ele utilizada é, concretamente, uma linha de reflexão que, quando critica o marxismo, não consegue vislumbrar que não existe o marxismo, mas marxismos. Tal fato histórico, melhor explorado após a crise do socialismo real, leva a crer que há bem mais a discutir a partir das fontes marxistas que meramente os manuais do partidão abarrotados do marxismo "puro" e ortodoxo. Talvez em decorrência desta visão, o autor tende a colocar as várias vertentes epistemológicas reunidas no pensamento jurídico crítico, num só plano teórico. Com isso, iguais formulações epistemológicas diferenciadas estruturalmente.

Noutra linha de intervenção no debate, Leonel Severo Rocha, no seu artigo "Crítica da Teoria Crítica do Direito"²⁷, afirma que há duas posturas epistemológicas excludentes e deficientes: a dogmática normativista e a equivocada "teoria crítica do Direito". No caso específico desta última, Rocha distingue duas propostas de "teoria crítica": "a) uma teoria crítica, que pode ser considerada ingênua, que termina mesmo postulando uma epistemologia crítica para obter objetivos opostos; b) uma teoria crítica, de cunho político-social e histórico, que analisa o Direito a partir de suas especificidades político-ideológicas. Ele estabelece a "teoria crítica" como

uma outra forma de saber jurídico competente que se legitima e se impõe como um fundamento científico, mas que acaba incorrendo nas mesmas insuficiências da dogmática positivista. Assim, o autor concebe a "teoria crítica" como uma tentativa velada de se obter o controle político da teoria jurídica positivista dominante. Ao mesmo tempo que denuncia a teoria jurídica positivista, reutiliza as normas estratégicas e epistemológicas²⁸.

Apesar de haver diferenças nos projetos políticos-ideológicos entre as duas abordagens epistemáticas, ambas acabam caindo na vala comum do saber dogmático. Desse modo, constata-se que "... tanto a dogmática como a teoria crítica são pontos de vista epistemológicos que ocultam, sob suas roupagens particulares de ciências, objetivos políticos específicos: conservadores, para a dogmática, e contestadores, para a teoria crítica. Todavia, isto não autoriza a teoria crítica a defender a superação da dogmática jurídica enquanto ciência, inserindo-se na velha polêmica ciência-ideologia. Ou seja, o problema não é a construção de uma nova ciência do Direito, que admita problematizar a sua função social, como se o problema do direito fosse unicamente epistemológico... A questão fundamental é o deslocamento da problemática saber superado (dogmática)/saber moderno (teoria crítica), para a problemática político-social"²⁹. Para Rocha, por conseguinte, o pensar alternativo do Direito já é ideológico desde a sua primeira formulação. Não basta, pois, denunciar o caráter ideológico do direito posto já que este é tão "político" quanto pretende ser o direito crítico.

Tal incursão epistemológica de Leonel Severo Rocha tem vários méritos. A ressalva da pureza ideológica (a mesma crítica que Nelson Saldanha faz) que se pretende é como falar do cisco no olho do outro sem retirar a trava do nosso. Porém, tal perspectiva origina uma crítica, "fragmentada, relativista e niilista da 'teoria crítica', pois aponta e detém-se, superficialmente, em alguns dos seus excessos 'conceitualistas', de sua tendência camouflada de tornar-se outra dogmática e de sua pouca eficácia como prática decisória"³⁰. Não obstante tais problemas, a crítica da "crítica" permite o debate enfibrado e esclarecedor.

Na verdade, a crítica quando presente no debate seriamente, sempre contribui com o avanço teórico. Tanto uma perspectiva quanto a outra estimulam a que outras análises sejam elencadas ao rosto dos estudos

²⁷ Leonel Severo Rocha. "Crítica da Teoria Crítica do Direito". Revista Sequência, 1982, nº 6, p. 132.

²⁸ Idem, p. 133.

²⁹ Idem, p. 133-4.

³⁰ Antonio Carlos Wolkmer e op. cit., p. 52-53.

consistentes e coerentes e que, apesar da diversidade de paradigmas, lançam luzes para iluminar as realidades jurídicas.

Tanto Rocha como Saldanha, porém, tangenciam os eixos epistemológicos das diversas abordagens críticas. Se chamam atenção para problemas importantes, não articulam respostas que dêem conta do conjunto de pretensões dos pensadores críticos. Tais propostas não podem ser menoscabbadas sem a imersão no próprio plano de cada "epistéme".

5. CONCLUSÃO

A nossa tentativa foi de, brevemente, tentar estabelecer no pano de fundo da Filosofia do Direito no Brasil, o papel das várias correntes que determinamos como "o pensamento jurídico crítico". A importância desta tarefa inscreve-se no processo de insurgência das várias propostas reelaboradoras da tradicional ciência jurídica.

Para tanto, iniciamos destacando algumas das bases do pensamento jurídico crítico nacional. A crise da razão moderna, conflitivamente inserida no alargamento da razão, entendida como comunicativa (em contrapartida a uma razão instrumental ou estratégica) é a primeira destas bases. Este alargamento significa a superação do tecnicismo, inclusive na ciência jurídica, reformando os elementos emancipatórios do Direito. Ao mesmo tempo, outra base relevada foi a crise social do Direito. Não só no sentido de ordenamento (no paradigma positivista), quanto no sentido do justo (na vertente jusnaturalista), o Direito enfrenta severa crise de eficácia e legitimidade (com Weber) que o torna instrumento quase que exclusivo de dominação. Completando o tripé por nós proposto, surge o projeto de desdogmatização da ciência jurídica, decisivamente implementado com a tendência moderna de interdisciplinariedade, diálogo constante com as outras ciências, e ainda com a criticidade presente na problematização cerrada da Filosofia do Direito junto à Ciência do Direito.

Num segundo momento, analisamos as realidades do pensamento jurídico crítico nacional. Trabalhando com o corte epistemológico, rapidamente citamos os principais autores e pensadores ligados a cada corrente, com a listagem sintética de seus pressupostos teóricos. Destacamos a "epistemologia do pluralismo sistêmico-funcional", a "epistemologia histórico-social de perspectiva dialética", e a "epistemologia de perspectiva semiológica-psicanalística", usando aqui a organização proposta por Wolkmer.

Por isto, passamos a trabalhar com duas críticas à "crítica". Primeiramente, com o historicista Nelson Saldanha e, depois, com o waratiano Leonel Severo Rocha, discutimos a possibilidade da existência e concretude no campo da filosofia do direito do "pensamento jurídico crítico". Mais que resolver, todavia, tal problemática, estabelecemos a incipiência da abordagem crítica, bem como sua conceituação processual e pluralista.

Todo o nosso esforço é destinado a contribuir para o debate filosófico moderno, que no Brasil tem a cada dia crescido na pauta das investigações científicas dos juristas. A nossa proposta não é reconhecer a firma desta ou daquela corrente, apesar da nossa óbvia parcialidade por uma ou por outra (já que não existe a pretensa neutralidade científica). No nosso pequeno cartório, de realidade polifônica, privilegiamos a dissonância crítica ao invés da harmonia cúmplice.

A intenção é o debate e nele o diálogo. Queremos críticas das mais variadas fontes e pessoas. A ética que buscamos tem como horizonte fundante a alteridade. Do esquerdismo rasteiro ao conservadorismo frequentemente obnubilado, dos progressistas sérios aos liberais decentes (deixo a filiação para cada interessado), e o que mais por aí houver, o desejo é construir uma comunicação onde se possa falar e ser ouvido, escutar e receber, aprender e apreender. No mais, é procurar realizar na história o papel do facilitador das perspectivas libertárias, emancipatórias e democráticas da sociedade. A nossa única pretensão, na certa por nossas limitações, é fazer isto a partir do Direito.

BIBLIOGRAFIA

- BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar - A aventura da modernidade*. Trad. de Carlos F. Moisés e Ana Maria L. Toriatti. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- CHAUÍ, Marilena. "Da dignidade política do Direito". *Direito e Avesso*, 1982, nº 2.
- DIAZ, Elias. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus Ediciones S.A., 1979.
- FARIA, José Eduardo. *Sociología Jurídica: Crise do Direito e Práxis Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Retórica Política e Ideología Democrática*. Rio de Janeiro, Graal, 1984.
- _____. (Org.) *A crise do direito em uma sociedade em mudanças*. Brasília: UnB, 1988.
- _____. (Org.) *Direito e Justiça. A função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- FERRAZ, JÚNIOR, Tércio S. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FREITAG, Bárbara. *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- KUHN, Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.
- LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se Ensina Errado*. Brasília: Edições Nair, 1980a.
- _____. *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980b.
- _____. *Direito do Capital e Direito do Trabalho*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1982a.

- _____. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982b.
- _____. *Pesquisa em que Direito. Hoje?* Brasília: Edições Nair, 1984.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: Conceito, Objeto, Método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MESSIAS, Francisco das Chagas Gil. "Os limites do Discurso Crítico nas Escolas de Direito". *Sequência*, 1981, nº 1.
- MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Moraes, 1979.
- NASCIMENTO, Melillo Dinis. "Qual a verdadeira face do Direito?" in José Geraldo de Sousa Júnior (org.), *O Direito Achado na Rua*, Brasília: UnB, 1987.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. "A Crise de Racionalidade Moderna: uma Crise de Esperança". *Síntese Nova Fase*, 1989a, 45 (Volume xvii).
- _____. *A Filosofia na Crise da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 1989.
- PUCEIRO, E. Zuleta. *Teoría del Derecho: Una Introducción Crítica*. Buenos Aires: Depalma, 1987.
- ROCHA, Leonel Severo. "Crítica da Teoria Crítica do Direito". *Revista Sequência*, 1982, nº 6.
- ROUANET, Sérgio P. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- SALDANHA, Nelson S. "Teoría del Derecho y Crítica Histórica". *Revista Internazionale de filosofia del diritto*, 1986, nº 2, IV Série - LXIII.
- SANT'ANNA, Alayde. "Por uma teoria jurídica de libertação" in José Geraldo de Sousa Júnior (org.). *O Direito Achado na Rua*. Brasília: UnB, 1987.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1981.

_____. (Org.) *O Direito Achado na Rua*. Brasília: UnB, 1987.

ARAT, Luis Alberto et alli. *Temas para uma Filosofia Jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales..., 1984.

_____. "A Procura de uma Semiótica do Poder". *Sequência*, 1981, nº 3.

_____. *A Pureza do Poder*. Florianópolis: UFSC, 1983.

_____. e colaboradores. *O Direito e sua Linguagem*. 2ª Versão. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

_____. *A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos*. Santa Cruz do Sul, FISC, 1985.

_____. *Manifesto do Surrealismo Jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988a.

_____. "O sentido comum teórico dos juristas". In: José Eduardo Farias (org.) *A crise do direito em uma sociedade em mudança*. Brasília: UnB, 1988b.

'OLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

ILEGALIDADE E DIREITO ALTERNATIVO: NOTAS PARA EVITAR ALGUNS EQUÍVOCOS

Luciano Oliveira

Fundação Joaquim Nabuco
(Dept. de Ciência Política)

1. A partir do fim dos anos 70 para cá, num contexto marcado pela combinação de alguns fatores de ordem política (redemocratização do país), social (aparecimento dos chamados "novos movimentos sociais") e econômica (miserabilização crescente das já depauperadas massas brasileiras), começou a aparecer e a se espalhar nos círculos acadêmico-universitários ligados ao direito, sobretudo nos segmentos jovens, a chamada perspectiva "crítica", a qual, sem chegar a ser uniforme, é marcada por alguns traços comuns que percorrem as suas várias tendências. Entre esses traços, os mais constantes e salientes são a crítica ao jusnaturalismo clássico e ao positivismo normativista dominante nas escolas de Direito. Como pano de fundo — ou, talvez melhor: como horizonte de sentido, a perspectiva crítica aparece comprometida com o projeto de construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

O movimento crítico ostenta hoje — inícios dos anos 90 — uma continuidade e uma permanência que permitem apontar para algo além de um simples modismo. E, ainda que correndo um tanto à margem da postura jurídica tradicional dominante, ele já penetrou em espaços institucionais e já conta com uma produção bibliográfica relevante, de modo a indicar que já não se trata propriamente de um movimento marginal. Grupos como o dos Magistrados Gaúchos ligados à Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), ou o Grupo de Trabalho "Direito e Sociedade" vinculado à Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), ou ainda o Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos,

da UNB; realizações periódicas como os Encontros Nacionais da "Nova Escola Jurídica"; publicações, mesmo afetadas pela intermitência, como a *Contradogmáticas*, *Sequência*, *Direito e Avesso*; ou ainda os inúmeros títulos lançados nos últimos anos pela Editora Acadêmica, de São Paulo, e por Sérgio Antônio Fabris, em Porto Alegre — para dar apenas alguns exemplos (para um panorama completo, ver Wolkmer, 1991: passim) —, configuram, todas essas experiências e realizações, sinais de uma vitalidade que, aparentemente, longe está de se exaurir.

Mas o movimento crítico, apesar dos seus traços comuns, não é um monobloco. No meu modo de ver ele abriga — ainda que correndo o risco da simplificação que toda classificação encerra — pelo menos três tendências. Ocupando os pontos extremos do espectro, temos, de um lado, o que se chama "crítica do direito" *stricto sensu*; do outro, o chamado "uso alternativo do direito". A "crítica do direito", de origem francesa, aparece e se difunde no Brasil sobretudo através do contra-manual de Michel Mialle, *Uma Introdução Crítica ao Direito*, publicado na França em 1976 e que teve uma extraordinária divulgação entre nós através de sua edição portuguesa (Mialle, 1979). Herdeira da análise materialista de Pashukanis e contemporânea do anti-humanismo teórico de Althusser, a "crítica do direito" de Mialle — pelo menos como era praticada nos anos 70 — adotava uma perspectiva escatológica cujo limite era, no fim das contas, o fim do próprio direito. Já o "uso alternativo do direito", cuja aparição remonta aos anos 60 na Itália através dos trabalhos de juristas como Pietro Barcellona e Giuseppe Cotturri, tem ambições políticas e epistemológicas mais modestas. O seu objeto é o de "propor, diante da dominação e da conservação do Direito burguês-capitalista, a utilização do ordenamento jurídico vigente e de suas instituições na direção de uma prática judicial emancipadora, voltada aos setores sociais ou às classes menos favorecidas" (Wokmer, 1991:66).

Menos hard do que a "crítica do direito", mas também menos soft do que o seu "uso alternativo" — que propõe mudanças por assim dizer pelo alto, através de juízes comprometidos com a mudança social —, surge uma terceira tendência que vem se afirmando, ao longo dos anos 80, como hegemônica no Brasil e mesmo na América Latina de um modo geral. Ela se apresenta pelo menos sob três designações: "Nova Escola Jurídica" (Lyra Filho, 1982), "Direito Insurgente" (Pressburger, 1987-1988), ou, como é mais conhecida atualmente, "Direito Alternativo", designação que, ao que tudo indica (Nascimento, 1991:16), remonta a proposta do jurista colombiano Jesús Antonio Muñoz Gómez (Gómez, 1988:58).

Essa terceira vertente difere da "crítica do direito" na medida em que

não desconsidera como uma simples astúcia da razão capitalista as conquistas sociais já inscritas no ordenamento jurídico — tendência presente nos trabalhos de Mialle dos anos 70; mas também marca sua diferença em relação à vertente do "uso alternativo", por considerar que se trata, na perspectiva dos dominados, não simplesmente de explorar a seu favor os direitos já consagrados, mas sobretudo de inscrever novos direitos a partir da perspectiva dos próprios dominados. A análise crítica de algumas posições dessa tendência — por assim dizer, pela base... — constitui o objetivo central deste pequeno ensaio.

2. A visão que tem o "Direito Alternativo" sobre o fenômeno jurídico acompanha, de um modo geral, a interpretação canônica do marxismo sobre o direito: em cada etapa histórica, o ordenamento positivo cristaliza os interesses dos dominantes, contra os quais os dominados, através das suas lutas, vão cristalizando valores e princípios jurídicos próprios, os quais, um dia, tenderão a tornar-se um novo ordenamento. É verdade que, no contexto libertário dos anos 80, o binômio dominante-dominado já não é inteiramente recoberto pelo binômio burguesia-proletariado, havendo lugar para reivindicações plurais não absorvíveis pela contradição principal entre o capital e o trabalho. Roberto Lyra Filho, por exemplo, sem dúvida um dos autores mais sensíveis às questões individuais, recusa a "identificação imediata de opressor e explorador", pois, para ele, a opressão não pode ser vinculada apenas à cisão classista, mas também "à grupal (grupos étnicos, religiosos, sexuais e assim por diante)" (Lyra Filho, 1984:23).

De qualquer forma, o vetor que aponta no sentido do novo direito segue o movimento ascendente dos que estão sendo explorados e oprimidos. Mellilo Diniz do Nascimento, discípulo de Lyra Filho, fala do novo direito que "nasce do povo", do direito como um "projeto-processo histórico de pé-no-chão"; e explica: "Tal expressão não deseja resgatar apenas o realismo e a prática social necessária para as nossas reflexões. Além de combater o nefelibatismo reinante nas ciências jurídicas dos seguidores de Kant e Fichte, a expressão 'pé-no-chão' quer caracterizar os sujeitos históricos que realizam o direito enquanto a busca de (novos) direitos: as classes populares, os trabalhadores urbanos e rurais, as minorias raciais, sexuais e culturais, os marginalizados, miseráveis e todos aqueles que, de pé-no-chão, e quase sempre com o pé-no-chão, tentam lutar para que a sociedade seja mais justa e igualitária" (Nascimento, 1991:26). Numa palavra, "os movimentos sociais vão — segundo Miguel Pressburger — desvendando o Direito" (1987-1988:1). Nada mais típico dessa perspectiva, aliás, do que o Curso de Extensão Universitária à Distância promovido pelo Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos da UNB, e que se chama, precisamente, "O Direito

"Achado na Rua" (Souza Júnior, 1987).

Mas é no momento de articular essa perspectiva de base (estou utilizando essa expressão sem nenhuma intenção pejorativa) com a crítica à estratificação social consagrada no ordenamento em vigor, que esses autores, a meu ver, derrapam com frequência em dois tipos de equívoco: um que chamariam de adjetivo, pois que tem a ver com a dimensão formal do direito, e outro que chamariam de substantivo, pois que diz respeito aos sujeitos históricos que teriam uma legitimidade *a priori* para definir o seu conteúdo. Ambos, naturalmente, estão muito ligados nas suas causas — mas vamos por partes.

3. O equívoco adjetivo aparece quando os autores ligados ao "Direito Alternativo" criticam o formalismo — ou seus correlatos: positivismo, normativismo etc. — dos juristas. Não raro, essas críticas partem para uma condenação global dos princípios que informam a tradição jurídica iliberal-occidental na qual o Brasil se insere. Vejamos alguns exemplos: para Miguel Pressburger, "o Direito estatal está envelhecido, imprestável, irreversivelmente esclerosado" (1987-1988:1); Edmundo Lima de Arruda Jr. considera que, no "contexto da monopolização transnacional", tornam-se "caducos princípios basilares do liberalismo jurídico" (1991:7); Antônio Carlos Wolkmer propõe "um projeto jus-filosófico que revele (...) o rompimento com a racionalidade tecno-industrial e com o positivismo jurídico europeu" (1991:36); já para Ciémerson Merlin Cléve, a teoria do uso alternativo do direito, "conquanto admita a norma estatal como ponto de partida para a elaboração do discurso jurídico, nega terminantemente todos os postulados do positivismo" (1991:119) — e assim por diante.

O equívoco decorre do fato de que, talvez por força da vocação necessariamente militante desses textos, os autores ligados ao "Direito Alternativo" costumam não considerar com a devida atenção algumas diferenciações importantes que existem no interior do próprio ordenamento jurídico oficial, o que faz com que a crítica em bloco seja uma operação a mais das vezes temerária. A que diferenciações nos referimos? Consideremos apenas — para ficar com alguns exemplos ligados ao tema dos direitos humanos — a clássica diferenciação existente entre direitos civis e políticos, de inspiração liberal, e direitos sócio-econômicos, de inspiração socialista.

Ora, o discurso crítico, ao não fazer essa diferenciação, opera, a meu ver, uma confusão perigosa entre demandas sócio-econômicas não atendidas pelo direito positivo — e daí as críticas ao positivismo dos juristas — e direitos civis e políticos teoricamente protegidos por esse mesmo direito —

ainda que, na prática, sabidamente desrespeitados quando se trata de fazê-los efetivos em relação às classes populares. Mas as duas situações estão longe de ser idênticas, na medida mesma em que, em relação às demandas sócio-econômicas, trata-se de criar novos direitos, enquanto que em relação aos direitos civis e políticos trata-se, ao contrário, de fazê-los respeitar. Nesse caso, não é possível negligenciar o formalismo que o respeito desses direitos implica. Mas de onde viria essa confusão? No meu modo de ver, ela vem da própria enormidade da questão social entre nós, da sua urgência e do seu peso avassalador, o que faz com que o jurista crítico sinta-se primordialmente comprometido com ela e, assim, tenda a ser, na sua própria epistemologia, por ela capturado. Vejamos um exemplo.

Um dos referenciais empíricos mais constantes nos autores ligados ao "Direito Alternativo", é a questão da terra. Essa questão aparece com relevância, por exemplo, na "Proposta do Instituto Jurídico Popular", do Rio de Janeiro, no projeto "O Direito Achado na Rua", da UNB — e assim por diante. E, num país como o nosso, onde imperam um capitalismo selvagem e uma estrutura fundiária — rural mas também urbana — iníqua, não poderia ser diferente. Entre nós, com efeito, desde o trabalho pioneiro de Boaventura Santos numa favela do Rio de Janeiro a que ele deu o nome fictício de "Passárgada" (1974), passando pela investigação de Joaquim Falcão já nos anos 80 sobre invasões de terrenos urbanos no Recife (1984), e chegando até o trabalho mais recente de Alexandrina Sobreira de Moura sobre a legalização dessas posses (1986, 1990), a questão da luta pela terra como o fulcro de um novo direito — o direito de morar —, constitui um tema recorrente.

Aparece, aí, aquilo que a literatura sócio-jurídica denomina de "pluralismo jurídico", conceito posto em voga entre nós a partir do trabalho de Boaventura Santos já mencionado. Como exemplifica Miguel Pressburger, "O movimento social, em muitos casos, conseguiu encontrar formas organizativas não tradicionais, para encaminhar suas necessidades e anseios. A insuficiência, e mesmo impossibilidade das formas 'legais', levou à criatividade das comunidades de moradores, de posseiros rurais, de favelados, etc" (Pressburger, 1987-1988:3). Esses casos esclarecem as razões pelas quais o discurso crítico assume tão frequentemente uma postura anti-legalista (ou anti-positivista, anti-normativista, etc.), pois as justas e naturais aspirações dos "sem-terra", favelados, "invasores" etc., são frustradas pelo direito fundiário em vigor no país, o qual, evidentemente, não aceita a necessidade de morar como uma das formas de aquisição da propriedade...

Mas generalizar a postura anti-legalista é não levar em conta a

dimensão dos direitos civis e políticos acobertados no ordenamento jurídico. Pensemos, por exemplo, em direitos como os seguintes: não ser discriminado na sua dignidade humana, não ser arbitrariamente preso, não ser torturado, não ser sumariamente condenado e, pior ainda, executado, etc. Em relação a tais direitos não há, ao que me parece, outra postura possível que não seja o mais intransigente legalismo. Até porque, operacionalmente falando, indagamos: como fazer valer princípios como o da reserva legal, da irretroatividade das leis, da inimputabilidade penal dos menores etc., senão adotando o mais rigoroso formalismo? É aqui, face a essa outra dimensão dos direitos civis e políticos inscritos no ordenamento oficial, que se situa a nossa crítica àquilo que chamamos de equívoco substantivo.

4. A nossa crítica reporta-se ao fato de que os autores ligados ao "Direito Alternativo", ao não diferenciarem entre direitos sócio-econômicos e direitos civis e políticos, parecem também assentar nas experiências dos grupos populares a fonte dos novos direitos do segundo tipo. Mas nesse caso eles podem estar, de fato, dando cobertura teórica à injustiça. Isso ocorre quando formas populares de criatividade legal envolvem já não direitos sócio-econômicos — dos quais o de morar seria um dos mais legítimos e sagrados —, mas práticas ilegais que ofendem os chamados direitos e garantias individuais. Ocorre que, no primeiro caso, o direito insurgente que se afirma na luta pela moradia, contrariando o direito de propriedade inscrito no ordenamento positivo, é portador de uma demanda de justiça que encontra eco na própria consciência mundial inscrita até na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 25). Já no que se refere às práticas para-legais — quando não francamente ilegais — relacionadas aos direitos e garantias individuais que as comunidades populares desenvolvem na experiência dura e miserável do seu dia-a-dia, dificilmente encontraremos o mesmo grau de justiça e de legitimidade. Nesse caso, a impressão que dá a leitura de alguns autores ligados ao "Direito Alternativo" é a de que o conceito de pluralismo jurídico é às vezes operado sem a devida atenção aos perigos da derrapagem...

O próprio Miguel Pressburger, por exemplo, referindo-se a esses fenômenos, diz: "Essas culturas paralelas, por imperarem nas favelas, nas invasões, nos subúrbios, não raro são imputadas de se basearem em normas impostas pela delinquência. Sem querer agora aprofundar a discussão, apenas indagamos se aquele ordenamento não foi criado e aceito por ser adequado e eficiente; por melhor levar em conta as relações sociais vigentes; (...) por se basear em padrões outros que o de meramente assegurar a reprodução do modo de produção capitalista" (1987-1988:5). Pressburger parece estar advertido da duvidosa justiça dessas "culturas

paralelas", tanto que faz referência aos que as criticam mas diz não "querer agora aprofundar a discussão". Mas é juntamente isso que é preciso fazer.

Ocorre que, em muitas de suas manifestações, o direito da favela, longe de significar uma práxis libertadora, cristaliza ao contrário práticas de dominação que vão de encontro à própria noção de direitos humanos herdeira do Iluminismo; vão de encontro àquilo que, em linguagem kantiana tantas vezes acusada de nefelibata, costuma-se chamar de "maioridade do homem". Do homem mas também das mulheres, em relação às quais o tratamento muitas vezes reservado é o que consta do depoimento de um trabalhador favelado dado ao próprio Pressburger: "lá onde a gente mora, e eu acho que em todas as comunidades, tem também regras de bem viver, que são as nossas leis, senão, ia ser cada um por si e Deus por ninguém. Só que essas leis, ninguém escreveu, não foram publicadas no Diário Oficial, mas que todo mundo acaba conhecendo e respeitando. Quer ver só uma? Pode até parecer brabeza, mas faz parte da vida da gente. O marido que pega a mulher com outro, pode entupir ela de porrada e ninguém se mete..." (Pressburger, 1988:12).

Um outro autor, Wilson Ramos Filho, parece conscientemente abrir mão de qualquer cautela e termina caindo num sociologismo perigoso. Diz ele: "não há contradição entre o que alguns chamam de 'uso alternativo do direito' e outros de 'direito alternativo'. Desde o *Vampiro de Dusseldorf*, de Fritz Lang, sabemos que os grupos sociais produzem não só uma ética, mas também um direito alternativo à margem do direito estatal. E, sempre, os advogados procuraram usar o direito estatal no sentido dos interesses de seus clientes. Ou seja, tanto no filme de 1936, quanto na prática forense, a alternativa estava presente. A 'novidade' no caso está no caráter classista de tal opção: usar o direito estatal no interesse das classes populares e valorizar o direito alternativo que é produzido pelas mesmas, à margem do direito estatal" (Ramos Filho, 1991:157).

É simplesmente de cair o queixo (a menos que se trate de uma fina ironia à la Swift, que recomendava aos pobres comer os próprios filhos para matar a fome) o exemplo escolhido pelo autor para ilustrar sua concepção de direito alternativo. Como se sabe, o "direito" presente no filme de Fritz Lang é o de uma comunidade de bandidos que vive numa relação de corrupta cumplicidade com a polícia. Quando aparece o *Vampiro*, um assassino de crianças, a boa sociedade começa a exigir da polícia mais eficiência e menos corrupção, o que termina por perturbar a boa convivência entre os bandidos e a polícia, obrigada a fazer incursões no baixo mundo. Então a própria comunidade de bandidos, prejudicada pelos excessos do *Vampiro*, encena

um julgamento onde ele é considerado culpado e passa ela também a perseguí-lo!

A verdade é que, seja essa conclusão simpática ou não, julgamentos populares realizados no interior de comunidades brutalizadas pela miséria costumam aplicar a lei de Charles Lynch: o veredito é, muitas vezes, linchamento. E essa caricatura de "Direito Alternativo" está em vigor hoje em dia no Brasil. Segundo dados recentes publicados na revista *Isto É* (16.06.91), no Estado da Bahia, capital nacional do linchamento, só em 1990 ocorreram 94 casos desse tipo. Título da reportagem: "Justiça do Porrete"... Como era de se esperar, essa justiça sumária reproduz as iniquidades mais tristes da sociedade brasileira: "O linchado típico é pobre, negro ou mestiço". A mesma revista, há alguns anos atrás, reportando um caso de linchamento ocorrido num bairro da periferia de São Paulo, resumia todo o processo no título da matéria: "A Multidão Vota, Condena e Mata" (*Isto É*, 11.04.84).

Nessas circunstâncias, parece uma desatenção eleger, como o faz Antônio Carlos Wolkmer, "as massas não-organizadas" do nosso caos urbano como um dos "novos sujeitos históricos" que estão constituindo o novo direito (Wolkmer, 1991:44). Desatenção porque, tenho certeza, nenhum dos autores ligados à perspectiva do "Direito Alternativo" — por seu engajamento na construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, por sua militância em favor dos direitos humanos, etc. —, compartilha o sentimento hoje em dia tão presente no imaginário popular brasileiro a favor dos esquadrões da morte, dos "justiceiros", das execuções sumárias — numa palavra, do porrete. Como disse certa feita Jaques Broyelle, antigo maoísta francês que viveu a experiência da revolução cultural e seus enraivecidos guardas vermelhos, "Basta assistir a um processo popular para aquilar a importância das liberdades formais, de um advogado, do Estado de direito, da separação dos poderes" (in Hamon e Rotman, 1988:551).

Ou seja: o formalismo do direito, tão sumariamente maltratado pela literatura crítica, não é apenas — ainda que também o seja — o avalista de um direito de propriedade injusto; ele é também a possibilidade — pelo menos a possibilidade — da efetivação dos direitos e garantias individuais: não ser arbitrariamente preso nem condenado, não ser torturado, não ter a sua casa invadida a qualquer hora da noite, etc. Os teóricos do "Direito Alternativo", enquanto intelectuais que são, não podem se colocar simplesmente a reboque do "movimento social", demitindo-se da faculdade crítica que lhes é própria. É preciso desconfiar da evidência de um "direito vivo" mais autêntico e justo do que o direito estatal. A antropóloga americana Laura Nader, criticando a visão muitas vezes ingênua que opõe um direito

oficial opressivo contra um direito local libertador, adverte: "Isso não quer dizer que todos os nativos acreditem que o direito local é justo e que o direito nacional é opressivo e inescrupuloso; provavelmente os negros do sul dos Estados Unidos não pensariam assim" (Nader, 1975:154). Muito provavelmente, a mulher da comunidade favelada que o marido pode "entupir de porrada" também não pensaria assim...

5. Algumas palavras para concluir. Pertence ao "novo filósofo" francês Bernard-Henry Lévy a expressão "entropia do pensamento", que ele define assim: "Nossa tendência natural nos empurra para os estereótipos, para os slogans". E arremata: "O escritor ou o intelectual deve resistir a esse movimento natural" (Lévy, 1987). Mesmo longe de considerar que a pronunciada tendência, presente nos autores ligados ao "Direito Alternativo", de valorizar as necessidades, expectativas e práticas dos dominados na crítica que fazem ao ordenamento jurídico, releve de um simples estereótipo ou seja a mera repetição de um slogan, a minha intenção neste texto foi a de chamar a atenção para alguns equívocos ou, talvez, alguns julgamentos apressados em que esses autores incorrem com frequência. Como sugeriu, talvez tudo não passe de derrapagens de linguagem. Mas, nesses assuntos, convém nos precavermos contra os perigos da entropia...

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA JR., Eduardo Lima de. "Apresentação", in ARRUDA JR. (org.), *Lições de Direito Alternativo*, São Paulo, Acadêmica, 1991.

FALCÃO, Joaquim de Arruda, "Justiça Social e Justiça Legal", in FALCÃO (org.), *Conflito de Direito de Propriedade*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

GOMÉZ, Jesús Antonio Muñoz. "Reflexiones sobre el Uso Alternativo del Derecho", in *El Otro Derecho*, Bogotá, ILSA-TEMIS, 1988, n.1.

HAMON, Hervé e ROTMAN, Patrick. *Génération - vol. 2: Les années de poudre*, Paris, Seuil, 1988.

LÉVY, Bernard-Henry. Entrevista à revista *L'Événement du jeudi*, Paris, 16 a 22 de abril de 1987.

LYRA FILHO, Roberto. "A Nova Escola Jurídica Brasileira", in *Direito e Avesso*, Brasília, Nair, 1982, n.1.

—. *Pesquisa em que Direito?*, Brasília, Nair, 1984.

MERLIN CLÈVE, Clémerson. "Uso Alternativo do Direito e saber jurídico alternativo", in ARRUDA JR. (org.), op. cit.

MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*, Lisboa, Moraes Editores, 1979.

MOURA, Alexandrina Sobreira de. *Legalization of Urban Land and Legal Changes*, Madison, Universidade de Wisconsin, 1986.

—. *Terra do Mangue: invasões urbanas no Recife*, Recife, Massangana, 1990.

NADER, Laura. "Forums for Justice: a cross cultural perspective", *Journal of Social Issues*, vol. 31, n. 3, 1975.

NASCIMENTO, Mellilo Diniz do. *Elementos para uma Hermenêutica Jurídica Popular*, Recife, 1991, mimeo.

PRESSBURGER, Miguel. *Direito Insurgente - Anais de Fundação do Instituto Apoio Jurídico Popular*, Rio de Janeiro, AJUP, 1987-1988.

—. *Um Trabalhador fala: o Direito, a Justiça e a Lei*, Rio de Janeiro, AJUP (Coleção "Socializando Conhecimentos" n.5), 1988.

RAMOS FILHO, Wilson. "Direito Alternativo e Cidadania Operária", in ARRUDA JR. (org.), op. cit.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Law against Law*, México, Centro Intercultural de Documentación, Caderno n. 87, 1974.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O Direito Achado na Rua*, Brasília, UNB, 1987.

WOLKMER, Antônio Carlos. "Contribuição para o projeto da Juridicidade Alternativa", in ARRUDA JR. (org.), op. cit.

CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Silvio Neves Baptista

(*Advogado, Professor de Direito Civil*

da Faculdade de Direito do Recife.

Membro do Instituto de Advogados

Brasileiros e do Instituto dos

Advogados de Pernambuco)

§ 1º Introdução

Sabe-se o quanto é necessário a um país em desenvolvimento estipular com precisão as regras sobre as transferências de tecnologia, as quais, ao lado de um conveniente controle estatal, devem estabelecer a rigorosa seleção da técnica estrangeira, de modo a permitir que a sua aquisição promova à economia nacional o maior rendimento possível¹.

A importância tecnológica pode dar-se através da própria empresa detentora do *know how*, por seus escritórios no estrangeiro, filiais, sucursais, ou na modalidade muito frequente, por meios de contratos celebrados entre uma empresa que se obriga a transmitir seus conhecimentos técnicos e outra que se compromete a receber esses conhecimentos mediante as condições que estabelecem.

¹ O Decreto nº 2343 de 21 de setembro de 1973 que regulamentou os Contratos de Tecnologia na Espanha, justifica no seu preâmbulo, segundo a tradução inglesa, que "the international transmission of technology, carried out in the form of agreements, has undergone considerable development over the last few decades, since no country, not even the most highly developed, is technologically self-sufficient, as is shown by the world growth and the origin-destination pattern of the figures for invisible transactions of this type."

Segundo publicação oficial da ONU sob o título *The Role of Patents in the Transfer of Technology to Developing Countries*, de acordo com as conclusões condensadas por IGOR TENÓRIO² "o propósito básico de uma análise econômica e legal sob a ótica dos países em desenvolvimento, é saber se o sistema de patentes pode desempenhar um papel útil em encorajar a transferência da tecnologia para os países em vias de desenvolvimento e em contribuir para o seu desenvolvimento econômico; se o sistema é um veículo apropriado para acomodar a gama de interesses envolvidos, do inventor, em sua criação; o interesse social de encorajar a invenção; o interesse do consumidor em gozar dos frutos da invenção contra condições corretas e razoáveis e o interesse nacional de acelerar e promover o desenvolvimento econômico do país".

Entretanto, conforme comenta mais adiante o mesmo autor, "as patentes, contratos de assistência técnica e itens conexos são, para todos os países pobres pesados encargos na balança de pagamentos, capazes de drenar boa parte dos benefícios da introdução das inovações tecnológicas estrangeiras. De acordo com o citado relatório, "sacrifícios financeiros indevidos podem aparecer não somente sob a forma de royalties excessivos, mas também nos excessivos preços pagos por materiais ou componentes ou por serviços de técnicos obtidos dos detentores de patentes, em retorno ao uso de suas patentes ou por seus serviços técnicos ou indevidamente altos preços de gerência."

§ 2º A criação de novas formas contratuais

As obrigações que nascem dos negócios jurídicos são muito mais frequentes do que as que resultam diretamente da lei, donde se infere que as normas jurídicas elaboradas pelas pessoas para os casos específicos são em número muito mais elevado do que as normas de caráter genérico e abstrato, ditadas pelo poder legislativo competente.

Modernamente se admite que as normas jurídicas criadas pelos indivíduos para regulamentação de casos concretos podem vir inseridas em negócios nominados, tipificados em lei, ou em negócios inominados, não enquadrados nas categorias legais já existentes. Nas culturas jurídicas da antiguidade prevalecia o princípio de que quando o acordo ou convênio não

² IGOR TENÓRIO, *Nova tecnologia pede renovação do Direito*, publicado na Revista de Direito Civil nº 10, Ano 3, out a dez-79, pags. 199 a 201 cf. ainda PHILLIPPE LE TOURNEAU, *L'Évolution des Rapports Contractuels dans les Transferts de Technologie*, pág. 153, in *Aspects Contemporains du Droit des Affaires et de L'Entreprise. Études à La Mémoire du Doyen Pierre Azard*, Editions Cujas, Paris, 1980.

chegava à categoria de contrato consensual, inexistia ação para exigir seu adimplemento³. A hipótese se processava à semelhança do que acontece hoje com as obrigações imperfeitas, as quais conquanto imponham deveres às partes, não podem ser exigidas em juízo por meio de ação (v. g. dívidas prescritas, dívidas de jogo e aposta não oficializadas). Porém no direito romano, já no inicio do período clássico⁴, a parte prejudicada que cumpria a sua prestação sem obter a contraprestação, podia recorrer a uma das seguintes medidas: a *conditio ob causam datorum*, mediante a qual o requerente pleiteava a restituição da coisa que entregara à outra parte, e a *actio de dolo*, através da qual o autor obtinha uma indenização se a coisa não podia ser restituída ou ainda se o dever consistia num *facere*⁵.

A doutrina atual admite pacificamente a tese segundo a qual, no tocante à exigibilidade da conduta, é indiferente se o negócio elegido pelas partes tenha sido tipificado ou não, pois a ordem jurídica acata e faz respeitar as determinações que os indivíduos reciprocamente estabeleceram, tal como protege as prerrogativas que decorrem das normas gerais promulgadas pelos poderes competentes. Os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade, consagrados pelas legislações facultam a qualquer sujeito a escolha da categoria contratual que convenha aos seus interesses legítimos, bem como a eleição das cláusulas que normatizem o negócio jurídico escolhido ou criado pelas partes⁶.

³ FRITZ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, tradução da edição inglesa de José Teixeira, pág. 500, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1980.

⁴ JOSE CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, vol. II, pág. 222, Forense, Rio, 1980.

⁵ Conforme fragmento de PAULO, constante no Digesto 19.5.5, essas convenções são classificadas em quatro grupos: do ut des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias - "In hac quaestione totius ob rem dei tractatus inspicit potest: qui in his competit speciebus. Aut enim do ibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut facias; in quibus quaeritur, quae obligatio, quae obligatio nascatur. Cf. ainda: P. BONFANTE *Istituzioni di Diritto Romano*, pág. 485, 6ª edição, Casa Editrice Doit. F. Vallardi, Milano, 1917; R. SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. espanhol de W. ROCES, pág. 223, México, 1975; VANDICKL, DANOBREGA, *História e Sistema do Direito Privado Romano*, pág. 421 Editora Freitas Bastos, Rio, 1959; SILVIO MEIRA, *Instituições de Direito Romano*, Vol. 02, pág. 387, 4ª edição, Ed. Max Limorad, São Paulo, 1971; ADALÍCIO NOGUEIRA, *Introdução ao Direito Romano*, vol. 02, pág. 153, ed. Forense, Rio, 1971.

⁶ Sobre a diferença entre os princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade escrevemos certa vez: "Enquanto o princípio da liberdade contratual (como parte da liberdade de negociar) compreende a escolha do tipo de contrato ou a criação de nova espécie, desde que não afete os limites impostos pelo direito, o princípio da autonomia da vontade consiste no fato do indivíduo livremente eleger as cláusulas do negócio jurídico bilateral (ou do negócio jurídico unilateral). Nesse sentido, dentro dessa fixação terminológica, pode haver o exercício da liberdade contratual sem o princípio da "autoregramento" da vontade, quando, por exemplo, há um absoluto "dirigismo" contratual, onde toda a liberdade da parte reside em contratar ou não, ou ainda, quando "o espaço deixado à vontade fica sem relevância para o direito". Todavia, a reciprocidade não é verdadeira, pois não pode existir autonomia da vontade sem antes ter havido liberdade contratual (ou pelo menos a liberdade de negociar, quando se trata de negócio jurídico bilateral). Ambos os princípios prendem-se à faculdade de manifestar "a vontade com eficácia vinculante" (cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, T. III, § 254, 1, pág. 54 e § 257, 2 pág. 63, Ed. Borsig Rio, 1954.) Eles quase sempre estão intrinsecamente ligados, mas daí, não se conclua pela identificação dos conceitos" (SILVIO NEVES BAPTISTA, *Da Retrovenda*, pág. 11, Expansão Gráfica, Recife, 1964).

Aos poucos se foi quebrando a ortodoxia dos "contratos catalogados", rompendo-se a resistência que os autores por vezes imputam ao surgimento de novas categorias contratuais, sob a injustificada suspeita de que a criação de novos tipos poderia representar manifestações da crise de contrato⁷. Chegou-se à conclusão exatamente oposta de que em lugar de constituir sinal de uma imaginária "crise", a formação, de novos tipos era indicio da vitalidade contratual e de uma ilimitada capacidade do contrato em adaptar-se às situações que o mundo moderno impõe.

Escreveu P. HERNANDEZ ESPARZA⁸ que "la idea de contrato se emancipa y pasa a ser un esquema genérico, una categoría abstracta en que predominan el elemento consensual, capaz de acoger en sí todas las figuras concretas creadas por la voluntad de las partes. El sistema contractual moderno conoce, no únicamente de tipos definidos o fijos, sino que acoge todos aquellos acuerdos, tengan o no un nombre específico, y son tantos cuantos puedan ser los acuerdos entre dos o más personas, que tengan por objeto vincular una persona a otra y adquirir esta un crédito contra aquélla, o bien un crédito reciproco y que se celebren por la exigencia de la infinita variedad de las necesidades humanas y de los cambios."

Realmente, as formas contratuais tipificadas nem sempre se amoldam aos interesses dos indivíduos, os quais se vêem muitas vezes na contingência de justapor tipos vigentes mesclando regras pertinentes a um ou outro instituto, criando novas formas, com conteúdo completamente estranho aos tipos legais existentes⁹.

Muito embora cresça cada vez mais a consciência do respeito aos interesses coletivos, a sociedade moderna conserva ao lado disso a liberdade dos indivíduos para constituir obrigações com causa lícita, como algo de fundamental a qualquer ordem jurídica positiva. E o jurista deve ter a necessária perspicácia para identificar o momento de sistematizar as regras e princípios dos novos negócios, à medida que a sociedade passa a reclamá-los.

Uma dessas novas figuras que está a exigir dos cientistas

⁷ P. HERNANDEZ ESPARZA, *El Contrato de Assistência Técnica*, 1^a edição, pág. 88, Ediciones Rotos, México, 1969.

⁸ P. HERNANDEZ ESPARZA, op. cit. págs. 90 e 91.

⁹ Sobre as tentativas de classificação dos contratos inominados, cf. F. MESSINEO, *Il Contratto in Generale*, I, I, pág. 700, 701, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1973; ÁLVARO, VILAÇA AZEVEDO, *Contratos Inominados ou Atípicos*, págs. 149 a 157, José Buschastsky Editor, São Paulo, 1975.

sistematização, é o *contrato de transferência de tecnologia*, de cuja definição nos ocuparemos no capítulo seguinte.

§ 3º Do contrato de transferência de tecnologia: definição, classificação e elementos.

O Contrato de Transferência da Tecnologia é um negócio jurídico mediante o qual uma das partes (a transmitente) se obriga a transmitir conhecimentos técnicos e elementos materiais a outra parte (a receptora) que por sua vez se compromete a pagar àquela uma remuneração pelos conhecimentos ou elementos materiais transmitidos.

Trata-se de um contrato *consensual*, por quanto se conclui pelo simples acordo de vontade, ainda que as partes se obriguem a fazer entrega de alguma coisa; *bilateral perfeito*, porque estabelece uma nítida interdependência da prestação; *oneroso*, já que ambas as partes se obrigam a transmitir vantagens e benefícios. Para o transmitente, o principal direito é a remuneração e o principal dever a transmissão da tecnologia; para o receptor, o principal direito é o recebimento da tecnologia e o principal dever o pagamento do preço estipulado para essa transmissão de conhecimentos. Teoricamente, poder-se-ia admitir a gratuitade do contrato se o transmitente deliberasse transmitir seu conhecimento técnico, sem nenhum ônus para o receptor. Além disso é um negócio de *trato sucessivo*, dado que as prestações de pelo menos uma das partes são executadas paulatinamente durante toda a vigência do contrato; é também um negócio *complexo*, pois como demonstrou P. HERNANDEZ ESPARZA¹⁰ as prestações são as mais variadas possíveis, podendo incluir a licença de uso, a compra e venda ou permuta de máquinas, locação, leasing, comodato, obrigações relativas a direitos sobre patentes, marcas, desenhos, ou incorporar-se a um contrato de construções, mediante o qual o transmitente se compromete a construir e ao mesmo tempo fornecer *know how* para o funcionamento da obra.

Como em todo contrato, o de transferência de tecnologia exige para a sua existência a declaração receptiva de vontade. De um lado alguém que *oferta*, que pode partir tanto da empresa que dispõe de tecnologia como da que necessita recebê-la, e de outro lado, alguém que aceita em receber ou transferir a tecnologia, dependendo da maneira como a proposta foi formulada.

¹⁰ P. HERNANDEZ ESPARZA, op. cit. pág. CF. ainda VENTURA GARCÉS, *Los Contratos de Assistência Técnica Internacional y su Regulación en España*, págs. 09 a 27, Ed. da Câmara Oficial do Comércio, Barcelona, sem data.

Os negócios de transferência de tecnologia são em geral precedidos por protocolos, minutas ou projetos de contratos, num vai e vem as vezes prolongado de propostas e contrapropostas até chegarem os contratantes a um acordo definitivo sobre as diversas cláusulas do negócio jurídico.

Esses contratos podem concluir-se entre presentes ou ausentes, entendendo-se entre presentes o contrato cuja oferta permite resposta imediata, dada a forma pela qual é expressada a oferta, (carta, telegrama, fax, telex). De acordo com a legislação brasileira os contratos entre ausentes ou por correspondência espistolar ou telegráfica, tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, salvas as exceções previstas no art. 1086 do Código Civil (a saber: se antes da aceitação ou, simultaneamente a ela chegar a retratação do proponente; se o proponente comprometeu-se a esperar a resposta; se a aceitação não chegou no prazo convencionado). O sistema adotado pela legislação brasileira para fixar o momento da conclusão do contrato por correspondência é o conhecido como sistema da expedição *Uebermittelungstheorie*. É o mesmo sistema adotado pelo Código Suíço, no seu art. 10, que dispõe: "le contrat entre absents déploie ses effets dès le moment où l'acceptation a été expédiée".

A maioria das legislações adota porém o sistema da recepção - *Empfangstheorie* - segundo o qual o contrato por correspondência é concluído no momento em que chega ao ofertante a resposta do aceitante. Esse é por exemplo o critério adotado pelo § 147, 2^a parte do BGB, segundo o qual "a oferta feita a um ausente só pode ser aceita até o momento em que o ofertante possa esperar a chegada da resposta, em circunstâncias normais" (Der einem Abwesendem gemachte Antrag Kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, im welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmaessigen Urmstaenden erwarten darf).

O direito italiano adota o sistema do conhecimento *Agnitionstheorie* - através do qual o contrato só se considera concluído no momento em que o ofertante toma conhecimento da resposta do aceitante. Nesse sentido dispõe o art. 1326 do Código Civil Italiano que "il contratto è concluso nel momento in cui, chi l'ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte."

A diferença de critérios para determinação do momento da conclusão do contrato, pode gerar algumas dificuldades para as partes se os entendimentos são feitos entre pessoas pertencentes a sistemas legislativos que adotam soluções diferentes. Assim, por exemplo, se a proposta de contrato foi endereçada por um italiano a um brasileiro, o brasileiro irá

considerar concluído o contrato no momento em que ele expediu a aceitação; enquanto que o italiano só dará por concluído o contrato na ocasião em que este tomar conhecimento da aceitação. Se porventura sobrevier a morte do ofertante após a expedição da aceitação, porém antes do conhecimento da resposta, para o direito italiano não haveria contrato; ao passo que para o direito brasileiro, o negócio se tornaria perfeito desde a data em que se expediu a aceitação.

Para evitar problemas dessa natureza é importante que nas negociações preliminares dos contratos de transferência de tecnologia de um país a outro os contratantes de logo convencionem sobre o momento a partir do qual entenderão concluído o negócio.

§ 4º Espécies de contrato de transferência de tecnologia

Ao falar em "Contratos sobre a Transferência de Tecnologia", é preciso ter o cuidado de distinguir sob essa denominação os Contratos de Assistência Técnica no sentido amplo, inclusive o Engineering (o Consulting Engineering e o Commercial Engineering) e os Contratos de know how (cessão e licença).

P. HERNANDEZ ESPARZA¹¹ inclui no grupo de Contratos de Assistência Técnica em sentido amplo: a) licença de patentes, que concede direitos exclusivos de manufatura e não exclusivos para usar e vender um produto; b) licenças de marcas e desenhos que em geral se outorgam com a licença de manufatura de um produto; c) contrato de distribuição para usar, vender ou arredar um produto; d) o contrato de concessão para a exploração de um produto.

Outros separam os contratos de Engineering dos Contratos de Assistência Técnica, subdividindo aqueles em Consulting Engineering e Commercial Engineering. Conforme explica NEWTON SILVEIRA¹² "o primeiro compreende estudos de caráter técnico-econômico para a realização de um projeto industrial (ou para a reorganização, modernização ou ampliação de uma empresa, investigação de mercado, etc). Já o segundo compreende, além da fase de estudo, uma fase de execução, ou seja, a da construção e entrega de uma instalação industrial em funcionamento (os chamados

¹¹ Op.cit.pág. 101.

¹² Cf. NEWTON SILVEIRA, Contratos de Transferência de Tecnologia in Revista de Direito Mercantil, nº 26, ano XVI, nova série 1977, pág. 91.

contratos de *turnkey*). O contrato de *engineering* se diferencia dos contratos de *know how* e assistência técnica porque neste a empresa que transmite os conhecimentos não se obriga a pô-los em prática. Além disso, o contrato de *engineering* adquire contornos de empreitada, responsabilizando-se a empresa de engenharia e consultoria pelos resultados esperados do projeto ou da instalação. Por outro lado, a fornecedora de *engineering* não é, necessariamente, a titular dos conhecimentos objeto do contrato. Pode atuar como mandatária do titular dos conhecimentos."

Diferentes desses negócios do primeiro grupo, que se caracterizam pelo *informe técnico não secreto*, existem os contratos de *know how*¹³ que são aqueles negócios que tem por objeto a cessão ou a licença de conhecimentos técnicos secretos.

Tão grande é a importância do *know how* no mundo moderno, que J.M. MOUSSERON¹⁴ lembra que "la valeur du *know how*, est attesté par le fait que chaque année des millions de dollars sont payés pour en acquérir l'usage."

Apesar de salientarem os autores a necessidade não apenas técnica mas sobretudo prática em conceituar o *know how*, todos reconhecem que se trata de uma tarefa extremamente difícil, em virtude da multiplicidade de forma e objeto de *know how*.

BERTIN¹⁵ definiu o *know how* como "todo o conhecimento técnico aplicável à indústria, considerado como novo pelo seu possuidor, e que ele deseja guardar secreto seja para seu uso pessoal, seja para transferi-lo (do modo confidencial) a um terceiro, seja combinando os dois métodos". R. GOFFIN¹⁶ demonstra que o *know how* é "une connaissance technique, un procédé ou tour de main, brevetable ou non que son auteur entend garder secret et dont le détenteur a la faculté de se servir, d'emblé et avec succès, pour une réalisation industrielle."

Consiste, em resumo, o *know how (savoir-faire)* num *conhecimento técnico, transmissível* e sobretudo *secreto*¹⁷. E o negócio jurídico que tem por objeto a transmissão desse conhecimento técnico e secreto, denomina-se Contrato de Cessão ou Licença de *know how*, ou simplesmente Contrato de *know how*.

¹³ A expressão "Contrato de knowhow" pode não ser muito apropriado mas está bastante difundida. Constitui uma elipse de "contrato de cessão ou licença de know how".

¹⁴ Apud GLÁUCIO VEIGA, "Conceito de know how", in Anuário do Mestrado em Direito, pág. 87, Recife, 1977.

¹⁵ Apud GLÁUCIO VEIGA, op.cit.pág. 87.

¹⁶ R.FABRE, *Le know how, sa réservation en droit commun*, pág. 13 e segs. Ed. Librairie Techniques, Montpellier, 1975.

¹⁷ R.FABRE, examina a controvérsia sobre se o *know how* deve ser não patenteado ou não patenteável. E quanto ao entendimento generalizado de que o *know how* deve ser não patenteado, FABRE contrarargumenta que "la demande de brevet ne fera pas perdre au savoir-faire sa nature et par là même son existence. Les éléments objectifs que le constituent sont indépendants de la technique de protection utilisée. Seule, la divulgation qui intervient ensuite, en faisant perdre au savoir-faire son caractère de non accessibilité, fera disparaître son existence. Ce n'est pas d'être breveté qui modifie la nature du savoir-faire, mais d'être réellement protégé par le jeu de l'action en contrefaçon." (op.cit.pág. 17).

LIMITES DA DISCRICIONARIDADE: UMA INTRODUÇÃO

José Souto Maior Borges

1. Na abordagem deste trabalho, o termo a privilegiar não é a "discrição", mas o "limite". Porque o limite permaneceu esquecido e a questão do limite nunca foi enfrentada pela ciência jurídica tradicional: a dogmática jurídica. Até porque não o poderia fazê-lo dado que lhe seria necessária uma metalinguagem epistemológica de que ela não dispõe. Que controlasse as suas próprias possibilidades enquanto conhecimento do jurídico, que se pretende revestido de científicidade. Se a cada ciência é dado um só objeto, também sobre a ciência jurídica impera um monismo objetual incontornável. E sem o limite do objeto de conhecimento, isto é, do âmbito de validade das normas que integram o ordenamento jurídico-positivo, ou uma província especializada do direito, não há como limitar a metalinguagem doutrinária que as descreve e explica. Estudar a discrição envolve pois a necessidade de fixar-lhe os limites. Como então científicamente, é dizer: numa abordagem jurídico-epistemológica, operar com esses conceitos?

2. Discrição é um atributo da competência e reflexamente do próprio ato que a exerce, enquanto tal. Discretória é pois a competência que se contrapõe à competência vinculada. Discretório é o ato que se contrapõe ao ato vinculado. E nesse sentido, sem a preocupação de caracterizá-lo - dado que o seu conhecimento é pressuposto - essa distinção corresponde à *summa divisão* dos atos jurídicos, com ênfase particular na doutrina dos atos administrativos.

3. A competência não é em si mesma uma categoria dogmática. É na teoria geral do direito que originariamente ela se adentra. E, nesse território,

ela deve ser estudada enquanto categoria formal. Ao menos relativa - e não absolutamente - formal. Porque é caracterizável sem qualquer consideração de ordem material, ou seja, do seu conteúdo. Aqui não importa indagar se é a competência constitucional, administrativa, tributária ou qualquer outra. O ser constitucional, administrativa ou tributária, etc. São atributos especificadores da competência dogmaticamente considerada.

4. Nesse campo, a melhor conceituação que se deu à competência foi oferecida pela doutrina do direito administrativo. Até hoje inexcedida doutrinariamente e por isso mesmo adotável provisoriamente, até que outra melhor, se vier, a substitua. É a de ERNST FORSTHOFF, no seu "Tratado de Direito Administrativo": toda competência representa simultaneamente uma autorização e uma limitação. Autorização consiste no exercício das funções - nenhuma excetuada - compreendidas na outorga. Limitação no sentido de que são excluídas todas as funções não compreendidas na outorga. Daí vê-se que a questão dos limites se insinua e retorna sempre à nossa consideração - mesmo que dela sequer tenhamos consciência. E o ter sido concebida, a hipótese em apreço, para descrever e explicar as competências meramente administrativas não impede a sua caracterização como uma definição, dado o seu caráter formal, de teoria geral da competência *in generis*.

A competência se reconduz então a um problema de um confinamento normativo, quando nela se introduz uma qualificação qualquer, uma consideração de conteúdo. Assim: competência constitucional, administrativa, tributária, civil, comercial, processual, etc.

5. Em nosso ordenamento jurídico-constitucional: objeto de conhecimento científico pela doutrina do direito constitucional, a questão dos limites é nitidamente privilegiada. Porque, ao repartir a competência tributária entre as pessoas constitucionais, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, a CF de 1988 primariamente disciplina as "limitações constitucionais do poder de tributar" (arts. 150 a 152) e só depois a atribuição das funções legislativas que envolvem o exercício da autorização para a instituição de tributos (arts. 153 a 156).

Por esse caminho, a competência, já qualificada pela sua vinculação a um determinado "ramo do direito", passa a integrar a ciência dogmática do direito, constituída pelas disciplinas jurídicas especializadas.

6. Uma norma jurídica é válida porque recebe o seu fundamento de validade de outra norma que lhe é superior na pirâmide jurídica. E por isso

mesmo lhe fundamenta a validade. É essa uma questão de sintaxe jurídica: estudo do interrelacionamento entre normas como que no interior do ordenamento jurídico e com prescindência do seu conteúdo dogmático, este estudo pela semântica jurídica. Como se dá no entanto esse interrelacionamento normativo?

7. A norma superior fundamenta a validade da anterior porque lhe prefixa parcialmente quer o conteúdo, quer o procedimento de formação, quer ambos. Vejamos como isso ocorre na base empírica da ciência jurídica, o ordenamento constitucional. A corroboração experimental dessa hipótese, meramente conjectural, nos é dada pela CF que p.ex., ora predetermina parcialmente o procedimento de formação (art. 69), ora o conteúdo das leis complementares (p.ex., arts. 146 e 148). Esse campo é atribuído à lei complementar, com exclusão da lei ordinária. Mas a CF não predetermina nem o procedimento todo, nem o conteúdo todo da lei complementar.

Porque não é possível à norma superior determinar o conteúdo todo da norma inferior. É esse um limite incontornável da própria função normativa. Se o determinasse todo, a norma inferior seria uma redundância, uma "inutilidade balofa", uma duplicação supérflua da norma superior.

8. Eis aí a sede apropriada para a colocação da distinção entre vinculação e discricionariedade. Aqui a regra de ouro é partir do conhecido para o desconhecido; do simples para o complexo; do manifesto para o oculto. Essa distinção envolve a questão dos graus de vinculação e discricionariedade. É que esses são conceitos correlatos. Onde há discricionário, há vinculação e vice-versa. Um ato puramente discricionário não seria jurídico, mas politicamente editado. É pois impossível tanto a vinculação total, quanto a absoluta discricionariedade (ausência da vinculação). Quando as Constituições Estaduais reproduzem o sistema tributário da CF o fazem em vão. Nada lhes acrescentam em eficácia. Pura inutilidade.

9. Ali onde há ausência de vinculação, a doutrina tradicional localiza a discricionariedade. Mas essa ausência de vinculação é equiparada à conveniência e oportunidade, sobretudo em matéria de atos administrativos. Com a relevantíssima consequência que o controle jurisdicional não seria possível sobre a "porção" discricionária do ato, senão sobre a sua "porção" vinculada.

10. Os limites entre vinculação e discricionariedade permanecem numa zona penumbrosa, numa área cinzenta de indefinição dos respectivos contornos. Nada a estranhar todavia. Nem se deve buscar uma precisão

inatingivel nesses conceitos. Porque nada obstante a sua imprecisão é possível operar científicamente com eles de modo satisfatório, isto é, sem contraindicações teóricas. Para que defini-los se toda a definição necessariamente introduz novos termos - indefinidos - e que assim necessitam, também eles, ser definidos, instaurando-se por essa senda o germe do regressus *ad infinitum*? Para a ciência do direito, interessam apenas os conceitos operativos e não uma inútil precisão conceitual.

11. Um ato absolutamente discionário (e assim também a norma que lhe constitui o sentido objetivo) seria um *ato político*. E ultrapassaria então o âmbito de validade das normas jurídico-positivas. Por isso mesmo a conveniência e oportunidade do ato não devem ser equiparadas à pura e simples ausência de vinculação. Os limites da discionariedade impõe a sua circunscrição em determinados balizamentos fora dos quais o arbitrio administrativo degenera em arbitrariedade. E, se não existissem limites à discionariedade, não haveria como exercer-se o controle jurisdicional de certos atos administrativos, em contradição aberta com o princípio constitucional da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV). A discionariedade é, também ela, aplicação da lei. Quando, em decorrência de uma habilitação discionária, há um leque de alternativas de interpretação e aplicação amplo, ainda assim é dever da administração pública optar pela alternativa que implique maior privilegiamento do interesse público, que incumbe a ela, a administração, curar - como ensina exemplarmente CELSO ANTÔNIO.

DO PLURALISMO JURÍDICO À MISCELÂNEA SOCIAL: O PROBLEMA DA FALTA DE IDENTIDADE DA(S) ESFERA(S) DE JURIDICIDADE NA MODERNIDADE PERIFÉRICA E SUAS IMPLICAÇÕES NA AMÉRICA LATINA.*

Marcelo Neves **

SUMÁRIO: 1. Introdução. - 2. As perspectivas pluralistas. - 3. Do pluralismo jurídico à miscelânea social. - 4. Modernidade periférica como modernidade negativa. - 5. A falta de autonomia-identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica latino-americana. - 6. Equívocos do pluralismo na abordagem da realidade jurídica latino-americana. - 7. Entre subintegração e sobreintegração. Implicações constitucionais. - 8. O mito da funcionalidade. 9. Pela superação do dilema 'monismo versus pluralismo'. - Bibliografia.

1. Introdução

O surgimento do Estado nacional moderno, em contraposição ao pluralismo feudal e à pretensão imperialista da Igreja, implica a pretensão de exclusividade de cada ordenamento jurídico estatal no respectivo espaço territorialmente delimitado. É em tais circunstâncias que se constrói o conceito clássico de soberania do Estado como poder político e ordem jurídica supremos e inquestionáveis em determinado território. Torna-se inconcebível, então, a existência de qualquer outra ordem político-jurídica supraordenada ou coordenada à do Estado, no espaço em que esta se encontre em vigor. Pretende-se, de um lado, eliminar os particularismos das ordens locais de natureza feudal, em favor do livre câmbio de mercadoria; por outro lado, reage-se à supremacia do poder papal. Internamente, toda

* Trabalho apresentado ao II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro a 02 de outubro de 1993.

** Professor Titular de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito do Recife-UFPE

ordem jurídica construída "extra-estatalmente" passa a ser concebida como subordinada às determinações do poder político estatal, só podendo ter validade jurídica a partir do Direito positivo do Estado e, portanto, caracterizando-se, em última análise, como um dos subsistemas deste. Externamente, desenvolve-se a teoria de que as relações interestatais ocorrem no "estado de natureza"¹, ficando excluída a possibilidade de uma ordem jurídica internacional supraordenada ao Estado.

O pluralismo jurídico surge exatamente como contestação da pretensão exclusivista do Estado. Constrói-se a concepção da concomitância de ordens jurídicas no mesmo espaço-tempo e, a partir daí, nega-se a pretensão de "onipotência" do Estado. Portanto, embora com pretensão de científicidade, teria "uma bem precisa carga ideológica: a revolta contra o estatalismo, contra a centralização do poder e contra o crescimento das funções do Estado"². Entretanto, as posições pluralistas vão assumir 'pluralismo' no singular. Evidentemente, aqui não é o local para uma análise das diversas escolas pluralistas. É possível, porém, delinear quatro tendências básicas do pluralismo jurídico: 1) o pluralismo institucionalista em oposição ao monismo formalista; 2) o pluralismo antropológico em contraposição ao imperialismo metropolitano; 3) o pluralismo sociológico contra o legalismo estatal; 4) o pluralismo pós-moderno.

2. As perspectivas pluralistas

Um dos conflitos mais relevantes na teoria geral do Direito estabeleceu-se, na primeira metade do século, entre o monismo formalista de origem germânica e o pluralismo institucionalista que se desenvolveu principalmente na Itália. A discussão tinha contornos epistemológicos bem definidos. Os monistas argumentavam a partir da norma fundamental, da qual resultaria a unidade do sistema jurídico. Não se desenvolviam necessariamente a concepção da predominância absoluta do ordenamento jurídico estatal. A questão do primado do Direito "Internacional" ou do Direito "nacional" dependeria, em Kelsen, de uma alternativa "ideológica" tomada previamente e considerada "juridicamente" irrelevante³. E mesmo Verdross admitia apenas o primado da ordem internacional, caracterizando a soberania do Estado como "relativa", a partir de um monismo moderado em que se

¹ Cf., p. ex., Hobbes, 1992: 149 (tr. br., 1979: 131a.); Locke, 1980: 13, § 14 (tr. br., 1978: 39).

² Bobbio, 1977a: 25. Cf. também id., 1977b: 91.

³ Kelsen, 1960: 333-45 (tr. port., 1974: 443-61), 1979a: 448-62; 1979b: 156-73.

distingua a validade interna da validade internacional do Direito Internacional Público⁴. Mas, embora não "estatalistas", toda a concepção da Teoria Pura do Direito partia da unidade da ordem jurídica, que só poderia ser compreensível, a nível epistemológico, partindo-se de ou retrotraindo-se a uma (única) norma fundamental pressuposta⁵.

O pluralismo institucionalista nega a supra-infra-ordenação entre ordem jurídica do Estado e ordens não estatais, e sustenta a tese de que se trata de ordenamentos coordenados⁶. Haveria esferas de juridicidade diferenciadas pelas suas temáticas e destinatários, não só no que se refere à relação entre ordem internacional e ordem "nacional", mas também na relação entre ordenamentos extra-estatais que atuam no âmbito interno do Estado. Contra a conexão formal/internormativa fundadora do monismo, as ordens plurais distinguir-se-iam, em última análise, por seus âmbitos específicos de vigência, concomitantes no mesmo espaço. Respondia-se, assim, ao unilateralismo da unidade formal dos pontos de partida com o unilateralismo da pluralidade material das relações intersubjetivas, desconhecendo-se que unidade formal e pluralidade material não se excluem. Essa, porém, não é a vertente de discussão que nos interessa diretamente no presente contexto.

Outra forma de manifestação do pluralismo jurídico, menos discutida entre os juristas, é a que se desenvolveu na antropologia das relações coloniais, em contraposição à pretensão imperialista do direito "moderno" estabelecido na colônia a partir da metrópole. Afirma-se, então, o pluralismo das ordens primitivas ou tradicionais nativas, já consolidadas, em face do ordenamento jurídico colonial ou pós-colonial⁷. Nesse contexto, procura-se analisar as relações de complementação e conflito que se estabelecem entre sistemas diversos e também criticar o modelo etnocêntrico do colonizador "civilizado".

Mas é na sociologia do Direito que o pluralismo vai tomar uma posição de destaque. A própria disciplina vai ser confundida inicialmente com a abordagem pluralista do Direito⁸. A discussão temática dirige-se em torno da pluralidade de "fontes" de produção social do Direito, que seriam bem mais

⁴ Verdross, 1957: 69s.

⁵ Cf., p. ex., Kelsen, 1960-200ss.; Bobbio, 1960: 51ss. Ao qualificar a norma fundamental, mais tarde, como fictícia, Kelsen vai negar-lhe a função de hipótese (1979c: 206, - tr. br., 1986: 328s.).

⁶ Entre outros, v. Anzilotti, 1964: 51-63; Romano, 1975: 83-84; Triepel, 1966: esp. 9-27.

⁷ Cf. Benda-Beckmann, 1979; Heidelberg, 1968; Trubek, 1972: 16ss.

⁸ Bobbio, 1977b: 91. A respeito, cf. Carbonier, 1976: 12-16.

amplas do que o poder do Estado. Desenvolve-se, assim, um antilegalismo contrário à pretensão exclusivista do direito positivo estatal. Pretende-se reconhecer a autonomia de outras esferas jurídicas em face do Estado. Inegavelmente, o pluralismo jurídico de origem sociológica vinculava-se, a nível ideológico, contraditoriamente, ao liberalismo radical e ao socialismo libertário⁹. A desconfiança no poder do Estado e na legalidade como mecanismos de emancipação social conduz, então, a um discurso que superestima a "força jurídica" das "esferas jurídicas" extra-estatais. Não se nega empiricamente a autonomia e o funcionamento regular da ordem estatal dentro do respectivo espaço territorial. Sustenta-se que o Estado se inter-relaciona com outros "campos de juridicidade" autônomos, tendendo a asfixiá-los através da postura legalista dos operadores oficiais do Direito. Combate-se, portanto, o legalismo como forma de hipertrofia jurídica do Estado em detrimento da construção de esferas jurídicas autônomas no seio da "sociedade civil".

Na tradição euro-norte-americana da sociologia do Direito, o alternativismo jurídico surge como um produto do pluralismo¹⁰. Afirma-se, igualmente, a existência de outras esferas de juridicidade que se distinguem nitidamente da estatal. Não se nega a capacidade de auto-reprodução consistente do Direito positivo estatal. A sua identidade e autonomia operacional é pressuposta. Não se discute, portanto, se existe a positividade e, especificamente, a legalidade. Ao contrário, critica-se o legalismo juridizante do Estado, na medida em que não responde adequadamente às expectativas da sociedade. As "formas jurídicas alternativas" surgiram exatamente como reação a problemas de heterorreferência ou adequação do Direito positivo estatal, em decorrência do excesso de legalismo juridificante. Assim sendo, não se trata de falta de acesso aos mecanismos legais, mas sim de opções contrárias a eles.

A tendência mais recente do pluralismo jurídico vai ser desenvolvida no âmbito das teorias pós-modernas do Direito. Parte-se da negação da possibilidade de universalização ou generalização do discurso jurídico no espaço da pós-modernidade. A falta de paradigmas unitários em torno das questões jurídicas conduziria a uma "cultura jurídica da incerteza" em torno da resolução de conflitos¹¹. Daí a concepção de uma racionalidade jurídica tópica, construída mediante "dogmáticas locais". Nesse contexto, o Direito

vai apresentar-se como mecanismo propulsor da "autonomia do contexto"¹² ou como guia de "redes de relações" entre sistemas tópicos de ações, sem atuar impositivamente na fixação dos limites do desenvolvimento e reprodução dos mesmos¹³.

A tendência pluralista do pós-modernismo jurídico encontra contornos bem precisos na distinção, formulada por Teubner, entre Direito autopoietico, Direito parcialmente autônomo e Direito socialmente difuso¹⁴. Parte-se da concepção de que o sistema jurídico autopoietico constitui-se do entrelaçamento entre os componentes sistêmicos, a saber, procedimento jurídico (processo), ato jurídico (elemento), norma jurídica (estrutura) e dogmática jurídica (identidade). No caso do Direito parcialmente autônomo, haveria a auto-referencial constituição dos respectivos componentes sistêmicos, não surgindo, porém, o enlace hiperclíco entre eles. Ou seja, haveria (re)produção auto-referencial dos atos jurídicos entre si, das normas entre si, dos procedimentos entre si, dos argumentos e proposições dogmáticas entre si, mas esses diversos componentes sistêmicos não se entrelaçariam num hiperclíco autopoietico. Por fim, teríamos o direito socialmente difuso, no qual os componentes sistêmicos seriam produzidos sem diferenciação jurídica, ou seja, simplesmente como conflito (processo), ação (elemento), norma social (estrutura) e imagem do mundo (identidade). Ao distinguir esses três tipos de constituição e (re)produção dos componentes do sistema jurídico, Teubner é levado à seguinte aporia: tratando-se do mesmo âmbito de vigência, como se resolvem os conflitos entre os três diversos tipos sistêmicos do Direito? Ele responde com o conceito de Direito intersistêmico de colisão¹⁵, inclusive para "o conflito entre ordem jurídica estatal e *ordens sociais plurais quase-jurídicas*"¹⁶. A questão, contudo, permanece: o Direito intersistêmico de colisão constitui sistema autopoietico, ordem jurídica parcialmente autônoma ou Direito socialmente difuso? Caso se trate de uma dessas duas últimas formas, não haveria, a rigor, Direito autopoietico; se, ao contrário, for caracterizado como Direito autopoietico, não haveria exatamente Direito parcialmente autônomo ou socialmente difuso.

O pluralismo de Ladeur parece mais coerente com o paradigma da pós-modernidade. Parte do caráter constitutivo da *desordem* para a

⁹ Bobbio, 1977b:91.

¹⁰ Ladeur, 1990.

¹¹ Cf. Teubner, 1989:49ss., especialmente o sugestivo quadro da pag. 50.; id., 1987a:106ss. (o mesmo quadro à pag. 108), 1987b:432ss.

¹² Teubner, 1989:123ss.

¹³ Teubner, 1989:135-38.

"ponderação" (*abwägung*) como paradigma jurídico¹⁷. Mantém, contudo, o conceito de autopoiese. Ela é interpretada situativamente a partir da "crescente heterogeneidade e diferenciação das arenas do agir social e administrativo"¹⁸, exigindo aplicação situativo-tópica do Direito ("ponderação")¹⁹; não é negada: a reprodução autopoietica realizar-se-ia nos termos de uma "lógica local" para a dogmática. Apenas haveria uma pluralização da autopoiese.

3. Do pluralismo jurídico à miscelânea social.

Todas as vertentes do pluralismo jurídico tiveram sua origem e desenvolveram-se no contexto euro-continental e anglo-americano. A sua recepção nos países da América Latina constitui mais uma versão da dificuldade de releitura e reconstrução adequada de modelos elaborados nos "países centrais" pelas teorias do Direito dirigidas à análise da realidade jurídica dos "países periféricos".

Tendo em vista aqui especificamente o pluralismo jurídico sociológico e o pós-moderno, parece-me um grave erro de avaliação aplicá-los, sem restrição, à realidade latino-americana. Partimos da seguinte hipótese: na realidade dos países ocidentais afluentes, o pluralismo pressupõe a auto-reprodução operacionalmente consistente do Direito positivo estatal. Este construiria sua própria identidade como campo de juridicidade autônomo. Em contraposição a ele, surgiriam estruturas sociais difusas de congruência tópica de expectativas normativas. Essas ordens plurais construiriam uma identidade própria, que as diferenciaria claramente do "direito oficial". Embora não sejam negadas interpenetrações e interferências entre a ordem positiva estatal e os direitos construídos difusamente, não se concebe o intrincamento bloqueante e destrutivo entre tais campos de juridicidade.

É exatamente esse problema do intrincamento bloqueante e destrutivo entre a juridicidade estatal e os "Direitos socialmente difusos", que impede a recepção do modelo pluralista euro-norte-americano à situação jurídica da América Latina. A nível de concreção jurídica, não se delineiam, em nossa realidade de países tipicamente "periféricos", as fronteiras operacionais do campo do Direito positivo estatal em face de pretensas áreas de juridicidade extra-estatal. As relações reciprocamente destrutivas significam indistinção

operacional das diversas esferas de juridicidade. Surge, assim, uma miscelânea de códigos e critérios jurídicos.

Entretanto, a questão torna-se mais complicada quando consideramos os diversos sistemas sociais, especialmente a economia e o poder. Observa-se que os códigos e critérios do ter e do poder não apenas atuam como condições "infra-estruturais" ou meio-ambientais de reprodução do sistema jurídico. Antes eles atuam como injunções bloqueantes e destrutivas do processo de reprodução autônoma e de construção da identidade do(s) Direito(s). Daí resulta uma insuficiente desintricação operacional das esferas econômica, política e jurídica, entre outras, de tal maneira que a situação não se apresenta simplesmente como miscelânea jurídica, mas primariamente como uma *miscelânea social* de códigos e critérios de conduta. Para uma melhor compreensão do problema, portanto, supõe-se a caracterização, embora breve, da "modernidade periférica" como "modernidade negativa".

4. Modernidade periférica como modernidade negativa.

Quando procuro distinguir os problemas jurídicos da "modernidade periférica" daqueles em que está envolvida a "modernidade central" (ou pós-modernidade), não utilizo o modelo "centro-periferia" da forma simplificadora ideologizante das teorias da exploração dos anos 60 e 70²⁰. Recorro a essa dicotomia principalmente para enfatizar que se trata de uma e da mesma sociedade mundial²¹, não de sociedades tradicionais versus sociedades modernas, como se uma diferença de "antes e depois" estivesse na base dos diferenciados níveis de desenvolvimento social. Parto da constatação de que o advento da sociedade moderna está estreitamente vinculado a uma profunda desigualdade econômica no desenvolvimento interregional²², trazendo consequências significativas na reprodução de todos os sistemas sociais, principalmente no político e no jurídico. É claro que se trata aproximativamente de conceitos típico-ideais no sentido weberiano, os quais, enquanto "utopias" gnosiológicas, nunca são encontrados em forma pura na realidade social, servindo antes como esquema de sua interpretação com ênfase unilateral em determinados elementos mais relevantes à

²⁰ Cf. Neves, 1992a:72ss., 1991:158s.

²¹ Sobre a sociedade moderna como "sociedade mundial", orientada primariamente na economia, na técnica e na ciência, v. Luhmann, 1975. Cf. também Heintz, 1982. Analogamente, mas em outra perspectiva, Wallerstein (1979: 47ss.) fala de capitalismo mundial.

²² À respeito, v. Hopkins e Wallerstein, 1979.

¹⁷ Ladeur, 1983:478.

¹⁸ Ladeur, 1986:273.

¹⁹ Ladeur, 1983:472. Cf. também id., 1984: esp. 205ss.

abordagem²³. Não desconheço, pois, que a sociedade mundial de hoje é multifacetada e possibilita a aplicação do esquema "centro e periferia" em vários níveis²⁴. Parece-me, porém, que a distinção entre modernidade central e periférica é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexificação social e o desaparecimento de uma moral material globalizante como características da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira nenhuma a efetivação adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, nem mesmo a criação de uma esfera intersubjetiva autônoma fundada numa generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais)²⁵. O fato de haver graus diversos quanto à diferenciação funcional exigida pela complexidade social e quanto à construção da cidadania como exigência do desaparecimento da moral hierárquico-material pré-moderna não invalida o potencial analítico dos conceitos de modernidade central e modernidade periférica, antes aponta para sua função de estrutura de seleção cognitiva da teoria social.

Feitas essas advertências, a modernidade periférica pode ser caracterizada como "modernidade negativa", partindo-se tanto da perspectiva sistêmica quanto do modelo com pretensão ético-procedimental.

De acordo com a teoria dos sistemas, a sociedade moderna resultaria da hiper-complexificação social vinculada à diferenciação funcional das esferas do agir e do vivenciar. Implicaria, portanto, o desaparecimento de uma moral material globalizante, válida para todas as conexões de comunicação, e o surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos, reproduzidos com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionados pelo seu meio ambiente circundante (autopoiese)²⁶. Na modernidade periférica, à hipercomplexificação social e à superação do "moralismo" fundamentador da diferenciação hierárquica, não se seguiu a construção de sistemas sociais que, embora interpenetráveis e mesmo interferentes, construam-se autonomamente no seu *topos* específico. Isto nos põe diante de uma complexidade desestruturada e desestruturante. Daí resultam problemas sociais bem mais complicados do que aqueles que caracterizam os países da "modernidade central". As relações entre os "campos" de ação assumem formas autodestrutivas e heterodestrutivas,

²³ Weber, 1988: 190s.

²⁴ Cf., p. ex., Galtung, 1972: 35ss.; Wallerstein, 1979: 50ss.; Hopkins e Wallerstein, 1979: 158; Senghaas, 1974: 21.

²⁵ A respeito, v. Neves 1992a: 16s. e 75-81, 1991.

²⁶ Cf. sobre tudo Luhmann, 1987b.

com todas as suas consequências bem conhecidas entre nós. Portanto, a modernidade não se constrói positivamente, como superação da tradição através do surgimento de sistemas autônomos de ação, mas apenas negativamente, como hipercomplexificação desagregadora do moralismo hierárquico tradicional.

Conforme a concepção ético-procedimental proposta por Habermas, a modernidade resultaria da evolução da consciência moral no sentido da superação das estruturas pré-convencionais e convencionais e o advento de uma moral pós-convencional²⁷. Isso significa uma clara diferenciação entre sistema e "mundo da vida"²⁸, aquele como espaço de intermediação do "agir-racional-com-respeito-a-fins" (instrumental e estratégico), este enquanto horizonte do "agir comunicativo", orientado na busca do entendimento intersubjetivo²⁹. Nessa perspectiva, a modernidade exigiria positivamente a construção de uma "esfera pública" (*Öffentlichkeit*), *topos* democrático discursivamente autônomo com relação aos "meios" sistêmicos "poder" e "dinheiro". Tal pretensão "normativa", embora encontre indícios na "modernidade central", não parece encontrar o mínimo de fundamento nas relações sociais da "modernidade periférica". Aqui, a modernidade constrói-se negativamente como desagregação da consciência moral convencional (e inclusive da pré-convencional), sem que daí resulte a estruturação da consciência moral pós-convencional e, muito menos, a autonomia de uma "esfera pública".

E mesmo se partirmos para a concepção fragmentária da pós-modernidade, ainda assim a sua construção nos países periféricos teria um sentido negativo. É que as principais teorias da pós-modernidade desenvolvem, em contraposição à racionalidade sistêmica generalizada e à razão universalista, a noção de racionalidade tópica. Tal situação implicaria

²⁷ Cf. Habermas, 1982a: esp. 12ss.

²⁸ No sentido da diferenciação entre sistema e "mundo da vida" como processo de evolução social, v. Habermas, 1982bII: 229ss.

²⁹ A respeito, v., em diferentes fases de desenvolvimento da "teoria do agir comunicativo", Habermas, 1969: 62-65 (tr. br., 1980: 320-22), 1973: 9ss., 1982bI: esp. 384ss., 1982bII: 182ss., 1986, 1988a: 68ss. Quando me refiro ao sistema como espaço de intermediação do agir-racional-com-respeito-a-fins, não desconheço que, no modelo habermasiano, o plano sistêmico e a esfera da ação distinguem-se claramente, tendo um sentido figurado a noção de racionalidade sistêmica: "Mudanças do estado de um sistema auto-regulado podem ser compreendidas como quase-ações, como se nelas a capacidade de ação de um sujeito se manifestasse" (Habermas, 1982a: 261). Mas é inegável que, na obra de Habermas, a noção de sistema está vinculada estreitamente à racionalidade-com-respeito-a-fins e, portanto, aos conceitos de agir instrumental e estratégico (cf., p.ex., 1969: 63-65, 1982a: 261, 1986: 578s.), enquanto a concepção de "mundo da vida" associa-se intimamente à de agir comunicativo (cf., p.ex., 1982bII: esp. 182, 1986: esp. 593).

interconexões de incertezas (de)construtivas entre sistemas tópicos de comunicação³⁰. No caso da (pós)modernidade periférica, as inter-relações entre os campos de ação tendem, imprevisivelmente, a intrincamentos bloqueantes e destrutivos.

5. A falta de autonomia-identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica latino-americana.

Essa situação de miscelânea social implica dificuldades na construção da identidade da(s) esfera(s) de juridicidade, o que resulta diretamente da falta de autonomia da(s) respectiva(s) conexão(ões) social(is) de ação. Antes de tratar do problema na modernidade periférica latino-americana, farei breves considerações sobre três modelos paradigmáticos da autonomia do Direito: o sistêmico, o ético-procedimental e o pós-moderno.

A questão da autonomia do Direito vem sendo tratada de forma mais radical pela teoria sistêmica. Nessa perspectiva, a positividade do direito é definida como "autodeterminidade" do Direito, ou seja, autonomia operacional do sistema jurídico em relação às determinações do seu "meio-ambiente"³¹. Reconstrói-se, então, o conceito de "autopoiese", originário da teoria biológica³², e afirma-se que o Direito positivo (moderno) reproduz-se primariamente de acordo com os seus próprios critérios e código de preferência (lícito/ilícito)³³. Assim como em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, (quase) privação de meio-ambiente³⁴. O direito é visto como "um sistema normativo fechado, mas cognitivamente aberto"³⁵. Ao mesmo tempo que o direito positivo fatorializaria a auto-referência através de conceitos, ele construiria sua heterorreferência através da assimilação de interesses³⁶. O fechamento auto-referencial, a normatividade para o sistema jurídico, não constituiria

finalidade em si do sistema, antes seria condição de abertura³⁷.

Nesse contexto, o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com os seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas³⁸, ela depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico³⁹.

Especialmente nesse ponto, emergem as divergências entre a teoria luhmanniana da positividade e a concepção ético-procedimental do Direito proposta por Habermas. Para Luhmann, à positividade é inerente não apenas a supressão da determinação imediata do Direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos "donos do poder", mas também a neutralização moral do sistema jurídico. Habermas reconhece que as fronteiras entre Direito e Moral existem, considerando que a rationalidade procedural do discurso moral não regulado juridicamente é incompleta, eis que inexiste um terceiro (*Unbeteiligte*) encarregado de decidir as questões entre as partes⁴⁰. Mas, embora não negue a autonomia do sistema jurídico, atribui-lhe uma fundamentação ética: "Um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si sozinho. Ele é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantem formação imparcial de julgamento e vontade, e, por esse caminho, proporcionam a uma rationalidade ético-procedimental ingresso igualmente no Direito e na Política. Não há autonomia do Direito sem democracia real"⁴¹. Nesse sentido, sustenta que a positivização não significa eliminação da problemática da fundamentação, mas o deslocamento de problemas de fundamentação⁴². Isso implicaria autonomia privada em conexão com autonomia pública, ou seja, direitos humanos e soberania do povo pressupondo-se reciprocamente⁴³.

³⁰ Cf. Ladeur, 1985, 1990, 1991, 1992.

³¹ Luhmann, 1986, 1983b, 1985, 1981a: 419ss. Cf. Neves, 1992a: 34ss.

³² Cf. Maturana e Varela, 1980: 73ss., 1987: esp. 55-60; Maturana, 1982: esp. 141s., 157ss., 279s. Quanto à reconstrução sociológica, v. sobretudo Luhmann, 1987b; Haferkamp e Schmid (org.), 1987; Baetcke et al. (org.), 1987: esp. 394ss. Para a crítica à recepção científico-social do conceito de autopoiese, Bühl, 1989, com referência especial ao paradigma luhmanniano (229ss.); e numa perspectiva mais abrangente sobre a teoria sistêmica de Luhmann, Krawietz e Walker, 1992. Para a leitura crítica a partir da teoria do discurso, Habermas, 1988b: 426ss., 1988a: 30s. Cf. também Neves, 1992b.

³³ Luhmann, 1986, 1993: 165ss.

³⁴ Luhmann, 1983a: 69; Teubner, 1982: 20.

³⁵ Luhmann, 1983b: 139.

³⁶ Luhmann, 1990a: 10. Cf. id., 1993: 393ss.

³⁷ Luhmann, 1993: 76, 1987b: 606.

³⁸ Cf. Luhmann, 1990b: 583s. e 663s., 1985: 17.

³⁹ "Desenvolvimento externos" - enfatiza Teubner (1982: 21) - "não são, por um lado, ignorados, nem, por outro lado, convertidos diretamente, conforme o esquema 'estímulo-resposta', em efeitos internos". Nesse sentido, adverte o mesmo autor: "Autonomia do Direito refere-se à circularidade de sua auto-reprodução e não à sua independência causal do meio ambiente" (1989: 47).

⁴⁰ Habermas, 1992: 565.

⁴¹ Habermas, 1987: 16. Fundamentando essa posição, v. também id., 1992: esp. 571ss.

⁴² Habermas, 1982bII: 359.

⁴³ Habermas, 1992: 111ss.

Também as teorias pós-modernas não vêm afastar-se da exigência de autonomia do sistema jurídico. Procura-se, então, compatibilizar a autopoiese do Direito com a dos demais sistemas-parte da sociedade⁴⁴. Ou, conforme já mencionei acima, sustenta-se a pluralidade da autopoiese (Ladeur). Nessa última concepção, em lugar de uma racionalidade sistêmica decorrente de uma congruente generalização de expectativas normativas⁴⁵, a racionalidade jurídica resultaria da congruência tópica das mesmas.

O transporte de qualquer dessas concepções de autonomia do direito à modernidade periférica latino-americana é, numa perspectiva empírica, suscetível de críticas e restrições. Em tal contexto, embora se possa conceber a autonomia como exigência "normativa", "sistêmica" ou "tópica", ela não pode ser afirmada a nível de concretização normativo-jurídica.

No que diz respeito à teoria ético-procedimental, já observei (ver item 3) que a desagregação da moral pré-convencional primitiva e convencional pré-moderna não conduziu, na modernidade periférica, à construção e ao desenvolvimento da consciência moral pós-convencional. Daí porque a fundamentação moral da indisponibilidade e imparcialidade do sistema jurídico, em contraposição à sua instrumentalidade sistêmica⁴⁶, não encontra espaço nas relações intersubjetivas em torno do Direito. A tendência é a instrumentalização política do Direito, seja por meio da mutação casuística das estruturas normativas, principalmente durante os períodos autoritários, ou através do jogo de interesses particularistas bloqueadores do processo de concretização normativa. Nesse contexto, a autonomia privada ("direitos humanos") e a autonomia pública ("soberania popular"), embora, em regra, declaradas no texto constitucional, são rejeitadas mediante os mecanismos de desestruturação política do processo concretizador da Constituição.

Da mesma maneira, é intransponível o modelo Luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica latino-americana. As sobreposições particularistas dos códigos políticos e econômicos às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade de um sistema jurídico. Em lugar da autopoiese, está a alopoiese do Direito⁴⁷. Isso significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto econômico e político, como também daquilo que os alemães denominam de "boas relações". O intrincamento

⁴⁴ Teubner, 1988: 46ss., 1989: 88ss.

⁴⁵ Luhmann, 1987a: 94-106.

⁴⁶ Habermas, 1992: 583ss., 1987.

⁴⁷ Neves, 1992b, 1992a: esp. 81ss. e 182ss., 1991: 163s.

do(s) código(s) jurídico(s) com outros códigos sociais atua autodestrutivamente e heterodestrutivamente. O problema não reside, primariamente, na falta de abertura cognitiva (heterorreferência ou adaptação), mas sim no insuficiente fechamento operacional (auto-referência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico. Se tal identidade pode ser vista, eventualmente, no plano da estrutura dos textos normativos, ela é destruída gradativamente durante o processo de concretização jurídica⁴⁸. Assim sendo, não se constrói, em ampla medida, congruente generalização de expectativas normativas a partir dos textos constitucionais e legais. Daí resulta que a própria distinção entre lícito e ilícito é socialmente obnubilada, seja por falta de institucionalização (consenso) ou identificação do sentido das normas⁴⁹. A consequência mais grave é a insegurança destrutiva nas relações de conflitos de interesses.

O último recurso seria afirmar a autonomia/identidade de esferas jurídicas pluralistas de ação, na perspectiva pós-moderna do Direito. Contudo, nesse caso, pressupõe-se racionalidade jurídica a partir da congruência tópica de expectativas normativas, como também compatibilização (de)construtiva do dissenso entre sistemas locais de ação. E são exatamente as incongruências autodestrutivas das expectativas normativas e as incompatibilidades heterodestrutivas de dissensos entre campos de ação que impedem a construção da identidade de esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica latino-americana.

6. Equivocos do pluralismo na abordagem da realidade jurídica latino-americana.

No contexto da modernidade periférica latino-americana, parece-me equivocada a aplicação do modelo jurídico-pluralista de origem européia e norte-americana. Como observei acima, o pluralismo implicaria a identidade-autonomia de esferas de juridicidade extra-estatal diante do legalismo do ordenamento jurídico do Estado. Significaria a existência de ordens jurídicas

⁴⁸ O conceito kelseniano de autoprodução do Direito (1960: esp. 73, 228 e 283 - tr. br., 1974: 110, 309 e 377) permanece no nível estrutural hierárquico do ordenamento normativo-jurídico. Portanto, ao contrário do que propõe Ost (1986: 141-44), não cabe vinculá-lo ao paradigma autopolítico, que se refere primariamente ao nível operacional e à circularidade da reprodução do Direito. Daí porque o primeiro pode ser abstratamente transportado a diferentes Estados, enquanto o segundo exige certas condições sociais concretas.

⁴⁹ Sobre normatização, institucionalização e identificação de sentido como mecanismos de generalização do Direito, v. Luhmann, 1987a: 94ss.

construídas em reação a um sistema jurídico que, com pretensão de generalidade, reproduz-se-iá rigidamente, sem corresponder de forma adequada às expectativas e interesses de determinados espaços das relações intersubjetivas juridicamente relevantes. O problema na modernidade periférica reside, antes, no intrincamento de códigos e critérios dos diversos campos sociais, impedindo a construção da própria legalidade estatal.

Mas a abordagem pluralista vem fascinando os estudiosos da realidade jurídica latino-americana. Um dos autores pioneiros e paradigmáticos, Boaventura de Sousa Santos, ao estudar a situação da resolução de conflitos de interesses, argumenta a partir de concepções tipicamente pluralistas: a antropológico, a sociológico-alternativa e a pós-moderna.

O pluralismo antropológico é utilizado quando, apesar de reconhecidas as diversidades, o pluralismo existente na relação entre Direito(s) primitivo(s) ou tradicional(is) nativo(s) e Direito moderno do colonizador é comparado positivamente com o relacionamento entre a ordem jurídica estatal e os modelos de resolução de conflitos desenvolvidos pelos favelados⁵⁰. Não se observa que o processo de colonização já encontra estruturas estáveis e rigidamente consolidadas operando na regulação da conduta e no asseguramento de expectativas normativas. As respectivas ordens primitivas ou tradicionais, evidentemente com forte teor de moralização, afirmam, em regra, forte identidade perante o Direito "moderno" imposto pela metrópole, decorrendo os conflitos principalmente da rejeição, por parte dos nativos, de integração à ordem imposta pela metrópole e, portanto, de renúncia à identidade. No exemplo da ordem dos favelados, a construção e desenvolvimento de mecanismos extra-estatais de solução ou neutralização de conflitos de interesses importam formas instáveis e difusas de reação à falta de acesso aos benefícios e vantagens do sistema jurídico estatal, incapaz de generalização includente de toda a população. Assim é que na relação entre códigos e critérios das respectivas ordens surgem intrincamentos discursivos, que, embora possam expressar tanto relações conflituosas como conciliatórias, constituem mecanismos sintomáticos da insuficiente identidade das respectivas esferas de ação.

A postura de Sousa Santos vai ser mais enfática ao vincular certos exemplos de pluralismo alternativo aos fenômenos sociais porele pesquisados no Brasil dos anos 70, com tendências à romantização: 1) em relação direta com o baixo grau de "institucionalização" (diferenciação) da função jurídica

e com a disponibilidade limitada de meios de coação, o Direito informal das favelas teria um espaço retórico mais amplo do que o Direito estatal⁵¹; 2) o primeiro seria um Direito "acessível", "participatório" e "consensual"⁵²; 3) seria comparável ao Direito dos soviéticos e de outras experiências revolucionárias, definidas como experiências alternativas ao Direito oficial burguês⁵³, e ofereceria "grande potencial para o uso revolucionário" do Direito - "juridicidade alternativa" ("alternative legality") para as classes exploradas⁵⁴. Em síntese, sustentava-se que em tais experiências desenvolviam-se processos sociais de pluralismo jurídico como "alternativa" ao *legalismo*⁵⁵.

O fato indiscutível de que na modernidade periférica latino-americana muitas "unidades sociais" dispõem difusamente de diferentes códigos jurídicos⁵⁶, não implica, a rigor, alternativas pluralistas em relação ao funcionamento legalista do Direito estatal, mas antes mecanismos instáveis e difusos de reação à ausência da legalidade. Não se trata propriamente da construção de uma identidade jurídica tópica em face da insatisfação com a rigidez da reprodução consistente da identidade do sistema legal, ao qual se teria acesso. No exemplo das associações de favelados das grandes cidades latino-americanas, desenvolve-se uma das formas difusas e instáveis de "estratégias de sobrevivência"⁵⁷ no campo jurídico. É verdade que tais estratégias comportam um "discurso ético-social"⁵⁸. Mas, embora faltem-lhes limites sistêmicos rígidos para a utilização de meios discursivos, não me parece que daí se possa inferir necessariamente que elas disponham de um maior espaço retórico. Em primeiro lugar, deve-se observar que os códigos econômico (ter) e político (poder) atuam diretamente, ou seja, sem as filtragens de um discurso jurídico autônomo, sobre os mecanismos de solução de conflitos. Também cabe considerar que as "estratégias de sobrevivência" pressupõem situações de necessidades prementes dos indivíduos e, portanto, "personalidades pouco diferenciadas com ego-estruturas fracas e limitações no código linguístico e na capacidade de

⁵⁰ Sousa Santos, 1988: 43-61.

⁵¹ Sousa Santos, 1977: 96ss.

⁵² Sousa Santos, 1988: 77.

⁵³ Sousa Santos, 1977: 103.

⁵⁴ Sousa Santos, 1977: 89ss., 1988: 25. É bom enfatizar que não pretendo, de maneira nenhuma, atribuir essas assertivas ao movimento de direito alternativo que se amplia hoje no Brasil. A variedade de abordagens e tendências exigiria um estudo mais específico. Para um panorama, cf. Arruda Jr. (org.), 1991, 1992.

⁵⁵ Sousa Santos, usou a expressão "privatização possessiva do direito" (1980:116).

⁵⁶ A respeito dessa noção, v. Rabanal, 1990: esp. 152ss., contrapondo-a à de autonomia da personalidade; Evers, 1987.

⁵⁷ Sousa Santos, 1988: 25.

⁵⁸ Sousa Santos, 1988: 58.

simbolização"⁵⁹, dificultando evidentemente a ampliação de recursos discursivos de convencimento e de persuasão⁶⁰. Por fim, não se podem desconhecer as pesquisas empíricas a respeito do emprego da violência: os "procedimentos retóricos" das associações de moradores estão vinculados aos meios coativos das "gangs"; e o problema complica-se na medida em que a atividade ilegal da polícia se mistura ao jogo da violência marginal⁶¹. Em síntese, ao contrário de alternatividade pluralista ao legalismo, trata-se de intrincamento entre ausência de legalidade e "estratégias de sobrevivência" em relação ao campo jurídico. Rabanal, em perspectiva psicossocial, interpreta o problema a partir de "uma contradição fundamental: a violação da legalidade com o fim de alcançar a legalidade"⁶². Não me parece que, a nível de "estratégias de sobrevivência", haveria necessariamente essa consciência integracionista. Mas é possível afirmar que elas só se constróem e ampliam em virtude da falta de legalidade enquanto generalização includente do Direito positivo.

Mais recentemente, Sousa Santos mergulhou na onda pós-moderna, afastando-se do pluralismo revolucionário dos anos 70. Interjuridicidade ("interlegality") e pluralismo passam a ser concebidos como os dois "conceitos-chave" de uma teoria pós-moderna do Direito⁶³. Mas é evidente que, no contexto da modernidade periférica latino-americana, não se pode falar em pluralismo jurídico no sentido pós-moderno, na medida em que falta não apenas encadeamento auto-referencial, mas também enaltecimento de comunicações jurídicas topicamente desenvolvidas. Trata-se da confusão de códigos jurídicos construídos e aplicados difusamente, como também do intrincamento destes com os códigos do poder, da economia, familiar, da amizade, como também daquilo que os alemães chamam de "boas relações". Assim é que a pretensa racionalidade jurídica tópica da pós-modernidade, promotora de incerteza (de) construtiva, não se transpõe à miscelânea de campos sociais que se desenvolve entre nós. Os modelos de resolução ou neutralização de conflitos, num contexto de "marginalizações" e privilégios, produzem, então, uma extrema insegurança destrutiva, cuja manutenção está vinculada, contraditoriamente, à conservação de privilégios e, portanto, é prejudicial sobretudo aos socialmente "deficientes". Por isso

que, em tais condições de falta de identidade e autonomia da(s) esfera(s) de juridicidade, "pluralismo jurídico como alternativa para o legalismo", "racionalidade jurídica tópica", entre outras, podem transformar-se em expressões ideológicas ou mitos, que conduzem antes a equívocos do que à explicação e superação do problema⁶⁴.

7. Entre subintegração e sobreintegração. Implicações constitucionais.

Uma das implicações mais problemáticas da dificuldade de construção da identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica latino-americana, é a generalização de relações de subintegração e sobreintegração. Nesse caso, não se realiza inclusão como acesso e dependência simultâneos ao Direito positivo. A rigor, porém, não se trata de relações alopátricas de exclusão entre grupos humanos no espaço social⁶⁵.

Do lado dos subintegrados, generalizam-se as relações concretas em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, mas dependem de suas prescrições impositivas. Portanto, os subcidadãos não estão excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostas pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Os direitos fundamentais não desempenham qualquer papel relevante no horizonte do seu agir e viver, sequer quanto à identificação do sentido das respectivas normas constitucionais. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos das liberdades. E isso vale para o sistema jurídico como um todo: os membros das camadas populares "marginalizadas" (a maioria da população) são integrados ao sistema, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores. Porém, no campo constitucional, o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das classes populares as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do aparelho estatal.

A subintegração das massas é inseparável da sobreintegração dos grupos privilegiados, que, principalmente com apoio da burocracia estatal,

⁵⁹ Rabanal, 1990: 30, embora enfatizando que tal "postulado" pode levar a "generalizações superficiais", caso não seja revisado "dentro do quadro de referência de uma discussão crítica sobre a sociedade" e não leve em consideração os dados biográficos dos respectivos indivíduos.

⁶⁰ Quanto à distinção entre convencimento ("auditório universal") e persuasão ("auditório particular"), v. Perelman e Olbrechts-Tyteca, 1988:34ss.

⁶¹ Cf., p. ex., Junqueira e Rodrigues, 1988: esp. 134s. e 137s.

⁶² Rabanal, 1990: 20.

⁶³ Sousa Santos, 1987: 297s.

⁶⁴ Neves, 1992a: 102s., 165s., 191.

⁶⁵ À respeito, v. Neves, 1992a: 94ss. e 155ss.

desenvolvem suas ações bloqueantes da reprodução do Direito. É verdade que os sobrecidadãos utilizam regularmente o texto constitucional democrático - em princípio, desde que isso seja favorável aos seus interesses e/ou para proteção da "ordem social". Tendencialmente, porém, a Constituição é posta de lado na medida em que impõe limites à sua esfera de ação política e econômica. Ela não atua, pois, como horizonte do agir e vivenciar jurídico-político dos "donos do poder", mas sim como uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles.

O chamado princípio da não-identificação da Constituição⁶⁶, que se vincula estreitamente ao princípio da indisponibilidade do Direito e da imparcialidade do Estado de Direito⁶⁷, está ausente no contexto das relações de subintegração e sobreintegração no sistema constitucional⁶⁸. Em certa medida, a Constituição só é concretizada se interesses de grupos privilegiados não são comprometidos. Constitucionalidade contra os interesses da sobrecidadania "não é aconselhável", "é inadequada ao meio ambiente". (Daí não se deve deduzir nenhuma esquematização simplista, porque entre os sobrecidadãos ocorrem conflitos jurídicos também a nível constitucional, que não raramente são solucionados conforme a "lei fundamental". Mas se o *status quo* é ameaçado, eles tendem a fórmulas conciliatórias que "rompem" ou "escavam" a Constituição). Reformas sociais dentro da "ordem constitucional" são freqüentemente caracterizadas como subversivas, tão logo ponham na ordem do dia a abolição de privilégios e/ou a introdução eventual de medidas favoráveis à subcidadaria. Atrás da não-identificação formal do texto constitucional estatuído, encontra-se a identidade da realidade constitucional com as classes e grupos privilegiados, de tal maneira que a institucionalização dos direitos fundamentais é estruturalmente deturpada. O agir e o vivenciar normativo do subcidadão e do sobrecidadão fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica. Nessas condições, a Constituição não atua como mecanismo de autonomia operacional do Direito, sendo deformada durante o processo concretizador por força da sobreposição de injunções políticas particularistas e interesses econômicos concretos.

Isso nos põe diante da constitucionalização simbólica⁶⁹. A insuficiente concretização normativa do texto constitucional vincula-se à sua função predominantemente político-ideológica, enquanto expressão discursiva de uma determinada imagem do Estado e dos "donos do poder". A ineficácia

⁶⁶ Krüger, 1966: 178-85; Hellerbach, 1969: 52-57.

⁶⁷ Cf. Habermas, 1987, 1992: 583ss.

⁶⁸ Cf. Neves, 1992a: 53ss. e 95ss.

⁶⁹ Neves, 1993, 1992a: 51ss. e 104ss.

normativo-jurídica dos dispositivos constitucionais referentes à "liberdade", "igualdade" e "participação" conjuga-se com a função simbólica do discurso constitucionalista, encobrindo a estreita vinculação da estrutura estatal com a manutenção das relações de subintegração e sobreintegração.

8. O mito da funcionalidade.

Uma das mais equivocadas simplificações ideológicas, quando são enfrentados os problemas jurídicos da modernidade periférica latino-americana, é, com base no brocardo *ubi societas ibi jus*, sustentar que os respectivos sistemas jurídicos nacionais funcionam porque existem. Por um lado, trata-se de funcionalismo ingênuo, que confunde a funcionalidade com a existência. Não se observa que a existência de estruturas normativas não significa que elas exerçam as funções correspondentes⁷⁰. Por outro lado, parte-se de um modelo simplificado de sociedade, segundo o qual a função é uma relação globalizante, abrangendo linearmente as referências de cada esfera de ação consigo mesma, com o todo e as partes da sociedade. Não se considera que o "funcional" em determinada perspectiva ou para determinados setores pode não ser em outras perspectivas nem para outros setores. Assim sendo, desconhece-se a complexidade social, com todas as suas consequências complicadoras para a compreensão da sociedade.

Mesmo no âmbito da teoria sistêmica mais recente, apesar da forte influência do funcionalismo norte-americano, supera-se a tendência à simplificação funcionalista⁷¹. Isso porque não se parte de sistema social no singular, como neste modelo, do qual resultou a analogia ilusória entre a sociedade e o relógio. Luhmann trabalha com a noção de sistemas sociais (no plural) que se reproduzem por códigos de preferência e programas diversos, enfatizando a questão dos conflitos intersistêmicos e da falta de um sistema central supraordenado, a partir do qual poderia haver um paradigma unitário de orientação da conduta. Daí porque ele não vai limitar-se à noção de "função", que implica relação dos subsistemas com o sistema social global. Trabalha com o conceito de "prestação" enquanto relacionamento de sistema-parte com outro sistema-parte. E, por fim, enfrenta o problema da "reflexão", a relação dos sistemas consigo mesmos, destacando o problema da autonomia e identidade⁷². E é a vertente orientada no estudo da

⁷⁰ Embora em outra perspectiva, também Bobbio alerta para essa tendência (1977b: esp. 66).

⁷¹ Em certa medida, Habermas, (1971: 142s.) reconhece isso, ao vincular Luhmann, de certa maneira, à teoria social crítica que remonta a Marx, e, com isso, afirmar sua separação definitiva de Parsons.

⁷² Cf. Luhmann, 1982: 54ss.; id. e Schorr, 1988: 34ss.

autonomia das esferas de comunicação que me parece a mais frutífera na teoria dos sistemas, e não a vertente funcional, que vem perdendo cada vez mais cancha na discussão em torno do modelo sistêmico.

Portanto, a diversidade de relações sistêmicas (função, prestação e reflexão) e a complexidade de variáveis sociais, possibilita que algo considerado funcional a partir de uma esfera de ações e expectativas seja avaliado como disfuncional ou não-funcional em outros campos do agir e do vivenciar e vice-versa. Quanto às estruturas normativo-jurídicas, o seu não-funcionar generalizado pode eventualmente ser "prestativo" para outras esferas de comunicação social (economia, política, religião etc.), e mesmo ser avaliada como funcional para a sociedade a partir de outras conexões de condutas e expectativas. É nesse sentido que a ineficácia generalizada dos dispositivos constitucionais referentes à "Igualdade", "liberdade" e "participação", embora implique não-funcionalidade normativo-jurídica da Constituição, compatibiliza-se com a função político-ideológica do discurso constitucionalista. E no caso da constitucionalização simbólica, observa-se que, quanto maior a ineficácia da Constituição em termo de função normativo-jurídica, tanto mais intensa torna-se sua função político-ideológica. Daí porque, nesse caso, pode-se falar em "superexploração" do Direito pela Política⁷³.

Se considerarmos, porém, que, na sociedade supercomplexa da contemporaneidade, em vista da variedade contraditória de interesses e expectativas, a auto-referência dos sistemas sociais está indissociavelmente vinculada à inclusão de toda a população nas prestações de cada um deles⁷⁴, a funcionalidade específica também fica prejudicada quando não há dependência e acesso generalizados ao respectivo sistema. Não se trata aqui de acesso sobreintegrante e dependência subintegrante, destrutivas da autonomia/identidade da correspondente esfera de ação, mas sim de integração generalizada por acesso/dependência. A respeito do Direito, portanto, a sua função específica de "congruente generalização de expectativas normativas" torna-se irrealizável na razão direta da ampliação de relações "excludentes" de sobreintegração e subintegração em suas estruturas normativas. Dessa maneira, quanto mais as expectativas normativas afastam-se difusa e incongruentemente do modelo jurídico constitucional, tanto menor grau de funcionalidade das respectivas estruturas normativas. E mesmo na abordagem pós-moderna, a funcionalidade das esferas fragmentárias de juridicidade pressupõe a congruência tópica de

expectativas normativas em torno delas. E é exatamente essa congruência que falta na miscelânea social latino-americana.

Parece-me mais frutífero analisar primariamente o problema a partir da noção de autonomia ou identidade do que com base no conceito de função. É que o bloqueamento recíproco de campos de ação na modernidade periférica é obstáculo intransponível à sua funcionalidade includente. No caso do sistema jurídico, a injunção bloqueante e destrutiva do poder, dinheiro, meio familiar, amizade, "boas relações" etc. - tudo isso vinculado a relações de subintegração e sobreintegração -, ao obstaculizar a construção consistente da identidade da(s) esfera(s) de juridicidade, impede, por conseguinte, que esta(s) desempenhe(m) satisfatoriamente sua função de congruência generalizada ou tópica de expectativas normativas.

9. Pela superação do dilema 'monismo versus pluralismo'.

Ao equívoco empírico de interpretação da realidade jurídica latino-americana a partir do modelo pluralista sujaz o dilema 'monismo versus pluralismo', a crença que unidade e pluralidade excluem-se necessariamente. Trata-se de avaliações distorcidas do papel do Direito na sociedade moderna.

De um lado, os monistas não compreendem que a diversidade contraditória de expectativas e interesses não se compatibiliza com um centro de produção jurídica hermeticamente fechado às demandas sociais. Tal situação só poderia ter sentido numa estrutura social pouco diferenciada e caracterizada pela unidade de valor, interesse e expectativa. Entretanto, em tal contexto, não se construiria Direito como esfera autônoma do agir e do vivenciar normativos, eis que a unidade decorreria diretamente da estrutura político-moral globalizante, hierarquicamente suprema e imediatamente válida em todos os espaços do agir e vivenciar social.

De outro lado, os pluralistas não retiram de conceitos como "vínculo estrutural", "direito intersistêmico de colisão" e "compatibilização do dissenso entre esferas tópicas de juridicidade" as consequências teóricas devidas, deixando de interpretá-los como mecanismos construtores da unidade na pluralidade. Desconhecem que se trata de estruturas unitárias que atuam como condição de possibilidade da pluralidade jurídica. A inexistência desses mecanismos de intermediação unitária entre esferas jurídicas locais, mas sim, numa sociedade supercomplexa, relações autodestrutivas e heterodestrutivas de espaços do vivenciar e agir normativo.

⁷³ Neves, 1993: cap. III.2.

⁷⁴ Luhmann, 1981b: 26a, 235, 118.

A rigor, o Direito da sociedade moderna, marcada pela diversidade contraditória de expectativas e interesses (complexidade), só constrói sua identidade-autonomia enquanto envolve unidade e pluralidade. E isso não é simplesmente um postulado racional-normativo (contratático), no sentido da "unidade da razão na multiplicidade de suas vozes"⁷⁵, mas antes uma exigência empírico-funcional. Dar as costas às normatividades tópicas decorrentes da fragmentação de interesses e valores significa, para o Direito moderno, deficiência de eficácia e vigência social. Sistemicamente, pode-se falar de inadequada heterorreferência. Por sua vez, a ausência de procedimentos e estruturas unitárias e generalizadas de congruência de espaços de normatividade jurídica implica a própria falta de identidade-autonomia de um campo da juridicidade. Cabe falar, então, de quebra da auto-referência sistêmica por mecanismos autodestrutivos e heterodestrutivos, não controláveis por procedimentos e estruturas jurídicas generalizáveis.

Do exposto, pode-se afirmar que a unidade do Direito moderno encontra-se ao nível do código binário 'lícito/ilícito', enquanto a pluralidade manifesta-se no plano dos programas e critérios. Na medida em que o código de preferência 'lícito/ilícito' reproduz-se generalizadamente, sem restrições particularistas excludentes ou privilegiadoras de indivíduos e grupos, a unidade sistêmica está assegurada. Isso significa a realização concreta do princípio da legalidade, não no sentido estático e fechado que lhe atribui o legalismo tradicional, mas sim como mecanismo de integração "normativamente igualitária" no Direito. Ou seja, a identidade/autonomia do sistema jurídico, ao implicar generalização includente do código 'lícito/ilícito', é indissociável da noção de cidadania. E isso também no plano de um pretenso Direito Mundial fundado na semântica dos direitos humanos⁷⁶. Por seu turno, os programas e critérios do sistema jurídico, para adequar-se à complexidade fragmentária do moderno, não pode desconhecer a pluralidade contraditória das expectativas normativas individuais e grupais. Só a ilusão totalitária (ou autoritária) é insensível à diversidade de interesses e valores da sociedade contemporânea. E somente a releitura do pluralismo democrático no interior do sistema jurídico, enfatizando a fragmentação tópica de programas e critérios normativos, será capaz de viabilizar uma heterorreferência adequada do Direito na sociedade mundial da atualidade.

Em suma: unidade generalizada do código 'lícito/ilícito' (→ legalidade,

cidadania) e pluralidade de programas e critérios normativos (→ democratização jurídica) são condições indissociáveis da identidade/autonomia e da funcionalidade do sistema jurídico na sociedade moderna.

⁷⁵ Habermas, 1986a: 153ss. Especificamente em relação ao Direito, a leitura habermasiana do vínculo unidade/pluralidade dá-se através da conexão entre soberania do povo e direitos humanos (cf. 1992:112ss.).

⁷⁶ A respeito, v. Luhmann , 1993: 574ss.

BIBLIOGRAFIA

- ANZILOTTI, Dionisio (1964). *Corso di diritto internazionale*, vol. 1, Padova: CEDAM.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.) (1991). *Lições de Direito Alternativo*, São Paulo: Acadêmica.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.) (1992). *Lições de Direito Alternativo* 2, São Paulo: Acadêmica.
- BAECKER, Dirk et al. (org.) (1987). *Theorie als Passion: Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- BENDA-BECKMANN, Franz von (1979). "Modernes Recht und traditionelle Gesellschaften", in: *Verfassung und Recht in Übersee* 12 (Hamburg: Hamburger Gesellschaft für Völkerrecht und Auswärtige Politik), pp. 337-351.
- BLANKENBURG, Erhard, KLAUSA, E. e ROTTLEUTHNER, Hubert (org.) (1980). *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht* (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, vol. 6), Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 83-98.
- BOBBIO, Norberto (1960). *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Torino: Giappichelli.
- BOBBIO, Norberto (1977a). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 3. ed., Milano: Edizioni di Comunità.
- BOBBIO, Norberto (1977b). *Dalla struttura alla funzione: Nouvi studi di teoria del diritto*, Milano: Edizioni di Comunità.
- BÜHL, Walter L. (1989). "Grenzen der Autopoiesis", in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 39 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 225-253.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant (1981). "Access to Justice and the Welfare State: An Introducción", in: M. Cappelletti (org.) com a colab. de J. Weisner e M. S. ecombe, *Access to Justice and the Welfare State*,

Alphen aan den Rijn: Sijthoff, Bruxelles: Bruylants, Stuttgart: Klett-Cotta, Firenze: Le Monnier, pp. 1-24.

- CARBONNIER, Jean (1976). *Flexible Droit. Textes pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*, 3. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- DURKHEIM, Emile (1986). *De la division du travail social*, Paris: Presses Universitaires de France (1. ed., Paris, 1893).
- EVERS, Hans-Dieter (1987). "Subsistenzproduktion, Markt und Staat. Der sogenannte Bielefelder Verflechtungsansatz", in: *Geographische Rundschau* 39 (Braunschweig: Westermann), pp. 136-140.
- GALTUNG, John (1972). "Eine strukturelle Theorie des Imperialismus", in: Dieter Senghaas (org.), *Imperialismus und strukturelle Gewalt: Analysen überabhängige Reproduktion*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 29-104.
- HABERMAS, Jürgen (1969). "Technik und Wissenschaft als 'Ideologie'", in: idem, *Technik und Wissenschaft als 'Ideologie'*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 48-103.
Trad. bras. (1980): "Técnica e Ciência como 'Ideologia'", in: Walter Benjamin et al., *Textos Escolhidos*, São Paulo: Abril (col. Os Pensadores).
- HABERMAS, Jürgen (1971). "Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann", in: J. Habermas e N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 142-290.
- HABERMAS, Jürgen (1973). *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HABERMAS, Jürgen (1982a). *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, 3. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- HABERMAS, Jürgen (1982b). *Theorie des Kommunikativen Handelns*, 2. ed., Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2 vols.
- HABERMAS, Jürgen (1986). "Erläuterungen zum Begriff des kommunikativen

Handelns (1982)", in: *idem, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des Kommunikativen Handelns*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 571-606.

HABERMAS, Jürgen (1987) "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?", in: *Kritische Justiz* 20 (Baden-Baden: Nomos), pp. 1-16.

HABERMAS, Jürgen (1988a). *Nachmetaphysisches Denken: Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1988b). *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1992). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HAFERKAMP, Hans e SCHMID, Michael (org.) (1987). *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HEIDELBERG, Wolfgang (1968): "Die Dualität zwischen traditionellem afrikanischen Recht und rezipiertem europäischen Recht", in: *Verfassung und Recht in Übersee* 1 (Hamburg: Hamburger Gesellschaft für Völkerrecht und Auswärtige Politik), pp. 354-366.

HEINTZ, Peter (1982). *Die Weltgesellschaft im Spiegel von Ereignissen*, Diessenhofen: Rüegger.

HOBBES, Thomas (1992). *Leviathan*, ed. por Richard Tuck, Cambridge: Cambridge University Press (1. ed.: London, 1651).
Trad. bras. (1979): *Leviatã*, São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores).

HOLLERBACH, Alexander (1969). "Ideologie und Verfassung", in: Werner Maihofer (org.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt am Main: Klostermann, pp. 37-61.

HOPKINS, Terence e WALLERSTEIN, Immanuel (1979). "Grundzüge der Entwicklung des modernen Weltsystems" in: Dieter Senghaas, *Kapitalistische Weltökonomie: Kontroverse über ihren Ursprung und ihre Entwicklungsdimension*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 151-200.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho e RODRIGUES, José Augusto de Souza (1988). "A volta do parafuso: cidadania e violência", in: Belisário dos Santos Júnior et al., *Direitos Humanos: um debate necessário*, São Paulo: Brasiliense, pp. 120-140.

KELSEN, Hans (1960). *Reine Rechtslehre*, 2. ed., Wien: Franz Deuticke (reimpressão inalterada - 1983).
Trad. port. (1974): *Teoria Pura do Direito*, 3. ed., Coimbra: Arménio Amado.

KELSEN, Hans (1979a). *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. esp. de Eduardo García Méynez, 2. ed., 2. reimpr., México: UNAM.

KELSEN, Hans (1979b). *Teoría General del Estado*, trad. esp. de Luis Legaz Lacambra, 15. ed., México: Ed. Nacional.

KELSEN, Hans (1979c). *Allgemeine Theorie der Normen*, org. por Kurt Ringhofer e Robert Walter, Wien: Manz.
Trad. bras. (1986): *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre: Fabris.

KRAWIETZ, Werner e WELKER Michael (org.) (1992). *Kritik der Theorie sozialer Systeme: Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp.

KRÜGER, Herbert (1966). *Allgemeine Staatslehre*, 2. ed., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer Verlag.

LADEUR, Karl-Heinz (1983). "Abwägung' - ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 69 (Wiesbaden: Steiner), pp. 463-483.

LADEUR, Karl-Heinz (1984). "Abwägung" - ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Frankfurt am Main/New York: Campus.

LADEUR, Karl-Heinz (1985). "Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie: Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmann Konzept der 'Einheit des Rechtssystems'", in: *Rechtstheorie* 16 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 383-427.

LADEUR, Karl-Heinz (1986). "Prozedurale Rationalität' - Steigerung der

Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssystems?", *In: Zeitschrift für Rechtssoziologie* 7, pp. 265-274.

LADEUR, Karl-Heinz (1990). "Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts: Von der Schrankenziehung zur Steuerung von Beziehungsnetzen". *In: Dieter Grimm (org.), Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, com a colaboração de Evelyn Hagenah, Baden-Baden: Nomos, pp. 187-216.

LADEUR, Karl-Heinz (1991). "Gesetzinterpretation, 'Richterrecht' und Konventionsbildung in Kognitivistischer Perspektive - Handeln unter Ungewissheitsbedingungen und richterliches Entscheiden", *In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 77 (Stuttgart: Steiner), pp. 176-194.

LADEUR, Karl-Heinz (1992). *Postmoderne Rechtstheorie*, Berlin: Duncker & Humblot.

LOCKE, John (1980). *Second Treatise of Government*, ed. por C.B. Macpherson, Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company (1. ed.: 1690).

Trad. bras. (1978): *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, São Paulo, Abril Cultural ("Os Pensadores").

LUHMANN, Niklas (1965). *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot.

LUHMANN, Niklas (1975). "Die Weltgesellschaft", *In: idem, Soziologische Aufklärung* 2, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 51-71.

LUHMANN, Niklas (1981a). *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1981b). *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München: Olzog.

LUHMANN, Niklas (1982). *Funktion der Religion*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1983a). *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1983b). "Die Einheit des Rechtssystems", *In:*

Rechtstheorie 14 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 129-154.

LUHMANN, Niklas (1985). "Einige Probleme mit 'reflexivem Recht'", *In: Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 1-18.

LUHMANN, Niklas (1986). "Die Codierung des Rechtssystems", *In: Rechtstheorie* 17 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 171-203.

LUHMANN, Niklas (1987a). *Rechtssoziologie*, 3. ed., Opladen: Westdeutscher Verlag.

LUHMANN, Niklas (1987b). *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1988). "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", *In: Rechtstheorie* 19 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 11-27.

LUHMANN, Niklas (1990a). "Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Geretzung und Rechtsprechung", *In: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 12 (Wien: Manz), pp. 1-13.

LUHMANN, Niklas (1990b). *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1993). *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas e SCHORR, Karl-Eberhard (1988). *Reflexionsprobleme im Erziehungssystem*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

MATURANA, Humberto R. (1982). *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, trad. alemã de Wolfgang K. Köck, Braunschweig/Wiesbaden: Vieweg.

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. (1980). *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. (1987). *Der Baum der Erkenntnis*, trad. alemã de Kurt Ludewig, 3. ed., Bern/München/

Wien:Scherz.

NADER, Laura (1980). "Alternatives to the American Judicial System", in: *idem* (org.), *No Access to Law: Alternatives to the American Judicial System*, New York: Academic Press, pp. 3-55.

NAHAMOWITZ, Peter (1985). "Reflexives Recht": Das unmögliche Ideal eines post-interventionistischen Steuerungskonzepts", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 29-44.

NEVES, Marcelo (1991). "A Crise do Estado: Anotações a partir do Pensamento Filosófico e Sociológico Alemão", in: *Anais do Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil* (10a 14 de novembro de 1991), vol. 1, Recife: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, pp. 157-172.

NEVES, Marcelo (1992a). *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falles Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot.

NEVES, Marcelo (1992b). "Da Autopoiese à Alopóiese do Direito", in: *Anuário do Mestrado em Direito*, nº 5 (Recife: Editora Universitária/UFPE), pp. 273-98.

NEVES, Marcelo (1993). *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo: Acadêmica (no prelo).

OST, François (1986). "Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigma autopoietique appliqué au droit", in: *Archives de Philosophie du Droit* 33 (Paris: Sirey), pp. 133-162.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie (1988). *Traité de l'Argumentation*, Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles.

RABANAL, César Rodriguez (1990). *Überleben im Slum: Psychosoziale Probleme peruanischer Elendsviertel*, Frankfurt am Main: Fischer.

ROMANO, Santi (1975). *L'ordre juridique*, trad. fr. de Lucien François e Pierre Gothon, Paris: Dalloz.

SENGHAAS, Dieter (1974). "Vorwort. Elemente einer Theorie des peripheren Kapitalismus", in: *idem* (org.), *Peripherer Kapitalismus: Analysen über*

Abhängigkeit und Unterentwicklung, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 7-36.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (1977). "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada", in: *Law & Society Review* 12 (Denver, Colorado: Law and Society Association), pp. 5-126.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (1980). "Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada", in: Cláudio Santo e Joaquim Falcão (org.), *Sociologia e Direito: Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*, São Paulo: Pioneira, pp. 109-117.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (1987). "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", in: *Journal of Law and Society* 14 (Oxford: Robertson), pp. 279-302.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (1988). *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, Porto Alegre: Fabris (primeiro in: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1980).

TEUBNER, Gunther (1982). "Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68 (Wiesbaden: Steiner), pp. 13-59.

TEUBNER, Gunther (1987a). "Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese", in: H. Haferkamp e M. Schmid (org.), 1987: 89-128.

TAUBNER, Gunther (1987b). "Episodenverknüpfung. Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht", in: Baecker et al. (org.), 1987: 423-446.

TEUBNER, Gunther (1988). "Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtssetzung", in: D. Grimm e W. Maihofer (org.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 13), Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 45-64.

TEUBNER, Gunther (1989). *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

TEUBNER, Gunther e WILLKE, Helmut (1984). "Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht", in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 4-35.

TRIEPEL, Karl Heinrich (1966). "As relações entre o direito interno e o direito internacional", trad. bras. de Amilcar de Castro, separata da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XVII (nova fase), out. 1966, Belo Horizonte: UFMG.

TRUBEK, David M. (1972). "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development", in: The Yale Law Journal 82 (New Haven, Connecticut: Yale Law Journal Company), pp. 1-50.

VERDROSS, Alfred (1957). Derecho Internacional Público, trad. esp. de Antonio Truyol y Serra, Madrid: Aguilar.

WALLERSTEIN, Immanuel (1979). "Aufstieg und künftiger Niedergang des kapitalistischen Weltsystems", in: Dieter Songhaas (org.), Kapitalistische Weltökonomie: Kontroverse über Ihren Ursprung und ihre Entwicklungspolitik, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 31-67.

WEBER, Max (1988). "Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", in: idem, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 7. ed., Tübingen: Mohr, pp. 146-214.

SEÇÃO II NOTÍCIAS

PETRUCIO FERREIRA E ANIVERSÁRIO DOS CURSOS JURÍDICOS

O aniversário da criação dos cursos jurídicos no Brasil foi por nós comemorado com a conferência proferida pelo juiz Petrucio Ferreira, presidente do Tribunal Regional Federal da 5^a Região, nos auditórios da O.A.B.-PE, no dia 8 de agosto, com o momentoso tema "A VIOLÊNCIA E O JUDICIÁRIO".

CONSELHEIRO É AGRACIADO COM MEDALHA

No dia 10 toda a Diretoria do Instituto compareceu aos auditórios do Tribunal Regional Federal prestigiando a solenidade da entrega da medalha "Pontes de Miranda" ao professor Luiz Pinto Ferreira, nosso Vice-Presidente.

IAP LANÇA SELO COMEMORATIVO

No dia 11 - nossa data magna - associamo-nos com a Empresa Brasileira dos Correios no lançamento do selo comemorativo do 150º aniversário do INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

Todos estes eventos foram realizados em colaboração com a O.A.B.-PE, a que sempre prestigiou as nossas atividades oferecendo no mínimo a sua infra-estrutura de apoio.

BIÊNIO 1993/1995

Antônio Henrique Cavalcanti Wanderley
Carlos Antônio Alves Monteiro de Araújo
Gilberto Marques Paulo
Gilvandro Vasconcelos Coelho
Hélio Santiago Mafra
Humberto Cabral Vieira de Melo
Ivan Campos de Souza
José Luiz Marques Delgado
José Octávio de Melra Lins
Luiz Pinto Ferreira
Marcelo da Costa Pinto Neves
Mickel Sava Nicoloff
Otávio de Oliveira Lobo
Paulo Rodolfo de Rangel Moreira

Ricardo José da Costa Pinto Neto
Roberto Magalhães Melo
Romualdo Marques Costa
Sávio Tigre Leão
Valdrílio Leal Guerra Curado

MEMBROS NATOS DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE PERNAMBUCO

Heraldo José de Almeida
Joaquim Correia de Carvalho Júnior
Silvio Neves Baptista
Urbano Vitalino de Melo Filho
José Henrique Wanderley Filho
Aurélia Agostinho da Boaviagem
João Pinheiro Lins
Nilton Wanderley de Siqueira

PRESIDENTE DE HONRA
Dr. José Cavalcanti Neves

Rev. de Estudos Jurídicos

A Secretaria de Administração lançou nos últimos dias a sua REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS enfeixando trabalhos de Direito Administrativo de autoria dos seus Assessores Jurídicos, sob o comando do jurista José Marcionilo de Barros Lins Filho, então Diretor da Diretoria de Apoio Legal.

O esforço do nosso colega José Marcionilo foi coroado de êxito, tendo principalmente plantado uma boa semente naquela Secretaria.

O Tribunal de Contas

O nosso Prof. MARCOS VINICIUS VILAÇA, da Faculdade de Direito do Recife, da Academia Brasileira de Letras e da sua congênere Academia Pernambucana de Letras, membro do nosso Instituto é o presidente do Tribunal de Contas da União. Juntamente com Marco Antônio Maciel e Gustavo Krause completa o trio de boa cepa pernambucana nos altos escalões da República.

Computadores

O Instituto está em negociações com empresas especializadas e agentes financeiros com a finalidade de firmar convênio para aquisição de COMPUTADORES. É nossa esperança que toda negociação esteja concretizada ainda no 1º semestre deste ano de 1995.

Novos associados

Foram admitidos nos nossos quadros sociais os conhecidos juristas pernambucanos professores IVO DANTAS e JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, ambos da Faculdade de Direito do Recife e o advogado Dr. Eduardo Sertório Canto, diplomado em Direito Internacional e Comparado da Energia, pela Universidade de Paris II Pantheon-Sorbonne.

ELEIÇÃO NA OAB

No dia 30 de novembro do ano passado realizaram-se nos salões do Clube Português as eleições dos dirigentes da Seccional Pernambucana da Ordem dos Advogados do Brasil para o triênio 1995-1997.

Três grupos disputaram as eleições, sagrando-se vencedora a chapa capitaneada pelo advogado Prof. Aloisio José de Vasconcelos Xavier — nosso associado — que conseguiu uma votação — 3.271 votos — número superior à soma dos votos dados aos demais concorrentes. A Chapa vencedora é composta:

Presidente: Aloisio Xavier. Vice: Antônio Mário, Secretário Geral: João Bosco, Secretário Adjunto: Vania Benjamim, Tesoureiro: Hermes Brito.

CONSELHEIROS:

Ademar Rigueira Neto, Albérico Gomes Guerra, Antonio Roberto Cruz, Carlos Alberto Lustosa, Carlos Antonio Alves Monteiro, Eduardo Chaves Pandolfi, Francisco Mauricio Rabelo, Frederico José de Brito Leite, Glória Maria Pontual, Ivânia Maria de Barros Melo, João Pinheiro Lins, Joaquim Bezerra de Medeiros, Jodeval Duarte, José Duarte Aguilar, Laura Cândida Dubourc, Manoel Cavalcanti de A. Sá Neto, Marcelo Corte Real, Olímpio Fraga Neto, Paulo Clemente Torres, Ricardo Izaby Lubambo, Tiago Cameiro Lima, Vania Lúcia Cavalcanti de Gouveia.

CONSELHO FEDERAL

Jorge da Costa Pinto Neves, José Joaquim de Almeida Neto e Urbano Vitalino de Melo Filho.

O nosso universo

As nossas publicações não ficam confinadas apenas ao universo dos nossos associados. Cada vez mais temos atendido às solicitações de jovens advogados e de estudantes de Direito. E em homenagem a estes nossos colegas divulgamos MATÉRIA DE GRANDE IMPORTÂNCIA: "DOS DIREITOS DO ADVOGADO" (Cap. II da lei 8.906 de 1994) "DA ÉTICA DO ADVOGADO" e das "INFRAÇÕES E SANÇÕES DISCIPLINARES" (Cap. VIII e IX) todos da TÍTULO I da referida lei, o nosso ESTATUTO:

CAPÍTULO II DOS DIREITOS DO ADVOGADO

Art. 6º. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Pùblico, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Art. 7º. São direitos do advogado:

I — exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

II — ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB;

III — comunicar-se com os seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuraçâo quando esses se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

IV — ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;

V — não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar;

VI — ingressar livremente:

- a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados;
- b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares;
- c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;
- d) em qualquer assembleia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais;

VII — permanecer sentado ou em pé e retirar-se de quaisquer locais indicados no inciso anterior, independentemente de licença;

VIII — dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;

IX — sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido;

X — usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;

XI — reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;

XII — falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo;

XIII — examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciais e Legislativos, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

XIV — examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

XV — ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

XVI — retirar autos de processos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias;

XVII — ser publicamente desagravado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela;

XVIII — usar os símbolos privativos da profissão de advogado;

XIX — recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

XX — retirar-se do recinto onde se encontra aguardando pregão para ato judicial, após trinta minutos do horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo.

§ 1º. Não se aplica o disposto nos incisos XV e XVI:

1. aos processos sob regime de segredo de justiça;
2. quando existirem nos autos documentos originais de difícil restauração ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, reconhecida pela autoridade em despacho motivado, proferido de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada;

3. até o encerramento do processo, ao advogado que houver deixado de devolver os respectivos autos no prazo legal, e só o fizer depois de intimado.

§ 2º. O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

§ 3º. O advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo.

§ 4º. O Poder Judiciário e o Poder Executivo devem instalar, em

todos os julzados, fóruns, tribunais, delegacias de polícia e presídios, salas especiais permanentes para os advogados, com uso e controle assegurados à OAB.

§ 5º. No caso de ofensa a inscrito na OAB, no exercício da profissão ou de cargo ou função de órgão da OAB, o conselho competente deve promover o desagravo público do ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator.

CAPÍTULO VIII DA ÉTICA DO ADVOGADO

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º. O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

§ 2º. Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

CAPÍTULO IX DAS INFRAÇÕES E SANÇÕES DISCIPLINARES

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

I — exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos;

II — manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta Lei;

III — valer-se de agenciador de causas, mediante participação dos honorários a receber;

IV — angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros;

V — assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado;

VI — advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na constitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior;

VII — violar, sem justa causa, sigilo profissional;

VIII — estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário;

IX — prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio;

X — acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione;

XI — abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia;

XII — recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeada em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública;

XIII — fazer publicar na imprensa, desnecessária e habitualmente, alegações forenses ou relativas a causas pendentes;

XIV — deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa;

XV — fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime;

XVI — deixar de cumprir, no prazo estabelecido, determinação emanada do órgão ou autoridade da Ordem, em matéria da competência desta, depois de regularmente notificado;

XVII — prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la;

XVIII — solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta;

XIX — receber valores, da parte contrária ou de terceiro, rela-

clonados com o objeto do mandato, sem expressa autorização do constituinte;

XX — locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa;

XXI — recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele;

XXII — reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança;

XXIII — deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo;

XXIV — incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional;

XXV — manter conduta incompatível com a advocacia;

XXVI — fazer falsa prova de qualquer dos requisitos para inscrição na OAB;

XXVII — tomar-se moralmente inidônea para o exercício da advocacia;

XXVIII — praticar crime infamante;

XXIX — praticar, o estagiário, ato excedente de sua habilitação.

Parágrafo único. Inclui-se na conduta incompatível:

- a) prática reiterada de jogo de azar, não autorizado por lei;
- b) incontinência pública e escandalosa;
- c) embriaguez ou toxicomania habituais.

Art. 35. As sanções disciplinares consistem em:

- I — censura;
- II — suspensão;
- III — exclusão;
- IV — multa.

Parágrafo único — As sanções devem constar dos assentamentos do inscrito, após o trânsito em julgado da decisão, não podendo ser objeto de publicidade a de censura.

Art. 36. A censura é aplicável nos casos de:

- I — infrações definidas nos incisos I a XVI e XXIX do art. 34;
- II — violação a preceito do Código de Ética e Disciplina;
- III — violação a preceito desta Lei, quando para a infração não se tenha estabelecido sanção mais grave;

Parágrafo único. A censura pode ser convertida em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do inscrito, quando presente circunstância atenuante.

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

- I — infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34;
- II — reincidência em infração disciplinar.

§ 1º. A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo.

§ 2º. Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária.

§ 3º. Na hipótese do inciso XXIV do art. 34, a suspensão perdura até que preste novas provas de habilitação.

Art. 38. A exclusão é aplicável nos casos de:

- I — aplicação, por três vezes, de suspensão;
- II — infrações definidas nos incisos XXVI a XXVIII do art. 34.

Parágrafo único. Para a aplicação da sanção disciplinar de exclusão é necessária a manifestação favorável de dois terços dos membros do Conselho Seccional competente.

Art. 39. A multa, variável entre o mto correspondente ao valor de uma anuidade e o máximo de seu décuplo, é aplicável cumulativamente com a censura ou suspensão, em havendo circunstâncias agravantes.

Art. 40. Na aplicação das sanções disciplinares são consideradas, para fins de atenuação, as seguintes circunstâncias, entre outras:

- I — falta cometida na defesa de prerrogativa profissional;
- II — ausência de punição disciplinar anterior;
- III — exercício assíduo e proficiente de mandato ou cargo em qualquer órgão da OAB;

IV — prestação de relevantes serviços à advocacia ou à causa pública.

Parágrafo único. Os antecedentes profissionais do inscrito, as atenuantes, o grau de culpa por ele revelada, as circunstâncias e as consequências da infração são considerados para o fim de decidir:

- a) sobre a conveniência da aplicação cumulativa da multa e de outra sanção disciplinar;

b) sobre o tempo de suspensão e o valor da multa aplicáveis.

Art. 41. É permitido ao que tenha sofrido qualquer sanção disciplinar requerer, um ano após seu cumprimento, a reabilitação, em face de provas efetivas de bom comportamento.

Parágrafo único. Quando a sanção disciplinar resultar da prática de crime, o pedido de reabilitação depende também da correspondente reabilitação criminal.

Art. 42. Fica impedido de exercer o mandato profissional a quem forem aplicadas as sanções disciplinares de suspensão ou exclusão.

Art. 43. A pretensão à punibilidade das infrações disciplinares prescreve em cinco anos, contados da data da constatação oficial do fato.

§ 1º. Aplica-se a prescrição a todo processo disciplinar paralisado por mais de três anos, pendente de despacho ou julgamento, devendo ser arquivado de ofício, ou a requerimento da parte interessada, sem prejuízo de serem apuradas as responsabilidades pela paralisação.

§ 2º. A prescrição interrompe-se:

I — pela instauração de processo disciplinar ou pela notificação válida feita diretamente ao representado;

II — pela decisão condenatória recorrível de qualquer órgão julgador da OAB.

JUSTICA SEJA FEITA.

A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO FICOU MUITO MAIS ÁGIL.

Nestes três anos e meio da administração Joaquim Francisco, a Procuradoria Geral contou com muitos avanços para tornar mais ágil a cobrança da Dívida Ativa e mais eficiente o trato das relevantes questões jurídicas que envolvem o interesse do Estado. Confira.

- Interiorização e expansão das ações da Procuradoria através da criação das Procuradorias Regionais de Caruaru e Petrolina, já em funcionamento, e as de Arcoverde e Brasília (DF), em implantação.
- Informatização de todo o sistema de rotinas da Procuradoria, facilitando o ordenamento processual e a agilização dos serviços.
- Instalações físicas, equipamentos e mobiliários da Procuradoria Geral do Estado, em prédio totalmente reformado na Rua do Sol.

Criação do Fundo de Sucumbência Processual, que consiste em reverter os honorários advocatícios das questões ganhas pelo Estado, em recursos aplicados exclusivamente no reequipamento e melhoramento da Procuradoria.

Aprimoramento profissional através da reestruturação do seu centro de estudos jurídicos, com a criação da biblioteca, realização de palestras e seminários, além de treinamento dos novos procuradores aprovados em concurso público.

**GOVERNO DE
PERNAMBUCO**