

SOBRE A CENTRALIDADE DA HERMENÊUTICA DOS CONFLITOS NO DIREITO POSITIVO

ON THE CENTRALITY OF HERMENEUTIC OF CONFLICTS IN THE POSITIVE LAW

SOBRE LA CENTRALIDAD DE LA HERMENÉUTICA DE LOS CONFLICTOS EN EL DERECHO POSITIVO

Fábio Régio Bento¹

RESUMO:

Artigo de sociologia do direito que identifica relações de subordinação e complementaridade entre hermenêutica dos conflitos - objeto primário de estudo do direito (fatos em forma de conflitos entre as partes) - e dogmática jurídica - seu objeto subordinado -, concluindo que é a prioridade da hermenêutica dos conflitos em relação à dogmática jurídica (aplicação de tratamentos normativos) que qualifica o direito positivo como ciência social aplicada.

Palavras-chave: Hermenêutica dos conflitos. Hermenêutica jurídica. Dogmática jurídica. Direito positivo. Direito natural.

ABSTRACT:

Law sociology article which identifies relations of subordination and complementarity between hermeneutic of conflicts - primary object of the study of Law (facts in the form of conflicts between the parties) - and legal dogmatic - its subordinate object - concluding that it is the priority of the hermeneutic of the conflicts in relation to legal dogmatic (application of normative treatments) that qualifies the Positive Law as an applied social science.

Keywords: Hermeneutic of conflicts. Legal hermeneutic. Legal Dogmatic. Positive Law. Natural Law.

RESUMEN:

Artículo de sociología del derecho que identifica relaciones de subordinación y complementariedad entre la hermenéutica de los conflictos - objeto primario del estudio del derecho (hechos en la forma de conflictos entre las partes) - y dogmática legal - su objeto subordinado -, concluyendo que es la prioridad de la hermenéutica de los conflictos

¹ Doutor em Ciências Sociais pela Pontificia Universita S. Tommaso D'Aquino, U.P.TOMMASO, Vaticano, Itália. Professor Adjunto de Sociologia na Universidade Federal do Pampa (Unipampa). Membro do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Unipampa. Pesquisa em Segurança nas Fronteiras entre as religiões. E-mail: frbento@hotmail.com

en lo que se refiere a la dogmática legal (uso de tratamientos normativos) que caracteriza el derecho positivo como sociología aplicada.

Palabras-clave: Hermenéutica de los conflictos. Hermenéutica legal. Dogmática Legal. Derecho positivo. Derecho natural.

INTRODUÇÃO

A um estudante que gostaria de mais disciplinas humanísticas no seu curso de graduação em direito, respondi ser do parecer que os professores das assim chamadas disciplinas técnico-dogmáticas poderiam manifestar com mais clareza o conteúdo sócio-humanístico das disciplinas supostamente técnicas que lecionam. Seria o direito civil uma disciplina humanística ou técnico-dogmática? Propriedade privada, família, contratos, não seriam temas humanos, sociais, mas temas técnico-dogmáticos? As assim chamadas disciplinas dogmáticas do direito (direito civil, comercial, tributário, administrativo, penal, processual) não seriam humanísticas, mas técnicas, de um curso que seria técnico-dogmático, e não sócio-hermenêutico e humanístico? Faltam-me elementos para deixar de conceber todos os temas do direito como temas humanos, sócio-hermenêuticos, que exigem soluções práticas compatíveis com tal identidade sócio-humanística. Para a lógica tecnicista - que prioriza a aplicação da técnica em detrimento da interpretação dos conflitos - direito para valer, sério, seria somente o direito técnico-dogmático. As demais disciplinas seriam apenas complementares.

A sociologia do direito é uma disciplina sócio-humanística, mas o direito civil, comercial, tributário, administrativo, também. Numa ciência social aplicada, não cabe divórcio cognitivo e curricular entre disciplinas humanísticas e disciplinas técnico-dogmáticas, ou “profissionalizantes”. O direito descreve e interpreta conflitos humanos antes de prescrever a aplicação de tratamentos normativos aptos a resolvê-los, preveni-los ou amenizá-los. O verbo aplicar (normas) deveria supor a boa conjugação prática dos verbos descrever e interpretar (conflitos). Segundo sua caricatura tecnicista, o direito funcionaria como uma daquelas máquinas de latas de refrigerantes, onde inserimos uma moeda (aplicação) e obtemos o resultado. Profissionais da aplicação de normas, divorciada de criteriosas descrições e interpretações dos conflitos, não seriam juristas, pensadores prático-teóricos dos conflitos e das normas, mas espécie de office-boy da lei. Não há deméritos na profissão de office-boy, mas não seriam necessários cinco anos de

ensino superior para se tornar office-boy da lei. Afirmar que o direito é uma ciência social aplicada significa identificar sua peculiaridade prescritiva (aplicação de tratamentos normativos), sem, porém, negligenciar sua identidade descritiva e interpretativa dos conflitos.

1 OBJETO PRIMÁRIO DE ESTUDO DO DIREITO

“O direito estuda a lei”, respondem alguns estudantes, quando interpelados sobre o objeto de estudo do seu curso de direito. Em primeiro lugar, cabe sublinhar que lei, no singular, é metafísica. Estudam-se leis, no plural, ou conjunto de leis (dogmática jurídica). Mas seriam as leis, a dogmática jurídica, o objeto primário de estudo do direito, ou o objeto secundário, subordinado ao objeto primário? Pensando na recomendação popular de que não se deve colocar a carroça na frente dos bois, no caso do direito, a recomendação seria de evitar colocar a análise (e escolha) das normas antes da análise dos conflitos que sustentam a necessidade das normas para a solução deles.

Razões metodológicas recomendariam ao direito de não dissociar o estudo das normas do estudo dos conflitos que justificam a necessidade de se encontrar tratamentos normativos aptos a solucioná-los. Ao descolar o estudo das normas do estudo dos conflitos, o direito positivo desliza para a etapa anterior ao direito positivo, por ele combatida, caracterizada pela dedução metafísica (das normas para os fatos), regra oposta à do direito positivo, caracterizado pela metodologia comtiana da indução: dos fatos (conflitos) para a busca de soluções normativas. O direito é ciência social dos conflitos e das soluções normativas aptas a resolver tais conflitos de interesses entre as partes, mas o direito real que povoa a mente de estudantes que conheci nos anos de magistério de sociologia do direito, é um direito metafísico, onde excede o estudo das normas dissociado do estudo dos conflitos que justificam a necessidade de soluções normativas. A mente de leigos e estudantes de direito é povoada pelo que podemos chamar de engenharia forense, ou matemática jurídica, caricatura do direito que o concebe como estudo de normas e das relações das normas entre elas, sem referência substancial aos conflitos e tensões sociais que determinam a criação de normas jurídicas.

O estudo sistemático de normas jurídicas reguladoras (direitos e deveres institucionalizados) se justifica pela necessidade pública e privada de se identificarem

tratamentos normativos para prevenir, resolver ou amenizar as tensões e conflitos que determinam a necessidade de criação de normas reguladoras.

Normas jurídicas são estudadas pelo direito positivo como objeto secundário, derivado, subordinado em relação aos fatos sociais que se manifestam em forma de conflitos (micro ou macro) entre as partes. Objeto secundário não significa objeto menos importante, mas objeto metodologicamente subordinado ao objeto primário. Quando é que se recorre ao direito? Recorre-se ao direito quando as partes não conseguem resolver seus conflitos sozinhas ou com a mediação de terceiros informais (amigos, parentes, conciliadores informais). Tanto na solução informal (sujeitos envolvidos e terceiros informais) quanto na solução formal (sistema jurídico estatal) emerge a centralidade dos conflitos como fatores acionadores dos sistemas de conciliação informal e/ou formal (direito).

Assim como o médico prescreve tratamentos somente após descrever detalhadamente os problemas de não-saúde do paciente, no direito a prescrição de normas deveria ser precedida pela descrição acurada dos conflitos que determinam tratamentos normativos específicos, aptos a resolvê-los ou amenizá-los. A descrição dos conflitos está para o direito como a descrição do estado de não-saúde dos pacientes está para a medicina. Somente após tal descrição detalhada dos fatos (conflitos e doenças) pode-se prescrever tratamentos adequados a serem aplicados com menor risco de se recomendarem tratamentos errados para conflitos e doenças mal-identificadas.

Médico pouco profissional é o que prescreve remédio inadequado movido pela descrição negligente do problema que originou a consulta. O profissional do direito pratica o mesmo erro metodológico quando prescreve soluções normativas inadequadas por não ter descrito e interpretado com precisão o conflito que acionou a busca de uma solução normativa para ele.

Estudantes de direito que se dedicam mais ao estudo dos códigos do que à interpretação dos conflitos de interesses entre as partes, seriam como estudantes de medicina que se dedicassem mais ao estudo de bulas (bulologia) do que ao estudo dos problemas específicos que originaram a necessidade de identificação de tratamentos adequados. Doenças e tratamentos, conflitos e normas reguladoras não são dissociados na medicina e no direito. Professores de direito (ciência social aplicada) ajudariam a superar tal dissociação se praticassem o exercício de identificação dos conflitos

específicos contidos nas disciplinas dogmáticas que lecionam. O direito centrado nas normas dos códigos, negligente em relação à descrição e interpretação dos conflitos (fáticos) contidos em tais normas, certamente não corresponde ao direito classificado como ciência social aplicada.

Os conflitos e tensões são vivos, dinâmicos, mutáveis. Já os códigos são caracterizados pela perenidade. Todavia como usar um instrumento típico de sociedades pouco mutáveis em sociedades mutáveis como as nossas? Refugiando-se nas promessas de estabilidade contidas no sistema código, estudantes e profissionais de direito terminam por se afastar da dinamicidade e complexidade dos conflitos sociais. Pensam ter encontrado uma boia de salvação, mas pode se tratar de uma pedra de tropeço. Vivemos numa sociedade dinâmica e instável (pós-modernidade) que busca estabilidade onde já não mais se encontra tal possibilidade de estabilidade. As certezas dos códigos de direito parecem não mais remediar tal necessidade de estabilidade. Os novos códigos já nascem superados, carentes de reformas, não por culpa deles ou de quem os criou, mas porque a solução-código é solução jurídica para sociedades estáticas, estáveis, e não para sociedades dinâmicas e instáveis como a nossa. No passado, em época de mudanças lentas, a sociedade podia valer-se de códigos, caracterizados pelo maior prazo de validade. Mas em época de mudanças rápidas, abrangentes e complexas, não há como contar com os códigos como fator de estabilização. Estamos utilizando uma solução do passado - perenidade normativa dos códigos - numa sociedade complexa, que exige adaptações hermenêuticas constantes. Não há como buscar conforto numa roupa apertada, inadequada para um corpo social em constante modificação (para melhor ou pior). As características da sociedade hodierna indicam a necessidade de um sistema regulador mais ágil que o sistema código. A crise dos códigos, ou melhor, do sistema código, não é jurídica, mas sociológica: instrumentos dotados de perenidade são para sociedades simples, e não para sociedades complexas, multifacetárias, dinâmicas e instáveis como as nossas. Para Paolo Grossi (2004, p.97), “uma velha ideia de legalidade, legalidade formal, deve substituir-se, e cada vez mais deve ser substituída, por uma legalidade diferente”. A necessidade de legalidade permanece atual, mas com modelos de legalidade adequados às características da sociedade hodierna. Não diria que vivemos em época melhor que a anterior, mas vivemos em época diferente, que exige modelos diferentes de sistema de legalidade.

O direito, portanto, não é normatologia. A dogmática jurídica está contida no direito, mas ele é mais do que dogmática jurídica. Para regularizar relações sociais caracterizadas pelos conflitos, ou com possibilidade de conflitos (função preventiva do direito), o direito precisa estudar, em primeiro lugar, tais conflitos, e não apenas as normas aptas a solucioná-los, sem descolar o estudo das normas do estudo do ponto de partida fático que determina a necessidade de normas.

2 ESCOPOS DO DIREITO

O direito é ciência social (descritiva e interpretativa) das tensões e conflitos entre as partes e dos tratamentos normativos (prescritivos) aptos a resolver, evitar ou amenizar tais conflitos e tensões. Tais conflitos e tensões fáticos são tratados pela mediação de terceiros informais (controle social) ou pela mediação de terceiros formais (controle estatal). Todas as formas de mediação e conciliação são relevantes para os escopos do direito, e não apenas a mediação formal do estado. Ações de mediação e conciliação realizadas por grupos de voluntariado, consideradas extrajudiciais, são tão importantes quanto ações oficiais, pois o que conta é o resultado de pacificação produzido para a sociedade pelas ações de mediação e conciliação, por meio do sistema jurídico estatal (controle estatal) ou do sujeito comunidade (controle social).

O objetivo epistemológico e operacional do direito é identificar tratamentos normativos aptos a resolver, evitar ou amenizar conflitos e tensões, sem olvidar que conflitos circunstanciais decorrem também de conflitos estruturais. O conflito estrutural por excelência da modernidade é entre capital e trabalho, que os marxistas tentaram resolver com revoluções comunistas e os social-democratas com soluções trabalhistas reformadoras. O direito hodierno é substancialmente reformador, concilia ingredientes ideológicos liberal-democratas e social-democratas. O direito não se caracteriza mais pelo debate entre esquerda e direita, mas pelo ajuste entre elementos de centro-esquerda (social-democracia) e de centro-direita (liberal-democracia). A criação de uma nova ordem social, alternativa ao atual sistema socioeconômico, não é objetivo estranho ao direito. Em vez de tratar somente de conflitos ordinários, cotidianos, o direito pode tratar também de conflitos estruturais, geradores de inúmeros conflitos circunstanciais, buscando sistemas paradigmáticos de conciliação. O direito poderia voltar-se mais para as exigências de

seus consumidores do que para as exigências de seus operadores. Ele ainda está voltado mais para as soluções processuais, exigidas pelo processo jurídico formal, do que para a satisfação das partes que acionaram o processo. Os procedimentos formais podem ser empregados satisfatoriamente, do ponto de vista técnico, sem que as partes se sintam satisfeitas.

O objetivo do direito é responder satisfatoriamente às necessidades sócio-substanciais das partes litigantes. No comércio, onde “o cliente tem sempre razão”, busca-se a satisfação do cidadão-consumidor. No direito, há situações de satisfação processual divorciadas da satisfação sócio-substancial das partes litigantes. Um médico pretende que o paciente recupere a saúde, e não se satisfaz simplesmente em verificar se empregou os procedimentos técnicos corretamente. Ele quer resultados. Há quem se preocupe muito com a lógica e coerência interna dos procedimentos normativos (validade) e muito pouco com os resultados favoráveis que estes procedimentos possam gerar na sociedade (eficácia). Às vezes, lá está a sociedade, insatisfeita com uma determinada decisão judicial, reivindicando decisões caracterizadas pela lógica social e, ao mesmo tempo, lá está o tecnicista, ufano pela lógica formal obtida. A lógica dogmática nem sempre prioriza os objetivos da lógica social, mas os objetivos da lógica processual. Em Teoria Geral do Processo, seus autores explicam que

o processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores, ou seja, à população destinatária (CINTRA, A.; GRINOVER, A.; DINAMARCO, C., 1997, p. 43).

O objetivo das sentenças é resolver conflitos, e não apenas solucionar processos. Pacificação, conciliação, reconciliação são escopos do direito e exigências da sociedade, obtidas também por meio de medidas políticas reformadoras no sistema social.

3 HERMENÊUTICA DOS CONFLITOS E DOGMÁTICA JURÍDICA

Dogmática jurídica significa conjunto de normas que o aplicador do direito utiliza para realizar os objetivos do direito. Porém, no verbo aplicar, estão contidos os verbos interpretar, escolher, selecionar. Não existe aplicação mecânica de leis, mas aplicação de leis após a interpretação e escolha da lei mais adequada ao caso acionador do direito (conflito específico). No vasto “supermercado” das leis, há várias opções. A escolha das normas é determinada pela análise dos conflitos específicos. Todavia, mesmo sendo indutiva a metodologia do direito positivo, insiste-se ainda em recorrer à metafísica: parte-se da dogmática jurídica para aplicar dedutivamente, a posteriori, uma norma ao caso concreto (conflito). Tal inversão metodológica é incoerente com a lógica indutiva do direito positivo, para o qual a dogmática jurídica não é ponto de partida, mas de chegada. Recorre-se a ela após a descrição e interpretação detalhadas dos conflitos específicos (fatos) que acionaram o sistema jurídico.

Segundo a lógica indutiva do direito positivo, diante de um conflito de interesse entre as partes, em primeiro lugar aciona-se a hermenêutica do contexto de aplicação das normas. Hermenêutica do contexto de aplicação significa interpretação multidisciplinar dos conflitos: hermenêutica sociológica, psicológica, política, antropológica. Os conflitos entre as partes, por serem conflitos humanos, são conflitos multifacetários. Há vários ingredientes nos conflitos que precisam ser identificados: ingredientes sociológicos, psicológicos, religiosos, políticos, econômicos, etc. A complexidade dos conflitos exige que o profissional do direito tenha conhecimento (mínimo) satisfatório em todas as áreas do saber humano, e não apenas conhecimento “técnico” em dogmática jurídica. De fato, os cursos de direito não são fáceis nem de curta duração, pois formam juristas, bons intérpretes dos conflitos e das normas, e não office-boys das leis.

No direito positivo, a dogmática jurídica é aplicação interpretada (e escolhida) das normas, que devem ser prescritas de forma indutiva, ou seja, após a descrição e interpretação dos fatos (conflitos). Fora de tais procedimentos metodológicos, não existe direito positivo, ciência social aplicada, mas metafísica jurídica, com o emprego de metodologia dedutiva semelhante à do assim chamado direito natural.

4 DIREITO POSITIVO, LEGALISMO E POSITIVISMO

Direito positivo não significa legalismo. Significa metodologia indutiva, positivista (do francês Augusto Comte) aplicada ao direito pela nova classe emergente da Revolução Francesa, a burguesia. Legalismo significa compreender e exercer a dogmática jurídica dissociada da hermenêutica dos conflitos. Tal posição equivale ao que chamamos também de formalismo jurídico, tecnicismo ou dogmatismo jurídico. Mesmo com abundância de sinônimos, há quem utilize também, impropriamente, a expressão positivismo para designar tal anomalia tecnicista no estudo e exercício do direito.

O direito positivo, assim como o positivismo, anunciou a superação definitiva da metafísica aplicada ao estudo da sociedade e à elaboração das normas. Diferentemente do direito natural que, do ponto de vista ideológico, foi monárquico-clerical e, do ponto de vista metodológico, metafísico-dedutivo, o direito positivo, do ponto de vista ideológico, foi burguês, ao menos numa primeira fase e, do ponto de vista metodológico, é físico-indutivo.

No direito positivo, que emprega metodologia positivista, afirma-se a centralidade dos fatos. Identifica-se nos fatos sociais o ponto de partida metodológico das interpretações sociais (sociologia) e da criação das normas (direito positivo). Na sociologia, as ideias sobre os fatos derivam da interpretação deles. No direito positivo, as normas são elaboradas a partir da interpretação dos fatos (conflitos). Mas quem teria poder de definir o normal e o anormal, o certo e o errado, o justo e o injusto, o direito e o infracional? Antes das mudanças político-liberais da Revolução Francesa, o poder de definir o certo e o errado era da monarquia, associada ao clero. Tal poder passou a ser da burguesia, a qual criou normas morais e jurídicas de acordo com seus interesses específicos. Uma das primeiras medidas da burguesia foi regular a propriedade privada de acordo com sua cosmovisão. Inicialmente, o direito positivo, metodologicamente indutivo, foi ideologicamente burguês. Posteriormente, com o crescimento político dos movimentos operários, o direito positivo deixa de ser exclusivamente burguês e passa a ser burguês e operário. A burguesia preocupa-se com o direito civil, principalmente com a regulamentação da propriedade privada. Os movimentos operários preocupam-se com o direito trabalhista, com a regulamentação das suas conquistas sócio-reformadoras. Atualmente, a definição do certo e errado dá-se de forma indutiva nos debates entre maioria e minoria. São debates sobre temas complexos, multidisciplinares, decididos por

meio do sistema de representação (democracia representativa) ou pela decisão direta (plebiscito, referendo). Conflitos e tensões sobre fatos econômicos, políticos, religiosos, ou conflitos de bioética são tratados com a criação de normas jurídicas específicas que sejam expressão da vontade da maioria, em sistemas de escolha direta ou indireta precedidos por divulgação de informações e debates entre os cidadãos (maioria e minoria). A democracia moderna substituiu o poder monárquico-clerical pela soberania popular e a metodologia dedutiva do direito natural pela metodologia indutiva do direito positivo.

5 DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

Há estudantes de direito que emitem opiniões favoráveis sobre direito natural, desconhecendo contradições contidas em tal expressão, ao mesmo tempo em que emitem, também, opiniões desfavoráveis sobre positivismo, como se fosse sinônimo de legalismo. Positivista, repetindo, é a metodologia indutiva empregada por Augusto Comte no estudo dos fatos sociais. Positivista é a escola de pensamento na história da filosofia que coincide (na gênese) com o que Augusto Comte chamou de sociologia. Por isso, todo sociólogo é, originariamente, do ponto de vista metodológico, um positivista. Todavia, se eu afirmar, num curso de direito, que sou um pensador positivista, pensarão que defenderei o formalismo jurídico que critico neste artigo.

Positivismo não significa formalismo, legalismo, tecnicismo jurídico, mas método socioindutivo (de cognição) centrado nos fatos (reais, vigentes, positivos). Quando o direito trocou o método dedutivo do direito natural pelo método indutivo do sociólogo Augusto Comte, passou a ser chamado de direito positivo. Norma positivada não é, em primeiro lugar, norma imposta pelo Estado. A principal característica da norma positivada é a metodologia utilizada na sua elaboração. Norma positivada é a norma elaborada de forma indutiva (direito positivo) pela sociedade pluralista, em substituição ao procedimento dedutivo utilizado pelo direito natural na elaboração das normas.

A escassa compreensão das diferenças metodológicas radicais entre direito positivo e direito natural talvez tenha origem no desconhecimento das diferenças também radicais entre sociologia (geral e do direito) e filosofia (geral e do direito). Filósofos e sociólogos compreendem diferentemente o direito, mas nem sempre os estudantes de

direito são alertados sobre tais diferenças. Em livros e apostilas de introdução ao direito, ou de história do direito, às vezes escritos por bacharéis em direito que não são nem filósofos nem sociólogos, encontramos afirmações metafísicas sobre o direito reportadas como se fossem afirmações de sociologia do direito. Tais autores, ao escreverem sobre sociologia do direito, sendo filósofos, sem identidade de sociólogos, produzem, mais que tudo, confusão. Escrevem sobre sociologia do direito a partir de critérios dedutivos, como se o estudo da filosofia habilitasse alguém para ser sociólogo. Sociologia e filosofia são disciplinas e vocações profissionais diferentes. Quem leciona normalmente, sem problemas, filosofia e sociologia, não é nem sociólogo nem filósofo. Sociólogos sem vocação e/ou sem formação específica costumam não evidenciar as diferenças metodológicas entre filosofia e sociologia (geral e do direito). Professores de sociologia do direito, filosofia do direito, história do direito, introdução ao direito deveriam explicitar as diferenças de fronteira entre as disciplinas que lecionam. Há quem apresente disciplinas diferentes como se fossem quase idênticas, em nome de uma falsa interdisciplinaridade, ou porque não conhecem bem a disciplina que lecionam. Sociologia do direito e filosofia do direito são disciplinas igualmente importantes, mas radicalmente diferentes. Confusões entre filosofia e sociologia se manifestam, nos cursos de direito, também nas definições e caracterizações do assim chamado direito natural.

Não obstante já tenha encontrado considerações metafísicas sobre o direito natural atribuídas à sociologia, segundo a lógica indutiva da sociologia o direito natural simplesmente não existe. Direito é cultura (criada) e não natureza (dada). Cultura é criação humana, particular, contestável, mutável. A natureza é dada (não criada), universal, incontestável, imutável. É exercício de arbitrariedade apresentar algumas normas morais e jurídicas (criadas pelos seres humanos) como se fossem normas naturais. Direito natural é ideologia entendida em sentido conservador, com a função de ocultar (para manter) interesses de grupos específicos.

Interpretações de conflitos e sistemas normativos são criações humanas, culturais, e não um regalo dos deuses ou da natureza. Pode até ser que existam leis e sistemas normativos naturais (dados, universais, imutáveis), escritos na natureza das coisas, uma hipotética ordem moral natural das coisas, mas no momento em que tais leis e sistemas são definidos racionalmente por meio de conceitos, eles ingressam no âmbito da cultura (criada, particular, contestável, mutável), com autoria assinada por grupos específicos.

Para os filósofos do jusnaturalismo (leigo ou religioso), haveria uma ordem normativa escrita na natureza das coisas. Mas quem teria o poder de identificar, conceituar e interpretar tal ordem normativa supostamente escrita por Deus na natureza das coisas? Um conselho de guardiões (leigo ou religioso) da verdade absoluta? Não há nenhuma possibilidade de conciliação entre direito natural e democracia. Direitos supostamente naturais são intrinsecamente arbitrários. Democracia exige laicidade do Estado, abertura ao pluralismo de opiniões, e tal pluralismo do Estado Democrático é compatível com a metodologia aberta ao pluralismo que caracteriza o direito positivo. Nem mesmo os direitos humanos são direitos naturais. São ótimos direitos, que fazem parte da cultura da democracia.

Na ideologia do direito natural há referências a normas divinas (direito divino), como mecanismo de legitimação, ou seja, uso político de Deus para justificar interesses humanos específicos. Em síntese, manipulação intelectual voltada para a transformação de Deus em “cabo-eleitoral” do poder monárquico-clerical. Os católicos republicanos acreditam na existência de leis divinas (LÖNNE, 1991), mas para eles tais leis não são naturais. São leis reveladas (por Jesus Cristo). A teologia da revelação estuda o conteúdo e o método da revelação. No conteúdo da revelação está também a ética, a vontade de Deus revelada aos seres humanos. A diferença política fundamental entre direito natural e teologia da revelação, é que a teologia da revelação acredita na veracidade de suas descobertas, mas não as transforma em ferramenta política de dominação cultural.

O direito natural, originalmente definido como cultura de resistência ao poder, desobediência por razões de consciência - que era como o compreendia Tomás de Aquino (CHIAVACCI, p.639) -, degenerou em ideologia de manutenção do poder monárquico-clerical, fraude política bem-sucedida.

Com a substituição do antigo regime pelo sistema do pluralismo cultural (democracia), as normas jurídicas passaram a ser definidas pela sociedade por meio de decisão direta (referendo, plebiscito) ou decisão de representantes do povo no legislativo. As leis são aplicadas pelo poder judiciário, que é, também, intérprete delas. A interpretação dos conflitos e das normas não deve superar o limite imposto por duas regras do direito positivo, a da neutralidade e a da imparcialidade dos profissionais do direito. Respeitando tais regras respeita-se o pluralismo cultural e a vontade soberana do povo contida nas normas jurídicas dos sistemas políticos democráticos.

6 DIREITO POSITIVO E VALORES COLETIVOS

Oscar Correias, em *Introdução à Sociologia Jurídica* (1996, p. 78), afirmou ser o direito “o resultado da correlação de forças entre os setores sociais que dispõem de maior ou menor poder para impor normas jurídicas”. A norma jurídica de hoje é a norma moral coletiva bem-sucedida de ontem. Numa democracia, as normas jurídicas são expressão da soberania popular. A dogmática jurídica é criação ético-jurídica dos seres humanos, mas as criações humanas são transitórias, reformáveis. Por isso, como sugeriu Plauto Faraco de Azevedo (1998, p. 12), cabe verificar, nos cursos de direito, “se o professor está ensinando o direito relacionado com as vicissitudes concretas da existência ou isolado nas leis e nos códigos, indiferente à moldura humana à que se aplica”.

Valores morais estão contidos nos conflitos entre as partes e nas normas jurídicas. A dogmática jurídica é expressão de valores coletivos. O direito não é moralmente neutro, mas dos profissionais do direito é exigida a regra da neutralidade relativa, que é uma regra clássica da sociologia (WEBER, 1993; DURKHEIM, 2001).

A regra da neutralidade relativa sugere desapego, distanciamento profissional em relação aos valores contidos nos fatos e nas normas para a melhor cognição dos conflitos e das normas. Neutralidade absoluta é impossível e desnecessária, e, por sugerir indiferença, frieza, seria mais um defeito do que uma virtude metodológica. A neutralidade relativa refere-se aos valores, e a imparcialidade, no direito, refere-se ao processo. Como podemos observar na análise de processos, imparcialidade não significa imparcialidade negativa, não tomar parte, mas imparcialidade positiva: promover a manifestação exaustiva das razões das partes envolvidas no processo. A imparcialidade satisfatória não é imparcialidade dada, estática, mas imparcialidade dinâmica, construída. No ponto de partida de um processo, ocorre situação de parcialidade quando não houver igualdade de condições entre as partes. Tais situações de parcialidade inicial, ao serem corrigidas por recomendação do magistrado, não serão interpretadas como tomada de posição unilateral do magistrado (parcialidade), mas como construção da imparcialidade. A responsabilidade e zelo pelo processo, como instrumento democrático de pacificação, exige a construção da imparcialidade de fato. Digamos que o advogado de uma parte seja visivelmente desqualificado e o da outra um excelente profissional, por razões, por

exemplo, de desigualdade econômica entre as partes. Pode-se chamar tal processo de imparcial no ponto de partida, ou se trata de falsa imparcialidade, a ser corrigida pela construção da imparcialidade de fato, pela transformação da imparcialidade formal (parcialidade de fato) em imparcialidade substancial? Cabe ao magistrado, que é responsável pelo bom andamento do processo, intervir por meio dos recursos disponíveis, para que a imparcialidade seja efetiva, e não meramente formal.

Todavia cabe lembrar que, num processo, exige-se imparcialidade somente dos magistrados. O advogado defende uma parte (cliente), e o promotor defende outra parte (a sociedade). Ambos são profissionais da parcialidade, mas que podem (e devem) adotar raciocínios de imparcialidade justamente por razões profissionais: identificar as razões da parte oposta para defender melhor o cliente (advogado), ou a sociedade (promotor).

A regra da imparcialidade vale, sobretudo, para os magistrados. A regra da neutralidade relativa, para a melhor cognição dos conflitos e das normas, vale para todos os profissionais do direito positivo. Mas a regra da neutralidade relativa em relação aos valores deve ser compreendida no contexto das sociedades hodiernas, caracterizadas pela construção e reformulação dos sistemas ético-normativos.

Na dissertação intitulada *A Interpretação Sociológica do Direito*, Wellington Pacheco de Barros (1995, p. 148) constatou que “o jurídico de hoje foi o político de ontem, origem que se mantém sempre latente”. A dogmática jurídica é expressão normativa de uma determinada opção de valor feita pela sociedade num dado contexto específico. Quando a sociedade modifica as próprias referências morais de base, ela conseqüentemente exige que a dogmática jurídica reoriente suas normas e procedimentos. Cada período histórico específico, num dado espaço geográfico, gerou sua legislação específica, durável, mas mutável, não-definitiva, contestável, reformável. A Revolução Francesa substituiu o direito feudal e monárquico pelo direito burguês que, por sua vez, passa até hoje por constantes modificações trabalhistas, reformadoras.

O confronto civil permanente entre os valores da maioria e os valores da minoria é determinante para o direito. O direito de hoje é resultado da vontade da maioria de ontem, sem esquecer, como percebeu Alexis de Tocqueville (*De la Démocratie in Amérique*, 1835), que a democracia pode degenerar em ditadura da maioria. Democracia significa relação entre maioria que governa e minoria que faz oposição. A oposição (profissional,

responsável, inteligente) é parte institucional do sistema democrático, e não um elemento residual subversivo dele.

Segundo o juiz Wellington de Barros (1995, p.10), “é preciso que a exegese jurídica deixe as fórmulas conceituais e dogmáticas criadas para um tempo e realidade diferentes e se volte para a atualidade e assim possa ver o direito não apenas com os olhos da lei, mas com os olhos da satisfação social”.

A “satisfação social” é mutável, mas porque a mutabilidade caracteriza as sociedades democráticas. Não se trata de um defeito, mas de uma condição determinada pelo nosso modo hodierno de viver. Tal mutabilidade da “satisfação social” não autoriza nenhum dos três poderes a desqualificá-la. Numa democracia, deve-se analisar o mérito da opinião pública, com reverência, sem esnobá-la, sem tratá-la como se fosse sempre massa manobrada, manipulada pelos meios de comunicação. Magistrados que tratam a “satisfação social” - que se manifesta também em forma de opinião pública - com a devida reverência, sabem que o poder que exercem não emana das faculdades de direito, mas da soberania popular. Sabem que não exercem uma profissão técnica, mas um poder (de julgar) que lhes foi transmitido pelo povo. Eles sabem que, numa democracia, todo o poder emana do povo, inclusive o poder judiciário. O ingresso no poder judiciário acontece por meio de concurso, elaborado por comissões criadas para isso, procedimento previsto na Constituição Federal, que foi elaborada pelo povo por meio de seus representantes (assembleia constituinte). O concurso está para o poder judiciário como o voto para os poderes legislativo e executivo: são meios de delegação de um poder que é do povo soberano. Concursos e comissões de concurso para o ingresso na magistratura (e no ministério público) têm legitimidade democrática porque esse foi o caminho indicado pelo povo para a transferência do poder popular aos servidores públicos que são admitidos ao exercício do poder judiciário por meio de exames específicos.

Assim como os sistemas eleitorais podem e devem ser melhorados, algumas regras referentes aos concursos de ingresso no poder judiciário também poderiam ser melhoradas. Certamente ninguém ousaria desqualificar a necessidade de conhecimento especializado oferecido pelas faculdades de direito e pelos cursos de formação para a magistratura e ministério público. Tal exigência de conhecimento especializado deveria ser até exportada ao legislativo e ao executivo. Mas as atividades relacionadas aos três poderes do Estado Democrático não são meras profissões. São mandatos populares que

exigem legitimidade, além de competência profissional. No judiciário, ao contrário do legislativo e do executivo, a competência profissional geralmente é indiscutível. Os mecanismos de designação popular do poder judiciário é que poderiam ser parcialmente reformulados. As qualidades cívicas dos candidatos aprovados nos exames de conhecimento poderiam ser depois avaliadas por representantes qualificados de setores da sociedade civil, e não somente por um corpo de especialistas em direito, o que qualificaria a legitimidade da transferência de poder e promoveria o aumento do zelo profissional pela “satisfação social”.

CONCLUSÃO

O direito positivo caracteriza-se pelo emprego de metodologia diferente da metodologia metafísica empregada pelo direito natural. Mas ao se afastar da centralidade da hermenêutica dos fatos em forma de conflitos, priorizando a dogmática jurídica, o direito positivo retornou ao método dedutivo-metafísico do direito natural, abandonando sua posição metodológica comtiana, indutiva, positivista. A nova (em sentido cronológico) metafísica jurídica é metafísica tecnicista, normatologia. Portanto, sublinhar a centralidade da hermenêutica dos conflitos no direito positivo não significa propor metodologia nova, alternativa, mas reconhecer a possibilidade de superação da atual metafísica tecnicista pelo retorno do direito positivo à sua metodologia indutiva original.

REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARROS, Wellington Pacheco de. **A interpretação sociológica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

BARROS, Wellington Pacheco de. **Dimensões do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

BENTO, Fábio Régio. **Maquiavel pré-sociólogo e outros ensaios**. Jundiaí (SP): Paco Editorial, 2010.

BENTO, Fábio Régio. **A igreja católica e a social-democracia**. São Paulo: AM Edições, 1999.

BENTO, Fábio Régio Da soberania dos pastores à soberania das ovelhas. In: BENTO, Fábio Régio (org.). **Cristianismo, humanismo e democracia**. São Paulo: Paulus, 2005, p.17-47.

BENTO, Fábio Régio Direito e Democracia. In: ROCHA, Maria Ines (org.). **Humanismo e direitos**. Passo Fundo: Berthier, 2007, p.101-125.

CHIAVACCI, Enrico. Legge naturale. In: COMPAGNONI, Francesco; PIANA, Giannino; PRIVITERA, Salvatore (a cura di). **Nuovo dizionario di teologia morale**. Milão: Paoline, 1990, p.634-647.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CORREAS, Oscar. **Introdução à sociologia jurídica**. Porto Alegre: Crítica Jurídica, 1996.

D'ADDIO, Mario. **Storie delle dottrine politiche**. Gênova: ECIG, 1995.

DAHRENDORF, Ralf. **Il conflitto sociale nella modernità**. Roma-Bari: Laterza, 1990.

DURKHEIM, Émile. **Educação e sociologia**. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DURKHEIM, Émile. **O suicídio – estudo de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Editora Nacional, 2001.

GALLI, Giorgio. **Storia delle dottrine politiche**. Milão: Il Saggiatore, 1985.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HERKENHOF, João Baptista. **Direito e utopia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

LOMBARDI, Gabrio. **Persecuzioni, laicità e libertà religiosa** - dall'Editto di Milano alla Dignitatis Humanae. Roma: Studium, 1991.

LÖNNE, Karl-Egon. **Il cattolicesimo politico nel XIX e XX secolo**. Bolonha: Il Mulino, 1991.

PEZZIMENTI, Rocco. **La società aperta e i suoi amici**. Messina: Rubbettino, 1995.

PEZZIMENTI, Rocco. **Politica e religione** - la secolarizzazione nella modernità. Roma: Città Nuova, 2004.

PRIVITERA, Salvatore. Etica descrittiva. In: COMPAGNONI, Francesco; PIANA, Giannino; PRIVITERA, Salvatore (a cura di). **Nuovo dizionario di teologia morale**. Milão: Paoline, 1990, p.354-358.

RICCARDI, Andrea. **Intransigenza e modernità**. Roma-Bari: Laterza, 1996.

SARTORI, Giovanni. **La política** - logica e metodo nelle ciencias sociais. Milão: SugarCo, 1991.

SARTORI, Giovanni. **Democracia**. Cosa è. Milão: Rizzoli, 1993.

SPINELLI, Lorenzo. **Lo Stato e la Chiesa** – venti secoli di relazioni. Turim: Utet, 1988.

TRINDADE, Hélijo; GARRETÓN, Manuel; MURMIS, Miguel; REYNA, José; SIERRA, Gerónimo. Ciências Sociais na América Latina em perspectiva comparada: Argentina, Brasil, Chile, México e Uruguai. In: TRINDADE, Hélijo (org.). **As Ciências Sociais na América Latina em perspectiva comparada – 1930-2005**. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2006.

WEBER, Max. **Ciência e política** – duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Artigo:

Recebido em: 14/09/2009

Aceito em: 28/06/2010