

REVISITANDO O CONCEITO DE DIREITO EM REDE

Uma crítica sociológica à teoria normativista do direito

Alexandre Veronese

Universidade de Brasília.

E-mail: veronese@matrix.com.br

RESUMO

O artigo revisita o debate sobre o conceito de direito em rede, formulado por François Ost e Michel Van de Kerchove, em prol da constatação de que a teoria clássica do direito não é explicativa. O problema da formulação de teorias amplas e universais e sua limitação, dada a exclusão de elementos contingentes e locais que somente podem ser acessados empiricamente. A análise dos textos demonstra como correta a identificação de que o direito moderno possui características específicas e que não é razoável supor a universalidade de teorias abstratas como aptas a explicar sistemas jurídicos sem acessar dados da realidade. Os exemplos trazidos por François Ost e Michel Van de Kerchove demonstram o esgotamento teórico do modelo de Hans Kelsen. Por fim, aponta-se a necessidade de agregar a dinâmica das ciências sociais empíricas para que seja possível superar os limites cognitivos e impasses da teoria do direito na atualidade.

Palavras-chave: Teoria do Direito; Direito em rede; Interdisciplinaridade.

ABSTRACT

The article returns to the concept of “networked legal system” or “intertwined legal system” brought by François Ost and Michel Van de Kerchove. The theoretical debate shows that the classical legal theory has reached its analytical limits. The first section explains the issue of building wide and universal legal theories. It deals with the intrinsic theoretical limitation brought by the option of excluding contingency and empirical data from the models. The second section describes that the so called modern legal have specific characteristics and it is not fair to suppose that ample abstract models could explain contemporary legal systems without assessing empirical data. The third section describes key examples from François Ost and Michel Van de Kerchove to enlighten the theoretical depletion of Hans Kelsen Pure Theory of Law. The fourth section draws a quick synthesis in order to help the conclusion debate, of the sixth section, which indicates that any refounding of the contemporary legal theoretical will need to integrate and merge the dynamics of the empirical social sciences, as happened to some other scientific fields like history.

Keywords: Legal Theory; Networked Legal System; Interdisciplinarity.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é revisitar o tema do direito em rede, exposto em um trabalho seminal por François Ost e Michel Van de Kerchove (2000). O centro do trabalho daqueles autores era expor a necessidade na atualização de um marco teórico que não mais permite compreender o fenômeno jurídico. Neste artigo serão traçadas considerações críticas em relação à concepção normativista de direito que, ainda, estão muito arraigadas no trabalho dos dois pesquisadores belgas. Assim, o diagnóstico de ambos é expandido em relação à necessidade de firmar que o fenômeno jurídico somente pode ser compreendido como fenômeno social.

Os significados jurídicos são uma expressão interpretativa da vida social. São produzidos por agentes sociais para dotar ações sociais de sentido. Esta operação é tanto retrospectiva, quanto prospectiva. Os significados podem estar em quadros prévios, como no caso de leis escritas, costumes difundidos e de tradições. Eles também podem ter objetivo prospectivo e, assim, fixar ditames que ainda não são, porém que devem ser defendidos. Ainda, os significados jurídicos podem ser produzidos para designar fatos decorridos, com óbvios objetivos retrospectivos, como no caso de julgamentos. O que une todas estas possibilidades é o fato de que elas são produzidas socialmente.

A partir dessa compreensão, é possível chegar à conclusão de que a teoria do direito tem evidente relação com a prática jurídica. O problema é conseguir dimensioná-la, ou seja, chegar a uma solução aceitável sobre se é a teoria que determina relativamente à prática, ou vice-versa. Desta forma, uma questão relevante diz respeito a como as mudanças nos marcos prospectivos do direito (e.g., um novo conjunto de normas, por exemplo) pode afetar o cotidiano das organizações. Um bom exemplo seria o caso de uma reforma administrativa e seu impacto no cotidiano.

A dificuldade de realizar um questionamento de tal ordem é que as consequências só podem ser compreendidas a partir de estudos sociais empiricamente fundamentados (VERONESE, 2001). Mas, apesar de ser evidente que é necessário ter atenção ao mundo real, sempre haverá necessidade de compreender teoricamente – também – a dimensão normativa. Sem tal conhecimento, as consequências empíricas não serão compreendidas plenamente porque uma parte da explicação social, que o modo como os juristas interpretam internamente o direito, terá sido desprezada.

Este artigo não tem a pretensão de formular a conjugação da teoria final de relação entre as ciências sociais empíricas e o direito. Neste trabalho a perspectiva será apenas de crítica teórica. Entretanto, será considerado que a existência de um referencial empírico é algo essencial para que se construam trabalhos futuros que consigam alcançar o êxito em conjugar a teoria jurídica no conjunto das ciências sociais.

A interdisciplinaridade, cuja marca tem sido indelével nas ciências sociais, deve ultrapassar a visão simplista de que bastaria justapor dois cientistas de áreas diferentes, em conjunto, para sua realização. Ela exige o empreendimento de esforços teóricos para sua efetivação. Na área de direito, não é diferente. Apesar de ser importante detalhar a discussão jurídica em que está imersa uma transição social e de se identificar os sinais de mudança nos estudos teóricos, é um erro ignorar uma necessária coleta de dados. A sua feitura é que permite compreender o fenômeno social do direito, tanto para juristas, quanto para sociólogos. Em síntese, quando se estuda um entendimento da transição teórica atual sobre o direito, a partir da proposta de François Ost e Michel Van de Kerchove, se auxilia a construção de uma teoria social do direito com potencial analítico.

Neste texto, será realizada uma incursão por entre duas concepções fundantes da teoria moderna do direito. A concepção se traduz em um modelo que atinge o seu ápice na obra de Hans Kelsen e que é reputado como “piramidal”. Ele ainda pode ser designado como o modelo “clássico” do direito (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 2-3).

Nesta, vemos a sedimentação de uma concepção moderna de direito, que encontra vários paralelos, não só metodológicos, com a concepção da sociologia do direito de Max Weber (1999). A principal delas está em reconhecer que o direito moderno se configura como um sistema sem lacunas. A segunda é a concepção “erodida” do direito que atualmente sinaliza desembocar em um direito “em rede” (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 7-9).

O problema central da presente análise crítica é que ambas as concepções têm o seu suporte na tradição teórica que marca o direito moderno: o normativismo. Outra maneira de designar esta herança teórica seria denominá-la de positivismo jurídico. Entretanto, tal rótulo é tão amplo que corre o risco de confundir mais do que explicar. Tal hipótese se justifica na medida em que a distinção entre o jus naturalismo

e o positivismo jurídico acabou se mostrando como uma classificação utilizada mais como adjetivação pejorativa aos autores adversários do que como uma divisão com critérios científicos (GRZEGORCZYK & TROPER, 1992; BOBBIO, 2007).

A melhor divisão acadêmica entre os analistas do direito se dá por meio da clivagem acerca da separação entre o direito produzido e a sociedade que o produziu. Esta separação teórica é tributária de uma longa tradição, denominada de positivismo jurídico. Seria o que Robert Alexy denomina de tese da separação entre o direito e a moral (ALEXY, 2004: 15). Mas, nesta análise, seria uma clivagem mais ampla em seu alcance. Seria o direito depurado de qualquer vinculação com outro elemento incidente que não seja jurídico. Para o presente entendimento, a clivagem central não seria em relação à moral. Ela estaria dirigida à sociedade que produz e reproduz aquele sistema jurídico.

O mais elevado objetivo alcançado pelo positivismo jurídico foi a formação de um campo teórico de análise formal das normas e dos sistemas jurídicos. Esta concepção foi fortemente vinculada com um conceito de direito que o restringe ao produto dos Estados nacionais. De acordo com Norberto Bobbio, uma vinculação entre o positivismo jurídico e o estatismo (BOBBIO, 2007). Este mesmo autor traça a ressalva de que nem todos os positivistas são estatistas, entretanto. O que basta reter é que seria a separação entre o direito, considerado como objeto, da sua teoria analítica (“ciência do direito”), estruturada formalmente.

No outro campo estariam os autores que possuem um conceito de direito relacionado à sua produção social, que permanece após a sua produção. Até porque o direito, objeto neste caso, é entendido como fruto de uma reprodução social contínua. Os conceitos mudam ao longo do tempo, por mais que as leis mantenham-se em vigor. A substância do que realmente é o direito, em suas consequências sociais, altera-se sem parar. Os autores que possuem tal conceito são rotulados como realistas ou sociológicos. Tal clivagem é bastante ampla. Mas estes rótulos são muito imprecisos. Existem diversas diferenças entre os vários autores realistas, assim como existem entre os positivistas, na acepção de Brian Leiter (2007).

A clivagem entre positivistas jurídicos e realistas é ampla porque tem seu foco dirigido à origem das normas jurídicas como produto social, em um processo ininterrupto. Nas variadas concepções positivistas, a normatividade compreendida como

produto social, mas adquire autonomia em relação à sociedade a partir de sua produção. A questão central é o grau de autonomia existente. Para os positivistas, ela é forte. Para os realistas, ela é fraca. Deve ser frisado que, para Robert Alexy, esta clivagem é irrelevante. A sua matriz de diferenciação se dá entre os autores que localizam a dimensão moral como parte do direito, em contraposição àqueles que consideram as normas jurídicas como autônomas em relação à moral (ALEXY, 2004). Ora, a dimensão moral a que se refere Alexy é uma tradução normativa de anseios da sociedade. Logo, ela é criada socialmente também, de forma contínua. Por mais que se reconheça a relevância de incluir a moral no acervo jurídico, a clivagem da normatividade autônoma (que inclua ou exclua a moral) em relação ao mundo social é irrealizável. No fundo, ela separa os estudos da moral do campo sociológico, o que torna muito difícil o seu estudo efetivo. Torna-se parte de um objeto de pesquisa que, desgarrado do empírico, tende a esvaír-se em pura especulação.

Deplano, pode ser mencionado que o entendimento neste artigo é que o direito é um fenômeno multidimensional. Esta seria a única divisão possível em nosso tempo e é algo que deve ser levado em conta por todos os que estudem os fenômenos jurídicos. Ela possui o problema de obrigar que os juristas sigam suas pesquisas com o auxílio de outras ciências, ou seja, que deixem de produzir análises exclusivamente internas. O maior problema da teoria de Ost & Van De Kerchove, ainda, é que estes autores acreditam na existência de uma teoria autônoma do direito. Mais, que esta seja suficiente em si e fechada. A orientação contemporânea tem sido a compreensão somente de que as pesquisas jurídicas futuras só poderão satisfazer as necessidades de entendimento do direito por meio de uma perspectiva interdisciplinar e aberta.

Na primeira parte, será examinada parte da teoria de Hans Kelsen. Ela pode ajudar a encontrar a base de uma concepção racional e moderna do direito. Na segunda parte, serão debatidos os pontos de vista de Ost & Van De Kerchove e a teoria orientada à compreensão do direito “em rede”. Ao final, na conclusão, será mencionado se há necessidade de mudança de referencial teórico do direito de forma tão radical pelo caminho que Ost e Van De Kerchove indicam.

A EMERGÊNCIA DO DIREITO MODERNO

Antes de detalhar a concepção de um direito “em rede”, vai ser repassado, de maneira superficial, como

se firmou a concepção consolidada de um direito moderno. Deve ser mencionado que a compreensão do que seja o direito moderno está relacionado com o dogma de um sistema jurídico ordenado e sem lacunas. Este conceito de direito moderno está – pelo que se pode compreender – relacionado com dois elementos-chaves. O primeiro elemento-chave seria a construção de um direito racional. O segundo elemento-chave seria o alvorecer de um Estado nacional. Por mais que existam autores que buscam desvencilhar estes dois conceitos, usualmente eles estão relacionados e mutuamente imbricados.

Não há a pretensão de introduzir uma discussão sobre a aurora dos Estados nacionais europeus e o firmamento de seus direitos positivos nacionais. Parece ser bastante recordar que, para Max Weber, os Estados nacionais são fruto de um fenômeno circunscrito à Europa Ocidental (WEBER, 1999). O conceito mais amplo deste autor para os grupos organizados não estatais é o de associação política. As menções à Escola da Exegese e a Escola Histórica de Savigny evidenciam o papel do direito como um dos elementos mobilizados como fator de agregação para a construção social do fenômeno do Estado-nação, como a França napoleônica e a Alemanha bismarckiana, respectivamente. Assim, apesar de ter havido outras situações em que o Estado tivesse configurações assemelhadas em alguns traços (como a da China Imperial), apenas com o binômio que mencionado (direito racional e Estado nacional) é que ambos podem ter existência plena, no sentido moderno (WEBER, 1980). Mais do que imbricados, estes dois elementos são, portanto, interdependentes. Como não será refeita a trilha de Max Weber, em relação aos Estados nacionais, o foco será mantido na questão do sistema jurídico racional. Este conceito-chave tem a sua maior expressão consolidada para o nosso ambiente jurídico, do ponto de vista cultural, pela obra de Hans Kelsen. A sua obra alcançou tamanha expressão porque sintetiza algumas das características que servem de ponto de partida para diversos outros autores. Entretanto, não podemos vê-lo como um autor isolado, com a sua teoria pura do direito. É preferível entendê-lo como o ápice de um processo de construção teórica. Devem ser descritos dois pontos centrais justificar que a concepção teórica de direito de Hans Kelsen é o ápice deste processo, no ambiente cultural romano-germânico. A primeira é a cristalização do conceito de “sistema jurídico”, ou seja, de um agregado coerente de normas jurídicas

hierarquicamente organizadas, produzidas segundo regras previamente estabelecidas. Pode ser dito que a noção de sistema jurídico como um corpo completo de normas já havia sido colocada pelas Escolas da Exegese francesa e Histórica alemã. Não é por outro motivo, ou seja, pelo grau de sofisticação destas análises, que Karl Larenz, ao estudar as várias tendências e escolas do pensamento jurídico alemão, considera Savigny como o ponto de partida das diversas teorias do direito, dotados de metodologia (LARENZ, 1997).

Imperatividade e ordem social

Inicialmente, cabe ressaltar que Hans Kelsen considera que a sua teoria pura do direito só tem validade para compreensão do direito moderno (1979). A este, opõe o “direito primitivo”. Poderiam ser mencionados vários pontos que marcam sua teoria, mas por uma questão complementar, deve ser relatado apenas o seu modo de estruturar uma teoria da norma jurídica. Assim, definiu Kelsen, em parte como havia feito John Austin e Jeremy Bentham, que as normas de direito são todas normas dotadas de coação, ou seja, de algum modo baseou o direito na imperatividade. Mas, subsiste importante diferença entre as concepções anteriores e a idéia de Kelsen. A maior distinção reside em que a concepção de “regra imperativa” de Austin não se baseava no que Kelsen chama de ordenamento jurídico, ou seja, na concepção de sistema que frisamos antes. Pela lógica de Kelsen, as normas jurídicas só têm as características que apresentam quando estão imersas em um ornamento jurídico (que é uma ordem social). Este ordenamento é que tem como característica ser coativo e hierarquicamente organizado. Logo, o conceito de norma jurídica de Kelsen não decorre da sua imperatividade intrínseca. Em si, a norma não possui tal característica. A sua imperatividade decorre do ordenamento, o que é uma grande mudança de perspectiva teórica.

Neste aspecto, Kelsen não está preocupado em encontrar o porquê da obediência de pessoas por pessoas, como Max Weber, em meio às associações políticas (1999). Este autor estava preocupado com a obediência em geral que, inclusive dividia em duas. A primeira subdivisão weberiana é da obediência por meio do poder, da coação física. A segunda, a obediência por meio da legitimidade, tripartida em três tipos ideais para que se estudem, com o auxílio da história e da análise de dados, casos individuais. Os tipos ideais são móveis cognitivos para confirmação empírica. De

outra sorte, a preocupação de Kelsen era compreender como funciona um ordenamento jurídico moderno e não com o porquê de seu funcionamento (1997).

A questão da legitimidade, entretanto seria muito importante para ser relegada por Kelsen de maneira simplista. Mas ele resolveu tal impasse com o conceito da norma fundamental que paira como o grande elemento de legitimação geral de seu ordenamento jurídico coativo. Como o conteúdo da legitimação não é o objeto da “ciência pura do direito” de Kelsen, ele não discute este tema em profundidade. Aliás, a própria definição de um conteúdo substantivo para a norma fundamental esvaziaria o conceito de seu uso teórico, que meramente substitui funcionalmente conteúdos de fundamentação: moral, justiça, etc. Ironicamente, autores recentes acabaram usando o conceito como uma porta de entrada teórica para introduzir elementos substantivos como essenciais à legitimidade de ordenamentos jurídicos contemporâneos, como Robert Alexy (2004).

Para Kelsen, as normas jurídicas – porquanto baseadas no ordenamento – são coativas mesmo quando estejam em um caso que não seja de justiça retributiva. Assim, normas que conferem poderes públicos ou privados (prática de atos públicos, como nomear funcionários ou realizar atos privados, como contratos) são normas coativas, pois protegem aqueles atos e direitos contra a influência nefasta da intervenção de outros. Há exceções mesmo quando não há previsão no ordenamento jurídico. Ela pode ser percebida por um caso hipotético: quando um vizinho, cuja construção em seu próprio terreno, cria prejuízos ao outro, mesmo não havendo norma que proteja o prejudicado em termos específicos. Tanto Carlos Nino, quanto Bobbio, explicam as soluções dadas por Kelsen à resolução das exceções deste conceito. A conclusão deste ponto é que um dos aspectos marcante da teoria de Kelsen sobre um direito moderno é a noção de “sistema jurídico hierárquico” como “ordem social”, mas autônoma da sociedade.

Autonomia em relação ao mundo social

O segundo aspecto que pode ser visualizado na teoria kelseniana é a divisão do direito “em si” (referenciado por este autor como a “ordem social”) da ciência do direito. Este direito “em si” ou “direito-objeto” é a construção social do direito que, para Kelsen, é distinto da teorização jurídica. Ele monta a sua teoria pura para que sejam extirpados da interpretação do “direito-

objeto” vários elementos equivocadamente apegados a ele, como interesses políticos, por exemplo. Com isso, a sua perspectiva é construir uma teoria geral e descritiva do direito moderno. Como empreendimento teórico, ele realizou um inegável avanço mesmo para outras ciências que se relacionam como a compreensão do direito, como a sociologia e a economia. Mas como programa de pesquisa, ele reforçou diversos dogmas teóricos, que são tomadas pressupostos nas análises positivistas. Tais pressupostos acabam nublando a complexidade do fenômeno jurídico, em sua relação com a vida social, como já foi mencionado. Assim, o maior legado da teoria kelseniana está mais afeto à localização de um problema (como objeto de estudo), do que a sua pretensão de fundar uma nova e definitiva teoria do direito. Pode ser afirmado que a proposta dele é entender o direito essencialmente como uma construção humana, ou seja, como um objeto externo ao ser humano, apesar de produzido por este. Para compreendê-lo, é necessário que haja uma perspectiva externa, ou seja, a análise por meio de uma ciência do direito, ou por meio de outra ciência. Conclui-se que o delineamento do objeto é válido, mesmo que a específica ciência do direito erguida seja impossível.

Esta discussão pode parecer esotérica, mas não é. Ela deriva de um raciocínio que pode ser simplificado da seguinte maneira: o direito é um fato externo ao seu significado porque ele é um produto humano. Enquanto elemento externo ele é construído – e refeito – continuamente a partir da interpretação humana. Este delineamento de objeto encontra respaldo tanto no pensamento social contemporâneo, quanto nos clássicos. Assim, Émile Durkheim e Karl Marx, por exemplo, consideram o direito como um elemento construído socialmente e não como “dado” por elementos metafísicos ou naturais. As diferenças entre estes dois autores clássicos está definir o que determinará a configuração do direito. Para Marx, as relações econômicas dentro da sociedade é que terão esta primazia. Já para Durkheim, será a concepção moral da sociedade que moldará o direito. A diferença é que, para Kelsen, após a sua produção, ele só pode ser entendido por uma teoria filosófica – pura – autonomizada mesmo das outras análises científicas.

Uma das tendências do pensamento científico e jurídico ao qual também Herbert Hart se filia e que é presente em Kelsen é a de considerar a possibilidade de uma ciência do direito que ultrapasse as fronteiras de localidades e temporalidades. Logo, uma teoria que

seja geral e descritiva. No seu intento de renovação desta linha teórica, Hart teve a força de, inclusive, ser referência para estudos de antropólogos do direito (SHIRLEY, 1977). A sua divisão entre normas primárias e normas secundárias foi muito útil para entender esquematicamente tanto o direito dos modernos, quanto o direito dos “primitivos”. Assim, tanto Kelsen, como Hart, pugnam por empreender um esquema analítico que prescindisse da história e de realidades, tornando suas teorias, formalistas, universais e gerais. Em suma, é essa empreitada jurídica que está em crise, já que o direito-objeto possui conformações que dão margem a situações inusitadas. É como se as exceções tivessem sido tão expressivas que o modelo geral e universal não mais tivesse capacidade explicativa.

O MODELO DO DIREITO EM REDE EM SEIS EXEMPLOS

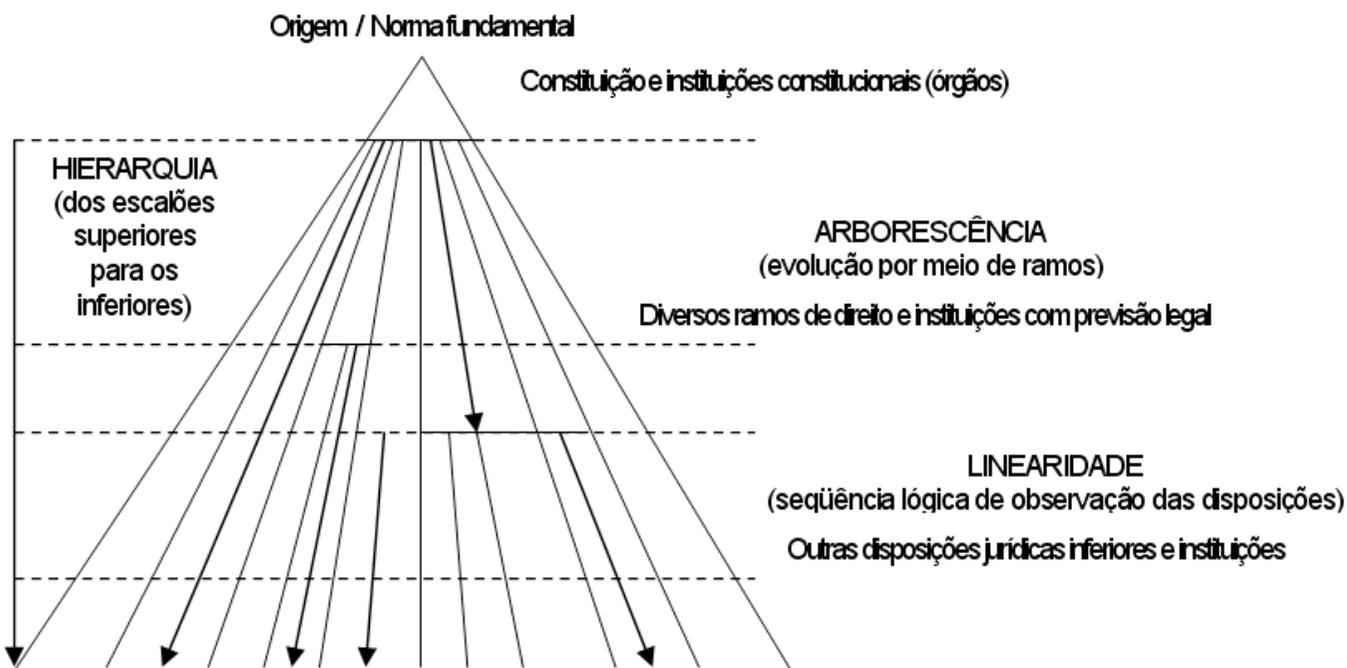
Após terem sido repassados estes primeiros pontos metodológicos, é possível adentrar nos detalhes do que Ost & Van de Kerchove consideram como a

anterior e o que está levando o direito-objeto para uma configuração “em rede”. Assim, seria uma visão de um modelo emergente em contraposição ao decadente modelo tradicional, também denominado como “estabelecido” ou “piramidal”. Ainda, eles frisam que não estão defendendo tal modelo, mas descrevendo que o é “modelo clássico” ou “estabelecido” na teoria jurídica (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 7). O mais importante não é o rótulo de “piramidal” que é dado ao novo modelo e sim as características que estes autores derivam dele. Estes autores fazem juízo de que este modelo “estabelecido” é mais simples que o emergente (i.e. o direito “em rede”). Contra este diagnóstico pode ser replicado que tal juízo pode ser uma reação simples a tendência de naturalizar-se aquilo que já é conhecido; logo, denominado de “simples”. Eles mesmos consideram que o modelo “estabelecido” faz parte do presente e ainda não foi superado, embora sinalizem para esta superação.

A caracterização deste modelo é dividida em três conceitos. Ele seria hierárquico, cujo

Figura 1

Modelo de ordenamento jurídico tradicional, piramidal ou clássico



configuração do direito que está mudando. Note-se que eles desconsideram a discussão realizada sobre as relações metodológicas. O debate deles está centrado em demonstrar o que seria a concepção “clássica”

significado seria que o sistema é organizado de maneira a que haja subordinação tanto das normas como dos órgãos judicantes. Ele seria linear, ou seja, as relações se dariam unicamente entre os

níveis hierárquicos, excluindo qualquer forma de inversão ou retroação entre eles. A terceira, arborescente, indica que existe uma estratificação e complementação de várias normas e órgãos a partir de uma matriz criadora única: as disposições constitucionais, ou a norma fundamental, por exemplo. A arborescência é uma metáfora. Esta característica seria o fato das leis nascerem de um tronco comum, tendo, portanto, a mesma origem.

Não é relevante introduzir a crítica que os autores fazem ao pensamento de Kelsen e, conseqüentemente, ao modelo “piramidal” (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 3-7). Apenas, deve-se considerar que as críticas são fundadas na incapacidade contemporânea de explicação por meio da sua origem. No caminho proposto pelos autores se tenta demonstrar que as três características do modelo “piramidal”, citadas anteriormente, estão perdendo a sua capacidade explicativa. A primeira característica, hierarquia, revela os seus limites, pois a subordinação cede espaço para a colaboração e a coordenação. A segunda, linearidade, se relativiza e é acompanhada frequentemente pelo fenômeno das associações estranhas ou pelas inversões das seqüências lógicas. A terceira, arborescência, se dilui, pois não é mais possível encontrar uma origem única de onde se derivaria todo o sistema jurídico.

Os autores introduzem várias evoluções recentes do direito contemporâneo que justificariam a hipótese de que o modelo “piramidal” está se esgotando como instrumento de análise da realidade normativa. Vale listar um conjunto de exemplos, dados pelos autores, ignorando propositalmente alguns pontos que não acrescentam diretamente elementos relevantes para a proposta de um direito “em rede” como modelo teórico.

Primeiro exemplo: o poder constitucional

Este exemplo se baseia no possível esgarçamento dos poderes de regulamentação e de coerção do modelo “piramidal” e está fincado na discussão acerca do poder constitucional (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 9-24). A teoria democrática da Revolução Francesa estabeleceu que o povo era soberano pelo conceito da vontade geral. Mas o seu exercício efetivo acabou desembocando no uso de representantes. Se o dilema inicial estava no risco da delegação, posteriormente o problema se torna recorrente com o risco da modificação do estabelecido constitucionalmente. A síntese deste embate entre a teoria democrática e o constitucionalismo é uma

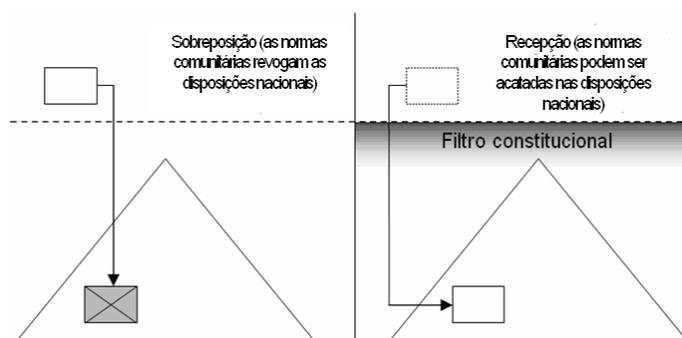
dicotomia entre o interesse político, representado pela vontade transitória de uma assembleia representativa, contra o interesse jurídico, representado pela vontade inscrita na constituição. Uma síntese conseqüente foi a de este interesse jurídico somente poderia se estruturar de maneira perene se estivesse orientado por meio de ditames jurídico-formais. Tal consolidação resultou em sistemas constitucionais compatíveis com o modelo “piramidal” ou “clássico”.

Entretanto, os autores fornecem três hipóteses, onde um parlamento hipotético e transitório, poderia modificar uma dada constituição. A primeira hipótese se daria pela inclusão de matérias estranhas em artigos modificados que seriam regulados por outros dispositivos legais infraconstitucionais. Este expediente ocorreria, pois, de acordo com um primeiro-ministro belga, a vontade da maioria da população não pode ser obstada por princípios jurídico-formais (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 12, nota 50). Um exemplo nacional seria a história recente do estabelecimento da seguridade social brasileira. De acordo com Maria Lucia Teixeira Werneck Vianna (1988), a disposição constitucional de 1988, que seria a seguridade social (conceito amplo), foi transformada – pela sua estruturação infraconstitucional – em seguro social (conceito restrito). O motor das mudanças foram opções políticas havidas no período, segundo a autora. E o direito não teria sido suficiente para manter a hierarquia das disposições constitucionais, tampouco a linearidade, ou seja, a seqüência conceitual lógica de que os conceitos mais amplos se sobrepõem aos mais restritos.

A segunda hipótese seria a revisão de interpretações pré-existentes. Um caso comum é a mutação da interpretação do princípio da igualdade perante a lei. Outro exemplo é o caso da Constituição francesa de 1958. Ele demonstra como um ordenamento jurídico-formal poderia ser lido, juridicamente de forma distinta por questões políticas. Esta carta constitucional era tipicamente parlamentarista, mas se prestou funcionalmente ao governo de Charles De Gaulle (de 1958 até 1962), o qual teve fortes tintas presidencialistas (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 13). Finalmente, a terceira hipótese seria aprovar uma legislação infraconstitucional antes que determinadas mudanças constitucionais as permitissem. A justificativa política para impor tal modificação constitucional seria que a urgência social da nova legislação demandaria isto.

Um dos instrumentos conceituais que permite tais construções de interpretação jurídica é o conceito

Duas opções de relação entre normas comunitárias e nacionais



abstrato de “povo” e, logo, de um poder constituinte derivado dele. Desta forma, as forças políticas criam um conceito de “povo intemporal” e o mundo jurídico, em contraposição, cria o conceito de um “poder constituinte originário”. No caso brasileiro, este processo se efetiva por meio de disposições supraconstitucionais e mesmo de cláusulas pétreas. O outro seria mecanismo seriam as tentativas crescentes de uma “democracia direta”, por meio de plebiscitos e referendos em questões centrais da vida pública. Será que apenas estas duas maquinações jurídico-formais conseguiriam harmonizar a dicotomia entre direito e política? À medida que a complexidade vai se formando dentro das relações jurídicas e as pressões aumentam, o ponto de equilíbrio é deslocado. A dinâmica segue sempre os mesmos detalhes amplos. O direito vai criando ficções e novas interpretações, ou seja, maquinações jurídico-formais e, com isto, os órgãos jurídicos conseguem encontrar instrumentos de equilíbrio para dicotomia com o mundo político. Como a legitimação do ordenamento jurídico depende destas maquinações jurídico-formais, chegamos a um ponto nodal deste exemplo: qual é o papel da teoria de interpretação constitucional? Os autores listam dois gêneros: as teorias hiper-realistas e as diacrônicas. Nas análises hiper-realistas não existe hierarquia entre a constituição e as decisões de um conselho constitucional ou de um tribunal constitucional, por exemplo. O hiper-realismo seria a-histórico. As análises diacrônicas seriam baseadas em hipóteses históricas, por mais que não necessariamente derivadas da ciência histórica. Este segundo conjunto de teorias defenderia que a história constitucional de um país deveria ser levada em conta, do ponto de vista interpretativo (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 23-24). Um ponto que deve ser depreendido dos embates entre estes dois conjuntos de teorias e soluções é a premente necessidade de uma teoria jurídica que compreenda a dinâmica ou o movimento da sociedade. Esta tarefa seria de difícil realização por meio de teorias diacrônicas. Logo, os modelos tradicionais, baseados na teoria kelseniana, ficariam comprometidos por este motivo.

Segundo exemplo: a unificação europeia

O outro exemplo é a Europa enquanto construção jurídica transnacional. Ela seria uma situação nova e inusitada (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 24-36). O problema principal é como a Europa será colocada

formalmente, do ponto de vista jurídico. Ela será uma federação de Estados, uma organização internacional ou, ainda, uma confederação? Esta situação é relacionada aos conceitos que serão derivados da definição formal destes dilemas políticos.

A questão está posta, principalmente, no conflito das legislações comunitárias com as legislações nacionais internas. Há que lembrar que a noção de comunidade é relacionada com a institucionalidade europeia e não com a esfera local, como poderia ser depreendido pelo uso comum da língua. Assim, o que existe é uma discussão em relação ao conflito entre o direito produzido pela Comunidade Europeia (comunitário) e as normas constitucionais nacionais, bem como as locais. Seriam então duas hipóteses de relacionamento. A primeira seria a de que a Comunidade Europeia estaria – como na teoria monista das relações entre os Estados nacionais – acima das legislações nacionais. Esta posição vem tendo ampla aceitação nos julgados comunitários e nacionais (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 26). A outra hipótese é que a relação está pautada, como na tese dualista, onde cada tratado tem que se adequar às normas constitucionais nacionais para ter a sua validade outorgada.

De uma forma cabal, tal problema é de impossível resolução. Ele somente será decidido, como já mencionado, após a estabilização política da unificação europeia. Uma tentativa de solução política e jurídica foi feita, por exemplo, pela tentativa de aprovação de uma constituição europeia. Em curto prazo, não deve ser esperado mais do que uma sinalização e uma tentativa de ordenação precária por parte da jurisprudência

das cortes diversas constitucionais nacionais e dos órgãos julgadores comunitários. Obviamente, este é um debate também político, que envolve os termos dos partidários da defesa das soberanias estatais e dos partidários de uma soberania supranacional.

Deste modo, tal processo de institucionalização, em curso na Comunidade Européia, se subdivide em quatro especificidades. A primeira delas é que o fenômeno é claramente uma construção em curso, um processo político e social. Assim, a construção acaba levando as discussões e decisões das cortes constitucionais e órgãos julgadores para orientações mais teleológicas, ou seja, de visualizar qual decisão seria mais adequada à finalidade de um processo de integração. A segunda especificidade, derivada da primeira, é que estes debates estão sendo pautados cada vez mais pela perspectiva substantiva (material, ou seja, do conteúdo regulado) do que pelo prisma jurídico-formal (ou seja, pela estrita coerência lógica). As decisões acabam sendo organizadas em uma dinâmica mais funcional do que orgânica ou sistêmica. A terceira especificidade é que a configuração dos ordenamentos jurídicos dos Estados nacionais e da própria Comunidade Europeia fica cada vez mais instável pela integração em curso. Por fim, a quarta é que apesar do organismo jurídico da Comunidade Europeia se dividir funcionalmente de maneira similar ao existente nos Estados nacionais, ele tem pontos de equilíbrio bastante diferentes. Logo, a sua análise nos termos de um modelo “piramidal” ou “clássico” fica prejudicada.

A pequena conclusão deste ponto é que a Comunidade Europeia representa menos do que “um estágio suplementar ao edifício dos Estados” e mais um princípio de reorganização transnacional baseada na composição continuada de interesses. É produzida uma expressão jurídica desta composição, obviamente. Ela é que mudará a maneira de pronunciar e de organizar o direito no âmbito dela. Desta maneira, os instrumentos analíticos clássicos não teriam vindo tendo o alcance para dar conta desta nova configuração por estarem comprometidos com uma das leituras que está dentro do jogo político, qual seja a de defesa do conceito de Estado-nação e de direito nacional.

Terceiro exemplo: a efetividade interna da lei

O terceiro exemplo é a erosão interna do poder normativo da própria lei. Ressalvado que o conceito de lei está relacionado com a concepção que os autores clássicos tinham dele, ou seja, a expressão

de uma vontade nacional legitimada (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 36-47). Este exemplo está relacionado ao anterior, que é a perda do monopólio legiferante, no âmbito externo. Assim, há a correlação direta com a questão da soberania do Estado-nação, bem como com a forma de legislar na lógica das codificações, que estão no cerne do modelo “piramidal” ou “clássico”. Este fenômeno se manifestaria em uma dupla espiral, ou seja, por um lado formal do direito e por um lado material, apresentando também “formas complementares” internas e externas.

Pelo lado formal, seria como uma diluição da soberania, que se desdobra em duas facetas: externa e interna. Este fenômeno é relacionado ao problema da dupla espiral, cuja consequência seria a crescente importância da função do juiz, como expresso na maquinação constitucional jurídico-formal que visa lidar com o conflito entre o jurídico e o político. Como a associação se dá entre um direito “ordinário” e um direito “constitucional” e entre dois tipos de jurisdição, há uma judicialização cruzada que envolve uma pleora de órgãos, mas sem uma hierarquia, como poderia parecer um pressuposto do sistema analítico no modelo “piramidal” ou “clássico”. É interessante notar que este exemplo prenuncia que a aparente confusão e profusão de normas nas sociedades contemporâneas é uma demonstração da perda de importância do modelo “piramidal” ou “clássico”. Ele apresenta uma externalidade social sensível pela dificuldade de definir – sem que haja um estudo detalhado e preciso por meio de um especialista – o que vigora em uma determinada sociedade. No Brasil, por exemplo, após a edição da Lei Complementar no 95/98, cujo objetivo é tentar definir critérios formais isonômicos para a produção legislativa, a Presidência da República, por meio do Decreto no 2.954, de 29 de janeiro de 1999, alterado pelo Decreto no 3.495, de 30 de maio de 2000, criou no âmbito da subchefia para assuntos jurídicos do gabinete civil, um grupo de trabalho de consolidação da legislação federal. Este tipo de empreitada se tornou cada vez mais recorrente.

É interessante destacar que este exemplo ajuda a compreender o fenômeno do aumento expressivo de normas e o aparente desespero em poder ordená-las por diversos critérios formais. Os diplomas jurídicos dirigidos a casos específicos (i.e. os novos direitos, como o direito do consumidor, da criança e do adolescente, do idoso, do portador de necessidades especiais, etc.) tendem a ser mais utilizados em

detrimento de códigos e diplomas pretensamente gerais, completos e sem lacunas. A definição weberiana de que no tipo ideal de direito moderno há uma clara repartição de competências fica parcialmente prejudicada. Aquele autor já havia antecipado os riscos de uma materialização dos sistemas jurídicos. Mas ele não estava preparado para localizar a complexidade de um paradigma marcado pelo pluralismo e pela complexidade. Novamente, este seria mais um exemplo que demonstraria a perda de capacidade explicativa do modelo “piramidal” ou “clássico”.

Quarto exemplo: a fragmentação da normatização estatal

O quarto exemplo é que a normatização pública e estatal começa a ser objeto de uma crescente fragmentação (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 47-56). Os autores utilizam quatro casos desta fragmentação na Bélgica. Os casos são exemplos de fragmentação pelo prisma das autoridades ou empresas públicas e não pela normalização privada. O primeiro é o poder regulamentar dos ministros. O segundo é caso dos regulamentos adotados pelas autoridades administrativas autônomas, que seriam assemelhados ao modelo das autarquias administrativas, no passado, revividas pelas atuais agências reguladoras sociais ou econômicas. O terceiro caso seria o uso crescente de contratos de gestão para organizações e empresas públicas. Este exemplo encontra paralelo em nosso direito. Ele é assemelhado ao instituto do contrato de gestão utilizado pelo antigo Conselho de Coordenação das Empresas Estatais. Posteriormente, ele foi incluído, por meio da Emenda Constitucional no 19, de 1998, no texto constitucional com finalidade similar, seja para organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), seja para as organizações sociais (OS), que seriam dois novos modelos de entidades paraestatais. O quarto – e último – caso é marcado pelas diretivas de política criminal do Ministro da Justiça belga.

Sobre o primeiro caso, ou seja, sobre o poder regulamentar da administração pública, pode ser mencionado que ele não é novo. Na Bélgica, o poder regulamentar é, constitucionalmente, reservado ao rei. Assim como, no Brasil, ele é reservado ao chefe do poder executivo. Com a complexidade da função estatal, na prática, os ministros vêm desempenhando este papel. A complexidade da questão está relacionada com a fixação de limites. Tanto lá, quanto aqui, grande parte das ações ajuizadas contra os regulamentos encontra fundamentação no fato de que estes diplomas não

poderiam gerar obrigações, pois só à Lei é reservada tal prerrogativa, como está expresso no artigo 50, inciso II, da constituição federal brasileira. Na Bélgica, a discussão tem como centro o fato de que as delegações, tanto do rei para os ministros, quanto do parlamento para os ministros, infringe a constituição belga, pois acaba criando uma inversão hierárquica. Um problema adicional seria a identificação de que a delegação pode criar um déficit democrático porque a ampliação do poder regulamentar é vista como aumento do papel do executivo em detrimento do legislativo.

O segundo caso é o aumento do poder regulamentador por parte das autoridades administrativas autônomas, que também é entendido como um dos elementos que contribui para causar embaraços relacionados com o problema anterior. Ele se constitui na atribuição de um poder regulamentar (autonomia) às universidades, órgãos de fiscalização, de promoção e gestão da economia, de bem estar social, dentre outros. A justificativa para sua utilização reside – inicialmente – na incapacidade do poder executivo em lidar com o excesso de detalhes técnicos daquela regulamentação. A outra motivação seria poder refinar a capacidade regulamentar destes órgãos por especializá-los tecnicamente, bem como aproximá-los do cotidiano do setor social regulado. Novamente, existem críticas oriundas de conflitos. Na França, o Conselho de Estado entrou em atrito com o Conselho Constitucional acerca desta delegação de poder. Na Bélgica, igualmente, o conflito se instalou. O cerne do problema é definir se tal delegação não derruba a hierarquia do ordenamento jurídico.

O terceiro caso é a questão dos contratos de gestão da administração central com entes internos desta que, após sua celebração, ganham maior autonomia de organização e gestão. A idéia básica é retirar, em grande parte, do controle do legislativo e do executivo determinadas empresas para que elas possam se preocupar em atuar de maneira lucrativa, como se privadas fossem. A Bélgica foi, na esteira da França, tomada por esta novidade jurídica para organizar competitivamente as suas empresas estatais. Novamente, a seção de legislação do Conselho de Estado belga entrou em conflito com a nova figura jurídica.

O quarto caso é o do ministro da justiça, como chefe do ministério público belga. O ajuizamento de ações penais na Bélgica está definido quase como um poder discricionário do ministro. Isto era permitido com base no costume. Pode ser considerado que

tal origem já bastava por si para criar uma inversão hierárquica em relação às disposições legais. Mas como tal prerrogativa foi recepcionada pela ordem jurídica, do ponto de vista formal. Entretanto, a questão, que submetida às formalidades jurídicas, recentemente aflorou. As reclamações estavam fincadas no argumento de que tais poderes devem ser controlados pelo poder legislativo, pois estes não podem abdicar da construção de políticas criminais. Em síntese, o problema mantém semelhança com os três casos anteriores. Todos tratam, em alguma medida, da perda do monopólio legiferante e de inversões hierárquicas.

A conclusão parcial é que o Estado nacional – e a correspondente administração pública – comporta um dos elementos centrais para o modelo “piramidal” ou “clássico”. Os Estados nacionais, nesta chave, são um componente indispensável do ordenamento jurídico moderno. Os problemas emergentes – expressos nos casos listados – derivam do fato de que os Estados estão em processo de mudança. Mais do que aprovar ou desaprovar tais alterações, deve ser compreendida a idéia dos autores: estão em xeque os instrumentos analíticos que focalizam o tradicional poder legislativo como a fonte única – ou mais importante – de produção de normas de regulação da vida social. Deste modo, para estes, é o próprio modelo “piramidal” ou “clássico” que está perdendo força explicativa.

Quinto exemplo: a jurisdição e o juiz

Outro exemplo é a dúvida acerca da crescente importância das decisões judiciais como fonte do direito (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 56-65). O ato jurisdicional é entendido, classicamente, como “a aplicação do direito vigente ao caso particular”. No modelo “piramidal” ou “clássico”, ele está colocado no ponto inferior da hierarquia das normas. O problema reside em conciliar a visão clássica com a capacidade criativa do juiz de interpretar o ordenamento jurídico no momento de produção da sentença. Este problema da interpretação das normas, segundo os autores, induziu diversos paradoxos dentro do modelo tradicional. Eles listam três casos para demonstrar tal ponto de vista.

O primeiro caso seria a enorme distância que existe entre duas visões acerca do significado da jurisdição. A primeira é a concepção – muito comum entre os magistrados, por força da legitimação prática – de que a atividade jurisdicional funciona apenas como um processo de interpretação ausente de criatividade, informado somente pelo ordenamento jurídico

vigente. A segunda agrega um conjunto de concepções que entende o processo de jurisdição como dotado de criatividade prática. Neste conjunto se encontram análises que variam desde a identificação de uma “jurisprudencialização do direito” até a formação de uma “república dos juizes”. A “jurisprudencialização” estaria relacionada à sedimentação de um entendimento criativo com a finalidade de integração do direito em relação aos magistrados e ao conjunto de normas. Não haveria o interesse político subjacente, no sentido de uma materialização teleológica (e.g. a busca de um direito mais justo, do ponto de vista social). No caso da “república dos juizes”, haveria uma crítica ao risco de usurpação da deliberação democrática pela decisão judicial. Pode ser a localização de uma materialização crescente baseada em correções materiais, tipicamente pós-positivistas, baseadas em uma lógica como a de Robert Alexy (2004). Ou, pode ser a localização de uma judicialização da política, que é derivada das falhas do sistema política (crise de representação, por exemplo). Poucos autores de teoria do direito enveredaram pelo segundo caminho, jurisdição como processo criativo, mas o fato, para François Ost & Michel Van De Kerchove é que a visão interna do mundo judiciário continua aferrada à primeira concepção como um dogma, o que nubla o entendimento das mudanças.

O segundo caso é a interpretação sobre o poder das jurisdições e dos juizes de reestruturarem, na prática ao inverso, a hierarquia de normas, não só por tentarem estruturar normas, mas por integrarem normas costumeiras e princípios gerais. No fim das contas, o jogo interpretativo prático acaba criando interpretações reversas, ou seja, começam não das normas superiores para as inferiores, mas ao contrário. Ou, como dizem os autores “a lei interpretada em função dos regulamentos e os regulamentos em função das circulares” (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 58). Isto, no ponto de vista dos autores, apesar de parecer paradoxal, é inevitável.

Já o terceiro caso é que as jurisdições possuem o poder sobre a hierarquia de normas. Existem algumas formas deste controle que se manifestam. Uma delas é ignorar a norma inferior que está em desconformidade com a norma superior. Assim, os tribunais só aplicarão os julgados e os regulamentos gerais, provinciais ou locais na medida em que estejam em conformidade com a lei nacional. A constituição da Bélgica dita isto, mas outras clivagens estão, na opinião dos autores, invertendo tais formas de controle. Assim, há uma

crecente autonomização de normas locais, mesmo que estas estejam em contradição com a lei nacional, que sofre um paulatino processo de erosão.

Sexto exemplo: as normas criadas privativamente

O último caso é representado pela possibilidade de que os negócios jurídicos das pessoas privadas ganhem cada vez mais relevância e, quem sabe, possam encaminhar o sistema jurídico para uma maior autorregulamentação (OST & VAN DE KERCHOVE, 2000: 65-82). Isto foi, também, tematizado por André Noël-Roth ao enfocar um aumento dos direitos criados pelas empresas transnacionais para as relações econômicas entre as próprias empresas transnacionais (NOËL-ROTH, 1996). Apesar disso, o choque seria visível pelo fato de que estas normas, entendidas no contexto do modelo “piramidal”, não poderiam ser caracterizadas como direito vigente. Mas, na prática elas estão tendo ampla funcionalidade como tal. Elas também estariam sendo crescentemente dotadas de legitimidade e de coercibilidade, como seria pressuposto pela teoria kelseniana. O pior é que os Estados nacionais não teriam elementos para frear

outras, já mencionadas. Deve ser ressaltado que, para os sociólogos do direito, isto não é um problema. Na perspectiva weberiana, por exemplo, tão somente seria o crescimento de um direito extra-estatal.

UMA SÍNTESE BREVE

Para encerrar esta exposição, é necessário produzir uma síntese dos exemplos citados pelos dois autores. Eles relataram alterações e novas configurações em prol de uma ruptura teórica face ao modelo “piramidal”. Este modelo estrutura o entendimento do direito moderno como um sistema. A ruptura decorre da impossibilidade de compreender os dilemas contemporâneos dos sistemas jurídicos por meio das três características daquele modelo. Assim, não seria mais possível basear-se na perspectiva de que o ordenamento jurídico é hierárquico, linear e arborescente.

A maneira de compreender a configuração jurídica atual seria visualizar o direito como uma “rede” normativa, com os seus nós e as assimetrias entre as fontes produtoras e mantenedoras dos conceitos jurídicos.

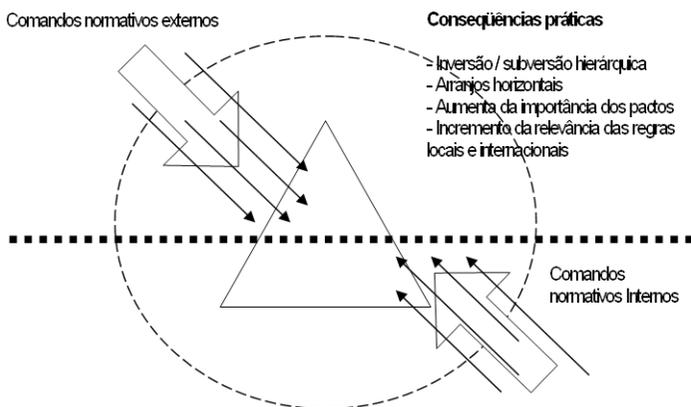
Uma futura teoria do direito que vise compreender o sistema jurídico contemporâneo não poderá se basear nas características do modelo “piramidal” ou “clássico”. Os antigos pressupostos não tem mais força explicativa. A fronteira da teoria do direito será contribuir para construir um novo modelo que entenda o “direito-objeto” em um contexto dinâmico. Para tanto, será necessário menos uma teoria das formas do direito. Será necessário produzir uma teoria baseada em processos sociais e no reconhecimento da multiplicidade de fontes normativas.

CONCLUSÃO

Os casos relatados não são apenas exceções ou diminutas alterações na concepção de sistema jurídico. Eles são o prenúncio de alterações sensíveis no conjunto das referências normativas contemporâneas. De uma parte, fica clara a insuficiência do modelo teórico “piramidal” ou “clássico”. Mas do outro, os exemplos mencionados denotam a difícil relação existente entre a teoria do direito e as ciências sociais, em sentido mais amplo. O modelo “piramidal” é derivado de uma opção teórica que visava estruturar uma teoria autônoma do direito, plenamente separada das outras ciências que buscam compreender o fenômeno social. Tal empreitada se torna cada vez mais difícil de ser mantida.

Figura 3

Localização gráfica de novas fontes normativas.



tais mudanças, portanto. A questão central deste caso é que, para o modelo “piramidal” ou “clássico”, representado pela teoria kelseniana, os ordenamentos jurídicos são estatais. Só pode haver direito moderno se este tiver sua origem em um órgão estatal, dentro da hierarquia normativa do ordenamento jurídico. Esta conclusão kelseniana é que está sendo posta em xeque agora por este fenômeno, também, assim como

Os fenômenos jurídicos – ou seja, as partes que compõem direito “objeto” – são produtos das sociedades. Neste sentido, o direito moderno é um produto humano e histórico. Tentar entendê-lo, com um acervo teórico completamente diverso dos outros fenômenos sociais, faz com que a teoria do direito seja obrigada a trabalhar com determinados dogmas teóricos. Estes dogmas podem ter utilidade na prática. Qualquer modelo complexo, ao ser aplicado em um engenho terá de sofrer alguma simplificação para ser compreendido. Para os cientistas, que trabalham com a compreensão do fenômeno jurídico, é pouco razoável utilizar simplificações didáticas, ao invés de trabalhar com os complexos problemas que estão relacionados com o direito.

Tanto a sociologia, quanto a antropologia, faz parte de uma construção moderna, cujo objetivo é compreender a vida social. Tal compreensão, no âmbito da modernidade, não pode ser separada de elementos dinâmicos, contingentes, por mais que haja a localização de regularidades. Apesar de terem partido de pontos de origem distintos – a sociologia para entender as sociedades do século XIX (GIDDENS, 1991) e a antropologia as sociedades ditas “primitivas” (SHIRLEY, 1977) – há o reconhecimento de que os instrumentos analíticos utilizados podem contribuir muito para o desenvolvimento da teoria do direito. Estes instrumentos não são coisas em si, reificadas. São conceitos construídos analiticamente para a formação de representações e modelos que visam compreender outros conceitos abstratos, construídos socialmente: o direito pelas sociedades humanas.

Deste modo, é compreensível que as categorias e conceitos sejam alterados e reutilizados de maneira distinta por vários pesquisadores para compreensão de objetos iguais ou diferentes. O resultado das pesquisas sociais é dinâmico. Se as sociedades se alteram ou são distintas, também podem ser alterados os conceitos e categorias usados para compreendê-las. O choque ou mal-estar (apesar de existir) não é tão grande quanto o sentido por François Ost & Michel Van de Kerchove no caso do direito e de sua análise sobre o modelo “piramidal” ou “clássico”. O problema é que o modelo “piramidal” trazia uma interpretação segura baseada em pressupostos que não mais existem. O incremento de exceções mostra que o próprio modelo não possui mais alcance analítico.

Mas de onde pode ser extraído um novo modelo teórico para os fenômenos jurídicos? A solução que

pode ser apontada está na interseção entre direito e sociologia/ antropologia. O que se deve ressaltar é que a teoria do direito – entendida como uma representação cultural produzida pelos juristas para a sociedade – cumpre historicamente uma missão diferenciada, pelo menos em Hans Kelsen e em Herbert Hart. O seu objetivo era construir, segundo E. Adamson Hoebel, uma teoria lógica, não necessariamente científica, que ajudasse no entendimento do caso jurídico, apartado da realidade social (HOEBEL, 1967). Deste modo, tanto os conflitos, quanto as inconsistências, estavam afastados do seu filtro de representações. Ela buscava uma construção formal, cujo objetivo era a uniformização de representações sobre o que o direito “objeto” é. Entretanto, esta representação requeria a função dogmática de definir o que é correto em um dado momento. Tal representação acabou por definir um sistema estático, ignorando temporariamente novos elementos. Uma teoria formal e congelada por meio de dogmas operacionais. Friedrich Müller, ao analisar os julgados da Corte Constitucional alemã, chegou à conclusão de que o método citado pelos juízes, como o que seria usado na interpretação constitucional, não era realmente aplicado (MÜLLER, 1999). Tal método, citado na maior parte dos julgados dos magistrados alemães, era uma derivação de postulados construídos por Savigny, em sua empreitada no Direito Civil e privado. Logo, saltava aos olhos deste autor a ausência de conexão metodológica da prática jurisdicional. Proclamar que existe atualmente uma “mudança de paradigma” é exagerar que o fenômeno das mudanças no “direito-objeto” tenha atingido em alto grau a logicidade da representação teórica dos juristas. Pode ser entendido que, apesar da importância das mudanças relatadas, o grande divisor está localizado na noção de direito como um sistema lógico. O problema não está no fenômeno, portanto. O problema está na teoria mobilizada para entendê-lo. A concepção de sistema, para François Ost e Michel Van de Kerchove, está sendo erodida e não apenas relativizada. Na erosão, o instrumental analítico clássico perde rigor explicativo e não mais consegue fornecer a compreensão do “direito-objeto”. Na relativização, há a emergência de um novo acervo teórico para compreensão do “direito-objeto”, além do existente através do modelo “piramidal” ou “clássico”. Seria possuir duas teorias: uma para a regularidade e outra para a exceção. Portanto, há um problema metodológico. Mas ele pode ser espraiar para as

práticas cotidianas. Atualmente, a solução ainda não é substituir um modelo por outro. Apenas pelo fato deste novo modelo não existir.

Um esboço seria compreender a necessidade de reoxigenação da teoria do direito, em prol de representações jurídicas utilizáveis, mas que fossem relacionadas com as demais ciências sociais. Para tanto, seria necessário reconhecer de maneira metodologicamente coerente a existência de direitos que não apenas os vistos no modelo “clássico” ou “piramidal”. O momento indica que a luta pela demarcação de campos disciplinares está cada vez mais perdendo o seu ímpeto. Norbert Elias já falava, na década de 70, que a preocupação em separar a história da sociologia devia ser revista (ELIAS, 1972). O mesmo vale para a teoria do direito, a sociologia e a antropologia. A teoria do direito, como representação, não poderá suprir-se por si mesma e será cada vez mais exposta às rupturas na sua pretensão de ausência de lacunas e contradições. Uma possibilidade compreensiva, que unifique e reconheça a falta de base teórica desta teoria do direito e a abra para o convívio com outras ciências de maneira não “colonizadora”, ou seja, com prevalência de uma sobre a outra, poderia reestabelecer suas características de narrativa lógica. Assim, por fim, uma ampla gama de autores das ciências sociais vê a estruturação social a partir do prisma da “rede de indivíduos”. Logo, esta narrativa dos dois autores não é uma grande novidade. A novidade seria – e esta ainda está por ser feita – em enfocá-la por um prisma duplo que tendesse a anular ou relativizar a radicalidade das fronteiras entre ciências, teorias e métodos, para dotar a teoria do direito de um manancial lógico e explicativo que a reoxigenasse.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *El concepto de derecho*. Madrid: Gedisa, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ELIAS, Norbert. *Processes of state formation and nation building*. *Transactions at the seventh world congress of sociology*, v. 3. Varna: ISA, 1972.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora da Unesp, 2001.
- GRZEGORCZYK, Christophe; TROPER, Michel. *Introduction générale*. In: _____. *Le positivisme juridique*. Paris/Bruxelas: LGDJ; Story-Scientia, 1992.
- HOEBEL, E. Adamson. *The law of the primitive man: a study in comparative legal dynamics*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1967.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Lisboa: Armênio Amado Editor, 1979.
- _____. *Por que a lei deve ser obedecida?* In: _____. *O que é a justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho em direito constitucional*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, número especial*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. *De la pyramide au réseau: vers un nouveau mode de production du droit?* *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. Bruxelas, n. 44. *Facultés Universitaires Saint-Louis*, 2000.
- ROTH, André-Noël. *O direito em crise: fim do Estado moderno*. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- SHIRLEY, Robert. *Antropologia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- VERONESE, Alexandre. *Os conceitos de sistema jurídico e de direito em rede: análise sociológica e da teoria do direito*. *Plúrima: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Editora Síntese*, v. 5, p. 131-149, 2001.
- WEBER, Max. *História geral da economia*. In: _____. *Max Weber: coleção “os pensadores”*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- _____. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Lisboa: Editorial Presença, 1991.
- _____. *Sociologia do direito*. In: _____. *Economia e sociedade: esboço de sociologia compreensiva*, v. 2. Brasília: Editora da UnB, 1999.
- WERNECK VIANNA, Maria Lucia. *A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas*. Rio de Janeiro: IUPERJ/Editora Revan, 1998.

Alexandre Veronese

Professor Adjunto de Teoria Social e do Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Sociologia e Direito (UFF) e Doutor em Sociologia (IESP, UERJ).