

APLICAÇÃO DO DIREITO: DOGMÁTICA JURÍDICA E CONTEXTO SOCIAL*

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO

Professor Titular do Curso de Pós-Graduação-Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA)

Vivemos em um mundo dilacerado pela desigualdade e pela injustiça, em que uma dentre cada quatro pessoas, no planeta, vive abaixo das condições mínimas indispensáveis à dignidade humana. A própria vida acha-se ameaçada pela visão mercantilista da existência e do processo produtivo. A ciência e, fundamentalmente, a tecnologia dela resultante ocasionam modificações bruscas, com reflexos ecológicos traumáticos. Dentre eles sobressaem as mudanças climáticas, elevação da temperatura conduzindo ao efeito estufa, derretimento das calotas polares, inundações, longas estiagens em vastas regiões, do que resultam diminuição drástica das colheitas e desertificação. A liberação de gases industriais em excesso leva à diminuição gradual da camada de ozônio. A ausência de um critério racional de **justiça distributiva** tem efeitos funestos, dentre os quais sobressaem a migração campo-cidade e o crescimento desordenado de megalópoles cercadas por sub-habitação sem saneamento básico. O uso abusivo de defensivos agrícolas tem como conseqüência a contaminação progressiva das águas dos rios e dos lençóis freáticos. Desastres ecológicos, de que Seveso (Itália), Bophal (Índia) Three Mile Island (Estados Unidos) e Chernobyl (Ucrânia) são, ao mesmo tempo, exemplos aterradores da devastação ocasionada pela cegueira da tecnociência, e sinais indicativos de uma eventual catástrofe de dimensões inimagináveis.

Por outra parte, a ciência arrogante de nosso tempo manipula as estruturas íntimas dos seres vivos, inclusive dos seres humanos, sem que se veja contrapartida ética para seus inventos e experiências. Percebe-se que os caminhos da biotecnologia culminarão, mais dia menos dia, na clonagem

* Tema do seminário “Ética e Justiça” realizado na EMERJ, em 27/07/01.

humana. Para estas e outras graves questões não há reflexão capaz de acompanhar a rapidez com que ocorrem, em que se ocultam interesses econômicos irresponsáveis. Fala-se no bem da humanidade, mas não se consegue encobrir o primado do econômico sobre o humano. Esgrimem-se argumentos em favor da produção de alimentos transgênicos, pretensamente direcionada a eliminar a fome no mundo.

Tudo se experimenta e se vende no mundo mercantilizado, sem atenção aos graves problemas que deveriam ser prioritários, como o controle populacional, a melhor distribuição da renda e dos alimentos existentes, o respeito ao Direito, sobretudo aos Direitos Fundamentais - sociais e econômicos -, sem cuja efetiva realização os direitos e liberdades individuais só podem ser exercidos precariamente pela grande maioria da população. Neste contexto, dominado pelo egoísmo e pelo descaso pelo próximo, o discurso jurídico exacerba suas potencialidades lógico-discursivas, atento aos aspectos formais e desatento aos aspectos materiais do direito. Boa parte do labor realizado pela Ciência do Direito mostra-se incapaz de encarar as necessidades pessoais e sociais mais prementes, esgotando-se na elaboração de distinções e subdistinções sutis, freqüentemente ultrapassadas, no culto dos conceitos pelos conceitos já percebido e condenado por Von Ihering no pandectismo novecentista¹, revelando-se inadequado ao tempo presente.

Mais não é necessário ajuntar para que se perceba a importância do trabalho do jurista, que necessita, antes de tudo, recuperar o sentido do discurso jurídico. O primeiro passo consiste em dar-se conta de que a Dogmática Jurídica, embora não possa evitar as abstrações, não pode abstrair a realidade. Vale dizer, o trabalho do jurista, ou tem assento nos problemas e necessidades sociais, procurando encaminhar seu equacionamento, ou é mera fala ideológica, falsificadora do contexto histórico (ainda que a falsificação, como ideologia que é, possa não ser consciente).

É a partir da apreensão bem refletida e sentida da moldura histórica – de seus problemas humanos concretos -, sobre que vai atuar o direito positivo, que deve ser elaborado o pensamento constitutivo da Ciência do Direito, historicamente denominada Dogmática Jurídica.

¹ Von Ihering, Rudolf. “En el cielo de los conceptos jurídicos”. In: **Bromas y veras en la jurisprudencia (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz)**, Trad. por Tomás ^a Banzhaf. Buenos Aires: Europa-América, 1974.

É forçoso admitir-se que Dogmática Jurídica não é um bom termo, tendendo a falsear a natureza e o sentido de seu objeto, podendo conduzir à crença de que as instituições jurídicas constituem *dogma* e, portanto, não podem ser discutidas, valorizadas, modificadas, quando necessário.

Pode ela conduzir ao fortalecimento de uma tendência regressiva, vinculada ao passado, ao invés de cuidar das possibilidades prospectivas, inventivas, do discurso jurídico, de modo a adaptá-lo às cambiantes necessidades históricas. Mas, tem força histórica, é tradicional na literatura jurídica. Chamá-la Ciência do Direito, Ciência Jurídica Positiva ou Ciência Empírica do Direito Positivo², não lhe retira, pela simples mudança de denominação, o caráter de estudo servil das instituições. É indispensável ter em mente que o seu estudo não se pode esgotar em “juízos de constatação a fim de apurar as determinações contidas no conjunto normativo” mantendo-se a disciplina “alheia aos valores”³. O ponto de vista analítico-descritivo, primordial no trabalho “dogmático” do direito positivo, - *indispensável à compreensão, interpretação e aplicação do direito* -, deve ser acompanhado de uma atitude crítico-valorativa, capaz de aquilatar o valor e o sentido das instituições, no contexto da ordem jurídica global, vista em conexão com os interesses humanos que lhe são subjacentes.

Para que a Ciência do Direito possa permitir ao Direito conservar-se, transformando-se, não pode ela fechar-se sobre si mesma, tratando tão-só do “puramente jurídico”, em nome de uma falsa cientificidade que, no fundo, o que quer é a conservação cega da ordem estabelecida. Esta “ciência”, assim construída, pretendendo ser asséptica, responde a interesses, que se ocultam por não ousarem identificar-se. Este modo de proceder cria um mundo à parte, o mundo dos juristas, que esquece a sábia advertência de Ihering, que no século XIX, depois de ter trafegado pelo formalismo jurídico, o superou. Pôs-lhe, então à mostra a inconsistência, proclamando a incontestável verdade de que “a vida não deve se dobrar aos princípios; são os princípios que devem modelar-se na vida”⁴.

² Mata-Machado, Edgar de Godoi. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1986. p. 119.

³ Nader, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio: Forense, 1980.

⁴ Von Ihering, Rudolf. **L'esprit du droit romain...** Trad. de O. de Meulenaere. 3. éd. rev. cor. Paris: Lib. A. Maresq, 1886. v. 4 par. 69, p. 311.

No mesmo sentido, viria a proclamar o famoso juiz da Suprema Corte Norte-Americana, Oliver Holmes, que “a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência”, visto que “a lei consubstancia a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos e não pode ser tratada como se contivesse unicamente os axiomas e corolários de um livro de matemática.⁵ Vale dizer, a lógica jurídica não é a lógica matemática. Dela serve-se, mas a ultrapassa. O raciocínio jurídico importa, necessariamente, em valorações de fatos e de normas, conduzindo a escolhas ou deliberações, como viria evidenciar Perelman, enquanto professor da Universidade Livre de Bruxelas, apoiado em textos de Aristóteles, que se achavam esquecidos. Perelman trouxe à luz o caráter **retórico** do raciocínio jurídico. Os raciocínios dialéticos ou retóricos “não se referem às demonstrações científicas mas às deliberações e às controvérsias”, tratando “dos meios de persuadir e de convencer por meio do discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as que nos são próprias por meio de argumentos mais ou menos fortes”.⁶ Também Luís Recaséns Siches desenvolveu atividade fecunda, como professor e pesquisador da Universidade Autónoma do México, sustentando que a lógica aplicável ao direito é “a lógica da ação humana ou lógica do razoável”, que é impregnada de valorações referentes às situações humanas reais. “O importante é a técnica de pensar sobre problemas, a qual se desenvolveu no seio da retórica, ou seja, a arte da persuasão”, que se aplica aos “debates e às deliberações, para averiguar qual, dentre várias opiniões diferentes, tem um *peso maior de convencimento* e conduz a um resultado mais plausível”.⁷ É que “a índole do direito positivo não consiste em um reino de idéias puras, válidas por si mesmas, com abstração de toda aplicação real às situações concretas da vida”. Sua validade “está necessariamente condicionada pelo *contexto situacional*, em que se produziram e para que se produziram”.⁸

Resulta claro, como já escrevi, ser arbitrário pedir aos juristas que abram mão de parte de suas faculdades racionais quando fazem Ciência do Direito, abstendo-se de realizar juízos de valor. Tal atitude importaria em

⁵ Holmes, Oliver Wendell. **The Common Law**. Boston: Little Brown, 1963. p. 5.

⁶ Perelman, Chaim. **Logique juridique; nouvelle rhétorique**. Paris: Dalloz, 1976. p. 1-2.

⁷ Recaséns Siches, Luís. **Introducción al estudio del derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1977. p. 251-2.

⁸ *Id.* **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2. ed. aum. México: Porrúa, 1973. p. 274-5.

estudar as leis, seus conceitos e princípios orientadores exclusivamente do ponto de vista lógico-formal. Tudo se limita nesta perspectiva, - *que é a perspectiva positivista* – à análise das estruturas do direito positivo desligadas do contexto social, das forças e interesses sociais que as determinam, bem como daquelas perceptíveis no momento de sua aplicação. Torna-se esta, em conseqüência, simplista, tolhida de aferir e antecipar seus efeitos sociais reais. Limita-se a atividade do jurista e do juiz, em especial, a um automatismo capaz de conduzir a decisões inesperadas ou indesejáveis.

Querendo-se estribar, por esta forma, a cientificidade do direito, desliga-se a Ciência Jurídica do contexto social de que resulta e a que se aplica, elaborando-se um discurso jurídico mais comprometido com sua lógica interna do que com os interesses humanos. É evidente que as valorizações inerentes ao trato do direito positivo e à sua aplicação não se confundem com as indagações de raiz próprias à Filosofia do Direito. Trata-se, na Ciência do Direito ou Dogmática Jurídica, de valorizar o direito positivo para bem compreendê-lo e aplicá-lo. Trata-se de não fracionar o direito positivo, isolando-o dos valores que o informam.

“Livre pensar é só pensar”, diz Millor Fernandes, cuja argúcia deveria ser um orgulho nacional. O pensamento só não flui quando não se quer pensar, quando se quer mas se desconhece o assunto, ou quando se quer e se conhece o assunto, mas há impedimentos ou proibições artificiais a travá-lo. No caso, a trava advém da **concepção positivista do direito**, que é muito bem sintetizada por Ángel Latorre: “o positivismo representa uma atitude mental típica de ‘alheamento’ de um setor a respeito da realidade, neste caso o Direito, para o estudar à margem dos outros aspectos da mesma realidade em que se encontra imerso”. O positivista “*entende que o direito pode ser estudado como algo separado da consideração global dos fenômenos sociais*”. Tal mentalidade não é exclusiva da ciência jurídica, pois aparece na maioria das ciências no mundo moderno e especialmente no século XIX, que é precisamente o momento culminante do positivismo jurídico”.⁹

Sucedede que o século XIX passou, embora *a ideologia neoliberal, que defende o Estado mínimo e o mercado máximo*, pretenda fazê-lo voltar, em nome de uma “modernidade” muito velha e conhecida, que

⁹ Latorre, Angel. **Introducción al derecho**. 6. ed. Barcelona: Ariel, 1974. p. 134.

subrepticiamente quer eliminar o Direito do Trabalho e os Direitos Fundamentais, sociais e econômicos, para benefício dos ganhadores do cassino universal em que o mundo se converteu. Para isto, naturalmente, também há que difamar e apequenar o Poder Judiciário.

Vivemos no limiar do século XXI e os homens, em sua maioria injustiçados, clamam por justiça urgente, enquanto o planeta é agredido impiedosa e quotidianamente, em busca do lucro fácil.

É claro que, quando se diz que para compreender o Direito e aplicá-lo adequadamente, é necessário conhecer a ordem jurídica (conhecimento dogmático), interligando-a à matéria social, aos interesses em jogo, valorizando as leis e os fatos e buscando sempre antecipar os efeitos sociais decorrentes de sua aplicação. É por isso que escrevi que a aplicação do direito é o seu momento de verdade, querendo dizer que é aí que a lei sai do código e penetra na concretude dos fatos, mostrando, por seus efeitos, se é boa ou má, conveniente ou inconveniente, justa ou injusta.¹⁰

O que importa ao jurista, sobretudo ao juiz, que é a figura dominante da vida jurídica, é poder ser, tanto quanto possível, como dizia Aristóteles, a “justiça viva”¹¹. Senão buscar encarnar a justiça, exercerá funções de juiz, mas não será juiz.¹²

Nesta linha de pensamento, situa-se Elías Díaz, observando que “não se entende plenamente o mundo jurídico se o sistema normativo (Ciência do Direito) se insula e separa da realidade, em que nasce e à que se aplica (Sociologia do Direito) e do sistema de legitimidade que o inspira e deve sempre possibilitar e favorecer a sua própria crítica racional (Filosofia do Direito). Uma compreensão totalizadora da realidade jurídica exige a complementaridade, ou melhor, a recíproca e mútua interdependência destas três perspectivas que cabe diferenciar ao falar do direito: perspectiva científico-normativa, sociológica e filosófica.”¹³

A integração destas perspectivas não se faz só com literatura jurídica. Faz-se com leitura, com estudo, mas, fundamentalmente, afastando a

¹⁰ Azevedo, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989. passim.

¹¹ Aristote. **Ethique à Nicomaque**. Nouv. Trad. avec introd., notes et index par J. Tricot. 2.éd. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1967. P.

¹² Azevedo, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1983.

¹³ Díaz, Elías. **Sociología y filosofía del derecho**. Madrid: Taurus, 1976. p. 54.

proibição advinda do positivismo jurídico, segundo a qual operam-se cisões definitivas e de conseqüências indelévels na compreensão e aplicação do direito. Sobretudo o juiz, para bem julgar, tem que uni-las. A vista aberta e desarmada vale mais do que muitos compêndios.

Não se trata de teorizar sobre a justiça ou sobre as relações do direito com a sociedade, uma vez que o juiz, ocupado que deve estar em dirimir os litígios com a maior brevidade possível, não tem tempo para isto. Mas sabem o jurista e o juiz e o sente o povo que “as soluções jurídicas em geral e as decisões judiciais em particular apenas se justificam na medida em que respondem aos reclamos da vida humana, em certo contexto cultural, em dado momento histórico.”¹⁴ A isto não se chega com hermetismo lingüístico e artifícios lógicos, mas sim com uma compreensão dos fatos e das normas, em seus aspectos legais, valorativos e sociais, de modo a bem compreender os interesses sociais e pessoais em questão.

A Ciência do Direito, bem entendida, conduzirá à fidelidade ao direito, o que significa a fidelidade inteligente ao ordenamento jurídico. É a partir desta que o jurista pode abrir-se aos problemas jurídicos antigos enquadrando-os na moldura do presente. Assim, a Lei Complementar 242, de 09.01.1991 do município de Porto Alegre utiliza-se do direito real de uso para favorecer a regularização fundiária, dispondo sobre o contrato a ser pactuado entre os moradores de terreno da prefeitura e o governo municipal, assegurando a permanência dos moradores na posse, para uso habitacional, a condição de que vivessem no local antes de 31.01.89 e não fossem possuidores de outra propriedade imobiliária, sendo a área adequada para habitação.

Como se vê, a questão está em redimensionar a Dogmática Jurídica, que não pode ser a Ciência Jurídica do tempo de Roma, nem a do século passado. Redimensionada, tem que assumir tarefas adequadas ao tempo presente. Neste, despontam problemas jurídicos novos, ligados à biotecnologia, assim como aparecem velhos problemas, como o crime, inerente à condição humana, mas hoje revestindo formas novas, dentre as quais se destaca a grande criminalidade econômica, organizada sob forma empresarial, transnacional, globalizada, a desafiar a argúcia dos juristas.

A Dogmática, bem concebida, há de entender que o processo tem que ser meio, e não fim, como freqüentemente têm sugerido procedimentalistas, que se crêm processualistas. Verdade é que quanto

¹⁴ Azevedo, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**, p. 114.

mais processo se discute no processo, menos justiça se faz. Daí o ceticismo do homem comum que, vendo suas pretensões diluírem-se em filigranas processuais, que não entende e nem o interessam, projeta sobre juízes e tribunais seu sentimento de perplexidade. O culto do processo distanciado do real municia os inimigos do Judiciário e da Democracia, que não se efetiva sem a existência de um Judiciário independente. Dentre os que não o desejam sobressaem, no momento, os neoliberais que desejam as decisões judiciais a seu favor, ainda que flagrantemente inconstitucionais.

A Ciência do Direito necessita aventar soluções para os problemas decorrentes da fertilização *in vitro*, assim como é necessário pôr limites à clonagem de seres vivos e à manipulação genética das plantas, conduzindo aos alimentos transgênicos.

São alguns dos exemplos a desafiar a argúcia dos juristas comprometidos com o seu tempo, interessados na solidariedade humana e na continuação da vida. Para que a sua contribuição seja satisfatória, têm que abandonar as posições rigidamente jurídicas, abraçando a vida em sua plenitude, que não se dá satisfatoriamente e nem pode continuar sem uma regulamentação legal adequada aos desafios do presente.

Cabe, no entanto, assinalar que, apesar do modelo teórico restritivo, positivista, a orientar, de modo dominante, a Ciência do Direito, parte desta e, sobretudo, a Jurisprudência têm encaminhado soluções sensíveis ao quadro histórico, no passado e, notadamente, no presente. Assim, por influência de doutrinadores nacionais, temos uma legislação de muito boa qualidade, relativa ao Direito Ambiental. A deficiência que há, no setor, é antes administrativa. Temos um Código do Consumidor, que constitui um conjunto de normas excelentes, abrandando o individualismo do Código Civil. Praticamente a atualização de todo o Direito de Família constitui trabalho da doutrina e da jurisprudência, que se encontram, sob este aspecto, na dianteira relativamente à legislação e à doutrina francesas.

Na França, mesmo ao tempo da Escola da Exegese, os tribunais, a despeito do modelo teórico vigente, foram adaptando o Código de Napoleão às exigências sociais, daí decorrendo a Teoria do Abuso do Direito, de tão férteis conseqüências no Direito Civil. Também é obra da doutrina francesa, através do trabalho de Maurice Hauriou, a idéia de improbidade administrativa, hoje tão em voga e tão necessária, no contexto de corrupção pública, que, diariamente, vemos desfilar na imprensa. Também da doutrina e da jurisprudência francesas adveio a Teoria do Desvio de Poder (*“détournement*

du pouvoir”), cuja relevância prática no Direito Administrativo é inconteste. No Brasil, nos primórdios da República, surgiu a teoria brasileira do “*Habeas Corpus*”, de que resultou o mandado de segurança, com assento constitucional desde 1934, conforme demonstrou o eminente historiador do Direito Brasileiro Lenine Nequete¹⁵.

Na Alemanha e na França estabeleceu-se, na doutrina e na jurisprudência, a *idéia de um solidarismo social*, graças à qual vieram à tona múltiplas decisões, capazes de minorar o egoísmo individual, em favor de um convívio mais fraterno, por que já clamava François Geny, em 1899, em obra extraordinária.¹⁶

Não tendo o presente escrito o propósito de esgotar as realizações jurisprudenciais, apesar de um modelo concebido, à época da Escola da Exegese, para tolher o seu trabalho criativo, deve-se salientar que a sábia diretriz jurisprudencial, atenta à justiça no caso concreto e, simultaneamente, de olhos voltados para a justiça social, está a sofrer agressivas investidas do *neoliberalismo sem peias*. É este, hoje, o grande inimigo do Direito e do Poder Judiciário, chegando mesmo, em momentos de insandecido discurso, em falar na abolição da Justiça do Trabalho!

É face a esta ideologia, que se entremete em meio a uma crise profunda, econômica e moral, que há de haver uma reação da doutrina e da jurisprudência para salvaguardar as grandes conquistas da civilização, dentre as quais avulta a enunciação e efetivação dos Direitos Fundamentais-econômicos e sociais. ◆

¹⁵ NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência**. Porto Alegre: Sulina, 1973. T. 2, p. 40 e 42.

¹⁶ GENY, François. **Méthodes d'interprétation et sources en Droit Privé Positif**. Préf. De Raymond Saleilles, 2ª éd, Paris: Librairie Générale du Droit et Jurisprudence, 1954. *passim*.