

Dogmática jurídica e a crise de legitimação do Estado moderno

PAULO DE TARSO RAMOS RIBEIRO

Auxiliar de Ensino do Departamento de
Filosofia e Teoria Geral do Direito da Fa-
culdade de Direito da Universidade de São
Paulo

SUMÁRIO

I — Dogmática e epistemologia — Algumas considerações metodológicas. II — Dogmática e ideologia — A legitimação das estruturas jurídicas. III — Função social da dogmática — Os paradoxos da legitimação institucional.

I — Dogmática e epistemologia — Algumas considerações metodológicas

A abordagem do tema da função social da dogmática jurídica exige algumas considerações preliminares de natureza epistemológica cuja importância se faz tanto mais presente quanto se proponha a relacionar o tema da função social com o problema da legitimação institucional das estruturas jurídicas. Vejamos assim o que podemos entender por dogmática jurídica. Aproximando-nos de seu uso mais generalizado, e, na esteira de WARAT⁽¹⁾, diríamos que a dogmática jurídica é a “atividade que tem a pretensão de estudar o direito positivo vigente sem construir sobre o mesmo juízos de valor. É a tentativa de formular uma teoria sistemática do direito positivo baseada em sua aceitação acrítica, e que, mediante a elaboração conceitual do direito estabelecido, explicitaria sua coerência, denotando a pseudológica que o ordena.”

Neste sentido a dogmática se propõe com fundamento em uma lógica positivista, a descrever a ordem legal da maneira mais isenta de sorte a desvincular os conceitos jurídicos da “irracionalidade” do subjetivismo axiológico de cada um. Afirma-se, portanto, como criadora de construções teóricas que se fundamentam na distinção entre o plano descritivo e o plano prescritivo; o plano das explicações e o plano dos argumentos justificadores. Na expressão de BOBBIO⁽²⁾, procede a uma confusão mais ou menos

(1) WARAT, Luis Alberto. *Ensino e Saber Jurídico*. Rio de Janeiro, Eldorado — Tijuca, 1977.

(2) Cf. BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Trad. e organização de textos a cargo de Alfonso Ruiz Miguel. Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, p. 105.

generalizada entre "formalismo jurídico e formalismo ético". O direito assim é concebido como um fenômeno mais ou menos universal cujas estruturas normativas possuem uma articulação natural de base imanente ao real, o que, em última análise, impõe sobre a dogmática, enquanto ciência jurídica, a tarefa de, descrevendo estas relações, explicitar o direito como objeto dessa investigação. Daí o interesse dos juristas em geral pelo estudo da "natureza jurídica" dos "institutos" de direito, a preocupação em constituir séries conceituais, como direito subjetivo, direito de propriedade, direito das coisas etc., a divisão do direito em dois grandes ramos, o público e o privado, enfim, uma sistematização teórica cuja preocupação maior parece ser a da produção de um discurso jurídico universal dotado de uma completude lógica, manifesta na elaboração de tratados, por exemplo.

A dogmática constrói-se assim, através de enormes redes paralelas de seções cujas malhas abarcam e delimitam o universo ontológico dos "institutos" jurídicos, o que, de resto, nos conduz à constatação de uma dualidade lógica em todo o fenômeno jurídico, pela qual se é ou não jurídico conforme se esteja ou não inserido nas redes de conceitos.

Neste quadro muito amplo, cuja característica básica é a concepção do direito ora como norma, ora como realidade empírica, é que a dogmática enfrenta o seu dilema metodológico. Daí a proposta de autores como KELSEN em tratar o direito a partir de sua especificidade maior: o mandamento normativo contido nas normas jurídicas. Trata-se, em um certo sentido, de uma tentativa de despir a investigação jurídica de toda carga ideológica no sentido de predileções valorativas, sociológicas, políticas etc.

Por isso, há que falar-se, com relação a KELSEN, de uma Teoria Pura do Direito e não de uma Teoria do Direito Puro. Todavia, o problema que se coloca é o de saber se de fato é possível formular uma teoria ideologicamente neutra, sem se reproduzir, ainda que veladamente, uma série de argumentos persuasivos que, em última análise, instauram uma espécie de "socialização" do conjunto de valores aceitos pelo Estado. Esta é uma questão metodológica que antecede a própria análise dos padrões de disseminação do conhecimento científico postulados pela dogmática e que, é bom que se ressalte, produziram ao longo do tempo algo semelhante a uma perversão axiológica da proposta kelseniana, como aliás não poderia deixar de acontecer. Explico-me: se, de um lado, a proposta de KELSEN assume a necessidade metodológica de uma investigação jurídica pura, no sentido de uma validação auto-referente das normas pelo sistema jurídico; de outro, a dogmática, em sua pretensão ontológica universalizante, por assim dizer, retira a validade do plano normativo para situá-la no mundo do real. Isto é, a distinção operada pelo neo-kantismo de KELSEN entre mundo natural e mundo normativo é misturada pela dogmática na aceitação da validade dos conceitos normativos como um problema de natureza descritiva e não de caráter prescritivo. Outra não foi a razão pela qual BOBBIO se referiu à confusão operada pelos juristas, em geral, entre formalismo ético e formalismo jurídico. O primeiro, impondo sobre a dogmática a ne-

cessidade de uma valoração na aplicação e até mesmo nas premissas do pensamento jurídico. E o segundo, entreabrindo para o direito a possibilidade de uma investigação que, na perspectiva positivista de N. BOBBIO⁽³⁾, se lhe apresenta como uma teoria científica, eis que estabelece uma ótica e um certo método para *conhecer* o fenômeno jurídico. O problema, no entanto, é saber se o método já não traz consigo uma ética de justificação de sua escolha e as implicações que daí podem nos chegar.

Deixemos, no entanto, a análise da opção metodológica kelseniana apenas como fator que, por assim dizer, ilumina a nossa preocupação maior com os parâmetros de construção do pensamento dogmático. Ora, admitindo-se a distinção proposta por VIEHWEG⁽⁴⁾ entre modos dogmático e zetético de pensar, podemos extrair algumas conclusões que nos interessam de perto. De início constatamos que a noção de dogma está íntima e etimologicamente ligada ao sentido do ato de doutrinar, isto é, sob um certo ângulo o pensamento dogmático está fundamentalmente preocupado em orientar a ação humana. E é este compromisso com a ação que faz do pensamento dogmático um pensamento onde não pode haver dúvidas, sob pena da ação ficar paralisada. Vale dizer, a noção da dúvida e o compromisso com a ação, ou melhor, a eliminação da dúvida tendo em vista o compromisso com a ação é que orientam a movimentação do pensamento dogmático de forma bipolarizada: 1 — estabelecidas as premissas, estas não podem ser alteradas; 2 — comprometido com a ação social, o pensamento não questiona o fundamento racional-valorativo da sua proposta. Essa "standardização" dos valores que orientam a ação é que levaria um autor como LUHMANN⁽⁵⁾ a falar em uma interrupção na reflexividade *ad infinitum* dos valores quando da positivação normativa do direito, o que, em outras palavras, equivaleria a assumir as normas jurídicas enquanto mandamento de natureza dogmática, isto é, comandos que não admitem ordens contrárias. São, por essa razão, premissas que determinam pontos de partida sobre os quais não pode haver dúvidas, embora se tenha, ao menos ao nível da especulação filosófica, a certeza de que só há dogma porque há dúvida; houvesse a evidência da realidade a conhecer, não haveria dogma, senão axioma. A dimensão ideológica do problema com que se defronta a dogmática jurídica reside exatamente no fato de que, em função de um estruturalismo positivista de ambições ontológicas, que impregnou ao longo do tempo a análise dos juristas dogmáticos, propõe-se o dogma como se fora axioma, o prescritivo como se fora descritivo, o argumento persuasivo como se fora explicativo.

Dizíamos, no entanto, que, em face ao pensamento dogmático, VIEHWEG⁽⁶⁾, propõe o modo zetético de pensar como aquele modo cujas

(3) Cf. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 106.

(4) Cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília, Imprensa Nacional, 1979.

(5) LUHMANN, Niklas. Positive law and ideology. In *The Differentiation of the Society*. New York, 1982.

(6) VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.*

premissas são e serão sempre e continuamente questionadas, razão pela qual este não possui nenhum compromisso, seja para com a ação, seja para com suas próprias premissas. Por conseguinte, a possível construção de um direito sem dogma se situa exatamente aqui no sentido de uma dialética não mais de natureza hegeliana, que apontaria para uma síntese final, mas de uma dialética que remonta a Aristóteles e sobre a qual se poderia constatar como única ortodoxia o próprio movimento heterodoxo da dialética. Ora, precisamente o que se pretende de um ponto de vista sociológico não é tanto assumir uma perspectiva zetética em sua plenitude, o que nos conduziria a um raciocínio eternamente circular, mas o de admiti-la enquanto fundamento de uma construção analítica e de um discurso científico que, por isso mesmo, se pretende aberto, compreensivo e responsável. Neste sentido, analisar a dogmática jurídica hoje exige, do observador mais atento, a consciência epistemológica de que a teoria delimita o objeto que elabora, imprime, na expressão de WARAT (7), "sua particular marca teórica ao objeto, seleciona, filtra, elege e delinea, em conformidade com o arsenal analítico que utiliza este mesmo objeto".

Dessa forma, qualquer conhecimento, por mais objetivo que pareça, jamais é a reprodução da ordem real. Quando muito, se poderia dele falar como uma "representação" ou "aproximação" do objeto real, que lhe serve de perspectiva e referência. Por isso, falamos em discurso aberto, responsável e compreensivo, o que, em última instância, nos lembraria POPPER (8) quando diz que a ciência é "um saber lacunoso". Todavia, poder-se-ia argüir, à luz do arsenal analítico de que se vale a dogmática jurídica e "à la Kelsen", de que o direito não trabalha com fatos, mas com normas, ou ainda, segundo LUHMANN, de que o direito, exatamente em função de sua dimensão normativa, coloca-se como a garantia de expectativas contrafáticas. Vale dizer, não importa o que é, mas o que deve ser. E o que deve ser legitima-se por si só, sem referência ao mundo da causalidade. Não obstante, como adiante veremos, a legitimação do discurso jurídico não se tem limitado a referências normativas em cadeias hierárquicas, mas antes a dogmática tem feito seu objeto de legitimação institucional uma série de outros mecanismos em cima dos quais se tem obtido retórica e substantivamente a obediência político-jurídica.

II — Dogmática e ideologia — A legitimação das estruturas jurídicas

Mas, afinal, em que consistem as relações que poderiam ser estabelecidas entre o discurso jurídico proferido pela dogmática e a ideologia dominante? Como se justifica o discurso jurídico perante seus destinatários? BOBBIO aponta-nos para uma miscelânea operada na práxis jurídica entre as noções de formalismo ético e formalismo jurídico, através da qual se identifica uma concepção legalista da justiça, que nos conduz, afinal, à justificação do ordenamento jurídico independentemente do fato de que o conteúdo das normas seja este ou aquele. A justiça de uma norma não

(7) WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, cap. I Epistemologia e Direito.

(8) POPPER, Karl. *Logic of Scientific Discovery*. London, 1959.

estaria assim nesta ou naquela prescrição, mas simplesmente no fato de a norma ser ou não legal. Para LUHMANN, no entanto, a ideologia desempenha, nesta perspectiva, um papel justificador de extraordinária importância através de um processo interno de perversão valorativa. Neste sentido, entendidos os valores enquanto pontos de vista que selecionam a opção das ações e a ideologia como elemento neutralizador dos valores divergentes, diríamos que, através da avaliação dos valores, a ideologia desempenha, com relação ao direito, uma dupla função: de um lado, exerce uma função programática ou instrumental, pela qual direciona a escolha dos valores normativos, e de outro, mediante uma função simbólica, incorpora símbolos que acionam os destinatários da norma jurídica, no sentido de uma aceitação acrítica das decisões proferidas pelo sistema jurídico. Tal perversão valorativa torna os valores variáveis a partir de um "standpoint" e a avaliação ela mesma reflexiva. Os valores normativos passam assim a ser entendidos e instrumentalizados a partir de um ponto de referência cujas premissas estão, por assim dizer, imunes às críticas. Ora, outro não é o fundamento de todo o modo de pensar dogmático. Conseqüentemente, não é de estranhar que a dogmática e a ideologia andem, no final das contas, bem próximas uma da outra. Temos, pois, no modelo luhmanniano de legitimação do direito, de um lado, a ideologia enquanto elemento de consolidação da perversão valorativa, e, de outro, as normas como programas de ação. A interação complementar e integradora que se possa estabelecer entre ambas é responsável pela estabilização funcional das relações jurídicas. O direito se legitima, pois, institucionalmente, na medida em que é capaz de produzir uma atitude de prontidão generalizada no sentido da aceitação mais ou menos acrítica das decisões do sistema jurídico⁽⁹⁾. Em um certo sentido, substitui-se a tensão de *qual* decisão ocorrerá pela certeza de que *uma* decisão será proferida, o que, em outras palavras, significa admitir a legitimação pela racionalidade formal em detrimento da racionalidade material. Isto é, não importa o *que*, mas *como*; a forma aqui não é estéril, ela possui o condão de legitimar através de seus procedimentos formalizadores as estruturas jurídicas.

Poder-se-ia, no entanto, indagar até que ponto esta noção de legitimação não se constitui em uma espécie de saber tecnológico, na medida em que assume os valores dominantes como premissas de um raciocínio *pretensamente* descritivo. Dito em outras palavras, o que nos parece hoje fundamental indagar é até que ponto a assunção de um modelo epistemológico impermeável à crítica, em que pese a sua aparente abertura para uma reflexão problematizadora, não atua afinal como um modelo, cuja tarefa específica não é apenas de encobrir relações sociais e de poder, de um ponto de vista estritamente político, mas talvez, antes e sobretudo, a de produzir a ilusão funcional de que o saber dogmático é aberto e responsável, de onde a sua dimensão ideológica. A "ciência jurídica" aparece assim como um saber indiferente às relações de poder. A política é vista como o campo do "irracional" objeto da "sistematização" e "racionalização" jurídicas,

(9) LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília, Ed. UnB, 1980.

cujo fruto maior, ao fim, é o surgimento de uma instância ideológica, sobretudo na medida em que esta atribui significações discutíveis à realidade social, plasmando-a na expressão do Prof. WARAT⁽¹⁰⁾, com um discurso “reificante, a-histórico, e com pretensões de generalidade e universalização”. A dogmática implica, assim, uma “saturação ideológica” no conhecimento jurídico que, não obstante, proporciona com isso um efeito de identidade entre o saber e a realidade concreta. Isto é, a construção analítica é vivida como se fora a própria realidade social considerada.

Tudo isso nos conduz no limite à seguinte constatação: se a legitimidade das estruturas jurídicas se reduz à capacidade de que dispõe o poder de ser efetivo, seja pela obtenção do consenso — o que nos parece impossível em sociedades fracamente integradas e com baixo coeficiente de participação política —, seja pela adesão mecânica à “evidência” institucional das relações de poder, toda estrutura político-jurídica é legítima conquanto se faça obedecer, o que, de resto, muito se aproxima do que anteriormente denominados, com base em HABERMAS⁽¹¹⁾, de saber tecnocrático.

Por outro lado, apor um valor a-histórico, porém continuamente presente na dialética do justo e do injusto como o referencial legitimador das estruturas normativas, em uma perspectiva fundamentalmente jurnaturalista, se nos apresenta como uma solução utópica e idealizante na medida em que não resolve, historicamente, o problema da legitimação das estruturas jurídicas. Daí o dilema em que se encontra a dogmática jurídica e que nos leva a falar em paradoxos da legitimação institucional. A idéia de crise, pois, é tanto mais nítida conquanto se reconheça que ela se reproduz, quer ao nível epistemológico, na ausência de parâmetros definitivos para a análise da idéia de legitimidade — o que, aliás, nos coloca a indagação se, de fato, a noção de legitimidade não é ela mesma uma falsa questão — quer ao nível educacional, onde a dogmática, em última instância, desenvolve e reproduz o seu saber. Passemos, pois, à análise mais detida da questão.

III — *Função social da dogmática — Os paradoxos da legitimação institucional*

Admitida, pois, a impossibilidade, quer de uma justificação última dos sistemas normativos com base em um valor transcendente, do tipo justiça, por exemplo, quer de uma legitimação institucional, com fundamento afinal na efetividade do poder, a questão da legitimação das estruturas sociais normativas assume uma dimensão aporética. Isto é, não é possível sair do problema sem um momento prévio de opção e de arbítrio, no sentido de uma seleção entre alternativas que se não são incompatíveis, são, pelo menos, divergentes. Daí a saída para uma dimensão pragmática da noção de legitimidade, como um “jogo-sem-fim”, proposta pelo Prof.

(10) WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In *Condogmática*. Florianópolis, Almed, 1961.

(11) HABERMAS, Jürgen e LUHMANN, Niklas. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie: Was leistet die Systemforschung?* Frankfurt, 1971.

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (12), como única maneira de assumir o caráter aporético do discurso dogmático. Ora, estas conclusões parecem levar-nos a um certo relativismo quanto à questão da legitimidade, aliás, bem próximo da perspectiva positivista. O direito torna-se, então, um instrumento de controle e de manipulação, o que entreabre para nós a dimensão “tecnológica” do saber jurídico a que nos referíamos anteriormente. Em outras palavras, a dogmática lança mão de um arsenal analítico, por meio do qual e através de sutis mecanismos de persuasão, impõe significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento desta força, e que, em última análise, exercem sobre os destinatários do saber jurídico aquilo que BORDIEU e PASSERON(13) chamaram de um “poder de violência simbólica”.

Os problemas que daí decorrem para o estudo da função social da dogmática, com particular ênfase no ensino jurídico, podem ser assim genericamente situados em dois planos: no primeiro, coloca-se aquilo que o Prof. JOSÉ EDUARDO FARIA (14) denominou de dilema hamletiano da dogmática jurídica: “a angustiante escolha entre adaptar-se às condições sócio-econômicas emergentes, assumindo tarefas com dimensões até então ignoradas pelo legislador liberal, e para as quais teria de substituir a inspiração individualística dos códigos tradicionais por soluções meta-individuais, ou manter suas características ortodoxas, correndo, assim, o risco de perder por completo sua função social de fornecedor de certeza, segurança, liberdade e igualdade formais”. E, num segundo plano, situa-se aquilo que nós poderíamos chamar de um impasse epistemológico na reprodução pedagógica da cultura jurídica, na medida em que os estudantes, de uma maneira geral, são objeto de uma espécie de educação “domesticadora”, através da qual se instila valores e construções analíticas da realidade, cujo caráter anacrônico fica tanto mais evidente quanto mais a sociedade se moderniza, aprofundando com isso o dilema de Hamlet a que se vê submetida a ciência dogmática. Fica clara, portanto, a impossibilidade da separação entre educação e política, de um lado, e a ingenuidade de se encarar a crise do ensino jurídico como um problema de ordem meramente pedagógica, de outro.

Vive-se, com efeito, o problema de saber quais os limites éticos impostos à aceitação passiva da crise de identidade da dogmática jurídica. Vale dizer, é possível a construção de um modelo teórico de reprodução das relações sociais e jurídicas onde não haja violência simbólica e a problematização dos símbolos e das regras seja uma constante? Ou talvez antes, existe sociedade onde a experiência histórica tenha comprovado a

(12) FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: Ensaio de Pragmática da Comunicação Normativa*. RJ, Forense, 1978.

(13) BORDIEU, Pierre e PASSERON, Jean Claude. *La Reproduction*. Paris, 1970.

(14) FARIA, José Eduardo. *Direito, modernização e autoritarismo: mudança sócio-econômica x liberalismo jurídico-político*. São Paulo, Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, 1981.

possibilidade de uma “situação comunicativa ideal”, como nos aponta JÜRGEN HABERMAS? ⁽¹⁵⁾ Para utilizar o próprio código científico de HABERMAS, é possível às sociedades prescindirem de seus “princípios organizacionais” enquanto elementos que lhe conferem identidade, ou até mesmo assumir, como o próprio caráter, a heterodoxia da problematização dos símbolos?

Em sociedades em desenvolvimento e altamente estratificadas é certamente muito difícil responder afirmativamente a estas questões. Tanto mais quando se tem em conta que a complexidade e a diferenciação funcional das sociedades de massas impõem a necessidade de regras de organização e de um mínimo — e eu me arriscaria a dizer um máximo — de violência simbólica na regulação dos conflitos — que assim se vêem institucionalizados — e, por via de consequência, na positivação do direito.

O que todas estas indagações nos apontam, todavia, é talvez aquilo que poderíamos chamar de dimensão ética dos sistemas normativos que, assim, funciona como uma espécie de contínuo contraponto à dinâmica das relações jurídico-sociais, ao mesmo tempo em que põe a descoberto os, assim chamados, paradoxos da legitimação institucional. A idéia de crise, pois, que permeia toda a noção de paradoxos de legitimação, se manifesta nos distúrbios persistentes de integração do sistema social e do subsistema jurídico. Contudo, não nos referimos aqui àquela noção sistêmica de crise cujos limites de explosão estão, por assim dizer, controlados, no sentido de uma lógica sincrônica com os objetivos últimos dos sistemas sociais. Não se trata, assim, apenas de um problema de contradições acidentais na dinâmica das relações sociais intra-sistêmicas, mas, sim, de contradições estruturalmente inerentes que, por isso mesmo, se colocam em diacronia com a existência contínua dos parâmetros de justificação institucional dos sistemas jurídicos.

As respostas para esse dilema certamente se situam ao nível das próprias contradições paradigmáticas da ciência e filosofia jurídicas. Neste sentido avançar na contradição é avançar na ciência. O que fica, no entanto, como resíduo infinito de perplexidade para os juristas dogmáticos é uma questão até certo ponto ambígua, porquanto coloca, de um lado, a necessidade de uma justificação ética dos dogmas em razão mesmo de sua natureza dogmática e, de outro, apresenta as contradições estruturais dos sistemas normativos como um impasse à construção analítica da própria noção de legitimação institucional. Como ficamos? A aporia é ainda maior se assumimos a reflexividade axiológica *ad infinitum* da noção de legitimidade, como quis o jusnaturalismo. Talvez por essas e outras razões é que a antinomia proposta por WEBER entre racionalidade formal e racionalidade material seja posta como o fundamento de um dilema que é tanto maior conquanto se apresente nas malhas conceituais de uma “ciência” dita dogmática.

(15) HABERMAS, Jürgen. *A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*. RJ, Ed. Tempo Brasileiro, 1980.