

Antiformalismo jurídico *versus* jusnaturalismo: uma releitura crítica

Juridical antiformalism vs. natural law: a critical review

CLARISSA FRANZOI DRI

Resumo: O artigo propõe-se a uma revisão da literatura acerca das noções de jusnaturalismo e juspositivismo, dicotomia antiga mas ainda presente nos debates jurídicos contemporâneos. Esse debate é vinculado ao antiformalismo jurídico, conceito que remonta ao início do século XX e é pouco explorado pela doutrina brasileira. Os objetivos centrais são discutir a suposta vinculação das doutrinas antiformalistas ao direito natural e oferecer um novo olhar visando à utilização concreta desses conceitos.

Palavras-chave: Jusnaturalismo. Juspositivismo. Antiformalismo jurídico.

Abstract: This paper intends to organize a literature review on the natural and positive law concepts, which correspond to an ancient but still present dichotomy. This debate is related here to the juridical antiformalism, doctrine existing since the beginning of the 20th century but little used by Brazilian authors. The main goals are to discuss the supposed linkage between the antiformalist and natural theories and to propose a new perspective aiming at the concrete use of these concepts.

Keywords: Natural Law. Positive Law. Juridical antiformalism.

1. Introdução: o nascimento do antiformalismo como teoria jurídica

Embora antiga e aparentemente superada, a dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo continua atual, ainda que se modifiquem os enfoques e a terminologia¹. Um exemplo é o debate suscitado pelas doutrinas antiformalistas, surgidas no início do século XX como contraposição ao paradigma formalista dominante. Historicamente, o formalismo prioriza os modos de produção do direito, sem indagar-se sobre seus valores, originando contornos teóricos bem definidos mas vazios de substância. O antiformalismo introduziu a preocupação com o conteúdo das matérias a serem reguladas pelo direito, a partir do entendimento de que a estrutura jurídica não se desvincula dos fins ideológicos a serem perseguidos, sem desconsiderar os aspectos formais.

¹ ADEODATO, 2006. p. 121. “Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre ‘direito positivo’ e ‘direito natural’, distinção que, quanto ao conteúdo conceitual, já se encontra no pensamento grego e latino” (BOBBIO, 1995, p. 15).

Como conjunto teórico relativamente harmônico e organizado, a teoria antiformalista remonta ao final do século XIX. O desenvolvimento do capitalismo, os novos interesses e conflitos das massas populares e os progressos científicos gerados na etapa posterior à revolução industrial estimularam o surgimento de interpretações que questionavam o rigor conceitualista e o distanciamento entre a teoria jurídica da época e a dinâmica social (WOLKMER, 2006, p. 200). Diferentes reações provenientes da sociedade começaram a influenciar o discurso e a prática dos juristas, majoritariamente inseridos na lógica do positivismo jurídico formalista. As mudanças doutrinárias ganham expressão com a jurisprudência teleológica (Rudolf von Jhering), com a corrente do direito livre (Oscar Bülow, Eugen Ehrlich e Hermann Kantorowicz) e com a crítica jurídica materialista (Karl Marx)². Nos primeiros anos do século XX, não-distantes do movimento do direito livre, destacaram-se, na França, León Duguit e Maurice Hauriou, cujas lições serviram de alicerce às teorias antiformalistas do direito internacional público desenvolvidas por Georges Scelle e Santi Romano, respectivamente. Concebendo o Estado como somente uma das muitas formas de organização social, essas teorias prescindem de sua figura para explicar o direito internacional. Para a escola sociológica de Scelle, mais centrada no indivíduo, o direito fundamenta-se nas relações entre as pessoas e entre as sociedades³. No caso do institucionalismo de Romano, não é o indivíduo, mas são os agrupamentos humanos, entendidos como instituições sociais, que, ao interagirem, identificam-se ao direito⁴.

² Sobre as ideias defendidas por essas escolas, veja *ibid.*, p. 200-220 e TANZI, 1999.

³ As principais obras de Georges Scelle são *Précis de Droit des Gens* (1932), *Règles Générales du Droit de la Paix* (1933) e *Manuel du Droit International Public* (1948). Para mais informações sobre sua vida e sua obra, veja ROUSSEAU, Charles. Georges Scelle (1878-1961). *Revue Générale de Droit International Public*. Paris, v. XXXII, n. LXV, p. 5-19, 1961 e TANCA, Antonio. Georges Scelle (1878-1961): biographical note with bibliography. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 1, n. 1/2, p. 240-249, 1990. Sobre a teoria de Scelle, veja THIERRY, Hubert. The Thought of Georges Scelle. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 1, n. 1/2, p. 200, 1990; KOPELMANAS, Lazare. The ideas of Georges Scelle and their possible application to some recent problems of international law. *Journal du Droit International*, ano 88, n. 2, p. 350-375, p. 362, jan.-mar. 1961 e DUPUY, René-Jean. Images de Georges Scelle. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 1, n. 1/2, p. 237, 1990. Outros internacionalistas também seguiram a abordagem sociológica antiformalista proposta por León Duguit. Entre eles, destacam-se Charles de Visscher, Nicolas Politis e Marc Réglade. Veja VISSCHER, Charles de. *Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1962; POLITIS, Nicolas. *Les Nouvelles Tendances du Droit International*. Paris: Hachette, 1927; POLITIS, Nicolas. *La Morale Internazionale*. Neuchâtel: La Baconnière, 1943 e RÉGLADE, Marc. Perspectives qu'ouvrent les doctrines objectiviste du Doyen Duguit pour un renouvellement de l'étude du Droit International Public. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. IV, n. XXXVII, p. 381-419, 1930.

⁴ As principais obras de Santi Romano são *L'Ordinamento Giuridico* (1918), *Principi di Diritto Amministrativo Italiano* (1901), *Corso di Diritto Coloniale* (1918), *Corso di Diritto Internazionale* (1926), *Principi di Diritto Costituzionale Generale* (1945), *Frammenti di un Dizionario Giuridico* (1947) e *Scritti Minori* (1950). De outros autores institucionalistas, veja MANCINI, Pasquale

A consideração dessas teorias na tentativa de compreensão do direito internacional contemporâneo representa uma significativa mudança de paradigmas. Ousa-se questionar o dogma estatal de origem moderna. Aceitam-se como obsoletas certas construções racionais iluministas que encorajaram o domínio do direito positivo sobre os homens. Buscam-se fundamentos temporal e substancialmente mais próximos da realidade atual para explicá-la – note-se o fenômeno da integração regional. É reconhecida uma pluralidade de atores internacionais, vinculados ou não ao Estado, que procuram, com objetivos diversos, ser vistos e ouvidos para além das fronteiras nacionais.

Os possíveis efeitos de uma interpretação antiformalista do cenário internacional não são, contudo, objeto desse trabalho. O artigo propõe-se, mais modestamente, a apresentar os fundamentos teóricos de uma das principais críticas ao antiformalismo: sua aproximação com o jusnaturalismo. O objetivo central é, portanto, tecer uma releitura crítica das relações entre teoria antiformalista, direito natural e direito positivo. Uma análise dos pressupostos históricos dessas doutrinas parece importante para elucidar o pretenso perfil jusnaturalista do antiformalismo.

2. Do jusnaturalismo ao juspositivismo

Embora sejam numerosas as críticas recebidas pelas teorias antiformalistas sociológica e institucionalista, elas podem ser enquadradas em três grupos principais. Em geral, os antiformalistas são acusados de (1) expandir as fronteiras do direito para além do mundo jurídico, (2) entender o direito vivo como simples resultado de mutáveis exigências da produção e do consumo e (3) de representar um retorno à metafísica jus-

Stanislao. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003; ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de Droit International*. Paris: Panthéon-Assas, 1999; AGO, Roberto. Rencontres avec Anzilotti. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 3, n. 1, p. 92-99, 1992 (em português, veja o inédito mimeografado *Encontros com Anzilotti*, com tradução de Daniela Ribeiro); GAJA, Giorgio. Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 3, n. 1, p. 123-138, 1992; ZICCARDI, Piero. Note sull'Opera Scientifica di Dionisio Anzilotti. *Comunicazioni e Studi*, Milano, v. 3, p. 7-42, 1950; NOLTE, Georg. From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago: the classical international law of State responsibility and the traditional primacy of a bilateral conception of inter-state relations. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 13, n. 5, p. 1083-1098, 2002; SERENI, Angelo Piero. *The Italian Conception of International Law*. New York: Columbia University Press, 1943; ZICCARDI, Piero. Il Diritto Internazionale nell'Insegnamento di Roberto Ago. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, ano LXXVIII, fasc. 2, p. 305-323, 1995; AGO, Roberto. Diritto Positivo e Diritto Internazionale, in: *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di Tomaso Perassi*. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1957; AGO, Roberto. Pluralism and the Origins of the International Community. *Italian Yearbook of International Law*, n. 3, 1977; AGO, Roberto. Science Juridique et Droit International. *Recueil des Cours*, Den Haag, v. 90, p. 857-958, 1956; MIGLIAZZA, Alessandro. Roberto Ago. *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, ano LXXXI, 1998 (em português, veja o inédito mimeografado *Roberto Ago*, com tradução de Arno Dal Ri Jr); ZICCARDI, Piero. *La Costituzione dell'Ordinamento Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2000.

naturalista⁵. A análise dessa última crítica parece ser essencial à compreensão das demais.

Enquanto os autores antiformalistas identificavam-se ao positivismo sociológico, posição que era compartilhada por muitos leitores, alguns estudiosos os acusavam de recorrer a abstrações metafísicas para explicar os fundamentos do direito. Evidentemente, esse entendimento tinha como parâmetro o fundamento positivista do direito – a norma – compreendida, até os dias de hoje, como uma base concreta e legítima para o fenômeno jurídico. No entanto, foi justamente o problema das fontes do direito e a possibilidade de existência de lacunas na legislação que conduziu muitos teóricos a ultrapassar o fetichismo da lei e a reconstruir, para além dela, fundamentos superiores de integração (TRUYOL Y SERRA, 1951, p. 67). Apesar das manifestas diferenças entre as doutrinas antiformalistas, elas teriam em comum o fato de afirmar a existência de princípios da vida social fundados na natureza das coisas e do homem que deveriam ser traduzidos pelo direito positivo. O direito objetivo de Romano e de Scelle, segundo eles, não se confundiria com o direito natural, mas ocuparia o mesmo lugar que este em relação ao direito positivo. Duguit, por sua vez, argumentava que o direito objetivo seria histórico e concreto, enquanto o direito subjetivo se revelaria natural e idealista (DUGUIT, 2004, p. 27). Mas esse materialismo era relativizado pela defesa da perfeita harmonia entre interesses individuais e coletivos e da complementaridade das necessidades sociais, isto é, na solidariedade.

2.1. *Concepções históricas do jusnaturalismo*

A ideia de direito natural remonta à Antiguidade, mas os preceitos pelos quais é conhecido hoje se afirmaram na Idade Moderna, sobretudo com os jusfilósofos Hugo Grotius, Thomas Hobbes, Gottfried Leibniz, Immanuel Kant, Jean-Jacques Rousseau, Samuel von Puffendorf, Christian Thomasius e Christian Wolff. Nem mesmo as inúmeras divergências entre essas teorias desautorizam a menção ao nascimento, na época, de uma escola do direito natural, devido à utilização comum do método racionalista. Segundo a visão jusnaturalista, existe uma ordem natural e eterna, que se traduz na existência de um universo já legislado. Como essas normas estão além do observável empiricamente pelos órgãos dos sentidos, elas somente podem ser compreendidas e aplicadas por meio da razão. A razão não trabalha, assim, sobre realidades concretas, “mas volta-se para si mesma e, num processo de pura intuição, descobre, no interior da consciência, os princípios universais dessa lei” (MARQUES NETO, 1982, p. 104). Nesse sentido, altera-se a compreensão sobre as tarefas do jurista: seu papel não se resume à interpretação de regras já dadas, mas deve abarcar a demonstração das regras universais de conduta. A fonte do direito não é o *corpus iuris*, mas a natureza das coisas. Os

⁵ Segundo Celso Fernandes Campilongo, essas e outras críticas são também dirigidas, mais amplamente, a todos os sociólogos do direito: “Teoria do Direito e Globalização Econômica”, in: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 77-92.

juristas podem continuar a comentar leis, ainda que o jusnaturalista não seja um intérprete, mas, com o auxílio da razão, um descobridor (BOBBIO & BOVERO, 1987, p. 23).

Essa racionalização, contudo, iniciou apenas um rompimento paulatino com o *jusnaturalismo teológico* lapidado pela escolástica medieval. Tratava-se de um direito estabelecido por Deus, cuja interpretação genuína somente poderia advir da Igreja. A hierarquia eclesiástica era o único elo autorizado entre o direito divino e natural e o direito empírico e real. Com o surgimento do Estado e o enfraquecimento do poder da Igreja, nasceu a ideia de um *jusnaturalismo antropológico*. Embora fundado na razão humana, não contesta o caráter divino do direito⁶. Prescinde-se, isso sim, de um intérprete oficial: basta o raciocínio humano para a dedução dos princípios naturais – indistintamente estabelecidos por Deus – que deveriam reger a conduta dos homens.

O mérito do jusnaturalismo dos primórdios da modernidade foi, assim,

romper com a desenfreada aplicação dos princípios escolásticos ao terreno do Direito, ajudando-o a libertar-se da carga teológica que o alienava da realidade social, bem como a retomar seu caráter autônomo como forma específica de conhecer. Mas, por outro lado, privilegiando excessivamente o papel da razão, elaborou um sistema de pensamento jurídico fechado em si mesmo, dentro da concepção de um direito supra-social, desligado das condições em que o homem efetivamente vive e se associa e, por isso mesmo, igualmente alienado da realidade social (MARQUES NETO, *Op. cit.*, p. 104-105).

Trocando uma metafísica por outra, o jusnaturalismo não foi capaz de responder às questões essenciais da práxis reguladora da conduta humana. Uma das principais dificuldades reside na impossibilidade de se extrair, da teoria jusnaturalista, critérios objetivos e histórico-críticos para a identificação do justo. A fundamentação abstrata da doutrina pode traduzir-se na ilusão da salvaguarda de direitos que, na verdade, persistem como bens da classe hegemônica. Quanto ao método, o jusnaturalismo é acusado de ter pretendido estudar o mundo da história da mesma forma que os cientistas investigam o mundo da natureza e, assim, acabou por desfigurá-lo. A crítica política revolucionária e a crítica metodológica não são, contudo, as responsáveis pelo progressivo desuso da doutrina. Essa tarefa coube, em verdade, à crítica política conservadora, que atribui ao caráter abstrato do racionalismo o incentivo à subversão da ordem constituída⁷. No início da modernidade, a legitimação do Estado nascente demandava a

⁶ “Note-se que nem o jusnaturalismo antropológico nega Deus, nem o teológico, a razão. Só que, agora, a razão não é apenas o meio para conhecer o direito emanado da divindade, mas passa a ser também a fonte de todo direito. A tradição e a autoridade cedem lugar ao que é, em uma palavra, ‘racional’” DEODATO, João Maurício, *Op. cit.*, p. 128. A Escola Clássica Espanhola, conhecida também como Segunda Escolástica e representada pelos teólogo-juristas Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Luis de Molina, Gabriel Vazquez e Francisco Suarez esteve na base da passagem do direito natural teológico à doutrina do jusnaturalismo racionalista. WOLKMER, *Op. cit.*, p. 124.

⁷ As referidas críticas encontram fundamento e classificação em BOBBIO & BOVERO, 1987, p. 32-33.

constituição de um esquema que lhe conferisse o monopólio da criação, interpretação e aplicação do direito. A fonte por excelência do sistema jurídico não poderia estar na natureza, mas nas regras postas pelo Estado e inquestionavelmente seguidas pelos cidadãos. Essa necessidade foi razoavelmente atendida por meio do emprego de preceitos oriundos do positivismo jurídico⁸.

A preeminência do *jusnaturalismo democrático* marcou a transição para o modelo positivista. Como expressão da continuidade do processo laicizante jusnaturalista, essa corrente questiona a imutabilidade do direito racional. Devido à pluralidade do pensamento humano e à igualdade entre os homens, a maioria seria a detentora da legitimidade do direito e deveria decidir sobre os conflitos. A rigor, portanto, não há conteúdo: “o que a maioria decide é legítimo, pois legitimidade é a igualdade de capacidade política dos cidadãos” (ADEODATO, *Op. cit.*, p. 129). A lei surge como manifestação dessa vontade e, por meio do sistema representativo, liga-se intrinsecamente à ordem estatal moderna, constituindo seu viés jurídico por excelência⁹.

2.2. As bases do positivismo jurídico

Embora suas linhas delineadoras sejam bastante antigas, o uso da expressão “direito positivo” é relativamente recente, encontrando-se apenas nos textos latinos medievais (Ibid., p. 15). A expressão recebeu diversas acepções ao longo da história, mas designava, em geral, o direito escrito, posto, em contraposição ao direito natural, não-escrito e metafísico. Diferentemente, o positivismo jurídico surge somente com a centralização do poder na conformação do Estado moderno e não se confunde com o direito positivo. O positivismo refere-se a uma concepção do direito que o reduz ao direito positivo. Esse passa a ser considerado direito em sentido próprio, enquanto o direito natural, depreciado, é excluído da categoria de direito. “O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” (Ibid., p. 26. Grifo no original).

⁸ O positivismo jurídico deriva, em parte, do pensamento positivista científico, mas com ele não se confunde. Neste trabalho, trabalha-se essencialmente com a primeira noção. O positivismo, em sentido geral, surgiu na Europa, no século XIX. “Excetuando-se o kantismo, talvez nenhuma outra filosofia tenha alcançado tanto prestígio e difusão.” Mais do que uma doutrina filosófica, o positivismo define-se como um método que considera a experiência como único critério de verdade. Na filosofia moderna, a teoria surge com o empirismo inglês – Francis Bacon, John Locke e David Hume, propagando-se à França, onde Auguste Comte a difunde como sociologismo, cuja preocupação seria reformar a vida social e política nos moldes da ciência positiva. DIDONET, 1977, p. 11. Para um estudo aprofundado da doutrina, veja COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva; Discurso sobre o Espírito Positivo; Discurso Preliminar sobre o Conjunto Positivo; Catecismo Positivista*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

⁹ Segundo Norberto Bobbio, são duas as principais idéias-matrizes que embasam o movimento pela codificação durante a formação do Estado moderno, ambas de marca nitidamente racionalista: pôr ordem no caos primitivo e fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social: BOBBIO, 1995, p. 120.

Apesar das várias construções teóricas que buscam explicar os fundamentos do positivismo¹⁰, é possível falar nos pressupostos gerais da doutrina¹¹ que se aplicam, na contemporaneidade, aos países que adotam o sistema romano-germânico¹². Em termos metodológicos, o juspositivismo sociológico, espécie doutrinária precursora, aceita como único direito existente aquele empiricamente observável. Preocupa-se com o direito que é, não com o direito que deve ser, a fim de proporcionar condições precisas de decisão aos tribunais. A atitude do jurista, nessa lógica, deveria se revelar avalorativa ou ideologicamente neutra. Como substrato teórico, a doutrina concebe o direito como resultado de um ato de poder competente. A produção do direito e as medidas coati-

¹⁰ Norberto Bobbio divide em seis as concepções fundamentais da teoria positivista: (a) teoria coativa do direito; (b) teoria legislativa do direito; (c) teoria imperativa do direito; (d) teoria da coerência do ordenamento jurídico; (e) teoria da completude do ordenamento jurídico e (f) teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito. Para ele, as três primeiras resistem às críticas, o que não ocorre com as três últimas. Estas, no entanto, não ocupam mais do que um papel secundário, enquanto as primeiras – válidas para o autor – constituem os pilares do positivismo jurídico. *Ibid.*, p. 147-222.

¹¹ O paradigma dogmático da ciência jurídica configura um duplo viés de recepção e de aplicação dos pressupostos juspositivistas. Dogmatismo significa “uma atitude de acatamento e submetimento do jurista ao estabelecido como Direito Positivo que, independentemente do seu conteúdo material (mutável), desempenha sempre a função de dogma. [...] O dogmatismo da Ciência Jurídica figura, portanto, como um ponto de partida; como uma atitude invariável de acatamento acrítico a um Direito que temporal e espacialmente varia.” O perfil de ciência prática, que é tradicionalmente atribuído ao direito, condiciona consideravelmente o paradigma dogmático. Reduz-se a ciência do direito a uma mera técnica de aplicação das leis, cuja finalidade é cumprir o ideal da segurança jurídica. “Tendo pontualizado que o Direito existe para se realizar e que em tal dimensão prática alcança sua vida e verdade, isto é, o seu próprio ser, Jhering pontualizou também que uma vez que os diferentes Direitos se cumprem todos e por toda parte da mesma maneira, seu conteúdo material pouco importa. O decisivo é que é possível determinar de uma forma geral e absoluta ‘como’ o direito se realiza. Por outro lado, sob esta relação existe um ‘ideal absoluto’ perseguido por todo o direito, qual seja, que o Direito deva realizar-se de um modo necessário, seguro e uniforme e, ademais, de uma maneira fácil e rápida, circunstância esta última que apresenta diferenças notáveis nas várias legislações. Sendo assim, todo o problema do tratamento do Direito radica em como se realiza. Trata-se de uma questão de forma, e não de conteúdo, ainda que este reverta inevitavelmente sobre aquela” (ANDRADE, 2003, p. 74 e 50-51).

¹² René David distingue três grandes sistemas no direito contemporâneo: a família romano-germânica, também conhecida como *civil law* ou *statue law* (direito estatutário ou legislativo), os direitos socialistas e a *common law* (direito consuetudinário). O autor evidencia, ainda, outras concepções jurídicas, como o direito muçulmano, o direito da Índia, os direitos do extremo oriente e os direitos africanos. A característica básica do direito romano-germânico, em contraposição à *common law*, reside na emanação e na positivação das normas jurídicas pelo poder soberano. O direito consuetudinário, por sua vez, consiste em regras adotadas por juízes para resolver uma controvérsia individual. Segundo o sistema do precedente obrigatório, as regras adotadas tornam-se impositivas para os sucessivos juízes. Todos os países da América do Sul fazem parte da família jurídica romano-germânica: DAVID, 2002.

vas que o assegurariam cabem exclusivamente ao Estado, seu critério último de legitimidade. Não se atenta para o conteúdo dessas normas, que são válidas desde que os requisitos hierárquicos encontrem-se satisfeitos¹³.

A teoria positivista encontra aperfeiçoamento e larga difusão com os trabalhos de Hans Kelsen, que lança as bases para o positivismo jurídico neokantiano¹⁴. O jurista alemão inicia seus estudos em um ambiente acadêmico altamente influenciado pelo normativismo, cujos objetivos eram assegurar a sistematização e a autonomia da ciência do direito (BILLIER & MARYIOLI, 2005, p. 195). Pela sistematização, buscava-se extrair do próprio material jurídico a coerência interna do sistema, sem recursos ao exterior. A autonomia referia-se ao pensamento jurídico realizado a partir dele mesmo, sem atenção a questões éticas, políticas, históricas, sociológicas ou psicológicas. Apoiado nesses pressupostos, Kelsen erige sua *teoria pura do direito*: a ciência jurídica deve ter um objeto genuinamente seu, livre de contaminações de outras ciências¹⁵. Para alcançar esse fim, o jurista reduz o direito à norma. Conteúdos políticos ou de outra natureza são estranhos ao direito, que tem por objeto a lei, não o fato. A validade de uma norma repousa,

¹³ Os referidos fundamentos teóricos e metodológicos da doutrina positivista encontram amparo em ADEODATO, *Op. cit.*, p. 130-131 e em BOBBIO, *Op. cit.* Segundo este autor, as características da teoria positivista que se ligam à figura estatal são resultado de um processo histórico, não de uma lógica decorrente do método positivista. A abordagem metodológica positivista, assim, não se vincula necessariamente ao Estado moderno, podendo eventualmente existir em outros contextos, mas historicamente a ele se vinculou. Veja *ibid.*, p. 29 e ANDRADE, *Op. cit.*, p. 59-61.

¹⁴ Na segunda metade do século XIX, manifestou-se na Alemanha, na França e na Inglaterra uma notável e difusa tomada de interesse pela filosofia de Immanuel Kant. Isso na esteira da crescente difusão das idéias positivistas, como reação à crise que atravessava o idealismo de Hegel, mas também, e sobretudo, devido à aceleração do desenvolvimento das ciências em numerosos campos, desenvolvimento que por um lado parecia pedir uma renovada reflexão filosófica sobre problemas do conhecimento, e do outro colocava, como no caso das novas geometrias, a questão de uma diferente fundação das verdades axiomáticas em relação à estrutura do espaço. O neokantismo influenciou diferentes campos e setores de pesquisa: sociologia (Simmel e Weber); filosofia do direito (Stammler, Radbruch e, sobretudo, Hans Kelsen); teorias políticas, particularmente as de orientação socialista e social-democrata; filosofia da religião (Rudolf Otto). Mesmo reconhecendo numerosos elementos comuns entre a retomada kantiana e os positivistas, deve ser esclarecido que entre os favoráveis a um retorno a Kant e os positivistas corriam muitas diferenças. Os primeiros reconheciam no conhecimento científico dos fenômenos uma validade de fundo, mas eram interessados principalmente em uma abordagem crítica e não dogmática; contestavam o conhecimento científico como simples acúmulo de dados e teorias; repropunham com grande força a atenção não sobre o conhecido, ou seja, o objeto da ciência, mas sobre como se conhece, ou seja, o processo cognitivo.

¹⁵ “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo. [...] Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. [...] Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (KELSEN, 1976, p. 17).

assim, em sua mera vigência, enquanto que a eficácia social é relegada a um plano diferente do jurídico. “Qualquer indagação que vise a esclarecer o *porquê* de devermos nos conduzir de determinada maneira, e não de outra, terá como resposta um simplista *porque-a-lei-assim-o-ordena*” (MARQUES NETO, *Op. cit.*, p. 128. Grifo no original). Os problemas da validade e da legitimidade são resolvidos com critérios estritamente formalísticos: a norma fundamental, realizada por meio da constituição, consiste no parâmetro de todo o sistema.

A teoria kelseniana rejeita, evidentemente, a concepção jusnaturalista. A validade e a unidade da ordem jurídica não podem, segundo Kelsen, advir de preceitos de justiça situados fora do ordenamento positivado. Isto é, não são baseadas em conteúdos jurídicos, mas em sua forma – o mundo criador das normas jurídicas (BILLIER & MARYIOLI, *Op. cit.*, p. 205). O direito é produto da vontade do legislador, não da razão: a preocupação estética prevalece sobre a consideração da ética. A construção formalista kelseniana, apesar das incongruências internas¹⁶ e das censuras ideológicas que sofre, ainda é predominante nos sistemas jurídicos ocidentais, em que se inserem os países sul-americanos.

Esse segundo gênero de críticas é marcado, sobretudo, pela necessária vinculação social das normas jurídicas. A substituição da legitimidade pela legalidade e da função social do sistema jurídico por sua lógica teórica o aparta inevitavelmente da realidade que deve regular.

O *formalismo*, cujas construções são apoiadas sobre um discurso abstrato, de proposições reduzidas, é insuficiente para explicar o direito. Este, ainda quando concebido no plano abstrato, é objeto histórico-cultural, apresentando-se, hoje, “como o produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais” (ibid, p. 26).

Tais críticas desnudam o mito da neutralidade do juspositivismo. Além das facetas metodológica e teórica, a doutrina tem um viés fortemente ideológico, o que lhe

¹⁶ Sobre as dificuldades internas do normativismo, veja *ibid.*, p. 211-213. As principais críticas referem-se à separação entre direito e fato e entre direito e moral, e à criação autopoiética das normas jurídicas. Importa considerar, no entanto, que Kelsen modificou sua concepção no último período de sua carreira. A norma jurídica não teria mais a juridicidade, seu elemento ideal constitutivo, mas seria um fato. “Essa posição aproxima Kelsen do realismo jurídico norte-americano, que no início do século XX se levantou contra o formalismo jurídico e, mais precisamente, contra suas operações de dedução lógica, afirmando que o direito não é senão a predição da *solução jurídica* que será enunciada pelos juízes em um caso litigioso concreto.” *Ibid.*, p. 225-226. Grifo no original. Por outro lado, afirma Eros Grau: “Fui um crítico exacerbado de Kelsen, ousadamente, até o momento em que verifiquei que há dois Kelsen: o verdadeiro, crítico formal do direito, e aquele em que o transformam alguns de seus leitores. Percebi, então, que minhas críticas a Kelsen deveriam ser não a ele destinadas, porém a alguns supostos kelsenianos, aqueles que fazem com que a teoria de Kelsen seja importante não pelo que estuda, mas sim pelo que deixa de estudar” (GRAU, 1996, p. 27).

permite defender certos interesses por trás da bandeira da imparcialidade. Esse caráter axiológico destaca-se, em primeiro lugar, no fato de, para o positivista, o critério de justiça coincidir com o de validade. Depois, nos fins que as normas “válidas” e “amorais” realmente buscam: ordem, paz e certeza jurídica¹⁷. No caso do positivismo, portanto, a própria postura anti-ideológica explicita seu conteúdo. O mero objetivo de descrição de um direito pretensamente puro, que não se indaga sobre a noção de justiça, presta-se a qualquer tipo de autoritarismo político, pois exerce precisamente a função ideológica de ocultar as contradições sociais intrínsecas ao Estado liberal¹⁸. Em termos históricos, responde justamente às necessidades desse individualismo liberalista, dominante na política e na economia a partir do século XVIII¹⁹.

O formalismo surge, então, como uma roupagem que encerra em si mesma um conteúdo. O suposto vazio material das teorias formalistas cede lugar a um objeto bem determinado e moldado pelos contornos que o envolvem. Não é prudente subestimar as influências recíprocas entre forma e conteúdo no estudo do direito. As lutas sociais que garantiram o desenvolvimento dos direitos humanos e conquistaram a promulgação das constituições refletem essa relação de mútua determinação. Se o positivismo fosse, de fato, desprovido de caráter ideológico, provavelmente não seria tão árdua e lenta a conquista de direitos sociais básicos, nem tão desejada a obtenção de garantias legais em relação ao poder estatal. De outra parte, os sistemas positivistas passaram a admitir, sem inconsistências aparentes, a constitucionalização de conteúdos éticos, o que significa que a neutralidade não é um pressuposto de sua lógica interna²⁰.

¹⁷ Sobre o juspositivismo como ideologia, veja BOBBIO, *Op. cit.*, p. 223-232.

¹⁸ MARQUES NETO, *Op. cit.*, p. 130. De outra parte, “talvez a ideologia implícita no kelsenianismo seja uma das principais razões de seu sucesso. Afinal, qual o Estado autoritário que não acolheria de bom grado uma doutrina que desvincula da ciência do Direito qualquer indagação acerca da validade social da norma jurídica, e que reduz, desse modo, o papel do jurista quando muito ao de um mero intérprete da legislação vigente, simplesmente aceita como um dogma e jamais questionada?” *Ibid.*, p. 130-131.

¹⁹ GRAU, *Op. cit.*, p. 27. Nesse sentido, Roberto Lyra Filho afirma que “a burguesia chegou ao poder desfraldando a bandeira ideológica do direito natural – com fundamento acima das leis – e, tendo conquistado o que pretendia, trocou de doutrina, passando a defender o positivismo jurídico (em substância, a ideologia da ordem assente)” (LYRA FILHO, 2003, p. 23). Já o sucesso pragmático do positivismo “parece estar ligado a uma adequação ao poder jurídico-político leigo característico da modernidade no Ocidente europeu, tendo em vista sua imensa disponibilidade de conteúdos éticos. No plano da teoria, o positivismo investe na tentativa de apresentar o direito (e outras formas de conhecimentos da sociedade) como uma ciência, privilegiando, na seqüência, seus aspectos técnicos. Está pronto o terreno para a dogmática jurídica como ‘tecnologia de controle social’” (ADEODATO, *Op. cit.*, p. 134).

²⁰ Sobre a passagem do Estado legal ao Estado constitucional de direito, veja CADEMARTORI, 1999, p. 15-42. Para José Joaquim Gomes Canotilho, somente se pode falar em Estado de direito mediante a assegução dos direitos fundamentais e de outras garantias materiais, que estão além da submissão do Estado ao direito formalmente considerado: CANOTILHO, 1999.

2.3. Um caminho ao inverso?

O *jusnaturalismo de conteúdo variável* pode ser compreendido como uma tentativa de aperfeiçoamento dos preceitos jusnaturalistas de modo a fazer frente aos postulados positivistas. A teoria entende que há uma ordem jurídica justa e flexível, “que não se confunde com o direito aplicado pelo poder efetivamente obedecido, a qual brotaria espontaneamente – ‘naturalmente’ – das características da comunidade” (ADEODATO, *Op. cit.*, p. 129). Nega-se, com isso, a universalidade e a imutabilidade do direito, que varia no tempo e no espaço, de acordo com a cultura da comunidade onde se insere. Tampouco se referendam os pressupostos de validade da doutrina positivista. Ao contrário, a concepção engloba um critério de justiça, que a considera inerente às práticas da vida em comunidade. Dentre todas, essa definição de jusnaturalismo aproxima-se com mais ênfase do gênero teórico desenvolvido pelos antiformalistas.

Embora permaneça o recurso a noções ideais e efêmeras, como a “natureza das coisas”, para explicar o fundamento do direito²¹, percebe-se, nessa corrente jusnaturalista, um germe de contestação à ordem assente mais ancorado na realidade social do que nas demais²². O direito natural como um todo sempre foi afeiçoável às reivindicações supralégais – acima ou contra as leis – e, em consequência, muito propício ao uso pelos grupos dominados nos momentos de crise do direito positivo (LYRA FILHO, *Op. cit.*, p. 43-44). O problema reside justamente em apoiar a construção naturalista não na abstração, mas na história e no cotidiano de lutas das comunidades humanas. Nesse sentido, a cultura jurídica de um determinado povo poderia ser comparada, em última análise, à sua “natureza”.

Um direito natural de combate somente poderia nascer da elaboração social: a sociedade, assim como cria seu direito positivo, poderia criar também seu direito natural, segundo parâmetros culturais próprios²³. Não se afasta, com isso, o direito positivo. Trata-se de encontrar um fôlego dialético e pluralista, que supere as contradições entre positividade e justiça, entre os critérios formalistas e antiformalistas de produção e de

²¹ Ressalte-se que essa explicação é também herdada, parcialmente, pelo movimento juspositivista. Nele, permanecem algumas situações subjetivas qualificáveis como naturais, e indispensáveis ao poder político que buscava uma concreta centralização, como, por exemplo, a noção de propriedade privada (GROSSI, 2006, p. 8).

²² “Se nos pusermos a repensar o papel da jusfilosofia na história, podemos interpretá-lo de duas maneiras: como inserido no processo de legitimação das estruturas sociais e históricas, mas também como a conquista gradativa pelo gênero humano de sua autoconsciência. [...] A filosofia e a jusfilosofia se manifestam historicamente como uma dialética de oposição entre alienação e libertação.” COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro: transmodernidade, direito, utopia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001, p. 162.

²³ COELHO, *Op. cit.*, p. 157. O autor vislumbra o jusnaturalismo como instância crítica do direito positivo. Poderia, por isso, contribuir com a reconstrução da práxis jurídica, conforme as propostas da teoria crítica. A conciliação entre a doutrina do direito natural e a crítica do direito caracterizaria um “novo eterno retorno” ao jusnaturalismo. *Ibid.*, p. 158.

interpretação do ordenamento jurídico²⁴. Caso se transporte essa perspectiva ao plano internacional, aparecem mais nitidamente as contribuições das escolas antiformalistas italiana e francesa à evolução do direito internacional público. Elas dizem respeito a um jusnaturalismo contestatório que não descarta uma espécie de positivismo crítico, centrado no homem – não no Estado – e em seus direitos historicamente conquistados²⁵.

3. Conclusão: o antiformalismo como proposta regulatória

Se resta claro o perfil jusnaturalista do antiformalismo jurídico, por outro lado esse fato não lhe confere um caráter menos “jurídico”. Ao contrário, a perspectiva de retomada de certas premissas do direito natural para ancorar uma releitura do fenômeno jurídico com lentes pluralistas e antiformalistas parece trazer horizontes promissores. Isso porque o “mundo jurídico”, se não corresponder minimamente à complexidade das relações sociais, assistirá a uma avalanche de marcos regulatórios estabelecidos à revelia dos debates públicos e democráticos que devem acompanhar todo o processo legislativo. Isso não quer dizer que o direito deve ser totalizante e anular as funções das demais ciências. Significa apenas que seu substrato coincide com aquele das outras ciências humanas e sociais, identificando-se com a sociedade mesma, com os indivíduos que a compõem e com as relações que eles estabelecem entre si. Parece ser, ao contrário, a teoria pura kelseniana que se afasta do jurídico: “uma ordem jurídica

²⁴ “O direito positivo é insustentável sem um complemento, que o jurista vai buscar no direito natural – com todos os defeitos deste – porque não vê onde se busque outro apoio, nada obstante indispensável. Para realizar a nova construção seriam necessários outros materiais e, sobretudo, outra atitude, propriamente dialética, que, por sê-lo, não tolera aquela antinomia (contradição insolúvel) de direito positivo e natural, tomados como unidades isoladas, estanques e desligadas da totalidade jurídica, na totalidade maior, histórica-social” (LYRA FILHO, *Op.cit.*, p. 46).

²⁵ “Deve-se relembrar a amplitude um tanto arbitrária dessa dicotomia conceitual aqui adotada, tendo em vista que muitos autores não se considerariam nem positivistas nem jusnaturalistas, sem falar nas teorias que expressamente se situam em um meio-termo entre o positivismo e o direito natural” (ADEODATO, *Op. cit.*, p. 129). “É fácil dar-se conta, nesse ponto, da inevitável recuperação no positivismo, de um lado, do ensino jusnaturalista, também fora do problema da justiça do Direito, que certamente não é estranho, nem a ele, nem à atividade do jurista, e que poderia levar a reabrir o discurso sobre os limites da distinção entre *jus conditum* e *jus condendum*. Além disso, o componente racionalista da metodologia do jusnaturalismo significa um apelo ao elemento racional que está presente na parte construída do Direito e, por isso, também uma invocação dessas características universais do Direito, visto como construção sistemática tecida de noções e conceitos próprios do espírito que pensa na realidade em termos e sob perfis jurídicos. Com relação a esse aspecto, deve-se reconhecer à tradição jusnaturalista o mérito de ter mantido vivo o princípio de uma natural irredutibilidade do direito ao dado fenomênico, e de seu necessário pertencer, verdadeiro ao menos em parte, à natureza racional do homem” (ZICCARDI, 2005, p. 225-226).

sem o político resulta carente de impulso, morta; uma *ciência* do direito permanece fragmentária se reproduz um corpo sem coração” (GRAU, *Op. cit.*, p. 28).

Assim, diferentemente do que uma interpretação superficial possa demonstrar, antiformalismo jurídico não significa ausência de regulação. Denota, ao contrário, uma ordem fundada nas relações entre as pessoas e os grupos organizados, não no formalismo legal. O próprio imperativo da regulação resulta da interdependência que existe entre os indivíduos em uma dada comunidade. Como os homens têm necessidades e habilidades diferentes, impõe-se a colaboração entre eles, daí derivando as normas jurídicas. O direito, ancorado na cooperação, aparece como orgânico no quadro social, compreendido como uma instituição. Ao direito potestativo positivista contrapõe-se o direito ordenador solidário. Insere-se nessa lógica, por exemplo, a atuação de atores sub-estatais ou não-estatais nos planos regional e internacional. A observação dessa complexidade não deve, contudo, implicar uma fuga do âmbito regulador do direito e das estruturas democráticas por ele estruturadas. Nesse ponto reside uma das principais diferenças entre a teoria antiformalista aplicada à integração regional e a flexibilização jurídica derivada dos impulsos descentralizadores da globalização econômica.

Na perspectiva antiformalista, são mantidas as diferenças entre direito e não-direito. Se as regras fossem geradas espontaneamente, a democracia não seria necessária. Mas a velocidade do capital globalizado requer formas jurídicas criativas e alternativas, sob pena de uma progressiva desregulação que não tende a favorecer igualmente todos os setores sociais. O sistema político-jurídico deve ser permeável ao seu ambiente, mas não se confundir com ele. Se a forma não pode se sobrepor ao conteúdo, também o inverso é verdadeiro. A origem estatal ou o abrigo de diferentes cadeias normativas não condenam a priori o direito; ao contrário, oferecem-lhe garantias indispensáveis se considerados, além dos contornos, a substância e a finalidade da regulação. A teoria jurídica, inclusive no âmbito do direito comunitário, deve caminhar no sentido da superação dos contrastes entre formalismo e antiformalismo. Por um lado, as concepções formalistas costumam esbarrar no relativismo e no ceticismo e constituem um sintoma da crise das instituições democráticas; por outro, um antiformalismo extremo pode conduzir a um ativismo leviano, ao irracionalismo e a outras tendências que podem se tornar uma ameaça às conquistas da democracia (TREVES, Renato. *L'esperienza giuridica*, in: TANZI (org.), *Op. cit.*, p. 87).

Essas reflexões mostram-se pertinentes na medida em que se admite que o direito “não é uma simples representação da realidade social, externa a ela, mas sim um nível funcional do todo social” (GRAU, *Op. cit.*, p. 17). Se ele não deriva das relações econômicas ou da ideologia dominante, mas é, como ambos os fatores, elemento constitutivo do modo de produção social, pode também consistir em um vetor de mudança. Esse potencial depende, contudo, da plena consideração, pelos intérpretes, dos fatores que compõem o contexto histórico-político da sociedade na qual o direito se manifesta (*ibid.*, p. 35).

Clarissa Franzoi Dri é doutoranda do Instituto de Estudos Políticos da Universidade de Bordeaux. Mestre em Direito das Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito da Universidade Federal de Santa Maria/RS. e-mail: clarissadri@yahoo.com.br.

Referências bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e Globalização Econômica, in: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 77-92.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro: transmodernidade, direito, utopia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDONET, Zilah Cercal. *O Positivismo e a Constituição Rio-grandense de 14 de julho de 1891*. Santa Maria: UFSM, 1977.

DUGUIT, León. *Fundamentos do Direito*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.

GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GROSSI, Paolo. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Tradução de Ângelo Garzarella e Arno Dal Ri Jr. 2006. Mimeografado, p. 8.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17 ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

TANZI, Aristide (org.). *L'Antiformalismo Giuridico: un percorso antologico*. Milano: Raffaello Cortina, 1999.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Doctrines Contemporaines du Droit des Gens*. Paris: Pedone, 1951.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da Antigüidade Clássica à Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ZICCARDI, Piero. Evolução e Perspectivas da Escola Italiana de Direito Internacional no Século XX. *Seqüência*, Florianópolis, ano XXV, n. 51, p. 203-227, dez. 2005, p. 225-226.