

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**O PAPEL DA POLÍTICA JURÍDICA NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO
PARADIGMA DO DIREITO**

ARTEMIO A. MIOLA

Itajaí (SC), dezembro de 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**O PAPEL DA POLÍTICA JURÍDICA NA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO
PARADIGMA DO DIREITO**

ARTEMIO A. MIOLA

Dissertação submetida à Universidade do Vale do
Itajaí – UNIVALI, para obtenção do grau de Mestre
em Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Maria da Graça dos Santos Dias

Itajaí (SC), dezembro de 2006

AGRADEÇO:

- a meus pais Crélio Miola e Ivenilde Agnese Miola (in memoriam), pelo exemplo de vida ética;
- aos meus colegas, Adelar João Vian, Francisco Melnick Vivas Fernandes, e às estagiárias Ana Paula de Mori e Raquel Canal, pela compreensão durante meus estudos;
- a minha orientadora Professora Doutora Maria da Graça dos Santos Dias, exemplo de sensibilidade humana, com a minha gratidão e admiração científica;
- aos meus colegas mestrandos;
- a Deus, pelo conhecimento e fonte inspiradora de eterna Justiça.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos aqueles que acreditam na possibilidade de um novo Paradigma de Direito, fundado nas proposições da Política Jurídica, que tem por objetivo a construção da Norma Justa que atenda aos interesses e às necessidades sociais.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), dezembro de 2006

Artemio A. Miola
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente dissertação de conclusão do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborada pelo mestrando Artemio A. Miola, sob o título O Papel da Política Jurídica na Construção de um Novo Paradigma para o Direito, foi submetida em 19 de dezembro de 2006 à banca examinadora composta pelos seguintes professores: [Nome dos Professores] ([Função]), e aprovada com a nota 9,62 ([nota Extenso]).

Itajaí (SC), dezembro de 2006

[Professor Título Nome]

Orientador e Presidente da Banca

Coordenação da Dissertação

SUMÁRIO

RESUMO.....	VII
ABSTRACT.....	VIII
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1	4
A CIÊNCIA DO DIREITO E A CRÍTICA DO PARADIGMA DOMINANTE.....	4
1.1 INTRODUÇÃO.....	4
1.2 O SIGNIFICADO DO TERMO “CIÊNCIA”.....	10
1.3 GÊNESE HISTÓRICA DO PARADIGMA DOGMÁTICO DA CIÊNCIA JURÍDICA	14
1.3.1 A “PRÁXIS” ROMANA	14
1.3.2 A EXEGÉTICA.....	16
1.3.3 JUSRACIONALISMO	17
1.3.4 A ESCOLA HISTÓRICA.....	22
1.3.5 O POSITIVISMO JURÍDICO	25
1.3.6 O ÚLTIMO PARADIGMA HISTÓRICO	29
1.4 A CONCEPÇÃO POSITIVISTA COMO ENTRAVE DE ADEQUAÇÃO DO DIREITO ÀS NECESSIDADES SOCIAIS - UMA CRÍTICA AO PARADIGMA DOMINANTE	34
CAPÍTULO 2	40
A CIÊNCIA JURÍDICA E O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE: UMA NOVA RACIONALIDADE DO DIREITO.....	40
2.1 DA NECESSIDADE DE ROMPER COM O PARADIGMA DOMINANTE	40
2.2 O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE.....	49
CAPÍTULO 3	68
POLÍTICA JURÍDICA E O NOVO PARADIGMA DE CIÊNCIA DO DIREITO	68
3.1 DA NECESSIDADE DE UM NOVO “DEVIR” DO DIREITO.....	68
3.2 POLÍTICA JURÍDICA E A DIVERSIDADE DE PRINCÍPIOS CONCEITUAIS.....	74
3.3 DO OBJETO, FUNÇÃO EPISTEMOLÓGICA E OBJETIVOS DA POLÍTICA JURÍDICA.....	85
3.4 A POLÍTICA JURÍDICA E A PRODUÇÃO DA NORMA JUSTA E DE UTILIDADE SOCIAL	89
3.5 A POLÍTICA JURÍDICA E SUA PRÁXIS REVELADORA	98
CONSIDERAÇÕES FINAIS	103
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	112

RESUMO

Esta Dissertação de Mestrado tem como objetivo a caracterização da Política Jurídica aplicada ao Direito, visando à possibilidade de utilização de suas estratégias de persuasão nos processos decisórios que incidam sobre os direitos em geral. Utilizando do método dedutivo, procedeu-se a análise da teoria Política Jurídica; buscou-se os fundamentos teóricos para o entendimento da categoria em alguns estudiosos do assunto: Perez, Alf Ross, Miguel Reale, Osvaldo Ferreira de Melo e Gilberto Callado de Oliveira; abordou-se a caracterização do Direito. Fez-se a caracterização da aplicabilidade da Política Jurídica, partindo-se de seu objeto, tendo o Direito como conhecimento comum do povo, verificando-se a possibilidade de Decisões Judiciais criativas e inovadoras, pautando-se nos critérios de persuasão da Política Jurídica, identificando que do Juiz será necessário exercícios mais complexos de ponderação de valores, razoabilidade e criatividade, devendo encontrar a norma adequada para cada caso concreto, sendo cabível até interpretação inovadora das normas jurídicas preexistentes, para que as decisões atendam as expectativas sociais, garantido assim, a máxima realização dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Ciência, Política Jurídica; Constituição; Direito

ABSTRACT

This Masters Dissertation, aims at the characterisation of Legal Policy applied to the law, aimed at the possibility of using their strategies of persuasion in the decision making process relating to the rights in general. Using the deductive method, it is the analysis of the theory Legal Policy; sought is the theoretical foundation for understanding of the category in some scholars of the subject: Perez, Alf Ross, Miguel Reale, Osvaldo Ferreira de Melo and Callado Gilberto de Oliveira; addressed to the characterization of the law. He is the characterization of the applicability of Legal Policy, building up of its object, and the common law as knowledge of the people, there is the possibility of Court Orders creative and innovative, pautando up on the criteria of persuasion of Legal Policy, identifying that the Judge will need more complex exercises, balance of values, reasonableness and creativity, and find the appropriate standard for each case, with appropriate by innovative interpretation of legal background, so that the decisions meet the social expectations, thus guaranteed, the greatest achievement of fundamental rights.

Key-Words: Legal Policy; Constitution; Law.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem como **objeto** a reflexão sobre a Ciência Jurídica e a construção de um novo paradigma do Direito através da Política Jurídica.

O seu **objetivo** geral é demonstrar que o atual paradigma de Ciência Jurídica não dá conta das realidades sociais na produção de um Direito Justo, ético, solidário e útil, comprovando que a visão clássica de Direito subjugava a Justiça à segurança jurídica. Ainda, como **objetivos** específicos, demonstrar que o positivismo jurídico como matriz epistemológica do paradigma dogmático da Ciência Jurídica não atende à expectativa da relação Direito e Justiça, pois a Dogmática Jurídica, como via de acesso ao conhecimento do Direito, visa apenas ao estudo racional lógico e sistematizado de um dado Direito Positivo, isolando-se do conjunto da vida social, e demonstrar que a Política Jurídica deverá ser o novo paradigma para pensar o Direito no âmbito das grandes reflexões, para buscar o Direito que “deve ser”.

Para tal desiderato, inicia-se tratando da Ciência do Direito e do atual paradigma dominante, demonstrando que a Ciência do Direito difere das outras ciências, pois tem uma tarefa interpretativa e, assim, além dessa tarefa, a Ciência do Direito diz a força e o alcance da norma, o que a distingue, via de regra, pelo seu método e também pelo seu objeto¹. Nesse viés, não se pode legitimar o conhecimento baseado apenas no modelo cartesiano, que separa o que é retórico do que é racional.

O segundo capítulo cuida da necessidade de se romper o paradigma dominante e construir um novo paradigma científico

¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 14.

para o estudo e interpretação do Direito, pois a atual Ciência Jurídica já não mais fornece respostas satisfatórias aos novos desafios e, principalmente, solução satisfatória à resolução dos problemas surgidos das relações sociais e ou daqueles emanados do próprio caráter monístico de produção de normas de regulação social.

Elegeu-se a complexidade das relações sociais como vetor a levar para uma nova realidade das ciências jurídicas, pois é preciso romper com o atual paradigma, a fim de superar a neutralidade científica aplicada à ciência jurídica, o que propiciará a busca de um sistema jurídico e de normas conformados com a justiça. Este estudo descritivo demonstra a necessidade de romper o paradigma de ciência jurídica dominante, pois a aplicação racional do Direito não ocorrerá se for aplicado apenas o raciocínio lógico-formal.

O capítulo encerra-se com o exame da questão da complexidade, cujo estudo demonstra que esta categoria encontra-se em todos os lugares, em todas as realidades sociais, em todos os sistemas, em todos os pensamentos, podendo-se afirmar, principalmente no âmbito da ciência jurídica, que a certeza e a completude jamais existirão e que todas as decisões somente se aproximarão do ideal de justiça se o raciocínio levar em conta a questão da complexidade e da dialógica do sistema, pois ignorar o pensamento complexo é agir de forma reducionista, é pensar simplificamente, é esquecer o pensamento dialógico, é ignorar a incompletude do conhecimento e do sistema, é ignorar a incerteza e o improvável, é privar o pensamento de ir além do Direito posto, de superar o discurso descritivo e comprometer-se, através de um discurso prescritivo, com as necessidades e interesses sociais.

O terceiro capítulo tem como finalidade o estudo da Política Jurídica e seu papel na construção um novo paradigma do Direito. Nesse capítulo, o relato e as reflexões são efetuados no sentido de

se demonstrar que o atual paradigma dogmático da ciência jurídica já não dá conta da realidade atual do campo jurídico. O intérprete e o aplicador do direito vêm encontrando dificuldades na busca da norma justa, na produção da norma que atenda aos fins sociais e o ideário de justiça, mormente quando utiliza a Dogmática Jurídica como paradigma de uma Ciência de “dever-ser” (normativa), sistemática, descritiva, avalorativa (axiologicamente neutra) e prática.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais é apresentado ponto conclusivo destacado, com a estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre Política Jurídica.

Por fim, quanto à metodologia empregada, tanto na fase de investigação como no Relatório da Pesquisa, foi utilizado o método indutivo.

CAPÍTULO 1

A CIÊNCIA DO DIREITO E A CRÍTICA DO PARADIGMA DOMINANTE

1.1 INTRODUÇÃO

O homem, em razão de sua própria racionalidade, procura fundamentos para cada ação praticada. A toda relação, especialmente a jurídica, deve preceder um fundamento, pois o direito posto necessita de fundamento para que a realidade nele seja retratada e para que a norma jurídica tenha eficácia.

Para Chaïm Perelman, esses fundamentos, para que se expressem em bases racionais, deverão ser erguidos com base na realidade humano-social e que sejam por sua vez incontestáveis ou, pelo menos, incontestados...O que constitui um fundamento suficiente, em dado momento, pode não apresentar as características de um fundamento absoluto, que descartaria para sempre qualquer contestação a esse respeito”².

O objetivo fundamental de Perelman é ampliar o campo da razão para além dos limites das ciências dedutivas e das ciências indutivas ou empíricas, a fim de poder dar conta também dos raciocínios que ocorrem nas ciências humanas, no Direito e na filosofia³.

Assim, os fundamentos dessa ou daquela ação devem ser aceitos como válidos, bem como suficientes para atingir os fins

² PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 1996, pp. 392-393.

³ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica*. Título original: *Las RAZONES del Derecho: Teorias de la Argumentación Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 61.

propostos naquele momento e contexto histórico. Significa dizer que, principalmente no âmbito das relações sociais – objeto maior do presente estudo -, há necessidade constante de análise da realidade existente, para a correção da norma a propor. Há necessidade, no âmbito da regulação social, de se atentar, também, para o direito pressuposto de que fala Eros Roberto Grau, pois toda a transformação do direito decorre de alterações gestadas no seio da sociedade, isto é, no *direito pressuposto*⁴, naquele direito existente no imaginário social de que fala Maria da Graça dos Santos Dias, pois, segundo esta autora, na medida em que o Direito passa a se identificar com o poder, não tem mais fundamento na razão dos indivíduos, nem na vivência da sociedade, mas sim, na vontade soberana do Estado, constituindo-se num instrumento de gestão governamental⁵. Com a secularização e a positivação do Direito, o positivismo jurídico veio a fundamentar toda a regra jurídica positiva no poder legislativo do Estado e na sanção, que garante a obediência à lei, negando a existência de um direito que não fosse a expressão da vontade do soberano⁶.

Como acentuado por Cláudia Servilha Monteiro, o neopositivismo jurídico foi responsabilizado pela extirpação peremptória do pensamento prático em benefício das análises formais do fenômeno jurídico⁷. Segundo esta autora, as teorias jurídicas estruturais delimitaram seu objeto de uma forma excessivamente restritiva: a norma jurídica⁸. Vieram as grandes codificações e com elas a recusa de quaisquer referências “metafísicas”, não só religiosas, mas também filosóficas e

⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 69.

⁵ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 12.

⁶ PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. p. 395.

⁷ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1.

⁸ MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. p. 1.

políticas, levando a Ciência do Direito a preocupar-se apenas com a norma jurídica, separando o jurídico da moral e da política.

Na verdade, o Direito não vem conseguindo realizar a utopia da Justiça.

Com esse modelo clássico de ciência jurídica, percebe-se claramente um hiato entre a realidade humano-social e a norma jurídica posta pelo Estado. É que o direito posto não leva em conta a complexidade que envolve as relações sociais, tampouco se preocupa com o direito que deve ser, pois o dogmatismo da Ciência insiste em preocupar-se apenas com o *dever-ser (normativo)*, o que a caracteriza como Ciência axiologicamente neutra. Esse hiato existente entre a realidade humano-social e a norma jurídica posta pelo Estado conduz para uma incongruência entre Direito e Justiça.

Tratamos aqui, então, de descrever uma nova racionalidade do direito, capaz de flexibilizar - já que a plena justiça é utopia - esse hiato entre realidade social, Direito e Justiça, cuja práxis reveladora dessa trilogia se dará no âmbito de um pensamento complexo e de um novo paradigma de ciência do direito que passe a se preocupar não só com uma ciência de "*dever-ser*" (normativa) e axiologicamente neutra, mas com um Direito que *deva ser*, conforme as necessidades e utopias da Sociedade.

É inegável que o grande debate que sempre envolveu o Direito é a questão da Justiça. Nesse passo, o atual paradigma de Ciência Jurídica, normativa e avaliativa, calcada no positivismo jurídico, não tem conseguido dar conta da realidade atual do campo jurídico, principalmente na busca da norma justa. A questão agrava-se na medida em que o conhecimento baseado no modelo cartesiano, que separa o que é retórico do que é racional, não é capaz de produzir soluções jurídicas justas, que atendam as necessidades e interesses sociais.

A produção do Direito é relegada ao voluntarismo legislativo e, como afirmado por Plauto Faraco de Azevedo, “a lei freqüentemente traduz o interesse egoísta e inconfessável de minorias”⁹. Esse voluntarismo conduz à arbitrariedade e ao “distanciamento do idealismo rousseauiano: a lei como expressão de ‘vontade geral’”¹⁰.

Noutro ponto, a Ciência do Direito (embora as demais Ciências também não têm dado a devida atenção para a questão) não tem se preocupado com a questão da complexidade, o que tem levado à produção de um conhecimento simplificado e, por conseguinte, afastado da realidade humano-social.

Neste trabalho, procuramos demonstrar, num primeiro momento, que o atual paradigma de Ciência Jurídica, de base cartesiana, não é capaz de dar conta das realidades sociais na produção de um Direito Justo, mostrando-se como entrave a adequação do Direito às necessidades sociais.

A partir dessa compreensão e contextualização da atual Ciência Jurídica, buscamos demonstrar que a produção de um Direito justo passa, por primeiro, pela compreensão da realidade humano-social. Mas como compreender essa realidade humano-social através de uma ciência jurídica essencialmente lógico-normativa? A resposta conduz para o paradigma da complexidade, apresentado como uma nova racionalidade do Direito, pois o conhecimento jurídico, através do pensamento complexo, deve ir além de um pensamento linear e reducionista, para ampliar o campo da razão e possibilitar a compreensão da multidimensionalidade da realidade humano-social.

⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicações do direito e contexto social*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 129.

¹⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicações do direito e contexto social*. p. 129.

Para a tarefa de compreensão da questão da complexidade, recorreremos a Edgar Morin.

Referido autor, em seus estudos sobre o conhecimento científico, levanta a questão do desafio da complexidade, onde afirma que tal problemática é ainda marginal no pensamento científico, no pensamento filosófico e no pensamento epistemológico. Na produção do conhecimento é tratada a questão da racionalidade e da cientificidade, marginalizando-se a questão da complexidade.

Segundo Morin, a complexidade surge como dificuldade, como incerteza e não como clareza e resposta. Para esse autor, se o homem é um ser, ao mesmo tempo físico, biológico, social, cultural, psíquico e espiritual, a complexidade é aquilo que tenta conceber a articulação, a identidade e a diferença de todos esses aspectos. Pode-se dizer, que cada aspecto destes faz parte do todo e ignorá-los significa produzir um pensamento simplificante ou mutilante.

Para o autor citado, a aspiração à complexidade tende, então, para o conhecimento multidimensional.

Assim, o pensamento complexo nos faz compreender que a dogmática jurídica necessita ser flexibilizada, pois na construção de um sistema de conceitos elaborados a partir apenas do material normativo, através de procedimentos lógico-formais, levará a construção de um sistema de teorias e conceitos reducionista, mutilante e afastado da realidade humano-social.

Ainda como proposta para quebrar o hiato entre Direito e Justiça, é apresentada a Política Jurídica como campo do conhecimento jurídico capaz de não apenas tratar do *dever-ser*, mas também do Direito que deve ser. Para essa tarefa, recorreremos a Osvaldo Ferreira de Mello que, com seus estudos pioneiros no Brasil sobre Política

Jurídica, demonstrou que a doutrina do Direito Natural não pode ser considerada como explicação permanente do “direito justo”. Para este autor, a Política Jurídica se ocuparia da norma jurídica desde sua gestação no útero social e, configurada num discurso prescritivo, se comprometeria com as necessidades vitais do homem. No âmbito epistemológico, a Política Jurídica se ocuparia, principalmente, da crítica ao direito vigente.

Assim, com fundamento nas reflexões teóricas acerca do paradigma da complexidade e da Política Jurídica como campo do conhecimento para tratar não somente do *dever-ser*, mas também do Direito que deve ser, apresentamos o paradigma da complexidade como uma nova racionalidade do direito e a Política Jurídica como um novo paradigma de Ciência do Direito, cuja práxis conjunta quebrará o hiato existente entre Direito e Justiça, garantindo, então, a congruência da norma jurídica às exigências e necessidades da vida social.

Desta forma, analisaremos no primeiro capítulo a questão da Ciência do Direito e do atual paradigma dominante, demonstrando que aquela difere das outras ciências, pois além da tarefa interpretativa, a Ciência do Direito diz a força e o alcance da norma.

No segundo capítulo analisaremos da necessidade de se romper o paradigma dominante e construir um novo paradigma científico para o estudo e interpretação do Direito, pois a atual Ciência Jurídica já não mais fornece respostas satisfatórias aos novos desafios e, principalmente, solução satisfatória à resolução dos problemas surgidos das relações sociais e ou daqueles emanados do próprio caráter monístico de produção de normas de regulação social. Assim, elegeu-se a complexidade das relações sociais como vetor para uma nova realidade da ciência jurídica.

No terceiro capítulo o estudo volta-se para a Política Jurídica e seu papel na construção de um novo paradigma do Direito, cujas abstrações e reflexões demonstram que o atual paradigma dogmático da ciência jurídica já não dá conta da realidade atual do campo jurídico, cujas conclusões apontaram para a Política Jurídica como legado insuperável para uma práxis reveladora do Direito desejável.

1.2 O SIGNIFICADO DO TERMO “CIÊNCIA”

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., “costuma-se, de modo geral, entender a Ciência do Direito como um “sistema” de conhecimentos sobre a “realidade jurídica”¹¹. Entretanto, esta concepção, segundo o autor, é muito genérica, pressupondo uma série de discussões que envolvem a expressão *ciência jurídica* e o próprio termo *ciência*, destacando, então, três pontos cruciais desta discussão:

a) O termo ciência não é unívoco; se é verdade que com ele designamos um tipo específico de conhecimento, não há, entretanto, um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento; os diferentes critérios têm fundamentos filosóficos que ultrapassam a prática científica, mesmo quando esta prática pretende ser ela própria usada como critério.

b) As modernas discussões sobre o termo ciência estão sempre ligadas à metodologia; embora, em geral, se reconheça que as diversas ciências têm práticas metódicas que são próprias e, eventualmente, exclusivas, renovadas e antigas são as dissensões sobre uma dualidade fundamental e radical do método das chamadas ciências humanas e das ciências da natureza.

c) Embora haja certo acordo em classificar a Ciência do Direito entre as ciências humanas, surtem aí debates entre as diversas epistemologias jurídicas sobre a existência ou

¹¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 9.

não de uma ciência exclusiva do Direito, havendo aqueles que preferem vê-la como uma simples técnica ou arte, tomando a ciência propriamente dita do Direito como uma parte da Sociologia, ou da Psicologia, ou da História, ou da Etnologia etc. ou de todas elas no seu conjunto¹².

Os dois primeiros pontos fundamentais da discussão envolvendo o termo “ciência” demonstram, ao menos, que ele designa um tipo específico de conhecimento obtido através de um método. Entretanto, a discussão permeia sobre a dualidade do método aplicado às ciências da natureza e às ciências humanas.

O terceiro ponto envolve, especificamente, a Ciência do Direito: ela é uma ciência humana ou apenas uma simples técnica ou arte?

Procurando clarear a compreensão acerca da não univocidade, o autor expõe quatro critérios comuns para determinar a concepção do termo *ciência*: a) o primeiro consiste em que a ciência é constituída de um conjunto de enunciados que visa transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu ou existirá. Estes enunciados são, pois, basicamente, *constatações*¹³; b) o segundo critério consiste no fato de que o conhecimento científico, em conseqüência, constrói-se a partir de constatações certas, cuja evidência, em determinada época, nos indica, em alto grau, que elas são verdadeiras. Estas constatações constituirão um corpo sistemático de enunciados, que poderão sofrer alterações no decorrer da história, alterando assim o conhecimento científico de uma época para outra¹⁴; c) o terceiro critério consiste no fato de que, como a ciência é constituída de enunciados verdadeiros, os enunciados duvidosos ou de comprovação e

¹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 9.

¹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 10.

¹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 10.

verificação insuficientes são dela, em princípio, excluídos¹⁵. Ressalta o autor, porém, que para os enunciados que, em certa época são de comprovação e verificação relativamente frágeis, classificam-se como *hipóteses* e aqueles enunciados que realizam comprovação e verificação plena e que irão servir de base à sistematização visada, classificam-se como *leis*¹⁶; e d) como quarto critério, tem-se que a ciência não se limita somente a constatar o que existiu e o que existe, mas também o que existirá. E tem um sentido operacional manifesto, constituindo um sistema de previsões prováveis e seguras, bem como de reprodução e interferências nos fenômenos que descreve¹⁷.

No que se refere ao método, portanto o segundo ponto acerca da discussão no âmbito da expressão “ciência”, o autor diz que perdura dissenso sobre a distinção das ciências em dois grandes grupos: *naturais e humanas*¹⁸.

Essa classificação modernamente empregada foi inspirada, segundo André Franco Montoro¹⁹, na divisão proposta por Ampère (1775-1836) e desenvolvida por Dilthey (1853-1911), tendo este distinguido duas espécies fundamentais de ciências: 1. ciências da natureza e 2. ciências do espírito, hoje denominada “ciências humanas” ou “ciências culturais”.

Esta distinção básica entre ciência humana e ciência da natureza para aqueles que propõem esse dualismo reside, segundo Tércio, na inadequação do método aplicado às ciências da natureza às ciências humanas. É que, segundo esse o autor,

¹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 10

¹⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 10.

¹⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 10.

¹⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 11.

¹⁹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 90.

[...] nos fenômenos naturais, o método de abordagem refere-se à possibilidade de explicá-los, isto é, constatar a existência de ligações constantes entre fatos, deles deduzindo que os fenômenos estudados daí derivam. Já nos fenômenos humanos se acresce à explicação o ato de *compreender*, isto é, o cientista procura reproduzir intuitivamente o *sentido* dos fenômenos, valorando-os²⁰.

Nas ciências humanas, a introdução do compreender no estudo dos fenômenos humanos conduz, segundo o referido autor, para uma ciência humana explicativa e compreensiva, pois se reconhece que o comportamento humano não tem apenas o sentido que lhe damos, mas tem também o sentido que ele próprio se dá; exige método próprio que faz repousar sua validade na validade das valorações (individuais? Sociais? Ideais? Históricas?) que revelam aquele sentido²¹.

Nos termos postos, Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que a Ciência do Direito não apenas se debate entre ser compreensivo-valorativa ou axiologicamente neutra, mas também, para além disso, uma ciência *normativo-descritiva*, que conhece e / ou estabelece normas para o comportamento²².

Quanto à cientificidade da Ciência do Direito – terceiro ponto no âmbito da expressão “ciência” -, e longe de haver consenso entre os estudiosos, a Ciência do Direito distingue-se das outras ciências pelo seu método e também pelo seu objeto, pois além de uma atividade sistemática que se volta principalmente para as normas, numa situação concreta ela procura extrair do texto legal a norma que atenda uma finalidade prática, determinando a força e o alcance²³. Assim, a ciência Jurídica, além de interpretativa, é também tida como normativa,

²⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 11.

²¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. pp. 11-12

²² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 12.

²³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 14.

pois estabelece normas com a finalidade de dirigir a conduta humana na sociedade.

Eis um dos traços distintivos da Ciência do Direito, que não pode ser abordada através de uma concepção de ciência baseada na racionalidade matemática.

1.3 GÊNESE HISTÓRICA DO PARADIGMA DOGMÁTICO DA CIÊNCIA JURÍDICA

O conhecimento científico constrói-se a partir de constatações certas, que constituirão um corpo sistemático de enunciados, que pode sofrer alterações no decorrer da história, alterando assim o conhecimento científico de uma época para outra²⁴.

Traçando um panorama histórico da Ciência do Direito, Tércio Sampaio Ferraz Jr., após advertir que não pretende enumerar teorias sobre o direito, traz teorizações jurídicas no sentido de roupagem que o pensamento jurídico assumiu enquanto ciência dos romanos ao século XX.

É necessário que se faça, então, uma análise mais detalhada da gênese histórica do paradigma dogmático da Ciência Jurídica, como se pode acompanhar a seguir.

1.3.1 A “práxis” romana

Conforme afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr., a expressão *Ciência do Direito* é relativamente recente, tendo sido uma criação da chamada Escola Histórica do Direito, surgida na Alemanha no século XVIII, escola esta que se empenhou em dar à investigação do Direito um caráter científico²⁵.

²⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 10.

²⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 18

Entretanto, utilizando a expressão adotada por Vera Regina Pereira de Andrade, a primeira herança que marcou o paradigma dogmático de Ciência Jurídica foi o pensamento prudencial romano²⁶. Esse pensamento prudencial, segundo esta autora, deu-se através do uso da técnica dialética, que conduziu os romanos a um saber considerado de natureza prática, isto é, que procura fornecer diretrizes para a ação²⁷.

Viehweg reflete que “o jurista romano coloca um problema e trata de encontrar argumentos”²⁸. É a forma de pensar por problemas, ou seja, o modo de trabalho dos juristas romanos afeiçoava-se à tópica²⁹. Essa conclusão de Viehweg dá-se após exame de um trecho do *Digesto* de Juliano, onde afirma que o texto estudado não possui nexo de sistematicidade. É um texto puramente problemático, onde é oferecida uma série de soluções para um complexo de problemas. São também buscados e fixados pontos de vista que já foram reconhecidos em decisões anteriores e, portanto, já haviam encontrado reconhecimento e comprovação. Assim, construía-se o tecido jurídico³⁰.

Essa Definição de tópica adotada por Viehweg como técnica do pensamento problemático encontraria sua justificativa na tópica aristotélica.

Como afirmou Tércio Sampaio Ferraz Jr., mesmo que as teorizações romanas sobre o Direito estivessem muito mais ligadas à *práxis*

²⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 31

²⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. p. 31

²⁸ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. De Tércio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 48.

²⁹ Para VIEHWEG, a tópica coleciona pontos de vista e os reúne depois em catálogos, que não estão organizados por nexo dedutivo, e, por isto, são especialmente fáceis de ser ampliados e completados. (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. De Tércio S. Ferraz Jr. Brasília : Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 52).

³⁰ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. pp. 45-47.

jurídica, é inegável que a primeira grande elaboração teórica do Direito deve-se a eles³¹.

1.3.2 A exegética

Baseado em lição de Franz Wieacker, Tércio Sampaio Ferraz Jr. afirma que a chamada *ciência européia* do direito nasce propriamente em Bolonha, no século XI³². A formação da ciência jurídica em Bolonha, segundo Franz Wieacker, encontra-se ligada a um movimento cultural geral que, no decurso do séc. XI, avança em busca das camadas mais profundas da cultura antiga³³.

Mais adiante pontua este autor que “nas últimas décadas do séc. XI começou, provavelmente em Bolonha, a recensão crítica do *Digesto* justinianeu que, conhecido por *littera Bononiensis* (Vulgata de Digesto), se havia de transformar no texto escolar básico do *ius civile* europeu³⁴”, ou seja, esses relatos críticos dos *digestos* Justinianeus – a *littera boloniensis* – foram transformados em textos escolares do ensino na universidade.

Nessa época, conforme afirmação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “os juristas, tomando como base assentada os textos de Justiniano, passaram a dar a estes textos tratamento metódico através de técnicas explicativas usadas em aulas, sobretudo no *Trivium*, composto de gramática, retórica e dialética”³⁵.

³¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 18

³² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 21

³³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 38.

³⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 39.

³⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 21

Era a interpretação dos textos e do confronto entre o texto estabelecido e o tratamento explicativo surge a Ciência do Direito, como deixa claro nesta passagem de texto do autor antes citado.

Com isto, eles desenvolveram uma técnica especial de abordagem de textos pré-fabricados e aceitos por sua autoridade, caracterizada pela glosa gramatical e filológica, pela exegese ou explicação do sentido, pela concordância, pela distinção. Neste confronto do texto estabelecido e do seu tratamento explicativo é que nasce a *Ciência do Direito* com seu caráter eminentemente *dogmático*, portanto de Dogmática Jurídica enquanto processo de conhecimento, cujas condicionantes e proposições fundamentais eram dadas e predeterminadas por autoridade³⁶.

Nas palavras de WIEACKER, “a elaboração da *littera Bononiensis* não é um ‘acaso’ da história universal, mas antes um ato de “entusiasmo científico” (W. Goetz)”; [...], nestas circunstâncias, a sua elaboração representa nada menos que o nascimento da ciência jurídica na Europa”³⁷.

Para Vera Regina Pereira de Andrade, esta fase é classificada como herança exegética, situando-a como segunda herança latente - primeira herança é a jurisprudencial, sendo que Tércio Sampaio classifica-a como a jurisprudência romana - da idade medieval, a qual introduz no pensamento jurídico a característica da “dogmaticidade”³⁸.

1.3.3 Jusracionalismo

Na lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., o pensamento jurídico à maneira dos glosadores dominou a Ciência do Direito sem

³⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 21

³⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 42.

³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. pp. 32-33.

oposição até o século XVI, quando começou a sofrer críticas, principalmente quanto à sua falta de *sistematicidade*³⁹. Somente no século XVII o pensamento jurídico passa a ter ligação com a ciência, ou seja, ligação entre ciência e pensamento sistemático⁴⁰. É que até o século XVII o saber jurídico europeu forma uma ciência da exegese e do comentário de textos isolados, como acentuou WIEACKER⁴¹. A partir daí, conforme alude Tércio Sampaio Ferraz Jr., há ligação entre ciência e pensamento sistemático⁴².

Em termos de historicidade, quanto ao momento marcante no desenvolvimento do pensamento científico, Maria José Esteves De Vasconcellos diz que:

Pode-se considerar que um momento privilegiado e único na história da humanidade, que ocorreu na Grécia Antiga, entre os séculos VII a.C. e VI a.C., foi a chamada 'descoberta do *logos*', 'descoberta da razão', ou 'salto do mito para o *logos*'. Ou seja, o reconhecimento pelos gregos, de que a razão, a alma racional, pode ser usada como instrumento de conhecimento do mundo, das coisas. Domingues considera a 'descoberta do *logos*' como o fato maior da *episteme* ocidental⁴³.

³⁹ Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., com Christian Wolff, o termo *sistema* torna-se preciso e se vulgariza. Sistema, diz-nos ele, é mais que agregado ordenado de verdades, pois *sistema* é, sobretudo, "*nexus veritatum*", que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução. Continuando, Tércio alude que este conceito foi depois elaborado por Johann Heinrich Lambert que, em obra datada de 1787 (Fragment einer Systematologie) precisou-lhe os caracteres. Lambert fala-nos de sistema como *mecanismo*, isto é, partes ligadas uma a outra, e dependentes uma da outra; como *organismo*, isto é, um princípio comum que liga partes com partes numa totalidade; finalmente como *ordenação*, isto é, intenção fundamental e geral, capaz de ligar e configurar as partes num todo. (pág. 23).

⁴⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. pp. 22-23

⁴¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. p. 309.

⁴² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 23

⁴³ VASCONCELLOS, Mara José Esteves de. *Pensamento sistêmico: O novo paradigma da ciência*. 4. ed. São Paulo: Papyrus, 2002. p. 53.

A partir daí o conhecimento dá-se através do pensamento racional e não mais o mito como forma de conhecimento humano.

Retomando a questão, segundo WIEACKER, o jusracionalismo não constitui senão um curto capítulo histórico das muito mais vastas manifestações do jusnaturalismo, designando-se como sua época os séculos XVII e XVIII⁴⁴.

Nos dois séculos (1600-1800) designados como época do jusnaturalismo, a antiga filosofia jurídica e social do ocidente adquiriu uma influência direta sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa⁴⁵. O Direito Natural sempre seduziu o homem que, desde o início, procurou as leis imutáveis e válidas em geral da vida em comum, sobretudo dos direitos e deveres dos indivíduos na sociedade⁴⁶. Mesmo numa ordem jurídica positivada, o direito natural é chamado quando esta mesma ordem jurídica histórica-concreta perde a sua força de persuasão.

A escola do direito natural, segundo Gilissen, dominou a ciência do direito nos séculos XVII e XVIII, muito embora a idéia de que existe um direito inerente à própria natureza do homem remonta muito para além do século XVII⁴⁷. Segundo este autor, os romanos já faziam uma distinção capital entre os *ius civile* - direito dos cidadãos romanos - e o *ius gentium* - direito das pessoas que não gozavam do estatuto de cidadão romano -, sendo que as regras que dominavam o *ius gentium* decorriam da própria condição humana, isto é, o direito natural⁴⁸.

⁴⁴ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. pp. 279-280.

⁴⁵ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. p. 279

⁴⁶ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. pp. 280-281.

⁴⁷ GILISSEN, John. Introdução história ao Direito. p. 364.

⁴⁸ GILISSEN, John. Introdução história ao Direito. p. 364

Voltando um pouco mais na história, a partir do século XVI, com o desenvolvimento do racionalismo, se forma uma nova concepção de direito natural, baseada na razão humana e independentemente de qualquer concepção religiosa. O desenvolvimento do racionalismo fere a concepção cristã de direito natural⁴⁹.

Esse novo direito natural se afasta da concepção cristã e assim se abrem as portas para combater inclusive o absolutismo real, que se baseava no direito divino. Nascia um direito natural laico⁵⁰.

Baseado numa nova antropologia, o jusracionalismo do medievo não mais considera o homem como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; considera a humanidade não mais participante de um plano divino de salvação, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais⁵¹. Esse conhecimento moderno das leis naturais é agora estendido à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado, pois também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas. Assim, tal como a conexão lógica das leis naturais produz o sistema do mundo físico, também as leis naturais do mundo social produzem um sistema fechado da sociedade, um “direito natural”⁵².

Essa nova racionalidade surgida a partir da concepção de homem como ser natural, elemento apreensível através de leis naturais, reflete um novo direito natural da antiguidade ocidental que se chamou de jusracionalismo⁵³. Como afirmado por Wieacker, o jusracionalismo lançou as bases do caráter ideológico ou mesmo utópico

⁴⁹ GILISSEN, John. Introdução história ao Direito. p. 364.

⁵⁰ GILISSEN, John. Introdução história ao Direito. p. 364.

⁵¹ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. p. 288.

⁵² WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. p. 288.

⁵³ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. p. 288.

da teoria constitucional, da política e dos princípios fundamentais do direito⁵⁴.

Com isso, na sábia lição de Wieacker, o jusracionalismo, embora assumindo freqüentemente caráter de um movimento de resistência, ele é na verdade um método de conhecimento do direito⁵⁵.

Nesse período, o pensamento jurídico à maneira dos glosadores, que dominou o pensamento jurídico medieval até o século XVI, passou a sofrer críticas, principalmente em razão da falta de *sistematicidade*⁵⁶.

WIEACKER afirma que a partir do séc. XVIII o jusracionalismo, ao se combinar com o iluminismo, adquiriu [...] uma influência direta sobre a política do direito e a legislação, tendo as primeiras grandes criações sistemáticas da moderna legislação surgido, principalmente, a partir do fim do séc. XVIII⁵⁷.

Conclui o citado autor:

O mais importante contributo do jusracionalismo para o direito privado europeu é, contudo, o seu sistema. A jurisprudência europeia fora, até aqui, uma ciência da exegese e do comentário de textos isolados (...). Para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito

⁵⁴ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. p. 12.

⁵⁵ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. p. 288.

⁵⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 22.

⁵⁷ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. pp. 12-13.

positivo, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais⁵⁸.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., “a jurisprudência européia, que até então era mais uma ciência da exegese e de interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, [...], conquistando o direito uma dignidade metodológica toda especial”⁵⁹. O direito passa a legitimar-se pela razão, cujo cidadão é visto como um ser natural e não como um cidadão da Cidade de Deus.

Em conclusão, o jusracionalismo preparou o racionalismo das modernas teoria e ciência do direito, cuja especificidade (do jusracionalismo moderno) não reside tanto na secularização como na emancipação metodológica em relação à teologia moral e à sua promoção a uma ética social profana e autônoma⁶⁰.

1.3.4 A Escola Histórica

Os seguidores do direito natural não estavam vinculados a qualquer fonte positiva do direito. Assim, surge o século XIX e com ele a destruição e o triunfo do sistema legado pelo jusnaturalismo, que baseava toda a sua força na crença ilimitada na *razão humana*⁶¹.

Tendo como base a obra de Gustav Hugo (1764-1844), Tércio Sampaio Ferraz Jr. diz que esse autor “estabeleceu as bases para uma revisão do racionalismo histórico do jusnaturalismo, desenvolvendo

⁵⁸ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. pp. 309-310.

⁵⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 24

⁶⁰ WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. pp. 298-299.

⁶¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 27.

metodicamente uma nova sistemática da Ciência do Direito, onde a relação do direito com a sua dimensão histórica é acentuada”⁶².

Gustav Hugo propõe, segundo o paradigma Kantiano,

“uma divisão tripartida do conhecimento científico do direito, correspondente a três questões fundamentais: Que significa “legal” (rechtens); é racional que o legal efetivamente o seja?; e como o legal se tornou tal?. À primeira questão corresponde a “dogmática jurídica”, à segunda a “filosofia do direito” e à terceira a “história do direito”⁶³.

Com base nessa nova concepção de historicidade, a qual permitirá a qualificação, também, do acontecimento presente como História, Gustav Hugo “propõe-se a conceber o direito positivo não como o desdobramento dedutivo do código da razão e, ao mesmo tempo, como comprovação da racionalidade (direito natural dogmático), mas, primariamente, como *fenômeno histórico* (direito natural crítico ou filosofia do direito positivo)”⁶⁴.

Para John Gilissen, os juristas que escreveram as primeiras obras de doutrina, depois da codificação napoleônica, não admitiam o princípio da exclusividade da lei como fonte de direito, pois para eles a interpretação da lei não se pode fazer senão em função da concepção que a fez nascer⁶⁵.

Foi na Alemanha que a Escola Histórica se destacou, reagindo contra a idéia de codificação, pois os códigos “constituíam-se

⁶² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 27.

⁶³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 27.

⁶⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 27.

⁶⁵ GILISSEN, John. *Introdução história ao Direito*. p. 514.

em obstáculos à evolução do direito, pois este se faz sob a influência das modificações constantes da vida social própria de cada povo”⁶⁶.

Nessa crítica, Savigny foi o expoente maior e, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., foi com ele que as conseqüências dessas teorias para a sistemática jurídica no século XIX evidenciam-se. Fica claro em Savigny, que o sistema não pode ter caráter absoluto de racionalidade lógico-dedutiva, pois as modificações constantes da vida social devem influenciar a formação e modificação do direito⁶⁷.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., a Escola Histórica teve o grande mérito de pôr a si a questão do caráter científico da Ciência do Direito e, além de criar a expressão *juris scientia*, empenhou-se em dar-lhe este caráter mediante um método próprio de natureza histórica⁶⁸.

Embora, no sentido de pensamento sistemático, o Direito do Jusnaturalismo já fosse científico, a Escola Histórica apenas pretendeu estabelecer uma íntima ligação entre Direito e História, entre Ciência do Direito e sua pesquisa histórica, exigindo da investigação científica do direito o reconhecimento uniforme do valor e da autonomia de cada época, conforme os princípios da ciência histórica⁶⁹.

Em conclusão, como afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr., mesmo ordenado e concatenado, a ciência jurídica da Escola Histórica ficou reduzida a um conjunto de proposições, o que abriu as portas para o *pandctismo*⁷⁰, que na França correspondeu à chamada Escola da Exegese e, na Inglaterra, à Escola Analítica⁷¹.

⁶⁶ GILISSEN, John. Introdução história ao Direito. p. 515.

⁶⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 28

⁶⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 29

⁶⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 30

⁷⁰ No império Romano do Oriente, Justiniano fez empreender por uma comissão de dez membros, uma vasta compilação de todas as fontes antigas de direito romano,

1.3.5 O positivismo jurídico

Conforme acentua Norberto Bobbio, toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre *direito positivo* e *direito natural*. Em verdade, segundo este autor, a expressão “positivismo jurídico” deriva da locução *direito positivo* contraposta àquela de *direito natural*⁷².

Aliás, esta distinção conceitual entre direito natural e direito positivo também é encontrada em Platão e Aristóteles. Este último, segundo Bobbio, inicia o capítulo VII do livro V de sua *Ética a Nicômaco* deste modo:

Da justiça civil uma parte é de origem natural, outra se funda em lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada⁷³.

Segundo Bobbio, são dois os critérios pelos quais Aristóteles distingue o direito natural e o positivo:

a) o direito natural é aquele que tem em toda parte (*pantachoû*) a mesma eficácia [...], enquanto o direito

harmonizando-se com o direito do seu tempo. O conjunto das recolhas publicadas por Justiniano, ao qual mais tarde se deu o título de *Corpus juris civilis*, compreende quatro partes: a) o Código (*Codex Justiniani*), recolha de leis imperiais, que visava substituir o Código Teodosiano; b) o Digesto (*Digesta* ou *Pandectas*), vasta compilação de extractos de mais de 1500 livros escritos por juristas da época clássica. Ao todo, forma um texto de mais de 150.000 linhas. O Digesto continuou a ser a principal fonte para o estudo aprofundando do direito romano; c) as instituições (*Institutiones Justiniani*) formam um manual elementar destinado ao ensino do direito; d) as Novelas (*novellae* ou *leis novas*): Justiniano continua a numerar numerosas constituições – mais de 150 –, depois da publicação do seu *Codex*. *apud* GILISSEN, John. *Introdução história ao Direito*. p. 92.

⁷¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 30

⁷² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15.

⁷³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. p. 16.

positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto;

b) o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. Prescreve, pois, ações cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmo diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei⁷⁴.

Desta forma, o direito positivo encontraria fundamento no direito natural.

Esta dicotomia também é encontrada no Direito Romano. No pensamento medieval, o primeiro uso da fórmula *jus positivum* se encontra em Abelardo, em fins do século XI. Abelardo dizia que a característica do direito positivo é a de ser posto pelos homens, ao passo que o direito natural é posto por algo ou alguém que está além desses, como a natureza ou o próprio Deus⁷⁵.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., o positivismo jurídico não foi apenas uma tendência científica - tendência científica em razão da doutrina de Auguste Comte -, mas também esteve ligado à necessidade de segurança da sociedade burguesa, posto que o período anterior à Revolução Francesa caracterizou-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força⁷⁶.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. pp. 16-17.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. p. 17-19.

⁷⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 32.

Em razão do início das grandes codificações ainda no século XIX, principalmente com a promulgação do Código Civil Napoleônico, a exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos, tendo surgido daí, na França, a “École de l’Exegese”⁷⁷.

Percebe-se, então, que a partir daí o direito foi reduzido à lei, pois como anota Ferraz Júnior:

[...] a tarefa do jurista circunscreveu-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma *unificação construtiva dos juízos normativos* e do *esclarecimento dos seus fundamentos*, descambando, por fim, para o chamado ‘positivismo legal’ [...], com a autolimitação da Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da ‘estatalidade do direito’⁷⁸.

A ciência do direito limita-se a estudar a lei e a defender o estado como único “ente” autorizado a editar normas de conduta.

Pode-se dizer que o positivismo jurídico tem características peculiares, como o fato de ser considerado um *sistema fechado*, o que impediria, segundo essa concepção, o aparecimento de lacunas, pois o direito visto como sistema fechado constitui uma totalidade, que se manifesta no sistema de conceitos e proposições jurídicas, em íntima conexão⁷⁹.

A segunda característica Ferraz Júnior discerne no âmbito da tradição jusnaturalista da idéia de sistema como método, como instrumento metódico do pensamento.

⁷⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 32

⁷⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 32

⁷⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 33

Leciona o jurista:

A esta segunda característica ligam-se o chamado procedimento construtivo e o dogma da subsunção. De modo geral, pelo procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios daí deduzido. Pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, o raciocínio jurídico se caracterizaria pelo estabelecimento de uma premissa maior, que conteria a diretiva legal genérica, e de uma premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto⁸⁰.

Entretanto, este conceito de ciência jurídica – positivismo – do século XIX recebe críticas de parte da doutrina. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., reduzir a sistemática jurídica a um conjunto de proposições e conceitos formalmente encadeados segundo os graus de generalidade e especificidade é desconhecer a pluralidade da realidade empírica imediatamente dada em relação à simplificação quantitativa e qualitativa dos conceitos gerais⁸¹.

É assim, que parte da doutrina do século XX recusará a concepção positivista de sistema não só como estrutura formal fechada, mas também enquanto instrumento metódico do pensamento jurídico⁸².

Observa Ferraz Júnior:

Em relação à primeira questão, o direito se revela, enquanto realidade complexa, numa pluralidade de dimensões, que apontam para uma estrutura necessariamente aberta, de uma historicidade imanente. Em relação à segunda, observa-se que o simples transporte de esquemas lógicos, com a dedução, a redução, a indução e a classificação, das ciências da natureza para o campo do direito, pode

⁸⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 34

⁸¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 35

⁸² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 35

falsear as nuances do pensamento jurídico, constituindo grave prejuízo para a sua metodologia⁸³.

Na esfera de um sistema fechado fica praticamente impossível o Direito acompanhar e absorver as modificações que a própria ciência produz e impõe. Ainda, a busca da norma justa esbarra no fato da complexidade que qualifica os fenômenos sociais, revelando-se impossível pretender a completude do sistema. Aí residem, então, as razões para a concepção de um novo paradigma.

1.3.6 O último paradigma histórico

Somente no último quartel do século XX é que a Ciência do Direito prenuncia movimento de mudança do estado de letargia que vinha sofrendo durante esse período de cem anos. Mesmo que o Direito, como realidade cultural, opere mudanças de forma lenta e sua descoberta depende de uma certa distanciação histórica, o período de letargia deve-se ao fato de que o século XIX presenciara profundas alterações no modo de entender e de realizar o direito, especialmente o êxito das grandes codificações e o aparecimento, desenvolvimento e decadência da exegese moderna⁸⁴ e da jurisprudência dos conceitos⁸⁵.

⁸³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 35.

⁸⁴ Canaris afirma que "a exegese desenvolveu-se em torno do Código Napoleônico e mercê do fascínio por ele provocado, podendo ser tipificada em quatro fases. Na primeira, - 1804 a 1830 – assiste-se à sua implantação, graças a autores como DELVINCOURT; na segunda, - 1830-1880 – dá-se o seu apogeu, com relevo para AUBRY e RAU, DEMOLOMBE, LAURENT, MARCADÉ e TROPLONG; na terceira, - 1880-1900 – ocorre um declínio, ainda que com tentativas de renovação, cabendo referir BAUDRY-LACANTINERIE, BUFNOIR, HUC e SALEILLES; por fim, uma quarta fase, dita de exegese tardia, com prolongamentos pelo século XX, até hoje, assenta em CAPITANT, MAZEAUD e MAZEAUD, DE PAGE, PLANIOL e RIPERT. Esta persistência explicará o isolamento metodológico francês em relação aos demais países do ocidente europeu". (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p X).

⁸⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. IX.

Essas grandes codificações, consoante leciona Canaris, essencialmente redutoras e simplificadoras, provocam, num primeiro momento, atitudes positivistas, alargando-se posteriormente as fronteiras para compartilhar o postulado básico da recusa de quaisquer “referências metafísicas”, não só religiosas, mas também filosóficas e políticas, privando a própria Ciência do Direito de alçar vãos como demonstra a passagem do texto a seguir:

O universo das ‘referências metafísicas’ – ou ‘filosóficas’ (HECK) – alarga-se com a intensidade do positivismo: são, sucessivamente, afastadas as considerações religiosas, filosóficas e políticas, num movimento que priva, depois a Ciência do Direito de vários dos seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas⁸⁶.

Conclui este autor que o formalismo e o positivismo, aquele como predomínio de estruturas gnoseológicas de tipo neo-kantiano e como a recusa, na Ciência do Direito, de considerações não estritamente jurídico-positivas, constituem o grande lastro metodológico do século vinte⁸⁷.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., no século XX, especialmente em sua primeira metade, acentuam-se as preocupações metodológicas já presentes no século anterior⁸⁸. Inicia-se, aqui, a preocupação de constituir séries conceituais, nas quais o jurista aparece como teórico do direito e procura ordenar os fenômenos a partir de conceitos gerais como direito subjetivo, direito de propriedade, direito real, cuja teorização nestes moldes tem como característica a preocupação

⁸⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. p. XIV.

⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. pp. XV-XVI.

⁸⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 35.

com a completude manifesta nos *tratados*, cujos conceitos e subconceitos tem caráter de perfeição⁸⁹.

Desta forma, a Ciência Jurídica reduz o fenômeno jurídico em duas possibilidades, em que o fenômeno se coaduna nos conceitos ou não.

A ciência jurídica constrói-se, assim, como um processo de subsunção, dominado por uma dualidade lógica em que todo fenômeno jurídico é reduzido a duas possibilidades: ou é isto ou é aquilo, ou se encaixa ou não se encaixa, constituindo enormes redes paralelas de exceções⁹⁰.

Entretanto, a ciência jurídica, segundo o autor citado, percebeu que os conceitos fornecidos não são da mesma natureza, pois vão desde aqueles empíricos e genéricos até aqueles que se reportam por valores éticos, passando por aqueles referentes a objetos e coisas e também por aqueles relacionados com os fenômenos da vida social. Assim temos conceitos fornecidos pela técnica jurídica (pretensão, declaração de vontade), outros como conceitos empíricos e que interessam a vida social (árvore, empresa, serviço, frutos, casa), e ainda aqueles relacionados ao núcleo da vida social (comunhão de bens, pessoas, posse) e a valores éticos como boa-fé⁹¹.

Tal multiplicidade de conceitos sempre mais gerais e classificações ou divisões da matéria inteira⁹², segundo Tércio Ferraz Júnior, levou Hans Kelsen a propor o que chamou Teoria Pura do Direito, cuja base desse conhecimento é reduzir os fenômenos jurídicos a uma

⁸⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 36.

⁹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 36.

⁹¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 37.

⁹² Para Bobbio, jurisprudência sistemática é o segundo significado para a categoria "sistema": ver a respeito in BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. pp. 75-80.

dimensão normativa, ou seja, a ciência do direito deve se manter alheia a aspectos axiológicos e sociais.

Kelsen propõe, nesses termos, uma ciência jurídica preocupada em ver, nos diferentes conceitos, o seu aspecto normativo, reduzindo-os a normas ou a relações entre normas. O princípio de sua proposta está fundamentalmente alicerçado na distinção entre duas categorias básicas de todo o conhecimento humano: ser e dever-ser, a partir do qual se distinguem o mundo da natureza e o mundo das normas⁹³.

A proposta de Kelsen é obter um conhecimento preciso do direito limitando-o a uma perspectiva normativista, ou seja, no método Kelseniano, para salvaguardar a autonomia, neutralidade e a objetividade da ciência do direito, esta deve manter-se alheia a aspectos axiológicos e sociais, tendo por objeto único a norma jurídica. Isso leva a reconhecer que o positivismo jurídico encontrou na Teoria Pura do Direito sua maior expressão.

Hans Kelsen, embora responda o que é e como é o Direito, exclui desse conhecimento – do Direito – tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito.

Desta forma, na concepção Kelseniana fica eliminado do campo da ciência jurídica propriamente dita, todos os elementos da realidade humano-social – isso seria objeto da Sociologia do Direito – e todas as considerações sobre valores, como a justiça, a segurança, o bem comum – este estudo cabe à Filosofia do Direito -.

⁹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 37.

Como o próprio Kelsen diz, a Teoria Pura do Direito “pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos⁹⁴.

Em verdade, Kelsen sempre defendeu a neutralidade da ciência jurídica, separando o jurídico da moral e da política, embora, como ele próprio reconhece que, ao delimitar o conhecimento do Direito em face dessas disciplinas, assim o faz não por ignorá-las, nem por negar a conexão existente, mas porque intenta evitar uma unificação metodológica ou de doutrinas diversificadas, que viesse a obscurecer a essência da ciência jurídica e diluir os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto⁹⁵.

Antes de tratar do objeto da ciência jurídica, que em última *ratio* são as normas jurídicas, Kelsen alude que a norma se refere a um esquema de interpretação, pois um fato externo qualquer somente constitui objeto de conhecimento jurídico se há uma norma que lhe empresta significação jurídica. Ou seja, para Kelsen, o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa⁹⁶.

O conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos).

Diz o citado autor:

Na verdade o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta

⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 1.

⁹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. pp. 1-2.

⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 4.

humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo 'norma' se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. Esse 'dever' tem significação mais ampla que a usual, pois aqui significa um ato intencional dirigido à conduta de outrem, incluídos o 'ter permissão' e 'poder' (ter competência), pois uma norma pode não só comandar mas também permitir e, especialmente, conferir a competência ou o poder de agir de certa maneira⁹⁷.

No entanto, essa libertação da Ciência Jurídica de qualquer elemento que lhe é estranho, baseado apenas numa investigação lógico-descritiva, leva o *pensar dogmático* apenas a repetir fórmulas (normas) mecanicamente aplicadas através de meras "subsunções" silogístico-dedutivas⁹⁸, apartando-se, então, da questão da justiça.

1.4 A CONCEPÇÃO POSITIVISTA COMO ENTRAVE DE ADEQUAÇÃO DO DIREITO ÀS NECESSIDADES SOCIAIS - UMA CRÍTICA AO PARADIGMA DOMINANTE

Entretanto, esta visão formalista e positivista do direito - o formalismo e positivismo como marcas que caracterizam metodologicamente o pensamento jurídico moderno - vêm sofrendo críticas.

Quanto ao formalismo, Canaris⁹⁹ aponta dois obstáculos que se opõem a este: o primeiro óbice reside na natureza

⁹⁷ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 5-6

⁹⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. 5. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 31.

⁹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. XVIII.

histórico-cultural¹⁰⁰ do Direito, pois este é o produto de uma infundável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais¹⁰¹.

O segundo óbice reside na incapacidade do formalismo frente a grande quantidade dos casos materiais, pois:

Todas as construções formais assentam num discurso de grande abstração e, como tal, marcado pela extrema redução das suas proposições. Quando invocadas para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes: elas não comportam os elementos que lhes facultem acompanhar a diversidade de ocorrências e, daí, de soluções diferenciadas¹⁰².

O formalismo leva o jurista, o operador jurídico e o juiz a emitir juízos e decisões mecanicistas e injustas, através de um pensamento jurídico extremamente reducionista.

Já o positivismo – concebido como sustentado sobre o postulado básico da recusa de quaisquer “referências metafísicas” – soçobra, observa Canaris, em quatro aspectos decisivos¹⁰³:

Em primeiro lugar, um positivismo jurídico não admite – não pode admitir - a presença de lacunas. Entretanto, quando se manifestam no sistema jurídico, o positivismo não apresenta, para elas, solução material: a integração da lacuna, que exigiria o contributo

¹⁰⁰ Numa conquista da escola histórica contra a jusracionalismo antecedente, sabe-se que o Direito pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades (in CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. pp. XVIII-XIX).

¹⁰¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. pp. XIX e XX

¹⁰² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. XX.

¹⁰³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. pp. XX-XXI.

máximo da Ciência do Direito, realizar-se-á à margem do pensamento jurídico.

Em segundo lugar, o positivismo não tem meios para lidar com conceitos indeterminados, com normas em branco e com proposições carentes de preenchimento com valorações: o positivismo, assim, cairá na discricionariedade (discricionariedade que se transforma em arbítrio) do juiz.

Em terceiro lugar, o positivismo é inoperante em situações de contradições de princípios. Assim, resta-lhe negá-lo (princípio), ignorá-lo ou remeter a sua solução para os acasos (discricionariedade) do juiz. Com isso, nega-se o caráter de norma jurídica.

Finalmente, em quarto lugar, o positivismo detém-se perante a questão complexa das normas injustas. Falta, ao positivismo, capacidade para apontar soluções perante injustiças ou inconvenientes graves no Direito vigente.

A verdade incondicional é que a Ciência Jurídica atual não vem dando conta da questão da *justiça*. Cumpre aqui fazer uma primeira asserção: o direito não é uma ciência. O direito é estudado e descrito e, assim, é tomado como objeto de uma ciência, a chamada ciência do direito. A segunda asserção é a de que o direito é normativo, pois o direito não descreve, o direito prescreve, mesmo quando um texto normativo *descreve* uma coisa, estado ou situação, é *prescritivo*. Ele descreve para prescrever que aquela é a descrição do que cogita.¹⁰⁴ Ela é interpretativa e também normativa¹⁰⁵.

Diferentemente de outras ciências, a Ciência do Direito tem uma tarefa interpretativa, pois, numa situação concreta, interpreta

¹⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. p. 36.

¹⁰⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. pp. 14-15.

textos e situações a ela referidos, tendo em vista uma finalidade prática. Esta distinção estaria no fato de que, além de interpretar, compreender um texto, como faz por exemplo um historiador, a Ciência do Direito determina-lhe "a força e o alcance, pondo-o em presença dos dados atuais de um problema". Daí ela distinguir-se, via de regra, pelo seu método e também pelo seu objeto.¹⁰⁶

Como ciência normativa - embora para muitos teóricos da ciência, os enunciados científicos sejam descritivos e nunca normativos - sua intenção não é apenas conhecer, mas também conhecer tendo em vista as condições de aplicabilidade da norma enquanto modelo de comportamento obrigatório¹⁰⁷.

Destarte, em razão desse dualismo da ciência do direito - interpretativa e normativa -, o jurista se obrigaria ao uso de variadas técnicas - interpretação gramatical, lógica, sistemática, teleológica, sociológica, histórico-evolutiva -, sem desnaturar, entretanto, o caráter científico da investigação, pois esse é determinado pelo método¹⁰⁸.

Neste sentido, a Ciência do Direito distingue-se, via de regra, pelo seu método e também pelo seu objeto, a qual é vista pelos juristas como uma atividade sistemática que se volta principalmente para as normas. Como ciência da norma, a Ciência do Direito desenvolveria, então, um método próprio que procuraria apreendê-la no caso concreto¹⁰⁹.

Esse particularismo da Ciência do Direito é que tem estimulado os debates, pois o conhecimento legitimado apenas no

¹⁰⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. p. 14.

¹⁰⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. p. 15.

¹⁰⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. p. 15.

¹⁰⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. p. 14.

modelo cartesiano que separa o que é retórico do que é racional não atende a intrincada teia das relações sociais cada vez mais complexas e mutantes, o que desafia uma nova racionalidade de produção, interpretação e aplicação do Direito para ir do plexo do “dever-ser” ao Direito que “deve ser”.

Evidente que esse direito que “deve ser” terá que ser construído através de uma hermenêutica e uma abordagem Político-Jurídica do Direito fundada nas necessidades sociais, realizando o estudo das leis ou de conceitos jurídicos segundo uma perspectiva não apenas lógico-formal, mas também valorativa.

O direito precisa ser contextualizado sob a ótica cultural, histórica, econômica, social, ética, moral, religiosa e espiritual. As necessidades e os interesses sociais expressos no imaginário social deverão ser os vetores na produção de uma ordem jurídica justa.

A dogmática jurídica, através de procedimento essencialmente lógico-normativo, impede a contextualização do direito sob tais óticas, mutilando, com isso, o conhecimento jurídico, pois ignora a multidimensionalidade da realidade humano-social, que exige, como afirmado por Maria da Graça dos Santos Dias, um pensamento complexo para compreendê-la¹¹⁰. Nessa ordem, como alude Morin, a produção do conhecimento deverá ocorrer sob um contexto multidimensional, pois o homem é um ser, ao mesmo tempo, social, físico, biológico, cultural, psíquico e espiritual¹¹¹.

É preciso, então, uma nova racionalidade do direito, a fim de adequá-lo coerentemente a uma realidade empírica abordada

¹¹⁰ DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e Pós-Modernidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Volume 11, n. 1 –jan-jun 2006, p. 103-115.

¹¹¹ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria de Alexandre e Maria Alice Sampaio Dóira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 176.

sob a ótica multidimensional, pois a compreensão e a produção de um direito justo se fará no âmbito de um pensamento complexo.

Assim, passamos, na continuidade, a analisar a questão da complexidade como uma nova racionalidade do direito.

CAPÍTULO 2

A CIÊNCIA JURÍDICA E O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE: UMA NOVA RACIONALIDADE DO DIREITO¹¹²

2.1 DA NECESSIDADE DE ROMPER COM O PARADIGMA DOMINANTE

Atualmente vem se aprofundando o campo da discussão sobre a importância da construção de um novo paradigma científico para o estudo e interpretação do direito.

A ciência moderna, e aqui tratada, a ciência jurídica, já não mais fornece respostas satisfatórias aos novos desafios e, principalmente, solução satisfatória à resolução dos problemas surgidos das relações sociais e ou daqueles emanados do próprio caráter monístico de produção de normas de regulação social.

A problemática agrava-se no âmbito da ciência jurídica quando se concebe como conhecimento legitimado apenas aquele conhecimento baseado no modelo cartesiano que separa o que é retórico do que é racional. Como afirma Manuel Atienza, *“Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em que a qualidade que melhor*

¹¹² Adota-se para o presente estudo, os seguintes Conceitos Operacionais: *Razão*: um método de conhecimento baseado no cálculo e na lógica (na origem, *ratio* significa cálculo), empregado para resolver problemas postos ao espírito, em função dos dados que caracterizam uma situação ou um fenômeno. A *racionalidade* é o estabelecimento de adequação entre uma coerência lógica (descritiva, explicativa) e uma realidade empírica. *Racionalismo*: é: 1º) uma visão do mundo afirmando a concordância perfeita entre o racional (coerência) e a realidade do universo; exclui, portanto, do real o irracional e o arracional; 2º) uma ética afirmando que as ações e as sociedades humanas podem e devem ser racionais em seu princípio, sua conduta, sua finalidade. *Racionalização*: é a construção de uma visão coerente, totalizante do universo, a partir de dados parciais, de uma visão parcial, ou de um princípio único. (MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 157).

*define o que se entende por um 'bom jurista' talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade"*¹¹³.

Diante disso, o conhecimento jurídico baseado no modelo clássico de ciência, cujo único caminho para a produção racional do conhecimento é o método, não é capaz de resolver todas as questões que afloram da realidade humano-social.

Como leciona CLAUDIA ROSANE ROESLER, o modelo cartesiano não explica suficientemente a produção do conhecimento científico, nem mesmo naqueles ramos que podem ser considerados seu "habitat" natural¹¹⁴.

Por aí se vê a necessidade de uma nova visão de ciência, principalmente jurídica, capaz de romper com o pensamento clássico de um modelo cartesiano de ciência que se baseia estritamente no método para a produção racional do conhecimento.

Neste sentido, José Ricardo Ferreira Cunha afirma:

Os grandes sistemas que pretendiam controlar o *devoir* são obrigados a reconhecer que a complexidade do imprevisível ou, porque não dizer, do caos, são bem mais estimulantes e interessantes do que seus velhos tons monocórdicos. É claro que tudo isso não é evidente. Vários planos de significação se cruzam numa disputa que, indubitavelmente, recorre à ideologia (Ricoeur, 1990) para afirmar argumentos de inevitabilidade (Hirschman, 1992), chegando mesmo "ao fim da história". Em nosso entender, o fim que presenciamos é o das categorias tradicionais da ciência, como neutralidade, separação sujeito/objeto, causalção, determinismo etc... Essa nova visão de ciência não se ergue como um deus sobre o homem, mas, por sua

¹¹³ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica*. pág. 17.

¹¹⁴ ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 47-48.

complexidade, aproxima-se de todos nós por conexão direta com nossos medos, instabilidades, fantasias e desejos, sem perder, por isso, sua validade.¹¹⁵

Como afirmado pelo autor citado, embaixo de qualquer pedra onde a Ciência olhe, em qualquer horizonte em que sua vista repouse, lá está o caos¹¹⁶.

Não é diferente no Direito, pois como produto social, como fenômeno cultural ele precisa ser contextualizado tendo em vista a multidimensionalidade da realidade humano-social.

Então, há necessidade de se removerem estruturas rígidas a fim de levar a uma nova compreensão da realidade social, acentuando-se neste plasmar a questão da complexidade, as múltiplas relações e conexões entre as ciências na realidade da vida, em face de um homem concreto, na busca de seu papel diante dos outros e de seu mundo¹¹⁷.

É assim que Ciência Jurídica, a qual tem como objeto o Direito e este a norma, necessita de novos paradigmas de produção, interpretação e aplicação do Direito. Dito de outra forma, há necessidade de, num primeiro momento, quebrar-se o voluntarismo legislativo e, posteriormente, flexibilizar a Dogmática Jurídica e conscientizar o Político do Direito da necessidade de um Direito preocupado não somente com o “dever-ser”, com o Direito que é (ciência jurídica), mas também com o Direito que “deve ser” (Política Jurídica), superando-se a neutralidade científica aplicada à ciência jurídica, o que propiciará a busca de um

¹¹⁵ CUNHA, José Ricardo Ferreira. *Direito e estética: fundamentos para um direito humanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.p. 150.

¹¹⁶ ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 23.

¹¹⁷ ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. p. 23.

sistema jurídico¹¹⁸ e de normas conformados com a justiça, sem olvidar-se da Filosofia e da Sociologia do Direito como integrantes do âmbito do Direito.

Boaventura de Sousa Santos diz que “o modelo de racionalidade que preside à ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais¹¹⁹.” Nesse período o homem ocidental buscou estabelecer um pensamento racional, de forma a romper com o mito e explicações religiosas para os fenômenos mundanos.

Como aludiu o autor citado, num primeiro momento o modelo de racionalidade estava vincado no método aplicado apenas às ciências da natureza, tendo esse modelo – modelo de racionalidade - se estendido às ciências sociais emergentes somente no século XIX¹²⁰.

¹¹⁸ Segundo BOBBIO, o termo “sistema” é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências. O jusfilósofo italiano estabelece três significados para a categoria Sistema: a) o primeiro significado, baseado no sistema dedutivo, diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais (ditos “princípios gerais do direito”), considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico. Um segundo significado de sistema traçado por Bobbio é totalmente contrário a significação dada ao primeiro e fincado no procedimento dedutivo. Aqui o termo “sistema” é usado para indicar um ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira. O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a *classificação*. Por fim, o terceiro significado de sistema jurídico adotado por Bobbio refere à impossibilidade de coexistirem normas incompatíveis num determinado sistema jurídico e, por isso, é sistema. Essa concepção está vincada no fato de que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si de compatibilidade. Leciona o jusfilósofo: Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*. Aqui, “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 75-80).

¹¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004. pp. 20-21.

¹²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. p. 21.

Com a extensão desse modelo de racionalidade às ciências sociais, pode-se falar, segundo Boaventura do Sousa Santos, de um modelo global de racionalidade científica. Esse novo modelo, segundo esse autor, distingue duas formas de conhecimento não científico (e, portanto, irracional) potencialmente perturbadoras e intrusas: o senso comum e as chamadas ciências das humanidades ou estudos humanísticos (em que se incluíram, entre outros, os estudos históricos, filológicos, jurídicos, literários, filosóficos e teológicos). Dessa racionalidade decorre também um modelo totalitário, pois nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas¹²¹.

Essa característica fundamental de um modelo totalitário de racionalidade científica, segundo Boaventura de Sousa Santos, está consubstanciada nas grandes teorias (teoria heliocêntrica do movimento dos planetas de Copérnico, nas leis de Kepler sobre as órbitas dos planetas, nas leis de Galileu sobre a queda dos corpos, etc.), cuja atitude mental de seus protagonistas comprova a preocupação em testemunhar uma ruptura fundante que possibilita uma e só uma forma de conhecimento verdadeiro¹²².

Essa concepção de racionalidade, nas palavras de Clarice Costa Sonhgen, que vige no movimento epistemológico desde Descartes a Kant e continua até o positivismo do século XIX, ao excluir tudo o que não se revela conforme as exigências da necessidade ou aos imperativos da evidência, marginaliza um domínio do conhecimento e da

¹²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. pp. 21.

¹²² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. pp. 23-24.

ação do homem que se revela antes do verossímil, do plausível e do provável¹²³.

Atienza, com base em lições de Perelman, afirma que não se pode perder de vista que no Direito o raciocínio deverá ir além do raciocínio analítico ou lógico-formal, para, através de um raciocínio retórico, ampliar o campo da razão para além dos confins das ciências dedutivas e das ciências indutivas ou empíricas¹²⁴.

Eis então a questão: há necessidade de flexibilizar o atual paradigma do modelo de ciência jurídica dominante, posto que o direito não se une por si só e a sua aplicação racional¹²⁵ não ocorrerá se aplicar apenas o raciocínio lógico-formal, mas dependerá de um sistema que seja teleológico-axiológico e aberto e de uma lógica jurídica - que não se confunda com a lógica formal – que se apresenta como uma argumentação que busque o bem comum através de decisões justas.

Esse novo viés não se dará através de uma ciência jurídica que não premie o fenômeno axiológico. É que um raciocínio lógico-dedutivo, ou demonstrativo, implica que a passagem das premissas para a conclusão é necessária, sendo que no Fenômeno Jurídico nem sempre isso é verdadeiro.

Adotando posição teórica acerca da teoria do conhecimento jurídico, numa clara crítica à Dogmática Jurídica, Clarice Costa Sohngen alerta:

¹²³ Sohngen, Clarice Beatriz da Costa. A nova Retórica e Argumentação – A razão prática para uma racionalidade argumentativa em Perelman in ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. p. 193.

¹²⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica*. pág. 61.

¹²⁵ Sohngen, Clarice Beatriz da Costa. A nova Retórica e Argumentação – A razão prática para uma racionalidade argumentativa em Perelman in ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. p. 186.

É nesse sentido que a teoria do conhecimento jurídico vivencia uma ruptura histórica que está redirecionando sua trajetória. O problema que deve ser enfrentado pela dogmática jurídica não é o da verdade ou da falsidade de seus enunciados, mas das decisões possíveis, as quais a reinstauram no âmbito técnico-jurídico¹²⁶.

Como decisão possível, obrigatoriamente ter-se-á que imprimir uma nova racionalidade do direito, capaz de romper com o formalismo e o positivismo vigentes, flexibilizando a dogmática jurídica para contextualizar o direito sob a ótica cultural, histórica, econômica, social, ética, moral, religiosa e espiritual, sem olvidar-se da multidimensionalidade da realidade humano-social, que exige um pensamento complexo para compreendê-la.

Assim, a produção e aplicação do Direito há que se alicerçar nas necessidades sociais, pois, conforme Plauto Faraco de Azevedo, “toda e qualquer concepção do direito em geral, e da hermenêutica em particular, que não deite raízes nas necessidades sociais, revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance”¹²⁷.

Mesmo que não se possa negar, como assevera o autor anteriormente citado, que a investigação levada a efeito pela Dogmática Jurídica deva ser predominantemente lógico-descritiva, isso não pode servir de razão aparente para um raciocínio ou estudo que deixe de fora do âmbito da investigação jurídica a dimensão crítico-valorativa ou as projeções sociais das normas jurídicas¹²⁸.

¹²⁶ Sohngen, Clarice Beatriz da Costa. A nova Retórica e Argumentação – A razão prática para uma racionalidade argumentativa em Perelman in ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. p. 191.

¹²⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. p. 15.

¹²⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. p. 29.

Essa superação lógico-descritiva se dará no âmbito da Política Jurídica, pois, como afirmado por Osvaldo Ferreira de Melo, a Política Jurídica se interessa pela norma desde seu primeiro estágio no útero social, tendo como preocupação maior os valores, fundamentos e consequências sociais da norma, para que nesta dimensão responda às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil ¹²⁹.

É preciso, então, como refere Ricardo Arone, de um novo Direito, afastado de sua teoria clássica ainda presente nos manuais, substanciada por uma jurisprudência dos conceitos, fantasiosa e egocentrista, rompendo com a ideologia conservadora da civilística tradicional (manutenção do *status quo*)¹³⁰.

Nesse viés, o autor antes citado pontua que há necessidade de uma nova hermenêutica de Direito Privado, apoiada em premissas diversas das que confeccionaram a leitura tradicional.

Essa nova hermenêutica de que fala Ricardo Arone¹³¹, partiria, inegavelmente, do conceito de sistema jurídico em Canaris, que o definiu como uma ordem teleológica de princípios gerais de Direito.

Assim, de acordo com Canaris:

Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação *axiológica* ou *teleológica* – na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito de pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de

¹²⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 19.

¹³⁰ ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. p. 44.

¹³¹ ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. p. 44.

cada realização de escopos e de valores, portanto no sentido no qual a 'jurisprudência das valorações', é equiparada à 'jurisprudência 'teleológica''.¹³²

Numa clara demonstração da necessidade de romper com o paradigma dominante, ao mesmo tempo em que torna patente esse novo paradigma, Ricardo Arone afirma que o *sistema jurídico deve ser compreendido dialogicamente pelo intérprete, ciente de sua abertura e teleologismo axiológico*. É que como afirma esse autor, *a malha jurídica se constitui não só de regras, como também de princípios e valores que se hierarquizam axiologicamente na tópica incidência, com vistas à concretização de um Estado Social e Democrático de Direito*¹³³.

Desta concepção deflui que o novo paradigma da ciência jurídica passa para uma nova concepção de sistema jurídico, o qual deverá ser compreendido dialogicamente pelo intérprete, pelo jurista que, através da produção do conhecimento jurídico, alicerçada na realidade social, construirá um Direito Justo e buscará um direito que deva ser em contraposição a aplicação mecanicista da regra jurídica, considerada o ponto mais alto da racionalidade jurídica.

Aí surge o grande desafio de como lidar com essa intrincada situação, pois o Direito não abrange somente as leis, mas os fatos, os valores e as leis e, assim, sabe-se que a realidade dos fatos é extremamente complexa e, deixando a Ciência Jurídica de levar em conta esses múltiplos elementos, o resultado é a produção de normas injustas, afastadas da realidade humano-social.

A Ciência Jurídica, em especial, é a que mais se ressentente com o atual paradigma, que deixa de levar em conta a

¹³² CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. pp. 66-67.

¹³³ ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. p. 44.

complexidade da realidade humano-social e, com isso, não dá conta de fornecer soluções justas, revestidas de caráter ético (ético-social), pois como dito por Maria da Graça dos Santos Dias, “*entender o Direito como mera legalidade é reduzi-lo, estritamente, à função asseguradora da ordem estabelecida*”¹³⁴.

Dessa forma, a questão da complexidade deve ser levada a sério, possibilitando, assim, a não limitação da compreensão do fenômeno jurídico para poder considerá-lo em sua dimensão sócio-cultural, ou seja, valorativa.

2.2 O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE

Um dos desafios atuais do homem é construir um novo paradigma para a ciência, pois, como acentua José Ricardo Cunha, presenciamos o fim das categorias tradicionais de ciência, como neutralidade, separação sujeito/objeto, causação e determininismo¹³⁵.

Na esfera do saber jurídico, vive-se de igual forma dilema ainda mais perverso, posto que o modelo moderno de ciência, de base cartesiana, não atende às perspectivas para a produção do conhecimento, mormente pelo fato do direito regular relações sociais, cuja complexidade se torna cada vez mais presente, exigindo, inclusive, uma leitura interdisciplinar da realidade humano-social.

Para Morin, a problemática da complexidade ainda é marginal no pensamento científico, no pensamento epistemológico e no pensamento filosófico¹³⁶. Numa crítica aos debates da epistemologia anglo-saxônica, Morin diz que os autores tratam apenas da racionalidade,

¹³⁴ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 36.

¹³⁵ CUNHA, José Ricardo Ferreira. *Direito e estética: fundamentos para um direito humanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 150.

¹³⁶ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 175.

da cientificidade, da não-cientificidade e não tratam da complexidade, o que propicia concluir, de forma equivocada, a inexistência da complexidade, sendo um caso de exceção o de Gaston Bachelard¹³⁷ "que considerou a complexidade comum um problema fundamental, já que, segundo ele, não há nada simples na natureza, só há o simplificado¹³⁸.

No âmbito da ciência jurídica, essa realidade não difere. Impregnados por uma visão clássica de ciência normativa, a ciência formal do direito, se esquecem de outras duas ciências jurídicas básicas: a ciência social do direito e a ciência filosófica do direito.

Como afirma Cláudio Souto, as ciências jurídicas básicas são a ciência formal do direito, a ciência social do direito e a

¹³⁷ Bachelard, filósofo e ensaísta francês. Bachelard nasceu em Bar-sur-Aube no seio de uma modesta família, o seu pai era sapateiro. Após acabar os estudos secundários trabalha nos correios de Remiremont até 1906 e mais tarde em Paris entre 1907 e 1913. Na filosofia, Bachelard desenvolve uma reflexão muito diversificada sobre a ciência. Para além de filósofo, crítico e epistemólogo, era cientista e poeta. A publicação das obras revela esta oscilação de interesses a filosofia das ciências, a lógica, a psicologia e a poesia. Os seus trabalhos no domínio da epistemologia continuam a ser de grande relevância para a compreensão dos problemas científicos contemporâneos. A sua ideia principal é que no futuro o conhecimento se baseará na negação do conhecimento actual. Alguns conceitos inovadores: **1. Desfasamento.** A filosofia dos filósofos está sempre desfasada em relação à ciência que se pratica. Os próprios cientistas professam uma "filosofia espontânea" que também não corresponde com a sua prática científica. **2. Novo espírito científico.** Proposto por Bachelard, tem como objectivo ultrapassar os obstáculos epistemológicos que impedem a ciência de progredir (o senso comum, os pressupostos das filosofias tradicionais). **3. Rupturas.** Bachelard critica as concepções continuistas da história das ciências, introduzindo a categoria de ruptura para assinalar a dupla descontinuidade histórica e epistemológica que na mesma se verifica. A contínua retificação dos conhecimentos anteriores é a chave de todo o progresso científico. A ciência não é, pois, um conhecimento absoluto, nem rigoroso, mas apenas cada vez mais aproximado do sentido profundo da natureza. O progresso científico faz-se através de sucessivas rupturas. "Nós acreditamos, com efeito, que o progresso científico manifesta sempre uma *ruptura*, perpétuas rupturas, entre *conhecimento comum* (senso comum) e *conhecimento científico*, desde que se aborde uma ciência evoluída, uma ciência que, pelo próprio facto das suas rupturas, traga a marca da modernidade. (...) Podemos, pois, colocar a *descontinuidade epistemológica* em plena luz. (...) A própria linguagem da ciência está em estado de revolução semântica permanente". (GASTON Bachelard. *Navegando na filosofia*. Disponível em: <<http://afilosofia.no.sapo.pt/10bachelard.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2006).

¹³⁸ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 175.

ciência filosófica do direito. Assim, segundo este autor, há necessidade de uma visão interdisciplinar entre estas ciências básicas do direito, pois em virtude de uma atitude arraigada ou de formalismo, ou de sociologismo, ou de filosofismo, a propósito do jurídico, esta interdisciplinaridade tem ocorrido de modo penoso¹³⁹.

A dogmática jurídica, como via de acesso ao conhecimento do Direito, consiste no estudo racional, lógico e sistematizado de um dado Direito Positivo, com finalidade não só teórica, mas sobretudo prática¹⁴⁰. Para Cláudio Souto, tal ramo do saber jurídico tende a isolar, em seu trabalho de sistematização e análise, os aspectos puramente lógico-normativos do conjunto da vida social (embora nunca o consiga inteiramente). Seu procedimento é, portanto, considerado essencialmente lógico-normativo¹⁴¹.

Então, tratando mais especificamente do direito como fenômeno social e, assim, da necessidade da interdisciplinaridade das ciências jurídicas fundamentais, Cláudio Souto refere que,

[...] a rigor, não cabe simplesmente atribuir à Sociologia do Direito o fato, à Dogmática Jurídica a norma, e à Filosofia do Direito o valor (incluído aqui o valor 'justiça') – tal como se faz frequentemente nos meios jurídicos. Nem mesmo como pontos apenas salientados da realidade jurídica, sempre indissociavelmente tridimensional.

Ao contrário, tudo indica que norma social, fato social e valor não deveriam rigorosamente ser contrapostos em uma perspectiva científica do fato social. Durkheim definira este como 'toda maneira de agir [...] suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior [...]'. Isto quer dizer que

¹³⁹ SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. pp. 13-14.

¹⁴⁰ GALVES, Carlos. *Manual de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 39.

¹⁴¹ SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. pp. 14-15.

fato social é igual a norma social, o valor estando incluído automaticamente nesta norma social. [...]

Consequentemente, a Sociologia do Direito não é capaz de estudar o jurídico como fato social sem, ao mesmo tempo, visualizá-la como norma social (o que todo o fato social é) e como valor (o que toda norma social implica)¹⁴².

Na verdade, como alude Goffredo Telles Júnior, cada ciência tem seu objeto. E o objeto de cada ciência é uma fração da realidade total. Assim, não poderão as ciências, cujos objetos não são mais que partes de um grande todo, fornecer ao homem uma visão do conjunto universal¹⁴³.

André Franco Montoro, tomando lição de Hegel que afirmou que “a verdade é o todo”, diz que “Se, por motivo de método ou especialização, podemos considerar separadamente os diversos aspectos de uma realidade, essas distinções não nos devem levar ao esquecimento da vinculação necessária que o todo têm entre si”¹⁴⁴.

Quando se fala em ciência do direito, conforme alude Luiz Alberto Warat, “em regra se faz referência à dogmática jurídica”. Mais adiante fornece a definição de Ciência do Direito dada por Bielsa, como “a disciplina científica que tem por objetivo o ordenamento sistemático dos conceitos jurídicos”, para concluir posteriormente o seguinte:

Aproximando-nos do uso mais generalizado, diríamos que é a atividade que tem a pretensão de estudar, sem emitir juízos de valor, o direito positivo vigente. É a pretensão de elaborar uma teoria sistemática do direito positivo. A atitude

¹⁴² SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. pp. 18-19.

¹⁴³ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Tratado da conseqüência: curso de lógica formal: com dissertação preliminar sobre o conhecimento humano*. 6. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 46.

¹⁴⁴ MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 61.

científica do direito estaria na aceitação inquestionada do direito positivo vigente¹⁴⁵.

Para Vera Regina Pereira de Andrade, tomando por referente a própria imagem compartilhada pelos juristas dogmáticos sobre o trabalho que realizam, fixa o seguinte conceito de Dogmática Jurídica:

Assim, na auto-imagem da Dogmática Jurídica ela se identifica com a idéia de ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a 'construção' de um 'sistema' de conceitos elaborados a partir da 'interpretação' do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito¹⁴⁶.

Com isso, tem-se que nesta concepção não é tarefa da Dogmática Jurídica explicitar juízos valorativos, pois, como pontua Vera Regina Pereira de Andrade, "Trata-se de uma Ciência de "dever-ser" (normativa), sistemática, descritiva, avaliativa (axiologicamente neutra) e prática. No parágrafo seguinte a autora conclui que a visão que o paradigma oferece é de "neutralidade valorativa, quer em relação a sistemas econômicos ou políticos, quer em relação a grupos ou classes dentro de um sistema social. Ele se apresenta a si mesmo como compatível com qualquer sistema, pois, em seu sentido epistemológico, não é solidário de nenhum conteúdo de Direito"¹⁴⁷.

Frente a isso, compete à Ciência Jurídica examinar o "Direito que é", Direito este traduzido na norma. Ficaria o plano do "dever-

¹⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade*. v. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 15-41.

¹⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. pág. 18.

¹⁴⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. p. 19.

ser” jurídico relegado à dogmática jurídica, que tem por critério fundamental a “legalidade”.

Entretanto, o estudo do Direito tem que ir mais além, podendo ser desenvolvido, como diz Franco Montoro, no plano do “dever-ser” jurídico (tratado como dogmática jurídica ou Ciência do Direito), no plano da realidade jurídica (estudado pela Sociologia do Direito) e no plano da crítica do Direito (Filosofia do Direito)¹⁴⁸. Pode-se acrescentar a este último – crítica do Direito – a Política Jurídica.

Assim, o Direito como produção social tem que ser entendido no âmbito do pensamento complexo, sob pena de simplificarmos e, conseqüentemente, mutilarmos o conhecimento.

O conhecimento científico baseado na neutralidade e objetividade não se aplica plenamente no domínio das ciências humanas, especialmente no campo do Direito¹⁴⁹. Conforme disserta Luís Roberto Barroso, a *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais, isto é, sem história, sem memória e sem desejos¹⁵⁰. Dito de outra forma, não há produção de conhecimento isento principalmente das interferências ideológicas.

Já no campo da objetividade, esta se realizaria na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do campo de observação e da vontade do observador. Entretanto, os objetos do conhecimento estão sujeitos à

¹⁴⁸ MONTORO, André Franco. Estudos de filosofia do direito. p 60.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. pp. 28-29.

interpretação, o que vale também para o Direito, cuja matriz é feita de normas, palavras, significantes e significados. A lei não tem sempre sentido unívoco, pelo que não produz uma única solução adequada para cada caso, sendo que a objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece¹⁵¹. Na verdade, a norma é produzida pelo intérprete, não no sentido de fabricá-la, mas no sentido de reproduzi-la, a qual existe, potencialmente, no invólucro do texto¹⁵².

No mesmo sentido Ricardo Arone, usando palavras de PASQUALINI, deixou assentado que:

No Direito, ninguém dá a última palavra (interpretação): o fim sempre constitui um novo e eterno começo. Um texto (normativo ou literário) está longe de ser uma espécie de animal doméstico mansamente acomodado aos pés do intérprete ou, ao reverso, uma besta selvagem totalmente rebelde às aproximações da exegese. [...] Os princípios, normas e valores alimentam diferentes leituras e sistematizações, mas são, também eles, em sinergia com a cultura humanístico-jurídica, os quais auxiliam no desafio de decifrar o melhor sentido¹⁵³.

Em verdade, a aplicação judicial do direito não pode esgotar-se na perspectiva silogística. O processo hermenêutico deverá realizar-se com ampla valorização de todos os dados em questão, cuja busca do significado não se restringe às leis, mas abrange os fatos, os

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. p. 29.

¹⁵² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 82.

¹⁵³ ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. p. 49.

valores e as leis¹⁵⁴. E, abrangendo fatos, sabe-se que a realidade destes é extremamente complexa.

Necessário, então, embrenhar fuga do positivismo jurídico que pretende limitar o conhecimento do Direito e o conseqüente trabalho do jurista à perspectiva lógica, ao trabalho “puramente” analítico-descritivo, proibindo o jurista e o juiz da indispensável valorização da ordem jurídica¹⁵⁵.

Some-se a isso a necessidade de compreender a incompletude do sistema, devendo este ser aberto e axiológico para poder entender as realidades complexas da vida, em todas as suas dimensões, pois, como alude MORIN, não devemos esquecer que o homem é um ser ao mesmo tempo físico, biológico, social, cultural, psíquico e espiritual¹⁵⁶.

Fácil então concluir que a questão da complexidade encontra-se em todos os lugares, em todas as realidades sociais, em todos os sistemas, em todos os pensamentos: então, pode-se afirmar, principalmente no âmbito da ciência jurídica, que a certeza e a completude jamais existirão e que todas as decisões somente se aproximam do ideal de justiça se o raciocínio levar em conta a questão da complexidade e da dialógica do sistema.

O desafio passa a ser ainda maior quando se sabe que o tema da complexidade é tratado marginalmente, inclusive com mal-entendidos. Segundo Morin, o primeiro mal-entendido consiste em conceber a complexidade como uma receita e não como um desafio e como uma motivação para pensar. Na verdade, a complexidade

¹⁵⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*.

¹⁵⁵ ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. p. 44.

¹⁵⁶ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. pp. 176-177.

aparece como o inimigo da ordem e da clareza. O segundo mal-entendido, consiste em confundir a complexidade com a completude, quando na verdade o problema da complexidade é o da incompletude do conhecimento¹⁵⁷.

Ignorar o pensamento complexo é agir de forma reducionista, é pensar simplificamente, é esquecer o pensamento dialógico, é ignorar a incompletude do conhecimento e do sistema, é ignorar a incerteza e o improvável, é privar o pensamento de ir além do Direito posto, de superar o discurso descritivo e comprometer-se, através de um discurso prescritivo, com as necessidades e intresses sociais.

Só o pensamento complexo evitaria, segundo Morin, as simplificações que os tipos de pensamento mutilante adotam, afirmando em seguida:

[...] se tentarmos pensar no fato de que somos seres ao mesmo tempo físicos, biológicos, sociais, culturais, psíquicos e espirituais, é evidente que a complexidade é aquilo que tenta conceber a articulação, a identidade e a diferença de todos esses aspectos, enquanto o pensamento simplificante separa esses diferentes aspectos, ou unifica-os por uma redução mutilante¹⁵⁸.

Na verdade, o pensamento complexo, ao invés de separar cada aspecto (físico, biológico, cultural, psíquico e espiritual) que compõe o ser humano, irá compreendê-los na sua forma individual para, posteriormente, dar-lhes forma multidimensional.

Neste sentido, continua Morin:

É evidente que a ambição da complexidade é prestar contas das articulações despedaçadas pelos cortes entre

¹⁵⁷ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 176.

¹⁵⁸ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 176.

disciplinas, entre categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento. De fato, a aspiração à complexidade tende para o conhecimento multidimensional. Ela não quer dar todas as informações sobre um fenômeno estudado, mas respeitar suas diversas dimensões: assim como acabei de dizer, não devemos esquecer que o homem é um ser biológico-sociocultural, e que os fenômenos sociais são, ao mesmo tempo, econômicos, culturais, psicológicos etc. Dito isto, ao aspirar a multidimensionalidade, o pensamento complexo comporta em seu interior um princípio de incompletude e de incerteza¹⁵⁹.

Nenhuma explicação ou conceito que se queira dar acerca dos acontecimentos, especialmente sociais, será completo e destituído de incerteza.

Para Pietro Barcellona, *a sociedade que aparece aos novos olhos é destituída de confins e de linhas de determinação*¹⁶⁰, querendo dizer com isso que as relações e concepções se alteram e se confundem, como por exemplo na esfera da sexualidade pessoal que não mais é distinguível com os critérios do direito de família, pois quem convive com a amante não é mais transgressor, mas o co-vivente com uma família de fato; a guerra e paz se confundem em uma guerra permanente; até o filósofo produz filosofia popular; tudo parece movimento em um reino de liberdade, mas, por outro lado, tudo parece incrivelmente estático no tempo e no espaço.

Assim, no pensamento deste autor, a palavra chave da nossa época é, de fato, a complexidade¹⁶¹.

E acentua:

¹⁵⁹ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. pp. 176-177.

¹⁶⁰ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. São Paulo: Ícone, 1995. pp. 15-16.

¹⁶¹ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. p. 19.

Trata-se de uma palavra com a qual se alude a fenômenos múltiplos e a diversos níveis de análise, mas que certamente representa 'a crise de toda explicação simples de mundo' e dos processos sociais, precludendo toda possibilidade de reduzir a representação de fato e de acontecimentos naturais e sociais a esquemas conceituais confiados a uma lógica linear¹⁶².

De qualquer modo, como acentua Morin, a complexidade surge como dificuldade, incerteza e não como uma clareza e resposta, como ficará bem claro a seguir.

Pretendendo fornecer uma compreensão da questão da complexidade, Edgar Morin indica vários caminhos, a que ele chama também de avenidas.

Como primeiro caminho, aponta o da irredutibilidade do acaso e da desordem. Estes dois componentes da complexidade estão presentes no universo e não se pode resolver a incerteza que o acaso e a desordem trazem¹⁶³. Devemos compreender que no universo da vida sempre haverá acaso e desordem e que esse acaso pode, às vezes ser acaso em razão da ignorância.

Morin, como segundo caminho que leva à compreensão da complexidade, indica a necessidade de não se trocar o singular e o local pelo universal, ao contrário, deve-se uni-los, pois, como afirma, o próprio indivíduo é um caso singular, a própria vida é uma organização singular, além do que a localidade se torna uma noção física determinante, pois as medidas só podem ser feitas num certo lugar e são relativas à própria situação em que são feitas¹⁶⁴.

¹⁶² BARCELONA, Pietro. O egoísmo maduro e a insensatez do capital. p. 19.

¹⁶³ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p.178.

¹⁶⁴ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. pp. 178-179.

Assim, o conhecimento, o estudo do caso, a decisão não podem apartar-se das singularidades de cada realidade, especialmente social, bem como do próprio “logos” onde nascem e desenvolvem-se essas singularidades.

Como terceiro caminho, Morin indica o da complicação, consubstanciada no fato de que os fenômenos biológicos e sociais apresentam um número incalculável de interações e de inter-retroações, o que torna impossível de serem todas estudadas e compreendidas¹⁶⁵.

Como quarto caminho, Morin cita a relação complementar antagônica entre ordem, desordem e organização, pois os fenômenos ordenados podem nascer de uma agitação ou de uma turbulência desordenada¹⁶⁶.

Como quinto caminho da complexidade, o autor cita a organização, cuja dificuldade inicial é de natureza lógica, posto que a organização é aquilo que constitui um sistema a partir de elementos diferentes e, portanto, ela constitui ao mesmo tempo uma unidade e uma multiplicidade. Essa complexidade lógica não pode transformar o múltiplo em uno, nem o uno em múltiplo.

Ainda, segundo Morin, a esse primeiro nível de complexidade organizacional deve-se acrescentar um nível de complexidade própria às organizações biológicas e sociais. É que essas organizações são complexas porque são,

[...] a um só tempo, acêntricas (o que quer dizer que funcionam de maneira anárquica por interações espontâneas), policêntricas (que têm muitos centros de controle, ou organizações) e cêntricas (que dispõem ao

¹⁶⁵ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 179.

¹⁶⁶ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 179.

mesmo tempo, de um centro de decisão). Desse modo, nossas sociedades históricas contemporâneas se auto-organizam não só a partir de um centro de comando-decisão (Estado, governo), mas também de diversos centros de organização (autoridades estaduais, municipais, empresas, partidos políticos etc.) e de interações espontâneas entre grupos de indivíduos¹⁶⁷.

Aliás, Maria da Graça dos Santos Dias retrata essa polissemia das organizações biológicas e sociais ao afirmar que “o Direito configura-se como uma construção histórico-social dos povos e não apenas como produto do poder estatal, como uma ordem jurídica positivada e assegurada, coercetivamente, pelo Estado¹⁶⁸.” O Direito é, então, fenômeno cultural, que ao longo da história vai sendo edificado, principalmente pelas relações sociais, que trazem em seu bojo intrincada complexidade.

Para Alaôr Caffé Alves, embora a realidade das relações sociais se manifesta essencialmente de forma harmônica, nela há contradições entre as forças sociais e antagonismos entre grupos sociais¹⁶⁹, o que comprova a complexidade desse tipo de organização.

Na mesma linha de entendimento, Pietro Barcellona afirma que o sistema social, à luz da teoria da complexidade, não pode ser visto como um sistema que possui um único eixo e sobre este eixo giraria. Ao contrário, ao mesmo tempo em que o sistema social gira em torno de um eixo, ele é também policêntrico¹⁷⁰.

Ainda, no campo da complexidade da organização, existe, também, o princípio que Morin denominou de hologramático,

¹⁶⁷ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. pp. 177-180.

¹⁶⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 9.

¹⁶⁹ ALVES, Alaôr Caffé; *As Raízes Sociais da Filosofia do Direito – uma Visão Crítica*. In: *O que é a Filosofia do Direito?* Barueri, SP: Manole, 2004. p. 79

¹⁷⁰ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. p. 22.

significando que cada parte de um organismo biológico contém quase toda a informação do todo, de forma que não só a parte está no todo, mas também que o todo está na parte. Num organismo social, o todo da sociedade, de certa forma, está presente no indivíduo. Isso significa que também no organismo social cada indivíduo vai sendo moldado – costumes, ritos, cultura, necessidades sociais - de acordo com as informações que recebe ao longo de seu desenvolvimento, o que leva a concluir que de certa forma, o todo da sociedade está presente na parte - indivíduo - ¹⁷¹. Morin afirma que para tentar compreender um fenômeno deve-se se ir da parte para o todo e do todo para as partes¹⁷². Portanto, a compreensão, o conhecimento, a aplicação do Direito ao caso concreto deverá partir de uma análise em movimento e não linear.

Por fim, o último caminho para compreensão da complexidade é a volta do observador à sua observação, pois o observador não pode acreditar estar no centro do universo e no topo da razão¹⁷³. Há um nexos entre observador e observado, pois, como exemplifica Morin, não é só o sociólogo que está na sociedade, a sociedade também está nele; ele é possuído pela cultura que possui, daí vem a seguinte regra da complexidade: *o observador-conceptor deve se integrar na sua observação e na sua concepção*¹⁷⁴. A consequência disso, segundo Morin, é a possibilidade de formular o princípio da reintegração do conceptor na concepção: *a teoria, qualquer que seja ela e do que quer que trate, deve explicar o que torna possível a produção da própria teoria e, se ela não pode explicar, deve saber que o problema permanece*¹⁷⁵.

¹⁷¹ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. pp. 181-182.

¹⁷² MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 181.

¹⁷³ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 185.

¹⁷⁴ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 185.

¹⁷⁵ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 186.

Tudo isso, segundo Morin – a complicação, a desordem, a contradição etc – formam o tecido da *complexidade*, que levará ao *complexus* do *complexus*:

[...] *complexus* é o que está junto; é o tecido formado por diferentes fios que se transformaram numa só coisa. Isto é, tudo isso se entrecruza, tudo se entrelaça para formar a unidade da complexidade; porém, a unidade do *complexus* não destrói a variedade e a diversidade das complexidades que o teceram¹⁷⁶.

Quando se chega ao *complexus* do *complexus*, ou seja, quando as complexidades se encontram, tudo parece duvidoso, incompleto, desordenado, incompreensão lógica e, então, avançando-se pelos caminhos da complexidade vamos encontrar dois núcleos ligados: um empírico e outro lógico:

O núcleo empírico contém, de um lado, as desordens e as eventualidades e, do outro lado, as complicações, as confusões, as multiplicações proliferantes. O núcleo lógico, sob um aspecto, é formado pelas contradições que devemos necessariamente enfrentar e, no outro, pelas indecisões inerentes à lógica¹⁷⁷.

A questão da complexidade remete para um pensamento que leve em conta um sistema centralizado e ao mesmo tempo policêntrico, em que a verdade que se realiza em seu interior é sempre parcial. Há necessidade, segundo Morin, de um pensamento multidimensional, no qual não se isolem categorias disciplinares especializadas (o econômico, o psicológico, o demográfico etc.), antes de tudo, integre-as, pois, como dito pelo autor, o homem é um ser

¹⁷⁶ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 188.

¹⁷⁷ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 188.

biológico-sociocultural, e que os fenômenos sociais são, ao mesmo tempo, econômicos, culturais, psicológicos, físicos e espirituais¹⁷⁸.

É nesse espaço que a “Teoria Crítica do Direito” encontra campo fértil para questionar o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude, pois o Direito não se ordenaria sem a atuação do sujeito, do legislador, do juiz ou do jurista, o que não evitaria sua contaminação por opiniões, preferências, interesses e preconceitos¹⁷⁹.

Sem perder de vista o ceticismo da “Teoria Crítica do Direito”, segundo Morin, é preciso, sobretudo, encontrar o caminho de um pensamento dialógico, porquanto sempre haverá duas lógicas, dois princípios unidos e que não devem ser vistos como idéia de unidade, pois a ciência continua andando sobre quatro pernas diferentes: ela anda sobre a perna do empirismo e sobre a perna da racionalidade, sobre a da imaginação e sobre a da verificação, e entre elas haverá sempre, no primeiro caso, um diálogo fecundo e, no segundo, complementariedade e antagonismo.

Conclui o autor:

O desafio da complexidade nos faz renunciar para sempre ao mito da elucidação total do universo, mas nos encoraja a prosseguir na aventura do conhecimento que é o diálogo com o universo. [...]

A complexidade não tem metodologia, mas pode ter seu método. [...]. O método da complexidade pede para pensarmos nos conceitos, sem nunca dá-los por concluídos, para quebrarmos as esferas fechadas, para restabelecemos as articulações entre o que foi separado,

¹⁷⁸ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. p. 177.

¹⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*. p. 33.

para tentarmos compreender a multidimensionalidade, para pensarmos na singularidade com a localidade, com a temporalidade, para nunca esquecermos as totalidades integradoras. É a concentração na direção do saber total, e, ao mesmo tempo, é a consciência antagonista[...]. A totalidade é, ao mesmo tempo, verdade e não-verdade, e a complexidade é isso: a junção de conceitos que lutam entre si¹⁸⁰.

Assim, o pensamento complexo nos faz compreender que a dogmática jurídica necessita ser flexibilizada, pois na construção de um sistema de conceitos elaborados a partir apenas do material normativo, através de procedimentos lógico-formais, levará a construção de um sistema de teorias e conceitos reducionista, mutilante e afastado da realidade humano-social.

Nessa perspectiva, não podemos deixar de anotar, também, o pensamento da chamada Pós-Modernidade, cujo rótulo abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. Não há verdades seguras¹⁸¹. Assim, o Direito, concebido como sistema completo, muitas vezes fechado, não tem conseguido dar conta da realidade social complexa e infinita, muitas vezes chegando à perplexidade.

Como afirmado por Edson Luiz Facchin, “a complexidade contemporânea imprimiu ao Direito feições antes impensáveis, revelou rupturas e inexistências e mostrou, especialmente, a fratura de um projeto de racionalidade que se queira completo e único”¹⁸². Conforme MAISINI e WIENER, os teóricos do direito pós-moderno

¹⁸⁰ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. pp. 191-193.

¹⁸¹ GRAU, Eros Roberto. *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24.

¹⁸² FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 178.

constatam a incapacidade da concepção moderna do direito de dar conta da realidade atual do campo jurídico¹⁸³.

Sabe-se, então, que não é o puro pensamento lógico que resolverá a questão da incapacidade do Direito de dar conta da realidade atual do campo jurídico. É preciso, como dito por Alaôr Caffé Alves, a lógica do racional ceder lugar à lógica do razoável, que é a lógica do sentimento, do afeto, da busca de valores¹⁸⁴. A lógica formal, que é puramente racional, não pode ser mais entendida apenas como razão monológica e solitária, estritamente formal, de caráter preciso e único¹⁸⁵, pois como afirma Miguel Reale, o Direito é o resultado de uma síntese de condições objetivas e de apreciações subjetivas, segundo uma ordem de valores¹⁸⁶.

Para Maria da Graça dos Santos Dias, "a dimensão de complexidade e pluralidade que adquire a realidade humano-social na modernidade provoca a destotalização do conhecimento ...e sua conseqüente fragmentação¹⁸⁷. Em recente artigo publicado por esta autora, fica patente que a complexidade da realidade sócio-econômica exige uma nova postura ético-política da Ciência, pois a racionalidade científica da Modernidade reduziu a complexidade da realidade e do pensamento¹⁸⁸.

Desta forma, o positivismo jurídico, a ciência jurídica concebida por Kelsen, tomando como único objeto o Direito Positivo, afasta-se do ideal de justiça. Assim, há necessidade de um novo

¹⁸³ MAISINI, Pauline; WIENER, Florence *apud* FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. p. 178.

¹⁸⁴ ALVES, Alaôr Caffé; *As Raízes Sociais da Filosofia do Direito – uma Visão Crítica*. p. 87.

¹⁸⁵ ALVES, Alaôr Caffé; *As Raízes Sociais da Filosofia do Direito – uma Visão Crítica*. p. 87.

¹⁸⁶ REALE, Miguel *apud* MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. p. 50.

¹⁸⁷ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 25.

¹⁸⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *Direito e Pós-Modernidade*.

paradigma para o Direito, que leve em conta tanto a questão da complexidade da realidade do pensamento, bem como da incompletude do sistema, que admita, como afirmado por Maria da Graça dos Santos Dias, que as verdades serão sempre situadas no espaço-tempo-realidade¹⁸⁹. Assim sendo, a ciência jurídica, de base cartesiana, não pode responder a todas as questões da realidade social, tampouco resolvê-las.

É preciso, então, pensar o complexo como forma de evitar as simplificações, aspirar à complexidade para se chegar a um pensamento multidimensional que assegure o conhecimento da realidade natural e humano-social. Eis uma nova racionalidade do Direito.

Mas essa nova racionalidade do Direito não alcançará sozinha o ideário de justiça, pois a quebra do hiato existente entre Direito e Justiça se fará, também, com o auxílio de um novo campo do conhecimento jurídico, que se ocupe com a norma jurídica desde a gestação da mesma no útero social e, configurado num discurso prescritivo, se comprometa com as necessidades vitais do homem, sem descurar-se no âmbito epistemológico, com a crítica ao direito vigente.

Nesse sentido, trataremos no próximo capítulo de um campo do conhecimento jurídico que é considerado o espaço para o debate sobre o direito que deve ser. Esse debate dar-se-á no âmbito da Política Jurídica, cuja práxis garantirá a congruência da norma jurídica às exigências e necessidades da vida social.

¹⁸⁹ DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e Pós-Modernidade.

CAPÍTULO 3

POLÍTICA JURÍDICA E O NOVO PARADIGMA DE CIÊNCIA DO DIREITO

3.1 DA NECESSIDADE DE UM NOVO “DEVIR” DO DIREITO

Como visto no capítulo anterior, o paradigma dogmático da ciência jurídica já não dá conta da realidade atual do mundo jurídico. A visão clássica do Direito subjuga a Justiça à segurança jurídica e funda-se em um projeto individualista e patrimonialista.

Em nome da segurança jurídica, o intérprete, os aplicadores do direito, o político do direito vêm encontrando dificuldade na busca da norma justa, na produção (no âmbito inclusive da hermenêutica) da norma que atenda aos fins sociais e ao ideário de justiça. Essa dificuldade tende a aumentar quando falta ao operador jurídico um estudo crítico do ordenamento jurídico positivo e, principalmente, quando utiliza a Dogmática Jurídica como paradigma de uma Ciência de “dever-ser” (normativa), sistemática, descritiva, avalorativa (axiologicamente neutra) e prática.

O positivismo jurídico como matriz epistemológica do paradigma dogmático da ciência jurídica não atende a expectativa da relação Direito e Justiça.

Neste sentido, Maria da Graça dos Santos Dias diz que:

O Direito configura-se como uma construção histórico-social dos povos e não apenas como produto do poder estatal, como uma ordem jurídica positivada e assegurada, coercetivamente, pelo Estado. A trajetória do Direito é marcada pelas lutas e oposições às situações de injustiça,

miséria e opressão, estabelecidas pelos privilégios e desigualdades vividos através dos tempos nas diferentes sociedades¹⁹⁰.

A dogmática jurídica, como via de acesso ao conhecimento do Direito, visa apenas ao estudo racional lógico e sistematizado de um dado Direito Positivo, sendo que tal ramo do saber jurídico tende a isolar, em seu trabalho de sistematização e análise, aspectos puramente lógico-normativos do conjunto da vida social. Seu procedimento é, portanto, considerado essencialmente lógico-normativo¹⁹¹.

Como já destacado, tratando mais especificamente do direito como fenômeno social e, assim, da necessidade da interdisciplinaridade das ciências jurídicas fundamentais, Cláudio Souto refere-se à necessidade da análise jurídica ocorrer através do estudo interdisciplinar da *Sociologia do Direito - o fato, da Dogmática Jurídica - a norma e da Filosofia do Direito o valor (incluído aqui o valor "justiça")*.

Segundo este jurista, tudo indica que norma social, fato social e valor não deveriam rigorosamente ser contrapostos em uma perspectiva científica do fato social.

É preciso, então, encontrar novo paradigma para a epistemologia jurídica, não podendo o jurista, o juiz, o investigador, o advogado e o legislador afastarem-se do conhecimento interdisciplinar das ciências jurídicas fundamentais: a ciência formal do direito¹⁹², a ciência social do direito¹⁹³ e a ciência filosófica do direito¹⁹⁴. Pode-se inserir

¹⁹⁰ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 9.

¹⁹¹ SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. 2ª ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, pp. 14-15.

¹⁹² Adotaremos como conceito operacional desse ramo do saber jurídico como sendo Dogmática Jurídica (cf. Jori, 1987:165 in Cláudio Souto, pág. 14).

¹⁹³ Segundo Cláudio Souto, "A ciência social do direito é aquela que investiga através de métodos e técnicas de pesquisa empírica (isto é, pesquisa baseada na observação

também entre as ciências jurídicas fundamentais, a história do direito e a Política do Direito.

Nesse passo, a Política Jurídica deverá ser o novo paradigma para pensar o Direito no âmbito das grandes reflexões, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio constitui valor-guia de toda a ordem jurídica e, assim, deverá constituir-se em referente fundamental do Direito, cuja práxis deverá ser equacionada através do Político do Direito.

Há necessidade, como alerta Luis Alberto Warat, de um olhar que extrapole os limites de uma filosofia do direito obcecadamente preocupada com as normas, a neutralidade dos intelectuais e a ficção da atividade¹⁹⁵.

É preciso extrapolar tais limites através de um pensamento multidimensional, ou seja, um pensamento que não isole categorias disciplinares especializadas (o econômico, o psicológico, o demográfico...), mas as integre, para, assim, chegar à decisão racional, ética, útil e que mais se aproxime do ideal de justiça, atendendo as necessidades e interesses sociais.

Numa crítica ao paradigma clássico da Ciência Jurídica, Osvaldo Ferreira de Melo manifestou seu inconformismo com a

controlada dos fatos) o fenômeno social jurídico em correlação com a realidade social. A ciência social do direito é, atualmente, sobretudo a Sociologia do Direito, seu ramo relativamente mais desenvolvido, embora aí caibam também, evidentemente, uma Antropologia Jurídica e quaisquer outros saberes sociais científico-empíricos sobre o direito." (pág. 16)

¹⁹⁴ À ciência filosófica do direito compete aprofundar a explicação do jurídico a partir do conhecimento científico-empírico e científico-formal dele. É como que uma continuação no processo proposicional do saber jurídico. Assim, no ponto onde a ciência empírica do direito encerra as suas explicações por não poder ir mais longe – se inicia o trabalho que vai além do já investigado, agora em vôos mais largos, solteos, vôos nem comprovados, nem comprováveis, por métodos e técnicas de ciência empírica. (p. 17).

¹⁹⁵ Prefácio a obra de Melo, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 11.

tendência ainda mantida de considerar a doutrina do Direito Natural como a explicação permanente do “direito justo”, pelo que há necessidade de um novo pensar, uma nova disciplina ou talvez uma nova ciência que se preocupe com “o direito que deve ser”, com o processo criativo do Direito¹⁹⁶.

Afirma o autor citado:

Entretidos os juristas na tarefa de explorar o sistema positivo que nos preside, não têm prestado a devida atenção ao labor muito mais importante de investigar como se deve construir o Direito [...] A elaboração de uma Política do Direito é, agora, o cometimento maior que têm os juristas[...]¹⁹⁷.

É preciso, então, criar um direito positivo que seja sensível (permeável) às mudanças culturais e às conquistas sociais, não ficando à mercê do voluntarismo do legislador e do juiz.

É tarefa daquele que cria e daquele que aplica o Direito, do professor, do doutrinador, enfim, do político do direito, revelar a norma, a melhor norma, pois, como observa Eros Grau, é a interpretação que especifica o conteúdo da norma. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete¹⁹⁸. Mas essa norma deverá ser pensada, criada, revelada a partir dos referentes da realidade social e do ideal de justiça que porta a sociedade.

Então, se uma lei já não atende mais aos anseios sociais em determinada época e contexto social em razão da perda de

¹⁹⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 16.

¹⁹⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 16.

¹⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. p. 81.

sua capacidade para resolver um conflito, cumpre afastá-la do sistema e, nas palavras de Osvaldo Ferreira de Melo, com o apoio do conhecimento político-jurídico, propor a norma adequada:

Se a investigação do caso concreto resultar na convicção de estarmos na presença de uma norma que perdeu seu princípio vital e por isso sua capacidade para resolver um conflito, teremos encontrado um elemento desativado no sistema jurídico. Será o caso de afastar do sistema essa norma indesejada socialmente e propor, com o apoio do conhecimento político-jurídico, a norma adequada, em vez de adotar inconseqüentemente como norma válida qualquer manifestação de pluralismo jurídico, só pelo fato de se pressupor ou mesmo constatar haver sido ela gerada no ambiente das lutas sociais¹⁹⁹.

Assim, a Política Jurídica seria o novo horizonte contra as fórmulas e paradigmas em perecimento e, para isso, segundo Osvaldo Ferreira de Melo, a Política Jurídica estará engajada com esse novo pensar, esperando-se, com isso, sejam recuperadas e privilegiadas duas áreas da Filosofia que a Modernidade relegou em favor da Lógica e do Método: a Ética e a Estética²⁰⁰.

Sabe-se que através da análise apenas das normas jurídico-positivas estar-se-á diante de um direito que reflete apenas o voluntarismo do legislador ou do juiz. É preciso ultrapassar a barreira da impermeabilidade característica do direito positivo e buscar um direito que reflita a realidade e a esperança social de um novo devir; um direito comprometido com as mudanças culturais e com as conquistas sociais, com o justo, o ético, o legítimo e o necessário. Um Direito comprometido em fornecer as condições básicas existenciais do ser humano. Um Direito que garanta a cada ser humano as bases vitais de sua existência,

¹⁹⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 17.

²⁰⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. pp. 17-19.

cuja materialização dar-se-á através de uma práxis fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, a atual dogmática jurídica fundada na Teoria Pura do Direito tem se limitado a buscar o valor de justiça como mero compromisso com o princípio da legalidade²⁰¹.

Conforme afirma Luiz Alberto Warat:

[...] a teoria Pura do Direito limita-se ao conhecimento normativo do Direito e exclui deste conhecimento qualquer contribuição proveniente da filosofia da justiça e das ciências causais (da natureza e da sociedade), sua orientação é bastante semelhante à chamada Ciência Dogmática do Direito. Ambas procuram alcançar seu resultado exclusivamente através da análise das normas jurídico-positivas²⁰².

Entretanto, o Direito são as leis, os fatos e os valores e um procedimento apenas lógico-normativo não produzirá a norma justa que atenda as necessidades e interesses sociais.

Entretanto, é preciso buscar na lei soluções justas e humanas, pois o mais importante do que o rigor da lógica racional é o entendimento *razoável* dos preceitos²⁰³. Aplicar a lei através de uma operação apenas silogística é tão-somente restringir-se à subsunção do fato à norma. É preciso, então, ao se lidar com a experiência jurídica, lidar com os fatos sociais, com os valores e com as normas²⁰⁴. Essa tarefa é do político do direito que deverá, aqui se repete, ultrapassar a barreira da

²⁰¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. p. 17.

²⁰² WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade*. p. 157.

²⁰³ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Tratado da consequência: curso de lógica formal: com dissertação preliminar sobre o conhecimento humano*. p. 28.

²⁰⁴ REALE, Miguel *apud* LAFER, Celso. *O que é a Filosofia do Direito?* Barueri, SP: Manole, 2004.p. 55.

impermeabilidade característica do direito positivo e buscar um direito que reflita a realidade e a esperança social de um novo devir; um direito comprometido com o justo, o ético, o legítimo e o necessário.

Como afirma Maria da Graça dos Santos Dias, a realidade jurídica compõe um universo muito mais abrangente que o mundo das normas positivadas, pelo que se faz necessário revelar um campo de conhecimento jurídico que coteje a avaliação crítica do Direito, ou seja, que não trate apenas do *ser*, mas também do *dever ser* do Direito. Conclui a autora antes citada que “a Política Jurídica é considerada o espaço, por excelência, do debate sobre o *dever ser* do Direito²⁰⁵”.

Por isso, passa-se a seguir a aprofundar as questões teóricas sobre a Política Jurídica, cuja reflexão tomará por base os estudos de Osvaldo Ferreira de Melo, principalmente por ser ele um pioneiro no Brasil no estudo do tema. A partir desses referentes, no capítulo seguinte, analisar-se-á a Política Jurídica como instrumento de concretização da justiça no âmbito do Direito, tomando esse enquanto um dos fundamentos de realização da dignidade da Pessoa Humana.

3.2 POLÍTICA JURÍDICA E A DIVERSIDADE DE PRINCÍPIOS CONCEITUAIS

O estudo de Osvaldo Ferreira de Melo, segundo ele próprio diz, “foi decorrente, antes de tudo, da perplexa situação de desencontro teórico constatado no cotejo das diferentes noções de Política Jurídica, no que se refere a seu conceito e à caracterização de seu objetivo, bem como do inconformismo em considerar a doutrina do Direito Natural como explicação permanente do ‘direito justo’²⁰⁶”.

²⁰⁵ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 83.

²⁰⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p 16.

Aliás, segundo este autor, a falta de acordos semânticos nessa área tem dificultado a formulação de um saber teórico sobre Política Jurídica, o que tem impedido, inclusive, a sua caracterização como disciplina autônoma²⁰⁷.

Para examinar o caráter plurívoco que a doutrina dá ao conceito de Política Jurídica, Osvaldo Ferreira de Melo efetua o estudo de textos que, segundo ele, explicitamente trataram da matéria: Pascual Marin Perez, Kelsen, Alf Ross e Miguel Reale.

Embora Osvaldo Ferreira de Melo, desde o início de sua obra Fundamentos da Política Jurídica, tenha deixado claro que um dos motores propulsores de sua pesquisa tenha sido a irrisignação contra a doutrina do Direito Natural como explicação permanente do 'direito justo', não pôde deixar de reconhecer a importância das correntes contemporâneas do Direito Natural, pois elas têm contribuído na crítica contra o positivismo jurídico que considera a validade de uma norma apenas na pressuposição de que existe uma norma fundamental que estabelece a autoridade legislativa suprema.

Dentre estas correntes jusnaturalistas, Osvaldo Ferreira de Melo destacou os estudos de Pascual Marin Perez. Este autor, embora seu pensamento fosse arraigado na crença do Direito Natural (propugnava que todo o direito positivo deveria ser interpretado segundo o enfoque do Direito Natural), construiu uma teoria de Política Jurídica que não pode ser desconsiderada pelos estudiosos, por trazer reflexões que não se pode ignorar: primeiro, quando considera que somente é possível construir um conceito de Política Jurídica a partir da conciliação Política e Direito como tarefa metodológica preliminar, devendo existir uma simbiose entre estes dois termos; outro ponto de destaque está na crítica ao voluntarismo normativo, ou seja, *à tendência de o legislador moderno*

²⁰⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p 23.

*regular juridicamente as relações humanas sem sujeição a outra regra que não seu próprio arbítrio*²⁰⁸.

Aliás, abrindo parênteses para a problemática desta questão na realidade da votação das leis na experiência brasileira, cuja reflexão remete o pensamento de Pascual Marin Perez, Plauto Faraco de Azevedo diz que “o hábil manejo dos *regimentos internos* dos órgãos legiferantes pode tornar vitoriosos os mais diversos pontos de vista, que terminam por converter-se em normas legais”²⁰⁹.

Segundo este autor, a vontade da maioria nem sempre acontece, pois muitos votam sem sequer conhecer os termos do projeto, ou votam de acordo com o voto do relator do projeto, acompanhando indiferentes o voto do líder. Desta forma, em última análise, a vontade do legislador é a da minoria²¹⁰.

Retomando a questão acerca do aspecto conceitual da Política Jurídica em Pascual Marin Perez, este autor, segundo Osvaldo Ferreira de Melo, insistindo em examinar o valor justiça como categoria transcendental e não como produto cultural e, portanto, racional, fornece o seguinte conceito de Política Jurídica: “A política do Direito seria o conjunto de regras que determinam a vinculação do homem de governo ao Direito Natural, através da técnica jurídica e com rigorosa lealdade aos princípios ideológicos do estado, na mais ampla acepção do vocábulo”²¹¹.

Nesta concepção de Política Jurídica, não se poderia esperar de Osvaldo Ferreira de Melo senão uma crítica contundente àquele autor, pois o Direito não é transcendental, mas produto cultural da

²⁰⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 27.

²⁰⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicações do direito e contexto social*. p. 129.

²¹⁰ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicações do direito e contexto social*. p. 129.

²¹¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 29.

humanidade e, assim, o valor Justiça deverá ser explicado não como categoria transcendental, mas como produto cultural.

Ainda, na busca do significado do termo Política Jurídica, agora já não mais baseado no Direito Natural, mas na Teoria Pura do Direito, Osvaldo Ferreira de Melo extrai o conceito de Política Jurídica em Kelsen. Na concepção Kelseniana, não se admite outra forma de Direito, senão aquele posto pelo Estado. Assim, neste âmbito, não cabe à Ciência do Direito responder ou indagar se determinada ordem jurídica ou norma é justa ou injusta.

Como se refere Osvaldo Ferreira de Melo, “a concepção de que só a norma formalmente válida faz algo ser jurídico, é essencial na dogmática Kelseniana e assim, fora do exame das normas, nada mais poderia importar ao renomado juscientista²¹²”.

Kelsen defende arduamente a neutralidade científica aplicada à ciência jurídica. Ele separa Direito da moral e da Política, ou seja, à ciência do direito não caberia fazer julgamentos morais nem avaliações políticas sobre o direito vigente. A discussão da idéia de justiça estaria afastada deste âmbito.

Entretanto, isso não evitou que o juscientista adotasse posição quanto à Política Jurídica, conforme salientado por Osvaldo Ferreira de Melo:

A posição de Kelsen quanto à Política Jurídica é mais que simples constatação científica. O autor foi além, fez uma feliz incursão didática e conceituou, através da caracterização de seu objeto, o que seria essa outra disciplina colocada em paralelo e sem hierarquia com a Ciência Jurídica, cada uma delas tratando de um fundamental aspecto do Direito, convivendo, mas sem se

²¹² MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 29-30.

confundirem, pois que seria preciso evitar, segundo suas palavras, um sincretismo metódico que obscurece a essência da Ciência Jurídica e suja os limites que lhe desenham a natureza de seu objeto. Assim, se na concepção de Kelsen existem possibilidades de examinar o 'direito que é', (Ciência Jurídica) e o 'direito que deve ser' (Política Jurídica), entende-se ser sua expectativa que o pesquisador, inclinado ao estudo pertinente de uma dessas áreas autônomas, terá que buscar métodos próprios visando à ocupação de respectivo espaço metodológico²¹³.

Após laboriosa análise da obra *Teoria Pura do Direito e Teoria Geral das Normas*, Osvaldo Ferreira de Melo afirma que, na obra *Teoria Pura do Direito*, Kelsen definiu como objeto da Política Jurídica "tratar do direito que deve ser e de como deva ser feito", donde se extraem dois aspectos: um aspecto de Política propriamente dita (buscar o direito que deve ser) e outro de tecnologia jurídica (como deve ser feito o Direito)²¹⁴.

Já na obra *Teoria Geral das Normas*, Kelsen, segundo Osvaldo Ferreira de Melo, sem descurar de manter a Política Jurídica no mesmo lugar epistemológico em que a colocara anteriormente, avançou quanto à caracterização de seu objeto, descrevendo como objeto da Política Jurídica "tratar do direito que deve ser e de como deva ser"²¹⁵.

Assim, para Osvaldo Ferreira de Melo, o objeto da Política Jurídica em Kelsen estaria inserido no universo das grandes decisões em que o Político do Direito vai trabalhar: Como deve ser o Direito? Fruto retórico da dominação ou instrumento estratégico das

²¹³ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 35.

²¹⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 38.

²¹⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 38.

mudanças? [...] O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhado na construção ética do devir?²¹⁶.

Ainda, numa tentativa de busca do significado do termo Política Jurídica, Osvaldo Ferreira de Melo tenta demonstrar em Alf Ross o equívoco deste autor ao conceber Política do Direito como mera “sociologia jurídica aplicada ou técnica legislativa”.

É inegável, como afirma Osvaldo Ferreira de Melo, a importância da contribuição da ciência social do Direito²¹⁷, sobretudo Sociologia Jurídica, quando se pretende fundamentar qualquer estudo sobre o fenômeno jurídico, sendo que não só ao Direito interessa esta ciência, mas também à Política Jurídica, mormente pelo fato dessa ciência examinar o fenômeno jurídico do exterior do objeto, não limitando o estudo no interior da relação normada, mas ajudando o jurista a ter uma visão global do objeto²¹⁸.

Na verdade, como afirma Osvaldo Ferreira de Melo, Alf Ross reconhece a Política Jurídica como técnica, não podendo ser buscada em um objetivo específico e que se tal disciplina merecer um objeto próprio, este deve ser encontrado no conhecimento sociológico-jurídico.

Com essa concepção reducionista, Alf Ross concebe a Política Jurídica apenas como guia para o legislador e para os operadores jurídicos, especialmente os juízes: “O Político do Direito exerceria, assim,

²¹⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 38.

²¹⁷A ciência social do direito é aquela que investiga através de métodos e técnicas de pesquisa empírica (isto é, pesquisa baseada na observação controlada dos fatos) o fenômeno social jurídico em correlação com a realidade social. A ciência social do direito é, atualmente, sobretudo a Sociologia do Direito, seu ramo relativamente mais desenvolvido, embora aí caibam também, evidentemente, uma Antropologia Jurídica e quaisquer outros saberes sociais científico-empíricos sobre o direito. (SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. p. 16).

²¹⁸MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 39.

apenas, o papel de aconselhamento, quer fazendo doutrina, quer assessorando as autoridades legislativas e judiciárias²¹⁹”.

A posição reducionista de Alf Ross deve-se ao fato de que para os empiristas os juízos de valor não teriam lugar no mundo empírico. Essas restrições, segundo Osvaldo Ferreira de Melo, levaram Ross a confundir o aspecto técnico contido na norma - questões econômicas, de trânsito etc -, com o seu sentido ético, político e social, implicando questões axiológicas.

Concluindo o estudo em Alf Ross, Osvaldo Ferreira de Melo tece crítica à concepção reducionista daquele autor, pois afirma que Política não se confunde nem com Filosofia nem com Ciência, pois cada uma dessas áreas de investigação delimita-se em espaços próprios. É que Política é sempre um conjunto de estratégias visando alcançar determinados fins e, em se tratando de Política do Direito, estes fins obrigatoriamente visam alcançar a norma justa, pois além de eficaz ela terá que ser socialmente desejada e útil para responder adequadamente às demandas sociais.

Por fim, tendo na Política Jurídica o mais adequado instrumental de que dispõe o jurista para buscar um Direito não apenas comprometido com o presente, mas empenhado na construção ética do devir, direcionando as mudanças sócio-econômicas necessárias, conduzindo o Direito no sentido de como deve ser, Osvaldo Ferreira de Melo ressalta na obra de Miguel Reale expressiva contribuição para um melhor entendimento do papel a desempenhar pela Política Jurídica.

A concepção de Política Jurídica em Miguel Reale parte do entendimento deste autor de que “o fundamento último do Direito é o bem comum, desde que se entenda esta expressão como

²¹⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 42.

“ordem social justa”. Esse bem-comum expressa-se nos interesses comuns de toda a sociedade e não apenas como a soma de desejos de poucos ou de grupos ou mesmo do Estado²²⁰.

Para Reale, o Direito...é o resultado de uma síntese de condições objetivas e de apreciações subjetivas, segundo uma ordem de valores: é sempre objetivo-subjetivo, porquanto não teria eficácia real uma norma editada arbitrariamente pelo Estado à revelia dos sentimentos, das aspirações e das tendências da coletividade, embora pudesse valer tecnicamente pela sua coercibilidade objetiva.

Reale vai mais além, diz que haverá então uma problemática para o filósofo e outra para o político do Direito: é a este que compete indagar do fundamento in-concreto, segundo razões de oportunidade e de conveniência, dando primordial importância à existência ou à possibilidade de meios idôneos aos instrumentos de ação prática²²¹. Política Jurídica, segundo Osvaldo Ferreira de Melo, é também ação.

Assim, após dizer que a Política Jurídica pode ser estudada no plano epistemológico, no qual cabe a análise axiológica do “direito que é”; no psicossocial em que se verifica não só a existência de representações jurídicas e de outras manifestações da consciência jurídica da sociedade; e no campo operacional, no qual se montam as estratégias para modificar ou afastar o “direito que não deve ser” e criar o direito “que deve ser”, Osvaldo Ferreira de Melo aponta duas questões teóricas fundamentais para a questão axiológica do direito, considerado o político do direito como o estrategista da conversão de valores de direito em regras jurídicas: a natureza do valor e quais os valores que devem balizar a norma.

²²⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 50.

²²¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 50.

É nas lições de Reale que Osvaldo Ferreira de Melo encontra a resposta para tais questões – a natureza do valor e quais os valores que devem balizar a norma. Aquele autor observa que parece impossível situar no mesmo plano um objeto, que é, tal como um juízo lógico ou um teorema, com algo que necessariamente deve ser (o bom, o útil, etc)²²², ou seja, situar no mesmo plano figuras que uma é antítese da outra parece tarefa impossível.

Para Reale, mesmo que se admita que o objeto ideal é enquanto “deve ser”, na realidade trata-se de “ter de ser”, de uma conexão que não admite alternativa, como quando se afirma que $2 + 3 = 5$. Já o “dever ser” axiológico, ao contrário, distingue-se por pressupor a possibilidade de *aliquid* não correspondente ao que se enuncia, e até mesmo em conflito com ele²²³.

Então, para resolver tal questão, Osvaldo Ferreira de Melo diz que Reale vai considerar que o “dever-ser do Direito se acha necessariamente vinculado à ação” e portanto o valor se distinguiria dos objetos ideais por suas características imanentes como a realidade, a polaridade e outras que não caracterizam necessariamente os objetos ideais²²⁴.

Segundo Reale, o valor se distingue dos objetos ideais por algumas notas essenciais, que o vinculam ao processo histórico, quais sejam, a *realizabilidade* (valor que não se realiza é quimera..., enquanto um objeto ideal, como um círculo, não deixa de ser o que é, por jamais haver entes circulares perfeitos); a *inexauribilidade* (por mais, por ex., que se realize justiça, há sempre justiça a realizar); ..a *polaridade* (só se compreende um valor pensando-o na complementariedade de seu

²²² MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 51.

²²³ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 93.

²²⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 51.

contrário, ou seja, positiva e negativamente, enquanto os objetos ideais são pensados independentemente de algo que necessariamente os negue etc.)²²⁵.

Destarte, no âmbito da teoria e práxis da Política Jurídica, conclui Osvaldo Ferreira de Melo, é fundamental pensar o valor, como o faz Reale, como "intencionalidade historicamente objetivada no processo de cultura, implicando sempre o sentido vetorial de uma ação possível. Possibilidade e realizabilidade são, em suma, qualidades inseparáveis do valor, e, por via de consequência, da experiência jurídica, enquanto é, necessariamente, experiência de valores"²²⁶.

Para Maria da Graça dos Santos Dias:

A compreensão do justo e do injusto aflora à consciência humana a partir dos desafios provocados pelas reais condições de existência dos homens. Estes, fundamentados na compreensão do que seja justo, reivindicam direitos e avaliam os já instituídos. A experiência humana social dos povos leva-os à constituição da consciência jurídica, que se reveste, portanto, de um caráter histórico, cultural e antropológico. O homem, sendo um ser da ordem da história e da cultura, e não apenas um ser natural, em sua convivência social, constrói valores que orientam sua existência²²⁷.

Uma compreensão axiológica do direito que é passa necessariamente pela análise dos valores que orientam a existência do homem em dado tempo-espaco. Esses valores que indicam o que é justo ou injusto devem orientar o direito que deve ser.

²²⁵ REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. p. 94.

²²⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 51.

²²⁷ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 09.

Quanto à compreensão da segunda questão – os valores que devem balizar a norma –, Osvaldo Ferreira de Melo indaga se os valores podem justificar, no campo da validade material, a norma posta ou a norma proposta e, em caso positivo, além da justiça, que outros valores podem ser considerados²²⁸. Este autor, deixando de lado posições restritivas que consideram o justo e o útil antitéticos, diz que poucos percebem que convivem, nos sistemas jurídicos, normas que realizam o valor justiça e normas que realizam o valor utilidade.

A validade material da norma não somente fica vinculada ao valor “justiça”, mas também ao valor utilidade, pois a comunidade social consciente de suas necessidades poderá considerar ou justa ou útil a norma desejada. Esse entendimento, segundo Osvaldo Ferreira de Melo, tem por oportuna as lições de Miguel Reale que diz:

[...] no plano filosófico, pode-se entender por fundamento o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica, dando a razão de sua obrigatoriedade, e dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido e necessário à coletividade. O mesmo problema é posto empiricamente pela Política do Direito que assim se liga logicamente à especulação filosófica, por atender aos meios práticos de sua atualização, segundo a tábua dos valores dominantes²²⁹.

Desta forma, além da questão “justiça” da norma instituída, tem-se presente a necessidade de se atentar, num determinado contexto histórico, cultural e antropológico para o valor utilidade: utilidade social.

²²⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 51.

²²⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 52.

Gilberto Callado de Oliveira, após criticar as absurdidades em sede legislativa, que pedem natural correção pela via dos estudos sociais, diz que:

A forma embrionária de manifestação da norma, embora encrustada no imaginário das pessoas, precisa ser racionalmente ordenada ao bem comum, submeter-se ao crivo da prudência política do direito, para que a decisão imperativa faça integrar ao corpo legislativo um claríssimo ditame, como aquele ensinamento de Santo Isidoro de Sevilha, citado por Santo Tomás:

'A lei deve ser honesta, justa, possível, conforme a natureza, apropriada aos costumes do país, conveniente ao lugar e ao tempo, necessária, útil, claramente expressa para que não se oculte nela nenhum engano, e instituída não para satisfazer algum interesse privado, mas para a utilidade comum dos cidadãos'²³⁰.

Como visto, há possibilidade de estabelecimento de um nexo entre Política e Direito, cuja teorização possibilitará a ruptura do atual paradigma dogmático da ciência jurídica que se encontra descompromissado com o conteúdo ético do Direito e já não dá conta da realidade atual do campo jurídico. Assim, abordar-se-á a seguir, o objeto, a função epistemológica e objetivos da Política Jurídica, a fim de aprofundar sua dimensão de práxis.

3.3 DO OBJETO, FUNÇÃO EPISTEMOLÓGICA E OBJETIVOS DA POLÍTICA JURÍDICA

Como destacado, a diversidade de princípios conceituais dificulta localizar no âmbito epistemológico a Política Jurídica. Para examinar o caráter plurívoco que a doutrina dá ao conceito de

²³⁰ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: proposta epistemológica para a política do direito*. Itajaí : UNIVALI, 2001.pp. 26-27.

Política Jurídica, Osvaldo Ferreira de Melo parte do estudo de textos que, segundo ele, explicitamente trataram da matéria.

Na concepção Kelseniana, somente a norma formalmente válida faz algo ser jurídico, pelo que fica afastada da Ciência Jurídica o estudo dos fatos geradores das normas e, também, o conteúdo moral da norma²³¹. Kelsen intencionou criar uma Ciência pura do Direito, ou seja, uma teoria do Direito que se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isso dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos²³²."

O objeto da ciência do Direito para Kelsen é a norma jurídica, tendo eliminado do seu campo todos os elementos pertencentes a outras ciências, pelo que submeteu o saber jurídico a uma dupla depuração, conforme anotado por Maria Helena Diniz:

A primeira procurou afastá-la de quaisquer influências sociológicas, liberando-se da análise de aspectos fáticos que porventura estivessem ligados ao direito, remetendo o estudo desses elementos sociais às ciências causais (sociologia e psicologia jurídicas, por exemplo), uma vez que, na sua concepção, ao jurista *stricto sensu* não interessa a explicação causal das instituições jurídicas.

A segunda purificação retira do âmbito de apreciação da ciência jurídica a ideologia e os aspectos valorativos, ou seja, toda e qualquer investigação moral e política, relegando-os à ética, à política, à religião e à filosofia da justiça²³³.

²³¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 30.

²³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 1.

²³³ DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 14-15.

Ficaria afastado do saber jurídico qualquer elemento da realidade humano-social, bem como qualquer aspecto valorativo, não importando para o Direito se a norma é justa ou injusta.

Para Kelsen, a Teoria Pura do Direito procura responder à seguinte questão: “O que é e como é o Direito? Não implica, aqui, saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito, pois isto seria objetivo da Política Jurídica, da Política do Direito e não da ciência jurídica²³⁴.”

Conforme dito por Osvaldo Ferreira de Melo, Kelsen entende que o problema da busca de um padrão axiológico “como problema valorativo, escapa a uma teoria jurídica que se limita a uma análise do direito positivo como uma realidade jurídica” e, sem estabelecer juízo crítico a respeito, admite que ele seja “de decisiva significação para a Política Jurídica²³⁵”. Assim, para este autor, o objeto da Política Jurídica seria o Direito que deveria ser e como deveria ser feito.

Numa primeira reflexão conclusiva, Osvaldo Ferreira de Melo afirma ser possível teorizar sobre Política Jurídica, pois a reconhece como detentora de espaço autônomo na ciência jurídica²³⁶. Essa autonomia estaria fundada na própria pureza metodológica de Hans Kelsen que delimitou em sua Teoria Pura do Direito o objeto da Ciência do Direito (estudo do Direito que é) e o da Política do Direito (direito que deve ser e como deva ser)²³⁷.

Baseado no estudo de Kelsen para quem o objeto da Política Jurídica é a permanente busca do melhor direito, pois nunca afirmou que o direito vigente represente necessariamente a melhor alternativa para a realização da conduta humana, Osvaldo Ferreira de

²³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 1.

²³⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 33

²³⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 130

²³⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 130.

Melo conclui que a tarefa da Política do Direito não é descritiva, mas sim configurada num discurso prescritivo que se legitima numa justiça política, ao se comprometer com as necessidades vitais do homem, a partir de pressupostos axiológicos e deontológicos²³⁸.

Quanto à ciência em via de se fazer, Osvaldo Ferreria de Melo alude que a função epistemológica da Política Jurídica recai em duas atividades distintas. A primeira atividade cinger-se-ia na crítica ao direito vigente, cuja interpretação/aplicação dos princípios, normas e enunciados deve ser feita à luz de critérios racionais de Justiça, Utilidade e Legitimidade. A segunda atividade está fundada nas representações jurídicas do imaginário social, ou seja, tematiza a necessidade da legitimação social do Direito²³⁹.

Conforme Calera, para a construção de um Direito legítimo, é preciso consultar os interessados para que eles decidam democraticamente o que é justo, equitativo e saudável para seu destino social e político²⁴⁰. Essas representações jurídicas buscadas no imaginário social deverão estar legitimadas, segundo Osvaldo Ferreira de Melo, na Ética, nos princípios de Liberdade e Igualdade e na Estética da convivência humana²⁴¹. E conclui dizendo que as fontes do Direito deverão privilegiar aquelas que realmente possam alimentar um Direito novo, desejável, criativo, libertador, racional e socialmente conseqüente²⁴².

No tocante aos objetivos, num primeiro momento a ação político-jurídica visaria à desconstrução de paradigmas que negam

²³⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 130.

²³⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 131.

²⁴⁰ CALERA, N. M. L. *apud* DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 41.

²⁴¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 131.

²⁴² MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 131.

ou impedem a criatividade como um agir permanente, e num segundo momento, a práxis político-jurídica buscaria um novo Direito capaz de estabelecer limites para o Estado que, disfarçadamente, ao proteger um progresso acumulativo, acaba por proteger a realização de mais lucro, acumulação, dominação e outras causas que frustram desejos legítimos da sociedade²⁴³. Aqui fica evidente a crítica de Osvaldo Ferreira de Melo à atual dogmática jurídica e ao positivismo jurídico, ao aduzir que o *Direito se confundiu com a lei e quase só representou a vontade do legislador e do juiz que são as vozes privilegiadas do Estado condutor*²⁴⁴. Pode-se dizer, segundo este autor, que esses objetivos a serem buscados deverão estar fundados no princípio da dignidade da pessoa humana e num Direito legitimado na Ética, capaz de romper com o atual paradigma do Direito que, afastado da Filosofia e da Política, confundiu-se com a lei e, assim, quase só representou o voluntarismo do legislador e do juiz. Em verdade, estes personagens – legislador e juiz – deverão ir além da tarefa de construtores do Direito para tornarem-se mediadores entre Estado e Sociedade, refletindo a Justiça, como afirmado por Maria da Graça dos Santos Dias, enquanto categoria ético-filosófica, fundamento do Direito, bem como enquanto conteúdo do imaginário social²⁴⁵.

Essa tarefa de construção de um Direito justo, ético e útil dar-se-á no espaço da Política Jurídica, no agir do Político do Direito.

3.4 A POLÍTICA JURÍDICA E A PRODUÇÃO DA NORMA JUSTA E DE UTILIDADE SOCIAL

Tratar do tema justiça sempre foi considerado “espinhoso” e “tormentoso”, mormente por envolver conflitos de interesses

²⁴³ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 132.

²⁴⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 133.

²⁴⁵ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 115.

e de valores, cuja concepção para “o que é justiça”, conforme afirma Kelsen, continua até hoje sem resposta²⁴⁶.

Talvez a forma mais lúcida de se chegar a uma concepção sobre Justiça seja através do estudo dos sistemas de valores reconhecidos em dadas comunidades, em distintos momentos históricos. Isso leva a concluir que a concepção de justiça varia no espaço-temporalidade, não se podendo conceber a justiça através de um paradigma universal, abstrato, a-temporal.

Em Dennis Lloyd, justiça é a busca constante de uma vida boa, pois, como afirmado por este autor, justiça, seja qual for o seu significado preciso, é em si mesmo um valor moral, ou seja, um dos objetivos ou propósitos que o homem se fixa a fim de chegar à vida adequada²⁴⁷.

Poder-se-ia afirmar que a idéia de sociedade justa é utopia e, portanto, a idéia de “Justiça plena” também se circunscreveria em mera utopia, mormente se atentar para o princípio universal do Direito introduzido por Kant, de que “é justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”²⁴⁸.

A afirmação de que a idéia de Justiça plena é utopia está fundada no fato de que toda e qualquer ação baseada na liberdade de cada um influenciará, de certa forma, na liberdade do outro, ou seja, a competição que se instaura entre os homens na busca de bem estar acaba por influenciar, ainda que de forma indireta, o direito e a liberdade de outrem. Assim, o que é justo para um pode não ser justo – ou

²⁴⁶ Kelsen, Hans. O que é justiça. Título original: What is justice? Tradução Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 01.

²⁴⁷ LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. São Paulo : Martins Fontes, 2000, p. 138.

²⁴⁸ KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993. p. 46.

ao menos entendido como justo – para outro; ou o sacrifício de uns frente ao ordenamento legal vigente é maior do que para outros, e assim por diante.

Emmanuel Kant, quando aborda o princípio universal do Direito de que ação justa é aquela que não constitui um obstáculo à liberdade de outrem, diz:

Se, assim, a minha ação, ou em geral meu estado pode subsistir com a liberdade dos demais, segundo uma lei geral, comete uma injustiça contra mim aquele que me perturba nesse estado porque o impedimento (a posição) que me suscita não pode subsistir com a liberdade de todos, segundo leis gerais.

De onde se conclui também que não se pode exigir que esse princípio de máximas me sirva de máxima, isto é, que *eu o torne máxima de minhas ações*, porque os demais podem ser livres, ainda quando a liberdade do outro me fosse indiferente, ou ainda quando eu pudesse me opor a ela no fundo de meu coração, de tal maneira que lhe pusesse obstáculo por minha *ação exterior*. A moral exige de mim que adote por máxima o conformar minhas ações ao direito²⁴⁹.

Para Norberto Bobbio, toda a norma jurídica pode ser submetida a três valorações distintas e independentes umas das outras: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz. Trata-se, portanto, de três problemas distintos: da justiça, da validade e da eficácia²⁵⁰.

Neste tópico de estudos, o que interessa é o problema da justiça que, segundo Bobbio, é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado

²⁴⁹ KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. p. 46.

²⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 3. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2005. p. 45-46.

ordenamento jurídico²⁵¹. Todo ordenamento jurídico busca certos fins e, assim, precisa-se verificar se estes fins representam os valores daquela sociedade. O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser²⁵². Por isso que o problema da justiça se denomina comumente de problema *deontológico* do direito, posto que o problema da justiça de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o real e o que é ideal²⁵³.

Desta forma, somente a práxis Político-Jurídica possibilitará o aperfeiçoamento do Direito e resolverá o problema da Justiça, pois como afirmado por Osvaldo Ferreira de Melo,

[...] não será através de simples interpretação das normas postas que se há de buscar o aperfeiçoamento e a evolução do direito. A mudança do sistema jurídico, partindo de realidades sociais adequadamente compreendidas e valoradas, será o caminho a percorrer na formação de um novo paradigma... A renovação buscada é, sobretudo, uma ação político-jurídica, interdisciplinar, aberta, conseqüente²⁵⁴.

Para atingir tal desiderato, o sistema Jurídico deve ser uma ordem axiológica, um sistema aberto em razão do reconhecimento de sua incompletude e compreendido dialogicamente pelo intérprete.

Retomando a questão de se estabelecer um conceito para o termo "justiça", Osvaldo Ferreira de Melo delimita o objeto dos

²⁵¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. p 46.

²⁵² BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. p. 46.

²⁵³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. p .46.

²⁵⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 105

estudos sobre Justiça como valor atribuído através de manifestação social²⁵⁵.

Como visto, Osvaldo Ferreira de Melo busca o conceito racional de justiça no imaginário social, examinando assim a Justiça como categoria cultural, ou seja, como um valor que a consciência Jurídica da sociedade atribui à norma posta ou à norma proposta²⁵⁶.

Mesmo buscando uma concepção de Justiça como valor atribuído através de manifestação social, o autor antes citado diz que é possível ao Político do Direito trabalhar com quatro concepções de Justiça, cuja gênese se dá no corpo social: 1) Justiça como ideal político de liberdade e de igualdade; 2) Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma; 3) Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão; 4) Justiça como legitimidade ética²⁵⁷.

Quanto à primeira concepção - Justiça como ideal político de liberdade e de igualdade -, traz ínsita a idéia de que a norma que obstaculizar ou fraudar as aspirações de co-participação ou compartilhamento será considerada injusta. Tal concepção tem como fundamento dois princípios de Justiça vinculados por John Rawls: 1) a ampla liberdade que as pessoas devem ter; e 2) as desigualdades econômicas e sociais devem ser combinadas de forma que ambas correspondam à expectativa de que trarão vantagens a todos e que sejam ligadas a proposições a órgãos abertos a todos²⁵⁸.

Assim, em John Rawls tem-se que:

²⁵⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 107.

²⁵⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 108.

²⁵⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p.108

²⁵⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 109.

Toda pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça, na qual nem mesmo o bem-estar da sociedade em sua totalidade pode prevalecer. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade para alguém possa ser justificada por maiores benefícios desfrutados por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a poucos sejam equilibrados por uma maior quantidade de vantagens desfrutadas por muitos. Por conseguinte, numa sociedade justa, presumem-se iguais liberdades de cidadania; os direitos garantidos pela justiça não podem ser objeto nem de contratação política, nem do cálculo dos interesses sociais...Uma vez que a verdade e a justiça são as principais virtudes humanas, elas não podem ser submetidas a acordos²⁵⁹.

A segunda acepção - Justiça como relação entre as reivindicações da sociedade e a resposta que lhes dê a norma -, nas palavras de Osvaldo Ferreira de Melo, forma o eixo em torno do qual gira a obra de Clarence Morris, "A justificação do Direito". A posição deste autor está fundada na seguinte teoria: "quanto mais satisfaça às genuínas e importantes aspirações da sociedade, mais justo será o sistema legal"²⁶⁰.

O problema dessa teoria, segundo Osvaldo Ferreira de Melo, é estabelecer os critérios que garantirão serem "genuínas e importantes" as aspirações da sociedade, respondendo a seguir que isso se dará através da pesquisa empírica sobre a consciência Jurídica social revelada pelas manifestações da opinião e pelas reivindicações concretas dos movimentos sociais²⁶¹.

²⁵⁹ MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁶⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 110.

²⁶¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 110.

Então, o político do direito, ao levar em conta tal realidade (genuínas aspirações sociais), estará justificando a norma posta ou a norma proposta²⁶².

Conforme Osvaldo Ferreira de Melo, a teoria de Morris apresenta três componentes inter-relacionados no processo de produzir a justiça, conforme afirmado por Osvaldo Ferreira de Melo: 1) a capacidade previsor do legislador, o que lhe dará segurança quanto à possibilidade de sua proposta funcionar ou não; 2) a boa-vontade no sentido de que a norma proposta seja de utilidade pública; 3) assegurar que jamais se imponham leis à comunidade, sem levar em conta as verdadeiras aspirações²⁶³.

A terceira concepção de justiça - Justiça como a correspondência entre o conhecimento científico sobre o fato (conhecimento empírico da realidade) e a norma em questão - é fundada nas decisões judiciais racionais que se fundam no conhecimento científico existente e que irá dar suporte não ideológico, mas científico à decisão justa.

Através dessa concepção, o juiz pode atuar "secundum legem", "preter-legem" ou mesmo "contra-legem", pois não se pode pretender imobilidade do operador jurídico, do juiz etc. frente à inércia do legislador que não toma iniciativa da ação necessária para extinção de norma superada por nova verdade científica. Desta forma, o juiz como um guardião do Direito poderá criar normas²⁶⁴.

Por fim, a quarta concepção - Justiça como legitimidade ética - está fundada no conteúdo ético da norma, ou seja, a norma posta em questão gerará sentimento de justiça e, portanto, terá

²⁶² MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 111.

²⁶³ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 111.

²⁶⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. pp. 112-113.

legitimidade, tanto mais quanto for seu conteúdo ético. Legitimidade esta entendida como algo que se harmonize com o sentido de moralidade aceito pela comunidade²⁶⁵.

Nesse sentido, Osvaldo Ferreira de Melo diz que "A Política Jurídica, vale insistir, tem sua preocupação básica não com o direito vigente, mas com o direito desejado. Sendo o conteúdo de uma norma um pressuposto para o juízo do justo, pode-se afirmar que não há justiça que não seja uma valoração ética²⁶⁶".

Como se fez observar, o valor deve ser o vetor na busca da ação possível, principalmente aqueles valores que a sociedade constrói histórico - culturalmente para guiar sua existência.

Mas, além do valor justiça, para a validade material da norma, há necessidade de um nexo também com o valor utilidade, pois mesmo que alguns entendam que o justo e o útil são antitéticos, Osvaldo Ferreira de Melo afirma que há nos sistemas jurídicos normas que realizam o valor justiça e normas que realizam o valor utilidade e, portanto, não há antítese entre tais valores. Como afirma este autor, a justiça não é a única idéia a ser realizada no Direito, pois há outras regras que, mesmo destituídas de conteúdo genético de natureza ética, evidenciam um fim prático e um valor subjacente, como no caso das normas de trânsito, daquelas de natureza organizacional, esportivas etc., e que interessam à Política Jurídica, pois mesmo indiferentes ao conteúdo de justo ou injusto têm sua importância no âmbito da regulação social ²⁶⁷.

Assim, segundo Osvaldo Ferreira de Melo, no que concerne às realidades sócio-culturais, ou seja, às atividades e experiências do cotidiano, esse valor "utilidade" pode e deve ser

²⁶⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 113.

²⁶⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. pp. 112-114.

²⁶⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 115.

considerado na elaboração, modificação ou revogação de uma norma, desde que se levem em conta as perspectivas de respostas a necessidades sociais²⁶⁸.

Numa crítica às doutrinas utilitaristas que negam ao direito um fundamento ético ou moral e reduzem a Justiça à utilidade, Osvaldo Ferreira de Melo acentua que a norma jurídica sob o aspecto do justo deve coexistir com o do útil, pois a norma jurídica deve responder a exigências diferentes das que se fazem às regras morais e por isso as noções de bem e de mal não coincidem necessariamente com as de justo e injusto e de útil ou inútil²⁶⁹. Antevendo eventuais problemas paradoxais, este autor diz que o conceito de utilidade social da norma terá então que ser examinado fora da linha clássica do utilitarismo tendo-se em vista sua pertinência com os objetivos da Política do Direito.

Pode-se, dizer, então, que o Direito justo é o Direito “desejado” e “útil”, devendo o Político do Direito adequar os fins do Direito de forma que este represente os valores e necessidades da realidade social, principalmente aquelas necessidades materiais capazes de assegurarem a subsistência do ser humano, ou seja, um Direito que seja capaz de fornecer meios para que o homem possa ter saúde, educação, moradia, lazer... e assim seja um homem livre, pois, como disse Alaôr Caffé Alves, uma pessoa só será livre se puder ter asseguradas as bases vitais de sua subsistência²⁷⁰.

Uma das realidades inegáveis é a de que o homem é um ser natural, entretanto, transcende esta naturalidade pela sua liberdade, embora esta nem sempre se faça presente. É que a sociedade, como conjunto de relações sociais, relações entre os homens, além de

²⁶⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 118.

²⁶⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 119.

²⁷⁰ ALVES, Alaôr Caffé; *As Raízes Sociais da Filosofia do Direito – uma Visão Crítica*. p. 91.

vínculos diretos entre pessoas, é sempre mediada por bens ou coisas e é nessa mediação que surgem os conflitos, os confrontos, enfim as contradições sociais²⁷¹.

3.5 A POLÍTICA JURÍDICA E SUA PRÁXIS REVELADORA

No estudo sobre os marcos teóricos da Política do Direito, Osvaldo Ferreira de Melo fornece legado insuperável e vetores para uma práxis reveladora do Direito desejável.

O primeiro vetor estaria vincado na busca de uma teorização sobre conciliação entre Política e Direito, entendida estas categorias num sentido ético-social, cujos conceitos deverão identificar-se com a idéia do justo e do legitimamente necessário, ambas em permanente reciprocidade²⁷².

Assim, nesse sinergismo, a Política Jurídica engaja-se, como afirmado por Maria da Graça dos Santos Dias, “na construção e reconstrução constante do Direito a partir de elementos fornecidos pela Sociologia Jurídica, pelos novos fundamentos (ético e estéticos) da Filosofia, bem como pelos conteúdos da práxis social e pelos elementos expressos no imaginário social da comunidade”²⁷³, propiciando, assim, a renovação e legitimação do Direito, caracterizando o segundo vetor de sua práxis.

Outro marco teórico e prático da Política do Direito dar-se-á na superação das teorias que fundamentam as técnicas de construção, interpretação e aplicação da norma, que, pela obstinada neutralidade axiológica, não têm produzido um Direito com conteúdo

²⁷¹ ALVES, Alaôr Caffé; *As Raízes Sociais da Filosofia do Direito – uma Visão Crítica*. p. 78-79.

²⁷² MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. *Temas atuais de política jurídica*, pp. 13-14.

²⁷³ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 83.

ético-social, justo e útil. Então, uma teoria de Política do Direito estaria a serviço, como afirma Osvaldo Ferreira de Melo, de um devir desejável, como proposta criativa aos desafios que forem surgindo²⁷⁴.

Continuando na exposição das conclusões no plano teórico e prático da Política do Direito, o autor citado afirma que a Política Jurídica caracteriza-se na práxis com um discurso de natureza prescritivo, comprometido com as necessidades sociais, sem descurar-se de aportes teóricos necessários à compreensão do fenômeno jurídico e do fenômeno social através da Ciência Jurídica, da Filosofia do Direito e a Sociologia Jurídica²⁷⁵.

Assim, para que a norma jurídica seja legitimada socialmente pelo seu conteúdo material e não apenas formal, Osvaldo Ferreira de Melo afirma que “no campo da práxis, a Política Jurídica se interessa pela norma desde a sua forma embrionária no útero social”²⁷⁶.

Com isso, segundo o autor, a busca da norma adequada deve passar por etapas seqüenciais a que chamou de momentos jurídico-políticos na produção da norma. O primeiro deles ocorreria na fase pré-normativa captada no imaginário social, através de uma investigação das necessidades e interesses sociais.

Captadas as necessidades e interesses sociais, num segundo momento o Político do Direito formaria sua convicção com base em um conteúdo racional e ético e, já num terceiro momento, proporia a norma que as convicções o impulsionaram, culminando, o quarto

²⁷⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas atuais de Política do Direito. p. 14.

²⁷⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas atuais de Política do Direito. p. 14.

²⁷⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas atuais de Política do Direito. p. 19.

momento, através da técnica legislativa, na cuidadosa arquitetura das normas propostas, através do uso de preceitos mais adequados²⁷⁷.

Vê-se, então, que o objeto da Política Jurídica vai muito além da Ciência do Direito apenas normativista, que tem como objeto o Direito Positivo, pois, conforme Kelsen, o objeto daquela é o direito que deve ser e de com deva ser²⁷⁸.

Segundo Osvaldo Ferreira de Melo,

[...] desde que o jurista assuma responsabilidades na construção de um direito melhor e mais adequado a responder às necessidades sociais, ele desempenha papéis de Política Jurídica, que podem ir de um simples aconselhamento até a responsabilidade por um projeto de reforma constitucional ou por uma sentença inovadora²⁷⁹.

Na concretização de seu objeto, a Política Jurídica constrói e reconstrói o Direito a partir de dados relativos a interesses legítimos manifestados no imaginário social (interesses e necessidades sociais), à consciência jurídica dos indivíduos, às suas raízes éticas, aos valores que oscilam em razão de novos costumes e tantas outras manifestações que formam todo um realismo axiológico²⁸⁰, para, em seguida, formar a convicção do Político do Direito (jurista, advogado, juiz, professor, parecerista, doutrinador, promotor...) a partir das constatações havidas na primeira fase e devidamente testadas com a realidade, a racionalidade e os fundamentos éticos²⁸¹, a fim de encontrar a norma mais adequada para entrar no mundo jurídico. Ultrapassadas essas duas primeiras fases, o Político Jurídico é impulsionado à práxis, com a

²⁷⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. p. 20.

²⁷⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. pp. 61-62.

²⁷⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. p. 28.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: proposta epistemológica para a política do direito*. p. 141.

²⁸¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. p. 20.

formalização da proposição como proposta de positivação de um direito que seja ético, solidário e justo e que atenda às necessidades e interesses sociais, tornando-se aquilo que a consciência e a razão dizem que deve ser, conforme ensinamento de Santo Isidoro de Sevilha, citado por Santo Tomás:

A lei deve ser honesta, justa, possível, conforme à natureza, apropriada aos costumes do país, conveniente ao lugar e ao tempo, necessária, útil, claramente expressa para que não se oculte nela nenhum engano, e instituída não para satisfazer algum interesse privado, mas para a utilidade comum dos cidadãos²⁸².

Essa concepção de lei em Santo Isidoro de Sevilha demonstra que a Política Jurídica cumpriria seu papel - talvez como a única possibilidade como ciência autônoma e prática - de possibilitar continuamente a renovação do Direito na fonte das mediações (realidade social) e faça nascer a norma jurídica, como alude Osvaldo Ferreira de Melo, matizada pelo sentimento e idéia do ético, do legítimo, do justo e do útil, num claro compromisso com as necessidades sociais²⁸³.

A atuação da Política Jurídica dar-se-á, conforme afirma Osvaldo Ferreira de Melo, em três dimensões, a epistemológica, a ideológica e a operacional²⁸⁴. Na dimensão epistemológica, a Política Jurídica adotaria postura crítica e desmistificadora da Ciência de “dever-ser”, opondo-se ao mito dos conceitos elaborados a partir do material normativo. Ela não fica presa ao método, mas prefere, como afirma o autor citado, a inserção do Direito na História, portanto na vida social, “redimensiona a visão tradicional das fontes do Direito, buscando, na consciência jurídica social e nas reivindicações dos movimentos e práticas

²⁸² S. Th., I-II, q.95, a.3. in: *apud* OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: proposta epistemológica para a política do direito*. p. 27.

²⁸³ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*. p. 20.

²⁸⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. p. 70.

sociais, fundamentos para seus juízos axiológicos"²⁸⁵. Na dimensão ideológica, a Política Jurídica, por primeiro, resgataria o conceito de ideologia como sistema aberto, com finalidade de orientar comportamentos e seleção de alternativas e em seguida, trabalharia com o conceito de utopia como ideologia que desconstrói paradigmas colocados em ambientes fechados e os reconstrói como devir desejados. Na dimensão operacional, a Política Jurídica age, faz, realiza uma idéia, um querer, cujos fins visarão à desconstrução de paradigmas que impossibilitam a criação de espaço para um ambiente de novas possibilidades justas, éticas e necessárias²⁸⁶.

²⁸⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. p. 70.

²⁸⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. pp. 71-72.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encontrar soluções para a criação de um Direito Justo, Ético e Útil é desafio premente da Ciência Jurídica. O atual Paradigma do Direito não privilegia a categoria “justiça”, afastando-se constantemente da realidade ético-social. Inebriada na questão da segurança jurídica e na manutenção do “status quo”, a Ciência Jurídica normativa, com seu método lógico-formal, não consegue ir além do Direito Positivo vigente, e em nome da cientificidade do direito, constrói um sistema lógico de conceitos, princípios e regras elaborados a partir da interpretação do material normativo.

Diferentemente da Ciência da Natureza, a Ciência Humana exige método próprio e específico, pois nos fenômenos naturais o método de abordagem refere-se à possibilidade de explicá-los, isto é, constatar a existência de ligações constantes entre fatos, deles deduzindo que os fenômenos estudados daí derivam, enquanto que nos fenômenos humanos se acresce à explicação o ato de *compreender*, isto é, o cientista procura reproduzir intuitivamente o *sentido* dos fenômenos, valorando-os²⁸⁷.

A ciência do Direito nasce a partir da exegética, com caráter eminentemente dogmático. Nessa época, conforme afirmação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, os juristas, tomando como base assentada os textos de Justiniano, passaram a dar a estes textos tratamento metódico através de técnicas explicativas usadas em aulas, sobretudo no *Trivium* - gramática, retórica e dialética. Era a interpretação dos textos, sendo que, do confronto entre o texto estabelecido e o tratamento explicativo, surge a Ciência do Direito com seu caráter

²⁸⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. p. 11.

eminentemente *dogmático*, portanto de Dogmática Jurídica enquanto processo de conhecimento, cujas condicionantes e proposições fundamentais eram dadas e predeterminadas por autoridade²⁸⁸.

Ultrapassada a fase da exegética, que se caracterizou também pela falta de sistematicidade, surge, no período denominado de jusracionalismo, as primeiras criações sistemáticas da moderna legislação, principalmente ao final do séc. XVIII, passando a Ciência da Exegese a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e os compêndios jurídicos.

O positivismo jurídico surge posteriormente, não somente como uma tendência científica, mas também como segurança da sociedade burguesa.

Em razão do início das grandes codificações ainda no século XIX, principalmente com a promulgação do Código Civil Napoleônico, a exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos, tendo surgido daí, na França, a “École de l’Exegese²⁸⁹.”

Percebe-se, então, que a partir daí o direito foi reduzido à lei, ou seja, autolimitando a Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e ao reconhecimento do monismo estatal na sua produção. Inicia-se aqui a preocupação de constituir séries conceituais, nas quais o jurista aparece como teórico do direito e procura ordenar os fenômenos a partir de conceitos gerais, cuja teorização nestes moldes têm como

²⁸⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. p. 21

²⁸⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. p. 32

característica a preocupação com a completude manifesta nos *tratados*, cujos conceitos e subconceitos têm caráter de perfeição²⁹⁰.

A ciência jurídica constrói-se, assim, como um processo de subsunção, dominado por uma dualidade lógica em que todo fenômeno jurídico é reduzido a duas possibilidades: ou é isto ou é aquilo, ou se encaixa ou não se encaixa²⁹¹.

Com a introdução da Teoria Pura do Direito, há libertação da Ciência Jurídica de qualquer elemento que lhe é estranho. Baseado apenas numa investigação lógico-descritiva, leva o *pensar dogmático* apenas a repetir fórmulas (normas) mecanicamente aplicadas através de meras “subsunções” silogístico-dedutivas²⁹², apartando-se, então, da justiça.

Em razão dessa neutralidade axiológica, o formalismo e o positivismo, marcas que caracterizam metodologicamente o pensamento jurídico moderno, passam a sofrer crítica, pois tal concepção passa a ser entrave de adequação do direito às necessidades e aos interesses sociais, principalmente ao se ter em vista que o direito, de natureza histórico-cultural, apresenta-se como o produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais, e na previsão de todos os casos materiais.

O positivismo jurídico, além de não admitir a presença de lacunas e sem meios para lidar com conceitos indeterminados e com proposições carentes de preenchimento com valorações, é inoperante perante a questão complexa e perante normas injustas. Falta, ao

²⁹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. p. 36.

²⁹¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A Ciência do Direito. p. 36.

²⁹² AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. p. 31.

positivismo, capacidade para, perante injustiças ou inconvenientes graves no Direito vigente, apontar soluções alternativas.

Assim, é que, a ciência jurídica já não mais fornece respostas satisfatórias aos novos desafios e, principalmente, solução satisfatória à resolução dos problemas surgidos das relações sociais e ou daqueles emanados do próprio caráter monístico de produção de normas de regulação social. A problemática agrava-se no âmbito da ciência jurídica quando se concebe como conhecimento legitimado apenas aquele conhecimento baseado no modelo cartesiano que separa o que é retórico do que é racional.

Uma nova visão de ciência jurídica se faz necessária, capaz de romper com o pensamento clássico de um modelo cartesiano de ciência que se baseia estritamente no método para a produção racional do conhecimento. Então, há necessidade de se remover estruturas rígidas a fim de levar a uma nova compreensão da realidade social, acentuando-se neste plasmar a questão da complexidade, as múltiplas relações e conexões entre as ciências na realidade da vida, em face de um homem concreto, na busca de seu papel diante dos outros e de seu mundo²⁹³.

Então, a Ciência Jurídica, que tem como objeto o Direito e este a norma, necessita de novos paradigmas de produção, interpretação e aplicação do Direito. Há necessidade de, num primeiro momento, quebrar-se o voluntarismo legislativo e, posteriormente, flexibilizar a Dogmática Jurídica e conscientizar o Político do Direito da necessidade de um Direito preocupado, não somente com o “dever ser”, com o Direito que é (ciência jurídica), mas também com o Direito que “deve ser” (Política Jurídica), superando-se a neutralidade científica

²⁹³ ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. p. 23.

aplicada à ciência jurídica, o que propiciará a busca de um sistema jurídico e de normas conformados com a justiça, sem olvidar-se da Filosofia e da Sociologia do Direito como integrantes do âmbito do Direito.

Esse novo viés não se dará através de uma ciência jurídica que não premie o fenômeno axiológico, pois o raciocínio lógico-dedutivo, ou demonstrativo implica que a passagem das premissas para a conclusão é necessária. No Fenômeno Jurídico nem sempre isso é verdadeiro.

Assim, a produção e aplicação do Direito há que se alicerçar nas necessidades sociais, pois, conforme Plauto Faraco de Azevedo, “Toda e qualquer concepção do direito em geral, e da hermenêutica em particular, que não deite raízes nas necessidades sociais, revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance”²⁹⁴.

Mesmo não negando que a investigação levada a efeito pela Dogmática Jurídica deva ser predominantemente lógico-descritiva, tal fato não pode servir de razão para um raciocínio ou estudo que deixe de fora do âmbito da investigação jurídica a dimensão crítico-valorativa ou as projeções sociais das normas jurídicas²⁹⁵. Essa superação lógico-descritiva se dará no âmbito da Política Jurídica, a qual se interessa pela norma desde seu primeiro estágio no útero social, tendo como preocupação maior os valores, fundamentos e consequências sociais da norma, para que nesta dimensão responda às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil ²⁹⁶.

²⁹⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. p. 15.

²⁹⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. p. 29.

²⁹⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. p. 19.

Nesse viés, há necessidade de uma nova hermenêutica de Direito apoiada em premissas diversas das que confeccionaram a leitura tradicional, inclusive que leve em conta a questão da complexidade, pois o Direito não abrange somente as leis, mas os fatos, os valores e as leis e, assim, sabe-se que a realidade dos fatos é extremamente complexa e, deixando a Ciência Jurídica de levar em conta esses múltiplos elementos, o resultado é a produção de normas injustas, afastadas da realidade humano-social. A questão da complexidade exige, inclusive, uma leitura interdisciplinar da realidade humano-social, sob pena de mutilar o conhecimento.

Em verdade, a questão da complexidade encontra-se em todos os lugares, em todas as realidades sociais, em todos os sistemas, em todos os pensamentos: então, pode-se afirmar, principalmente no âmbito da ciência jurídica, que a certeza e a completude jamais existirão e que todas as decisões somente se aproximarão do ideal de justiça se o raciocínio levar em conta a questão da complexidade e da dialógica do sistema, pois ignorar o pensamento complexo é agir de forma reducionista, é pensar simplificamente, é esquecer o pensamento dialógico, é ignorar a incompletude do conhecimento e do sistema, é ignorar a incerteza e o improvável, é privar o pensamento de ir além do Direito posto, de superar o discurso descritivo e comprometer-se, através de um discurso prescritivo, com as necessidades e interesses sociais.

Só o pensamento complexo evitaria as simplificações que os tipos de pensamento mutilante adotam, pois somente ele – pensamento complexo - tende para o conhecimento multidimensional.

Desta forma, o positivismo jurídico, a ciência jurídica concebida por Kelsen, tomando como único objeto o Direito Positivo, afasta-se do ideal de justiça. Assim, há necessidade de um novo paradigma para o Direito, que leve em conta a questão da

complexidade da realidade e do pensamento, bem como da incompletude do sistema, que admita que as verdades serão sempre situadas no espaço-tempo-realidade.

É preciso, então, pensar o complexo como forma de evitar as simplificações, aspirar à complexidade para se chegar a um pensamento multidimensional que assegure a justiça, não apenas através do Direito Positivado, mas aquela justiça, como afirma Maria da Graça dos Santos Dias, relacionada à vida social, à vivência comunitária, ao modo de ser e estar-junto-com-o-outro-no-mundo²⁹⁷.

Assim, a perspectiva histórica imprime a necessidade de um paradigma de um Direito novo, fundado nas proposições da Política Jurídica, que tem por objetivo a construção da Norma Justa.

A preocupação com o (re)pensar o atual paradigma do Direito orientou esta pesquisa na identificação de um modelo de Ciência Jurídica que leve em conta a realidade social e a complexidade destas relações, cujas conclusões apontaram para a Política Jurídica como legado insuperável para uma práxis reveladora do Direito desejável, pois ela engaja-se, como afirmado por Maria da Graça dos Santos Dias, *"na construção e reconstrução constante do Direito a partir de elementos fornecidos pela Sociologia Jurídica, pelos novos fundamentos (ético e estéticos) da Filosofia, bem como pelos conteúdos da práxis social e pelos elementos expresso no imaginário social da comunidade"*²⁹⁸, propiciando, assim, a renovação e legitimação do Direito.

Ainda, no âmbito da Política do Direito, dar-se-á a superação das teorias que fundamentam as técnicas de construção, interpretação e aplicação da norma que, pela obstinada neutralidade

²⁹⁷ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 72.

²⁹⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. p. 83

axiológica, não têm produzido um Direito com conteúdo ético-social, justo e útil.

Por fim, no plano teórico e prático, a Política Jurídica caracteriza-se na práxis como um discurso de natureza prescritivo, comprometido com as necessidades sociais, sem descurar-se de aportes teóricos necessários à compreensão do fenômeno jurídico e do fenômeno social através da Ciência Jurídica, da Filosofia do Direito e da Sociologia Jurídica²⁹⁹.

O presente estudo demonstra que o objeto da Política Jurídica vai muito além da Ciência do Direito apenas normativista - que tem como objeto o Direito Positivo -, pois a preocupação é com o direito que deve ser e de como deva ser.

Na concretização de seu objeto, a Política Jurídica constrói e reconstrói o Direito a partir de dados relativos a interesses legítimos manifestados no imaginário social (interesses e necessidades sociais), à consciência jurídica dos indivíduos, às suas raízes éticas, aos valores que oscilam em razão de novos costumes e tantas outras manifestações que formam todo um realismo axiológico³⁰⁰, para, em seguida, formar a convicção do Político do Direito (jurista, advogado, juiz, professor, parecerista, doutrinador, promotor...) a partir das constatações havidas na primeira fase e devidamente testadas com a realidade, a racionalidade e os fundamentos éticos³⁰¹, a fim de encontrar a norma mais adequada para entrar no mundo jurídico. Ultrapassada essas duas primeiras fases, o Político Jurídico é impulsionado à práxis, com a formalização da proposição como proposta de positivação de um direito que seja ético, solidário e justo e que atenda às necessidades e interesses

²⁹⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. p. 14.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: proposta epistemológica para a política do direito*. p. 141.

³⁰¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. p. 20.

sociais, tornando-se aquilo que a consciência e a razão dizem que deve ser.

O estudo aqui é uma contribuição inicial à continuidade da pesquisa, pois concluiu-se que a Política Jurídica é a única possibilidade, como ciência autônoma e prática, de continuamente renovar o Direito na fonte das mediações (realidade social) e criar a norma jurídica matizada pelo sentimento e idéia do ético, do legítimo, do justo e do útil, num claro compromisso com as necessidades sociais.

Assim, a Política Jurídica, por estar além da Ciência de "dever-ser" (normativa) e ir além da Ciência Jurídica apenas descritiva, axiologicamente neutra (avaliativa) e prática, por estar comprometida com o direito que deva ser, traduz-se na possibilidade real de construção de um novo Paradigma do Direito.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALVES, Alaôr Caffé; LAFER, Celso; GRAU, Eros Roberto; COMPARATO, Fábio Konder; TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O que é a Filosofia do Direito?* Barueri, SP: Manole, 2004.

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

ARONE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: Teorias da argumentação jurídica*. Título original: *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicações do direito e contexto social*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. 5. reimp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. São Paulo: Ícone, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *in Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 3. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 750756/RS. Ministro Luiz Fux. Disponível em: < http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=750756&b=ACOR>. Acesso em: 09 dez. 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CUNHA, José Ricardo Ferreira. *Direito e estética: fundamentos para um direito humanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A justiça e o imaginário social*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e Pós-Modernidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Volume 11, n. 1 –jan-jun 2006, p. 103-115.

DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GALVES, Carlos. *Manual de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GASTON Bachelard. *Navegando na filosofia*. Disponível em: <<http://afilosofia.no.sapo.pt/10bachelard.htm>>. Acesso em: 09 dez. 2006.

GILISSEN, John. *Introdução história ao Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. *O que é justiça*. Título original: *What is justice?* Tradução Luiz Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *Filosofia da política jurídica: proposta epistemológica para a política do direito*. Itajaí : UNIVALI, 2001.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Tratado da conseqüência: curso de lógica formal: com dissertação preliminar sobre o conhecimento humano*. 6. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

VASCONCELLOS, Mara José Esteves de. *Pensamento sistêmico: O novo paradigma da ciência*. 4. ed. São Paulo: Papyrus, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito: A epistemologia jurídica da modernidade*. v. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. De Tércio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)