

**ANÁLISE SOCIOLÓGICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA:
A DOGMÁTICA COMO EPISTEMOLOGIA,
COMO DOUTRINA E COMO IDEOLOGIA**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

**ANÁLISE SOCIOLÓGICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA:
A dogmática como epistemologia, como doutrina e como ideologia**

**DISSERTAÇÃO SUBMETIDA A UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM CIÊNCIAS SOCIAIS
ESPECIALIDADE EM DIREITO**

ILDEMAR EGGER

Florianópolis, 05 dezembro de 1983.

**ESTA DISSERTAÇÃO FOI JULGADA ADEQUADA PARA A OBTENÇÃO DO
TÍTULO DE MESTRE EM CIÊNCIAS SOCIAIS – ESPECIALIDADE EM DIREITO E
APROVADA EM SUA FORMA FINAL PELO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

Prof. Dr. PAULO HENRIQUE BLASI
Coordenador do PPGD

Prof. Dr. OSNI DE MEDEIROS RÉGIS
Orientador

Prof. Dr. LUIS ALBERTO WARAT
Co-orientador

**APRESENTADA PERANTE A BANCA EXAMINADORA COMPOSTA PELOS
PROFESSORES:**

Prof. Dr. OSNI DE MEDEIROS RÉGIS

Prof. Dr. LUIS ALBERTO WARAT

Prof. Dr. RONAI PIRES DA ROCHA

***“Reivindico viver plenamente a
contradição do meu tempo, que
pode fazer de um sarcasmo a
condição da verdade.”***
BARTHES, Roland. Mitologias.

R E S U M O

Propusemo-nos efetuar um contradiscurso da dogmática jurídica que possibilitasse a explicitação do caráter político dos seus fundamentos.

Dessa maneira, o centro de gravitação teórico deste trabalho foi a discussão sobre as possibilidades de transformação do discurso autoritário da dogmática jurídica em um discurso democrático.

Para isso, procuramos diagnosticar os pressupostos gnoseológicos que a dogmática jurídica utiliza sem reconhecer, transformando-os em razões (estereotipadas) que a racionalidade dogmática reconhece como condição de sua própria existência.

Dessa forma, surge um imaginário gnoseológico criador das condições autoritárias do saber jurídico, convertendo a segurança da ciência em discursos (monológicos) que disciplinam e atomizam os homens, transformando-os em sujeitos sem autonomia.

A guisa de conclusão, tentamos construir uma trajetória sócio-político-jurídica (intertextual) que produzisse condições para a substituição desse discurso autoritário por um saber (polifônico) que, sem dogmas e sem autoritarismos, auto-reflexione mais sobre suas possibilidades emancipatórias, que pelas razões que o possam auto-fundamentar como conhecimento insuspeito.

Colocamo-nos, assim, frente a uma dogmática jurídica subvertida em uma “contradogmática”.

Em suma, visamos uma trajetória que permita a reinvenção da dogmática jurídica que, como limite ao totalitarismo, seja uma invenção democrática.

R É S U M É

Nous nous sommes proposés d'effectuer un contrediscours de la dogmatique juridique en vue de la possibilité d'explicitier le caractère politique de ses fondements.

De cette façon, le centre de gravitation théorique de ce travail a été la discussion sur les possibilités de transformation du discours autoritaire de la dogmatique juridique dans un discours démocratique.

Dans ce but, nous avons essayé de diagnostiquer les presupposés gnoséologiques dont la dogmatique juridique se sert, sans les reconnaître, en les transformant en des raisons (stéréotypées) que la rationalité dogmatique reconnaît comme condition de son existence même.

Ainsi, il naît un imaginaire gnoséologique créateur des conditions autoritaires du savoir juridique, en convertissant la sécurité de la science en des discours (monologiques) qui disciplinent et atomisent les hommes, en les transformant en des individus sans autonomie.

En guise de conclusion, nous avons essayé de construire une trajectoire socio-politico-juridique (intertextuelle) qui produise des conditions pour la substitution de ce discours autoritaire par un savoir (polyphonique) qui, sans dogmes et sans autoritarismes, auto-réfléchisse plus sur ses possibilités émancipatrices que sur les raisons qui le puissent autofonder comme connaissance insoupçonnée.

De cette manière, nous nous sommes placés en face d'une dogmatique juridique subvertie en une « contredogmatique ».

En somme, nous avons visé une trajectoire qui permette la réinvention d'une dogmatique juridique qui, comme limite au totalitarisme, soit une invention démocratique.

S U M Á R I O

INTRODUÇÃO.....	1
Capítulo I – FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	9
Capítulo II – O POSITIVISMO LÓGICO COMO CRENÇA GNOSEOLÓGICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	29
Capítulo III – O POSITIVISMO JURÍDICO COMO SUPORTE GNOSEOLÓGICO- POLÍTICO DA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	50
Capítulo IV – ANÁLISE DA DOGMÁTICA JURÍDICA PELA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO.....	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS: para um pensamento contradogmático.....	96
BIBLIOGRAFIA.....	110

INTRODUÇÃO

“Nada le parece perfecto, todo problema queda abierto, sin proporcionar la menor alusión a una solución definitiva.”
MIKHAIL BAKHTINE (falando de Dostoievski)

O candidato a Mestre encontra-se em uma situação bem mais embaraçosa que a da centopéia, que, antes de começar a andar, tem dúvidas sobre qual dos “pés” moverá primeiro; para ele, o âmbito de dúvidas supera amplamente a problemática da ordem do movimento dos pés, uma vez que, ignora quantos tem e se em realidade os tem, ainda e em todo caso, não sabe se com eles pode andar ou mesmo se o andar o levará a algum lugar.

Na fábula da centopéia, diz-se que ela perdeu a capacidade de andar quando alguém lhe perguntou qual dos pés movia primeiro. A pergunta, falam alguns glosadores da fábula, foi feita por um metodologista que desejava melhorar a capacidade de marcha da comunidade das centopéias.

Sinto-me, agora, como uma centopéia, interpelado por uma epistemologia em crise, que me propõe simultaneamente refletir a relação: “caos-forma”. Surgem dúvidas que, da mão de Castoriadis, me fazem planar sobre Descartes e Kant e me depositam perto de Sócrates.

O mundo moderno, diz Castoriadis¹, *“está atormentado por um delírio sistemático”* e quando descobrimos o poder de dominação desse delírio ficamos como a “centopéia” – paralisados.

Meus objetivos iniciais nesta Dissertação de Mestrado foram os de falar da dogmática jurídica, deslocando o foco de minha atenção da doutrina tradicional para uma abordagem sócio-semiológica que, acreditava, iria revitalizá-la; porém, com um olhar epistemológico mais consistente logo percebi que iria entrar em um delírio sistemático; compreendi com Castoriadis que a obsessão de racionalidade constitui um imaginário em segundo grau que nos infantiliza.

** Em virtude do caráter explicitativo da presente introdução, optei pelo emprego verbal na pessoa íntima, ou seja, na primeira pessoa do singular, utilizando, por me parecer mais coerente, seu sentido plural no trabalho propriamente dito.

¹ CASTORIADIS. A instituição imaginária da sociedade. Rio de Janeiro: Paz e Terra. P.188.

Optei, então, em fazer a viagem pelos “infernos” da razão, buscando encontrar o que o mencionado autor chama “*a significação central do imaginário*”, para, desse modo, perceber as relações desse imaginário com o imaginário da dogmática jurídica e, assim, tentar descobrir as possibilidades de uma dogmática jurídica que, auto-compreendendo a razão histórica de seus dogmas, possa servir para a instauração de uma legalidade democrática, ou ainda, de uma dogmática jurídica que venha perder a sua hegemonia quando entra em correlação com as significações jurídicas inscritas na ação social.

Um signo ou um discurso analiticamente tem suas condições de possibilidade de existência espelhando-se em outros signos ou discursos. A isto se dá o nome de intersemiose. Assim, esta pesquisa, sob a forma de uma travessia labiríntica (intersemiótica), ela própria dialógica; uma vez que, soube-se de onde partir, mas, os pontos de chegada repropõem as indagações iniciais com outros estudos que precisam ser deflagrados.

Por outro lado, sinto-me também como a centopéia, paralisado, pois, com o que escrevo vou tentar passar em um Exame, para, dessa forma, obter o grau de Mestre. O direito a intitular-me Mestre; subindo, assim, um degrau na “pirâmide” institucionalmente hierarquizada do saber jurídico, degrau este que poderíamos chamar de “o grau zero universitário”. O início de uma trajetória como produtor desse saber e não mais como reproduzidor e/ou consumidor.

O referido Exame é uma cerimônia de objetivação, onde, para ter-se no futuro o direito a ser sujeito do saber, precisa-se demonstrar – com este texto – haver sido objeto do saber.

Porém, qual dos “cem” saberes devo mostrar?

A tese de mestrado deve ser sempre uma extensão do saber dos outros e, portanto, um saber sem autonomia². O olhar da Banca Examinadora é um olhar direcionado para além do discurso presente. É uma interpelação, sobretudo ao que ao texto está faltando, à intertextualidade, ao mosaico de citações anônimas, que se supõe que de algum modo deveriam figurar como citações expressas.

Este Exame é, portanto, um exercício de perda da singularidade, onde não existe muito lugar para a “invenção” ou, como diria Barthes, “*para o diálogo das escrituras*”.

² Estou usando o termo autonomia no sentido que lhe atribui Castoriadis. Op.cit., como um conhecimento que não deixa que o sujeito seja falado pelo saber dominante na sociedade.

Razão pela qual, procurei ajustar-me ao estilo tradicional da linguagem acadêmica, reservando, para as Considerações Finais e para esta Introdução, um espaço de autonomia e invenção, em relação ao discurso que construí no corpo de trabalho.

Assim, o texto, como um todo, pretende ser um espaço aberto – dialógico – para novas escrituras, entrando na categoria dos textos escritíveis e não dos apenas legíveis³ - como são os textos que pretendem construir a única interpretação válida do mundo.

2. Uma das minhas principais preocupações foi a de trazer à luz os pressupostos gnoseológicos de que a dogmática jurídica se utiliza, sem reconhecer, transformando-os, pois, em razões que a racionalidade dogmática desconhece como condição de sua própria existência. Deveríamos, então, falar dos pressupostos gnoseo-mito-lógicos.

Certamente, vivemos em um momento de profundas ambigüidades nas ciências sociais, por isso, privilegiar um marco teórico é, em última instância, uma opção política. Pensar em um método que funcione como uma “lei de ferro” para a ordem interna de um discurso é optar por um saber disciplinar. E, nessa altura, surge-me a seguinte questão: “Como, então, fazer andar a centopéia?” “Como encontrar um critério orientador que, ao menos, melhore um pouco a sua capacidade de marcha?”

Para isso e utilizando de uma certa discricionariedade, escolhi algumas “luzes”⁴, que acrescidas aos ensinamentos recebidos neste Mestrado⁵, formaram um conjunto de vozes que comandaram o trabalho e serviram de atmosfera metodológica, pois, deliberadamente, decidi assumir a crise do método e optei por não tyranizar-me pelas regras de conhecimento das propostas metodológicas canozinadas. Razão pela qual, o presente trabalho não pode ser etiquetado, metodologicamente, nem como fenomenológico, nem como positivista, nem como estruturalista, nem tampouco pode ser lido tentando preencher seus silêncios a partir do materialismo histórico. Enfim, ele não se dilui em “ismos” teóricos.

Trata-se de uma pesquisa onde método e objeto refletindo-se, descobrem-se criativamente. O marco teórico deve, assim, ser entendido como uma estratégia básica de “leitura intertextual”.

³ BARTHES. R. Iniciação e Debates, por Guy de Mallaç e outro. São Paulo: USP, 1977. p.100.

⁴ Warat, Castoriadis, Lefort, Habermas, Barthes, Vernengo, Miaille, entre outros.

⁵ Osni de Medeiros Regis, Luis Alberto Warat, José María Gómez, Luiz Fernando Coelho, Osvaldo Ferreira de Melo, para citar unicamente os mais intimamente ligados aos objetivos desta pesquisa.

Enquanto tal, operei, deliberadamente, com um mosaico de fragmentos textuais. Isto equivale a dizer que conscientemente realizei a margem de textos e autores, salientando os aspectos que mais diretamente abordavam o objeto da pesquisa em questão, iluminando-o ou negando-o. O objetivo seria, talvez, permitir que o “*corpus*” da pesquisa se complementasse dialeticamente⁶. Ou seja, soube de onde partir, mas, os resultados buscados são, ainda, indagações.

3. Uma pesquisa é como um “iceberg”, muitas das idéias que a fundamentam não aparecem na superfície textual de sua escrita; sempre foi tarefa dos leitores descobrirem a parte submersa de toda escritura; e, para isso, pensando nos leitores potenciais, mantive uma tradição acadêmica com a qual se polícia o que se poderia chamar: “a exportação selvagem dos conceitos”. A mistura espúria de paradigmas desorienta o leitor que sempre vive a criatividade, em parte, como incoerência da razão.

Contudo, as vozes do nosso tempo são outras. Os sociólogos e antropólogos começam a refletir sobre as possibilidades de uma sociologia escrita em um estilo cada vez mais próximo ao cotidiano, ao folclore e à cultura popular, inspirando-se, um pouco, em um tipo de literatura que, recuperando essas dimensões (folclóricas), mostra mais as dimensões dramáticas das verdades cotidianas que as buscas dos “*aprioris*” do “*cogito*”⁷.

Tomando como base teórica os estudos de Mikhail Bakhtin⁸, pode-se dizer com Warat que atualmente precisamos, inspirando-nos na literatura, inventar uma epistemologia “polifônica” que se configura como aquela que sofre direta ou indiretamente a influência do processo estruturante do cotidiano, tentando ser a antítese da epistemologia clássica.

Assim, a epistemologia polifônica, seguindo a proposta semiológica de Bakhtine (apoiando-se estrategicamente no diálogo socrático, na sátira menipéia e no gênero carnalizado), inverteria todas as categorias lingüísticas, privilegiando as categorias que a semiologia clássica desprezou para criar as possibilidades da leitura plural do mundo e do

⁶ Entendemos por dialética um jogo de teses e antíteses, ambivalentes e ambíguas, cujas sínteses são polifônicas, ou seja, falamos não de uma dialética do singular, mas sim, de uma dialética dos sentidos plurais.

⁷ BARTHES, R. *Critica y Verdad*. México: Siglo XXI, 1978. p.38.

⁸ BAKHTINE, Mikhraíl. *A poética de Dostoievski*. Problemas da poética de Dostoievski. La cultura popular en la edad media y renacimiento. Citados por GONÇALVES, Robson Pereira. Macunaíma: carnaval e maladrage. Santa Maria: Imprensa Universitária, 1982. Cap.III. p.19 e ss.

saber. Seria, consoante Warat, “*uma epistemologia fundada em uma lógica das ambivalências, a ser construída.*”⁹

A epistemologia polifônica privilegia as palavras dialógicas, em contraste com a epistemologia tradicional que se constitui com palavras monológicas.

As palavras monológicas, segundo Bakhtine¹⁰, caracterizam-se por estarem orientadas para um objeto e apenas a ele e, por estarem representadas quando objetivadas (como, por exemplo, o discurso dos personagens nos romances monológicos, onde não existe a autonomia da voz). Enquanto as dialógicas caracterizam-se quando o leitor utiliza a palavra do autor para fins pessoais e a dota de uma nova orientação sem que ela perca a original. A palavra torna-se, então, dupla.

O discurso monológico não é outra coisa senão o modo irredutível de uma cultura manifestar-se como identidade, como sistema organizado ortodoxo e monovalente. Esse discurso reduz o receptor à instância passiva de decodificador da mensagem que se apresenta organizada, definitiva e com força ou forma de lei. Enquanto que, o discurso dialógico, para Bakhtine, formula a teoria do texto sobre o texto, por se dirigir a um diálogo onde se cruzam, polifonicamente, as vozes do enunciador e do enunciado, mescladas à voz do receptor na sua adequação textual e operados pelo texto que se transforma em cena, onde o significado se monta e desmonta, para, enfim, transgredir-se.¹¹

A epistemologia será polifônica na medida em que produza uma concepção desierarquizada do saber, transferindo-o para uma zona de contato livre e familiar do nosso cotidiano. Ele é uma desmistificação do caráter elitista do saber e uma reivindicação dos caracteres de racionalidade da cultura cotidiana.

A característica fortemente marcante da ‘epistemologia polifônica’ é sua pluralidade de vozes, de consciências autônomas.

A narrativa polifônica apresenta uma participação múltipla de vozes e estilos, havendo, por isso mesmo, uma simultaneidade de pontos de vista sobre o mundo.

Portanto, reconhece uma condição fundamental indicada por Warat, como possibilidade para uma ciência jurídica a serviço da democracia, ou seja, *a aceitação do caráter plural da teoria e da práxis*. E, essa condição se realiza mediante uma estratégia

⁹ WARAT, Luis Alberto. texto de aula da Disciplina Teoria da Argumentação Jurídica, do 2º Trimestre de 1983.

¹⁰ BAKHTINE, Mikhrail. La poétique de Dostoievski. Paris: Seuil, 1970. p.259/260, citado por Robson P. Gonçalves, op. cit.

¹¹ GONÇALVES, Robson Pereira. Op. cit.

dialógica que gera um espaço de ruptura do oficial e da ordem (criando uma dialética da ordem e da desordem)¹².

Creio que agora se pode compreender melhor as razões que me levaram a recusar reducionismos na minha linha de pesquisa, ela também, em certo sentido, é uma narrativa polifônica, *i.é.*, portadora de múltiplas vozes.

4. A preocupação central na presente pesquisa foi, então, a discussão sobre as possibilidades de transformação de um discurso autoritário em um discurso democrático. Para isso, tive que indagar as razões que a própria razão jurídica desconhece e que dizem respeito a sua natureza política.

Surge, dessa maneira, um conhecimento-desconhecimento que funda as condições autoritárias do saber jurídico, que converte em segurança da ciência, quando esta se encarna como atividade social, em discursos (monológicos) que disciplinam e atomizam os homens, transformando-os em sujeitos sem autonomia.

Inicialmente, examinei as raízes que, desde a teoria do conhecimento clássico, fundamentam a racionalidade da dogmática jurídica dominante. Ocupei-me, assim, no início, de Kant, Hegel e Durkheim, procurando a seguir com Weber, analisar alguns caracteres do direito na sociedade moderna.

Logo, tentei estabelecer as relações do denominado positivismo lógico, com a dogmática jurídica. Com ele, a dogmática jurídica consegue despreocupar-se da natureza ontológica do direito, situando sua problemática no território das linguagens. Em geral, podemos dizer que, a coerência sintática da dogmática jurídica, no nível de sua teoria geral, dependeu das conquistas do positivismo lógico.

Como podemos notar, Hume está presente na distinção kelseniana entre normas e regras do Direito; Frege é o suporte da teoria da realidade desse autor; Hart, por sua vez, revitaliza a Jurisprudência Analítica, a partir da Filosofia da Linguagem Ordinária; Ross, reinterpretando, falaciosamente, a concepção semântica de sentido, fundamenta a unidade do sistema normativo no conjunto das decisões judiciais.

¹² A respeito de ‘dialética da ordem e da desordem’, v. Robson P. Gonçalves, op. cit., Cáp. IV, “A dialética da malandragem”.

Sendo que, neste texto, entendemos por dialética um jogo de teses e antíteses, ambivalentes e ambíguas, cujas sínteses são polifônicas, ou seja, falamos não de uma dialética do singular, mas sim, de uma dialética dos sentidos plurais.

Com o neopositivismo reforçou-se também o ceticismo ético, situando os juízos morais no terreno das especulações metafísicas, negando autoritariamente sua dimensão material como mola propulsora dos acontecimentos. Com ele, as condições transcendentais do conhecimento são redefinidas como condições de possibilidades do método, deslocando-se, também, a problemática da consciência para a investigação das condições de possibilidade do discurso. Substitui-se, desse modo, as condições transcendentais por condições semânticas e, o espírito objetivo pela pesquisa institucionalmente organizada.

Analisando, a seguir, o positivismo jurídico como suporte gnoseológico-político da dogmática jurídica, indiquei duas formas de positivismo, uma que procura uma apresentação analítica cada vez mais sofisticada de uma teoria da norma e do ordenamento jurídico, e, outra, preocupada em conseguir a justificação retórica de suas decisões políticas, travestidas em discursos racionais; utilizando-se da primeira postura para contrabandear, com as bandeiras da lógica, o jusnaturalismo, aparentemente rejeitado; já, na segunda corrente, situa-se a dogmática jurídica como uma versão jusnaturalista do positivismo jurídico.

Criam-se, dessa forma, as possibilidades de uma reflexão valorativa sobre o Direito, as possibilidades de implementação da dogmática jurídica, como diz Warat, de ser a versão contemporânea dos sistemas de normas morais.

Finalizando, procurei ver o enfoque que, da dogmática jurídica, apresenta a corrente autodenominada teoria crítica do Direito.

Todos esses caminhos reflexivos, precedentemente narrados, permitiram-me propor, a maneira de conclusão, uma quebra do autoritarismo da dogmática jurídica, desde sua perspectiva de uma sociologia política (intertextual) comprometida com a democracia.

Destarte, trata-se de uma pesquisa baseada em uma crença epistemológica que assume a teoria como uma dimensão de mediação política que autofundamenta e exprime, ao mesmo tempo, parte das significações impressas nos acontecimentos sociais.

O texto resultante pretende ser um discurso dialógico. Ele é, apesar dos interditos do exame acadêmico, um convite para concretizar o ‘nós’ que explícita ou implicitamente enuncia; uma vez que, um texto aberto deve ser concebido como um território de encontro (elaboração e/ou luta), um espaço de produção de outros textos possíveis.

I – FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA DOGMÁTICA JURÍDICA

*“A pureza está na forma de mirar, não na coisa mirada”
[...] “A pureza limita-se ao que se pode dizer com as
categorias racionais.”*

Juan Enrique Serra.

Propusemo-nos analisar, de início, o que poderia ser visto como os fundamentos filosóficos da dogmática jurídica. Acreditamos que a busca de tais fundamentos nos forçará a falar dos fundamentos filosóficos do positivismo jurídico, já que a dogmática jurídica é quase pacificamente considerada como uma forma (pervertida) de manifestação da ampla corrente do positivismo jurídico.

Para isto, procuraremos analisar alguns aspectos do problema do Direito como foram vistos pelos filósofos que dele têm tratado e que poderiam representar certas posições que os juristas e os filósofos chamam ‘positivismo’ sem saber muito bem se cada um está designando a mesma coisa com a mesma expressão.

Escolhemos, para tal, Kant, Hegel e Durkheim. A escolha de Kant poderia, a primeira vista, causar certa surpresa, mas, contra o que comumente se crê ele representa o positivismo tal como é concebido por algumas das formas de manifestação do positivismo jurídico¹³ e poderíamos dizer que Kant constitui o núcleo filosófico amorfo do ‘positivismo dogmático’. Hegel, por sua vez, foi o melhor crítico e o melhor realizador da filosofia kantiana. Muitos vêem nele o precursor do positivismo de que logo falaria Durkheim, ‘positivismo’ no sentido que usam os filósofos e que muitos juristas chamam ‘sociologismo jurídico’

2. Para explicitar, breve e esquematicamente, a concepção kantiana do Direito partiremos de sua conhecida oposição entre a legalidade e a moralidade. Assim, para Kant uma ação é legal quando a conduta do sujeito está em conformidade com a lei, sem tomar em conta o motivo o motivo da ação, a intenção ou o fim que se busca, obedece-se a lei conforme seu texto. E, uma ação é moral quando não só tem conformidade externa com a lei, mas sim, quando o respeito à lei ou ao dever constitui o único motivo da ação. Esta idéia kantiana, sem dúvida, pode ser vista como uma parte da racionalidade subjacente ao sentido ideológico do

¹³ Lembremos de Kelsen.

positivismo jurídico¹⁴. Destarte, legalidade não significa moralidade. Um homem pode ser legal por sua conduta externa, mas, imoral por suas motivações internas. Esta é uma distinção que nos coloca no ímo da filosofia moral kantiana.

O sistema objetivo de normas a que o homem social se vincula restringe sua liberdade partir de uma coercibilidade tornada obrigatória, de tal modo que direito e faculdade de obrigar são uma mesma coisa. Os juristas, como os concebe Kant, são aqueles que buscam as normas não na razão, mas sim no ordenamento vigente.

Assim, consoante Vernengo¹⁵, as normas jurídicas “[...] serían las impuestas al sujeto por un legislador externo; su obligatoriedad no proviene de ser el obligado el propio autor de la norma, sino de ser impuesta por una autoridad externa. Se dice que las normas jurídicas son heterónomas: estatuidas por alguien distinto al obligado”.

Desse modo, não se pode pedir-lhes, legitimamente, que provem a verdade e o bom funcionamento das normas jurídicas, nem que as defendam contra as objeções da razão. Pois, sobretudo, são normas que fazem com que uma coisa seja justa; entretanto, a investigação sobre se estas normas são justas é uma questão que os juristas devem negar-se de colocar, como contrária ao bom senso¹⁶.

Como disse Gioja¹⁷

“El científico del derecho en lugar de trabajar sobre las valoraciones de conductas coercitivas que constituyen el derecho cotidiano, trabaja sobre significaciones teóricas de un deber ser neutro a todo valor de esas conductas. Y así, por ejemplo, si una norma jurídica precientífica, teóricamente expresada, nos habla que encarcelar de 8 a 25 años al que matare a otro, es debido, en el sentido de que es valioso (bueno, justo, santo *etc.*), después de la idealización la norma resultante, teóricamente expresada, nos hablaría que, encarcelar de 8 a 25 años al que matare a otro es debido, pero este último predicado no contendría ahora referencia axiológica alguna”.

Desta forma, podemos dizer com Gioja que, a dogmática jurídica, desde sua origem, foi sempre guiada pelo ideal de “pureza” e, ainda que o referido autor aceite a possibilidade de significação de um “dever ser” neutro a valores, bem como, a hipótese de transformação de toda norma jurídica pré-científica em norma jurídica científica - idealizada - é justamente essa pretensa neutralidade que tem impedido a realização plena da “dogmática jurídica”.

¹⁴ No que concerne ao positivismo jurídico ver, principalmente, o Capítulo III, deste trabalho.

¹⁵ VERNENGO, Roberto J. Curso de teoría general del derecho. Buenos Aires: Eudeba, 1976. p.138.

¹⁶ Estamos reproduzindo aqui o pensamento de Kant a partir da leitura que dele fez Kelsen.

¹⁷ GIOJA, Ambrosio L. Ideas para una filosofía del derecho. Tomo I. Buenos Aires: Didot, 1973. p.68-69

O sistema de normas morais encontra-se fundado em princípios “a priori”. Razão pela qual, para Kant, deveria ser o que efetivamente governasse não só a motivação interna, como também a conduta externa das pessoas, a fim de que estas fossem não só legais, mas também morais, para que, assim, o homem possa construir não um “Estado de Direito” (o que, nem sempre por isso é legítimo), mas sim, um “Estado Ético”, no qual cada homem se legisla a si mesmo e cumpre seu dever (racional) sem necessidade de autoridade pública (de coação externa).

O verdadeiro legislador, consoante Kant, é a razão, ou, ao menos, deveria sê-lo. É ela quem deve formar um Estado, ou melhor, uma comunidade humana na qual o homem obedeça a princípios emanados de sua própria racionalidade. A experiência ou a ciência empírica do direito de nada serve para conhecer o que é o Direito. Para saber o que é o Direito, declara Kant, não devemos acudir à história. Ela nos diria o que prescrevem ou o que prescreveram as leis de determinado lugar ou tempo. Mas, a questão de saber se o que prescreveram estas leis é justos, a questão de se encontrar um critério geral por cujo meio possam-se reconhecer o justo e o injusto nunca poderá ser resolvida, a menos que se deixe de lado esses princípios empíricos e se busque esses juízos só na razão.¹⁸

Cabe observar, como disse Rocha¹⁹, que “a distinção entre legalidade e moralidade, conduz a uma condenação moral da sociedade”. A moralidade aparece como um “dever ser”, como um imperativo categórico que o homem deve cumprir, mas que nunca pode chegar a ser efetivo. Por isso, o homem deve contar com representações míticas, como a imortalidade da alma e a existência de Deus, para preencher sua incompletude. A lei moral, a qual é a verdadeira essência do homem, não pode chegar a ter existência. E é impossível que chegue a tê-la, pois, destruir-se-ia como “dever ser” – estamos falando aqui do “dever ser” em seu uso costumeiro e não como uma categoria constituinte da “arquitetônica” do conhecimento jurídico conforme a dimensão lógica, ou seja, dentro de uma das dimensões da lógica que nos propõe Kant – e tiraria o sentido à moral, que é resistência aos obstáculos impossíveis de serem totalmente vencidos. Em consequência, a realidade na qual entra o direito, as normas que regem, realmente, a conduta humana, não é o que deve ser, não tem uma essência conforme a razão, conforme a moralidade. Em outras palavras, a essência não tem existência e a existência não tem essência. Portanto, a filosofia kantiana representa a

¹⁸ Este resumo rudimentar das idéias de Kant foi elaborado, basicamente, a partir de uma série de seminários coordenados pelo Professor WARAT, Luis Alberto e ROCHA, Leonel Severo, no 1º semestre de 1983; e, também, baseados nos textos kantianos: ‘Princípios Metafísicos do Direito’, ‘Crítica da Razão Prática’; da obra de GIOJA, ‘Kant y el Derecho: algunas ideas sobre Kant y la fundamentación metafísica del derecho’.

¹⁹ Conforme opinião externada pelo Prof. Leonel Severo Rocha no referido seminário.

contradição entre o que deve ser o homem e não pode sê-lo e o que, realmente, é o homem e não deve sê-lo. O resultado da filosofia kantiana vem a ser a separação entre a norma, entendida como verdadeiramente humana, o que a elevaria acima do nível animal e biológico e o fato. O fato não leva dentro de si sua própria legalidade, sua justificação moral.

Consoante Husserl²⁰ “La valoración es el resultado de un acto de aprehensión teórica, sobre un objeto valorado”. Quando esta valoração se objetiva, como no caso das normas jurídicas positivas, que não são valorações individuais, senão grupais, precisa aclarar analiticamente a constituição do outro, do mundo circundante comum e do mundo compreensível.

É Kant, como disse Gioja²¹ “[...] quien reinicia la buena dirección, se aceptan o no sus conclusiones como definitivas. De la misma manera que en su tiempo Platón, considera a la lógica como episteme, dándole así su ideario y material originarios. La lógica vuelve a considerarse como aquella fundamentación radical del conocimiento científico sobre la fase del Factum de experiencia de carácter científico”.

Em suma, no plano que nos interessa, isto significa que a Ciência do Direito ocupar-se-ia de regras práticas e que à ela está proibido o mundo do “dever ser”, reservado ao filósofo. É, por isso, que talvez tenham razão os que viram em Kant um “positivismo jurídico” (dogmático). No entanto, esta afirmação torna-se bastante controvertida, pois, o postulado jurídico da razão prática é síntese dos fenômenos jurídicos e não do seu conhecimento. Por isso, autores como Gioja²² afirmam que a aparição de uma verdadeira Ciência Positiva do Direito começa com as colocações de Savigny sobre o método e o objeto próprio dessa disciplina. Em consequência, não pode ser problematizado por Kant.

Kant considera que cada homem leva em si mesmo, como uma lei a priori, a lei moral. Assim, para ele, a lei moral é dada como um fato da razão pura, do que estamos conscientes a priori e que é necessariamente certa. O homem a leva consigo, não foi extraída da experiência empírica, nem deduzida de outro princípio. Kant estabelece, pois, uma distinção de enormes consequências entre o Direito e a Moral e, também, de acordo com isso, estabelece para a Moral a missão de dizer ao mundo como ele deve ser.

²⁰ Cf. HUSSERL, E. Ideas II, Sección III, La constitución del mundo espiritual (Husserliana IV, § 48, ss.), citado por GIOJA, op.cit., p.73.

²¹ Cf. GIOJA, op.cit., p.51.

²² Cf. GIOJA, Tese de Doutorado. Faculdades de Ciências Sociais de Buenos Aires, 1944. “Kant y el Derecho”, publicado em op.cit., p.73.

2.1. As afirmações precedentes permitem situar, em parte, as raízes kantianas entre uma das possíveis disfunções entre o Direito que “é” e o Direito que “dever ser” (fórmula mestre do positivismo jurídico para construir diferentes níveis de manifestação do Direito). Falamos, até agora, da oposição “ser” e “dever ser” como condição de distinção do Direito e da Moral, falaremos agora dos critérios kantianos do “dever ser” como episteme que fundamenta a “arquitetônica” do conhecimento jurídico. E, este talvez seja um dos pontos onde mais se nota a influência de Kant sobre Kelsen.

“En efecto, realizada la formalización del conocimiento científico jurídico se dan de manera intuitiva como residuos lógicos, no sólo ciertas estructuras formales y ciertos modos de enlaces formales, sino que también aparecen con el mismo carácter de formas, ciertas ideas de dirección que por su propia índole no pueden ser confundidas con los anteriores. Mientras que aquéllos son formas simplemente analíticas del conocimiento del objeto y en consecuencia constitutivas de él, estas últimas se presentan como determinadas huecas tendencialidades, realizándose en las subsunciones de unos conocimientos en otros más generales, en estrecha relación con el conocimiento al que dan una específica orientación. Ocuparse de ellos es la tarea de la arquitectónica.

La arquitectónica es un nuevo capítulo de la lógica formal, esclarecido a partir de Kant como consecuencia inevitable de su trabajo crítico sobre la razón.²³

De Platão a Kant a lógica perde seu papel de fundamentação teórica do conhecimento²⁴. Ela se fossiliza em fórmulas ocas onde (em vez de se contrabandear o ouro para Portugal, como no santuário das missões jesuítas de Santo Ângelo/RS), contrabandeavam-se para o mundo as pretensões de uma “ciência” definitivamente elaborada. E, é Kant quem renova a boa direção da lógica, “[...] da mesma maneira que Platão a seu tempo considera a lógica como episteme, a lógica volta a ser considerada por Kant como aquela fundamentação radical do conhecimento científico”²⁵.

²³ Idem, ibidem. p.49-50.

²⁴ Idem, ibidem. p. 51.

²⁵ Idem, ibidem. p.52.

Essa idéia é muito importante e nos permite entender autores que vão de Kelsen a Popper em suas tentativas de identificação das investigações lógicas com a epistemologia da ciência. A lógica como episteme mostra-nos o uso lógico da razão condicionando o conhecimento em relação ao incondicionado.²⁶

Sem esta condição epistêmica os conceitos de uma ciência são pensados caoticamente, como é o caso da dogmática jurídica sem sustentação filosófica, ou seja, quando os juristas não a exercitam como um ato de filosofar.

A episteme kantiana nos dá um princípio racional que, desde a esfera lógico-formal, nos fundamenta unidades de conhecimento que não têm por fim imediato objetos da experiência, senão que se referem aos conceitos e juízos desses objetos.²⁷

A esfera lógico-formal nos dá a unidade realizada pela razão do conhecimento sobre o objeto. A esta unidade Kant denomina “sistema” e às perguntas sobre os “sistemas” de “arquitetônica”.

Nesse sentido, a ‘arquitetônica’ é, nos dizeres de Gioja²⁸, “[...] aquel conocimiento intenta desentrañar la significación formal de los conceptos racionales que constituyen a un conocimiento como ciencia”. E acrescenta, “[...] el sistema es una idea que abarca una serie de conocimientos. Permite reducirlos a cierta unidad. La idea es un concepto racional que muestra sólo determinado orden de fenómenos conocidos. Querer descubrir fenómenos en ella es hipostasear (reificar) pensamientos.”

O que acabamos de transcrever da obra de Gioja é fundamental para se entender a função da norma fundamental gnoseológica kelseniana – idéia que permite reduzir uma série de conhecimentos a uma unidade. E, dessa forma, atribuir-lhe um a existência no conjunto de normas jurídicas positivas de um Estado, é uma forma de reificar o pensamento sobre o Direito.²⁹

A função da norma fundamental gnoseológica fica mais bem entendida se a remetermos à idéia de pureza. A paternidade dessa idéia é de Kant, que a define como aquele conhecimento que não se mistura com o empírico. Assim, o ponto de vista puro é, para ele, o da forma de contemplação (categorização) de alguma coisa. E, dessa maneira, o conceito puro

²⁶ Cf. WARAT, Luis Alberto. Seminários supra citados.

²⁷ Esta idéia de Kant constitui um dos pontos nevrálgicos do pensamento kelseniano.

²⁸ GIOJA, op.cit. p.52, os grifos são nossos.

²⁹ A respeito ver nos trabalhos do Prof. Warat sobre “A norma fundamental kelseniana como critério de significação”, in Estudios de Derecho, nº 99, Vol.XL, Colômbia, 1981, ver tbém “A pureza do poder”, no prelo.

dever ser visto como a forma de nossa consideração do objeto. A pureza da Teoria Pura (que é a pureza da teoria e não do objeto) deve ser compreendida a partir da idéia de que a forma do Direito, e não seu conteúdo concreto, é o que nos permitirá encontrar o conceito jurídico. Já que, como disse Kant, o importante são as condições sob as quais as coisas são pensadas, digo, conhecidas, contempladas.

Desse modo, na trajetória do sujeito ao objeto, formam-se nossas idéias, conformadas aos princípios da racionalidade e dando lugar ao aspecto lógico do conhecimento: a lógica como código de racionalidade. Código este que edifica a ordem das idéias emancipadas do pensamento, ou seja: objetivas.

Finalmente, a partir da noção de pureza kantiana, poderíamos reinterpretar a rejeição kelseniana à ideologia. Esta hoje já não se entende mais conforme o seu uso napoleônico³⁰. O fenômeno do Direito que se dá ao conhecimento é ideológico. A ideologia é uma das dimensões materiais desse fenômeno e, portanto, poderia ser conformada aos princípios da racionalidade através de um código lógico que a emancipe do pensamento, devolvendo-a como uma idéia objetivada. Seria uma maneira de construir uma teoria das ideologias à moda kantiana.

3. Hegel não poupa críticas contra a filosofia do “dever ser” a qual, para ele, é um modelo do que constitui a consciência desventurada - a consciência infeliz -, a qual coloca sua felicidade e seu ser num lugar inalcançável, num mundo transcendente, distinto do mundo do Direito, do Estado, fora da sociedade e da história. A filosofia tem como missão conhecer o “que é”, tal “como é”, não é seu propósito construir um universo ou um Estado, segundo um ideal de como “deve ser”. Ela é a manifestação (no nível do conhecimento) do real e não a construção de um além. Mesmo porque a filosofia, para Hegel, resume seu tempo (sua época) no pensamento. Transpõe a realidade num mundo de conceitos. Pensamento do mundo, a filosofia só existe quando a realidade cumpriu e terminou seu processo de formação. Chega, pois, muito tarde, unicamente para captar a substância do real, do mundo e o reconstruir em um império de idéias. Fora dessa realidade ela carece de conteúdo e ao considerar o presente

³⁰ Sobre a ideologia como a teoria do erro, em Kelsen, ver Carlos Carcova. La idea de ‘ideologia’ in la Teoria Pura Del Derecho”. Buenos Aires: Eudeba, 1976.

(essa realidade atual) atua como vã e não conforme seu sentimento, com seu desejo de como deveria ser o Estado e o mundo, é ela que se coloca no vazio e se torna pura vaidade.³¹

Consoante Hegel, a razão não se encontra fora do mundo, numa consciência particular e puramente subjetiva. Quando se vai pensar uma realidade o primeiro que se impõe é respeitar a estrutura dessa realidade e não suplantá-la por uma representação construída arbitrariamente. Quando se estuda a natureza, analisa-se-a tal qual ele é, busca-se nela mesma a sua razão de ser, sua estrutura, as leis que a regem e não se busca fora dela outra natureza, construída com a idéia de que o filósofo pensa que ela deve ser. A filosofia não é utopia abstrata, que despreza a realidade e o presente, à luz de uma além, que só tem existência e sua sede no entendimento subjetivo, tal como propõe o pensamento metafísico jusnaturalista.

Por conseguinte, se a filosofia tem como missão traduzir em idéias, em um império de pensamentos, a substância mesma da realidade, o filósofo tem como missão traduzir em idéias, em um império de pensamentos, a substância mesma da realidade, o filósofo tem que encontrar no dado a lei; na realidade, sua própria justificação e sua razão de ser. O real tem dentro de si sua própria racionalidade e o racional não é tão inoperante e subjetivo que permaneça no mundo nebuloso da fantasia e da imaginação, senão que força a sua realização. Daí a frase de Hegel: “O que é racional é real e o que é real (efetivo) é racional”. Não há separação entre o pensamento como conjunto de categorias racionais e a realidade. Ser e pensar formam uma unidade inseparável.³²

Não significa isso que toda realidade, ou melhor, tudo o que aparece seja racional. Só o que é necessário é real (efetivo). Hegel não é um empirista que declara que a existência puramente empírica é a verdadeira realidade. Há no aparente uma mistura de simples aparecer ou mostrar-se, destinado a desaparecer e, também, um lado fenomênico que se identifica com a razão - manifestação e aparência do processo dialético -, objetivo da razão. Justamente esse processo objetivo da razão tem a firmeza do real contra o qual não cabe a pretensão de modificar sua estrutura supra-individual, nem sua alteração caprichosa ou subjetiva.

Nessa realidade racional e objetiva desenvolvem os indivíduos suas vidas. A sociedade em que vivem é uma realidade supra-individual e a vida desses indivíduos só pode

³¹ As idéias esboçadas sobre Hegel foram, em parte, extraídas dos referidos seminários e dos textos hegelianos “A filosofia do direito”; “Lições sobre a filosofia da história universal”; “Introdução a história da filosofia”; da tese do professor Renato C. Czerna, USP; dentre outras anotações colhidas alhures durante o Curso de Mestrado em Direito do CPGD/UFSC.

³² Negada pela dicotomia kantiana do “ser” e “dever ser”.

compreender-se como manifestação de uma realidade mais profunda. É o que Hegel chamou “a idéia ou o espírito”. O indivíduo encontra-se imerso nesse “espírito objetivado”, nessa realidade substancial que faz dele o que é. Não tem sentido que o indivíduo busque sua essência fora dessa substância universal. A Fenomenologia mostra-nos os distintos fracassos da consciência que busca sua essência fora da substância universal. Essa substância universal ou espírito objetivado não é um produto individual, ainda que, através deste é que cobre a existência.

Através da consciência individual é que o espírito objetivado alcança conhecimento e consciência de si. Porém, ele não tem sua consciência em si mesmo, mas sim no “nós” – na totalidade social –. É possível que os indivíduos, em algum momento, não encontrem sua satisfação no espírito objetivado determinado e rebelem-se contra ele. Mas, ainda no caso de que tenham êxito e derrubem um sistema de vida correspondente ao espírito objetivado, não é a própria força deles que consegue essa derrubada e a instauração de novas formas nas quais transcorrerá a vida, senão que, seus esforços o que faz é desencadear a marcha para outra etapa do espírito objetivado.³³

O Direito é uma dessas determinações do espírito objetivado. Realidade supra-individual orienta a maneira como se desenvolve efetivamente a vida individual e suas relações jurídicas. Para Hegel, o Direito não é somente um conjunto de normas ou de leis. A Filosofia do Direito não é só Direito, senão que contém a Ética. Não há e nem pode haver realização, plenitude humana, fora do Direito. Isto responde à convicção de Hegel de que o indivíduo está intimamente entrelaçado com o Estado, de que a existência humana só tem plena efetividade e valor na vida política. Por isso, rejeita a moral puramente subjetiva, a moral individual, a moral das intenções, a moral da consciência. O que lhe interessa e o que conta objetiva e historicamente são os atos exteriorizados. Não basta querer realizar algo grande, há que se esforçar para realizá-lo. Ou seja, não basta a boa vontade kantiana “[...] os lauréis da simples vontade são folhas secas que jamais reverdecem”.³⁴ Uma má ação nunca poderá ser justificada apelando à boa intenção, à bondade de coração, ainda que se desejasse isso subjetivamente e se produzisse o outro objetivamente. Em troca, pode-se realizar ações de grande valor objetivo por indivíduos cujas motivações eram desprezíveis do ponto de vista

³³ O problema está em que o espírito objetivado não está em nós, mas entre nós, na sociedade, como uma dimensão imaginária do real, nesse sentido, ver WARAT, Luis Alberto. “El jardin de los senderos que se bifurcan”, comunicação elaborada para a Association Critique du Droit.

³⁴ HABERMAS, J. Conhecimento e Interesse. Rio: Zahar, 1982.

moral: afã de glória, interesse egoísta. Daí seu desprezo pelos “camériers”³⁵ da história, que perdem de vista o produto objetivo da ação, para descender aos tomos – nervuras – da consciência. Não há grande homem para seu “camérier”, diz a conhecida frase, mas, agrega Hegel, não porque o grande homem não o seja realmente, senão porque o “camérier” é um “camérier”.³⁶

Consoante Hegel, o indivíduo é a série dos seus atos e o que conta são seus atos, suas realizações objetivas. E só há objetivação na realidade já determinada, na qual existe o Direito e a Moral, plenamente realizados. A plena realização do Direito e da Moral encontra-se na moralidade social – eticidade –, no que Hegel chama a “Sittlichkeit”, que é a unidade do espírito subjetivo e do objetivo, do Direito em sentido estrito e da moral subjetiva. “A moralidade social – Sittlichkeit – é a culminação do espírito objetivo; não só a verdade do Direito e da moralidade, como a unidade de ambos, senão a do espírito subjetivo e objetivo. É dizer, ela é a liberdade como vontade racional universal.” O indivíduo encontra a moralidade realizada no povo em que vive. Toda legislação e a educação estão destinadas a fazê-lo um membro do povo. Não há liberdade nem moralidade à margem da já existente (realizada). A busca da liberdade e da moralidade é algo distinto do sistema de leis vigente. Como reflexão do indivíduo sobre si mesmo, aparece quando os nexos – laços – que vinculam os indivíduos numa comunidade afrouxam-se. A moral kantiana, para Hegel, é um expoente típico de tal reflexão. Do ponto de vista da “ética absoluta” (Sttlichkeit) hegeliana, é uma moralidade aética: busca a moralidade no vazio da reflexão.

No entanto, a ética kantiana trouxe algo importante: a subjetividade. Depois de seu fracasso, esta subjetividade reconhece que o justo e o bom encontram-se reunidos nas formas públicas da moral. Assim, contribui para o reconhecimento do objetivo pela subjetividade. Já ambos não andam separados, cada um existe em função do outro: “O jurídico e a moral não podem existir cada um por si, ambos necessitam da moralidade social (Sttlichkeit) como suporte e base, pois, falta ao Direito o momento da subjetividade, o qual, em troca, só tem para si a Moral e, assim, ambos os momentos não têm em si nenhuma realidade”³⁷.

³⁵ O termo francês “camérier” designava o “camareiro” que tinha como função a de ajudante de quarto, o auxiliar de vestimentas, o trocador de roupas; porém, o termo camareiro tem adquirido uma conotação diferente e bem mais ampla, razão pela qual, preferi utilizar a expressão no idioma francês.

³⁶ Cf. comentário do Professor Warat em um dos citados seminários, do mesmo seminário foi extraída também a próxima citação de Hegel.

³⁷ HEGEL. *Filosofía del Derecho*. § 141. Buenos Aires: Instituto de Filosofía da Universidade de Buenos Aires, 1963.

Desse modo, destacamos que Hegel se propôs realizar a unidade do justo e do bom, da moral com o legal. Assim, considerando-o como um modelo que deve ser tomado em conta nas discussões sobre o que é o Direito, sua relação com a vida dos indivíduos e, também, principalmente, se o Direito pode ser estudado como realidade existente independentemente de todo juízo de valor, do modo como se estudam as ciências naturais (independentemente de todo juízo de valor). Deixaríamos colocado este problema, como tema de reflexão, para a dogmática jurídica.

Mas antes, procuraremos deixar aclarado o que nos parece alguns equívocos a respeito da Filosofia de Hegel e, sobretudo, a respeito de sua concepção de Estado. Há, evidentemente, na obra hegeliana, frases que podem induzir a vê-lo como um adorador do Estado absoluto. Entretanto, cremos que se propôs a descrever um Estado no qual o indivíduo encontraria sua felicidade racional, sua liberdade.³⁸

O importante, disse Hegel na Filosofia do Direito, “[...] é que se imponha a lei da razão e da liberdade particular e que o fim particular se identifique com o geral, pois, de outro modo o Estado acha-se no ar. O sentimento de si dos indivíduos é o que constitui sua realidade e, sua firmeza reside na identidade daqueles dois aspectos. Tem-se dito, muitas vezes, que o fim do Estado é a felicidade dos cidadãos; e não cabe dúvida de que isso é verdade; pois, se aos cidadãos este não lhes satisfaça, se fica insatisfeito seu fim subjetivo, e se não encontram que a mediação para essa satisfação é o Estado como tal, este descansará em bases precárias.”³⁹

Dessa forma, o Estado é um meio. Não é nada absoluto pairando sobre os indivíduos. Só é racional quando é a realidade da idéia ética, quando é um Estado em que se realize a liberdade humana. A forma de Estado que Hegel propunha não é a do absolutismo prussiano; mas sim, uma monarquia constitucional calcada no modelo inglês.

Destarte, aos juristas corresponde redigir a constituição, mas não a tiram da cabeça, de sua subjetividade, de um parto intelectual cuja origem ninguém explica. Para Hegel, a constituição de um povo não é mais que a expressão em palavras do que já existe na realidade. Sua elaboração não parte de um vazio absoluto. A constituição de um povo é uma realidade anterior a toda teoria. É absurdo pretender que ela venha a reger uma massa de indivíduos atomizados e inarticulados. Como tal poderia organizar-se para produzir um

³⁸ A respeito ver CZNERNA, Renato Cirell. O Direito e o Estado no Idealismo Germânico: posições de Schelling e Hegel. Tese apresentada para o Concurso ao cargo de Professor Titular de Filosofia do Direito na USP, 1981.

³⁹ HEGEL. Op. cit. §265.

documento que não expressasse nenhuma realidade, que viesse a proclamar organização onde não existia? A constituição não pode ser fundada senão no que existe:

“Como o espírito só é real como espírito que se conhece, o Estado, enquanto espírito de um povo é pela lei que impregna todas suas relações, a tradição (Sitte) e a consciência dos indivíduos. A constituição de um povo determinado depende, sobretudo, da maneira de ser e do grau de formação intelectual e moral (Bildung) da consciência de si desse povo. Nessa consciência de si reside sua liberdade subjetiva e, com ela, a realidade da constituição. Querer dar a um povo uma constituição a priori, ainda que, se por seu conteúdo, ela é mais ou menos racional, é uma ocorrência que descuida precisamente o momento pela qual ela seria mais que uma elucubração. Cada povo tem, pois, a constituição que lhe é apropriada e que lhe corresponde.”^{40 41}

4. A especulação hegeliana, no seu intento de realizar uma filosofia total, produziu certas reações contra esse estilo de pensar. Entre estas, o positivismo. Isto é uma concepção segundo a qual a ciência deve eliminar toda a metafísica, toda a especulação e fundar-se apenas nos fatos, no que é observável e experimentável. Se as ciências naturais tiveram algum êxito é porque aplicaram um método que se baseia em fatos e que só se ocupa

⁴⁰ HEGEL. Op. cit. §265. Observo que, seria interessante fazer um estudo que reinterpretasse a norma fundamental kelseniana e a regra do conhecimento de Hart, a partir das idéias que acabamos de expor. Isto também solucionaria vários dos problemas que nos conduz a ROS, Alf e seu Idealismo Jurídico. Sobre este último autor, ver NINO, Carlos S. Introducción al análisis del derecho. 2ª ed. Buenos Aires: Ástrea, 1980. p. 127.

⁴¹ Parece-nos pertinente acrescentar aqui a crítica que Habermas, em Conhecimento e Interesse, faz à Kant e Hegel. Razão pela qual, tentaremos fazer uma síntese desse pensamento. Ele afirma que Kant foi quem melhor sintetizou os fundamentos da produção do conhecimento; mas, no entanto, não conseguiu dar o salto que lhe permitiria assegurar a sua crítica à metafísica tradicional, a partir de uma efetiva dialetização de sua premissa do real. Ou seja, a metafísica transcendental kantiana, em sua crítica à metafísica transcendente, não consegue superá-la devido a sua conceitualização a priori que constitui apenas uma metafísica de segundo grau (uma meta-metafísica). Nesse sentido, salientou Habermas, a crítica de Hegel a Kant demonstrou a insuficiência da proposta kantiana, já que esta não conseguiu produzir juízos sintéticos a priori, pois, suas relações com a realidade são tautológicas. Ou seja, são raciocínios que nascem a priori. Entretanto, Hegel, ao adotar uma proposta teórica eminentemente idealista, sem propor uma alternativa consistente à problemática do conhecimento, deixou em aberto o caminho para o positivismo comteano. Nesse sentido, Habermas afirma que, com o sucesso da prática metodológica, como único pressuposto científico, o positivismo matou a filosofia. (Habermas. Conhecimento e Interesse. 1º Capítulo).

Não concordamos, de todo, com as informações precedentes, já que por inserir-nos em uma epistemologia das significações (polifônicas) - e, como Marx, entendendo que toda teoria encobre uma práxis -, não aceitamos a tese de que com Kant e Hegel tenha-se esgotado a problemática filosófica do Ocidente.

Na verdade, tanto o criticismo kantiano, como o idealismo hegeliano, geraram importantes efeitos políticos na sociedade alemã do século XIX (Hegel lutou sempre pela unificação do Estado alemão, seu espírito absoluto nada mais é que seu sonho de unificação da Nação alemã; quanto a Kant, sempre levou em conta o seu momento histórico, tendo sido um dos primeiros a louvar a Revolução Francesa).

A problemática kantiana ainda é, em muitos aspectos, fundamental para integrar o conhecimento fático numa ciência racional, que dê respostas às interrogações angustiosas do homem; as quais, por sua própria essência, o conhecimento fático não pode contestar. Pois, como disse GIOJA (op.cit. tomo II, p.56), ainda é tarefa dos filósofos, como funcionários da humanidade, pesquisar uma nova filosofia racional autenticamente originária.

das regularidades e das relações existentes entre esses fatos. Qualquer teoria sobre o real que queira ter êxito deve aplicar o mesmo método que se aplica nas ciências naturais e, evidentemente, deve ter um objeto adequado, isto é: “fatos”.⁴²

Desse modo, se as ciências sociais querem alcançar a hierarquia de ciência, não podem ser outra coisa que ciências de “fatos”. A Psicologia, a Sociologia, a História, em suma, qualquer ciência social tem que ser ciência de fatos. Se esse programa se cumprir, os fatos humanos não terão nada próprio e específico, nada que os distinga dos fatos naturais. Ambos os tipos de fatos serão pensados como “coisas” e, portanto, regulados pelas mesmas leis que regem as coisas. Quando Durkheim⁴³ estatuiu a primeira regra do método sociológico, assinalou que esta deve tratar os fatos sociais como coisas e, como tais, submetidas às leis naturais.

Não se trata, portanto, de definir o que é o Direito em si mesmo, o que é a Ética em si mesma, nem tampouco da idéia que determinado jurista tem do que é o Direito, da que determinado moralista tem da Moral. Trata-se, isto sim, das regras morais e das regras jurídicas que possuem determinados grupos humanos e que se apresentam perante nós. Pois, nossas representações sensíveis vêm das coisas e devemos ater-nos a elas se queremos ter uma reprodução fiel delas – um reflexo delas – e não devemos introduzir-lhes as idéias que elaboramos sem que antes as tenhamos observado.

Destarte, o método positivista assinala que nossas idéias, se querem ser verdadeiras, têm que vir das coisas e, em conseqüência, proíbe o caminho inverso, seguido pelos idealistas: fazer com que as coisas tenham as idéias que previamente introduzimos nelas. Para o referido método, só há que se constatar, comprovar e verificar, mas nada de pronunciar-se a respeito de que se é justo ou injusto que seja assim: se é bom ou mal. Há que se colocar no mesmo estado de espírito do observador da ciências naturais que se limita a dizer: “é assim” e não diz: “é assim, mas não está bem ou não é justo que seja assim”.

Em outros termos, o positivismo proclama que a ciência só utiliza juízos de fatos. Assim, se as ciências humanas querem ser ciências, também têm de utilizar só juízos de fatos e eliminar todo juízo de valor. Para Durkheim, a Sociologia não atingira hierarquia científica porque o sociólogo até então não se colocara no mesmo estado do espírito em que se “[...] encontram o químico, o físico, [...], quando se aventuram numa região, ainda

⁴² Claro que já faz muito tempo que os positivistas abandonaram as ilusões de pensar as ciências sociais em termos de ciências da natureza. Nesse sentido nosso último grande ilusionista foi Pontes de Miranda.

⁴³ DURKHEIM, Emile. As regras do método sociológico. Cap.II, p.13 e ss. “A primeira das regras e a mais fundamental consiste em considerar os fatos sociais como coisas”.

inexplorada, de seu domínio científico”⁴⁴. O sociólogo e, poderíamos generalizar, o cientista das ciências sociais, têm que atingir esse grau de “maturidade intelectual”. E, para isso, duas condições se impõem: a) rejeitar todas as noções pré-concebidas; e, b) considerar os fatos sociais como coisas.

Durkheim, em “As regras do método sociológico”, indica como se deve proceder nas ciências sociais, para tal fim. Primeiro, há que escolher os fenômenos que se vão estudar, defini-los, a fim de que se saiba de que se trata a investigação. A regra se enuncia assim: “[...] só se tem de tomar como objetos de investigação um grupo de fenômenos anteriormente definidos por certos caracteres exteriores que lhes são comuns e compreender na investigação a quantos respondam a esta definição.”⁴⁵

Em conformidade com a referida regra, Durkheim dá um exemplo que indica como se aplica:

“Comprovamos a existência de um determinado número de atos que apresentam todos, este caráter exterior, a saber, que uma vez realizados determinam, por parte da sociedade, aquela reação particular que se chama castigo. Com estes atos formamos um grupo *sui generis*, ao qual impomos uma rubrica comum, chamamos crime a todo ato castigado e, do crime assim definido, fazemos o objeto de uma ciência especial: a criminologia.”⁴⁶

Entre Durkheim e Hegel há uma profunda diferença, ainda que ambos pareçam admitir que o Direito esteja inscrito na realidade. É certo que parece não haver diferença, no entanto não é assim. Para Durkheim, o único que é dado à observação e, portanto, o único que existe “[...] são sociedades particulares que nascem, se desenvolvem e morrem, independentemente uma das outras”.⁴⁷ Para ele, não há continuidade entre uma sociedade e a outra. Só existem sociedades diferenciadas, distintas entre si, mas nenhuma prolonga e aperfeiçoa a outra. Durkheim faz essa afirmação quando critica a Comte⁴⁸ o que este teve como programa fundamental em sua sociologia: a idéia de que há “[...] um progresso da humanidade no tempo”, isto é, que a evolução da humanidade tem um sentido que não é outro

⁴⁴ DURKHEIM, E. op.cit.

⁴⁵ As idéias aqui esboçadas sobre Emile Drkheim foram extraídas da obra “As regras do método sociológico”, das aulas de Epistemologia das Ciências Sociais, ministradas pela Prof^a Julia Silva Guivant, no Curso de Mestrado em Ciências Sociais da UFSC, no 2º Semestre de 1982, tomando também algumas referências do Ofício do Sociólogo, bem como de notas colhidas alhures durante a pesquisa realizada para este trabalho.

⁴⁶ Durkheim. Op.cit.

⁴⁷ Idem, ibidem.

⁴⁸ Sobre o pensamento comteano, baseamo-nos principalmente no texto da Coleção “Cientistas Sociais”, Comte.

que o de uma “realização cada vez mais completa da natureza humana” e Comte tem como propósito encontrar a ordem dessa evolução, os diferentes períodos que atravessa.

Essa posição de Durkheim – esta sua crítica a Comte – o diferencia, profundamente, de Hegel. Pois, também, Hegel crê que a história tem sentido, uma finalidade. Não vê as sociedades humanas como uma sucessão sem conexão, como uma série de realidades isoladas, sem nenhuma vinculação. Cada época histórica, cada sociedade, é uma realidade parcial, do que aspira a razão, a encarnar o mundo. Nesse sentido, ele nos diz “[...] as vidas dos indivíduos e dos povos, ao buscar e satisfazer seus próprios fins são o meio e o instrumento de algo superior e mais amplo, de algo que eles não sabem e realizam inconscientemente [...]”.⁴⁹

E, esse algo superior e mais amplo é a liberdade: “A história universal representa o conjunto de fases que passa a evolução do princípio, cujo conteúdo é a consciência da liberdade”.⁵⁰ Todo propósito, fim ou finalidade da história universal é a realização da liberdade – sua encarnação no Estado –. Por isso, Hegel define o Estado como “a realização da idéia ética”.⁵¹

Em suma, em Hegel são inseparáveis os juízos de fato dos juízos de valor – são unidos nos próprios fatos –. Em Kant, em troca, a moral esta separada das situações de fato. Em Durkheim, só podemos fazer juízos de fatos.⁵²

5. Tais seriam os distintos modelos da maneira como se tem concebido o estudo do Direito: estabelecendo-o como uma realidade independente da moral e a ser estudado somente nos textos normatizados pelo poder político. Esta seria a posição de Kant, ainda que este reconheça que o aperfeiçoamento do Direito, isto é, sua fusão com a moral, é uma tarefa possível, mas que não concerne ao estudo dos juristas e que se remete ao infinito. Outro modelo é o posicionamento de Hegel, que sustem sua unidade com a moral: “no Direito está a moralidade”. Por último, a posição de Durkheim, que considera o Direito um sistema

⁴⁹ HEGEL. In Lições sobre a filosofia da história universal. Tomo I, Revista de Occidente: Madri, 1953.

⁵⁰ HEGEL. Op.cit. p.127.

⁵¹ Cf. CZERNA, Renato Cirell. Op.cit.

⁵² Todas estas posições reaparecem nos diversos pensadores positivistas: Hart, reproduz Hegel; Kelsen reproduz a Kant; e, os realistas extremos copiam a Durkheim; os jusnaturalistas, por sua vez, não desdenhariam tanto a Durkheim como parece a primeira vista, pois, coisificam os valores, as normas do direito natural, para trabalhá-las como coisas; são, dessa forma, uns idealistas disfarçados (os juízos sobre os jusnaturalistas foram expressados pelo professor Warat, na disciplina de Epistemologia Jurídica, do mestrado em Direito da UFSC, no 1º semestre de 1983)

que tem validade de fato. Nem a Sociologia, nem a História permitem fundar o Direito. A Ciência do Direito tem que ser meramente descritiva.⁵³

6. Passando agora ao caráter do Direito na sociedade moderna, tal como o concebe Max Weber, é provável que pensemos que Kant foi quem melhor captou essa realidade escorregadia que é o jurídico. A característica da sociedade moderna, desenvolvida em função da produção industrial e capitalista, é o estar submetida à leis, é sua racionalização cada vez maior e, portanto, a possibilidade de aplicação de cálculo e da previsão racional. Daí, que pode ser considerada como natureza, no sentido kantiano, como sistema de leis. Esta concepção coloca os funcionários especializados no mesmo estado de espírito que os cientistas da natureza, pois, deve resolver os problemas que se lhes apresentam com inteira imparcialidade, de maneira completamente objetiva, sem acepção de pessoas e segundo regras previsíveis.

Nesse sentido, disse Weber:

“A peculiaridade da cultura moderna, especialmente sua subestrutura técnico-econômica, exige esta ‘previsibilidade’ ou calculabilidade do resultado [...] sua peculiaridade específica, tão bem-vinda para o capitalismo, a desenvolve em maior grau, quanto mais se ‘desumaniza’, quanto mais completamente alcança as peculiaridades específicas que lhe são contadas como virtudes: a eliminação do amor, do ódio, e de todos os elementos sensíveis puramente pessoais, de todos os elementos irracionais que se subtraem ao cálculo. No lugar do chefe das organizações antigas movido pela simpatia pessoal, o favor, a graça e a recompensa, a civilização moderna exige, justamente, para o aparato externo que a protege, um ‘especialista’ rigorosamente ‘objetivo’ e tanto menos interessado nas coisas propriamente humanas, quanto mais complicada seja a civilização em referência.”⁵⁴

Essas características da burocracia moderna aplicam-se também ao Direito, à administração da justiça, já que “[...] a estrutura burocrática cria a base para a organização de um Direito sistematizado e racional fundado em ‘leis’, tal como, em sua maior perfeição técnica, o criou à época imperial romana.”⁵⁵

⁵³ Isto também está presente no pensamento utilitarista, fundadores do positivismo inglês, quando distinguem o direito que “é” do direito que “deve ser”.

⁵⁴ WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Tomo II, F.C.E., 1964. p.732.

⁵⁵ *Idem*, *ibidem*.

Um aperfeiçoamento do Direito completamente sistematizado, racional, produziria a completa burocratização do Direito e, em consequência, “[...] a concepção do juiz moderno, como um autômato, a quem se entregam os autos e as custas, com o fim de que formule um juízo segundo razões mecanicamente deduzidas dos parágrafos legais.”⁵⁶

Ao jurista corresponderia a aplicação mecânica do sistema de leis vigentes, mas não lhe corresponderia averiguar a origem do Direito, sua fundamentação, suas relações com a sociedade e a história. Impor-se-ia, então, o positivismo jurídico de que falava Kant, o “positivismo dogmático”: a “dogmática jurídica”. O jurista procura as leis não na razão, mas sim, no código vigente. O nascimento do Direito, sua essência, seu conteúdo, corresponde a uma ciência meta-jurídica, ou seja, à História, à Filosofia, à Sociologia. Mas, o jurista é só um técnico que aplica uma ciência formalizada e sistematizada.⁵⁷

Hegel e Durkheim significariam uma certa ruptura nessa maneira de conceber o Direito, sem dúvida também ligada à evolução da sociedade moderna e dos ideais políticos da burguesia. Isto coloca um problema muito mais difícil: o de saber se há uma essência do Direito, ou seja, se o que se entende por Direito é assim e não pode ser de outra maneira, se o objeto da Ciência do Direito é necessário. Necessárias só são as consequências, as implicações, as inferências, ou seja, uma vez admitido o princípio tem que se admitir, necessariamente, suas conclusões. Mas, o que constitui o ponto de partida é contingente. A ciência de implicações, de inferências, assume a forma condicional do “se ... então”; isto é, admitindo-se tal axioma, postulado ou princípio, então, tem-se que admitir, necessariamente, suas implicações.

De acordo com isso, não poderia haver nenhuma evidência da necessidade de um ponto de partida, já que a necessidade gnoseológica está dependente da necessidade essencial ou ontológica e não poderíamos afirmar, baseando-nos na força de nossas convicções: é assim e não pode ser de outra maneira.

Talvez houvéssemos que afirmar que o Direito forma parte de uma totalidade social, na qual cobra o seu valor e o seu sentido, e os perde ao ser abstraído dessa totalidade.⁵⁸ O problema então consiste em saber como se constitui essa totalidade social, qual a sua

⁵⁶ Idem, *ibidem*.

⁵⁷ Este é um dos fundamentos do postulado da pureza metódica de Kelsen, a esse respeito ver WARAT, “A pureza do poder”.

⁵⁸ Isto nos leva a Adorno que concebe dois modelos para o conhecimento da sociedade: o positivismo e o da teoria crítica. O primeiro definido negativamente em relação ao segundo. É dizer, integraria, para Adorno, o modelo, os princípios e idéias que não poderiam ser aceitos pela teoria crítica.

origem, quais são os fatores que a constituem e conjuntamente com esse problema, qual a origem do Direito? É uma construção puramente arbitrária do espírito a que determina como é o Direito e como deve reger as relações humanas ou, ao inverso, são as relações humanas predominantes as que originam sua expressão em idéias, em forma de arte, filosofia, religião, direito *etc.*? Sendo diferentes estas relações entre os homens, teríamos outras expressões espirituais? Em ambos os casos, seja que consideremos a consciência como determinante da existência, ou a existência determinante da consciência, ou seja, que as idéias determinam as coisas, ou, as coisas as idéias, dizemos: o fundamental é a totalidade construída, fora da qual nenhum setor isolado tem sentido. Poderia objetar-se que a totalidade é o absoluto. É certo. Mas, absoluto, neste caso, como conjunto que dá sentido, não é atemporal, não é absolutamente necessário, dado uma vez para sempre, totalmente definitivo. Sua necessidade está limitada. Ao variarem os fatores que o constituem variará, também, a totalidade social. Sua necessidade é meramente a expressão de sua paralisação e duração temporal, a qual se eterniza abstraindo-a de todo o tempo. É o que acontece com a “dogmática jurídica”.

II. O POSITIVISMO LÓGICO COMO CRENÇA GNOSEOLÓGICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA

“Não é tanto a pureza semiótica da palavra que nos interessa, mas sua onipresença social”
Bakhtine

No capítulo anterior, com Kant e Hegel, procuramos fazer uma reconstrução da pré-história do positivismo. Ocupar-nos-emos, agora, de alguns aspectos do neopositivismo que, recuperados em vários das versões do positivismo jurídico, tornam-se necessários para compreender-se alguns dos centros de gravitação teóricos⁵⁹ da dogmática jurídica.

O positivismo lógico, as vezes conhecido também como positivismo/empirismo contemporâneo, ou mesmo identificado com o próprio Círculo de Viena, é um vasto movimento semiológico e epistemológico que, paradoxalmente, briga pela consistência lógica e axiomatização dos discursos da ciência, mas que por sua vez não legou ao pensamento epistemológico contemporâneo nenhuma proposta teórica sistemática e consistente, pelo contrário, da análise da produção teórica dos diversos autores que podem ser enquadrados nesta corrente, nota-se contribuições valiosas, porém, fragmentárias.

Como assinala Genaro Cario⁶⁰, eles tiveram uma marcada inclinação pelo tratamento isolado de alguns dos grandes temas da epistemologia e da semiologia, mas não os vincularam em nenhuma teoria sistemática. E essa tendência fragmentária é muito mais marcante, ainda, nos filósofos da Linguagem Ordinária⁶¹. Os neopositivistas procuraram

⁵⁹ A respeito de “centro de gravitação teórico” ver MILLAS, Jorge, “Los Determinantes Epistemológicos de la Teoría Pura del Derecho”, in “Apreciación Crítica de la Teoría Pura del Derecho”, Valparaíso, Chile: Edeval, 1982.

⁶⁰ Cf. conferência pronunciada na Associação dos Advogados de Buenos Aires, citada por Farrel, in “Cuestiones de Filosofía y Derecho”, Buenos Aires: Eudeba, 1977.

⁶¹ Para uma caracterização mais detalhada da Filosofia da Linguagem Ordinária, ver WARAT, L.A., “O direito e sua linguagem”, 2ª versão, Florianópolis: UFSC, 1983. Na verdade não nos escapa que muitos teóricos resistiriam em englobar dentro de uma mesma postura aos filósofos da linguagem ordinária e aos neopositivistas. Porém, pode-se observar, na literatura especializada, algumas vezes, a utilização indiscriminada destas duas correntes com um rótulo mais genérico de “Filosofia Analítica” e esta parece ser a tendência do professor Farrel, considerando-se, principalmente, os dois momentos de reflexão de Wittgenstein e aceitando-se fortes coincidências nas suas duas fases de produção. (A esse respeito ver FARREL, “La metodología del positivismo lógico”. Buenos Aires: Ástrea, 1979. p. 31 a 37). Poder-se-ia, dessa maneira, aceitar o englobamento de ambas as correntes. Isto porque Wittgenstein, sem pertencer nem ao positivismo lógico, nem à Filosofia da Linguagem Ordinária, é considerado como o pensador que mais influenciou no espírito de produção de ambos os movimentos. Nesse sentido, WINCH, Peter, em “Estudios sobre la filosofía de Wittgenstein”. Buenos Aires:

desenvolver uma visão da ciência que reconhecesse a significação vital da Lógica e da Matemática no pensamento científico, como sistema de representações simbólicas. Isso os levou a reconhecer a importância central da linguagem.

O neopositivismo, ao contrário da Filosofia da Linguagem Ordinária, entende os erros semiológicos, que os discursos da ciência apresentam, somente podem ser corrigidos ou compreendidos mediante a construção de linguagens artificiais, isentas de vício. Essas linguagens artificiais têm, para eles, uma consistência lógica que permite considerá-las como um tipo particular de linguagem formal. Elas são vistas, pelo neopositivismo, como linguagens naturais logicamente aperfeiçoadas. E esse aperfeiçoamento é dado através do método que eles chamam de “processo de elucidação”. Essa problemática é devida ao fato de que sustentam a idéia de que o conhecimento científico pode, amiúde, ser obscurecido por certas perplexidades de natureza estritamente linguística. Por isso, a filosofia da ciência deve cumprir-se à margem da metafísica e dentro de uma busca de rigor linguístico.

A Filosofia da Linguagem Ordinária diferencia-se, por sua vez, do positivismo lógico por considerar desnecessária a construção de linguagens artificiais, como comando elucidatório da produção adequada da linguagem da ciência. Eles acreditam que retrabalhando adequadamente as linguagens naturais pode-se corrigir suas imprecisões, buscando uma correta enunciação científica das linguagens.⁶²

O neopositivismo manifesta-se, principalmente, através do denominado Círculo de Viena. Segundo alguns autores ele surge em 1922, quando Schlick foi nomeado pela Universidade de Viena para a Cátedra de Filosofia das Ciências Indutivas. Como uma das atividades da referida Cátedra ele dirigiu um seminário que deu origem ao referido Círculo. Pertenceram a ele nome como Carnap, Neurath, Hahn, Feigl, Waismann, Ziesel, Kraft, Kaufmann, Godel, Bergmann, Menger e outros. Curiosamente, como indica Farrel, Kelsen e Popper frequentaram o Círculo de Viena, ainda que Popper se indignasse de ser incluído nessa corrente.⁶³

Eudeba, 1971, defende a unidade filosófica de Wittgenstein através de toda sua obra, desde o ‘Tractatus’ de sua primeira época, até suas últimas “Investigações Filosóficas”.

⁶² Acreditamos que o ponto de vista da Filosofia da Linguagem Ordinária seja mais frutífero na discussão da cientificidade dos discursos jurídicos.

⁶³ A esse respeito ver FARREL, “La metodología del positivismo logico”, p.31-37. Observamos que, nos diversos autores que estudam o Círculo de Viena, não há coincidência quanto ao entendimento da origem do referido Círculo, quer quanto a data, quer quanto aos membros.

2. No nosso entender, o neopositivismo é um movimento obsessivo entorno da pureza axiomática dos discursos científicos. E, para isso, apoia-se nos seguintes pontos de vista:

a) A falsa problemática da filosofia: O neopositivismo considera que a maioria dos problemas filosóficos são pseudo-problemas, frutos de uma inadequada compreensão do funcionamento das linguagens. Pois, eles acreditam que se entendendo os mecanismos, a lei de organização e funcionamento das linguagens, eliminam-se a maioria das questões filosóficas, que são só efeitos problemáticos decorrentes de uma obscura compreensão do funcionamento das linguagens.⁶⁴

Esse esforço por substituir a linguagem natural ou cotidiana por sistemas linguísticos formalizados deve-se à afirmação de que ela estaria tão saturada de vaguezas e ambiguidades que as investigações lógicas e teórico-científicas somente poderiam ocorrer no âmbito das linguagens formalizadas.

Assim, conforme WARAT⁶⁵, “Atribuem à linguagem um lugar de preferência na problemática filosófica. Aflorando, desse modo, a idéia de que nosso conhecimento pode amiúde ser obscurecido por certas perplexidades de natureza estritamente linguística. Uma linguagem defeituosa pode, em muitas circunstâncias, por si só, brindar-nos com um quadro distorcido do objetivo de nossas preocupações”.

b) A filosofia reduz-se à filosofia da ciência: a partir do acima afirmado, os únicos autênticos problemas são os emergentes da elucidação e compreensão do funcionamento das linguagens da ciência. Destarte, os outros problemas – os filosóficos – são pseudo-problemas, ou seja, enunciados metafísicos e, como tal, enunciações sem sentido.

Razão pela qual, para o positivismo lógico, a filosofia fica reduzida à sua dimensão epistemológica⁶⁶. Dessa forma, as preocupações do neopositivismo parecem girar entorno do questionamento da cientificidade da ciência. E, preocupando-se pela linguagem da ciência, busca fundar uma ciência da ciência, em outras palavras, pretende ver a ciência como um termo duplicado⁶⁷. Mas, no jogo dessa duplicação vão surgindo os fios de uma teia de

⁶⁴ V. WARAT, Luis Alberto. *Semiótica y Derecho*. Buenos Aires: Eikón, 1971. Cap.I.

⁶⁵ Idem, *ibidem*, p.13.

⁶⁶ Idem, *ibidem*. V. tbém. WARAT. *O direito e sua linguagem*. Principalmente, nas considerações preliminares.

⁶⁷ Nesse sentido, ver LECOURT, Dominique. *Para uma crítica de la epistemologia*. 4ª ed. México: Siglo XXI, 1982. 1º Cap.

aranha que aprisiona o saber de forma tal que não permite tematizar os fios de outra trama: a da história, ou seja, a teia de aranha da história efetiva da ciência, que, como atividade social, encontra-se determinada nos componentes políticos e ideológicos que o neopositivismo, precisamente, rejeita.⁶⁸

Desse modo, o neopositivismo reduz a filosofia à filosofia da ciência, vendo-a como uma teoria geral da ciência, regulada pelo postulado da neutralidade ideológica⁶⁹. Esta teoria geral não foge, consoante Lecourt⁷⁰, dos pressupostos ideológicos do idealismo, porque “repete, sob o manto modernista e cientificista, um procedimento clássico da filosofia idealista que, quando fala das ciências, só se preocupa por uma coisa: extrair sua ‘essência’ comum para poder falar da ‘ciência’ – não do ‘conhecimento científico’ – e logo fundamentar-se nas teses produzidas dessa maneira para elaborar uma teoria do conhecimento. Relendo-se a história da filosofia comprova-se facilmente com que notável regularidade funciona esse procedimento de Platão a Husserl”.

A neutralidade ideológica, para o positivismo, apoia-se na possibilidade de uma enunciação científica que encontre seu fundamento numa relação de adequação de um enunciado a um referente visto como objetivo. Esta relação de objetividade determina, de um lado, os ‘critérios de verdade’ e, por outro, a ‘pressuposição fundante de seu princípio da neutralidade ideológica’ – que está externada na ‘condição semântica de sentido’.⁷¹

c) A rejeição metafísica: dentro desta corrente só podem ser pensadas como enunciações científicas aquelas sentenças que tenham correspondência com os fatos. Se um enunciado não pode ser direta ou indiretamente referido a uma base empírica e que não seja, por sua vez, suscetível de ser incluído num discurso formal – lógico –, é um enunciado sem sentido.

Este princípio da rejeição metafísica, tal como o indica WARAT⁷², não pode ser considerado num sentido lato, já que o neopositivismo não discute a importância e validade das afirmações metafísicas fora do âmbito da ciência. Assim, os enunciados

⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. Um trilema epistemológico, mas ala del positivismo jurídico: Hart, Bobbio y Ross. Chile, Universidad de Valparaiso, no prelo.

⁶⁹ A esse respeito ver meu trabalho “O princípio da neutralidade ideológica na filosofia positivista do direito”, inédito, aprenhado em seminário, quando da Cadeira de Teoria Geral do Direito I.

⁷⁰ LECOURET, D. op.cit.

⁷¹ A esse respeito ver STGMULLER, Wolfgang. A filosofia contemporânea. Vol.I, Cap.IX. V. tbém. WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem.

⁷² WARAT, L.A. O direito e sua linguagem.

metafísicos são sem sentido para a ciência quando eles são vistos como pseudo-preposições, ou seja, quando estamos diante de enunciações travestidas em suas enunciações textuais de preposições sem ter aptidões semânticas – capacidade de veicular conceito verificável.

d) A verdade objetiva como condição de significação: a postulação dos enunciados metafísicos como expressões carentes de sentido ou pseudo-preposições é feita no interior do positivismo lógico através de um jogo teórico cujos feixes metodológicos foram sintetizados nesta corrente por um princípio epistemo-semiológico. Princípio este que os neopositivistas denominam ‘condição semântica de sentido’.

A referida condição deve ser vista como uma fórmula de produção de significações, baseadas nas velhas concepções aristotélicas entorno da verdade e objetividade dos enunciados. Aristóteles já apoiava parte de seus raciocínios no que ele chamava de pressupostos de uma verdade objetiva, para contrapor às teses subjetivas entorno da verdade.

Para ele, por exemplo, o enunciado ‘a neve é branca’ satisfaz as condições semânticas objetivas da verdade, se e somente se a neve é branca⁷³. Esta forma de significação está indicando que só se podem considerar como semanticamente significativas as expressões que tenham correspondência fática e que só estas podem, também, ser consideradas como reveladoras, portadoras, veiculizadores de uma verdade objetiva. Estabelece, assim, uma espécie de círculo metodológico a partir do qual as possibilidades de verificação empíricas cumprem o duplo papel de determinar as possibilidades de verdade e de sentido daqueles enunciados que podem ser pensados como uma preposição.

Dessa maneira, observa-se que ficam fora das condições de sentido todos os critérios subjetivos ou sociais determinantes dos processos de significação⁷⁴; por isso, pode dizer-se que, mediante os critérios de objetividade e verdade externados pela condição semântica de sentido, foge a história. Isto porque os determinantes ideológicos que não podem verificar-se, ficam à margem do discurso científico, como enunciados metafísicos.

Como observa WARAT⁷⁵, através da condição semântica de sentido estabelece-se o mito do referente puro, ou seja, a condição semântica de sentido estabelece

⁷³ TARSKI. El concepto de la verdad. *In* antologia semântica, compilada por Mario Bunge. Buenos Aires: Nueva Vision, 1968.

⁷⁴ WARAT, L.A. La filosofía linguística y el discurso de la ciencia social. *In*, Revista Sequência n.1, Fpolis, 1980.

⁷⁵ Idem, *ibidem*, p.10.

certas normas para as produções de significações que as reduzem a um âmbito exclusivamente referencial, identificando o conceito com suas evocações referenciais, excluindo e tornando irrelevantes outros possíveis âmbitos de sentido – de significação.

Aplicando Saussure⁷⁶, poderíamos dizer aqui que através das condições semânticas de sentido admitem-se as possibilidades de construção dos **sintágm**as dos discursos da ciência a partir de certas referências categoriais emergentes das teorias científicas acumuladas e dos **paradigmas** denotativos veiculizados pelas enunciações protocolares.

As condições semânticas de sentido excluem todos os efeitos da ideologia e significação e, portanto, resultam inaplicáveis para estabelecer condições de significações nas ciências sociais.⁷⁷

Em suma, pode-se dizer que através da condição semântica de sentido detectamos o cerne da proposta epistemológica do neopositivismo, podendo ser vista, assim, esta corrente como uma teoria sobre as condições de significação dos discursos científicos. A condição semântica de sentido é um recurso analítico, um instrumento de trabalho, uma fórmula – síntese – desta teoria. De tal forma que unicamente se compreende o que a fórmula nos propõe referindo-a a teoria neopositivista.

Enfim, o neopositivismo é uma longa explicação de uma fórmula de significação. Correlacionando a teoria com a fórmula descobre-se que a fórmula desempenha não uma, mas sim, muitas funções. É simultaneamente uma condição lógica e semântica da verdade, mas, também, é uma condição temática de cientificidade (pois, nos determina os campos problemáticos da ciência). É, também, uma condição pragmaticamente negativa, pois, nos indica o que não deve ser considerado do âmbito pragmático, no qual se desenvolve a atividade da ciência.⁷⁸

Destarte, nos escritos do positivismo lógico a diferença do que é científico do que não é tornou-se convergente com o que é significativo e o que não é.

e) A demarcação entre as proposições e as pseudo-proposições: apoiados em suas teses entorno da objetividade e da verdade, com que embasam a condição semântica de sentido, surgem as condições neopositivistas para a formulação das proposições. Isto é, o

⁷⁶ SAUSSURE, F. Curso de Linguística Geral.

⁷⁷ Nesse sentido, v. WARAT, art. cit. Revista Sequência n.1.

⁷⁸ Cf. anotações das aulas de Epistemologia Jurídica. 1º Trim./1983.

critério de demarcação entre as proposições e as pseudo-proposições. Assim, o critério de demarcação entre as proposições e as pseudo-proposições encontra-se determinado, além das condições semânticas, pelas condições sintáticas de sentido. Por esta razão, podemos falar com Warat de uma condição neopositivista de sentido que é, para ele, dentro da própria corrente, uma condição mais abrangente que a externada pelo princípio da verificabilidade semântica.⁷⁹

Resumindo, o neopositivismo estabelece uma fórmula constituinte como critério de demarcação, entre as proposições e as pseudo-proposições: uma dupla referência sintática e semântica. No plano sintático as proposições devem satisfazer as regras morfológicas de formulação das linguagens e, no plano semântico devem satisfazer o teste de verificabilidade. Fica excluída toda problemática emergente das dimensões pragmáticas da semiótica. Retornando à dimensão semântica da proposta de demarcação das proposições no neopositivismo, diremos que, para este, um enunciado é uma proposição se veiculiza, estabelece um contexto que possa correlacionar-se com um predicado verdadeiro.

Quando os neopositivistas falam da verdade em relação às proposições, o que fazem ambigualmente. Por outro lado, referem-se a uma condição meta-linguística que nos fala em critérios de verificabilidade das enunciações; e, por outro lado, referem-se aos valores veritativos – verdadeiro e falso – aplicáveis a um enunciado.⁸⁰ Dessa forma, são, para eles, enunciados que satisfazem as condições de verdade. E, portanto, proposições tanto as verdadeiras como as falsas. As proposições falsas são, para eles, semanticamente verdadeiras.

Procurando esclarecer ainda que propedeuticamente as afirmações anteriores, podemos dizer que, as sucessivas retificações das fórmulas neopositivistas determinam que, também, satisfaziam os testes de verificabilidade aqueles enunciados que potencialmente poderiam satisfazer às condições de verificabilidade, ou seja, de alguma maneira o saber teórico acumulado poderia admitir como justificável futura possibilidade de verificação. Assim, um enunciado pode não ser verificável porque não existe condições técnicas para isto no momento, mas, se o predicado da enunciação comporta teoricamente com seu sujeito, o enunciado pode, provisoriamente, ser legitimado como uma proposição, mas, senão comporta deve ser pensado como uma pseudo-proposição, sempre e quando satisfaça as regras sintáticas da constituição proposicional. Porém, senão satisfaz sequer estas últimas, é um enunciado sem sentido sintático. Por exemplo, “a outra face da lua é de queijo verde” é uma pseudo-

⁷⁹ WARAT, Luis Alberto. O direito e sua linguagem. Cap. ref. Ao positivismo lógico.

⁸⁰ Cf. apontamentos de classe da Cadeira de Epistemologia Jurídica. 2º Trim./1981. PGD/UFSC.

proposição, isto porque o saber teórico acumulado não aceita possibilidades futuras dessa verificação; o mesmo ocorre no caso do clássico exemplo de Warat: “O gato de minha vizinha é cornudo”. Esta é uma pseudo-proposição por não atender as condições semânticas, já que ter “cornos” é uma propriedade dos homens e não dos gatos.⁸¹

Do ponto de vista lógico, pode-se também explicar esta concepção neopositivistas de que se um enunciado satisfaz a condição semântica e é falso, sua negação é um enunciado verdadeiro. O que não acontece com as pseudo-proposições, que, negando-as permanecem ainda como um enunciado sem sentido.⁸² Assim, por exemplo, a proposição “Os unicórnios acordam cedo”. Admitindo-se como falsa essa proposição, a sua negação: “Os unicórnios não acordam cedo”, também não é uma proposição verdadeira. Com isto, os neopositivistas pretendem reforçar o sem sentido semântico das pseudo-proposições. A importância fundamental desse critério de demarcação entre as proposições e as pseudo-proposições está no fato de que só as primeiras podem integrar-se, com legitimidade, no discurso da ciência.

f) O fisicalismo como critério unificador da ciência: Alguns integrantes do denominado Circulo de Viena ligaram-se a uma postura que recebeu o nome de fisicalismo.⁸³ Mas, como disse Farrel, esta posição não constitui uma posição oficial do movimento, porém, representou a ala mais radical do referido Circulo. O principal expoente desta postura foi Carnap. Em sua tese central o fisicalismo sustenta que a linguagem fisicalista é uma linguagem universal, na qual se pode traduzir qualquer proposição. Ou seja, que toda proposição pode traduzir-se em outra, numa proposição que nos fale do estado físico.

“Por ‘Física’ entendemos não o sistema atualmente conhecido por leis físicas e, sim, a ciência caracterizada por um modo de formação de conceitos que faz remontar todo conceito a coordenadas de estado, isto é, a atribuições sistemáticas de números a pontos no tempo-espço.”⁸⁴

Qualquer conjunto de proposições pode ser entendido como um subconjunto da linguagem fisicalista. Todo subconjunto é redutível a termos de linguagem fisicalista. A

⁸¹ WARAT, Luis Alberto. Derecho al Derecho. Cap. Que los gatos aman y no vale el desmintido. Buenos Aires: Eudeba, 1970.

⁸² VERNENGO, R. J. Curso de Teoria Geral do Direito. Cap. II e III.

⁸³ FARREL. La metodologia Del positivismo lógico. Cap. sobre o fisicalismo.

⁸⁴ GIDDENS, A. O positivismo e seus críticos. *In* BOTTMORE, T. História da Análise Sociológica. Rio: Zahar, 1980. p. 334.

linguagem fisicalista é a linguagem básica, segundo Carnap, para toda ciência; o que gerou o sonho das ciências unificadas, conhecidas, também, como “Enciclopédia de Chicago”.

Assim, a opinião inicial de que os enunciados metafísicos não tem sentido foi suplantada, com Carnap, pela noção mais requintada de que falta às doutrinas metafísicas o significado cognoscitivo, embora possam ter um significado emotivo. Não havendo como submetê-las a qualquer caracterização do princípio de verificação.

Por isso, Carnap procurou expressar a tese fisicalista como uma tese sobre as linguagens, isto é, procurou mostrar que todo conhecimento pode ser reduzido às proposições da linguagem fisicalista.

Esta ala radical, indubitavelmente, coloca o Círculo de Viena numa postura tão extrema que tornaria inaplicáveis as teses do positivismo lógico ao campo do Direito.⁸⁵

g) O caráter emotivo das idéias éticas: No positivismo lógico os juízos de valor são considerados emotivos, isto é, não são descritivos. Expressam somente o sentimento do que fala e define sua atitude, por isso, não são verdadeiros, nem falsos. Rabossi alerta sobre o perigo de fazer uma grosseira adaptação das teses neopositivistas à Ética, colocando em um pé de igualdade os juízos éticos com as expressões metafísicas. Para Ayer⁸⁶, os conceitos éticos fundamentais não são analisáveis, já que não existe nenhum critério que possa dar sua validade, são pseudos-conceitos. A presença de um signo ético numa proposição não acrescenta nada ao seu conteúdo fático. Se afirmarmos: “fizeste mau em roubar”, não acrescentamos nada a que se houvésemos dito: “voce roubou”. A função das palavras éticas é, portanto, puramente emotiva. Em realidade os termos éticos servem, além de expressar sentimentos, para motivá-los, para induzir à ação, outorgar aos enunciados em que figuram os efeitos de uma ordem. Daí, segue-se que é impossível discutir sobre questões de valor. Para ele (Ayer), só é possível argumentar sobre questões morais supondo-se algum sistema de valor. Esta mesma idéia emotivista acerca dos valores é a que sustenta Kelsen para excluir os juízos de justiça de uma ciência do direito em sentido estrito.⁸⁷

⁸⁵ Nesse sentido, FARREL, op. cit., p.127 e ss.

⁸⁶ V. FARREL, op.cit., p.135; v. tbém., COELHO, L.F. Lógica jurídica e interpretação das leis. 2ª ed. Rio: Forense, 1981. p. 294/5.

⁸⁷ KELSEN, H. Teoria general del Derecho y del Estado. 2ª ed. México: I. Universitária, 1958, Cap. Justicia y Legalidad. p.16.

h) O estudo tripartido dos signos: O neopositivismo considera importante estudar os signos constituintes do objeto da semiótica em três pontos de vista diferentes: atendendo às relações que podem se estabelecer dos signos entre si; dos signos com o mundo; e, dos signos e seus usuários. Estes constituem, para eles, os três níveis ou subdisciplinas em que se pode dividir a semiótica.⁸⁸ Quando se estudam as relações que se poderiam estabelecer dos signos entre si, estamos no campo da sintaxe; dos signos com o mundo, no campo da semântica; e dos signos com os seus usuários, estamos no campo da pragmática.

A sintaxe e a semântica, por sua vez, podem ser subdivididas, conforme salienta Warat, seguindo a Carnap, em puras e descritivas.⁸⁹ Esta subdivisão é feita considerando a possibilidade de construir linguagens artificiais (semânticas puras e descritivas), que seriam linguagens aptas para diagnosticar e refletir sobre as linguagens da ciência.

A semântica e a sintaxe descritivas ocupar-se-iam das linguagens naturais. Por sua vez, a semântica e a sintaxe descritivas, com base pragmática, constituiriam, para Carnap, a Linguística.

A sintaxe pura e a descritiva tratariam dos estudos das regras de formação gramatical da linguagem e de seus problemas lógicos (completitude, axiomatização, derivação lógica etc.).⁹⁰

A análise semântica trabalharia, principalmente, a determinação das proposições e das possibilidades que elas expressem relações de verdade.

A pragmática ocupar-se-ia das relações dos signos com os seus usuários, explicitando as incertezas derivadas da intencionalidade dos usuários e das incertezas significativas, provocadas pelos atos de comunicação, devido a que nós, os homens, nos comunicamos através de termos de classe.

⁸⁸ Para o estudo deste item baseei-me no trabalho do Prof. Warat, “Ensino e Saber Jurídico”. Rio: El Dorado, 1977, última parte.

⁸⁹ Cf. WARAT, L.A. *Semiótica y Derecho*.

⁹⁰ *Idem*, *ibidem*.

3. Analisaremos, agora, a aplicação do positivismo lógico no campo da ciência dogmática do direito. Em “A pureza do poder” WARAT afirma algumas incidências do positivismo lógico na teoria kelseniana, propondo-nos uma releitura de Kelsen, baseada nos pressupostos epistemológicos do neopositivismo. Na mesma obra ele afirma que a teoria kelseniana deve ser vista como uma dogmática geral. Cabe concluir que é legítimo efetuar uma releitura da dogmática jurídica baseada nas teses epistemológicas do neopositivismo.

Nesse sentido, acreditamos que duas são as questões centrais que importam discutir: a) a pertinência da utilização da condição semântica da verdade no campo do Direito; e, b) o caráter metafísico das questões ideológicas.

Porém, antes de nos ocuparmos destes dois campos problemáticos, procuraremos analisar as principais contribuições do neopositivismo no campo do Direito, nos três níveis em que seus cultores dividem o estudo dos signos.

Sem dúvida a maior contribuição do neopositivismo no campo do Direito corresponde ao nível da sintaxe. Ela enriqueceu, ou melhor, diríamos, foi fator constituinte dos desenvolvimentos atuais da lógica deôntica, cujos principais expoentes são: Von Wright, Alf Ross, Carlos Alchourron e Eugenio Boligyn.⁹¹

A partir da análise sintática os juristas puderam construir uma linguagem formalizada para o Direito. Este tipo de estudo permitiu que os juristas conhecessem as características dos enunciados jurídicos, suas peculiaridades e a sua lógica.⁹²

Uma das perguntas que os estudos sintáticos do Direito tentou responder são os requisitos que a esse nível deve satisfazer um enunciado para ser verdadeiro. Ou seja, responder a pergunta sobre quando uma oração jurídica encontra-se gramaticalmente bem formada, o que vale dizer, que tenha algum sentido na linguagem em que é formulada.

Os estudos sintáticos permitiram, também, que os juristas tomassem consciência sobre o tipo de sentido atribuível aos enunciados normativos que não informam nada sobre as situações de fato. Estes estudos encontram-se embasados em Aristóteles e Hume.

Aristóteles distinguiu os enunciados “possíveis” dos “verdadeiros”. Ele dizia que “da necessidade se infere a verdade” e “da verdade a possibilidade”. Dessa maneira,

⁹¹ ALCHOURRON, Carlos E. e BOLIGYN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea, 1971.

⁹² Cf. VERNENGO. Temas de Teoría General del Derecho. Buenos Aires, 1971. Todas as reflexões sobre as incidências das análises sintáticas ao Direito foram extraídas desta obra, nos Capítulos 1º, 2º e 3º.

estabeleceu as modalidades dos enunciados. As modalidades aristotélicas chamam-se: “modalidades aléticas”.⁹³

Hume, por sua vez, assinalou que as leis aristotélicas, das modalidades aléticas, não valem sem reservas quando os enunciados têm função prescritiva. Assim, que uma proposição seja verdadeira, necessariamente verdadeira ou possível, disto nada podemos inferir com respeito a sua obrigatoriedade. É, também, o que de forma inversa afirma Hume, ou seja, de que se uma norma estabelece a obrigatoriedade de uma ação, nada podemos inferir sobre a verdade, possibilidade ou necessidade alética do fato. Porém, disse Hume, uma norma pode ser vista, também, como um enunciado modalizado que nos fala sobre a obrigatoriedade, permissão ou proibição. Essas modalidades denominam-se: “modalidades deônticas”, que são vistas por Hume como os modos da obrigação (do verbo grego “dein” = dever).

Esta idéia das modalidades deônticas de Hume foi que inspirou a Kelsen para estabelecer os três sentidos do “dever ser”. Esta interpretação do “dever ser” é feita por Vernengo⁹⁴, que considera metafísica toda análise do “dever ser” que extrapole sua dimensão sintática. O “dever ser” só externa, para ele, os diversos sentidos da obrigação: é uma fórmula condensada das modalidades deônticas primitivas. Assim, para o referido autor, as regras de formação de uma norma residem a aplicação de um operador modal deôntico e um enunciado – o enunciado resultante de uma norma. E, acrescenta, as regras de formação dos enunciados normativos correspondem unicamente à análise lógica das normas, já que, de acordo com as formas de expressões lingüísticas correntes, as proposições normativas podem assumir as mais variadas formas.

Em resumo: a) o que distingue uma norma de um enunciado verdadeiro ou falso é sua modalidade deôntica; b) a característica dos enunciados deônticos é que eles não podem ser deduzidos de enunciados puramente declarativos, nem estes das normas.

⁹³ Modalidades aléticas. A modalidade é considerada como a maneira que o enunciador se expressa em relação ao conteúdo da frase, ao grau de verdade existente nela, ou em relação a quem o enunciado se destina. Advérbios, certos verbos e também algumas categorias gramaticais podem contribuir para dar uma modalidade ao discurso. A modalidade alética não envolve o controle humano. Modalidades aléticas (ontológicas, aristotélicas). Este tipo de modalidade, mais ligado ao interesse dos filósofos, relaciona-se ao valor de verdade de uma frase e liga-se ao conceito de *existência*, ao conhecimento de mundo: falso/verdadeiro. Para Aristóteles, uma proposição está sujeita a uma gradação que pode variar do *necessário* até o *impossível*. Esse tipo de modalidade classifica-se em quatro eixos: *Necessário*. Estado de coisas que necessariamente ocorrem no mundo. Predominam verbos como: precisar, necessitar, ser, etc. Ex: *As andorinhas são um grupo de aves passeriformes da família Hirundinidae*. *Possível*. Estado de coisas que podem levar a uma ocorrência: *Pode estar chovendo em Curitiba agora*. *Contingente*. Estado de coisas que podem ou não ocorrer no mundo: *Luma é um ser humano*. *Rio de Janeiro é uma cidade maravilhosa*. *Impossível*. Expressão que marca a impossibilidade de um acontecimento: *As pessoas não contraem HIV/AIDS por um aperto de mão*.

⁹⁴ Cf. VERNENGO. Op.cit. p.48.

Kelsen estima que as leis deônticas (leis da lógica jurídica) só valem para as proposições jurídicas (os enunciados da Ciência do Direito), mas não para as normas em função prescritiva. Von Wright, ao contrário, entende que deve ser entendida em ambas.⁹⁵

Quanto a análise semântica suas contribuições ao Direito são muito mais reduzidas, devido a que as normas jurídicas não têm referente. Como diz o professor Warat⁹⁶, só admitindo a tese de Frege sobre o referente indireto é que se pode pensar na aplicação dos critérios semânticos ao Direito. Kelsen admite essa possibilidade e sustenta, portanto, que as proposições jurídicas são verdadeiras a medida em que o conteúdo delas coincida com o conteúdo das normas jurídicas.

Quanto à análise pragmática, se existiram contribuições ao Direito, elas foram ministradas na Filosofia da Linguagem Ordinária e não pelo neopositivismo. A esse respeito, as principais contribuições da Filosofia da Linguagem Ordinária estão vinculadas a uma reflexão do funcionamento das linguagens, nos processos de interpretação da lei.

Destarte, os neopositivistas criaram, ao menos no nível da sintaxe, modelos artificiais de linguagem que facilitaram os desenvolvimentos atuais da lógica deôntica, culminando no trabalho de Von Wright. Porém, eles foram dispersos ao nível da semântica e da pragmática, enquanto que a Filosofia da Linguagem Ordinária, ainda que fragmentariamente, melhor atuou nesses níveis (vagueza e ambigüidade), problematizando as questões referentes às incertezas significativas e às intenções dos sujeitos emissores no processo de comunicação social.

Em um dos seus recentes trabalhos, WARAT⁹⁷ faz uma nova interpretação da norma fundamental gnoseológica kelseniana, vendo-a como uma condição pragmática de significação, uma vez que ela não nos estabelece nenhuma ordem de significação (nem simbólica, nem conceitual), senão que se limita a indicar os sujeitos (órgãos) do sistema que podem produzir significações jurídicas legítimas.⁹⁸

Sobre a pertinência da utilização da condição semântica da verdade no campo do Direito, já colocamos o cerne da questão quando discutimos as incidências da análise semântica no campo do Direito. Queremos acrescentar aqui, seguindo Farrel⁹⁹, certas relações

⁹⁵ Cf. FARREL. Op. cit. p.123 e ss.

⁹⁶ Cf. WARAT. A pureza do poder. Florianópolis: UFSC.

⁹⁷ Cf. WARAT. Artigo citado (Un trilema epistemológico ...)

⁹⁸ Nesse mesmo sentido ver ENTELMANN, Ricardo. El discurso como discurso del Poder. Comunicação apresentada no I Congresso Internacional de Filosofia do Direito, em La Plata, Argentina, Outubro, 1982.

⁹⁹ FARREL. Op. cit. p.123 e ss.

ou analogias entre a verdade e a validade. Assim, tanto uma como a outra não devem ser consideradas como propriedades ou proposições das normas, respectivamente, senão como uma relação entre um enunciado e um critério de significação. Isto significa, diz Farrel¹⁰⁰, que nenhuma exaustiva análise das normas jurídicas permitirá descobrir sua validade, já que não se trata de uma propriedade dessa norma. Claro que, pensando-se a validade como uma relação entre uma norma e um critério de significação ou de legitimação, a questão fica muito mais complexa que a relação proposição/verdade, posto que, os juristas não têm um único critério de significação ou de legitimação. Basicamente podemos falar de quatro critérios significativos para estabelecer a validade de uma norma:

a) Os critérios jusnaturalistas: preocupados por atribuir validade a partir da legitimidade de certos conteúdos vistos como integrantes de um sistema transcendente, ou seja, somente quando os conteúdos das normas jurídicas coincidem com os conteúdos das normas do Direito Natural é que se consideram válidas as primeiras.

b) Os critérios normativistas: que podemos pensar como coincidentes com a Teoria Geral do Direito. Consideram que a validade de uma norma encontra-se determinada por uma relação de concordância entre a norma e uma norma superior, até chegar à norma básica.

c) Os critérios realistas: atribuíveis, principalmente, a Alf Ross. Substitui a problemática da validade pela da vigência e sustenta que uma norma deve ser considerada vigente quando é aplicada pelos Tribunais. Este critério tem um ar de família com o critério de verdade do neopositivismo, mas, como indica Farrel, tem uma diferença substancial no sentido de que as sentenças judiciais não são fatos, mas sim, normas individuais, pelo que o critério de Alf Ross não é muito diferente do de Kelsen.

A conjunção destes dois últimos critérios permite considerar as propostas epistemológicas do positivismo jurídico como critérios de significação para a determinação da verdade das proposições da dogmática jurídica.

d) Os critérios de validade inspirados no positivismo lógico: este critério está baseado em Schlick, o pai do neopositivismo. Para ele, as leis jurídicas apresentam algumas características semelhantes às leis naturais. As leis naturais operam, para Schlick, como modelo para a construção das proposições e, da mesma forma, as leis jurídicas funcionam como molde para a construção das sentenças judiciais. Claro que as sentenças são ordens que

¹⁰⁰ Idem, ibidem, p.174 e ss.

não podem ser verdadeiras nem falsas porque só compete averiguar se elas foram ou não cumpridas. Assim, a relação da sentença com os fatos posteriores à decisão determina a relação de cumprimento dela e não de verdade.

Dessa maneira, é importante ver que, para Farrel, a incidência dos critérios de validade para o positivismo lógico não se dá no plano normativo, mas sim no momento em que, ditada a sentença, começa o processo de sua aplicação.

Quanto ao caráter metafísico dos enunciados ideológicos no Direito: como é sabido, os neopositivistas os consideram como enunciados eu expressam – aceitando o emprego napoleônico da noção de ideologia – um sem sentido para a ciência.

No plano jurídico, para os neopositivistas, os enunciados metafísicos identificam-se com as teorias do Direito Natural. E, em consequência disso, consideram – assim como Kelsen, na Ciência do Direito em sentido estrito – desnecessária a discussão das questões morais; pois, para eles, o discurso da moral é um discurso metafísico.

A doutrina do Direito Natural afirma que o Direito forma parte da Ética. Os neopositivistas, por sua vez, afirmam que a Ética não forma parte da ciência jurídica. Os enunciados éticos são proposições sobre os sentimentos que podem receber um tratamento científico na Psicologia, mas, não na Ciência do Direito em sentido estrito.

4. A filosofia da ciência, nas últimas duas décadas, a partir de diferentes marcos teóricos – que vão desde o marxismo, passando pela fenomenologia e chegando até o anarquismo científico de Feyerabend – foi desenvolvendo análises críticas contra as filosofias do positivismo lógico.

O primeiro surto crítico, que poderíamos chamar de “quase imanente”, provem de Popper, autor que foi discutido pelo Círculo de Viena e considerado como basicamente em conformidade com a perspectiva do positivismo lógico. Entretanto, Popper continuou ressaltar as diferenças entre sua posição e qualquer tipo de empirismo ou filosofia positivista. Das quais, seguindo a Giddens, procuraremos sintetizar as seguintes:

“Sua rejeição total da indução e sua rejeição concomitante da ‘certeza sensoria’, que manifesta como fenomenalismo ou fisicalismo; sua substituição da verificação pela refutação, com a correspondente ênfase na ousadia e

engenhosidade na formulação de hipóteses científicas; sua defesa da tradição que, em conjunto com a operação do espírito crítico é fundamental para a ciência; e, sua substituição da ambição da lógica positivista de colocar um fim na metafísica revelando-a como um absurdo com o objetivo de assegurar critérios de demarcação entre a ciência e a pseudo-ciência.

Mas, há também algumas semelhanças importantes, claramente visíveis, entre os escritos de Popper e os trabalhos dos positivistas lógicos. Popper partilha da convicção deles de que o conhecimento científico, por mais imperfeito que seja, é o conhecimento mais seguro e fidedigno a que os seres humanos podem aspirar; seus esforços para estabelecer critérios claros de demarcação entre a ciência e a pseudociência têm muito do mesmo ímpeto da preocupação dos positivistas lógicos em libertar a ciência da mistificação do jogo vazio das palavras e, como os positivistas lógicos, sua caracterização da ciência se faz pelo procedimento: a ciência se separa das outras formas de tradição na medida em que suas teorias e constatações podem ser submetidas à prova empírica e, portanto, à refutação potencial.”¹⁰¹

Popper procurou separar seu pensamento da preocupação com a linguagem, afirmando que isso obscurece a verdadeira natureza da empresa científica, que acima de tudo se interessa pela relação entre hipóteses e o mundo dos objetos. A terminologia, diz Popper, não importa, exceto na medida em que a clareza e a precisão das expressões são necessárias para o texto rigoroso das teorias científicas.¹⁰²

Provavelmente, a corrente crítica que mais deve ser tomada em conta seja a que foi desenvolvida pela Escola de Frankfurt.¹⁰³ Suas origens são contemporâneas ao Círculo de Viena. Estendendo-se a mencionada crítica desde Horkheimer, Adorno e Marcuse, por duas gerações até Habermas. Pode-se dizer que, a crítica ao empirismo foi construindo as preocupações mais centrais daquilo que chegou a ser chamado de “teoria crítica”.

¹⁰¹ GIDDENS, Anthony. Op.cit. p.345.

¹⁰² Idem, ibidem, p.348. Importa, também, levar em consideração o pensamento de Kuhn, principalmente, que, diferenciando-se em vários aspectos de Popper produz outro momento de crítica importante na corrente positivista, mormente, reivindicando o papel que na produção do conhecimento científico cumpre a própria história da ciência. Fator esse totalmente ignorado pela ortodoxia do positivismo lógico (V. GIDDENS, op. cit. p.334 e ss.)

¹⁰³ A respeito ver GIDDENS, A., op. cit., Cap. A crítica do positivismo na Filosofia de Frankfurt. p.351 e ss.

Os empiristas, em geral, adotavam a posição de que a experiência sensorial é a que proporciona a base do conhecimento científico, não podendo ser estendida tal experiência de forma a incluir os juízos de valor ou morais-éticos. Assim, para eles, as disputas morais não podem ser solucionadas com os recursos da ciência, enquanto que os Filósofos de Frankfurt (entorno a esta oposição entre a razão científica e a moral) levantam-se em defesa de uma razão entendida hegelianamente, como faculdade crítica que concilia o conhecimento com a transformação do mundo, de modo a estimular a realização e a liberdade humana.¹⁰⁴ Chega-se, com isso, à idéia de uma teoria do conhecimento como teoria da sociedade.¹⁰⁵

Os filósofos de Frankfurt questionam a “atitude passiva, contemplativa, em relação ao conhecimento e, que reduz o impacto prático do conhecimento para a ‘tecnologia’ ou ‘técnica’, privada das potencialidades unificadoras da Razão histórica. Enquanto em Hegel, a Razão é considerada como inerente à realidade, em Hume e Kant, bem como na Filosofia cartesiana, ela se torna uma ‘faculdade subjetiva da mente’.”¹⁰⁶

A teoria crítica é uma defesa exatamente daquelas tradições da Filosofia que os positivistas lógicos desejam mostrar que consistiriam em grande parte em uma metafísica vazia. Assim, conforme os filósofos de Frankfurt, em nome da liberdade em relação ao domínio do mito o empirismo criou uma nova forma de domínio, oculta pela sua própria filosofia: o predomínio da racionalidade instrumental.¹⁰⁷

Em suma, no que concerne ao contexto histórico da ciência moderna, podemos dizer com Habermas que, a aceitação positivista do dualismo do fato e valor leva à incapacidade de reconhecer que a racionalidade técnica apóia um sistema de domínio com sua ideologia de legitimação.

Esta ideologia de legitimação baseia-se num imaginário cientificista que, como diz Habermas, “mascara a problemática da constituição-de-mundo. O sentido do próprio conhecimento torna-se irracional e, isto, em nome de uma conhecimento exato. Mas, disso resulta apenas a consagração da ingênua idéia de que o conhecimento descreve a realidade. Tal concepção corresponde à teoria da cópia da verdade, segundo a qual a correlação de enunciados e temas, reversível porque unívoca, deve ser entendida como isomorfia. Este objetivismo permaneceu, até nossos dias, como signo de uma teoria da ciência imposta pelo positivismo. Em lugar do questionamento transcendental acerca de sentido dos ‘fatos’; sua

¹⁰⁴ MARCUSE, Herbert. Razão e Revolução. 2ª ed. Rio: Paz e Terra, 1978. 1ª parte – introdução.

¹⁰⁵ HABERMAS, J. Conhecimento e Interesse. Rio: Zahar, 1982. p.60.

¹⁰⁶ GIDDENS. Op.cit. p.352.

¹⁰⁷ HABERMAS. Conhecimento e Interesse. *In* Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

conexão é descrita por meio de enunciados teóricos. Ernest Mach radicalizou essa questão, desenvolvendo a teoria da ciência sobre os fundamentos de uma doutrina elementar que clarificaria a faticidade dos fatos enquanto tais.”¹⁰⁸

Para não fugir em demasia aos objetivos centrais desta pesquisa, diremos que a crítica de Habermas ao positivismo lógico no importa em dois sentidos: primeiro, porque permite resgatar a idéia de que a racionalidade técnica é uma gramática de produção de certos efeitos legitimadores dos discursos da dogmática jurídica; segundo, que o positivismo lógico substitui a questão das condições de possibilidade do conhecimento negligenciando ideologicamente o fato de que no desenvolvimento histórico do método existem certos abusos que criam o imaginário cientificista como condição de produção do autoritarismo do conhecimento.

¹⁰⁸ HABERMAS, J. Conhecimento e Interesse. Rio: Zahar, 1982. p.91.

III. O POSITIVISMO JURÍDICO COMO SUPORTE GNOSEOLÓGICO- POLÍTICO DA DOGMÁTICA JURÍDICA

“Para que um discurso tenha poder
precisa por em ação uma crença”
VERÓN

1. A expressão positivismo jurídico¹⁰⁹ é imprecisa. Tendo sido, até agora, vãos os esforços por estabelecer uma definição unívoca para este termo.¹¹⁰ A corrente positivista do Direito engloba pensadores que colocam suas preocupações em questões bem diversificadas da problemática jurídica clássica; sendo, pois, muito difícil a apresentação desta tendência a partir de um quadro conceitual monolítico. Temos pensadores que se apresentam como positivistas a partir de um acentuado ceticismo ético; outros, levantam seu positivismo a partir de sua profunda rejeição à tradicional concepção jusnaturalista do Direito, outros aceitam o positivismo jurídico por claras inclinações políticas, por considerar que ele é o que melhor realiza, no plano do Direito, o programa de dominação capitalista; e, ainda outros, assumem este posicionamento por razões de índole exclusivamente metodológica.

As fontes destas dificuldades vêm-se agravadas pelo fato de que a concepção do positivismo jurídico, no plano do “senso comum teórico dos juristas”¹¹¹, é conseqüência mais das características que a ele são atribuídas, que fruto de afirmações extraídas dos diferentes modelos teóricos produzidos pelos pensadores que podem ser enquadrados nesta corrente.

¹⁰⁹ A positivação do Direito, entendida como Direito positivo/Direito posto, dá-se, com grande ênfase, a partir da Revolução Francesa, da codificação napoleônica e segue, de modo crescente, até os dias atuais.

¹¹⁰ Um grande esforço por estabelecer uma definição unívoca deste termo foi feita por Uberto Scarpelli, em sua obra “Cos’è Il positivismo giuridico”; porém, não obteve êxito. Pois, como assinala Warat em “Un trilema epistemológico: Mas Allá del positivismo jurídico: Hart, Bobbio y Ross” (artigo realizado para a revista de Ciências Sociais da Universidade de Valparaiso, Chile, no prelo), é impossível estabelecer-se uma definição unitária da expressão “positivismo jurídico”, devendo, portanto, nos resignar à busca de certas condições de reconhecimento significativos de seus usos nos diferentes contextos; dessa forma é que se poderia pensar num núcleo uniforme de sentido, constituído pelo diagrama dos distintos princípios e idéias que fundamentam os compromissos conceituais dos diferentes pensadores que podem ser incluídos no vasto movimento teórico do juspositivismo.

¹¹¹ Sobre “senso comum teórico dos juristas” ver WARAT, Luis Alberto. Mitos e teorias na interpretação das leis. E artigo sobre este mesmo tema na revista *Contradogmática* N° 1, Fpolis: ALMED, 1981.

Caracterizando, inicialmente, o positivismo jurídico e empregando uma condição que Warat chama de “reconhecimento provisional”, poderíamos dizer, com Mialle, que se trata de uma “atitude que encontra na observação científica dos fenômenos a explicitação da realidade, excluindo toda a especulação metafísica. Esta observação é uma experiência da realidade a partir da qual será dada a explicação (empirismo vem de experiência).¹¹²

E, acrescenta,

“os positivistas, partindo do Direito concreto, real, firmado pelos homens, tentam elaborar, assim, uma teoria do Direito.

O estudo do Direito é exclusivamente constituído pelo estudo do Direito positivo.

Nesse sentido, Direito positivo (Direito estabelecido) opõe-se a Direito ideal, por duas razões: não é nem um Direito em idéias ou Direito ideal, nem um Direito supremo ou Direito ideal.

O Direito ideal significa Direito que não existe senão no domínio da idéia, quer dizer, que não é nem aplicado, nem aplicável diretamente. O que lhe falta é uma inserção na ordem da efetividade, isto é, uma positividade.”¹¹³

Dessa maneira, poder-se-ia dizer que o positivismo propõe diversos modelos conceituais para a abordagem, estudo, caracterização, problematização e recuperação ideológica¹¹⁴ do Direito positivo. Estes modelos diferem, principalmente, entre si, pelos critérios unitários, a partir dos quais pretendem a individualização e integração do ordenamento jurídico e das normas que o integram. Assim, Austin¹¹⁵ nos fala do poder soberano; Kelsen¹¹⁶ propõe-nos uma norma fundamental; Hart¹¹⁷ uma regra de reconhecimento primário¹¹⁸; Ross¹¹⁹ apela a um reconhecimento operacional a partir dos

¹¹² MIAILLE, Michel. Uma introdução crítica ao direito. Lisboa: Moraes editores, 1979, p.266.

¹¹³ Idem, ibidem, p.267.

¹¹⁴ Sobre “recuperação ideológica”, ver WARAT, L.A. A pureza do poder. Fpolis: UFSC, no prelo Cap. I e II.

¹¹⁵ Citado, reiteradamente, por H. L. A. Hart, em suas obras: Derecho y Moral. Buenos Aires: Depalma, 1962 e El concepto de Derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

¹¹⁶ Sobre Hans Kelsen ver: Teoria Pura do Direito. Coimbra, 5ª ed.; Idem. Buenos Aires: Eudeba, 1960. Teoria General del Derecho y del Estado. México: Imprenta Universitaria, 1958; e, Que es la teoria pura del Derecho. Rev. Estudios de Derecho, nº 99, Chile: U. Antioquia, marzo/1981.

¹¹⁷ Sobre HART, H.L.A., ver op. cit. (v. nota 115)

¹¹⁸ Frente ao papel da função teórica e prática dos critérios de unidade sistêmica é importante levar em conta a opinião de Alchourron e Boligyn, que nos diz: “Por outra parte, la noción de sistema o orden jurídico como conjunto de todas las normas válidas, cuya validez puede derivarse de alguna fuente común, como el soberano (Austin), la norma básica (Kelsen) o la regla de reconocimiento (Hart), es de relativamente poca utilidad para la ciencia jurídica. Los juristas nunca analizan los problemas de completitud (lacunas) o coherencia

tribunais, que, ditando sentenças, reconhecem e, ao reconhecer, constituem o ordenamento vigente.

Todos eles, além de suas diferenças, aceitam como pressuposto inicial a necessidade de proporcionar uma caracterização do Direito como um sistema de normas. Sistema normativo e Direito seriam, dessa forma, para o positivismo jurídico, expressões sinônimas. Porém, os positivistas ao darem critérios a partir dos quais se possam reconhecer se possam reconhecer e caracterizar o Direito como sistema de normas, fornecem elementos que por outra parte permitem diferenciar a todos eles entre si. Destarte, Kelsen¹²⁰ pretende caracterizar o sistema jurídico a partir das normas, reconhecendo o sistema quando este previamente é integrado pelas normas. Ele faz sua “démarche” teórica das normas; preocupa-se por ministrar critérios de individualização das normas jurídicas com relação aos outros tipos de normas, tomando por base a coerção (que, para ele, unicamente as normas jurídicas apresentam).

Consoante Kelsen, um sistema será jurídico quando formado por um conjunto de normas. Já, outros autores, como Hart e Bobbio¹²¹, propõem um caminho inverso, preocupando-se por caracterizar o sistema – diferenciar o sistema jurídico dos outros sistemas normativos – e, a partir dos sistemas, reconhecer as normas. Em outras palavras, para eles uma norma é jurídica se pertence a um sistema jurídico, enquanto que, para Kelsen um sistema será jurídico se está formado por normas jurídicas. Para Hart e Bobbio é impossível responder diretamente à pergunta: “Que é uma norma jurídica?” Precisa-se, primeiramente, responder a questão: “Que é um sistema jurídico?” Obtida esta resposta, a norma fica automaticamente reconhecida. Enquanto que, para Kelsen, a interrogante principal será a caracterização da norma jurídica, definida esta teríamos automaticamente reconhecida a caracterização do sistema jurídico.¹²²

(contradicciones) en relación a todo el orden jurídico. Se preguntan a menudo si tal o cual ley o código, o algún conjunto definido de normas, es completo en relación a algun problema específico, pero solo los filósofos del derecho hablan acerca de la completitud de todo el orden.” (Alchourron y Boligyn. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires: Astrea, 1975, p.23).

¹¹⁹ A respeito de Ross, ver: Sobre el Derecho y la justicia. Buenos Aires: Eudeba, 1971.

¹²⁰ Ver MARTINO, Antonio A. La traición de Hans Kelsen. *In* Revista Sequência nº 4, Fpolis: PGD/UFSC, 1981, p.97 e ss.

¹²¹ Idem, ibidem.

¹²² Fora do positivismo jurídico as observações que terminamos de fazer podem parecer vazias, porém, constituem uma questão problemática da maior importância no interior do mesmo. Por exemplo: em Kelsen, a relação norma jurídica/sistema, que ele nos propõe, exige uma caracterização do ordenamento que não admite a existência de uma norma incompleta, sem sanção. O sistema de norma jurídica, para ele, está unicamente integrado pelas normas de obrigação e pelos órgãos que as criam. Já, ao contrário, para Hart e Bobbio, um ordenamento jurídico está formado por um conjunto heterogêneo de enunciados. Necessita-se unicamente, em

Esta tese do positivismo jurídico que propõe a identificação do Direito com o sistema de normas jurídicas é muito importante para nós, pois, constitui também um dos suportes conceituais mais importantes da vertente dogmática do juspositivismo. Lembremos esta idéia.

2. Como toda forma de pensamento, o positivismo jurídico tem sua história fragmentada, contraditória, com avanços, recuos, polêmicas, ódios e vaidades pessoais. É uma história direcionada tanto por objetivos teóricos como por determinações e necessidades políticas. Nasce como repulsa ao jusnaturalismo. E, esta é uma rejeição dupla, pelo que o jusnaturalismo representa como atraso teórico e pelo que representa, tanto como suporte político do poder aristocrático, como suporte à ascensão burguesa. Até agora, ser jusnaturalista é ser um pouco um aristocrata o direito.

O jusnaturalismo correspondia, sobretudo nos fins do século XVIII, consoante Miaille,

“[...] à teoria de que necessitava a burguesia ascendente para criticar a feudalidade e transformar a sociedade que se opunha ainda à sua dominação. O positivismo será, a partir da codificação napoleônica – de que é uma manifestação e não uma causa – a teoria de que tem necessidade uma burguesia que se tornou dominante no sistema sócio-político.”

Qualquer explicação jusnaturalista, acresce Miaille,

“[...] referir-se-ia à existência e ao valor de regras não escritas, superiores aos homens e à sociedade, determinando as regras jurídicas fixadas pelos homens: o direito natural.

Sabemos o uso que em direito francês foi feito deste direito natural: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é dele uma expressão particularmente clara. Em direito privado, tanto do direito de propriedade como um certo número de instituições, tais como o casamento ou a

teoria, que pelo menos um desses enunciados tenha a nota de coerção. Para eles, a coercibilidade é uma característica (uma propriedade) mais do sistema, que das normas. Acreditamos não ser necessário estender-nos muito nesta questão, mas, devemos registrar o fato de que estas são diferenças para o progresso da Teoria Geral do Direito e da constituição de um positivismo jurídico não dogmático. Torna-se questão vã, se pretendemos olhá-las a partir da teoria crítica do direito, de uma postura marxista ou de uma atitude sociológica, como é o caso.

filiação, eram estudados e interpretados à luz deste direito natural. O mesmo se passava com o direito internacional.

Esta atitude tinha duas conseqüências. A primeira é que era considerado como parte da ciência jurídica o estudo das regras que não pertenciam em sentido estrito ao sistema de direito que regulava as relações sociais. Considerando esta afirmação seria preciso dizer que este direito natural estava já em parte representado nas regras do direito positivo, era, pois, sua parte integrante; mas, certas regras do direito natural nem sempre tinham expressão de direito positivo, o que conduzia à segunda conseqüência. O jurista era levado não só a expor as regras do direito positivo, mas, ainda a apreciá-las em relação ao direito natural. Estes juízos de valor aparecem com completamente estranhos a uma obra científica do século XIX. Montesquieu tinha sido, na matéria, um precursor, uma vez que mostrava que as leis jurídicas eram regidas por leis científicas (designadamente em relação à geografia, ao clima, à história). Os juízos de valor encontravam-se, portanto, submetidos primeiramente a uma análise científica. É esta preocupação do “espírito positivo” que faz progressivamente abandonar posições jusnaturalista que aparecem como o ressurgir intolerável do espírito filosófico no seio da ciência.

Não se acredite que se trata de uma simples substituição de teorias que evoluíram assim no mundo das idéias: a atitude positivista dominante explica-se face à evolução geral da sociedade francesa durante o século XIX. A Revolução de 1789 marca, de certa maneira, uma ruptura neste domínio: a um direito essencialmente forjado por uma história acidentada, mas sempre sob a autoridade última de Deus, sucede um direito que se afirma fruto da razão pura. Esta pretensão explicaria que os comentadores deste direito aparentemente cheio de lógica e de racionalidade tivessem podido pensar que a simples interpretação dos textos era suficiente. A verdadeira explicação reside, na realidade, noutro lado: não se compreenderia porque é que, de repente, a sedução da Razão positivista teria lançado o jusnaturalismo no limbo da filosofia. Esta mutação não faz sentido senão relacionada com a transformação das estruturas sociais e políticas da sociedade francesa.”¹²³

¹²³ MIAILLE, M. op.cit., p.38-39.

Compartilhamos, plenamente, com a supra argumentação de Miaille e valemos dela para demonstrar a interligação forçosa que historicamente ocorreu entre o desenvolvimento conceitual e político de uma sociedade.

Pretendemos situar melhor agora a trajetória conceitual ou epistemológico do positivismo jurídico, lembrando que ela está dialeticamente determinada pelos fatores políticos.¹²⁴

Poderíamos fazer inicialmente um enlace histórico com o positivismo comteano. Segundo ele, devemos reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível da investigação científica.¹²⁵ Daí, disse Tércio Sampaio Ferraz Jr.,

“[...] a luta, na segunda metade do século XIX, contra a teologia nas ciências da natureza e, mais tarde, com Kelsen, na Ciência do Direito; daí o determinismo e a negação da liberdade da vontade. Todos os fenômenos vitais humanos deviam ser explicados a partir de suas “causas sociológicas”. Era a “conformité spontanée” dos fenômenos políticos com uma fase determinada do desenvolvimento da civilização. Todas essas teses de Comte foram base comum para o positivismo do século XIX. Daí, surgiu, finalmente, a negação de toda metafísica, a preferência dada às ciências experimentais, a confiança exclusiva no conhecimento dos fatos etc.”¹²⁶

Consoante Japiassu:

¹²⁴ Nesse mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr, disse: “[...] o positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa.” (FERRAZ JR., T.S. Conceito de sistema no direito. São Paulo: USP/RT, 1976, p.31). E, em seu livro: A Ciência do Direito (São Paulo: Atlas, 1977), além do acima transcrito, acrescenta: “O período anterior à Revolução Francesa caracterizara-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciais. A primeira crítica a esta situação veio do círculo dos pensadores iluministas. A exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos. Daí, surgiu na França, já no século XIX, a poderosa ‘École de l’Exégèse’, de grande influência nos países em que o espírito napoleônico predominou, correspondendo, no mundo germânico, à doutrina dos pandectistas. A tarefa do jurista circunscreveu-se, a partir daí, 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’ (gesetzpositivismus), com a autolimitação da Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da ‘estabilidade do direito’.”

¹²⁵ COMTE, Auguste. Cours de Philosophie Positive. Paris, 1949, p.8; citado por FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. A Ciência do Direito.

¹²⁶ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. A Ciência do Direito. p.31.

“A doutrina positivista, cujo fundador A. Comte [...], teve profunda influência na ciência posterior. Ela é constantemente retomada sob novas formas. Pode ser expressa, de um ponto de vista filosófico, pela confiança excessiva que a sociedade industrial depositou na ciência experimental. Embora pretenda negar toda filosofia, ela elabora uma verdadeira filosofia da ciência, cujos princípios poderão ser resumidos nas seguintes afirmações: a) as únicas verdades a que podemos e devemos nos referir são os enunciados das ciências experimentais: trata-se de verdades claras, unívocas e imutáveis; b) todo e qualquer outro tipo de juízo deve ser abandonado como sendo teológico ou filosófico; c) a função das ciências experimentais não é de explicar os fenômenos, mas a de prevê-los, e de prevê-los para dominá-los; o que importa não é saber o ‘porque’, mas o ‘como’ das ciências; d) o aparecimento a ciência esboçaria, para a humanidade, um mundo inteiramente novo, possibilitando-lhe viver na ‘ordem’ e no ‘progresso’.”¹²⁷

Marques Neto, sintetiza quatro do princípio básicos do empirismo, apontados por Hilton Japiassu:

“a) Não podemos dispor de uma experiência inteiramente independente da experiência sensível, ou seja, não é possível existir uma intuição intelectual pura. Este princípio não nega a possibilidade de haver experiências não vinculadas à percepção, mas recusa a tais experiências a possibilidade de traduzirem um conhecimento correspondente às normas científicas clássicas.

b) Através da experiência, só podemos atingir o singular, as constatações sensíveis. Mas, graças a operações intelectuais descritas pela lógica e expressas pela linguagem, podemos evidenciar, na massa do que é constatável, certas irregularidades, isto é, podemos estabelecer ligações sistemáticas que nos permitem constituir, progressivamente, um saber de tipo universal. O papel da lógica seria, assim, apenas operacional, pois o conteúdo real do conhecimento permaneceria na experiência sensível.

c) O dado perceptivo já engloba um conteúdo de significação, que é captado na própria apreensão do sensível. Isto significa que podemos apreender, através dos conteúdos sensíveis, as formas inteligíveis por meio das quais se tornam

¹²⁷ JAPIASSU, Hilton Ferreira. Introdução ao pensamento epistemológico. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977. p.66-67.

acessíveis ao conhecimento e significantes para nós. Essas formas inteligíveis implicam numa atividade conceitualizada do pensamento. É através do conceito que o pensamento encontra aquilo que, na experiência sensível, pode dar-se a conhecer.

d) Se o pensamento conceitual nos dá acesso ao inteligível, não é como idéia pura, pois o conceito comporta uma referência à realidade empírica: através do inteligível, ele visa o sensível. Assim, o pensamento conceitual só tem validade enquanto possa ser restituído à coisa mesma que ele tem por função esclarecer. Em outras palavras, deve-se comprovar o juízo pela experiência, pois em si mesmo ele não comporta qualquer garantia de validade.

Esses quatro princípios patenteiam inequivocadamente o postulado básico do empirismo: o conhecimento flui do objeto, refere-se especificamente a ele e só tem validade quando comprovável empiricamente. O conhecimento é, por conseguinte, para o empirismo, uma descrição do objeto, tanto mais exato quanto melhor apontar as características reais deste.”¹²⁸

Ficam assim, fixadas as referências epistemológicas gerais, a partir das quais, se começa nos fins do século XVIII, a gerar a trajetória do positivismo jurídico, que culmina, nos fins do século XIX e começo deste, como a fórmula que, pacificamente, os juristas práticos e acadêmicos entendem o que é a cientificidade do conhecimento jurídico. Desde o início deste século, no senso comum teórico dos juristas, existe um consenso no sentido de que fazer ciência é adotar uma atitude positivista frente ao Direito. Claro que isto é sempre decorrência de um entendimento, bastante difuso, sobre o que é concepção positivista do Direito. Ela é entendida mais em forma negativa, como uma rejeição, epidérmica e emocional ao jusnaturalismo do que como decorrência necessária de um marco teórico assumido.

É a partir das projeções do positivismo lógico¹²⁹ ao Direito que começa a se tornar mais claro, para os juristas, o alcance da proposta do positivismo em relação à “ciência” do Direito. A partir daí, ficam traçadas duas trajetórias positivistas paralelas: uma que aproveita o neopositivismo para construir uma teoria do ordenamento jurídico e da norma, cada vez mais consistente, desde o ponto de vista lógico e semântico; e, outra, que se apropria dos êxitos da primeira para inaugurar novas formas de manifestação da retórica

¹²⁸ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p.3-4;

¹²⁹ Sobre positivismo lógico, ver capítulo II, deste trabalho.

jurídica, no ato de interpretação da lei. Existem, desse modo, dois tipos de positivismo: um – que chamaríamos “epistêmico” – que procura uma apresentação analítica, cada vez mais sofisticada, de uma teoria de norma e do ordenamento jurídica; e, outro – que chamaríamos de dogmático – que abre para a polissemia, a lei em nome de uma univocidade sistêmica que não é mais que um ritual do poder. Assim, consegue a justificação retórica de suas decisões políticas, travestidas em discurso “racional unívoco”. Esta segunda postura valer-se-ia de uma teoria do ordenamento jurídico que, aparentando rejeitar o jusnaturalismo, o recupera implicitamente, em seu positivismo dogmático. Referimo-nos, sobretudo, a uma analogia com respeito a uma estrutura que a lógica e o Direito teriam em comum; mas, apresentando-se as relações da lógica e do Direito no centro de uma razão essencialmente inerente à própria estrutura das normas. Haveria, assim, nessa forma de positivismo, um abuso ou mau uso das relações entre lógica e Direito.¹³⁰ Continuaria, então, nessa forma de positivismo, o sonho do jusnaturalismo que aspira a construção de jurisprudência “geometrico more demonstrata”¹³¹. É dizer, de um sistema racional em que todas as proposições do sistema sejam reduzíveis a alguns postulados iniciais.

Esta idéia do ordenamento jurídico, como um sistema de idéias deduzidas de alguns princípios evidentes, chegou até a época das grandes codificações e as inspirou na medida em que elas baseavam-se em um modelo de ordenamento jurídico que funcionava como um sistema dedutivo, que tiveram como principais características a simplicidade, a integridade e a coerência. E, substitui logo, da codificação, uma forma de positivismo jurídico, como a forma retórica a que estamos nos referindo, ou seja, como “dogmática jurídica”.

E aqui cabe uma observação que nos parece importante: se a dogmática jurídica é uma forma de positivismo, baseada em uma teoria do ordenamento jurídico, que a vê como sistema dedutivo, cabe denunciá-la como uma forma, travestida e invertida, de jusnaturalismo. Esta é uma denúncia que, reiteradamente faz Warat, afirmando que a dogmática jurídica é a versão jusnaturalista do positivismo jurídico, que impõe os valores da ciência como valores do homem.¹³²

¹³⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *Derecho y Logica*. Caderno 18, Centro de Estudios Filosóficos. Universidad Autónoma de México, 1965, p.17.

¹³¹ Idem, *ibidem*, p.10.

¹³² Nesse sentido, ver WARAT, L.A. *El jardín de los senderos que se bifurcan: a teoria crítica e as condições de existência e possibilidade da ciência jurídica*. Item 16. Comunicação elaborada para a Association Critique du Droit. France, out-nov/1983.

Notamos a principal consequência do jusnaturalismo positivado na teoria e na prática da interpretação da lei, pois, ela desemboca forçosamente numa teoria mecanicista da jurisprudência.

Temos, assim, um positivismo carregado de pressupostos filosóficos não suficientemente explicitados e de pretensões sem fundamentos – a dogmática jurídica – e, outro que emprega a lógica como suporte da análise das proposições normativas.

Uma diferença que Bobbio faz várias vezes em sua obra e que nos permite estabelecer uma distinção de grau, mas, não de natureza, entre os jusnaturalismo e a dogmática jurídica é que: o jusnaturalismo pregava pela racionalidade do ato de legislação; enquanto que, a dogmática jurídica preocupa-se pela fundamentação racional da produção da jurisprudência. O jusnaturalismo procurava legislador racional, já, a dogmática jurídica acreditava ter encontrado a figura do juiz racional.¹³³ Contudo, estas duas formas dialetizam-se, na medida em que o juiz racional constrói um discurso totalitário em nome do legislador racional. E, como em todo discurso totalitário, o juiz racional é um fantasma do racionalismo burocrático que toma decisões em nome do princípio da razão, vividos como absolutos.

Outra distinção interessante entre o jusnaturalismo e a dogmática jurídica está dada pelo fato desta não aceitar a possibilidade de que as proposições acerca do Direito impliquem juízos de valor.

Nesse sentido a dogmática jurídica é fiel às teses centrais do positivismo jurídico que propõem que a caracterização do ordenamento e das normas jurídicas deve ser feita através de termos não valorativos, de propriedades que não dependam de posições valorativas.

Porém, a dogmática jurídica pretende uma descrição não valorativa de uma ordem jurídica que pode ser racionalmente contemplada longe de sua história, através de uma racionalidade que não deixa de ser a metafísica imposição de valores.¹³⁴ O jusnaturalismo vincula o Direito a uma ordem natural (ahistórica); a dogmática jurídica, por sua vez, vincula o Direito a uma ordem racional que, também, está fora da história. Assim, a dogmática jurídica tem em comum com o jusnaturalismo sua visão a-histórica do Direito. Ora, essa visão, não deixa de ser uma forma de valorar a história, a sociedade; por isso, apesar do que

¹³³ Porém, esta diferença não representa, para o pensamento jurídico, uma proposta que possibilite a recuperação dos elos perdidos de sua racionalidade. A respeito ver WARAT, L.A. El jardín de los senderos que se bifurcan . artigo citado, item 3.

¹³⁴ Cf. CASTORIADIS, Cornélius. A instituição imaginária da sociedade. Rio: Paz e Terra, 1982, p.55-56.

dizem os dogmáticos do Direito, a dogmática jurídica é uma reflexão valorativa direta da sociedade, do fenômeno jurídico e, indireta ou camuflada, das normas.

3. Pelo exposto até aqui, já se pode perceber o direcionamento dos nossos argumentos. Existiu e existe uma tremenda resistência contra o positivismo jurídico, porém, trata-se de acusações, muitas vezes, estereotipadas, contra o pensamento juspositivista. Em realidade essas acusações não levam em conta as considerações de pensadores como Hart, Bobbio, Kelsen, Ross, Austin, Bentham, mas sim, apóiam-se na versão dogmática do positivismo jurídico.

A partir do exposto os positivistas contra-argumentam que é a dogmática jurídica que deve ser apresentada, seguindo a terminologia proposta por Bobbio, como uma forma ideológica de positivismo jurídico, ou seja, como um positivismo jurídico ideológico. Costuma-se, também, denominar tal concepção como formalismo jurídico.

Na próxima seção, deste capítulo, entraremos em detalhes sobre a proposta de Bobbio, por ora, queremos destacar que o positivismo jurídico atribuí à dogmática jurídica uma determinada concepção sobre o papel do Direito, do Estado e dos Tribunais na sociedade. Assim, dizem que a dogmática jurídica pode ser vista simultaneamente como uma teoria do conhecimento ideológico e uma ideologia funcional. Ou, como diria Warat, opera ideologicamente como gramática de produção e como gramática de recepção dos discursos jurídicos.¹³⁵

Por outro lado, os modelos de Kelsen, Bobbio, Ross etc, são apresentados como o lado epistemológico que se dialetiza com a dogmática jurídica, no senso comum teórico dos juristas, para assegurar o programa de dominação do Estado moderno, seja este capitalista ou pseudo-socialista.

Contudo, também as formas analíticas mais puras do positivismo jurídico não escapam à produção de uma visão mítica do mundo jurídico. Segundo Warat, são precisamente nos momentos lúdicos e agudos do positivismo jurídico – manifestados por autores como Kelsen e Ross – que podemos encontrar a convergência logo-política que fundamenta a ordem mítica da ciência jurídica.¹³⁶

¹³⁵ Nesse sentido, ver WARAT, L.A. El jardin de los senderos que se bifurcan. Artigo citado, item 3.

¹³⁶ Cf. WARAT, L.A. Un trilema epistemológico..., art. citado; v. tbém. O grau zero e o grau histórico das significações jurídicas. *In*, Revista Contradogmáticas nº 2/3, ALMED, no prelo.

A dogmática jurídica e seus controles epistemológicos configuram a ideologia funcional do positivismo. Ambas propõem uma cosmovisão do direito onde impera a absoluta submissão dos juízes ao mandato legislativo; pressupondo-se, assim, que o Direito está composto, exclusivamente, por leis; que elas são a fonte privilegiada e privilegiante da produção normativa. É dizer, pressupõem que os juízes devem decidir sempre a partir das normas jurídicas e que estas oferecem sempre soluções unívocas e precisas. Implicam, outrossim, numa identificação entre Direito, Estado e Justiça, de tal forma que as normas impostas pelo Estado são justas, já que o Estado é uma representação e uma prática institucional, posta acima de qualquer suspeita. Dessa forma, pressupõem que o Estado não pode cometer atos ilícitos e, portanto, existe a obrigação moral de obedecer suas normas.

O positivismo trabalha, pois, com um conceito descritivo de validade, superpostos a um conceito normativo, que provoca um efeito ideológico de validade.

4. Ocuparemos-nos a seguir da caracterização geral que Bobbio faz do positivismo jurídico. Na apresentação histórica de tal corrente ele distingue três aspectos:

“I – como um modo de aproximar-se ao estudo do Direito;

II – como uma determinada teoria ou concepção do Direito; e,

III – como uma determinada ideologia da justiça.”¹³⁷

Procuraremos explicitar, brevemente, cada um desses aspectos, lembrando primeiro que eles são tratados por NINO¹³⁸, sob a denominação de positivismo conceitual ou metodológico, formalismo jurídico e positivismo ideológico, respectivamente. E, parece-nos mais adequada esta forma de caracterização.

I – O positivismo como maneira especial de se ocupar do estudo do Direito: (positivismo conceitual) é, para Bobbio,

“[...] algo diferente de ‘método’; não se trata, com efeito, dos instrumentos ou das técnicas empregadas na investigação, com respeito aos quais o positivismo jurídico não apresenta uma caracterização peculiar, mas sim, da delimitação do objeto da investigação, o

¹³⁷ BOBBIO, N. El problema del positivismo jurídico. Buenos Aires: Eudeba, 1965, p.39-40.

¹³⁸ NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1980, p.32 e ss.

que revela certa orientação ao estudo de alguns problemas mais que a outros e certa atitude frente à função mesma da investigação.”¹³⁹

Este primeiro aspecto é o que podemos chamar: a dimensão epistemológica do positivismo jurídico. Como diz Warat, “[...] o positivismo jurídico é uma maneira epistemológica de encarar a produção do conhecimento científico sobre o Direito. Nesse sentido, Bobbio estabelece uma série de pressupostos e normas sobre o que se deve entender por cientificidade no campo do Direito.”¹⁴⁰

Essas normas orientam a produção científica do Direito, conforme a idéia de que o Direito deve cientificamente ser caracterizado em termos não valorativos, ou seja, tomando em conta unicamente propriedades descritivas. Através desses critérios epistemológicos o positivismo jurídico pretende fundamentalmente estabelecer uma definição do conceito do Direito, a partir da noção de ordem ou sistema. Opõe-se, dessa maneira, epistemologicamente ao jusnaturalismo que afirma que o ordenamento jurídico deve ser caracterizado a partir da possibilidade de sua identificação com certos princípios morais ou de justiça.

Consoante Warat, esse aspecto do positivismo jurídico contém duas dimensões; uma diz respeito às crenças gerais e aos mitos que o positivismo adere sobre a verdade, a objetividade e a produção da ciência, ou seja, nos indica o modelo de produção do conhecimento que o positivismo jurídico subscreve; a outra, nos fala a respeito dos critérios, dos métodos e dos resultados da análise positivista, quando trabalha – no plano da Teoria Geral do Direito – os caracteres do Direito como um sistema de normas.

Em relação às crenças e mitos que o positivismo jurídico utiliza, colocam-nos, claramente, novamente na presença da “teoria do reflexo”.¹⁴¹

Em relação a esta primeira dimensão, como diz Bobbio, a postura positivista pressupõe uma rigorosa distinção entre o Direito que “é” e o Direito que “deve ser”.¹⁴² Esta dimensão provém de Austin e foi mal interpretada por Bobbio, que afirma que isto supõe uma distinção entre o Direito real e o Direito justo ou ideal; o que contradiz como bem critica Garcia Maynes, pois, o que constitui a essência do positivismo é “[...] el monismo jurídico

¹³⁹ BOBBIO, N. op. cit., p.40.

¹⁴⁰ Cf. WARAT, L.A. Un trilema epistemológico ... art. cit.

¹⁴¹ Sobre a teoria do reflexo, ver também, SCHAFF, Adam. Historia y Verdad. México: Grijalbo, 1982. p.81 e ss.

¹⁴² Esta idéia é tomada dos fundadores do positivismo inglês, Austin e Bentham, adquirindo suas formas mais sofisticadas de posicionamento em Kelsen e Hart.

positivista, o afirmación de que no hay más derecho que el ‘positivo’ entendiendo por tal el que el poder público, a través de sus órganos, crea, reconoce y aplica.”¹⁴³

E, nós acreditaríamos, apoiando-nos na idéia da lógica arquitetônica kantiana¹⁴⁴, que a distinção entre Direito que “é” e que “deve ser” é uma distinção entre Direito pré-científico – que pressupõe um ato de valor – (o Direito do dia a dia), e o Direito científico, desprovido de conteúdos axiológicos, fruto da construção epistemológica do objeto da pesquisa.¹⁴⁵ E, ainda, como afirmou Warat¹⁴⁶ em suas aulas de Epistemologia Jurídica, a distinção entre o Direito que “é” e o Direito que “deve ser” – que nos impõe a vê-lo sempre como uma voz do plural – pode ser interpretada, também, como uma tentativa de departamentalização do conhecimento, que nos diz que os problemas dos valores, dados na realidade pré-científica, devem ser vistos como um território estrangeiro, externo à “Ciência do Direito” e deslocados como objeto de outra disciplina: a Ética.¹⁴⁷

Essa distinção entre “ser” e “dever ser”, também, pode estar querendo nos dizer que se deve definir o Direito positivo como um sistema normativo que apresenta sintomas fáticos distintivos, sem levar em conta propriedades de índole valorativas.

A partir desses pressupostos é que se podem construir projetos arquitetônicos parciais (como a identificação entre o Direito e o Estado), que podem ser a base para o conjunto de conceitos com os quais se desentranha o conteúdo significativo dos diferentes ramo do saber jurídico.

Assim, o positivismo jurídico, como epistemologia jurídica, responde os interrogantes sobre a cientificidade das ciências jurídicas, fornecendo-nos pautas metodológicas que constituem o Direito positivo como o objeto da ciência jurídica.

Para finalizar a explicitação deste primeiro aspecto da distinção positiva que faz Bobbio é importante deixar registradas as consequências ideológicas da proposta epistemológica do positivismo jurídico. Ela produz o que, comumente, se denomina como a

¹⁴³ MAYNES, Eduardo Garcia. Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1977. p. 22;

¹⁴⁴ A respeito da lógica arquitetônica kantiana, ver capítulo I, deste trabalho.

¹⁴⁵ Sobre a distinção entre Direito pré-científico e científico, ver GIOJA, Ambrosio L. Algunas ideas para una teoría sobre la construcción jurídica. Buenos Aires: Perrot, 1957; v.tbém., WARAT, Luis Alberto. A pureza do poder. No prelo.

¹⁴⁶ Na PGD/UFSC, 1º Trimestre de 1983.

¹⁴⁷ A respeito ver, Warat, L.A. A pureza do poder. Op.cit.

“ideologia da neutralidade ideológica”¹⁴⁸; uma ideologia que, ao contrário do que supõe Bobbio, incide claramente na formação e formulação dos outros dois aspectos do positivismo jurídico.¹⁴⁹

II – Bobbio vê o segundo aspecto do positivismo jurídico como uma concepção doutrinária ou, como o chama Warat, uma visão jurdicista das relações entre Direito e Estado.

Do ponto de vista histórico, o juridicismo encontra-se vinculado ao processo de formação do Estado moderno, isto é, funciona como fundamento ideológico para a formação do mito do poder soberano que, invocando o monopólio da coerção, termina sendo a única instância social legítima para estabelecer e aplicar normas jurídicas.

EHRLICH¹⁵⁰, em 1918, no seu livro *Lógica Jurídica*, ao criticar o positivismo jurídico, estabeleceu os três princípios básicos que fundamentam a visão jurdicista do Direito e do Estado. Tais princípios são:

- “a) Toda decisão judicial pressupõe sempre uma regra pré-existente;
- b) esta regra pré-existente está sempre formulada pelo Estado; e,
- c) o complexo de regras formuladas pelo Estado constitui uma unidade.”

Estamos, assim, frente à possibilidade de caracterizar este segundo aspecto do positivismo jurídico através de um princípio: a “estabilidade do direito”.

Consoante Bobbio¹⁵¹, a estabilidade do direito pode ser caracterizada a partir de cinco teses:

- 1º) A teoria da coatividade: entende-se o Direito como um sistema de normas coativas.
- 2º) A teoria de fontes formais: que determinam a supremacia da legislação sobre os outros tipos de determinantes decisórios.

¹⁴⁸ Idem, ibidem, capítulo sobre “Purificação Ideológica”; v.tbém., meu trabalho “A ideologia da neutralidade ideológica”, inédito (apresentado em seminário na disciplina Teoria Geral do Direito, no 3º trimestre de 1981, na PGD/UFSC.

¹⁴⁹ Certamente, Bobbio está empregando uma caracterização muito estreita da ideologia, que, vista como uma instância política do saber é uma dimensão de significação presente em todas as instâncias em que pode descompor-se analiticamente o sentido da expressão positivismo jurídico.

¹⁵⁰ Citado por BOBBIO, N. El problema del positivismo jurídico. Op.cit. p.44.

¹⁵¹ Idem, ibidem, p.100.

3º) A teoria da integridade do ordenamento jurídico: o modelo teórico que afirma que este é um sistema de normas completo – sem lacunas.

4º) A teoria da interpretação mecânica da lei: que concebe a atividade do juiz como um conjunto de tarefas essencialmente lógicas, dedutivas e não criativas.

5º) É uma teoria da Ciência do Direito que a vê como simples hermenêutica – exegese – ou, como ciência dogmática.

As cinco teorias precedentemente enumeradas constituem a caracterização do que os juristas chamam de formalismo jurídico, que possui uma marcante influência no desenvolvimento da chamada tradição teórica continental (Europa e seus ecos latino-americanos). Elas, no fundo, podem ser vistas como a racionalidade subjacente da dogmática jurídica – a gramática produtiva-receptiva – da dogmática jurídica. A razão formalista do Direito pode ser também apontada, nos dizeres de Warat, como um centro de gravitação significativo do senso comum teórico dos juristas.

A incidência do positivismo conceitual sobre o formalismo jurídico manifesta-se através de uma apropriação política do produto epistemológico, dado através dos processos de comunicação social do saber jurídico; é dizer, quando a ciência não se resolve miticamente como atividade epistêmica, senão como atividade social.¹⁵²

A vinculação do formalismo jurídico com o aspecto ideológico do positivismo jurídico é muito mais estreita e dela nos ocuparemos a seguir ao tratarmos do terceiro aspecto do positivismo jurídico, conforme proposto por Bobbio.

O principal efeito ideológico de sentido do formalismo jurídico consiste em fazer-nos esquecer que o Direito não é, necessariamente, Direito do Estado, como reiteradamente observa LYRA Fº.¹⁵³

III – Este terceiro aspecto do positivismo jurídico consiste em atribuir ao Direito vigente um valor ético positivo, independentemente de qualquer consideração à eventual correspondência com uma ordem justa ou ideal; o que equivale sustentar que o critério sobre sua justiça ou injustiça coincide com o critério relativo à sua validade ou invalidade. A legitimidade do Direito é miticamente subtraída da sociedade para ser re-situada

¹⁵² Cf. WARAT, L.A., aulas de Epistemologia Jurídica, na PGD/UFSC, 1º trimestre de 1983.

¹⁵³ Cf. LYRA Fº, Roberto. O que é o direito. coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 1982.

no interior do sistema normativo como seu fundamento, em termos de legalidade.¹⁵⁴ A melhor formulação deste mito, legalista sobre a legitimidade, sem dúvida, é a oferecida por Kelsen.

Este terceiro aspecto é o que leva muitos juristas a identificar o positivismo com o ceticismo ético.¹⁵⁵ Entretanto, nem todos os positivistas o são neste terceiro sentido. Claramente não o é, por exemplo, Hart. Unicamente em Kelsen e Ross nota-se o ceticismo ético como critério epistemológico, que projeta efeitos de sentido ideológico sobre o imaginário jurídico dominante.

De qualquer forma, na dogmática jurídica nota-se a influência do positivismo ético funcionando como uma lei interna da organização dos seus discursos, como um fragmento de sua racionalidade subjacente.

Assim, comanda principalmente, a razão da dogmática jurídica, o ponto de vista de que o ordenamento vigente, só pelo fato de o ser, é credor de obediência, de uma obediência racionalmente justificada pela própria dogmática jurídica.

Nesse sentido, a dogmática jurídica responde a uma férrea lei de mando: “a lei é a lei”.

5. Torna-se oportuno dizer que na ótica da Teoria Geral do Direito existem vários modelos possíveis de Ciência do Direito, sendo a dogmática jurídica um deles. Certamente, é o modelo que deve ser visto como a forma tradicional de desenvolvimento da ciência jurídica, a partir dos pressupostos de codificação do Direito. Trata-se de uma forma de “ciência” derivada da atividade que os juristas cumprem entorno ao ordenamento jurídico positivo. Ela é uma ciência das normas e dos processos de sua interpretação. É o saber que os juristas constroem quando querem pensar os atos de aplicação e decisão das normas jurídicas. Trata-se de um conhecimento que pressupõe uma série de fundamentos epistemológicos e políticos, ou seja, um conhecimento construído a partir de uma específica – mas, geralmente, não especificada – teoria do conhecimento do Estado, da Sociedade e do Direito.

Como teoria do conhecimento apóia-se no modelo do conhecimento reflexo – teoria do reflexo – como teoria do Direito e do Estado, pressupõe uma visão estadista do

¹⁵⁴ Sobre uma apologia do valor político do formalismo jurídico ver: SOLLER, Sebastian. *Las palabras de la ley*. México: Fondo de Cultura, 1965.

¹⁵⁵ A respeito de ceticismo ético, ver NINO, C.S., *op.cit.* p.30.

Direito e jurista do Estado; e, como teoria da sociedade ignora as classes sociais, suas lutas e assume um ponto de vista radicalmente individualista.

Os autores que trabalham a dogmática jurídica não têm nada claro todos estes pressupostos. Fazem ciência intuindo problemas, criticando-se uns aos outros, tomando como origem de sua coerência o que Canguillen¹⁵⁶ chama os precursores do saber, ou seja, justificam seus argumentos pelo valor persuasivo da autoridade de certos autores reconhecidos pela tradição. Assim, a dogmática jurídica é mais uma técnica de justificação de certas soluções propostas (uma técnica de efeito) em relação ao ordenamento jurídico, do que um trabalho de sistematização.

Nesse sentido, a Teoria Geral do Direito propõe efetuar um processo de clarificação do pensamento dogmático mostrando como ele é para conseguir, com isto, a formulação ideal de como ela deveria ser.

Em outras palavras, a Teoria Geral do Direito propõe, em um primeiro nível, uma crítica interna que a leve a pesquisar os fundamentos lógicos da razão dogmática, procura fazer a crítica da razão dogmática purificando-a daqueles elementos que a tornam irracionais; não pretende, assim, a purificação ontológica do fenômeno jurídico, senão uma purificação da razão jurídica. Procura estudar as estruturas apriorísticas que nos mostram as formas essenciais da razão jurídica. É por isso que podemos situar na chamada Teoria Crítica do Direito o nível de maior contribuição do pensamento positivista.

Destarte, o trabalho fundamental da Teoria Geral do Direito é fazer uma “ciência” da “ciência dogmática do Direito”.

Vemos então que, um dos centros de preocupação da Teoria Geral do Direito é realizar uma enumeração dos erros da dogmática jurídica para poder, com isto, efetuar a tarefa de reformulação dos conteúdos conceituais mais importantes que a dogmática jurídica emprega. A Teoria Geral do Direito pretende explicar as deficiências da ciência dogmática do Direito forçando a reformulação de suas descrições.

6. O expoente destes objetivos de clarificação da dogmática jurídica, ao nível da Teoria Geral do Direito, foi, sem dúvida, Hans Kelsen.

¹⁵⁶ LECURT, Dominique. Para una crítica de la epistemología. 4ª ed. México: Siglo XXI, 1982.

Nesse sentido, podemos dizer que, a teoria kelseniana deve ser vista como uma dogmática geral de segundo grau¹⁵⁷, como uma forma mais lúcida de manifestação da dogmática jurídica.

Kelsen estabelece alguns princípios epistemológicos para situar a dogmática jurídica como uma ciência estrita do Direito. Apela, para isto, ao postulado da pureza metódica¹⁵⁸, que purificaria a dogmática jurídica, tanto de elementos extranormativos (provenientes do tratamento natural do fenômeno jurídico), como de fatores valorativos e ideológicos.

Nos termos da proposta kelseniana, a dogmática jurídica deve abandonar o sincretismo metodológico em que se encontra para adotar um ponto de vista exclusivamente normativo; assim, a dogmática jurídica será convertida em uma ciência normativa, não porque crê em normas, mas sim, porque sua tarefa deve, exclusivamente, circunscrever-se à descrição das normas. Ou seja, sua função é a de formular, em terminologia kelseniana, as regras jurídicas. Cada regra dá conta descritivamente de uma norma jurídica.

Assim, a dogmática jurídica seria, para o referido autor, um discurso da verdade, sobre um discurso da validade. As regras jurídicas seriam verdadeiras se descrevessem os conteúdos das normas válidas. A condição de validade torna-se, assim, uma condição de verdade.¹⁵⁹ Com isto ele está propondo como função da dogmática jurídica: a de ser uma teoria sobre as significações normativas.

Ora, a dogmática jurídica, tal como se apresenta, é também uma teoria sobre as condições de significação das normas; trata-se de uma teoria que quer impor determinados conteúdos à norma e é assim uma teoria imperativa das significações normativas.¹⁶⁰

Kelsen, por sua vez, considera imprópria esta função de significação propondo a construção de uma dogmática jurídica alternativa que seja tão só uma teoria dos órgãos de significação, ou seja, uma teoria encarregada de reconhecer os órgãos que legitimamente devem produzir essa significação.¹⁶¹

¹⁵⁷ Nesse sentido, ver WARAT, L.A. A pureza do poder. Op.cit.

¹⁵⁸ Idem, ibidem.

¹⁵⁹ Cf. KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 5ª d. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

¹⁶⁰ Cf. WARAT, L.A aulas de Epistemologia Jurídica, 2º trimestre/1981 e 1º trimestre/1982, na PGD/UFSC.

¹⁶¹ Idem, ibidem, 2º trimestre de 1981

Existem, obviamente, os não-ditos de Kelsen, que se referem, no dizer de MANAI¹⁶², às seguintes determinações do Direito: a) econômicas; b) políticas; c) sociológicas; e, d) mitológicas.

Falando precisamente desses silêncios é que podemos diagnosticar o destino histórico do positivismo jurídico: o além, pelo qual, furtivamente, instala-se no fazer social, disciplinando seus valores, re-assegurando discursivamente a paz burguesa.

¹⁶² MANAI, Monique. Critique des pré-supposés positivistes du normativisme kelsénien. In Revista PROCÉS, n° 9. Nice, França: Université Lyon II, 1982.

IV. ANÁLISE DA DOGMÁTICA JURÍDICA PELA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

A crítica do conhecimento só é possível
como teoria da sociedade.
HABERMAS

Nos capítulos anteriores, ocupamo-nos em caracterizar os diferentes elementos que distinguem as teorias que fundamentam a dogmática jurídica. Ditos elementos, sem dúvida, gravitam nos estudos desenvolvidos pela Teoria Geral do Direito sobre a dogmática jurídica, dando-lhe uma visão crítica intra-sistemática, ou seja, “intra-dogmática”. É o que chamaríamos, seguindo a autores como Viehweg¹⁶³, Tércio¹⁶⁴ e Coelho¹⁶⁵, uma crítica zetética da dogmática jurídica, ou seja, a atualização mais a aguda da tentativa de unificação e sistematização da racionalidade dogmática do conhecimento jurídico. Zetética quer dizer, em sentido lato, investigação. E, no caso d análise zetética da dogmática jurídica, ela quer dizer, uma investigação sobre a dogmática que a revitalize; que torne seus cultores auto-conscientes, às vezes, de suas deficiências sistêmicas, da falta de fundamento, de coerência em seus raciocínios e, outras vezes, das funções sociais que os diferentes discursos que a dogmática jurídica desempenha na sociedade. Trata-se, assim, de uma compreensão não-desqualificadora da dogmática jurídica, senão, de uma análise epistemológica que lhe dê estatuto científico, ao processo de compreensão, como sistema ou como prática social-tecnocrática.

Nesse sentido, diríamos que no senso comum teórico dos juristas encontramos atualmente os sintomas de uma situação extremamente conflitiva. Por outro lado, permanece vigente um imaginário juricista mitificado pelas idéias de sujeição do justo e da legitimidade; por outro, prevalece um imaginário tecnocrático mitificado pela idéia do poder regulamentador. Isto provoca um certo conflito psíquico – os juristas desejam reconciliar seu imaginário abrindo um espaço para o poder regulamentador no interior de seus discursos

¹⁶³ VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, Vol. 1, Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

¹⁶⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Direito, Retórica e Comunicação. São Paulo: Saraiva, 1973.

¹⁶⁵ COELHO, Luiz Fernando. A crise do Nomalismo na Ciência Jurídica Contemporânea. E, Senso crítico do “Eterno Retorno ao Direito Natural”, artigos publicados na Revista Sequência Nº 1 e Nº 2, respectivamente, Florianópolis: PGD/UFSC, 1980.

dogmáticos. Assim, acariciam a esperança de acomodar a dogmática jurídica aos imperativos do cientificismo. A zetética de Viehweg é uma amostra dessa ilusão.¹⁶⁶

Isto posto, procuraremos enfocar, neste capítulo, o modo como é abordada a dogmática jurídica pela corrente auto-intitulada Teoria Crítica do Direito. Isto é, o papel que a dogmática jurídica cumpre na produção crítica do saber jurídico. Tomaremos em conta, para tal, três momentos do pensamento crítico do Direito: o francês, o ítalo-espanhol e o nacional.

Em verdade, afirma Warat¹⁶⁷

“[...] estamos diante de uma tentativa de compreensão do saber jurídico que, de forma geral, procura estudar o valor social das concepções racionalistas e universalistas do direito; mas que, por sua vez, deve ser negada como uma escola ou corrente do pensamento. De certo modo, referimo-nos a uma fala que se levanta contra as doutrinas dominantes no pensamento jurídico moderno, auto-denominada ‘crítica do direito’. Trata-se de uma atitude que negada como ‘posição’, explicita um complexo de discursos relacionados de uma maneira flexível e problemática, produzidos a partir de diferentes perspectivas epistemológicas, que pretende diagnosticar os efeitos sociais de uma concepção normativista e egocêntrica do direito.

Os discursos críticos do direito, assim entendidos, estão desvinculados do normativismo, do jusnaturalismo e do socialismo, constituindo-os em objeto de sua intervenção crítica e mostrando como, através destas doutrinas – configurativas do senso comum teórico dos juristas – encobre-se e re-assegura as funções do Direito e do Estado.

O pensamento crítico encontra-se, pois, integrado por um conjunto de linguagens, ou melhor, de contra-linguagens que, sem constituir um corpo sistemático de categorias, forma um conglomerado e significações, de esboços políticos e teóricos, com o fim de produzir um conhecimento do Direito e do Estado, entendidos como elementos constituintes e constituídos pelas relações sociais. Em outras palavras, com a análise crítica do direito pretende-se realizar uma leitura ideológica do saber jurídico dominante, encaminhada à explicitação dos seus elementos fetichizados.”¹⁶⁸

¹⁶⁶ Cf. WARAT, L.A., comentando um texto do professor ARNAUD, André-Jean, na Cadeira de Teoria da Argumentação Jurídica, no 2º trimestre de 1983, PGD/UFSC.

¹⁶⁷ WARAT, Luis Alberto. A produção crítica do saber jurídico. Comunicação apresentada na VI Jornada da ALMED, Rio de Janeiro, 1981.

¹⁶⁸ Parece-nos pertinente acrescentar aqui que, para Warat, “fetiche, ideologia e mito, como expressões relativamente sinônimas, remete-nos a um corpo racional de mecanismos significativos que se dirigem à legitimação e organização de certas relações sociais, silenciadas no discurso. A construção de um fetiche implica

Assim, a teoria crítica poderia ser caracterizada como uma crítica simultânea à concepção jurídica do Estado e às concepções estatistas do Direito – que no fundo são duas faces de um mesmo complexo e representações da ideologia da soberania jurídico-político. É uma crítica ao reducionismo legal-formal que, como disse Gómez¹⁶⁹, “esgota a realidade do poder político em certas e determinadas instituições do Estado”.

E, para isso, levanta-se fundamentalmente contra o juridicismo de cunho liberal e contra o marxismo instrumental. Contra o primeiro porque dissolve todas as dimensões do Estado na lei; e, contra o segundo porque dissolve todas as dimensões do Estado e da lei nas necessidades políticas e ideológicas da classe dominante definida ao nível das relações de exploração econômica.¹⁷⁰

Para a teoria crítica o Direito não aparece como simples reflexo na base econômica; destacando, assim, que o jurídico é algo mais que as relações da superestrutura, com as quais os homens imaginam uma relação fetichizada com as suas condições reais de existência.

Assim, para ela, a instância jurídica, formando parte de uma formação social, está composta pela produção do Direito e de seu saber que adquire autonomia relativa em relação à totalidade da produção social, atuando sobre esta e sofrendo sua influência.

Trata-se de uma autonomia que inclusive afeta a instância ideológica concebida globalmente, pois, nesse nível, também o Direito teria uma autonomia relativa que afeta a totalidade ideológica, sendo determinado por esta.

Assim, a teoria crítica pretende não cair nas armadilhas da liturgia da lei ou da liturgia das relações de produção. Cultos estes onde se afirmam transparências lineares das relações entre a Sociedade, o Estado e o Direito.

Nesse sentido, o Direito é concebido para esta corrente como uma atividade social específica, na qual estão expressos historicamente os antagonismos sociais. E a práxis

na cristalização de certos fenômenos ou processos sob a forma de um discurso posto à parte, abstraído das condições que presidiram sua produção. Mediante a produção de conceitos, fetiches ou mitos obtém-se um efeito de racionalidade substancial para as descrições das relações econômicas, políticas e jurídicas.

Dessa forma, como consequência do emprego de conceitos fetichizados, consegue-se apresentar os elementos, fatores ou funções das relações sociais como objetos que possuem uma existência autônoma e superior à do sujeito social. Nessa perspectiva, a cultura jurídica pode ser vista como um discurso fetichizado.” (comunicação supra mencionada, primeira parte).

¹⁶⁹ GÓMEZ, José María. Estado e Direito: algumas observações. Comunicação apresentada na VI Jornada da ALMED, Rio de Janeiro, 1981, p.39.

¹⁷⁰ Cf. GÓMEZ, J.M. comunicação citada, p.41.

dos conflitos registrariam, não só no nível da produção normativa senão também da sua produção teórica, que tem características específicas em relação à produção teórica geral.¹⁷¹

Precisamente, o cerne da teoria crítica passa pela compreensão dessa produção teórica específica. Por isso que, um dos seus temas principais é a revisão profunda das teorias das ideologias.

Assim, procuraremos mostrar algumas das idéias e representações constitutivas da visão ideológica que a dogmática jurídica no apresenta do Direito, tomando por base o pensamento crítico externado e buscando subsídios relevantes para as considerações finais deste estudo.

Dessa forma, as obras dogmáticas do Direito apresentam uma visão empírica muito ingênua dos fenômenos jurídicos, extraíndo, de um olhar, afirmado como direito, sobre este contexto fenomênico, seu conhecimento. Acreditam, assim, superar as visões teológicas desse objeto, fornecidas pelo jusnaturalismo. Dessa maneira, a partir desta visão empírica, a dogmática sustenta que o Estado, os contratos, o casamento, não são idéias, mas sim, realidades materialmente constatáveis.

O conhecimento jurídico, pela dogmática jurídica encontraria, então, sua Genesis na experiência. Postulando, assim, uma condição semântica de sentido, que não deixa de ser uma apreciação ingênua da natureza ontológica do Direito. Uma apreciação que, como disse Mialle, “[...] é mais que uma observação científica, uma observação vulgar sobre a complexidade social”.¹⁷²

Isto determina, sem dúvida, falsos dados semânticos para o sistema jurídico, frutos da equívoca concepção das possibilidades de uma percepção transparente do fenômeno jurídico, pensando que, se o cientista está dotado de uma boa aparelhagem lógica poderá captar transparentemente os fenômenos jurídicos. Essa afirmação de que a realidade do Direito é transparente é um postulado ideológico que nos permite pensar ao Estado, ao Poder, ao sujeito do Direito, como realidades e não como instrumentos auxiliares do conhecimento jurídico.

Sobre essa base empírica surge um conjunto de teorias que tem como função ideológica fundamentar as necessidades de existência e desenvolvimento dessa realidade

¹⁷¹ A esse respeito ver ENTELMAN, Ricardo. El Discurso como Discurso del Poder. La Ubicación de la Función Judicial. Propuestas de analisis en el contexto teorico de la Teoria Critica del Derecho. Comunicação apresentada no I Congresso Internacional de Filosofia do Direito, em La Plata, Argentina, outubro, 1982.

¹⁷² MIAILLE, Michel. Uma introdução crítica ao direito. Lisboa: Moraes Ed., 1979, p.36.

empírica do Direito. Trata-se de uma série de conceitos que não têm qualquer pretensão analítica, senão que, desempenham a função de proporcionar aos juristas uma visão, uma imagem, uma representação da realidade empírica do Direito. Esse material ideológico é também fornecido pela dogmática como o “avesso” idealista do contexto empírico. De tal forma que, termina tomando o lado “avesso” como o lado “direito” do Direito e as noções dogmáticas começam a ser explicadas, assim, por si próprias.

Estamos, dessa maneira, diante do que Kantorowicz¹⁷³ chama de “realismo verbal”, Bourdieu de “violência simbólica” e Warat de “dimensão mítica”.

Certamente, não podemos deixar de qualificar este “realismo verbal” como uma metafísica conceitual que apela ao processo de conhecimento para afirmar as possibilidades de compreensão dos aspectos transcendentais (essenciais) da realidade sensível do Direito. Um claro recurso da dogmática jurídica, esse sentido, é dado por suas interrogantes sobre a natureza jurídica de certas instituições e suas platônicas pretensões de formulação de definições reais.¹⁷⁴

Ora, qual a função social desse “realismo verbal”? Certamente, o de coisificar os valores e possibilitar a visão natural de certas soluções postuladas. Dando-lhes, assim, uma forma mítica, que permite e oculta as possibilidades dos órgãos do Estado de administrar a força, em nome de certas idéias miticamente representadas como naturais; preservando, assim, idéias, imagens básicas, para a preservação da “Estadolatria” dos juristas.

Através destas idéias básicas a dogmática jurídica consegue a conservação e reprodução de certos mitos fundantes da ordem social: a ilusão da divisão dos poderes; a miragem da racionalidade da ordem legislativa; o sonho de que os problemas da interpretação da lei reduzem-se aos casos de lacunas, de contradições e ambigüidades.

Nesse sentido, a dogmática jurídica aparece como um recurso auxiliar para que nos tribunais possa-se preencher as lacunas, superar as contradições e tornar unívocos os sentidos plurais da lei.

Em suma, a dogmática jurídica, em sua visão ideológica dela mesma, se auto-define como um conhecimento sobre os silêncios da racionalidade legislativa.¹⁷⁵ E, por outro

¹⁷³ Cf. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1980. p.336.

¹⁷⁴ A esse respeito ver BOLIGYN, Eugenio. *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1960; e, WARAT, Luis Alberto. *Semiótica y Derecho*. Buenos Aires: Eikon, 1972; v. tbém. WARAT, L.A. *A definição jurídica*. Porto Alegre: Atrium, 1977.

¹⁷⁵ Sem esquecer, também, que falando dos silêncios da lei, ela influi na legislação, pois, os órgãos legislativos habitualmente fixam legislativamente muitos dos costumes conceituais produzidos pela dogmática jurídica. Ela

lado, é uma das formas visíveis do sistema de normas morais, de tal forma que pode pensar-se a relação Direito/Moral, como uma relação entre Direito positivo e a dogmática jurídica.

Destarte, trata-se de uma técnica – fundada em uma concepção ideológica do método científico – que permite a reformulação do Direito positivo sem ferir abertamente a força moralmente obrigatória da lei.

Trata-se, disse Entelmann,

“[...] de analisar o processo pelo qual se estabelecem determinados conceitos materiais específicos que condicionam a prática dos cientistas. Estes provêm não só da prática de regulamentação de condutas alheias, senão, também, da determinação de conteúdos produzidos a partir de certas “relações teóricas”, como as relações entre direito e moral, entre normas e valores, entre direito e Estado, entre liberdade e segurança jurídica, entre indivíduo e sociedade, que integram sua base ideológica, a qual resulta muito difícil de superar para encarar a produção de conhecimentos no campo do direito. Esta incidência agrava-se dada a tendência totalizadora do direito, segundo a qual os juristas tendem a pensar a sociedade como o produto jurídico, ao Estado como um ordenamento jurídico, ao homem como sujeito de direito e às condições reais de sua existência como o jogo de certas relações jurídicas.”¹⁷⁶

Para escapar às projeções redutoras, a teoria crítica afirma, nos dizeres de Gómez, que

“[...] o jurídico é, antes de mais nada político [...] o Direito não é uma dimensão autônoma do político e um fundamento do Estado, mas uma forma constitutiva do mesmo e submetido às suas determinações gerais. Ocorre que o ‘culto à lei’ e à ‘separação dos poderes’ (junto ao seu corolário, a ‘independência do poder judiciário’) se interpõem como veio ideológico que dissimula e inverte a natureza eminentemente política do Direito.”¹⁷⁷

No funcionamento real do Direito existe um hiato entre as representações teóricas e a execução, através do Direito, do programa político do Estado, que muitas vezes ultrapassa e inclusive transgride a legalidade que ele mesmo instituiu. E, isto está previsto no

é, assim, um segundo nível de legislação e, portanto, uma dimensão do Direito positivo. Ou seja, um órgão informal de fixação das significações jurídicas.

¹⁷⁶ ENTELMANN, R., comunicação citada, parte 1.4 (a tradução é nossa).

¹⁷⁷ GÓMEZ, J.M., comunicação citada, p.43-44.

próprio corpo legal, em noções como “ordem pública”, “lacunas da lei”, “estado de necessidade” – do indivíduo e do Estado – que tornam legal a significação inicial de ilegalidade. Ou seja, o próprio direito permite ir contra ele, dentro de uma margem de tolerância aparentemente racional, mas que é expressão do poder estatal. O Estado conta, assim, com um *plus* de poder normativo que permite um uso alternativo da legalidade instituída, em seu próprio favor.

A corrente crítica italo-espanhola pretende direcionar esse poder normativo suplementar – valendo-se dos mesmos recursos que a legalidade instituída outorga – empregando-o, agora, não mais em favor do Estado, mas em um uso alternativo para a sociedade.

Destarte, a teoria crítica, estaria propondo um casamento entre a ciência jurídica e a ciência política, que vem sendo a muito tempo adiado, porque, ambos componentes, não aceitam rever certos posicionamentos extremos. Ambas as tradições teóricas negam-se a enxergar, como diz Gleizal¹⁷⁸, que o jurídico é político e que o político é jurídico.

Precisamente, a teoria crítica instala-se na possibilidade desta convergência, propondo-se discutir as dimensões políticas do Direito e as dimensões jurídicas da política.

Desta forma, nos dizeres de Gómez, “[...] fica configurada, sob o efeito combinado da ciência política e da ciência jurídica, uma nova situação, onde diálogo entre ambas as disciplinas, que sempre foi necessário, tornasse possível.”¹⁷⁹

A teoria crítica, em suas linhas gerais e seus objetivos manifestos, não está isenta de críticas. Elas vão desde seu uso estereotipado – a partir do que poderíamos chamar de um senso crítico comum teórico crítico – até seu emprego, com uma certa malícia, por aqueles que a invocam recuperando-a ideologicamente como uma forma travestida da dogmática jurídica. Mas, pode-se, também, fazer uma crítica epistemológica, atendendo-se ao fato de que a teoria crítica do Direito, principalmente em suas versões européias, reproduz as grandes crenças epistemológicas das ciências sociais do Ocidente, às quais nem o próprio marxismo escapa.

Nesse sentido, diz Rocha,

¹⁷⁸ GLEIZAL, Jean-Jacques. *Le droit politique de L'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980, p.11.

¹⁷⁹ GÓMEZ, J.M., comunicação citada, p.40.

“[...] a teoria crítica se apresenta como um saber [...] de verdades aproximadas, determinadas historicamente pelas relações de poder da sociedade. Entretanto, a partir de uma leitura mais profunda das posturas jurídicas críticas, isto não ocorre. Sob a aparência de um saber que se admite ideologicamente determinado, esconde-se uma tentativa sofisticada de se obter o controle político da teoria jurídica positivista dominante.”

E acrescenta,

“[...] pode-se constatar que a teoria crítica pretende uma neutralidade de segundo grau, que mesmo admitindo seus pressupostos político-ideológicos, julga-se competente para decretar os novos rumos da ciência do direito.”¹⁸⁰

Na verdade, para ele, “[...] tanto a dogmática como a teoria crítica são do ponto de vista epistemológico que ocultam, sob suas roupagens particulares de ciência, objetivos políticos específicos: conservadores, para a dogmática e contestadores, para a teoria crítica.” Para o referido autor, [...] o problema não é a construção de uma nova ciência do direito, que admita problematizar a sua função social, como se o problema do direito fosse unicamente epistemológico. O que se pode efetuar é a proposta de uma nova diretriz política, nunca científica, para o saber jurídico brasileiro. A questão fundamental é o deslocamento da problemática: saber superado (dogmática) / saber moderno (teoria crítica), para a problemática político-social.

Destarte, para a superação das concepções dogmáticas mantenedoras do *status quo*, necessita-se, consoante Rocha, “[...] de uma postura dialética que articule a teoria e a práxis jurídica.”¹⁸¹

Em seus últimos trabalhos, Warat leva mais adiante estas idéias, propondo para a teoria crítica uma prática de escrita polifônica que crie, a partir da polissemia dos discursos, um ritual de sedução que substitua ao ritual de verdade da epistemologia tradicional. Assim, o lugar da sedução é um lugar simbólico – vazio – no qual o homem na tentativa de conquistar seus segredos encontra formas de solidariedade social, de luta e resistência ao autoritarismo.

¹⁸⁰ ROCHA, Leonel Severo. *Crítica da Teoria Pura do Direito*. in, Revista Sequência, nº 6. Florianópolis: PGD/UFSC, 1983, p. 133 e ss.

¹⁸¹ Idem, *ibidem*.

O lugar vazio da sedução é, precisamente, o lugar vazio que Lefort reserva para os simbolismos que possam tornar a democracia uma prática permanente de invenção.¹⁸²

2. Tendo em vista a localização teórica provisória, que fizemos da Teoria Crítica e suas críticas, é que desenvolveremos o plano de análise deste capítulo.

A teoria crítica no pensamento francês está principalmente centralizada nos trabalhos desenvolvidos pela “Association Critique du Droit” e pelas ousadas propostas de André-Jean Arnaud. Seus principais expoentes são J. J. Gleizal, M. Miaille, A. Jeammaud. Tendo os dois primeiros, maior repercussão no Brasil, mas os três com ampla repercussão no mundo jurídico latino-americano. Integram também o movimento, entre outros, F. d’Arcy, M. Bourjol, Ph. Dujardin, Paul Allies.¹⁸³

O trabalho mais conhecido entre nós de J. J. Gleizal é seu livro “Le Droit Politique de L’État”; de M. Miaille, destacamos “L’Etat du Droit” e “Introdução Crítica do Direito”; de Jeammaud, realçam-se vários ensaios referidos ao Direito capitalista do trabalho; e, de André-Jean Arnaud, apontamos sua recente obra “Critique de la Raison Juridique: Où va la Sociologie du Droit?”.

“L’Association Critique du Droit” desenvolve sua produção apoiada, principalmente, nos aportes teóricos do marxismo – materialismo dialético. Em seu manifesto inicial de trabalho, eles afirmam:

“L’Etat et le droit ne cessent d’être travaillés par la lutte des classes. Leurs fonctions, leurs rapports sont affectés par les contradictions que celle-ci engendre. Or, la recherche et l’enseignement juridiques ne rendent pas compte de cette réalité.

La science du droit traditionnelle, après avoir servi la construction de l’Etat liberal et avoir été honorée en conséquence, est tombée en déshérence. Dans les ex-facultés, l’approche du droit reste, à ce jour, très empreinte de formalisme et d’idéalisme. Un enseignement prétendument objectif se satisfait

¹⁸² Nesse sentido ver WARAT, L.A. À la Fortune du Pot. Comunicação apresentada no Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais. São Paulo, outubro, 1983; e, El jardín de los senderos que se bifurcan. Comunicação elaborada para a Association Critique du Droit. França, Out/Nov, 1983.

¹⁸³ Sobre o pensamento crítico francês tomamos por base as obras da “Collection Critique du Droit”, n.ºs. 1 e 2. Presses Universitaires de Grenoble, 1980.

de reconnaître un Etat-de-fait, ne révélant ni les fondements ni les fonctions véritables de l'Etat et du droit.

L'enseignement, comme la recherche, reposent sur des distinctions arbitraires et préjudiciables à l'investigation scientifique: distinctions science juridique / science politique, droit public / droit privé. En outre, cet enseignement repose trop souvent sur des synthèses qui, prétendant enclorre leur sujet, occultant le caractère mouvant et contradictoire de la réalité sociale alors que l'hypothèse fondamentale de la collection est que la science du juridique relève d'une science du politique.

Le projet de la collection est donc Double: modifier les pratiques de recherche; offrir à un public en formation une connaissance du contenu et du fonctionnement du juridique au moyen d'instruments pédagogiques adéquats.

Par un usage privilégié du matérialisme historique et dialectique la collection s'efforcera de contribuer à l'intelligence des phénomènes juridiques dans la perspective d'une transition vers de nouveaux rapports sociaux, le socialisme.”¹⁸⁴

A partir destas idéias destacam-se dentre suas produções uma aguda desmistificação do Direito Público, como instância jurídica privilegiada do desenvolvimento das formas jurídicas do Direito capitalista. Esta análise foi, principalmente, feita por Gleizal e Miaille, procurando ver o momento atual “du droit de l'Etat, como um “nouvel Etat, de type technocratique”.¹⁸⁵ Por sua vez, Arnaud propõe-nos em seu último texto¹⁸⁶, uma ampla discussão das relações de legitimação da “raison d'Etat, raison du pouvoir, raison du droit. Raison contre toute raison. Raison que met à la raison.” Tudo isto, cristalizado nas formas ideológicas da racionalidade jurídica, que devem ser contestadas pelas ousadias da racionalidade cotidiana. As malícias da racionalidade cotidiana contra as grandes malícias da razão jurídica instituída.

¹⁸⁴ Manifesto de “L'Association Critique du Droit”, publicado no 1º volume da “Collection Critique du Droit”, op. cit.

¹⁸⁵ GLEIZAL, J. J. op. cit., p.55-56.

¹⁸⁶ ARNAUD, A. J. Critique de la Raison Juridique: Où va la Sociologie du Droit?”. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981.

3. Quanto ao pensamento crítico ítalo-espanhol, primeiramente, verificamos que este é conhecido sob a denominação do “uso alternativo do direito”. Na Espanha o perfil teórico mais interessante do uso alternativo do direito, encontra-se na Cátedra de Filosofia Do Direito Francisco Suarez¹⁸⁷, cujo Diretor atual é Nicolás Maria López Calera, destacando-se também seu adjunto Modesto Severo Lopes. Na Itália os principais partidários deste uso alternativo do direito são Pietro Barcellona e Luiji Ferrajolli¹⁸⁸.

A principal diferença desse uso alternativo com a teoria crítica francesa está no fato de que eles não caem nas armadilhas do mito marxista da supressão do Estado capitalista. Porque o Direito capitalista tem uma lógica que pode ser criticamente implementada para atender a um uso do Direito que responda a vontade democrática de um povo e não aos interesses autoritários ou totalitários dos grupos no poder.

O uso alternativo do direito conduz a uma revolução democrática que, mantendo a legalidade instituída e procurando mudanças radicais, abre suas portas à esperança democrática. Este é o caso do uso alternativo da legalidade franquista que frutificou na constituição democrática de 1978. Se, no processo espanhol, desenvolvido após a morte de Franco, houvessem ignorado a legalidade franquista possivelmente haveriam caído em outra ditadura. Por outro lado, se tivessem mantido essa legalidade sem mudanças radicais, é bem possível que tivessem entrado em uma revolução sangrenta. Mas, o uso alternativo da legalidade franquista foi o que tornou possível a legalidade democrática vigente.¹⁸⁹

“Es decir, el caso español permite confirmar la tesis de que el derecho no es una normatividad susceptible de reducciones absolutamente científicas en su interpretación y aplicación, sino que es más bien y sobre todo un instrumento social y político que, por su generalidad y contradicciones, permite a veces resultados distintos y contrarios a los propuestos inicialmente por el legislador.”¹⁹⁰

O uso alternativo do direito tem alcance muito importante para a nossa pesquisa porque, em última instância, nossas pretensões de uma abordagem sócio-política da

¹⁸⁷ A respeito ver LÓPEZ CALERA, Nicolás Maria e outros. Sobre el uso alternativo del Derecho. Valencia, Espanha: Presval, 1978.

¹⁸⁸ Idem, ibidem.

¹⁸⁹ Cf. as idéias desenvolvidas pelo professor LÓPEZ CALERA, Nicolás Maria, em seu trabalho “El uso alternativo de la legalidad franquista y el nacimiento de la democracia española”, in. Revista Contradogmáticas, nº 2/3, ALMED, no prelo.

¹⁹⁰ Idem, ibidem.

dogmática jurídica visam o estabelecimento de uma fórmula aberta que permita um uso alternativo da dogmática jurídica.

Evidentemente, como aponta Habermas¹⁹¹, a legitimidade é um processo de argumentação que brinda às razões para que se aceitem um ordem de poder como justa, correta e segura. E, o saber é, assim, no Direito, mais uma técnica de produção de argumentos legitimadores que uma estratégia de produção do consenso sobre a “verdade”. No direito, falar em nome da verdade é sempre falar em nome da legitimidade.¹⁹² A legitimidade capitalista nos força a levar em conta toda uma epistemologia e uma metodologia positivista como uma forma de legitimação da ordem político-jurídica da ordem burguesa. A crítica aos idealismos teológicos que a razão positivista cria, respondia fundamentalmente ao fato de que eles resultavam inoperantes como argumentos de legitimação da ordem burguesa.

Assim, o modelo positivista da ciência jurídica permitiu a existência de uma dogmática jurídica que submetia a interpretação das normas jurídicas à metodologia científica positivista como condição de reprodução da legitimidade e da legalidade burguesa.

Esta metodologia positivista, miticamente, afirma a negação das dimensões políticas do saber. Nesse sentido, sustenta que, sem a aplicação da metodologia científica positivista explicando as tarefas e interpretações do direito sob o prisma de uma dialética política, seria o modo de introduzir ainda mais injustiças na sociedade. Já que a política introduziria o caos e a intranquilidade ao mundo jurídico. Quando, em realidade, acontece tudo ao contrário, pois, é precisamente por esse excesso de metodologia científica que o direito se intensifica na práxis da dominação e da injustiça.

Por essa razão é que, na base do conhecimento jurídico, Pietro Barcellona¹⁹³ reivindica a necessidade fundamental de reconhecer a função política do Direito. Porque os procedimentos de abstração e sistematização do Direito são tentativas de abstração e sistematização dos interesses burgueses.

Consoante Barcellona¹⁹⁴ “[...] com o uso alternativo do direito não se busca fazer a revolução com o direito, senão de reconduzir as interpretações jurídicas progressistas ao desenvolvimento das contradições sociais, não para a sobrevivência das instituições, senão para restituir aos sujeitos sociais ‘a capacidade criadora da história’.”

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. Conhecimento e Interesse. Rio: Zahar, 1982.

¹⁹² Nesse sentido ver WARAT, L. A. Dilemas sobre a História das Verdades Jurídicas. Revista Sequência nº 6. Florianópolis: PGD/UFSC, 1983.

¹⁹³ Citado por LÓPEZ CALERA, N. M. Sobre el uso alternativo del Derecho. Op. cit. p. 16.

¹⁹⁴ Idem, ibidem, p.16-17.

Em suma, o uso alternativo do direito busca um novo conceito do Direito e uma função alternativa do saber jurídico para concretizar as utopias de uma revolução em uma práxis alternativa no interior da própria legalidade capitalista. Nesse sentido é que coincidimos com o pensamento crítico ítalo-espanhol.

4. Sobre a produção de um saber crítico no Brasil, como diz Tércio¹⁹⁵ “[...] caberia a possibilidade de estudo da dogmática jurídica a partir da compreensão de sua função social”, como uma crítica externa. A reflexão ficaria assim deslocada do nível lógico para os níveis retóricos e sociológicos. Sem dúvida, os estudos deste tipo, fornecidos pela Teoria Crítica do Direito, tornam-se os mais úteis em relação a nossa intenção final de alinhar alguns elementos para uma análise sociológica da dogmática jurídica.

Efetuiremos, também aqui, uma escolha arbitrária das tendências manifestadas nesse sentido pelo saber crítico no Brasil. Assim, procuraremos externar, esquematicamente, as idéias de Warat, Tércio, Coelho e Lyra F^o, que são os que, principalmente, reivindicam as funções sociais da dogmática jurídica e procuram pensar, para ela, usos alternativos.

Dentro desse entendimento, a produção de Warat pode ser interpretada a partir de três momentos: um momento argentino¹⁹⁶, um momento contradogmático e um momento polifônico.

O primeiro momento apresenta claras influências da Filosofia da Linguagem Ordinária. Suas indagações passam pela denúncia dos segundos níveis de significação da linguagem, que a dogmática jurídica emprega. Nesta fase ele trabalha a dogmática jurídica como um discurso mítico que institui encobertamente o plural do discurso como uma função de realização da função social da dogmática jurídica.

Nesta etapa ele não se preocupa por esclarecer previamente o que a sociedade é, especialmente, o que é a sociedade juridicamente organizada. Sua proposta não leva em conta nenhuma teoria da sociedade; limita-se, simplesmente, a indicar a interdependência do saber jurídico com as normas e as atividades de seu aprendizado nas escolas do Direito. Daí derivam suas obsessões pela metodologia do ensino do Direito. Neste período sua linguagem é provocativa, munida de frases que funcionam como chicotadas na sólida estrutura mental dos juristas; como, por exemplo, sua conhecida frase: “a principal fonte do direito é a escola”.

¹⁹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A função social da dogmática jurídica. São Paulo: RT, 1978.

¹⁹⁶ Essa primeira fase para pelos seus trabalhos efetuados até seu livro “Mitos e teorias na interpretação da lei”. Porto Alegre: Síntese, 1979.

O mérito maior desta fase são suas análises desmistificadoras, que sugerem a necessidade de construir uma teoria dos mitos jurídicos que mostrem seu poder como elementos de coesão social.

De alguma maneira, neste período, ele responderia às observações de Joaquim Arruda Falcão, que nos diz: “A capacidade de mudar uma realidade social é diretamente proporcional não apenas à capacidade de se formular propostas alternativas para a realidade futura. Antes, ela é diretamente proporcional à capacidade de se explicar e apreender concretamente a realidade atual. Para melhor controlá-la e mudá-la. Para definir táticas, estratégicas mais realistas. Detentoras de maior eficácia social”.¹⁹⁷

O processo de desmistificação que ele propõe, neste período, fica com algumas questões em aberto que vem a ser aclaradas e complementadas no terceiro momento do seu pensamento. Principalmente quando ele retoma através da categoria “lugar da fala” o valor do imaginário como constituição simbólica da dependência social.

Neste período, principalmente, nota-se um tratamento insuficiente da teoria da argumentação. Ele desmistifica o papel da retórica no interior dos discursos; trata a dimensão mítica das linguagens, sem mostrar (como faz na sua terceira fase) o valor da persuasão na fixação do imaginário social e cientificista.¹⁹⁸

No segundo momento Warat passou a preocupar-se, fundamentalmente, pela compreensão crítica da metodologia implícita nas propostas de fundamentação de uma dogmática jurídica em sentido estrito. Em ritmo de catarse investe contra seus próprios fantasmas, contra os territórios estrangeiros internos de seu pensamento e se lança à leitura desmistificadora da Teoria Pura do Direito, mostrando os efeitos sociais da tentativa de purificação jurídica¹⁹⁹ – falando dos não-ditos do positivismo kelseniano.

¹⁹⁷ FALCÃO, Joaquim Arruda. O método e a reforma do ensino jurídico. Revista Contradogmática nº 2/3, ALMED, no prelo.

¹⁹⁸ Este tipo de abordagem pode ser observado na trilogia de artigos que ele elaborou no primeiro semestre de 1983: “Un trilema epistemológico Mas Allá del positivismo jurídico: Hart, Bobbio y Ross”, publicado na Revista de Ciencias Sociales da Universidad de Valparaiso, Chile; “O grau zero e o grau histórico das significações jurídicas”. Publicado na Revista Contradogmática, nº 2/3; e, “El jardín de los senderos que se bifurcan: a teoria crítica e as condições de existência e possibilidade da ciência jurídica”, elaborada para a Association Critique du Droit.

¹⁹⁹ WARAT, Luis Alberto. A pureza do poder. Fpolis: UFSC, no prelo.

Paralelamente retoma a temática de seu primeiro momento e questiona a dogmática jurídica como condição imperativa da significação jurídica, propondo vê-la como uma teoria que externa uma condição retórica de significação.²⁰⁰

Nesta fase elabora o primeiro esboço de sua concepção sobre o “senso comum teórico dos juristas”²⁰¹, mas, o vê como o reflexo institucional das funções retóricas externadas pela dogmática jurídica.

No terceiro momento²⁰², ele passa a considerar insuficiente a abordagem retórica discursiva, vendo a persuasão mais como uma dimensão mítica de uma significação, que, em si mesma, é uma práxis social. Ou seja, vê o discurso jurídico como uma práxis significativa reveladora da natureza social do Direito.

Nesta fase, o Direito é visto por ele como uma complexidade significativa que deve ser interpretado a partir de uma teoria que nos dê conta do condicionamento social de ditas significações. Aí, o “senso comum teórico dos juristas” passa a ser mostrado como sinônimo dessa complexidade significativa e, portanto, objeto de uma teoria das significações que tematize o caráter ideológico-político-social das opiniões dos juristas.

Recupera, assim, a dogmática jurídica como uma atividade social que disciplina, simultaneamente, o imaginário dos indivíduos e as condições epistemológicas que fundamentam miticamente suas tarefas do conhecimento.

A epistemologia, então, passa a ter também uma dimensão imaginária que a condiciona.

Importa ainda ressaltar como novidade na problemática de waratiana sua preocupação pela vinculação de seus desenvolvimentos teóricos com as questões concretas da democracia, definida, segundo Castoriadis, como uma forma de sociedade que permite a autonomia dos indivíduos e dela mesma.

Como falamos anteriormente, neste momento, Warat pretende o deslocamento das preocupações epistemológicas entorno da verdade, para uma epistemologia polifônica,

²⁰⁰ WARAT, L. A. Mito e teorias na interpretação da lei. Op. cit.

²⁰¹ Idem, ibidem. Capítulo sobre o tema.

²⁰² Para análise desse terceiro momento de Warat, ver Revista PROCÉS Nº 10, “Avant-Propos” e seu artigo “Savoir critique et sens comun théorique des juristes”, ver tbém. “O lugar da fala: digna voz da majestade”, comunicação apresentada no Congresso da ALMED, México, 1982; e, “Un trilema epistemológico, Mas alla del positivismo jurídico: Hart, Bobbio y Ross”, artigo citado; e, “O grau zero e o grau histórico das significações jurídicas”, art.cit.

preocupada pela constituição do lugar vazio, com o qual possa realizar-se o ritual simbólico da democracia.

Este terceiro momento é o que tomaremos em conta nas considerações finais deste trabalho, quando formularemos uma crítica sócio-política à dogmática jurídica.

Quanto a obra do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁰³, ela será vista sem periodizações, uma vez que, sua “*démarche*” teórica parece-nos estar ligada a uma mesma matriz: o funcionalismo. Três autores podem ser notados como os precursores de seu pensamento: Viehweg, Luhmann e Laski, sem esquecer-nos das influências naturais que, sobre o pensamento de Tércio, provocou a obra de Miguel Reale. Temos nossas dúvidas sobre as necessidades epistemológicas das influências do professor Reale sobre Tércio, mas, em certo sentido, poder-se-ia dizer que convivendo na Universidade de São Paulo – USP, ninguém pode fugir ao diálogo com Reale.

Todas estas escolhas de fundamentação permitem-lhe pensar pragmaticamente uma teoria geral do sistema, repensada a partir de Luhmann e em função, também, de seu mundo circundante. O mundo para Luhmann só pode ser pensado em sua complexidade, a partir de sua relação com o sistema. A complexidade do mundo, disse Tércio “[...] *depende dos sistemas no mundo*”²⁰⁴.

A partir dessas ideias de sistematização Tércio procura uma análise pragmática do discurso para tentar uma sistematização. Propõe, então, alguns modelos compreensivos da dogmática jurídica: o interpretativo, o hermenêutico e o decisório. Ele, pessoalmente, inclina-se pelo terceiro, apesar de acreditar que os outros se fundam neste. Nesse modelo “[...] *o direito é visto como uma intervenção contínua imutável na convivência humana vista como um sistema de conflitos intermitentes. Ao jurista – dogmático – caberia então detectar o modo – jurídico – pelo qual o controle sobre eles se exerce ou deve ser exercido, tendo vista a sua decidibilidade*”²⁰⁵.

Para isso é preciso reinterpretar a noção de sistema jurídico, que não mais pode ser visto como um conjunto de normas, mas sim, como um sistema de comunicação através de normas. O princípio básico deste enfoque é o da interação. Assim, o Direito deve ser

²⁰³ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973; *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977; *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1978.

²⁰⁴ FERRAZ JR, Tércio Sampaio e outros. *A filosofia e a visão comum do mundo*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p.25.

²⁰⁵ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. op. cit. p. 107 e ss., grifos n/.

concebido como um sistema de controle; sendo mais importante para a análise as relações entre as partes que os conteúdos das mensagens.

Tércio introduz, também, como fator importante o fato de que as relações comunicativas precisam da referência de um terceiro comunicador institucionalizado: a autoridade.

Para ele, uma teoria da decisão ocupar-se-ia não apenas da organização legal do exercício da coerção, mas, também, dos mecanismos políticos que outorgam ditas formas de organização seu caráter legítimo, no sentido da capacidade de suscitar obediência. E, nesse sentido é que pode fundar-se a caracterização do pensamento de Tércio como crítico.

Esta concepção liberta a dogmática jurídica de seu caráter puramente exegético, para captá-la como um processo de invenção que vai construindo suas significações a partir da interação social. Vislumbra-se, assim, no Direito, segundo Tércio, um momento de domínio e de estratégia de domínio, mas, também, um momento de controle do próprio domínio que exige decisões fortalecidas. E, a dogmática jurídica seria também um momento de fortalecimento. Isto é algo que também devemos lembrar para a melhor compreensão do capítulo final desta pesquisa.

Assim, para a realização desta função da dogmática é preciso que ela possa produzir um modelo de ciclo completo do normativo, tomando em conta a norma desde sua Genesis até sua efetividade numa pluralidade de casos, ou seja, até o momento em que é possível produzir a súmula legislada. Se a dogmática fosse um estudo da súmula legislada estaríamos, sem dúvida, frente a um novo tipo de dogmática: a “dogmática retroalimentativa”.²⁰⁶

A respeito da proposta do professor Coelho²⁰⁷, ela poderia ser dividida em dois momentos: o metodológico e o crítico.

No primeiro, fortemente influenciado pelo culturalismo e o horizonte positivista da tradição filosófica brasileira, onde suas preocupações passavam, fundamentalmente, pela possibilidade de uma construção rigorosa do objeto da Ciência do Direito e da determinação científica de suas bases ontológicas. Sem descuidar, como ele mesmo diz, o fascínio que sobre ele “[...] *exerceu a fenomenologia e a atitude realista em face*

²⁰⁶ Sobre “dogmática retroalimentativa” ver MIRANDA FREIRE, Carlos Coelho de. Teoria da Legislação, aspectos materiais. João Pessoa-PA, 1982.

²⁰⁷ COELHO, Luiz Fernando. Dentre suas obras destacamos: Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. 1ª ed. Rio: Forense, 1979; e, 2ª ed. 1981; e, Contribuição Crítica à Teoria Crítica do Direito. no prelo.

*do fenômeno jurídico, traduzida na ideia de que o Direito, obra humana, é fato real e existente fora do universo das ideias mas não necessariamente parte do universo da natureza”.*²⁰⁸

Ou seja, na sua primeira fase, Coelho pensa o Direito como um normativismo dialético de fundamentação fenomenológica e culturalista.

Nesta fase, considerava, para a ciência da filosófica do Direito, dois temas de fundamental importância: a hermenêutica e a lógica jurídica.

Sua obra, nesta fase, está marcada pelas preocupações didáticas, tentando mostrar fundamentalmente os rumos de uma dogmática jurídica sem preconceitos positivistas. E, acredita que esta dogmática jurídica encontrará seu novo caminho através de seu reencontro com a Filosofia do Direito. A obra de Coelho, deste período, é, a nosso juízo, uma excelente crítica à tradição do pensamento jurídico brasileiro.

No segundo momento ele rompe com seu passado teórico e escreve suas reflexões na corrente brasileira que podemos denominar “crítica do direito”; buscando, cremos, os caminhos de uma dogmática jurídica vista agora como uma hermenêutica crítica, dentro de uma filosofia idealista, como ele mesmo reconhece ao final da apresentação de sua obra “Lógica Jurídica e Interpretação das Leis”.

Esse idealismo caracteriza-se por uma preocupação maior pelo homem e pela história, pelas angústias do dia a dia, do que pelas angústias epistemológicas.

A dogmática jurídica é então, para Coelho, o processo de desmistificação de um conhecimento do Direito que ensinado como um conjunto de verdade imutáveis torna-se ideologia.

Registramos, portanto, a importância sociológica do ponto de vista de Coelho por tentar construir uma dogmática além de seus dogmas.

Nota-se também, nesta fase, que as preocupações críticas de Coelho estão, por outro lado, dirigidas para dotar a dogmática trabalhista de uma nova visão.

O seu positivismo crítico fica muito bem explicitado em um dos seus recentes trabalhos²⁰⁹, do qual, procurando manter uma certa fidelidade ao texto, transcrevemos algumas de suas afirmações: “*A filosofia do direito entra aí nesse contexto ideológico; suas*

²⁰⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2ª ed. Op.cit., p.27.

²⁰⁹ COELHO, Luiz Fernando. *Da Ideologia do Direito à Ontologia do Social*. Revista Sequência Nº 6, Florianópolis: PGD/UFSC, 1983, p.81.

categorias tradicionais contribuem para a escamoteação do real, impondo-se, a partir de uma concepção crítica, a elaboração de categorias críticas aptas a pensarem o real [...]”.

E, acrescenta: *“Penso poder concluir que o problema ontológico do direito é falso. Ou seja, o núcleo da filosofia do direito é um problema inexistente, mas criado pela jusfilosofia artificialmente, com propósitos relacionados com a ideologia da manutenção da ordem social concreta.”*

Ao que agrega: *“Repito que o real é o homem e a sociedade, não o direito; e que pesquisar um real jurídico é desviar a atenção do saber, tirá-lo de seu caminho no sentido humano, pois o imaginário jurídico substitui o concreto social como objeto do saber, e o papel que a ciência e a filosofia do direito têm até agora desempenhado é o de criar, manter e reforçar os mitos, dotados de força legitimadora indiscutíveis”.*²¹⁰

Coloca a seguir o seguinte questionamento: *“Qual o papel, então, que a filosofia jurídica crítica atribui ao saber jurídico e a si mesma?”* Ao que procura responder: *“Penso que não é a pura e simples destruição dos mitos, pois a sabedoria crítica não é iconoclasta. Mas o papel da crítica é desmistificador, torná-los menos mitológicos. Pois, diz ele: “A inconsciência do mito conduz à alienação, e a conscientização da realidade contribui para a formação de cidadãos úteis à sua família e ao grupo social, a si mesmo e à sua nação.”* E, este pensamento de Coelho também deve ser retido para melhor reflexão das considerações finais desta dissertação.

Sobre a obra do professor Roberto Lyra Filho, sua proposta de uma dogmática sem dogmas, inscreve-se em uma clara posição materialista – dialética – do Direito.

Para ele, a dogmática jurídica é fruto do conservadorismo jurídico; sendo assim, o produto mais visível do caráter ideológico do Direito. A dogmática jurídica é para Lyra Fº uma grande ficção que o jurista deseja transformar em realidade com o auxílio da lógica formal e do raciocínio dedutivo.

O caráter dogmático da dogmática jurídica a converte, segundo o autor citado, na própria lei do mundo capitalista burguês, motivo pelo qual, não cabe sequer colocá-la como uma superestrutura, mas sim, como um componente estrutural das relações de dominação. Na superestrutura, parece de alguma maneira dizer Lyra Fº, ficaria o jusnaturalismo e, dialetizando-se com ela na infraestrutura da dogmática jurídica.

²¹⁰ Idem, ibidem.

A dogmática jurídica é para o mencionado autor, “[...] *uma teologia do poder divinizado, uma ‘Bíblia’ do Estado. Entre seus profetas estaria, também, Kelsen que nos convida a penetrar no mundo idealista do ‘dever ser’ como nos buracos de um queijo suíço*”.²¹¹

Preocupa a Lyra Fº a busca de uma ciência jurídica da libertação, pois, se a dogmática jurídica é uma teologia, devemos inspirar-nos nos padres da igreja e buscar também nossa própria teologia libertadora.

Seguindo a teoria de Lyra Fº poderíamos, também dizer, que as escolas do Direito estão necessitando urgentemente de um Paulo Freire que ensine aos futuros juristas a usar alternativamente o Direito para a libertação.

A leitura da obra de Lyra Fº sugere-nos a necessidade de instaurar uma dogmática jurídica para o Terceiro Mundo que nos ensine o valor político dos Direitos Humanos²¹², as formas de organização social que inaugurem para nossos congêneres formas concretas de democracia participativa. Ou seja, uma dogmática jurídica sem dogmas, por meio a qual se aprenda a ir contra a lei para inaugurar uma sociedade muito mais aberta, onde as decisões passem pelos próprios indivíduos.²¹³

Até agora a dogmática jurídica foi uma Ciência do Direito estatal, devem inaugurar-se agora as possibilidades de uma dogmática jurídica que seja também uma Ciência do Direito não estatal. É dizer, uma dogmática que desdogmatize o Direito de seu espírito estatista.

Assim, ele busca uma dogmática jurídica que tenha como característica fundamental um humanismo dialético, no sentido de historicidade dialética da liberdade.²¹⁴

Procuraremos agora examinar os traços comuns destas quatro versões da Teoria Crítica do Direito brasileiro que efetuam uma crítica externa da dogmática jurídica. Começaríamos dizendo que todas elas concebem o Direito como uma prática social específica, na qual está expressado historicamente os conflitos sociais de uma determinada formação social.

²¹¹ LYRA Fº, Roberto. Para um Direito sem Dogmas. Porto Alegre: Fabris, 1980, p.14.

²¹² Sobre esse tema é bom ver também: GÓMEZ, José María. Direitos do Homem, Política e Autoritarismo na América Latina. Tese apresentada para o concurso de Professor Adjunto, PGD/UFSC, março de 1983.

²¹³ E, nisso Lyra Fº, Roberto, coincide muito com o pensamento crítico ítalo-espanhol.

²¹⁴ LYRA Fº, Roberto. Op. cit., p. 15 e ss.

Assim, a dogmática jurídica deve ser compreendida como parte integrante do conhecimento da formação social em sua totalidade, assim como as transformações que as formações sociais sofrem na história.

Admitiriam também, estes autores, que os conflitos sociais dão-se não só no processo de criação das normas, senão também, ao nível de seu saber. Assim, reconhecem a dogmática como um espelho dos conflitos sociais.

Em decorrência disto, todos eles estariam dispostos a admitir o caráter ideológico da dogmática jurídica e sua fundamentação idealista.

Diferem, entretanto, na definição de ideologia que adotam e nas funções sociais que esta instância ideológica do Direito cumpre na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: para um pensamento contradogmático

“A verdade absoluta é o fundamento do fascismo”
Castoriadis

Considerando-se ser, na atualidade, praticamente pacífico o entendimento de que não se faz necessário desenvolver nenhum tipo de argumentação para sustentar a afirmação de que todo trabalho de investigação e pesquisa, por mais prestigioso que seja, está fadado a envelhecer e a ser substituído,²¹⁵ do mesmo modo, também se pode afirmar que não se pode expressar conclusões definitivas a seu respeito.

Dessa maneira, sob o título de conclusões apresentam-se sempre uma série de considerações que, mais que um ponto final, são um convite à novas interpretações (pesquisas), de uma das tantas vozes do plural que todo texto nos força a ouvir.

Nesse sentido, Barthes²¹⁶ nos diz que ***“o único resultado verdadeiro, de toda investigação, são seus prolongamentos e, estes dependem muito mais do ouvinte que do emissor”***.

Assim, as conclusões, tal como habitualmente se apresentam, representam uma fala pretensamente tranquila, um espaço da fala privado de agressividade. E, é precisamente isto que pretendemos evitar.

Razão pela qual, optamos por assumir a natureza interminável de toda problematização, apontando ao modo de uma conclusão em aberto (dialógica) a possibilidade de uma reproblemática da dogmática jurídica, desde o olhar interpelador da sociologia.

Realmente, a sociologia é, para o pensamento jurídico dominante, estranhamente e por si só, um lugar da crítica; isto porque o caráter imanente e autônomo que os juristas reivindicam para seus discursos teóricos coloca-a em um nível de abertura que é, em si mesmo, uma atitude de emancipação²¹⁷ – que nem sempre é própria dela mesma.

²¹⁵ Cf. comentário que faz FREUND, Julien, referindo-se ao posicionamento de Weber, em “A Sociologia Alemã à Época de Max Weber”, in BOTTMORE, T. “História da Análise Sociológica” Rio: Zahar, 1980.

²¹⁶ Cf. BARTHES, Roland. “Crítica y Verdad. 3ª ed. México: Siglo XXI, 1978.

²¹⁷ Sobre emancipação ver HABERMAS, J. “Conhecimento e Interesse”. Rio, 1982.

Diferentemente desse pensamento dos juristas ortodoxos, para nós, criticar assemelha-se ao que nos diz Barthes, ou seja, “criticar, quer dizer, por em situação crítica”. E, é precisamente este sentido da crítica que inspira a trajetória narrativa de nossas considerações finais.

2. Contudo e preliminarmente é preciso fazer algumas considerações epistemológicas com relação ao paradigma de sociologia que estamos empregando como pano de fundo de nossa “*démarche*” crítica. A atitude teórica dominante na Sociologia Ocidental encontra-se intimamente relacionada com a proposta positivista. Ainda, as vozes de Comte e Durkheim determinam o olhar dos sociólogos. E isto, para nós, tem um peso bastante negativo, uma aura de Platão que é indubitavelmente uma necrose das ideias, um comportamento de fuga perante a história.

Sem dúvida, vivemos hoje nas ciências sociais um tempo de crise de paradigmas. Os filósofos e os sociólogos estão inquietos e desconformes, relendo Platão, repensando Kant e, inclusive, os marxistas não aceitando muito bem Marx.

Não podemos fugir dos interditos do nosso tempo e temos que assumir a tradição sociológica não só como uma “*doxa*”²¹⁸, mas também, como um paradoxo.

Como reiteradamente afirma Warat, em seus últimos trabalhos, as ciências sociais positivistas são, no fundo, uma glorificação do saber; que, entre outras coisas, determinam a constituição simbólica do corpo político, como um corpo vazio, que não pode ser manchado pela história corrupta, pelas ações de sangue e horror dos homens que ocupam efetivamente esse lugar. O poder fica então como um território universal e abstrato graças ao saber. Esta é precisamente a função política da epistemologia positivista, que apresenta os sujeitos do conhecimento como se eles falassem em nome da razão; contudo eles nunca são a voz da razão, eles falam da história a partir de suas relações jurídico-político-econômicas e sociais²¹⁹.

O positivismo sustenta-se no mito de uma consciência que pode, quando é trabalhada pela ciência, transformar-se em uma consciência desideologizada, transparente. Recusamo-nos, porém, a aceitar esse mito, considerando a sociologia, também, como um

²¹⁸ **Doxa** (δόξα) é uma palavra grega que significa crença comum ou opinião popular e de onde se originaram as palavras modernas ortodoxo e heterodoxo.

²¹⁹ Nesse sentido, ver Habermas, op. cit., v.tbém. Warat, Luis Alberto. “O grau zero e o grau histórico das significações jurídicas”. in Revista Contradogmáticas N° 2.

lugar político da fala científica²²⁰. Por isso, é que nosso paradigma crítico está baseado nas atuais contribuições, bastante conflitivas, imaginativas e emancipadoras da sociologia política. Analisando, a partir desse marco, a dogmática jurídica, como uma atividade social politicamente comprometida. Assim, vemos seus discursos como uma das dimensões simbólicas da política.

Em suma, faremos brevemente, à guisa de conclusão uma abordagem sociopolítica, procurando explicitar, a partir de um certo diagnóstico analítico sobre a função e o poder social da dogmática jurídica – vista como uma atividade social –, os caminhos que a permitirão redefinir-se, tirando-a do jogo autoritário em que está imersa e induzindo uma tendência democrática para a sua realização.

Dessa maneira, tencionamos mostrar os caminhos que possibilitem a desconstrução da dogmática jurídica visando a sua substituição por um saber que sem dogmas e sem autoritarismos auto-reflexione mais sobre suas possibilidades emancipatórias que pelas razões que a possam auto-fundamentar como conhecimento insuspeito²²¹. Eis-nos, assim, diante de uma dogmática jurídica subvertida em uma “contradogmática”.

Buscaremos, então, o significado moral da dogmática jurídica, como fundamento de uma “ciência do direito” que se encontre como tal, negando o estatuto científico da dogmática jurídica, tal como agora ele opera no cotidiano de nossas práticas jurídicas.

Dessa forma, a pergunta que servirá como pano de fundo à estas reflexões finais será: “É possível e, sob quais condições sociológicas, reinventar-se uma dogmática jurídica que – parafraseando Lefort – como limite do totalitarismo seja uma invenção democrática”.

3. Vivemos em uma época na qual a ciência não só aumentou o prestígio tradicional, mas que, liberada dos tabus, converteu-se em um fator de poder. A ciência jurídica (junto talvez com boa parte das ciências sociais) não alcançou o nível das ciências físicas e biológicas e deixou de constituir o modelo de ciência aceito.

²²⁰ A respeito ver Warat, L. A. “Un trilema epistemológico: Mas alla del positivismo jurídico: Hart, Bobbio y Ross”, *in* Revista de Ciencias Sociales, da Universidad de Valparaiso, Chile.

²²¹ Tal como analisado principalmente no capítulo I, deste trabalho.

No entanto, vê-se presente a sua influência nas estruturas acadêmicas, na legislação, na forma de ordenar o material expositivo de todos os discursos do Direito e, perdura, queira-se ou não, como modalidade de certas funções sociais que ainda se consideram como valiosas; além do que, constitui uma instância crítica de um sistema social.

Dessa forma, o Direito, como ordenamento normativo de um sistema social global, é um momento abstrato do objeto temático que denominamos sociedade²²². Seu estudo, portanto, implica em uma construção teórica de elevado grau de abstração; daí as frequentes reclamações pela sua aparente falta de relação com a vida, com os fenômenos sociais concretos perceptíveis. Assim, afirma-se que a Ciência Dogmática do Direito constitui, atualmente, uma atividade institucionalizada profissionalmente e, que conta com um “corpus” de conhecimentos, que permitem o manejo mais racional dos sistemas sociais em seus múltiplos aspectos: econômicos, políticos, culturais. E, isto tem servido para instaurar uma forma de sociedade na qual predominam a racionalidade formal do Direito, ou seja, aquela em que todo caso tem que ser solucionado ou julgado em conformidade aos padrões normativos uniformes e consistentes.²²³

O ordenamento jurídico pretende ser um ordenamento estruturado. Assim, a dogmática jurídica ao realçar sistematicamente a noção de norma válida, impõe condições de validades tais que conduzem à criação de uma “ordem racional”.

Nesse sentido e seguindo-se a Kelsen, as leis unicamente são válidas se forem ditadas segundo normas superiores também válidas. Essa circularidade, disse Weber, é socialmente funcional, uma vez que respalda, em definitivo, a ideia de um tipo de ordem jurídica racional. E, uma ordem normativa puramente racional, não pode ser senão aquela fundada no livre consentimento dos obrigados: ou seja, uma democracia.

Dessa forma, o Direito obriga na medida em que os obrigados são autores das suas normas. Através dessa ideia de legitimação da ordem jurídica, faz-se possível uma diminuição da arbitrariedade e imprevisibilidade que todo sistema social contém, em um grau que é preciso minimizar. E, a dogmática jurídica é uma técnica destinada a isto. O que implica reconhecer, por certo, que a dogmática jurídica tende a ser um fator de estabilidade social; ou seja, atua conservadoramente ao conferir uma aura de objetividade a um material normativo

²²² Cf. VERNENGO, R. J. “Curso de Teoria General del Derecho”. Buenos Aires: Eudeba, 1976. p.418.

²²³ A esse respeito ver LUHMANN, N. “Legitimação pelo procedimento”. Brasília: UnB, 1980; v. tbém., FERRAZ Jr, T. S. “Função Social da Dogmática Jurídica”. São Paulo: RT, 1978.

historicamente contingente. Assim, a dogmática jurídica é ideologicamente uma instância que outorga legitimidade racional às normas contingentes de um grupo social.

Parece claro que a dogmática jurídica não desempenha idênticas funções, nem pode ser vista socialmente com os mesmos olhos em épocas de relativa imobilidade social e em momentos de acelerada transformação da sociedade. Porém, ainda frente a estas situações, a cujo respeito cabe assinalar que não contamos com técnica alguma alternativa dotada de alguma objetividade; de modo que, seguimos atendendo as inspirações mais ou menos acertadas dos chefes políticos; ou, às orientações mais ou menos convincentes propostas pelas ideologias dominantes, foi assinalado que a “Ciência do Direito” – vista como uma dogmática jurídica geral – representou até agora quase a única instância à qual se pode recorrer para formar a trajetória da transformação social em uma forma sujeita a crítica racional. E mais pareceria não poder-se esperar, por enquanto, da história: que em alguma medida os homens tenham algo a dizer e possam dizê-lo na determinação do seu destino.

4.²²⁴ Uma das características culturais típicas das ciências pós-renascentistas é sua neutralidade. A imparcialidade metódica, a exclusão da subjetividade, como condição da objetividade, a repulsa aos componentes políticos do saber, são crenças reguladoras do desempenho das ciências sociais desde meados do século XIX. Entretanto, na atualidade, recusa-se justamente a essas atitudes omissas frente ao valorativo e ao político, caracterizando-as como desvaliosas. Isto porque, começa-se a suspeitar que essas crenças dominantes não foram devidamente avaliadas em seus alcances e consequências sociais.

Nas ciências sociais o ideal de “Wertfreiheit” proclamado por Weber, como modo característico da ciência Ocidental, foi durante muito tempo uma bandeira – mas, uma bandeira que, como alguns pavilhões, serviu para contrabandear mercadorias das mais variadas; daí, a reticência que hoje têm os “cientistas” para levantar uma dessas bandeiras de “corsário”. Bastaram estas últimas décadas para compreender-se a dimensão autoritária dessas bandeiras. O que explica a contestação enérgica ao exagero da razão.

Desse modo, em substituição a uma ciência neutra, proclama-se a era de uma ciência comprometida e de cientistas militantes. Mas, concordamos com Vernengo, que isto

²²⁴ As ideias constantes deste ponto baseiam-se, com algumas infidelidades menores, no trabalho de VERNENGO: “Sobre a função social da ciência”. In Revista de Metodologia Jurídica, N° 2. Buenos Aires: Universidade de Morón, 1974.

também é um exagero, que glorificando a práxis justifica também o espaço vazio do corpo do rei.

Husserl, em seus devaneios reacionários, sonhava com uma ciência social ideal, semelhante a matemática ou a lógica. Porém, na maturidade de seu pensamento adverte que o ideal de uma ciência estritamente racional é uma utopia. Condena, assim, as ciências sociais a uma permanente crise, pela impossibilidade de fundar-se em um pensamento ideal que, como um ponto de vista fora da história, pretende falar-nos autoritariamente dela.

Este sonho arcaico e helenizante mostra-nos, consoante Vernengo, a face de uma verdade bastante nua: “a ciência como modalidade do poder, como forma da violência”. Donde, as pretensões imperiais – ou seja, subjacentes – do idealismo fenomenológico e suas sequelas, que ainda sobrevivem precariamente em “ciências” como a do Direito – diríamos: em “ciências” como a dogmática jurídica.

No mundo idealista da ciência estrita, os homens comunicam-se por meio de linguagens sacralizadas que os fazem comungar com uma verdade socialmente consagrada. Isto ocorre principalmente no discurso mítico de uma teoria científica, concebida como um puro sistema. Com isto, afirma-se algo tão absurdo e ao mesmo tempo profundamente político, como quando os juristas dizem que “o fundo do mar é patrimônio da humanidade”; porém, as riquezas do fundo do mar só são patrimônio dos que têm a tecnologia para delas apropriar-se. E, a ciência segue a mesma sorte. Pois, ela não é patrimônio do homem comum: leigo; ela sempre será, como diz Vernengo, a linguagem secreta de certos grupos dominantes.

Dessa maneira, controlar a linguagem da ciência é ter algum tipo de poder social. E, é nesse sentido que, seguindo ao autor supra citado, jogamos até aqui com a metáfora da bandeira da pirataria e a do fundo do mar; uma vez que, os corsários, como hoje os juristas, também sentiam o mar como um patrimônio da humanidade e era justamente isto o que lhes permitia fazer navegar o seu poder.

Porém, a ciência não é um sistema exclusivamente ideal. A ciência, vista como um sistema ideal não é mais que um momento e um dos códigos de uma estrutura social complexa. Nesse sentido, a ciência é o que determinados grupos sociais fazem e falam. Por isso, como atividade social, ela pode ser vista como um sistema de comunicação institucionalmente codificado; e, como atividade social, exige a relativização dos aspectos

sintáticos e semânticos de seus discursos, para reivindicar, em troca, uma abordagem predominantemente pragmática (política e polifônica).²²⁵

Desde este ângulo pragmático, a ciência exhibe uma relação ambígua com a realidade. Seu discurso é “Tópico” no sentido que se apresenta sempre como uma reserva de escolhas que atualizam, em cada uma delas, a realidade enxergada.

Nesta focalização pragmática surge nitidamente caráter constituinte da realidade que o saber científico determina. Destarte, este fator constituinte tem mais um sentido mítico-político que gnoseológico. Quando falamos aqui de fator constituinte, deliberadamente, afastamo-nos do sentido gnoseológico a que faz referência o neokantismo, quando nos diz que a ciência constitui a realidade. Na perspectiva de uma análise pragmática, a ciência nos dá uma visão de mundo, uma imagem, uma cosmovisão. Assim, poderíamos dizer, por exemplo, que a dogmática jurídica, pensando o Direito de um modo formalizante, constitui a imagem liberal do mundo jurídico e do Estado moderno.²²⁶

Nessa ordem de ideias, podemos pensar, com certas reservas, na atitude crítica do materialismo histórico, em relação ao positivismo jurídico, que nos dá também, uma imagem do mundo do Direito desfigurada ou protegida pelos “fantasmas” de um economicismo mecanicista; sem que a rigor possa afirmar-se que a força explicativa de um ou de outro sistema conceitual e ideológico, seja maior ou melhor que o outro.

As imagens e ideias do mundo, como aponta WARAT, têm uma ação de retorno, no interior do território teórico apresentado como um discurso afastado da ação e da práxis. Ele afirma que essa imagem, essa visão do mundo jurídico, não é somente uma “doxa” que envolve uma teoria, senão que, é uma “doxa” não tematizada que, no interior da teoria, constitui a cadeia de conceitos que emprestam ao objeto da reflexão sua unidade. O ideal helênico de uma ciência que funcione como o “theorem” das olimpíadas gregas (que simplesmente contemplava os jogos, para a seguir fazer seu comentário imparcial – neutro)²²⁷, não existe, nem nunca existiu.

²²⁵ Nesse sentido e sobre polifonia/carnavalização, ver WARAT, Luis Alberto. “O grau zero e o grau histórico das significações jurídicas”; “À La Fortune du Pot”, comunicação apresentada no Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais. São Paulo: outubro, 1983; e, “El jardín de los sanderos que se bifurcan”, comunicação elaborada para a Association Critique du Droit, França, 1983; v.tbém., FERRAZ Jr, Tércio Sampaio, op. cit.

²²⁶ Ver BOBBIO, Norberto. “El problema del positivismo jurídico”. Buenos Aires: Eudeba, 1965; v.tbém., WARAT, Luis Alberto. “Un trilema epistemológico ... op. cit.”

²²⁷ Conforme comentário do professor Ronai Pires da Rocha, durante as aulas do /Curso de Seminários de Dissertação, na 2ª quinzena de abril de 1983, nesta Pós-Graduação (PGD/UFSC).

Assim, toda prática social é uma aventura histórica que deve ser vista como um momento em um contexto de orientações valorativas, ideológicas e políticas, alheias ao universo abstrato das ideias. Porém, a dificuldade vem de que um certo número de homens de ciência continuam insistindo em ver a esse momento histórico como a uma ilha de racionalidade com todas as suas pontes interditadas²²⁸.

Temos, dessa forma, uma imagem política da ciência que glorifica a razão para impor, em nome dela, um controle não democrático – autoritário, para a realização das relações sociais. Estamos assim diante de uma linguagem estereotipada que nos fala com ânsia do método. Ou seja, que se apresenta como um discurso triunfalista sobre o método, esterilizando a investigação; pois, como dizia Barthes, não há nada melhor que o exagero do método para matar uma investigação. Existe, portanto, o perigo do método – a ameaça de um “prêt-à-porter” metodológico.

Destarte, a sociologia política deve ser encarada como um discurso contra o método que nos permita perceber a atmosfera social inserida no discurso da ciência, no nosso caso, da ciência jurídica.

5. A cultura jurídica continental, diferentemente da anglo-saxônica, acreditava nas possibilidades do tratamento científico do objeto do Direito. A fleuma anglo-saxônica não acreditava muito nas possibilidades da ciência jurídica: para eles, o jurista manipula uma técnica embasada em outras ciências, como a psicologia, a sociologia; porém, não creem em uma ciência jurídica em sentido estrito autônomo.

Quando os juristas continentais falam sobre as possibilidades de uma ciência jurídica em sentido estrito, estão, em dúvida, pensando (falando) na dogmática jurídica.

A dogmática jurídica é vista pelos juristas continentais, em primeiro lugar, como um modo natural, espontâneo, de fazer ciência do direito. Forçando uma expressão, poderíamos dizer que a dogmática jurídica é continentalmente vista como uma forma pré-científica de fazer ciência. Ou seja, parafraseando WARAT, os juristas fazem ciência do mesmo modo como os negros nostálgicos, originalmente, faziam samba ou jazz (não pensando muito bem no que estavam fazendo). Atualmente, com autores como Chico Buarque e Gershwin, o samba e o jazz entram no terreno da auto-reflexão. Da mesma maneira, a Física de Newton e o “Corpus Juris Civilis” de Justiniano, funcionaram como o

²²⁸ Nesse mesmo sentido, v. WARAT, “Un trilema epistemológico ... op. cit.”

“samba de roda”, eles necessitaram de um Kant e de um Kelsen que, como os compositores supra mencionados, descobriram suas condições de possibilidade e se empenharam em trazer à luz os pressupostos gnoseológicos da Física e do Direito. Porém, com a diferença que “Chico Buarque” baseou as condições do samba na existência, enquanto que, Kelsen fundamentou as condições do Direito nas possibilidades de uma razão sem existência²²⁹.

Seguindo essa linha de auto-reflexão, inaugurada por Kelsen, tentaremos agora explicitar como operam os juristas dogmáticos. Ou seja, procuraremos mostrar o estilo de pensamento em que, sem sabê-lo, se encontram os juristas que fazem a dogmática.

Falaremos, então, das crenças em que se apoia a dogmática que fazem os juristas de ofício. Em primeiro lugar, os juristas práticos e grande parte dos acadêmicos, acreditam na existência do mundo jurídico autônomo, que tem sentido em si mesmo e que pode ser interpretado como uma realidade homogênea e fechada. Isto posto, apelando à uma velha metáfora do materialismo histórico, diríamos que, os juristas dogmáticos, sem acreditar em Marx, imaginam o Direito, como uma superestrutura dotada de uma legalidade própria e perfeitamente distinguível da sociedade e de suas lutas. A superestrutura jurídica é para a dogmática jurídica um âmbito totalmente racional, onde impera o rigor dos conceitos coerentemente organizados. E, esta é uma ideia de superestrutura bem diferente da do marxismo. Por outro lado, a superestrutura marxista encontra-se determinada pelos fatos, no caso, pelos fatos econômicos. Já, no enfoque da dogmática jurídica as questões de fatos são alheias à superestrutura normativa, porque, para eles, o ser do Direito não é o ser dos fatos, senão o ser de um dever neutro²³⁰.

Assim, os dogmáticos sustentam a crença de que um problema pode ser encarado à luz de considerações de fatos (econômicos, valorativos etc), mas também, pode ser abordado a partir de considerações puramente jurídicas; que são, para eles, as garantias máximas para a objetividade e segurança. Acreditam, assim, que a superestrutura jurídica é o âmbito da segurança que suas estruturas racionais são a cidadela que nos põe ao resguardo do caos fático. Na história, nos fatos, impera a desordem, na superestrutura jurídica a ordem absoluta. Assim, para eles, ela é o império da razão, que é a expressão abreviada das normas jurídicas.

Entretanto, os dogmáticos não são muito fiéis a essa crença, uma vez que, o seu “dever ser neutro” não é tão neutro como eles imaginam; pelo menos, é um dever que

²²⁹ Cf. comentário do Prof. Warat, durante a Disciplina de Epistemologia Jurídica, 1º Trim., 1983 (PGD/UFSC).

²³⁰ Idem, ibidem.

fundamenta a obrigação moral de obediência à superestrutura, e, este é um valor liberal que não tem nada de neutro. Mesmo porque, o “dever neutro” é uma fórmula a partir da qual se sustenta a moral burguesa miticamente confundida com a validade da lei.

Por outro lado, os dogmáticos, acreditando no caráter neutro da superestrutura jurídica, procuram distinguir o direito positivo da moral, sem advertir que o saber, com o qual pretendem examinar a referida superestrutura, adquire a forma de um discurso moral sobre ela e que, no fundo, é uma nova receita para instituir um sistema de regras morais²³¹.

De outra parte, os juristas dogmáticos sustentam a crença de que as instituições e os conceitos jurídicos são categorias imutáveis, dotadas de uma essência rígida, das quais é possível extrair conclusões por via dedutiva. A essa essência chamam natureza jurídica. A propriedade, a penhora, a locação, os títulos de crédito, têm uma essência estática que as normas jurídicas, que as governam, explicitam e complementam. O principal aí é encontrar a caixinha correspondente, porque, uma vez que a tivermos situada, todos os demais problemas estarão resolvidos, na forma de uma série de juízos analíticos. Destarte, o cerne da questão são problemas de classificação.

Digamos, de passagem, que estas não são as crenças que frente ao Direito tem o homem comum – o leigo. Para ele, o Direito se confunde com o ambíguo mundo dos tribunais e dos advogados e aí, no entendimento do leigo, impera o caos. O trabalho da dogmática jurídica, para ele, é uma complexa teia de aranha que o extravia. Assim, ela é, para o leigo, uma esfinge cujo enigma não pode resolver e que, portanto, o devora.

Surge, desse modo, um clima de frustração, a partir do qual nasce um quadro de convicções sobre o Direito totalmente distinto ao que dá fundamentos à tarefa da dogmática jurídica. Ora, se a dogmática jurídica devora o leigo é já, por esta razão, um discurso autoritário e aos fins que aqui perseguimos cabe, então, perguntar sobre as condições de possibilidade de uma dogmática jurídica que não seja antropófaga.

Como resposta a essa questão devemos atacar o imaginário cientificista que funciona como gramática de produção da dogmática jurídica. E, exatamente, nos caminhos de sua desmistificação descansa as possibilidades de produção de um conhecimento jurídico que comprometa o homem nas lutas democráticas. E, para isto, precisa-se da construção de um saber onde o homem se torne produtor e não consumidor de significações²³².

²³¹ Nesse mesmo sentido, ver Warat, “El jardín de los senderos que se bifurcan”, art. cit.

²³² Ver WARAT, “La fortune du pot”, op. cit.

Joaquim Falcão²³³ define a ciência jurídica como um saber produtor de um conhecimento crítico sobre as injustiças²³⁴. Esta é uma boa proposta para a realização de uma dogmática jurídica sem autoritarismos; isto, sempre que aceitemos a ideia de que serão nossas lutas cotidianas as que determinarão os critérios de reconhecimento das injustiças que deverão ser corrigidas. Acreditamos que as estratégias, para este processo de democratização da dogmática jurídica, devam ser dadas pela carnavalização da linguagem jurídica tradicional²³⁵.

Por isso é que, preocupamo-nos com as condições de existência de uma dogmática jurídica voltada para a democracia, pois, necessitamos torná-la: “palco”²³⁶. Devemos aceitar, para isto, a tese de que a dogmática jurídica é um discurso moral sobre o Direito e, a partir daí, reivindicar uma dimensão utópica, anti-totalitária; pois, como assinala Lefort, não existem possibilidades reais para o estabelecimento da democracia sem uma dose de utopia.

Para finalizar, podemos dizer que, os caminhos desta utopia estão em aberto e devem ser realizados na história; pois, não se trata de nenhuma maneira de uma utopia liberal que protocoliza as garantias democráticas em uma folha de papel. A utopia de que estamos falando não pode ser, portanto, protocolizada nesta conclusão, que é obviamente outra folha de papel. Podemos, isto sim, evocar alguns momentos da história: Martin Luther King (USA), Lech Walesa (Polônia), as Mães da Praça de Maio (Argentina), são alguns dos tantos exemplos que representam a encarnação histórica desta utopia e, a eles, remetemo-nos como ponto final deste trabalho.

*A luta pela liberdade não é vã*²³⁷

²³³ Ver FALCÃO, Joaquim de Arruda. “Política Científica e Direito”, *in* Pesquisa Científica e Direito. Recife: Massangana, 1983.

²³⁴ E ao autoritarismo, acrescentaríamos.

²³⁵ Nesse sentido ver um dos mais recentes trabalhos de Warat, “À la fortune du pot”, art. cit.

²³⁶ Idem, *ibidem*.

²³⁷ Pronunciamento de Lech Walesa ao tomar conhecimento de ter sido escolhido para receber o Prêmio Nobel da Paz 1983 (Cf. Rede Globo de Televisão: Jornal Nacional, em 05/10/1983).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BOLIGYN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Astrea, 1975.

ARNAUD, André-Jean. **Critique de la Raison Juridique: Où va la Sociologie du Droit?** Paris, França: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1981.

BAK HTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. São Paulo: HUCITEC, 1979.

BARTHES, Roland. **Crítica y Verdad**. 3ª ed. México: Siglo XXI, 1978.

_____. **Mitologias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 1978.

BOBBIO, Norberto. **El problema del positivismo jurídico**. Buenos Aires, Eudeba, 1965.

_____. **Derecho y Lógica**. Cuadernos 18, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de México, 1965.

BOTTMORE, Tom. **A História da Análise Sociológica**. Rio: Zahar, 1980.

CARRIO, Genaro R. **Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Rio: Paz e Terra, 1982.

CERRONI, Umberto. **Metodologia y Ciencia Social**. Barcelona, Espanha: Martinez Roca, 1971.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Contribuição à Teoria Crítica do Direito**. no prelo.

_____. **Introdução Histórica à Filosofia do Direito**. Rio: Forense, 1977.

_____. **A Crise do Nominalismo na Ciência Jurídica Contemporânea.** artigo publicado na Revista Sequência Nº 1, Florianópolis: PGD/UFSC, 1980.

_____. **Sentido Crítico do ‘Eterno Retorno ao Direito Natural’.** Artigo publicado na Revista Sequência Nº 2, Florianópolis: PGD/UFSC, 1980.

_____. **Da Ideologia do Direito à Ontologia do Social.** Artigo publicado na Revista Sequência Nº 6, Florianópolis: PGD/UFSC, 1983.

CZERNA, Renato Cirell. **O Direito e o Estado no Idealismo Germânico: posições de Schelling e Hegel.** São Paulo: USP, 1981.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Nacional, 1977.

ENTELMANN, Ricardo. **El Discurso como Discurso de Poder. La Ubicación de la Función Judicial. Propuestas de Analisis en el Contexto Teorico de la Teoria Critica del Derecho.** Comunicação apresentada no I Congresso Internacional de Filosofia do Direito, em La Plata, Argentina, outubro, 1982.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Org. **Pesquisa Científica e Direito.** Recife: Ed. Massangana, 1983.

_____. **O Método e a Reforma do Ensino Jurídico.** Artigo, *in* Revista Contradogmáticas Nº 2/3, Santa Cruz do Sul, RS: ALMED-FISC, 1983

FARREL, Martín Diego. **La metodología del positivismo lógico.** Buenos Aires: Astrea, 1979.

_____. **Cuestiones de Filosofia y Derecho.** Buenos Aires: Ed. Universitária, Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito.** São Paulo: Atlas, 1977.

_____. **Direito, Retórica e Comunicação.** São Paulo: Saraiva, 1973.

_____. **Conceito de Sistema no Direito.** São Paulo: USP/RT, 1976.

_____. **Teoria da Norma Jurídica.** Rio: Forense, 1978.

_____. **Função Social da Dogmática Jurídica.** São Paulo: RT, 1978.

_____. **A Filosofia e a Visão Comum do Mundo.** São Paulo: Brasiliense, 1981.

GIOJA, Ambrosio L. **Ideas para una filosofia del derecho.** Tomo I e II. Buenos Aires: /Didot, 1973.

_____. **Algunas ideas para una teoria sobre la construcción jurídica.** Publicado em **Estudios en homenagem ao professor Enrique Martínez Paz.** Buenos Aires: Perrot, 1957.

GLEIZAL, Jean-Jacques. **Le droit politique de L'État.** Paris: Presses Universitaires de France, 1980.

GÓMEZ, José María. **Direitos do Homem, Política e Autoritarismo na América Latina.** Tese apresentada para o Concurso ao cargo de Professor Adjunto na UFSC. Fpolis: PGD/UFSC, março 1983.

_____. **Estado e Direito: algumas observações.** Comunicação apresentada na VI Jornada da ALMED, Rio de Janeiro, 1981.

GONÇALVES, Robson Pereira. **Macunaíma: Carnaval e Malandragem.** Santa Maria/RS: Imprensa Universitária, 1982.

HABERMAS, Jurgen. **Conhecimento e Interesse.** Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HART, H. L. A. **El concepto de Derecho.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

_____. **Derecho y Moral.** Buenos Aires: Depalma, 1962.

HEGEL. **Textos Seletos. Os Pensadores.** São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. **Lições sobre a filosofia da história universal.** Tomo I. Madrid, Espanha: Revistas do Ocidente, 1953.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. **Introdução ao Pensamento Epistemológico.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

KANT, Immanuel. **Princípios Metafísicos do Direito.** México: Universidade Autônoma do México, 1978.

_____. **Crítica da Razão Pura.** Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

- _____. **Crítica da Razão Prática.** 3ª ed. São Paulo: Brasil Ed., 1959.
- _____. **Da utilidade de uma nova crítica da Razão Pura.** São Paulo: Hemus, 1975.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 5ª ed. Coimbra, Portugal: Américo Amado, 1979.
- _____. **Teoria Pura del Derecho.** México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1979.
- _____. **Teoria General del Derecho y del Estado.** 2ª ed. México, DF: Imprenta Universitaria, 1958.
- _____. **Que es la teoria pura del derecho?** *In* revista Estudios de Derecho, Nº 99, Volumen XL. Antioquia, Medellin, Colombia, marzo de 1981. p. 183 e ss.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Perspectiva, 1975.
- KRISTEVA, Julia. **Introdução à Semanálise.** São Paulo: Perspectiva, 1974.
- LECOURT, Dominique. **Para una critica de la epistemologia.** 4ª ed. México: Siglo Veintiuno, 1982.
- LEFORT, Claude. **A Invenção da Democrática.** São Paulo: Brasiliense, 1983.
- LÓPES CALERA, Nicolás M. **El uso alternativo de la legalidade franquista y el nacimiento de la democracia española.** Artigo. *In* Revista Contradogmáticas Nº 2/3, ALMED/FISC, 1983.
- _____. e Outros. **Sobre el uso alternativo del Derecho.** Valência, Espanha: Presval, 1978.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília, DF: Ed. UnB, 1980.
- LYRA FILHO, Robererto. **Para um direito sem dogmas.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1980.
- _____. **O que é o Direito.** São Paulo: Brasiliense, 1982.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito.** Rio: Forense, 1982.
- MANAI, Dominique. **Critique des présupposés positivistes du normativisme kelsénien.** Artigo. *In* revista Proces Nº 9. Nice, França: Universite Lyon II, 1982.

MARTINO, Antonio A. **La traición de Hans Kelsen**. Artigo. *In* revista Sequência Nº 4. Florianópolis: PGD/UFSC, 1981.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo**. México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa: Moraes ed., 1979.

_____. **L'État du droit**. Collection Critique du droit Nº 2, Grenoble, França: Presses Universitaires, 1980.

MIRANDA FREIRE, Carlos Coelho de. **Teoria da Legislação: Aspectos Materiais**. João Pessoa, 1982.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1980.

ROBINSON, Richard. **Definition**. Great Britain: Oxford University Press, 1968.

ROCHA, Leonel Severo. **Crítica da Teoria Crítica do Direito**. Artigo. *In* revista Sequência Nº 6. Florianópolis: PGD/UFSC, 1983.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Eudeba, 1971.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. 8ª ed. São Paulo: Cultrix, 1977.

SCARPELLI, Uberto. **Cos'è il positivismo giuridico**. Milano, Itália: Edizioni di Comunità, 1965.

SCHAFF, Adam. **Historia y Verdad**. México: Grijalbo, 1982.

STGMULLER, Wolfgang. **A Filosofia Contemporânea**. Vol. I. São Paulo: EPU/USP, 1977.

TARSKI. **El concepto de la verdad**. *In* antología semântica compilada por Mario Bunge. Buenos Aires: Nueva Visión, 1968.

VERNENGO, Roberto José. **Curso de Teoria General del Derecho**. Buenos Aires: Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

_____. **Temas de Teoria General del Derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1971.

VERÓN, Eliseo. **Conducta, estructura y comunicación.** Buenos Aires: Ed. Tiempo Contemporáneo, 1972.

_____. **A Produção de Sentido.** São Paulo: CULTRIX/USP, 1980.

_____. e Outro. **Lenguaje y comunicación social.** Buenos Aires: Ed. Nueva Visión, 1971.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, Vol. I. Brasília, DF: Imprensa Nacional/UnB, 1979.

WARAT, Luis Albert. **Semiótica y Derecho.** Buenos Aires: Eikon, 1972.

_____. **Mitos e Teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. **Ensino e Saber Jurídico.** Rio: Eldorado, 1977.

_____. **A definição jurídica.** Porto Alegre, 1977.

_____. **A Pureza do Poder.** Florianópolis: UFSC, no prelo.

_____. **O Direito e sua Linguagem.** 2ª versão. Florianópolis: UFSC, 1983.

_____. **Derecho al Derecho.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

_____. **La Filosofía Lingüística y el Discurso de la Ciencia Social.** Artigo. *In* revista Sequência Nº 1. Florianópolis: PGD/UFSC, 1980.

_____. **El sentido comun teorico de los juristas.** Artigo. *In* revista Contradogmáticas Nº 1. Florianópolis: ALMED, 1981.

_____. **A norma fundamental kelseniana como critério de significação.** Artigo. *In* Estudios de Derecho Nº 99, Vol. XL. Colombia, 1981.

_____. **A produção crítica do saber jurídico.** Comunicação apresentada na VI Jornada da ALMED, Rio de Janeiro, 1981.

_____. **Los presupuestos kantianos y neokantianos de la Teoría Pura del Derecho.** Artigo. *In* Revista de Ciencias Sociales Nº 20. Valparaiso, Chile: Ed. Universitária, 1982.

_____. **O lugar da fala: digna voz da majestade.** Artigo. *In* Pesquisa Científica e Direito. Recife: Massangana, 1983.

_____. **Dilemas sobre a História das Verdades Jurídicas.** Artigo. *In* revista Sequência Nº 6, Florianópolis: PGD/UFSC, 1983.

_____. **Savoir Critique et sens commun théorique des juristes.** Artigo. *In* Revista Procés Nº 10, França, 1982.

_____. **Un trilema epistemológico: Mas alla del positivismo jurídico: Hart, Bobbio y Ross.** Artigo. *In* Revista de Ciencias Sociales da Universidade de Valparaíso, Chile, no prelo.

_____. **O grau zero e o grau histórico das significações jurídica.** Artigo. *In* revista Contradogmáticas Nº 2/3. Santa Cruz do Sul/RS: ALMED/FISC, 1983.

_____. **El jardin de los senderos que se bifurcan: A teoria crítica e as condições de existência e possibilidade da ciência jurídica.** Comunicação elaborada para L'Association Critique du Droit, França, 1983.

_____. **À La Fortune du Pot.** Comunicação apresentada no Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais, São Paulo, outubro, 1983.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad.** Tomo I e II. F. C. E., 1964.

WINCH, Peter. **Estudios Sobre la Filosofia de Wittgenstein.** Buenos Aires: Eudeba, 1971.