

## CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A METODOLOGIA DO DIREITO

### ***CRITICAL CONSIDERATIONS ON LEGAL METHODOLOGY***

**LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA**

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor assistente doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, instituição em que leciona nos cursos de graduação e pós-graduação. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Orcid: 0000-0003-3102-6353; E-mail: [luizsergiosou@yahoo.com.br](mailto:luizsergiosou@yahoo.com.br).

### **RESUMO**

Nosso propósito, no presente trabalho, é discutir o conceito, o lugar e o papel da metodologia jurídica nos quadros da “ciência do direito”, já adiantando que ela não se esgota na chamada “dogmática hermenêutica”, ao contrário do que muitos defendem. A teoria da interpretação – que mais não é senão um complexo argumentativo – cumpre apenas o papel de legitimar os meios pelos quais o operador do direito busca decidir conflitos, o que não se confunde com a solução dos conflitos, que se põe de uma perspectiva não mais conjuntural, porém estrutural. A hermenêutica, do ponto de vista da metodologia do direito, tem um sentido diferente, que não desconsidera a matriz de uma ciência operacional (praxeológica), como é o direito, superando-a, contudo, ao lançar o olhar para além do aspecto meramente descritivo-normativo, com a preocupação de captar o sentido e o alcance de uma ciência que ao mesmo tempo em que descreve e prescreve, comprehende e interfere no seu objeto. Essa compreensão não se faz sem o construto da linguagem, sem levar em conta os seus diversos níveis e as suas camadas performativas, o que inscreve o direito na esfera das relações de poder, sobretudo à vista de seu caráter tecnológico, perspectiva diante da qual se torna possível reconhecer, no saber jurídico, não uma razão instrumental, mas uma razão comunicativa, muitas vezes colonizada pelo agir estratégico, próprio das ciências que operam no campo da violência simbólica. Põe-se, a essa altura, o desafio de compreender a maneira como o direito opera a organização do consenso, não só do ponto de vista da dogmática jurídica, mas também da perspectiva de uma teoria da ciência, discussão que permite enxergar como é difícil para o cientista conhecer e ao mesmo tempo manter uma distância crítica dos demais jogos de linguagem que integram o campo jurídico. Reconhece-se, nessa pretensão de distanciamento, uma atitude ingênua, uma espécie de solipsismo metodológico que desconsidera a impossibilidade de renunciar às relações que se passam entre a razão discursiva do direito e as esferas de poder, diante do que lançamos mão do construto de Karl-Otto Apel, na sua tentativa de fundamentar uma ética intersubjetivamente válida na dialética do “a priori da comunicação da comunicação”, perspectiva epistemológica que reabilita, a um só tempo, o marxismo e o funcionalismo.



**Palavras-chave:** filosofia do direito; epistemologia jurídica; metodologia jurídica; lógica jurídica; hermenêutica; retórica; argumentação.

## ABSTRACT

*Our aim in this paper is to discuss the concept, place and role of legal methodology within the framework of the "science of law," while already asserting that it is not limited to the so-called "dogmatic hermeneutics," contrary to what many claim. The theory of interpretation—which is nothing more than a complex set of arguments—serves merely to legitimize the means by which legal practitioners seek to resolve conflicts. However, this does not equate to the actual resolution of conflicts, which must be approached from a perspective that is no longer merely situational but structural. From the standpoint of legal methodology, hermeneutics carries a different meaning, one that does not disregard the foundation of law as an operational science (praxeology), yet surpasses it by directing attention beyond the merely descriptive-normative aspect, aiming to grasp the sense and scope of a science that, while both describing and prescribing, also understands and interferes with its object. This understanding cannot be achieved without considering the construct of language, acknowledging its various levels and performative layers, which situates law within the realm of power relations—particularly in light of its technological character. This perspective makes it possible to recognize in legal knowledge not an instrumental reason, but a communicative reason, often colonized by strategic action, typical of sciences that operate in the realm of symbolic violence. At this point, the challenge arises of understanding how law organizes consensus, not only from the viewpoint of legal dogmatics but also from the perspective of a theory of science. This discussion sheds light on how difficult it is for the scholar to both understand and simultaneously maintain a critical distance from the other language games that shape the legal field. This aspiration for detachment reveals itself as naive, a form of methodological solipsism that overlooks the impossibility of renouncing the relationships between the discursive reason of law and spheres of power. In response, we invoke the construct of Karl-Otto Apel, in his attempt to ground an intersubjectively valid ethics in the dialectic of the "a priori of the communication of communication"—an epistemological perspective that rehabilitates, simultaneously, both Marxism and functionalism.*

**Keywords:** philosophy of law; legal epistemology; legal methodology; legal logic; hermeneutics; rhetoric; argumentation.

## 1 INTRODUÇÃO

Teorias e leis permitem explicar fenômenos, habilitando o cientista a operar no campo da previsibilidade, o que possibilita o exercício de certas formas de controle. Não por outra razão a ideia de ciência está sempre relacionada à aplicação prática do conhecimento, vale dizer, à técnica, que não depende, a sua vez, de um conhecimento estruturado, organizado, próprio da ciência. Em outras palavras, a ciência exige a



validação das teorias, ao passo que a técnica pode ser desenvolvida sem a necessidade de fundamentação científica.

Para que a ciência possa descrever e compreender os fenômenos que investiga é necessário, como em toda ação humana, o emprego da linguagem, com a diferença de que a formulação de enunciados e teorias científicas requer precisão, unidade e sistematização. Isto conduz à questão do *método*, intimamente relacionada ao problema do objeto da ciência, palavra originada do grego *metá*, que quer dizer “caminho pelo qual se segue”, aqui no sentido de meio que nos conduz da simples inferência (descoberta) à demonstração (justificativa).

Por certo, cada hipótese levantada pelo cientista demanda uma justificação de ordem racional ou empírica, o que se dá na base de uma linguagem não ordinária, e sim específica. Mas não basta o simples recurso a categorias formais, o acordo do pensamento consigo próprio, importando também o acordo do pensamento com o objeto, cuja construção, sobretudo nas ciências práticas, vai além de categorias ideais, tais como princípio, postulado e axioma, na base das quais são feitas as demonstrações.

O direito, ciência aplicada, praxeológica, também enfrenta o problema do objeto e do método, presente na formulação de normas, no momento da interpretação à vista do caso concreto e no desenvolvimento de modelos, os quais buscam, além da compreensão dos padrões de conduta do homem, a regulação da vida social. Mas aqui não importa a razão analítica, tampouco a razão empírica, cumprindo considerar a razão discursiva.

As premissas, na argumentação jurídica, não são axiomas, vale dizer, princípios necessários e evidentes — por conseguinte, indemonstráveis —, nem mesmo postulados, proposições que, quanto não evidentes, estabelecem verdades conformes aos princípios racionais. No lugar disto, as premissas são construídas na base de intuições emocionais, inferências, presunções, relações de semelhança e toda uma tessitura de conceitos, nem sempre precisos, o que abre espaço para a interpretação, exegese que, embora se faça com o emprego de métodos historicamente construídos, paradoxalmente revela o quanto lúdica e desafiadora pode ser a existência de balizas.

Mas os métodos dogmáticos de interpretação revelam apenas uma parte da experiência jurídica, historicamente desenvolvida, deixando a descoberto uma série de questões epistemológicas que somente podem ser compreendidas no contexto dos



valores, os quais, se bem possam figurar como objeto de uma teoria, acham-se no campo afetivo. Importa também a vontade (com a qual nem sempre está identificado o valor), de sorte que, enquanto a razão apreende as relações de causalidade, aquilo que não se pode exprimir por palavras, o inefável, por sua vez, é sempre tão incerto como o próximo passo da bailarina, para reproduzir a expressão de Rubem Alves, o que torna problemático o rigor metodológico do direito (1993, p. 100).

Valores e vontades só podem ser apreendidos por uma vertente subjetiva da consciência, o que nada tem a ver com a cognição intelectiva, remetendo ao campo da experiência emocional. De qualquer forma, posto que o direito — como dito há pouco — é um instrumento de controle social, ocorreu aos juristas recorrer à noção de “vontade do legislador” (Savigny) ou “vontade da lei” (Kohler, Binding e Radbruch), elaborando-se, nesse contexto, os já mencionados métodos dogmáticos de interpretação (Mouchet; Becu, 1980, p. 258-261).

Propõe-se, no presente trabalho, apontar caminhos que superem o reducionismo das propostas que identificam o método do direito com os métodos dogmáticos de interpretação — estes intimamente relacionados às diversas escolas jurídicas —, visão simplista presente até mesmo na denominação de disciplinas que integram a grade curricular dos cursos de graduação em direito, o que sugere uma certa confusão quanto ao sentido da expressão “hermenêutica” na esfera da filosofia, que faz referência, quando se trata da questão do método e do objeto da ciência, ao aspecto epistemológico.<sup>1</sup>

Essa simplificação exagerada, ao mesmo tempo, aponta para a dificuldade de estremar, no campo do direito, a *linguagem objeto* e a *metalíngua da ciência*, instância do conhecimento que não se limita a descrever o objeto — diferentemente do que se passa nas ciências ideais e nas ciências empíricas —, nele interferindo na exata medida em que por ele também se deixa influenciar.

## 2 A METODOLOGIA NO SENSO COMUM TEÓRICO DO DIREITO

<sup>1</sup> Acerca da hermenêutica como método de compreensão descritiva das ciências do espírito, a exemplo do direito, v. Julián Marías, **História da Filosofia**. 8. ed. Tradução de Alexandre Pinheiro Torres. Porto. Edições Sousa & Almeida Ltda. 1987, p. 369 a 371.



É possível encontrar, em diversos autores, a propósito da *metodologia jurídica* — ou dos chamados *métodos da ciência jurídica* —, simples exame das diversas escolas e concepções do direito no curso da história, como se vê, por exemplo, em Angel Latorre (1978, p. 151-207). Há outros que colocam em relevo a hermenêutica jurídica, ou mais propriamente a subsunção do caso concreto, que demanda interpretação, à norma geral e abstrata, perspectiva significativamente conhecida como “concreção jurídica” (Engisch, 1988, p. 115-123; Larenz, 1978, p. 354-467, 506-585).

Para usar uma distinção corrente na filosofia do direito, o fenômeno jurídico tanto pode ser interpretado como “fator cultural real”, o que põe em destaque o caráter social do direito, quanto como “complexo de significação”, o que insere o direito no campo da dogmática jurídica. Aqui, a referência a valores faz-se nos limites de uma ciência orientada para a realização de certas finalidades, ao passo que, nas “ciências da cultura” (no sentido que o filósofo Heinrich Rickert, em *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, dá ao termo), os valores não têm um caráter normativo, mas empírico, porque reconhecidos em uma determinada comunidade (Ferraz Jr., 1976, p. 53-58, 141-151). A ciência do direito, quer quando atua na construção de conceitos jurídicos universais (que não têm em conta este ou aquele direito nacional), quer quando opera com conceitos construídos casuisticamente, por via indutiva, à vista de cada ordenamento jurídico, atua não só de forma teleológica, mas operacional.

De fato, para a ciência dogmática do direito, seja no campo de uma teoria da norma e do ordenamento, seja na esfera da hermenêutica ou da decisão, os valores não existem em si mesmos, mas orientados para a composição dos conflitos, que ganham novos contornos nas sociedades de massa e, mais adiante, nas sociedades líquidas. Diferentemente ocorre no plano da epistemologia jurídica, segmento da filosofia do direito que se põe, de um ponto de vista lógico ou axiológico, antes da experiência, e como condição mesma da sua existência e desenvolvimento. Todo o saber humano, incluindo as ciências e a tecnologia, exige uma justificativa ética (Apel, 1994, p. 114-115).

Decerto, toda e qualquer ciência ou tecnologia é um bem cultural, porque construída pelo homem (*homo faber*). Sabe-se que as ciências ideais e as ciências físico-químico-biológicas não têm como objeto algo construído pela ação humana. Entretanto, quando o homem formula leis acerca das relações de grandeza ou sobre



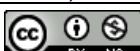
a natureza, “produz ciência”, ela própria um bem cultural (Reale, 1986, p. 240-241). A menos que se entenda, na linha de um realismo ingênuo, que as leis se acham inscritas na natureza mesma, há de se convir que mesmo as ciências demonstrativas e explicativas são produto da cultura. Neste sentido é que se diz que a ciência é constitutiva de seu objeto.

Com igual ou maior razão, porque orientadas para a consecução de certas finalidades socialmente relevantes, reconhece-se nas leis jurídicas um bem cultural por excelência. Mas o caráter de ciência aplicada, no caso do direito, representa ao mesmo tempo algumas dificuldades do ponto de vista de uma exigência ética. De fato, nas sociedades tradicionais, em que o direito era expressão do sagrado, essa diferenciação entre a *esfera jurídica* e a *esfera moral* não aparecia de maneira tão clara. Foi depois que o direito reivindicou para si o *status* de ciência, no contexto do racionalismo e do positivismo do século XIX, que se tornou evidente a divisão entre uma rationalidade moral-prática e uma rationalidade cognitivo-instrumental, representativa, sobretudo, do desenvolvimento tecnológico (Santos, 1989a, p. 25, 27, 51, 52).

As interações humanas, na produção de bens culturais, exigem um controle técnico e um controle ético. A crescente transformação da ciência em força produtiva colocou em xeque a própria validade da distinção entre investigação básica e investigação aplicada, passando a exigir novos paradigmas, o que desperta a atenção para a necessidade de um controle do homem sobre a tecnocracia. O que se vê é que o direito, em nome de certos padrões de eficiência, vem cedendo espaço para técnicas de composição de conflitos não tão informadas por princípios éticos (Dantas, 2001, p. 51-59). E de tempos para cá, por força de uma prestação jurisdicional que se traduz em números — resultado da atuação dos órgãos de controle burocrático —, essa perspectiva instrumental não requer mais a substituição do juiz, bastando silenciá-lo, o que se vem fazendo entre nós com base na chamada “vinculação vertical das decisões jurisdicionais”<sup>2</sup>, num típico exemplo de legitimação pelo procedimento (Luhmann, 1980, p. 53-113).

A exposição feita até aqui permite compreender que a *questão do método no direito* vai muito além do estudo da hermenêutica ou da forma como se dá a

<sup>2</sup> A propósito, v. Luiz Sergio Fernandes de Souza, Os paradoxos do Código de Processo Civil: elementos para uma análise metanORMATIVA. **Revista de Processo**. São Paulo, n.º 255, Ano 41, p. 41-60, maio de 2016.



subsunção do enunciado individual e concreto (fato jurídico) ao enunciado geral e abstrato (norma). Tampouco se esgota no exame das diversas concepções do direito no curso da história. Em outras palavras, ela sugere não apenas o conhecimento do papel da inferência na elaboração das decisões judiciais, ou uma determinada compreensão do direito à luz da evolução do pensamento jurídico, mas também a apreensão do sentido e alcance dos conceitos essenciais da dogmática jurídica, assim como a formalização dos enunciados e proposições jurídicas, o que pressupõe um exame crítico da ciência do direito.

Decerto, a metodologia das ciências em geral, indagando sobre as condições de legitimidade do conhecimento, está ocupada em estabelecer os critérios de verdade e certeza dos enunciados que descrevem e explicam, enunciados estes produzidos pela ciência. No caso da metodologia jurídica, há de se ter em conta que o objeto da ciência do direito, quer seja o fato jurídico, a norma ou a justiça (de acordo com algumas das diversas concepções desenvolvidas ao longo da história), demanda compreensão. Isto desperta a atenção para a circunstância de que a argumentação, no direito, atua não só no campo da ciência (análitica, hermenêutica e decisão), como também na esfera das elaborações epistemológicas.

Dito de outra forma: existem diversos níveis de linguagem no direito, a saber, a *linguagem da norma*, na qual se cristaliza determinada concepção do fato social ou um valor de justiça (linguagem que não necessariamente tem referência na realidade), a *linguagem da ciência do direito* (cujo objeto é a norma, o fato jurídico ou a “justiça”) e a *linguagem da teoria da ciência do direito* (que coloca em crise o saber jurídico, indagando acerca das condições subjetivas e objetivas da apreensão do fenômeno jurídico).

### 3 O DIREITO COMO SABER TECNOLÓGICO

Como registra Tercio Sampaio Ferraz Jr., o que os juristas tratam como “teoria do direito” — campo de diversas disciplinas, a exemplo do direito civil e do direito penal, cada uma com o seu repertório próprio, de conteúdo não só descriptivo mas também prescritivo —, na verdade, são “complexos argumentativos” (Ferraz, 1988, p. 85). O mesmo se pode dizer no concernente à teoria geral do direito, que também se põe no nível do conhecimento do direito positivo, com a só diferença, no que toca às



diversas disciplinas, de que busca a formulação de princípios e generalizações conceituais, na base da experiência jurídica, de um ponto de vista sistemático e indutivo, aplicáveis à dogmática jurídica como um todo (análítica, hermenêutica e decisão). A par disto, a teoria geral do direito concebe *institutos*, muito próximos das *instituições* reconhecidas no âmbito das ciências sociais (dotadas de certa estabilidade estrutural e assentadas em determinados valores, próprios de organizações e grupos específicos), dessas se distinguindo por atender a propósitos definidos nos quadrantes do próprio direito, que visa à solução dos conflitos com o mínimo grau de perturbação social possível.

Destarte, noções como “norma penal em branco”, “*abolitio criminis*”, “crime preterdoloso”, por exemplo, pertencem ao campo da dogmática penal, ao passo que conceitos como “novação”, “usucação”, “penhor”, compõem o repertório da dogmática civil. Ocorre lembrar que as disciplinas do direito, conquanto distintas, são complementares, com prestações recíprocas, não surpreendendo o fato de o direito comercial também se ocupar de categorias como “sociedade”, “quotas”, “registro”, “cessão”, que têm curso no direito civil, tampouco a circunstância de o direito administrativo tomar para si conceitos que igualmente integram o ramo do direito civil, a exemplo da “retrocessão”, da “servidão”, do “esbulho”, da “compensação”. A propósito desses vasos comunicantes, agora entre as categorias do direito penal e do direito administrativo, veja-se a polêmica acerca da aplicação do princípio da retroatividade benigna, inspirador da “*abolitio criminis*”, à esfera do chamado “direito administrativo sancionador”<sup>3</sup>. Como diz Reale (1986, p. 622), tudo consiste em distinguir sem separar.

No espectro da teoria geral do direito acham-se modelos (configurações lógicas e representações simbólicas das constantes sociais), orientados para a decisão dos conflitos, que perpassam toda a dogmática jurídica, a exemplo da chamada “teoria da causalidade”, da “teoria da culpabilidade” e da “teoria da responsabilidade” — em verdade, “complexos argumentativos”, como já se adiantou —, assim como conceitos normativos de segundo grau que informam as mais diversas regras de direito positivo, a saber, “tipicidade”, “antijuridicidade”, “dever jurídico”, “sujeito de direito”, “personalidade jurídica”, “direito subjetivo” e “relação jurídica”, para citar alguns exemplos. E como o direito, orientado por uma racionalidade legal (Weber,

<sup>3</sup> A propósito, v. Luiz Sergio Fernandes de Souza, *O (des)controle dos atos de improbidade administrativa. O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 6 out. 2021.



2004, p. 172-204), não pode prescindir do seu aspecto formal — de que se vale para atender às expectativas de certeza e segurança —, necessário se faz trabalhar no plano da justificação, o que desafia considerações de natureza epistemológica.

Precisamente neste último aspecto residem as controvérsias quanto à natureza da ciência do direito e ao exame dos seus diversos métodos, que estão no plano da filosofia do direito, como já se havia dito, desafiando considerações que se põem no terreno da metafísica, da fenomenologia, da nova ontologia de Heidegger e Merleau-Ponty e do estruturalismo, em suas diversas expressões. Mais que isto, é preciso refletir, diante da alteração dos paradigmas de *ciência* — que incluem as formas tecnológicas (ou seja, o saber e a prática voltados à intervenção na natureza, na vida do homem e na sociedade) — se o direito, que participa do processo intuitivo de captação dos valores, como é o estético, está necessariamente comprometido com afirmações verdadeiras, questionamento que interfere com o padrão de ciência da modernidade, cuja pretensão consiste, precisamente, em constituir-se num corpo de enunciados verdadeiros, passíveis de demonstração ou fundados em evidências.

## 4 O DIREITO E A RAZÃO DISCURSIVA

A resposta às indagações formuladas há pouco demanda considerações que se inscrevem no âmbito da filosofia da ciência e da lógica formal, ou dito de outra forma, na esfera da *lógica maior* e da *lógica menor*, respectivamente (Maritain, 1949, p. 1-5). Há classificações que se põem de outro ponto de vista, inserindo a *metodologia*, parte da teoria da ciência, na esfera de uma *lógica especial*, vale dizer, de uma introdução ao conhecimento das diversas formas de ciência, ao passo que a *lógica geral*, instrumento para as ciências (na acepção do *Organon* de Aristóteles), tanto pode se desenvolver de um ângulo *formal*, remetendo às noções de *conceito*, *juízo* e *raciocínio*, quanto da perspectiva metodológica (*material*), aqui com acento nas correspondentes noções de *termo*, *enunciado* e *argumento*, que se situam no terreno da linguagem (Coelho, 1981, p. 69).

Mais ainda, o plano da linguagem não se esgota na relação entre signos ou na relação entre signo e realidade, exigindo a compreensão de que a comunicação humana interfere com o plano das realizações, que não se operam sem resistência, oposição e obstáculos, a sugerir a inserção do conhecimento científico — não mais apartado da investigação aplicada — no contexto das relações de poder. Por isto, o



exame da produção científica, dos estatutos e das práticas que constituem objeto da ciência do direito, não se pode fazer sem a consideração de que “o Direito, ao dirigir-se-nos, se nos dirige como as pessoas que afeiçoam sua vida através de ações” (Engisch, 1988, p. 75). A ser assim, não só a produção legislativa como também o momento da decisão partem de descobertas que se fazem por via intuitiva, mas com a particularidade de que precisam ser justificadas, o que ocorre, igualmente, no quadro das ciências em geral, em que se inscreve a ciência jurídica.

Não é incomum recorrer-se, na dogmática jurídica, à noção de incompatibilidade entre enunciados, derivada do *princípio racional da não contradição*, para explicar o conflito entre normas, tampouco recorrer-se à formulação “*tertium non datur*”, derivada do *princípio do terceiro excluído*, para explicar a impossibilidade de regimes jurídicos híbridos, por exemplo. É comum também o recurso às relações de causalidade, retiradas do *princípio da razão suficiente*, nos campos da responsabilidade civil e da responsabilidade penal.

Todavia, à compreensão do fenômeno jurídico, que não tem fundamento na realidade, tampouco na idealidade, não se ajusta, sempre e sempre, o método indutivo, muito menos o método dedutivo. É certo que o direito nasce dos fatos e se dirige aos fatos, mas assim se dá de um ponto de vista normativo, o que representa toda a dificuldade metodológica. É inegável o papel da intuição no direito, a apreensão na base da experiência — o que explica a formulação dos modelos jurídicos —, mas a justificação das descobertas não se faz por meio de verificação ou de demonstração. Em outras palavras, as teses jurídicas põem-se na esfera da argumentação, da persuasão e do convencimento, o que as insere no campo da razão discursiva, que se vale do método dialético.

Não se está tratando, pois, de um *método discursivo dedutivo*, na linha da Escolástica, do Direito Natural Clássico ou da Escola do Direito Racional, muito menos de um *método discursivo indutivo*, à moda da Escola Histórica do Direito, do sociologismo jurídico de matriz durkheimiana, do Direito Comparado ou do Direito Econômico de orientação utilitarista. Tampouco se cuida de um método discursivo crítico de inspiração neokantiana, na vertente da Escola de Marburgo, da Escola de Baden e da Escola de Viena<sup>4</sup>. A perspectiva é bem outra, cabendo chamar a atenção

<sup>4</sup> A propósito desta classificação metodológica, v. Martin T. Ruiz Moreno. **Filosofía del Derecho**. Buenos Aires. Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1944, p. 116 e seqs., com anotação de que os modelos inseridos no âmbito da razão discursiva surgem na década seguinte a essa publicação, com Viehweg e Perelman.



para o fato de que se deve ao caminho aberto pelo positivismo metodológico, mercê das leituras que Kelsen fez no âmbito do positivismo lógico, o entendimento de que os enunciados éticos não se prestam à formalização, precisamente porque, situando-se fora dos limites da linguagem descritiva — sem possibilidade, portanto de demonstração —, mostram situações que, a despeito de transcendentais, fazem sentido, é certo, mas para a sociologia, para a filosofia e para a política.

## 5 A COMPLEXIDADE METODOLÓGICA DO DIREITO

De fato, Kelsen, conquanto não fizesse senão alusões esparsas ao positivismo lógico<sup>5</sup>, foi o primeiro autor a utilizar-se, no campo jurídico, da distinção entre *linguagem objeto* e *metalinguagem*. Mesmo assim, a perplexidade metodológica no direito é muito grande, porquanto a teoria não só descreve como também interfere diretamente na programação de comportamentos que nem sequer existem (Warat, 1976, p. 71-72).

A possibilidade de uma linguagem formalizada, no direito, imune à ambiguidade e à vagueza próprias da linguagem natural, desafia questões metodológicas complexas. À falta de condições de dar um tratamento lógico à norma mesma, cujo enunciado não tem referência na realidade, o positivismo metodológico sugere que a proposição jurídica — cujo objeto é a norma —, por ser descritiva e, nesta medida, por ter um referente, é passível de formalização. Vale dizer, não se pode atribuir à *norma* (plano da linguagem) um sentido, porque contrafáctica, razão pela qual Kelsen afirma que é ela apenas um “esquema de interpretação” (1979, p. 20-21). Já a *proposição jurídica* (plano da metalinguagem), por formular conceitos que são próprios da ciência do direito, operando definições estipulativas e redefinições, poderia ser reduzida a um enunciado lógico.

Ocorre, contudo, que a ciência do direito é constitutiva do seu objeto não apenas de um ponto de vista descritivo, mas também normativo. A dogmática jurídica não se limita a descrever os tipos normativos ou a explicar de que forma operam, pondo-se a dizer como hão de ser entendidos e aplicados. Enfim, a proposição jurídica

<sup>5</sup> A respeito dos juízos éticos como juízos da realidade, ver referência a Moritz Schlick (**Fragen der Ethik. Schriften zur wissenschaftlichen Weltanschauung**, vol. 4, 1930, p. 11 e 14, *apud* Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Tradução de João Baptista Machado, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Arménio Amador Editor, p. 38 e 93).



também é um dever ser, ainda que de sentido descritivo (Kelsen, 1979, p. 115-116), o que problematiza ainda mais a compreensão epistemológica do direito, questão que se coloca na esfera da filosofia do direito.

Veja-se que o positivismo metodológico não nega que o juiz exerce uma “função jurídico-política”, haja vista que o julgador busca interferir na criação do direito. Sucedem que essa atividade — à maneira da atividade político-legislativa — não é passível do exame de uma *teoria pura*, ocupada com o *mundo do dever ser*, que está no plano deontico, e não com o *mundo do ser*, que se encontra no plano apofântico (Kelsen, 1979, p. 155-162, 472-473). A crítica que se pode fazer a uma *teoria pura do direito* é externa, formulada da perspectiva de uma teoria do conhecimento. E é precisamente desse ponto de vista que filósofos e teóricos do direito contemporâneos, a exemplo de Chaïm Perelman, elaboraram objeções a uma ciência do direito que, tentando não se deixar contaminar por fatos, nem se influenciar pelos valores, acaba por produzir, paradoxalmente, um conhecimento ideológico — tomado-se aqui a palavra “ideologia” em sentido diverso daquele empregado por Kelsen (1979, p. 159).

A propósito da matriz científica da *Teoria Pura do Direito*, Perelman assim se manifesta (1996, p. 476-477):

Parece-me que todos os paradoxos da Teoria Pura do Direito, assim como todas as implicações filosóficas, derivam de uma teoria do conhecimento que só dá valor a um saber não controverso, inteiramente fundado nos dados da experiência e da prova demonstrativa, desprezando totalmente o papel da argumentação. Com efeito, nem a experiência nem a demonstração lógica permitem a passagem do ser para o dever ser. Por conseguinte, como toda justificação racional das normas parece excluída na perspectiva kelseniana, estas dependem efetivamente de imperativos religiosos, de revelações sobrenaturais. As metafísicas rationalistas que buscaram fundamento puramente humano para nossas normas e para nossos valores não são de fato senão ideologias, que se esforçam em vão para substituir-se ao conhecimento não racional (...). Para constituir uma ciência do direito tal como ele é, e não como deveria ser, é preciso, ao que me parece, renunciar ao positivismo jurídico, tal como concebido por Kelsen, para se consagrar a uma análise detalhada do direito positivo, tal como se manifesta efetivamente na vida individual e social, e mais particularmente, nas cortes e tribunais. Esta revela, de fato, que o dualismo kelseniano não corresponde nem à metodologia jurídica nem à prática jurídica.

Em outras palavras, embora se possa reconhecer, no positivismo metodológico, a preocupação com o método, do ponto de vista de uma teoria representativa do significado — o que despertou nos paradigmas que se seguiram, mormente a partir da metade do século passado, a atenção para as dificuldades de uma ciência comprensivo-normativa —, certo é que a renúncia ao contato do direito



com a realidade social e com o mundo dos valores põe-se de uma perspectiva que já se encontrava ultrapassada no primeiro quartel do século 20, mercê dos desdobramentos da fenomenologia e do estruturalismo, correntes filosóficas às quais se fez referência no final da seção anterior.

## 6 A CIÊNCIA PRÁTICA DO DIREITO E AS RELAÇÕES DE PODER

Essas considerações permitem retomar as reflexões com as quais se encerrou a primeira seção do presente trabalho, quando se disse que o caráter compreensivo-normativo do direito põe no centro da cena jurídica o papel desempenhado pela argumentação, não só no nível da *ciência* (linguagem de segundo grau), mas também no nível da *teoria da ciência* (linguagem de terceiro grau).

O resgate da retórica, na segunda metade do século 20 — que passara muitos séculos adormecida por força da prevalência do discurso racional (“só os enunciados de necessidade lógica e validade universal conduzem ao verdadeiro conhecimento”) —, não por acaso coincidente com a reviravolta linguístico-pragmática do *Segundo Wittgenstein (Investigações Filosóficas)*, colocou em relevo o caráter constitutivo da linguagem, que não só descreve como também atua na transformação das coisas. Para citar John Austin (1990, p. 7-17, 21-23), não importa apenas o *ato locucionário* (dizer algo), mas também o que se realiza pelo simples fato de se dizer algo (*ato ilocucionário*). Mais que isto, ao atingir os objetivos perseguidos, movendo o receptor à ação (*ato perlocucionário*), o emissor estará exercendo uma relação de poder sobre o endereçado da mensagem, no que se revela o nível pragmático da linguagem.

Mario Stoppino (1984, p. 91-98) — cientista político italiano de formação weberiana — explica que, em seu significado mais geral, a palavra *poder* designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos, o que se estende à capacidade de determinar o comportamento do próprio homem. Essa forma de controle pressupõe a intencionalidade de quem a exerce e a voluntariedade daquele sobre o qual é exercida. *Coerção* e *força* aqui se distinguem, o que coloca em destaque o papel da violência simbólica no direito. E não se faz necessário o conhecimento do endereçado da mensagem acerca das verdadeiras intenções do emissor, bastando somente, para que fique caracterizada uma relação de poder, que



haja um controle, exercido por um indivíduo em relação a outro, o que pode ocorrer, inclusive, de maneira recíproca, embora assimétrica.

Feitas essas breves digressões — no caminho do desvelamento das relações de poder que se estabelecem nos planos da norma, do discurso sobre a norma e da justificação desse discurso —, torna-se possível agora examinar a função metodológica da tópica clássica (aristotélica), segundo desenvolvimento que dela fizeram, particularmente, Viehweg e Perelman, no campo do direito, começando por dizer que o primeiro deles logrou demonstrar a inadequação dos métodos axiomáticos e de uma lógica estritamente dedutiva à razão discursiva do direito. De fato, coube a Theodor Viehweg, na obra intitulada *Tópica e Jurisprudência* (1979, p. 17-84, 88-99), pôr em relevo o papel da interpretação, distante do padrão meramente cognitivo-explicativo da ciência.

Viehweg sublinha o fato de que as normas e a chamada “doutrina do direito” operam com *topoi*, condições retóricas de sentido que nada mais são que “fórmulas abertas”, vale dizer, “fórmulas de procura” suficientemente vagas para garantir a solução dos conflitos com o mínimo grau de perturbação social possível, situação em que o elemento coercitivo fica em suspenso. Posto isto, Viehweg chama a atenção para o caráter aporético do direito, que remete à aporia da própria noção de justiça, cuja imperfeição se revela, de uma perspectiva metafísica, assim que se humaniza. Mas é com essa imperfeição que se nos apresentam as coisas, e não a *essência das coisas*, à maneira da metafísica, esta última sugestiva de um conceito muito restrito de ciência, como está na *Analítica Posterior* (Aristóteles, 1967, p. 353-355), razão por que o método da ciência do direito (que Viehweg trata por *jurisprudência*) é o dialético, adequado à argumentação, e não a demonstração, própria das *ciências* em sentido estrito.

Enfim, o direito, que se ocupa do convencimento na base do que parece verdadeiro (verossímil), não está ocupado com o conhecimento autêntico (objeto dos enunciados analíticos), mas sim com o sopesamento de argumentos que permitam conduzir à melhor decisão, pautada pelo senso de equilíbrio e pela justiça do caso concreto, para o que muitas vezes recorre a máximas e lugares comuns (*topoi*). A fim de ilustrar com um exemplo, veja-se regra do artigo 523 do Código de Processo Civil, ajustada ao cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. Quando o devedor for a fazenda pública, o procedimento é outro, previsto nos artigos 534 e 535 daquele Código. Ocorre que a disposição do artigo 534,



§ 2º, reportando-se ao artigo 523, diz que não se aplica o parágrafo primeiro ao cumprimento de obrigação de pagar quantia certa dirigido contra a fazenda pública.

Se se pretendesse aplicar ao caso em exame a lógica das proposições, que já se encontra na *Analítica Primeira*, seria dado inferir que tanto pode ser verdadeira a afirmação segundo a qual apenas parte do artigo 523 do Código de Processo Civil é inaplicável à fazenda pública quanto a afirmação segundo a qual o artigo 523, por inteiro, é inaplicável à fazenda pública. Decerto, tomando-se como verdadeiro o enunciado “Alguns X não são Y” (onde X é “regra do artigo 523, *caput*, e parágrafo primeiro, do CPC”, e Y é “aplicável à fazenda pública”), tanto pode ser verdadeiro que “Nenhum X é Y” quanto falso que “Nenhum X é Y”. Trata-se de proposições subalternas. Como a parte integra o todo, infere-se imediatamente que, ao afirmar que “Nenhum X é Y”, dando este enunciado como verdadeiro, segue-se que necessariamente é verdadeiro o enunciado que faz referência à parte, porque contida no todo (“Alguns X não são Y”). Entretanto, como a recíproca não envolve uma relação de necessidade — pois poderá ocorrer que a afirmação “Alguns X não são Y” se aplique somente ao campo deste enunciado particular negativo —, é impossível afirmar, com certeza, que, sendo verdadeiro o enunciado “Alguns X não são Y”, verdadeiro também seja o enunciado “Nenhum X é Y”. Há uma indeterminação.

Sucede que a ciência prática do direito tem compromisso com a solução dos litígios, para o que não se vale de proposições categóricas, mas de lugares comuns, muitos legados da velha jurisprudência romana, a exemplo do *argumento a contrário senso*, que tem como ancestral mais remoto a tópica. Assim sendo, a interpretação conjunta dos artigos 523 e 534, § 2º, ambos do Código de Processo Civil, encaminha-se no sentido de que, se esta última norma diz que o parágrafo primeiro do artigo 523 não se aplica ao cumprimento de sentença dirigido contra a fazenda pública, tudo o mais se aplica, pois, fosse outra a conclusão, a regra excludente perderia o sentido. E a lei, segundo conhecida regra de hermenêutica, presume-se, não contém palavras supérfluas (Maximiliano, 1984, p. 110). Dito de outra forma: “*Verba non debent esse superflua*” (Puigarnau, 1979, p. 361). Em resumo, o direito está mais próximo da retórica que da lógica formal.

Veja-se que todas essas condições retóricas de sentido integram o método dialético do direito, que compõe não o terreno do apodítico, dos enunciados aos quais se atribui a qualidade *verdadeiro* ou *falso*, mas a esfera da simples opinião, como se acha nos dois últimos livros do *Órganon*. Na *Tópica*, Aristóteles diz que sua proposta



é encontrar um método de investigação pelo qual sejamos capazes de raciocinar partindo de opiniões geralmente aceitas acerca de qualquer problema. Mesclam-se aqui dedução e dialética, esta última inconfundível com a argumentação especiosa, com o discurso enganoso, que não se põe no campo da retórica, mas sim da erística (Aristóteles, 1967, p. 100-101). Mas a esta altura cabem duas indagações, interferindo a primeira delas com a distinção entre *teoria da ciência do direito* e *ciência do direito*. A segunda, por sua vez, desafia uma reflexão acerca da validade da diferenciação, estabelecida por Aristóteles, entre retórica e erística, na esfera da razão discursiva do direito, com o que se volta à discussão acerca das relações entre direito e poder.

## 7 POR UMA TEORIA REALISTA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Coube a Perelman explicar a função dos lugares comuns dentro de uma teoria da argumentação retórica, havendo quem diga que “o mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria, e sim ter descoberto um campo de investigação” (Atienza, 2000, p. 78-79). Depois de discorrer sobre as diversas técnicas argumentativas, Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (1996, p. 211-238) fixam a atenção sobre os *argumentos quase-lógicos*, os quais aparentemente apelam para estruturas lógicas, mas que, a bem de ver, não se restringem a relações de compatibilidade, integrantes da lógica formal, recorrendo a uma noção de compatibilidade circunstancial.

*Incompatíveis*, no campo da lógica formal, são enunciados aos quais não se pode atribuir, cuidando-se da mesma relação e do mesmo tempo, o valor verdade<sup>6</sup>. Diante de eventual crítica, formulada por quem acusa o argumentador de violar o princípio da contradição, caberá afastá-la dizendo que se trata de uma aparente contradição. Pense-se na afirmação do investigado, quando ouvido pela autoridade policial, dando conta de que “o marido da vítima estava presente no local dos fatos no momento do crime”, e na afirmação da mesma pessoa, agora na condição de réu, dando conta de que “o marido da vítima não estava presente no local dos fatos no

<sup>6</sup> Cumpre aqui registrar que Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca não se utilizam propriamente da expressão “incompatibilidade”, ao se referir à lógica formal, mas sim da palavra “contradição”. Prefere-se o emprego da primeira por ser mais representativa daquilo que os autores querem dizer, porquanto incompatibilidade é noção suficientemente representativa das relações que ocorrem entre *enunciados contrários* e *contraditórios*, que não podem ser verdadeiros ao mesmo tempo e na mesma relação (A-E; E-A; A-O; O-A; E-I; I-E).



momento do crime". Poderá ocorrer, neste exemplo, que a objeção apareça, na inquirição do promotor de justiça, sob a forma de um argumento especioso, conhecido como "pergunta complexa": "Onde foi que o senhor mentiu, na polícia ou em juízo?".

Observe-se, na situação acima representada, que a lógica formal cumpre o papel de simples argumento de autoridade, com o que se busca surpreender a apresentação de duas *versões diferentes* para o mesmo fato como se fossem *versões opostas*. Poderá ocorrer, sob uma perspectiva crítica, que a memória estivesse mais preservada no momento em que o investigado prestou depoimento na fase policial, dias depois da ocorrência. Com isto a aparente contradição se vê justificada. A propósito, colhe a significativa passagem da obra de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (1996, p. 220):

A argumentação quase-lógica se apresentará de uma forma mais ou menos explícita. Ora o orador designará os raciocínios formais aos quais se refere prevalecendo-se do prestígio do pensamento lógico, ora estes constituirão uma trama subjacente. Aliás, não há correlação necessária entre o grau de explicitação dos esquemas formais aos quais o orador se refere e a importância das reduções exigidas para lhes submeter a argumentação. Quem critica um argumento tenderá a pretender que o que tem à sua frente depende da lógica; a acusação de cometer uma falta lógica é, em geral, por sua vez, uma argumentação quase-lógica. A pessoa se prevalece, com essa acusação, do prestígio do raciocínio rigoroso. Essa acusação poderá ser precisa (acusação de contradição, por exemplo) e situar-se no próprio nível da argumentação. Poderá também ser genérica (acusação de fazer um discurso passional em vez de um discurso lógico). Nesse caso, o ouvinte contrapõe o discurso ouvido à imagem de um discurso que lhe parece superior e que seria composto de esquemas lógicos aos quais o dado seria reduzido.

O que Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca colocam em evidência é o fato de a demonstração lógico-formal resultar de um processo de simplificação que só é possível em condições particulares, no interior de sistemas isolados e circunscritos (1996, p. 219). Como a dedução desfrutou, durante muitos séculos, de grande prestígio, mercê do rigor dos conceitos nela envolvidos e das relações de necessidade nela estabelecidas, tomá-la, no contexto de discursos repletos de termos ambíguos e vagos, a exemplo das palavras, como referência para o convencimento do ouvinte é uma estratégia da qual quem argumenta retira grande proveito.

No final da sessão anterior formulou-se um bom exemplo da redução de argumentos práticos, concebidos para resolver problemas, a um esquema pretensamente lógico-formal, orientado pela relação da parte com o todo. Trata-se do *argumentum a contrario sensu*, conhecido desde a tópica. Outro exemplo que se pode



imaginar diz respeito aos termos em que se dá a integração de um julgamento, objeto dos embargos de declaração. Ao recorrer à ideia de contradição o discurso jurídico acaba por se apropriar, fazendo um alargamento deste conceito, de um dos princípios racionais, com o que o direito reivindica o rigor da lógica tradicional. Decerto, não se pode aplicar a sentenças não declarativas, a exemplo dos imperativos e das ponderações (“faça isto”; “convém que faça isto”), o valor verdade, porquanto a lógica formal está na esfera dos juízos apofânticos (Hegenberg, 1975, p. 17-18). Pela mesma razão, verdade e falsidade não são atributos de enunciados normativos, cabendo dizer que aquilo que se trata como “contradição” nada mais é que um conflito normativo. No caso da decisão judicial (em si mesma uma norma), “como do ser, só porque é, não se extrai o que deve ser” (Hume, 2001, p. 509), impróprio se revela o emprego da palavra *contradição*.

O que o *Tratado da Argumentação*, de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, parece não explorar são as relações de poder que se estabelecem entre o emissor normativo e o receptor, pautadas numa situação de complementaridade existente entre o executivo e os administrados; o legislador e os endereçados da norma; o juiz e os jurisdicionados. E assim se passa porque os administrados, os endereçados da norma e os jurisdicionados — na elaboração daqueles autores — não são levados à conta de uma realidade social, ou empírica que fosse, mas como o conjunto de todos os seres dotados de razão, diante do qual se argumenta (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 1996, p. 22, 34-39). Esta idealização, contida na noção de “auditório universal”, que faz lembrar a referência a um “acordo entre todos os homens razoáveis”, presente em Kant, remete à situação de um discurso ideal, que também se encontra em Habermas (Alexy, 2001, p. 132-135).

Nas palavras de Manuel Atienza, citando Aulis Aarnio, trata-se de reivindicar uma teoria realista da argumentação, que dê conta tanto do postulado da racionalidade quanto da relatividade histórica e social da argumentação (2000, p. 114). É certo que o modelo de Perelman pressupõe o pluralismo, ponto de vista importante nesses dias que correm, nos quais as diferenças separam mais e mais as pessoas. Mas a racionalidade sistêmica, própria da burocracia e de outros setores infensos ao “mundo vivido” (para utilizar uma categoria habermasiana), também opera utilizando-se da retórica. É o que Jürgen Habermas chama de *agir estratégico parasitário do agir comunicativo* (2001, p. 366-370). Além do mais, fenômenos relacionados ao grupalismo (“direito não oficial”, “direito alternativo”, “direito achado



na rua") tendem a apresentar níveis de institucionalização mais elevados da função jurídica, o que vem exigindo do direito oficial um apelo crescente à violência simbólica<sup>7</sup>.

Por último, embora confuso o dualismo *razão dialética* (argumento prático) e *razão científica* (argumento teórico) — e isto porque Perelman (1996, p. 518-520, 529-531) sustenta que na ciência do direito não se pode separar *avaliação*, noção ligada ao raciocínio prático, e *conhecimento*, ideia relacionada ao raciocínio teórico —, há motivos para suspeitar que a violência simbólica, presente na retórica, também encontra espaço nas elaborações de uma teoria do direito, sobretudo se se tiver em conta a dificuldade de discriminar *teoria* e *dogmática jurídica*. É o que se passará a examinar.

## 8 A HERMENÊUTICA CRÍTICA E OS PONTOS DE RUPTURA EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO

Boaventura de Souza Santos (1989b, p. 31), tratando do discurso metodológico, coloca em xeque o maniqueísmo existente no paradigma da ciência moderna, vale dizer, de um lado a teoria, de outro, a prática, separação sobretudo difícil nas ciências sociais, cujo “objeto real é um objeto que fala, que usa a mesma linguagem de base de que se socorre a ciência”.

Essa dificuldade é ainda mais significativa no campo do direito, pois, quer se entenda que o objeto da ciência jurídica é o fato jurídico (na linha das diversas vertentes do sociologismo), quer se entenda que é a justiça (de acordo com as diferentes formas de jusnaturalismo) ou a norma (segundo a compreensão dos variados matizes de positivismo jurídico), certo é que a matéria do interesse do direito, e sobre a qual ele atua, encontra suporte na linguagem natural, ambígua, vaga e impregnada de carga emotiva, aspecto para o qual já se chamava a atenção ao início do presente trabalho.

E aqui não se venha dizer que a norma é apenas um “esquema de interpretação”, expediente com o qual o positivismo metodológico, preso a uma concepção representativa do significado, mais não faz senão contornar a dificuldade

<sup>7</sup> Em um sentido muito próximo são as considerações de Manuel Atienza, reportando-se às ideias de Boaventura de Souza Santos (Manuel Atienza, **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo. Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., p. 124 e 125).



resultante do reconhecimento de um objeto sem referente. Isto porque boa parte dos enunciados, mormente aqueles que estão na esfera da ética e da estética, embora façam sentido, não tem referente, afigurando-se significativo, nesse contexto, o aforismo de Drummond: “O artista não sabe que o mundo existe fora da arte; por isso atreve-se a criar”.

Enfim, não há relação entre *sentido* e *verdade*, o que conspира contra a aplicação da ideia de *verdade como correspondência* ao campo do direito, também infenso à noção de *verdade como coerência*, precisamente porque o direito opera com categorias deônticas, e não apofânticas. Ao direito — que é constitutivo de sua própria realidade — interessa, de outra forma, o mundo da cultura, que se vê captado pela norma na base de uma apropriação genérica (*topoi*, condições retóricas de sentido), e pela teoria do direito a partir de um processo de ressignificação. Daí por que ao lado de uma *verdade cultural* pode-se falar, também, em uma *verdade jurídica*.

De fato, o campo jurídico não pode ser modelado como sistema autopoietico de comunicação, com a pretensão de constituir e operar uma linguagem artificial, orientada por uma relação biunívoca entre sinal e sentido, na linha de Leibniz e Frege. Kelsen tinha a exata compreensão disto, como fica claro na correspondência trocada com Ulrich Klug (Kelsen, 1984, p. 84). Diferentemente deste jurista alemão, Kelsen não concebe a possibilidade de formalização dos enunciados normativos, afastando, inclusive, a ideia de uma “lógica jurídica específica”. É certo, como visto na seção 5, que deixa aberta a possibilidade de aplicação da lógica formal às proposições jurídicas, que estão na esfera da ciência do direito, mas na *Teoria Pura do Direito*, ao dizer que o *dever-ser* também está presente na proposição jurídica, ainda que com um sentido descriptivo, parece afastar tal possibilidade (Kelsen, 1979, p. 116).

A teoria da ciência do direito reconhece um certo borramento entre *teoria* e *dogmática jurídica*, não só porque existem prestações recíprocas entre esses dois níveis de elaboração, mas também porque uma e outra cumprem funções que se comunicam: a teoria do direito, quer no âmbito de cada disciplina quer no âmbito geral, voltada à formulação de enunciados universalizantes, ao passo que a dogmática jurídica, que se vê naqueles enunciados justificada, apta ao desenvolvimento do campo operacional do direito, tarefa realizada por meio da sistematização e aplicação.

Da perspectiva de uma teoria da linguagem, a norma estaria em determinado plano (L1) e a teoria e dogmática jurídica em outro (L2), incumbindo à teoria da ciência (L3), de um ponto de vista epistemológico, a crítica da produção científica, indagações



acerca de como se faz a ciência do direito e para o que ela serve. Não raro, no limite, teoria e dogmática jurídica, insuficiente que se revele o arsenal retórico construído nos quadrantes dos respectivos espaços de argumentação, recorrem a categorias próprias da teoria da ciência do direito, com o que os conceitos zetéticos passam a desempenhar determinado papel na dogmática jurídica ou no plano da justificação do campo operacional do direito (Viehweg, 1997, p. 79).

Embora aquilo que faz a ciência e ao que ela se presta não sejam da conta do direito (do ponto de vista do positivismo jurídico), inegável é que para uma hermenêutica crítica (aqui não mais considerada a expressão no seu sentido técnico-jurídico, mas epistemológico) interessam muito mais os pontos de ruptura do que propriamente os ambientes de acomodação, no que interferem as relações de poder, como já se anunciava na seção 3.

## 9 CIÊNCIA DO DIREITO, ORGANIZAÇÃO DO CONSENSO E PODER

O espaço de violência simbólica faz parte da própria elaboração teórica do direito. O poder racional, aquele que transita no ambiente da legalidade mostrando os dentes para não morder, encontra na ideia de coerção um conceito bem representativo das formas de imposição estrategicamente ocultadas pelo direito.

Mas essas relações de força não se escondem apenas por baixo das camadas do direito mais perceptíveis aos olhos do homem comum, aquele direito que toda e qualquer pessoa consome, no dia a dia, quando paga tributos, ainda que indiretos, presente também quando se compram alimentos para sobreviver e quando se adquirem ou se alugam imóveis para morar. Não é desse direito — que acompanha o homem desde o momento em que nasce até a hora de sua morte — que se está tratando.

Fala-se aqui das diversas modelagens jurídicas feitas para legitimar essas veladas relações impositivas, na base das quais o direito também modela a sociedade, ao tempo em que é modelado por ela. Fala-se, igualmente, dos diferentes paradigmas da ciência do direito, da disputa que se estabelece, na base do discurso competente, entre distintas visões de mundo, tudo a justificar variadas formas de planificação da realidade e de condução do homem que habita nela, muitas vezes alheio àquilo que se passa. Afinal — a alguém ocorreria argumentar, invocando nada



mais nada menos que um sofista —, “o homem é a medida de todas as coisas”, na formulação de Protágoras.

E nesse campo metalinguístico estão reproduzidas as mesmas vicissitudes da linguagem natural, que integra o objeto do direito, tanto quanto a carga emotiva das palavras e as relações de poder, de sorte que à ciência não é dado assumir uma espécie de “solipsismo metódico”, o isolamento como forma de conhecimento abstruído da comunicação, que reivindica certa isenção valorativa, interferindo aqui, de outra maneira, as produções intersubjetivas, o que coloca em pauta as competências linguísticas de cada um dos que participam dessas relações, de modo que se torna difícil para a ciência conhecer e ao mesmo tempo manter uma distância crítica dos demais “jogos de linguagem”, tomando-se aqui de empréstimo a expressão de *Wittgenstein II* (Apel, 1994, p. 45, 58, 132, 152).

Thomas Kuhn, numa obra publicada no final da década de sessenta (1982, p. 71-176), criticando o modelo da ciência universal e desinteressada, desenvolvido pelo cientificismo positivista, busca confrontar a produção científica com o ambiente social que nela se reflete. A ciência não cresce necessariamente de maneira cumulativa e contínua. A ciência caminha por saltos qualitativos, de forma que a descoberta das verdades dá-se por meio de um processo de normalidade e crise, em que se alteram períodos de consolidação e substituição de axiomas, hipóteses, princípios, categorias e interpretações, chamados *paradigmas*.

Kuhn explica que, enquanto a elaboração científica não é reconhecida pela comunidade dos cientistas, está-se diante de um estágio de *pré-ciência*, em um momento de construção do paradigma, o qual, uma vez aceito, instaura um período de *ciência normal*, madura. Contudo, existem momentos em que os paradigmas, incapazes de dar uma explicação para fatos novos, entram em crise, exaurindo-se. Paralelamente, outros paradigmas vão surgindo no horizonte das ciências, com o que se iniciam as chamadas *revoluções científicas*, que só se consolidam quando um novo consenso se estabelece em torno de outro paradigma, dando lugar a um novo período de *ciência normal*.

Kuhn deixa claro, assim, que as alterações de rumo no campo científico não são resultado da ruptura de uma lógica interna dos padrões científicos. A escolha entre os paradigmas que começam a emergir no estágio pré-científico não está fundada em supostos critérios universais e comunais, a exemplo do critério de falsificabilidade, proposto por Popper. A história mostra que não há critérios lógicos ou metodológicos



no discurso científico. Na realidade, o cientista está mais preocupado em preservar paradigmas do que propriamente falsificá-los, o que insere a produção científica na intrincada teia das relações de poder.

As proposições em si mesmas não guardam nenhum sentido; é necessário ver como funcionam. Por isso, é importante verificar o que os cientistas fazem e procurar entender até que ponto o contexto da justificação passa a interferir no contexto da descoberta. Enfim, alterando-se as condições sociais, as atitudes diante dos fatos, altera-se o campo científico. O modelo dos paradigmas permite entender que essa interdependência entre sujeito e objeto também tem repercussões nos diversos níveis do conhecimento jurídico (dogmática jurídica/ciência do direito/teoria da ciência do direito).

E disso é exemplo a interferência recíproca entre os complexos argumentativos desenvolvidos pela doutrina jurídica e a prática judicial. Vale dizer, a teoria influi na prática e a prática é incorporada pela teoria. O confronto entre diversos paradigmas conduz a um processo de persuasão que envolve o prestígio de quem argumenta, a capacidade de influenciar a comunidade jurídica e outras estratégias de convencimento, as quais têm em conta fatores sociais, políticos, econômicos e culturais, de sorte tal que decisões *contra legem* muitas vezes acabam inaugurando não só novas cadeias normativas, de forma circular (Ferraz Jr., 1988, p. 174-181, 213-214) ou em rede (Ost, 2018, p. 295-570), como também novos paradigmas.

A esse ponto Karl-Otto Apel (1994, p. 134-136, 140, 150, 151) recorre, numa tentativa assumidamente “desesperadora mas esperançosa” de afastar a colonização do “mundo da vida” pela racionalidade instrumental, à fundação de um *a priori* não idealista nem materialista, com o que busca fugir da falácia naturalista consistente nas seguintes formas de validação da norma moral pressuposta: (a) validação no acordo dos participantes da “comunidade crítica da comunicação” (norma que se coloca no plano de uma teoria da ciência); (b) validação no fato desse reconhecimento (se bem que a aceitação da norma moral básica da comunidade crítica não seja um *fato* no sentido em que o toma Hume, mas um *fato da razão* no sentido kantiano).

Essa dialética do *a priori* da “comunicação da comunicação” envolve a realização histórica da passagem da comunidade de comunicação ideal para o real, de sorte que todas as contradições se dissolvem na superação dos modelos, com o surgimento de outros, e assim por diante (Apel, 1994, p. 150, 151, 154). A proposta teórica de Karl-Otto Apel, como está visto, lança um novo olhar sobre o paradigma



desenvolvido na *Estrutura das revoluções científicas*, de Thomas Kuhn. Com este construto, ademais, Karl-Otto Apel acaba reabilitando não só o marxismo<sup>8</sup>, como também o funcionalismo.

A produção científica da modernidade é, dentre outras coisas, um meio de promover a sobrevida da espécie humana, visto que, numa sociedade complexa<sup>9</sup>, todas as atividades humanas têm macroconsequências que demandam a intervenção da ciência, do poder de perito. Faltaria, entretanto, ao sistema de autoafirmação, apto à redução da complexidade social (complexidade esta que sempre envolve ruídos de comunicação), um passo que somente poderia ser dado com a “realização social da comunidade de comunicação ideal”. Com isso, aquilo que alguns poderiam ver como modelo reducionista de Luhmann ganharia significado, rumo à preservação da vida, na base de uma estratégia de emancipação duradoura (Apel, 1994, p. 153-158).

## 10 CONCLUSÃO

Da perspectiva de análise que ora se submete ao leitor, pode-se dizer que a proposta de Karl-Otto Apel retoma a preocupação, revelada desde o início do presente trabalho, de encontrar formas de controle ético da produção científico-tecnológica, o que exige contribuições sobretudo do campo jurídico, mormente na era da *big data*, da *big computing* e da pós-verdade, em que o virtual constrói uma realidade paralela, controle sem o qual o presente estágio da civilização poderá entrar em declínio. Ocorre que, quanto ao direito, que se afeiçoa à vida, cabia a regulação desse território, certo é que a comunidade jurídica também está em busca de paradigmas, cabendo lembrar que os movimentos de ruptura com modelos idealizantes são relativamente recentes, o que chama atenção quando se tem em conta que o direito se inscreve no quadro das ciências práticas.

De fato, as indagações sobre o que faz a ciência e acerca daquilo a que ela se presta surgem, na esfera do direito, somente na metade do século 20, em decorrência dos horrores da Segunda Guerra Mundial, o que fez repensar o cientificismo, movimento que deitara raízes tanto no campo das ciências empíricas,

<sup>8</sup> A propósito da produção de uma ciência “liberta dos grilhões que os preconceitos de classe e a força governamental lhe tinham imposto”, ver Karl Marx, **A revolução antes da revolução**. Tradução de Conceição Jardim e Eduardo Lucio Nogueira, vol. 2. São Paulo: Expressão Popular, 2015, p. 310.

<sup>9</sup> Para a compreensão do conceito de *complexidade*, ver Niklas Luhmann, **Sociologia do Direito**, vol. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 42 a 52.



orientadas pelo método experimental, quanto no campo das ciências formais, orientadas pelo método axiomático. E é precisamente no contexto de grandes transformações sociais, em que se corre o risco de ver esvaziada a dimensão do humano, que o direito se vê desafiado à proposição de novas fórmulas de compreensão e atuação social, o que faz pensar no caráter operacional da cultura jurídica, no papel que desempenha a simbologia do direito.

Bem por isso, a metodologia jurídica não pode ser compreendida em contextos de mera formalização, da construção de conceitos apurados e de definições feitas com régua e compasso. Mas, de outra parte, reduzir o método jurídico à hermenêutica jurídica é uma tentativa que não se põe de acordo com o plano da justificação, pois se é certo que neste existe uma dimensão social, certo também é que, bem por isso, a justificação não se pode perder em expedientes que se legitimam na base da argumentação muitas vezes especiosa, que tanto serve para reconhecer quanto para negar o direito invocado, para absolver e para condenar.

Toda a dificuldade reside em estremar o direito do simples jogo dialético e da erística, orientando-o para a ação social, como se dava na Grécia Antiga, em que a retórica tinha em vista a realização do justo legal. Isso reflete na distinção entre ciência e técnica, aquela orientada, sobretudo no campo das ciências culturais, por um agir comunicativo, enquanto na técnica sobrepõem-se os fins. É inegável, porém, que a colonização do direito por práticas orientadas pela racionalidade sistêmica representa um grande desafio na construção do objeto da ciência jurídica, e também no plano da justificação, o que aponta para a importância das exigências de ordem axiológica (mais que de ordem lógica), que só podem ser compreendidas e compartilhadas na base de uma razão argumentativa.

Há quem diga que o critério de verdade fundado no acordo intersubjetivo, por submeter o conceito de verdade ao consenso estabelecido em determinada comunidade social histórica, e não à razão universal, implica um total relativismo. Mas esta objeção, como visto, coloca-se do ponto de vista de uma filosofia da consciência, concepção que não mais se sustenta da perspectiva de uma razão alargada, que informa os mais recentes paradigmas da produção científica, havendo de se tomar de empréstimo aqui, com certa acomodação de sentido ao mundo em que vivemos, a frase atribuída a Galileu, inspirada em Aulo Gélio, segundo a qual, a verdade é filha do tempo, histórico e social, não mais de uma suposta autoridade da razão.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e suas regras. 17.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1993.
- APEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.
- ARISTÓTELES. Lógica. *In: ARISTÓTELES. Obras*. Tradução de Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, S.A de Ediciones, 1967.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2000.
- AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**: palavras e ações. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DANTAS, San Tiago. **Palavras de um Professor**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 6.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **O conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo, 1976.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 2001, vol. I: racionalidad de la acción y racionalización social.
- HEGENBERG, Leônidas. **Lógica, simbolização e dedução**. São Paulo: EPU/EDUSP, 1975.



HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Editora Unesp, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5.ª ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KELSEN, Hans. **Normas jurídicas e análise lógica**: correspondência trocada entre os Srs. Hans Kelsen e Ulrich Klug. Tradução de Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KUHN, THOMAS. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Ed. Perspectiva, vol. 115, 1982.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José de Souza e Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Almedina, 1978.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, vol. 1.

MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. 8. ed. Tradução de Alexandre Pinheiro Torres. Porto: Edições Sousa & Almeida Ltda., 1987.

MARITAIN, Jacques. **Elementos de Filosofia**. Tradução de Ilza das Neves. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1949, vol. II: A ordem dos conceitos: Lógica Menor (Lógica Formal).

MARX, Karl. **A revolução antes da revolução**. Tradução de Conceição Jardim e Eduardo Lucio Nogueira. São Paulo: Expressão Popular, 2015, vol. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MORENO, Martin T. Ruiz. **Filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1944.

MOUCHET, Carlos; BECU, Ricardo Zorraquin. **Introducción al derecho**. 10.ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1980.



OST, François; KERCHOVE, Michel van de. **¿De la pirámide a la red?: por una teoría dialéctica del derecho.** Tradução de Oscar Enrique Torres. México: Editorial Lilitum, 2018.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de Argumentação.** Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1996.

PUIGARNAU, Jaime M. Manos. **Los Principios Generales del Derecho:** repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1979.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Da ideia de universidade à universidade das ideias. **Revista Crítica de Ciências Sociais.** Coimbra, vols. 27 e 28, p. 11-62, junho de 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. O (des)controle dos atos de improbidade administrativa. **O Estado de São Paulo.** São Paulo, ano 142, n.º 46740, Espaço Aberto, A-2, 6 out. 2021.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Os paradoxos do Código de Processo Civil: elementos para uma análise metanORMATIVA. **Revista de Processo.** São Paulo, n.º 255, vol. 41, p. 41-60, maio de 2016.

STOPPINO, Mario. "Autoridade". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 2.ª ed. Tradução de João Ferreira, Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 88-94.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Filosofía del Derecho.** Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 1997.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luís Alberto. **El derecho y su lenguaje.** Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.



WEBER, Max. **Economía y sociedad**: esboço de sociologia comprensiva. 2.ª ed. Tradução de Jose Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez, José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

