



O DIREITO E AS TEORIAS JURÍDICAS NA MODERNIDADE

*JULIO CESAR BORGES DOS SANTOS**

INTRODUÇÃO

O assassinato do presidente norte-americano Abraham Lincoln, em 1865, levou treze dias para atravessar o Oceano Atlântico e ser conhecido na Europa. Nesta data, Rudolf Stammler já contava 9 anos de idade e o Brasil mergulhava na Guerra do Paraguai.

Em 1997, quando a Bolsa de Valores de Hong Kong “caiu”, foram necessários apenas treze segundos para que o mesmo “raio” atingisse simultaneamente as bolsas de Nova York, Tóquio, São Paulo e Buenos Aires, entre outras tantas.

Esta talvez seja a imagem mais dramática da rapidez com que as coisas acontecem na contemporaneidade. De cinco em cinco anos, a quantidade de conhecimentos disponíveis ao homem praticamente se duplica. Do paradigma industrial estamos sendo empurrados inevitavelmente para o paradigma do conhecimento, no qual a racionalidade moderna contrapõe-se autoritária à feérica “irracionalidade” do pensamento humano pré-moderno.

* Bacharel em Direito pela UCDB.



Quando da publicação da teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, nos anos trinta, o mundo desenvolvido vivia um período que se iniciara após a crise de 1929, caracterizado pelas altas taxas de investimento destinadas a manter empregada toda a mão-de-obra disponível, assegurando inclusive pleno emprego para os imigrantes (fenômeno observado sobretudo nos EUA). Ao contrário do que hoje ocorre, havia basicamente uma tendência à inclusão social.

No que se refere à Ciência do Direito, ainda que após sua prematura publicação nos anos 30, a Teoria Pura tenha recebido correções de seu autor no decorrer dos anos que se seguiram, não restam dúvidas de que a mesma veio a constituir-se num marco definitivo na história do pensamento jurídico voltado à concepção do direito.

Todavia o século XX foi pródigo em mudanças e, como conseqüência, o pensamento jurídico por ele não passou incólume. Se por um lado se pode afirmar que Kelsen ao elaborar seu sistema axiomático-dedutivo foi notavelmente influenciado por concepções positivistas do século XIX, os juristas que o seguiram, no decorrer do mesmo século XX, viveram sobre a sombra do descomunal fosso existente entre ricos e pobres, não só internamente em seus países, como também em âmbito internacional.

O relatório da ONU de 1997 sobre o desenvolvimento humano foi estarrecedor em termos de conclusões acerca do fenômeno da globalização. *“Os países mais pobres enfrentarão perdas cada vez maiores em suas economias face aos desafios da sobrevivência na modernidade”*. Ou seja, há no mundo atual uma irresistível tendência à concentração de renda: os mais ricos ficam cada vez mais ricos, e os mais pobres ficam cada vez mais pobres, tendência esta repetida em escala global, inclusive internamente à maioria das nações.

Diante do que foi exposto, repensar quotidianamente o direito torna-se obrigação inafastável do operador do direito em todos os níveis de atuação, desde o acadêmico que se inicia nas ciências jurídicas até os juristas renomados que se pretendam sintonizados com a dinâmica do Direito. Hoje, já não se pode mais negar uma inafastável tendência holística a influenciar o Direito moderno. Isto significa dizer e admitir que o Direito de hoje deve



ser capaz de ver o mundo de forma holística, afinado com sua multidisciplinaridade, a qual caracteriza o conhecimento humano atualmente.

É dentro desta proposta de repensar o Direito que este trabalho se insere: pensar o Direito à luz de algumas das mais modernas teorias jurídicas existentes, apresentando-lhes aspectos de suas linhas mestras. Todavia não se pretende realizar uma logosofia jurídica e sim penetrar na órbita do moderno pensamento jurídico situando-o em nossa realidade como um sistema vivo, em constante mutação. O que se pretende é confirmar que o Direito, *perpetuo in fieri*, evolui constantemente através dos estudos de seus filósofos e cientistas.

De pronto, em sede de conceituação do Direito, mister se faz estabelecer que conceituar o Direito se trata de uma tarefa interminável. Não é por outra razão que Pérez Luño, em sua obra *Teoría del Derecho*¹ chegou a afirmar que “*existem poucas questões, no âmbito dos estudos jurídicos, que hajam motivado tão amplo e, aparentemente, estéril debate como aquela que faz referência à pergunta quid ius ?, que coisa é o Direito?*”

Para se conhecer o Direito deve-se compreender e aceitar, antes de tudo, sua complexidade enquanto fenômeno da vida humana².

O conhecimento do Direito avança à medida em que se compreende que é do surgimento de novas teorias e da dialética estabelecida que advém o entendimento acerca da impossibilidade de redução deste mesmo Direito a um único sistema. Não podemos conhecer integralmente aquilo que o Direito pode ser, mas sabemos exatamente aquilo que ele não deve ser. E esta talvez seja a formulação mais adequada a embasar os estudos de quem se pretenda pensar o Direito. O próprio Immanuel Kant já havia identificado esta limitação humana ao afirmar que os juristas de seu tempo ainda buscavam uma definição para o conceito de Direito.



2. O PENSAMENTO KELSENIANO E ALGUNS DE SEUS REFLEXOS NA COMPREENSÃO DO DIREITO

O positivista Hans Kelsen apoiou suas idéias nos princípios da validade e da reflexão jurídica a partir dos quais teorizou a respeito da fundamentação e dedução das normas jurídicas, bem como sobre a dicotomia existente entre uma conduta jurídica (lícita ou ilícita) e as subseqüentes sanções aplicáveis pelas autoridades. Desde o princípio, portanto, o que Kelsen buscou foi estabelecer o conhecimento do Direito “que é”³.

A partir deste marco histórico no estudo do fenômeno jurídico – o pensamento kelseniano –, as inúmeras correntes de pensamento que surgiram, inevitavelmente levaram a reflexão jurídica a novos níveis de entendimento.

O normativismo kelseniano ao ser criticado levou ao desenvolvimento de teorias dedicadas a mensurar a argumentação jurídica do ponto de vista das dimensões lingüísticas. O fenômeno jurídico passou a ser visto sob uma nova ótica evidenciando de forma nítida um confronto entre a razão sob a ótica jurídica e aquela advinda do pragmatismo cotidiano.

O jurista moderno parece começar a compreender a necessidade de equacionar a herança recebida do vasto período onde predominou no universo jurídico a pretensão de se submeter todas as coisas a um sistema epistemológico singular, impermeável à influência de outras ciências, protegido irracionalmente por uma formulação dogmática. Dogmatismo este capaz de expurgar qualquer elemento da realidade humana do campo material e processual do Direito.

Ainda assim, deve-se estabelecer que foi o pensamento kelseniano o grande ponto de partida para as relevantes discussões que a seguir se estabeleceram.



3. BREVE VISÃO DAS REFLEXÕES JURÍDICAS NO BRASIL

Além do relevante pensamento estabelecido por Miguel Reale, destacam-se sobretudo os trabalhos de Luís Alberto Warat e Tércio Sampaio Ferraz Jr.

Algumas das reflexões de Warat se dão a partir das críticas feitas por Carlos Cossio à obra kelseniana. Em livros como *Semiótica e Derecho* e *El Derecho y su Language*, Warat aprofunda a reflexão jurídica partindo de teses que se utilizam da linguagem enquanto ferramenta de interação humana. A linguagem natural e a linguagem jurídica são confrontadas e analisadas numa discussão sobre o significado das palavras, ambigüidades e vazios remetendo o estudioso às teorias da interpretação ou hermenêutica.

No mesmo sentido a obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr. refletindo a Ciência do Direito difundirá no Brasil o pensamento tópico de seu professor, Theodor Viehweg, o qual abordou a cientificidade da ciência jurídica a partir da experiência greco-romana, utilizando-se também da lógica contemporânea e das teorias da comunicação e da linguagem.

Tércio Sampaio Ferraz Jr., influenciado em certa medida pelas reflexões de Miguel Reale, aprofundará no meio acadêmico nacional o entendimento sobre as relações entre a zetética e a dogmática.

4. O PENSAMENTO DE THEODOR VIEHWEG

Theodor Viehweg utiliza-se do conceito aristotélico da tópica para estruturar sua discussão acerca da metodologia científica no Direito, estabelecendo o moderno como crítico e o antigo como retórico (tópico). Para Aristóteles, topoi são regras de senso comum, pontos de vista a partir dos quais se pode começar uma argumentação e que, posteriormente, foram organizados em “catálogos tópicos” a serem utilizados em qualquer tipo de discussão concebível pelo pensamento humano⁴.



Em sendo a tópica uma espécie de raciocínio lastreado pelo princípio da razoabilidade, seu objetivo seria o de nos conduzir à cognição de que através de sua utilização nos seria possível enfrentar aquelas questões que requerem um entendimento preliminar por, aparentemente, permitirem mais de uma resposta⁵.

A tópica será então um tipo de *tecne*, contrária à episteme – que se baseia numa natureza casual e dedutiva.

Servindo-se do pensamento tópico, Viehweg irá estruturar seu raciocínio de modo a nos permitir trabalhar a Ciência do Direito sob uma ótica (conceito) dedutivista e axiomática e outra ótica (conceito) tópico e pragmático. Ambos os conceitos romano-germânicos se diferenciam no sentido de que o conceito dedutivista e axiomático está comprometido com a concepção idealista da ciência e o outro – tópico e pragmático – vincula-se aos moldes historico-sociais para formulação de postulados do senso comum passíveis de serem utilizados no universo jurídico para solução de problemas.

Importante destacar que os postulados surgidos do conceito tópico-pragmático são passíveis de catalogação para serem utilizados como brocados.

Os topoi apresentarão uma dimensão de uso jurisprudencial (e não de ciência qual no conceito alemão de ciência do direito) no Direito brasileiro pelo fato de não se constituírem em “ferramentas” propriamente axiomáticas ou se submeterem à elaboração através de cadeias axiomáticas redutíveis. Através do uso dos topoi, pode-se reconhecer juridicamente um problema.

A obra anteriormente citada *Tópica e Jurisprudência*, constituiu-se na tese de livre docência de Theodor Viehweg publicada no Brasil após a tradução feita por Tércio Sampaio Ferraz Jr. Através dela, portanto, o pensador alemão utilizou-se do pensamento aristotélico tópico para tratar também a noção de “prudência” como pressuposto do modo como se prioriza o processo interpretativo frente aos rigores do legalismo, utilizando a tópica como um grupo de princípios cuja função é avaliar evidências, através de um processo de pensar por problemas, a partir dos problemas e em direção aos problemas⁶.



5. O PENSAMENTO DE HERBERT HART

O pensamento neopositivista de Herbert Hart, professor na prestigiosa Universidade de Oxford, torna-se conhecido em 1960 com a publicação de sua obra *O Conceito de Direito*. Basicamente Hart admite e reconhece a influência dos valores oriundos da moral sobre o Direito.

Embora o pensamento de Hart venha de um universo jurídico cujas práticas e decisões interpretativas sejam de origem anglo-saxã, diverso portanto de nossa tradição romano-germânica, sua obra ganha relevância por não estar determinada por preocupações voltadas para a ordem jurídica e sim para a hermenêutica (lógica de conhecimento externo).

Para Hart, as regras jurídicas do sistema jurídico apresentam aspecto externo e interno e serão obrigacionais primárias e obrigacionais secundárias, integrando-se reciprocamente.

Uma vez que o pensamento hartiano teoriza sobre os signos lingüísticos e sua influência no processo decisivo legal, ele estabelecerá o significado do fenômeno jurídico exatamente na prescrição dos comportamentos que devem ou não ser obrigatórios, sendo o Direito a identificação do conteúdo obrigatório da regras⁷.

O pensamento hartiano, no sentido em que teoriza sobre signos lingüísticos e sua influência no processo decisivo legal, estabelecerá o significado do fenômeno jurídico exatamente na prescrição dos comportamentos que devem ou não ser obrigatórios, sendo o Direito a identificação do conteúdo obrigatório das regras.

Influenciado pelo idealismo, o Direito para Hart será um fenômeno cultural afetado por imposições lingüísticas onde as chamadas regras primárias se constituem em regras de conduta – impondo obrigações – e as regras secundárias serão aquelas a indicar as formas a partir das quais se criam, eliminam ou se alteram as regras primárias pelos poderes .

As regras de obrigação são as responsáveis pela cristalização do direito material, sendo sua formulação decorrente de ato de conhecimento lingüístico



– o Direito é fruto do conhecimento pragmático do intérprete. As insuficiências destas regras é que imporão condutas ou abstenções, e das dúvidas de aplicação aos casos concretos é que se exigirão e imporão as chamadas *rules of adjudication* (regras de adjucação) pela autoridade.

Por sua vez, as regras de adjucação se dividirão em três espécies: regras de conhecimento, regras de alteração e regras de julgamento.

O pensamento hartiano adota um posicionamento diferente dos demais parâmetros de visão do direito, reconhecendo-o como expressão de tradições anteriormente instituídas e também, por outro lado, como prática social oriunda dos membros de um grupo, daí advindo a cognição de semelhança entre as regras jurídicas (reflexivas).

O Direito será então um fato institucional de reconhecimento das regras primárias obrigacionais como regras jurídicas criadas, eliminadas ou alteradas pelo intérprete.

Refletindo sobre o pensamento hartiano, observa-se então que uma análise do Direito brasileiro nos mostrará que a função dos tribunais – inclusive diante de casos difíceis e controversos – será a de limitar-se a agir dentro dos limites da legalidade impedindo que os juízes desrespeitem o princípio da legalidade uma vez que a aplicação de novo dispositivo legal após o evento ataca o princípio da irretroatividade ameaçando a segurança jurídica. Portanto, não caberia aos tribunais criar um novo direito posterior ao caso em análise.

6. O PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN

O Norte-americano Ronald Dworkin foi discípulo de Hart e o sucedeu em sua cátedra na Universidade de Oxford.

Tomando como ponto de partida os princípios do liberalismo individualista, pretende Dworkin utilizar-se de argumentações morais e filosóficas para elaborar uma teoria geral do Direito, considerando também como primordial à existência do Direito a existência de direitos individuais.



A reflexão dworkiana – a qual resgata a filosofia liberal do conservadorismo – adequa-se perfeitamente como pressuposto de partida a uma crítica do positivismo jurídico – ao questionar-lhe os pressupostos -, e verdadeiramente tem influenciado o moderno pensamento filosófico jurídico, tanto assim que muitos positivistas modernos evitam confrontar suas teses por serem incômodas, e simplesmente rotulam Dworkin como um neojusnaturalista.

Dworkin rejeita as teses positivistas e realistas afirmando ser perigosa a aceitação de uma doutrina que pretenda conceber um direito no qual exista uma separação absoluta entre Direito e moral, mesmo porque no seu entendimento esta distinção – entre Direito e moral – não é tão clara como pretendem os positivistas.

Assim, partindo da teoria de Hart – que considera uma versão lapidada do positivismo – a abordagem dworkiana da insuficiência do positivismo se fundamenta na premissa de que aos positivistas, conceber qualquer intervenção da moral no direito irá expor as debilidades de seus paradigmas.

Baseando-se numa diferenciação lógica entre princípios, normas e diretrizes, Dworkin identificará no modelo positivista apenas suas preocupações com as normas – às quais ou se aplicam no todo, ou não se aplicam. Ao explicar os pressupostos positivistas, Dworkin identifica as razões deste estrito normativismo: o positivismo unilateralmente só “enxerga” as normas, excluindo contudo os princípios e as diretrizes. Entretanto a reação positivista a este pensamento dworkiniano o acusa principalmente de apenas criar uma nova versão do jusnaturalismo.

Todavia Dworkin não é um autor jusnaturalista. Ao contrário, ele rejeita o modelo argumentativo do naturalismo buscando uma alternativa entre o jusnaturalismo e o positivismo. Seu raciocínio procura relacionar a argumentação moral e a jurídica separadas anteriormente pelas doutrinas positivistas, concluindo finalmente sobre a incapacidade de se descrever corretamente o Direito a partir das teorias positivistas.

Ao relacionar o Direito e a moral atacando a metodologia da pureza, Dworkin elabora uma teoria do Direito onde política e moral ocupam papéis de destaque, reestruturando o pensamento jurídico de modo absolutamente racional em torno do conhecimento e crítica do Direito.



Para Dworkin, o modelo proposto por Hart mostra-se totalmente incapaz de abordar a complexidade do Direito enquanto fenômeno jurídico pois diante de um caso difícil o hartianismo não “vê” uma resposta correta que preceda a decisão judicial. E esta teoria positivista em torno da função discricionária dos juízes será combatida pela elaboração dworkiana acerca da tese da resposta correta, pois para ele – Dworkin – os casos difíceis têm uma resposta correta. E mesmo quando não se vislumbra a aplicação de uma norma concreta, será absolutamente plausível a aplicação de princípios pois existem suficientes normas, diretrizes e princípios capazes de oferecer uma resposta correta aos problemas propostos.

Argumenta Dworkin que os princípios são dinâmicos e a eles devem recorrer os juízes nos casos difíceis. Em seu modelo de resposta correta não pode, portanto, o juiz se constituir em legislador e a função do poder judiciário será a de garantir direitos. Diante de um caso difícil, como aos juízes não cabe assinalar objetivos sociais, suas decisões deverão basear-se naqueles princípios que fundamentam direitos.

Finalmente, ao tentar libertar o liberalismo da influência do positivismo jurídico e da filosofia utilitarista, Dworkin acaba por fundamentar um liberalismo progressista no qual se vê a teoria do Direito como um exercício de teoria moral e política normativa.

7. O CONCEITO DE DIREITO POSITIVO EM NIKLAS LUHMANN

A partir de suas obras *Sociologia do Direito e Sistema Giurídico e Dogmática Giurídica*, o sociólogo do Direito Niklas Luhmann realiza uma abordagem do fenômeno jurídico apontando a significativa circunstância de que pelo fato de a sociologia do Direito não haver sido ensinada nas universidades por sociólogos e sim por juristas, esta não se desenvolveu de forma eficiente por haver ficado à margem das modernas teorias sociológicas⁸.

Ao dedicar-se à sociologia do Direito, uma de suas mais prolíficas abordagens diz respeito ao moderno papel do Direito na sociedade, levan-



do-o a propor uma epistemologia onde a sociedade seja identificada como objeto e não a dogmática.

Todavia Luhmann não considerava nova a sua formulação pois ainda que não fosse a abordagem dos juristas sociólogos, o Direito sempre estava “impregnado” de características sociais. Por resguardar e garantir a durabilidade das instituições sociais, o Direito está inserido no próprio fato social, ou seja, Direito e sociedade estão justapostos.

Niklas Luhmann estudou o Direito como um sistema de regras e não como uma ordem hierárquica, diferentemente de Kelsen, o qual atreveu-se a uma autonomia epistemológica para desenvolver seu pensamento. A Luhmann não interessa o conceito de legalidade oriundo da lei escrita pois a reflexão sobre o Direito deve ter como ponto de partida este Direito como estrutura de um sistema social regulador de sistemas complexos e sistemas simples. Seu interesse portanto, não será estudar o papel de juízes ou advogados como objeto da sociologia jurídica e sim estudar as regras de funcionamento sistêmico e a pragmática das ações humanas no meio social.

Para ele, a estrutura jurídica da sociedade deveria modificar-se para acompanhar os aumentos na complexidade social sob pena de ocorrer uma perda de sintonia do Direito vindo gerar profundas crises sociais por força da interconexão existente entre o Direito e a sociedade. Segundo Luhmann, o Direito é determinado pela complexidade social.

Em sendo o Direito determinado pela complexidade social, não é possível estudar e ver o fenômeno jurídico na contemporaneidade como mero fenômeno dogmático, pois este, ao surgir de sociedades complexas constitui-se fenômeno modificável. Assim, imerso nas modificações do fenômeno social estará o fenômeno jurídico, o que inevitavelmente nos leva a uma nova concepção do direito positivo que não será apenas o direito do legislador ou dos juízes⁹.

Sua concepção sociológica e negativista da dogmática jurídica entende a positividade do Direito como não resultante da constituição ou vínculos de validez e sim do desenvolvimento social o que, *a priori*, aponta para novos paradigmas no estudo da Teoria do Direito ao entender o conceito do Direito positivado em circunstâncias complexas. Ocorre a auto-produção do Direito onde o sistema processa sua própria mudança através de procedimentos.



A teoria sociológica de Luhmann não se baseia em modelos clássicos. Em seu princípio básico a ordem irá absorver o ambiente, sendo o Direito positivo o reflexo dinâmico das mudanças oriundas das estruturas da sociedade. Ou seja, abre-se como que um leque captador através do qual a complexidade das sociedades pós-modernas é absorvida e processada para a geração do Direito.

8. O PENSAMENTO DE ALF ROSS

O dinamarquês Alf Ross, assumidamente empirista, tratará do fenômeno jurídico como fato social, transcendendo a visão de Direito como mero conjunto de normas agrupado logicamente para disciplinar a vida em sociedade. Ou seja, a realidade social estará refletida, a seu ver, na interpretação dos conceitos jurídicos fundamentais. Todavia para Ross a sociologia do Direito não pode ser dissociada do estudo doutrinário da lei, o que acentua uma urgência na compreensão do Direito como fato social, sendo que é necessária a concepção das normas jurídicas como normas do ser.¹⁰

Para Alf Ross, não caberia à Filosofia do Direito conceituar o Direito e sim restringir-se àqueles estudos “*que estão pressupostos na ciência dogmática do Direito*”¹¹.

Sua abordagem do ordenamento jurídico o levará a dividir as normas jurídicas em normas de conduta que prescrevem um determinado tipo de ação e normas de competência que se constituem em normas de conduta indiretamente expressas.¹² As autoridades aplicam as normas pois sentem-se obrigadas por elas e reconhecem como competentes aqueles que criam os preceitos normativos.

A partir de um enfoque sociológico, Ross erige o conceito de “direito válido” como parte das proposições doutrinárias e estabelece a indissociabilidade entre a doutrina jurídica e a vida real. Em suma, “*a ciência do direito tem que ser reconhecida como uma ciência social empírica*”¹³.

Em sua concepção, verifica-se a vigência de uma norma através do comportamento da autoridade que a aplica, e um sistema de normas



será vigente se apresentar a capacidade de servir como uma estrutura interpretativa de um conjunto que corresponda a ações sociais de modo a tornar compreensível para a sociedade que este conjunto de ações é um todo coerente com significado e motivação. Quando uma norma é efetivamente obedecida, ela vale¹⁴.

9. O PENSAMENTO DE KARL ENGLISH

Em linhas gerais pode-se dizer que de acordo com o professor de teoria geral do Direito Karl English, o Direito se ocupa da vida e sua aplicação pelos órgãos aplicadores do Direito (tribunais e autoridades administrativas), é a determinação *in concreto* daquilo que é devido ou permitido, constituindo-se as lacunas em deficiências do sistema jurídico.

Deste modo, em sua obra *Introdução ao Pensamento Jurídico*, English coloca o conceito de lacuna do Direito como uma “*incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico*”, entrelaçando este conceito com o do próprio Direito.

Basicamente, sua reflexão acerca do fenômeno jurídico retoma a concepção do Direito como objeto da justiça, ou seja, English adota a tradicional concepção herdada do Direito romano segundo a qual o Direito é aquilo que é devido por justiça¹⁵.

10. O PENSAMENTO DE CHAIM PERELMAN

As reflexões de Perelman, filósofo polonês, destacam-se no século XX por sua abordagem da argumentação, na qual utilizou a lógica e o Direito como referenciais.



Perelman adotou o referencial fornecido pela teoria da argumentação para justificar a tomada de decisões e a realização de escolhas em detrimento de outras. Crítico do positivismo jurídico, bateu-se contra o reducionismo transformador das sentenças judiciais em meros objetos de demonstrações formais.

Reportando-se a Aristóteles, Perelman retoma a retórica antiga para realizar um estudo aprofundado dos raciocínios práticos. Adota assim a idéia de Aristóteles sobre a argumentação, reconhecendo nela um papel relevante na organização das relações humanas. Contudo, esta argumentação não tem caráter coercitivo e permite que se chegue a soluções razoáveis (as quais não são definitivas nem terminais aos problemas em foco).

Também se utilizará do conceito de *topoi* (lugares comuns) para assinalar-lhes a importância como elementos fundadores de opiniões para quem discursa.

Para Perelman, não é possível constituir uma ciência do Direito a partir do positivismo jurídico. Ao contrário, é necessário que se abandone a abordagem kelseniana de pureza metodológica de forma a ser possível a realização de um apurado estudo do direito positivo, vislumbrando a forma como este se manifesta na vida individual e social, e inclusive nos tribunais. Este estudo é que mostrará a doutrina kelseniana como insuficiente.

A destacar que o lógico e o matemático não possuem o condão de afetar um estudo lógico a ser realizado sobre as propriedades de um sistema jurídico porque este não se apresenta verdadeiramente tão formal e impessoal como um sistema lógico ou matemático. O magistrado é obrigado a dizer o Direito como se este fosse livre de lacunas e antinomias, o que significa dizer que se confere a este magistrado um poder de decisão enclausurado pela obrigação de fundamentação de suas decisões. Por esta razão, o sistema jurídico vai se erigindo aos poucos e de maneira geral os precedentes vão balizando as novas decisões similares - embora o magistrado possa estabelecer diferenças que não justifiquem a aplicação de determinados precedentes.

Outra argumentação de Perelman é a de que ao contrário do que dizem os positivistas, muitas decisões judiciais trazem em seu conteúdo justificativo a influência inegável de noções oriundas da moral.



Finalmente, das reflexões de Perelman apreende-se que, ainda que o exercício argumentação não seja arbitrário, sua utilização se constitui em uma ferramenta para a liberdade espiritual a qual espelha o uso racional da liberdade idealizada pela razão prática – na moral, na política e também no Direito.

11. CONCLUSÃO

Refletir sobre o Direito e sua conceituação é uma atividade imprescindível para o crescimento deste, bem como para o aprimoramento intelectual do estudioso que a esta tarefa se propõe. Por esta razão, procuramos neste breve trabalho fazer menção a algumas das mais importantes reflexões realizadas acerca do Direito no século XX.

Uma explicação, entretanto, se faz necessária acerca da extensão de nossa breve dissertação. Trouxemos o pensamento de apenas alguns dos mais importantes e influentes pensadores jurídicos do século XX. Não tivemos a pretensão de exaurir a lista.

Cada uma dos teóricos abordados neste trabalho buscou refletir o Direito a partir de uma linha cognitiva própria, o que nos mostra claramente o quanto a ciência do Direito pode avançar sem que se cogite de um limite. Estudar o Direito em suas inúmeras acepções revela-se, portanto, uma tarefa gratificante.

Ao iniciarmos nossa aproximação do pensamento jurídico moderno, abordamos brevemente o modelo axiomático-dedutivo kelseniano com a finalidade de estabelecer uma linha de raciocínio capaz de expor, ainda que de forma absolutamente superficial, a importância de seu pensamento na história da ciência do Direito moderna.

O historicista Theodor Viehweg por exemplo, em seu trabalho pioneiro utilizou-se da Tópica aristotélica para abordar os argumentos de construção jurídica, sem no entanto esgotar as formulações kelsenianas.



Hart por outro lado, em sua obra *O Conceito de Direito*, trouxe para nossa ótica românico-germânica a compreensão do Direito positivo a partir de uma visão anglo-saxônica, confiando em que o intérprete é um instrumento imprescindível no enfrentamento das lacunas jurídicas, num entendimento que entre nós não é tão forte quanto o é no Direito inglês.

Dworkin, sucessor de Hart em Oxford ressaltará em seus estudos a relevância das considerações acerca da moral e da política, descartando o utilitarismo e o positivismo jurídico para construir uma teoria do Direito vinculada à moral e à política.

O sociólogo do Direito Niklas Luhmann por sua vez, traz para o seio da moderna teoria jurídica a teoria dos sistemas sociais, concebendo assim uma teoria do Direito independente e, como consequência, ampliando o âmbito das reflexões sobre o fenômeno jurídico como fenômeno social.

Do estudioso dinamarquês Alf Ross nos vem uma visão do Direito transcendendo a de mero conjunto normativo, transformando a ciência do Direito numa “ciência social empírica”, enquanto que Karl Engisch dedicou suas reflexões acerca do Direito retomando antigas concepções romanistas.

Finalmente, em Perelman, o Direito é pensado à luz da teoria da argumentação e, como consequência, novos paradigmas limitativos à cognição do Direito são estabelecidos.

Este breve estudo nos mostra, portanto, como se reveste de relevância refletir o Direito enquanto ciência, na medida em que a evolução do pensamento jurídico está inevitavelmente atrelada à evolução do pensamento humano, a despeito do eterno e dialético conflito existente entre as novas idéias que se impõem e a resistência da ordem jurídica estabelecida.

Notas:

¹ LUÑO, Antônio-Enrique Pérez *et alii*, *Teoria Del Derecho*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997.

² C.f. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, “O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte porque obedecemos, porque mandamos, porque nos indignamos, porque aspiramos mudar em nome de ideais, porque em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e nos tira a liberdade. Por



isso, compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente. Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode Ter-lhe o domínio. Mas quem o ama é capaz de dominá-lo rendendo-se a ele.”(, *Introdução ao estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, p. 21, Ed. Atlas, 2ª ed., São Paulo, 1994)

³ “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não uma interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.”(HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p.17, Ed. Martins Fontes, São Paulo – SP)

⁴ “I- O ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma **tecnne** do pensamento que se orienta para o problema. Aristóteles sublinhou isto em várias ocasiões (...) Ademais, Aristóteles introduziu em seu próprio trabalho filosófico o estilo mental dos sofistas e dos retóricos, sobretudo quando teve que tratar de uma minuciosa discussão dos problemas(...)

IV- A tópica é um procedimento de busca de premissas, conforme sublinhou Cícero, ao diferenciá-la, como **ars iudicandi**. Isto tem pleno sentido(...) A tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebe-as e as elabora(...)”(THEODOR VIEHWEG, “Tópica e Jurisprudência”, pp. 33 e 40, tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília, Depto. De Imprensa Nacional, 1979, Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, V1., co-edição com Ed. UNB).

⁵ “As numerosas e valiosas investigações que atualmente se realizam sobre o raciocínio jurídico partem de posições muito diversas. Estes pontos de partida têm grande relevância pois determinam a perspectiva da discussão posterior e atraem nossa atenção para certos conceitos fundamentais implicados na perspectiva escolhida.

As considerações seguintes têm como propósito apresentar, como possível ponto de partida para análise do raciocínio jurídico, a distinção entre raciocínio “dogmático” e “zetético”(…) Muitas teorias têm sido aventadas para caracterizar os enfoques do raciocínio jurídico acima mencionados. Estas teorias em particular, examinam os usos apropriados dos diferentes enfoques e gozaram de alguma popularidade na Alemanha(...)

Em outras palavras, o primeiro modelo é uma questão de investigação: é construído um campo de investigação em que as opiniões(proposições) são duvidosas e examinadas repetidamente. Como a palavra grega para designar isto é **zetein**, estas tentativas intelectuais podem ser chamadas zetéticas. O segundo modelo é uma questão de fixar certas opiniões: constrói-se um firme campo de opinião, cuja validade é intangível e com o qual se prova a validade de novas opiniões. Como “formar opinião” é **dokein** em grego e “opinião” é dogma, nos referimos aqui à dogmática.



Se aplicamos estes termos ao nosso raciocínio jurídico constataremos que ele consiste ao mesmo tempo em dogmática e em zetética. Para ser mais exato, de um lado há um raciocínio jurídico com uma função zetética e uma estrutura correspondente; no outro, há um raciocínio jurídico com uma função dogmática e uma estrutura correspondente. É óbvio que ambos os modos de pensamento são com freqüência intimamente combinados **in praxi**, mas devem ser mantidos separados **in thesi**. Ademais é importante notar que um modo de pensamento pode facilmente ser transformado em outro(...)

Podemos dizer que todo o campo do raciocínio pode ser dividido em dogmática do Direito e zetética do Direito (investigação acerca do Direito) (...)

*Espero concluir minhas breves considerações com umas poucas observações sobre o sistema tópico. Este sistema é extraído da retórica. Mantém-se estruturalmente conectado com a retórica e se restringe a um sistema argumentativo. Está integralmente orientado para problemas. Para resolvê-los, tanto no campo da investigação como no da dogmática, oferece uma combinação de pontos de vista (topoi), os quais são discutidos. O agrupamento dos topoi correspondentes aos problemas pode ser entendido como um sistema clássico no campo do Direito no sentido de que os outros sistemas podem ser desenvolvidos a partir dele. O sistema tópico está em permanente modificação. Suas respectivas formulações indicam, meramente, progressivas etapas da argumentação lidando com problemas particulares. O sistema pode ser razoavelmente chamado de um sistema aberto, já que a discussão, isto é, seu enfoque de um problema particular, está aberto a novos pontos de vista. Em relação ao seu conteúdo, este renuncia à noção de um argumento final ou decisivo, porém recomendo um método de argumentação que proceda não dedutivamente mas dialogicamente. Sua última **ratio** é o discurso razoável” (THEODOR VIEHWEG, Law, Reason and Justice: Essays in Legal Philosophy, texto traduzido por Carolina de Campos Melo, bolsista do PET-JUR, Organizado por Graham Hughes. Nova York University Press e Londres: University of London Press, 1969 – obtido via internet em 9/3/2001, no link :bw.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/c2viehwe.html)*

⁶ Cf. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ Jr. “(...) Os conceitos e proposições básicas dos procedimentos dialéticos, estudados na Tópica aristotélica, constituíam não axiomas nem postulados de demonstração, mas topoi, isto é, lugares (comuns), fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões(...)

No mundo jurídico, dada a estreita vinculação entre a **jurisprudência** e a **retórica**, a tópica caracterizou o estilo de pensamento dos pré-glosadores, glosadores e pós-glosadores. De um modo geral pode-se dizer, pois, que a tópica vinculada à jurisprudência fez desta menos um método e mais um estilo de pensar, que dizia respeito mais a opiniões e habilidades e que se reproduzia por imitação e invenção, na medida em que constituía, para os juristas, uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade nas suas tarefas práticas(...) *Quando se fala, hoje, em tópica pensa-se, como já dissemos, numa técnica de pensamento que se orienta para problemas. Trata-se de um estilo de pensar e não, propriamente, de um método(...)*”(op. cit. p327)

⁷ “É claro que é possível imaginar uma sociedade sem poder legislativo, tribunais ou



funcionários de qualquer espécie(...) Para evitar estas implicações, referir-nos-emos a tal estrutura social como uma estrutura integrada por regras primárias de obrigação(...) Tais regras encontram-se sempre de fato nas sociedades primitivas de que temos conhecimento, juntamente com uma variedade de outras regras que impõem vários deveres positivos aos indivíduos, de execução de serviços ou de prática de contribuições para a vida comum(...)

A história do Direito, todavia, sugere insistentemente que a falta de instâncias oficiais para determinar com autoridade o fato da violação das regras constitui um defeito muito mais grave; porque muitas sociedades remediaram este defeito muito antes do outro.

*O remédio para cada um destes três defeitos principais, nesta forma mais simples de estrutura social, consiste em complementar as regras primárias de obrigação com regras secundárias, as quais são regras de diferente espécie(...) Consideraremos sucessivamente cada um destes remédios e mostraremos por que razão o direito pode ser caracterizado como uma união de regras primárias de obrigação com tais regras secundárias(...) Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinados de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o fato de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável(...)" (HERBERT L. A HART, *O Conceito de Direito*, pp. 101,102,103,104, 2ª ed., tradução Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa)*

⁸ *"(...) At present, the unsolved problems surrounding the concept of society seem to prevent theoretical progress. The idea of good, or, at least, a better society still dominates the field(...)*

A sociological theory of society is a scientific task, and a very special one. As a science, it specializes in cognitive operations (...) a theory of society, whether true or false, and this makes no difference here, contributes to the self-description of the society(...)" (NIKLAS LUHMANN, "Globalization or World Society; How to conceive of Modern Society", obtido na internet em 9/3/2001, em <http://www.libfl.ru/luhmann/luhmann2.html>)

⁹ *"O Direito perde a sua capacidade de verdade devido ao fato da própria verdade ir sendo especificada no pensamento moderno quanto a uma certeza intersubjetiva obrigatória, portanto quanto a um determinado modo de transmissão de opiniões(...)*

O Direito positivo já não pode ser definido como invariabilidade e no enterro social do Direito antigo(...)

*Se uma sociedade positiva o seu Direito, abandona neste campo a suposição duma complexidade reduzida e tem agora de realizar por si própria a redução da complexidade, através de seu sistema político (...)" (NIKLAS LUHMANN, *Legitimação pelo Procedimento*, pp 122, 123, 124, Coleção Pensamento Político, N.15, Ed. UNB).*

¹⁰ DINIZ, Maria Helena, *Norma Constitucional e Seus Efeitos*, p.27, ed. Saraiva, 4ª ed., São Paulo- SP. 1998.

¹¹ ROSS, Alf, *"Direito e Justiça"*, p.55, Edipro, 2000.

¹² *"(...) As normas jurídicas podem ser divididas, de acordo com seu conteúdo imediato, em dois grupos: normas de conduta e normas de competência. Ao primeiro grupo pertencem as normas que prescrevem uma certa linha de ação (...). O segundo grupo contém as normas que criam uma competência (poder, autoridade) – são diretivas que dispõem que*



as normas que são criadas em conformidade com um modo estabelecido de procedimento serão consideradas como normas de conduta. Uma norma de competência é, deste modo, uma norma de conduta expressa indiretamente.”(ALF ROSS, op. cit. p.57)

¹³ op.cit. p.64

¹⁴ “A interpretação da ciência do Direito exposta neste livro repousa no postulado de que o princípio da verificação deve se aplicar também a este campo do conhecimento, ou seja, que a ciência do Direito tem que ser reconhecida como uma ciência social empírica. Isto significa que não devemos interpretar as proposições acerca do Direito vigente como proposições que aludem a uma validade inobservável ou “força obrigatória” derivada de princípios ou postulados *a priori*, mas sim como proposições que se referem a fatos sociais”(ALF ROSS, op. cit., p.64)

¹⁵ “(...) como o Direito dá sempre uma resposta através do juiz, sobretudo porque este, por força da <proibição da denegação de justiça> , é de todo modo obrigado a decidir todo e qualquer litígio jurídico, e como, além disso, esta decisão do juiz se opera sempre em quaisquer idéias jurídicas, daí resulta que o Direito no seu todo nunca falha, que o ordenamento jurídico é “fechado” (completo); portanto, não conhece quaisquer lacunas (...) temos, conseqüentemente , a seguinte alternativa: ou uma questão encontra solução no Direito positivo, e então não estamos perante uma lacuna, ou ela não é resolvida pelo Direito positivo, e então cai no “espaço ajurídico” – pelo que também não temos perante nós qualquer lacuna jurídica(...)”(KARL ENGLISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, pp. 278 e 279, 7ª ed., Tradução João Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa).

BIBLIOGRAFIA

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2 ed., São Paulo, 1994.

HART, Herbert A. L. *O conceito de direito*. Trad. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, (Co-



leção pensamento político).

LUHMANN, Niklas. *Globalization or World Society; How to Conceive of Modern Society*. Obtido via internet em 9/3/2001 – libfl.ru/luhmann/luhmann2.html.

LUÑO, Antônio-Enrique Pérez *et alii*. *Teoria del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1997.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Edipro. 2000

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UNB.

VIEHWEG, Theodor. *Law, Reason and Justice: Essays in Legal Philosophy*. Trad. Carolina Campos Melo, Nova York University Press e University of London Press, obtido via internet em 9/3/2001 – bw.puc-rio-br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/c2viewe.html.

