

ao estatuto nacional da microempresa e empresa de pequeno porte. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Notas sobre a participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas.** Disponível em: www.jmleventos.com.br. Acesso em: 23/07/2008.

_____. DOTTI, Marines Restelatto. **As sociedades cooperativas e o tratamento privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte.** Disponível em www.escola.agu.gov.br/revista. Acesso em: 23/07/2008.

SANTANA, Jair Eduardo. GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa:** reflexos práticos da LC 123/06. São Paulo: Fórum, 2007.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte.** São Paulo: Juruá Editora, 2008.

CONHECIMENTO JURÍDICO: DESAFIOS E POSSIBILIDADES

JURIDICAL KNOWLEDGE: CHALLENGES AND POSSIBILITIES

Gustavo Tavares Cavalcanti

Professor da Universidade de Fortaleza - UNIFOR,
Coordenador da Especialização em Direito e Processo
Constitucionais da UNIFOR
Mestre em Direito Constitucional da UNIFOR
Advogado
E-mail:gustavoliberato@unifor.br

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 UM DELINEAMENTO SOBRE O CONHECIMENTO JURÍDICO CLÁSSICO; 3 A CRISE DO CONHECIMENTO JURÍDICO E A PERSPECTIVA KELSENIANA; 4 O CONHECIMENTO JURÍDICO E SUA PERSPECTIVA ATUAL: DESAFIOS E POSSIBILIDADES; 5 CONCLUSÕES; 6 BIBLIOGRAFIA.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 A DESIGN OF THE CLASSIC LEGAL KNOWLEDGE; 3 THE CRISIS OF KNOWLEDGE AND LEGAL PERSPECTIVE KELSEN. 4 LEGAL KNOWLEDGE AND THE ACTUAL PERSPECTIVE: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES; 5 OPINION; 6 BIBLIOGRAPHY.

Resumo: Este artigo procura apresentar um desenvolvimento da perspectiva atual acerca do Conhecimento Jurídico como um relevante capital social a partir da sua compreensão clássica até o debate contemporâneo sobre os limites da Ciência Jurídica. Partindo de uma breve exposição sobre o Conhecimento Jurídico clássico, analisar-se-á a contribuição kelseniana na demarcação de seu objeto e investigar-se-á um possível passo posterior a ser desenvolvido na atualidade com o fito de se viabilizar uma (re)construção do Estado de Direito no Brasil.

Palavras-chave: Epistemologia Jurídica. Hermenêutica Jurídica. Interdisciplinaridade.

Abstract: This article tries to present a development of the current perspective

about the Juridical Knowledge as a relevant social resource starting from its classical understanding to the contemporary debate on the limits of the Juridical Science. Starting from a brief exposition on the classical Juridical Knowledge, the kelsenian contribution will be analysed in the demarcation of its object and a possible subsequent step will be investigated to be, at the present time, developed with the aim of making possible a (re)construction of the rule of law in Brazil.

Keywords: Juridical Epistemology. Juridical Hermeneutics. Interdisciplinarity.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho cinge-se à análise do conhecimento jurídico pelo prisma da educação como um verdadeiro capital social, bem como de seu contexto atual e, dentro deste, de seus principais desafios e possibilidades. Para abordá-lo, muito mais do que perpetuar uma mera vinculação às categorias clássicas do pensamento jurídico – muito embora elas se mostrem, não raro, ferramentas bastante úteis – procurar-se-á demarcar o que a atualidade do fenômeno jurídico vem exigindo dos estudiosos do Direito e que, por vezes, não tem sido devidamente percebido por profissionais e estudantes de todo o país, o que tem levado a uma crise de percepção sobre qual o papel do Direito no meio social.

Assim, nos pontos seguintes procurar-se-á, em breves linhas, traçar uma noção sobre o que se pode entender por “conhecimento jurídico clássico”, para em seguida evidenciar o processo histórico da constatação de suas limitações e, assim, delimitar o quadro geral em que se pode recomeçar a falar de uma ciência do Direito, destacando seus desafios atuais e suas possibilidades. Por fim, observar-se-á o papel deste conhecimento jurídico renovado em face da (re)construção do Estado Democrático de Direito no Brasil.

2 UM DELINEAMENTO SOBRE O CONHECIMENTO JURÍDICO CLÁSSICO

Para os fins deste escrito tomar-se-á a expressão conhecimento jurídico clássico a partir da formação do Estado Liberal de Direito. No quadro da formação histórica deste, depara-se o estudioso com o ressurgimento de idéias da antiguidade clássica, dentre as quais a da Escola do Direito Natural. Ocorre que este Direito Natural

apresenta-se, em fins do século XVII e durante os séculos seguintes de forma um tanto diversa daquela que possuía na antiguidade greco-romana e, particularmente, no medievo. De início, perceba-se que agora se trata de um Direito Natural laico, derivado da razão humana e não mais da divindade, o qual se relaciona com os pressupostos do Estado de Natureza e do Contrato Social (Nader, 1999, p. 132) redundando no reconhecimento de certos direitos inatos e inalienáveis. Como exemplo pode-se recordar a marcante afirmativa de LOCKE (1998, p. 495) acerca da transição do homem do Estado de Natureza para o Estado de Sociedade:

Tais circunstâncias o fazem querer abdicar dessa condição, a qual, conquanto livre, é repleta de temores e perigos constantes. E não é sem razão que ele procura e almeja unir-se em sociedade com outros que já se encontram reunidos ou projetam unir-se para a *mútua* conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de *propriedade*. (grifos do original)

Observe-se que LOCKE tenta apontar uma justificativa racional para a formação da sociedade moderna e, de revés, demarca estes direitos naturais que servem de pontos de convergência da aliança a ser estabelecida para a construção da sociedade civil: direito à vida, à liberdade e à propriedade privada. Observe-se, por igual que aí se apresentam as características deste “Direito Natural moderno”: laicidade e racionalismo em sua base, Estado de Natureza e Contrato Social como pressupostos e direitos naturais inatos e inalienáveis como premissas de todo o direito a ser produzido por esta sociedade civil ou política.

O exemplo do pensamento lockeano é apenas uma forma de ilustrar a base ideológica que se apresentará como substrato teórico das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII – e que se aprofundará, catalisada pela revolução industrial, em começos do século XIX.

De fato, o racionalismo de fins do século XVIII e início do século XIX, ainda impregnado pelos pressupostos jusnaturalistas, trouxe consigo uma crença praticamente cega nas potencialidades

da “recta ratio” para revelar o Direito Natural ao “Legislador” à medida que este se houvesse com a vontade geral: apresentava-se, assim, a Escola da Exegese na França. Seus efeitos sobre o pensamento jurídico são bem conhecidos dos hermeneutas em geral e são claramente expostos por FALCÃO (1997, p. 156-157) ao assinalar:

O alcance social da interpretação também cede espaço ao novo fetichismo legalista. As mentes inclinam-se por um literalismo tão extremado que à prática da interpretação só resta à obediência àquilo que na lei se diz, em coro, que se inscreveu. É a lei onisciente. Onicompreensiva. Onipresente. Onipotente. Diante dela, até o sentido se torna raquítico. Prostram-se as inteligências. Derribam-se as curiosidades. Estreita-se o Direito.

Mesmo preso a cadeias similares, o pensamento jurídico alemão, na Escola Dogmática, contou com ares mais abertos, não tanto pela ideologia do método (pois partilhava-se o ideal exegético), mas pela peculiaridade dos objetos a serem estudados. MAGALHÃES (1989, p. 18) procura enfatizar essa relação ao observar que “A Escola da Exegese na França e a Dogmática na Alemanha tinham em comum a idolatria dos códigos e das leis”.

Ocorre que os alemães, na Dogmática, cingiam-se a textos do Direito Romano que haveriam sido “recepcionados” pela sua trajetória histórica, o que já denota uma diferença de objeto de estudo: na França, o parâmetro era o Código Civil de Napoleão, norma positivada em 1804 e que refletia toda a ideologia do Direito Natural de fundo racionalista, decalcado da “recta ratio” respaldado pelas características da plenitude, da atemporalidade e da universalidade, além de intransigentemente defendido por uma concepção estanque de separação de poderes que enfatizava a referência de MONTESQUIEU (1996, p. 169, 172 e 175) ao Juiz como um ente nulo, inanimado, que simplesmente é “a boca que pronuncia as palavras da lei”; na Alemanha, por sua vez, encontrava-se um objeto mais fluido, arredio à metodologia passiva dos franceses da Exegese e que demandava uma abordagem mais abrangente: tratava-se do Direito Romano.

Com efeito, não se poderia jamais pretender que as considerações sobre o Direito Romano recepcionado pelo direito alemão guardassem inteira consonância à metodologia da Exegese. Mais de dois mil anos de história sobre alguns institutos cobravam seu preço. É neste quadro que um jovem SAVIGNY (1779-1861) (2001, p 2-8), apesar de filiado à Dogmática e vinculado a um duplo reducionismo que pregava a redução de todo o fenômeno jurídico ao direito positivo e deste à lei que recepcionasse os “princípios do direito romano”, vai destacar-se pela habilidade em colocar em perspectiva a necessidade de se compreender a “ciência da legislação” como uma ciência histórica e filosófica (sistemática). Ao assim proceder, SAVIGNY percebe que a legislação se passa no tempo, não apenas do Estado, mas também do povo (sociedade) e dentro de um quadro político-econômico determinado, contudo cambiável no tempo. Constata, então, que o aspecto histórico-evolutivo da interpretação do Direito se mostra inarredável, e que diversamente do que pregavam a Exegese e a Dogmática, não é a lei que cria o direito, mas o direito que cria a lei, ou, como diz LARENZ (1997, p. 13): “Esta concepção sofre uma profunda alteração no momento em que SAVIGNY passou a considerar como fonte originária do Direito não já a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o «espírito do povo» – o que aconteceu, pela primeira vez, no seu escrito *Vom Beruf unserer Zeit*”. Frise-se que tal posicionamento já destoa por completo da compreensão do Direito Natural de fundo racionalista que embasava a Escola da Exegese.

Essa afirmação denota o papel da “comum convicção jurídica do povo” (o espírito do povo) como causa de nascimento do direito em geral, causa não arbitrária ou individual, mas coletiva e decorrente dos institutos jurídicos que se evidenciam “[...] en los actos simbólicos que representan la esencia de las relaciones jurídicas a fuerza de imágenes y en las cuales los genuinos Derechos de los Pueblos se expresan las más de las veces con más claridad y hondura que en las leyes” (Savigny, 1949, p. 36-37). Assim, SAVIGNY (1949, p. 36) assinala que o Direito que vive na consciência do povo (na comum convicção jurídica de um povo individualmente considerado) não se apresenta sob a forma de uma regra abstrata, senão que pela contemplação concreta dos institutos jurídicos em seu contexto orgânico, fazendo-se com que, se é necessário dar-se

conta da regra em sua forma lógica, a mesma haja de ser destacada daquela concepção global da realidade por meio de um processo artificial. Este processo artificial demandaria uma intuição parcial da realidade, ponto este de grande subjetividade e que despertará acerbas críticas pela base insegura que oferece: tem-se, então, a crítica de PUCHTA.

GEORG FRIEDRICH PUCHTA (1798-1846) inicia sua carreira como um adepto do historicismo, particularmente como um discípulo de SAVIGNY, vindo, posteriormente, a exprimir sua divergência quanto ao largo subjetivismo da intuição sabiniana acerca da “comum convicção jurídica do povo”. De fato, vendo a idéia de sistema como sendo a única maneira possível de se alcançar a segurança da verdade, PUCHTA tratará de construir um sistema que se mostre objetivamente válido, demonstrável, dotado de racionalidade intrínseca e, assim, seguro de sua cientificidade (LARENZ, 1997, p. 21). Por certo isso implicará uma reformulação das bases do pensamento de seus antecessores, mas, doutra banda, deflagrará uma nova era do racionalismo lógico. Como lembra LARENZ (1997, p. 23): “Foi PUCHTA quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma «pirâmide de conceitos», decidindo assim a sua evolução no sentido de uma «Jurisprudência dos conceitos formal»”.

Reduzindo o conhecimento jurídico a uma pirâmide conceitual encadeada por meio de nexos lógico-dedutivos, PUCHTA, ainda que não percebesse, sacrificava o nexos orgânico dos institutos jurídicos de SAVIGNY a um logicismo desmedido, completamente vinculado, subsuntivamente, à figura de um “Conceito Supremo” cujo conteúdo ele jamais logrou explicar definitivamente – nem mesmo quando sustentou que esse conteúdo adviria da Filosofia do Direito, uma vez que findava por socorrer-se da metafísica que procurara, de início, afastar (LARENZ, 1997, p. 23-26).

Este estado de coisas, se por um lado vai encantar, com suas demonstrações lógicas, uma larga parcela do pensamento jurídico por longo tempo, por outro lado vai despertar as mais diversas críticas quanto ao descompasso da Ciência do Direito

face à realidade social. Tal crítica é muito bem representada no pensamento de JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN em uma conferência datada de 1847 e intitulada “El Carácter A-Científico de la llamada Ciencia del Derecho”. Tratando dos vícios que acometiam a “Ciência” do Direito de sua época, KIRCHMANN (1949, p. 259) assinala o seu imobilismo perante a realidade social como uma de suas mais claras falhas:

La primera de ellas consiste en que la ciencia jurídica en general tiende a oponerse a todo progreso en el Derecho. Es demasiado cómodo quedarse en el antiguo edificio, bien instalado y bien conocido, en lugar de tener que abandonarlo año por año y haber de establecerse y de orientarse de nuevo. Y si la ciencia cede al progreso, mantiene, sin embargo, su inclinación predilecta de forzar las instituciones de la actualidad en las bien conocidas categorías de instituciones fenecidas.

Como observa LARENZ (1997, pp. 55-56), tem-se em KIRCHMANN uma crítica severa à Jurisprudência dos conceitos de PUCHTA – e do jovem RUDOLF VON JHERING, ainda que este não a adotasse de maneira ortodoxa – a qual, de fato, primava pela ligação às categorias conceituais por demais conhecidas e desgastadas, formando um constrangimento às demandas da realidade social:

De facto, uma ciência do Direito que via o seu maior contributo na compreensão historicamente fiel das fontes jurídicas romanas ainda estimadas como válidas para a actualidade e na sua inserção num sistema de conceitos logicamente inquestionável (e que, nesse aspecto, muito fizera de excelente) mal podia corresponder às exigências de uma prática do Direito que diuturnamente era coloca perante problemas a que aquelas fontes não conseguiam dar uma resposta satisfatória (LARENZ, 1997, p. 56).

Percebendo o peso das críticas crescentes à Jurisprudência dos Conceitos e passando por um significativo processo de revisão de posições, RUDOLF VON JHERING, agora bem mais amadurecido, percebe que se faz necessária uma releitura do conhecimento jurídico de modo a conectá-lo novamente à realidade social. Se

num primeiro momento ele se posta na base das críticas destrutivas (eminentemente negativas), posteriormente vai lançar-se à construção de uma nova perspectiva para o conhecimento jurídico e a Ciência do Direito, trazendo-os para o plano do positivismo sociológico (LARENZ, 1997, p. 57).

Com vistas a essa reconexão do conhecimento jurídico e da Ciência do Direito à realidade social, JHERING observará que o Direito é desprovido de um fim em si mesmo, mas, outrossim, será um instrumento relevantíssimo para a realização de um ou mais fins relevantes para uma sociedade determinada. Tal finalidade do Direito recai sobre o “asseguramento das condições vitais da sociedade” (2002, p. 294). Destarte, sustenta ele que inexista norma jurídica que não tenha sido criada com vistas a uma dada finalidade social para o atendimento de uma necessidade prática por esta mesma sociedade percebida. A riqueza de seu pensamento exprime-se na idéia que este jusfilósofo apresenta para as “condições vitais da sociedade”. Com efeito, diz ele: “Por condições vitais entendo, portanto, não somente as da existência física, mas todos aqueles bens e gozos que, conforme o modo de pensar do sujeito, emprestam à vida seu verdadeiro valor. [...] A questão das condições vitais, quer do indivíduo, quer da sociedade, é uma questão de formação nacional e individual” (JHERING, 2002, p. 294-295). Nesta linha, como salienta LARENZ (1997, p. 62): “Só o que uma certa sociedade humana vê como útil e vitalmente relevante para o seu *bem-estar* é que decide da sua própria e historicamente mutável «exigência de felicidade»” (grifos do original). Dá-se, assim, uma significativa *relativização* das pautas *jurídicas e morais* (LARENZ, 1997, p. 62, grifos do original).

Lançadas as bases dessa concepção teleológica do Direito (e da “Jurisprudência Pragmática” que dela decorre) o conhecimento jurídico vê-se apresentado à necessidade de trabalhar com uma metodologia nova: a metodologia das ciências sociais sob as bases do positivismo sociológico. Esse movimento rumo às considerações da fenomenologia social trata de prefaciar o grande debate sobre a Função Social do Direito e o papel da Jurisprudência – aqui tomada em sua dupla acepção de atuação jurisdicional e de Ciência do Direito.

Neste quadro de idéias surgirão os movimentos que serão reconduzidos à Escola do Direito Livre como vertente moderada (Livre Indagação Científica) ou extremada (Direito Justo), ora procurando utilizar os fatores da realidade social como instrumentos de contextualização e complementação do direito positivo, ora exacerbando essa influência a ponto de se defender, inclusive, a interpretação “contra legem” como forma de se realizar o Direito Livre.

No que toca à primeira hipótese aventada como desdobramento da Escola do Direito Livre, encontram-se as divisas da Livre Pesquisa do Direito, da Livre Investigação Científica, da Livre Indagação, etc. Por todas elas, vale a lembrança do vigoroso pensamento de FRANÇOIS GÉNY apresentado, pela primeira vez, em 1899 no seu “Méthode d’Interpretation et Sources en Droit Privé Positif”.

Destarte, primeiramente buscar-se-ia a solução para o caso concreto nos textos positivos, aos quais deveriam ser aplicados os métodos hermenêuticos disponíveis (literal, sistemático, histórico-evolutivo, lógico, teleológico, etc.). Uma vez persistindo a carência de solução, passar-se-ia ao costume. Em último caso, guardada esta gradação, o magistrado seria investido, por um momento, dos poderes criativos atribuídos às assembléias, devendo observar, entretanto, o procedimento seguro da livre investigação científica. Sobre esta livre investigação, GÉNY assinala: “Por eso el trabajo que incumbe al juez me ha parecido poder calificarle: *libre investigación científica*; *investigación libre*, toda vez que aquí se sustrae a la acción própria de una autoridad positiva; *investigación científica*, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar” (1925, p. 524, grifos do original).

Em cada fase analisada encontram-se fontes do Direito para GÉNY. Na primeira, têm-se as normas positivadas, às quais se aplica (como não poderia deixar de ser) o rico instrumental hermenêutico. Em seguida, tem-se o costume, o Direito Consuetudinário. Enfim, chega-se ao momento de maior discricão do magistrado, quando deverá ter por fontes orientadoras a Autoridade e a Tradição. A

Autoridade nada mais é do que o conjunto das opiniões e soluções dadas por pessoas ou corporações competentes, cuja coerência sirva de paradigma para a decisão judicial. Assim são a Jurisprudência e a Doutrina. Sobre a Tradição, como diz este autor: “Y cuando esa autoridad está revestida de un sello de antigüedad que le da a la vez el prestigio y la veneración de un origen remoto, se convierte en una Tradición. Entre Tradición y Autoridad propriamente dicha (moderna) no existe, salvo circunstancias particulares, una diferencia de naturaleza, sino solamente de duración; [...]” (1925, p. 444, grifo do original).

Analisando a metodologia adotada pela vertente moderada da Escola do Direito Livre, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA MAGALHÃES a apresenta da seguinte forma:

Como o juiz não pode deixar de julgar num caso concreto, quando as fontes acima descritas são ainda insuficientes para formar o seu convencimento, mergulhará ele na tarefa de livre investigação científica: ‘Investigação livre, uma vez que se subtrai à ação própria de uma autoridade positiva; investigação científica, ao mesmo tempo, porque só encontrará bases sólidas, nos elementos objetivos que somente a ciência lhe pode revelar’. E estes elementos objetivos a que Gény aludia eram a natureza das coisas, a razão, a consciência e a analogia. A livre investigação científica a que se referia Gény, não indicava uma liberdade absoluta ao intérprete - cingia-se ela àqueles elementos objetivos revelados pela ciência. A natureza das coisas assenta sobre a noção de equilíbrio que deve estar presente nas relações sociais, razão pela qual se há de penetrar nos fenômenos sociais para descobrir as leis de sua harmonia e os princípios que eles requerem; a justiça e utilidade geral seriam os objetivos diretores da razão e consciência do intérprete; a analogia funda-se no princípio da igualdade jurídica, segundo o qual as mesmas situações de fato reclamam as mesmas sanções jurídicas (1989, p. 59).

Convém registrar que, na atualidade, dificilmente aceitar-se-iam os elementos da “razão” e da “consciência” (a exigir o manejo da “justiça” e da “utilidade geral”) como sendo critérios puramente

objetivos para o método científico, pelo que restariam, assim, a “natureza das coisas” e a “analogia” como dotados de maior grau de objetividade, e, portanto, de utilidade para o escopo da metodologia apresentada.

Deve-se insistir, ainda, que FRANÇOIS GÉNY jamais compactuou com a utilização de seu método como forma de substituição indiscriminada do Poder Legislativo, mas, de fato, sempre defendeu a sua utilização como forma de solucionar a incômoda situação das lacunas no Direito, inaugurando, assim, um pluralismo racional de suas fontes. Em suas próprias palavras, GÉNY desautoriza toda interpretação que, a pretexto de complementar o ordenamento jurídico, pretenda subvertê-lo: “A mayor abundamiento, mis explicaciones anteriores implican que nunca la libre investigación científica se fundó en proponer reglas contrarias a las nascidas de la ley o de la costumbre, toda vez que yo no he dado acceso en mi sistema a la investigación independiente del intérprete, más que para suplir a las fuentes formales o para llenar las lagunas” (1925, p. 638).

Relativamente à segunda posição (a vertente extremada da Escola do Direito Livre), vê-se, como marco, a obra de HERMANN KANTOROWICZ intitulada “La Lucha por La Ciencia del Derecho”, vinda a público em 1906 e fundada na idéia de que o Direito Livre conteria o Direito Natural, o qual apresentaria a característica de possuir um conteúdo variável, condicionado histórica e individualmente. Assim, o Direito Livre apresentar-se-ia como um Direito Natural de conteúdo variável, independente do direito estatal e que serviria de fundamento de validade deste último; logo, tudo o que contrastasse consigo deveria ser invalidado ou revogado pelo juiz em atenção ao Direito Livre (KANTOROWICZ, 1949, p. 333 e 334).

A busca pela devida compreensão acerca do viria a ser e como se formaria o “Direito Livre” de KANTOROWICZ conduziria o hermeneuta à consideração de distintos círculos de vida social e de diversas épocas culturais como sendo responsáveis pelo conteúdo presente e sua constante transformação. De fato, essa formação social do Direito Livre, para KANTOROWICZ, evidenciar-se-ia a

partir da percepção de que o povo conheceria, de fato, as bases do Direito Livre, isto é, as bases de comportamento socialmente desejado ou esperado; no entanto, apenas por uma ficção é que o povo conheceria o direito estatal, cuja legitimidade estaria diretamente ligada à coincidência com as premissas do Direito Livre (1949, p. 335 e 336). O estudioso do Direito em geral (e do Direito Livre em particular) seria desafiado não apenas em sua racionalidade para compreender e aplicar o Direito – por meio do conhecimento científico – mas também em sua espontaneidade, em seu voluntarismo (e a ciência, tal qual o Direito, também dependeria da vontade), como única forma de captar a “plasticidade emotiva” do Direito Livre, a qual seria peça-chave para o trato das lacunas no Direito e precisa adequação do direito estatal àquele (KANTOROWICZ, 1949, p. 337).

Este quadro conduziu à uma série de embates sobre o caráter do conhecimento jurídico como um conhecimento científico autônomo. Essa disputa, nos anos seguintes, desenvolve-se e culmina com uma perspectiva algo inovadora e seguramente polêmica: a perspectiva kelseniana.

3 A CRISE DO CONHECIMENTO JURÍDICO E A PERSPECTIVA KELSENIANA

De modo algum se poderia pretender utilizar um espaço tão exíguo para realizar a melindrosa tarefa de expor em plenitude as nuances do pensamento kelseniano acerca do conhecimento jurídico e da Teoria do Direito. No entanto, dentro dos limites a que se propõe essa breve reconstrução do caminho do conhecimento jurídico até a atualidade, apresenta-se de todo interessante a fixação de alguns pontos básicos para o entendimento do que representou a “revolução kelseniana” do Direito e de como ela marcou o desenvolvimento posterior do conhecimento jurídico. Com efeito, convém assinalar, de início, que a época em que KELSEN inicia seu labor é marcada, como já dito, por uma profunda controvérsia acerca da cientificidade do Direito e que envolveu os mais diversos campos do conhecimento.

Tendo encontrado a Ciência do Direito assediada pelos mais

variados campos do conhecimento (tais como psicologia, economia, política, sociologia), os quais intentavam torná-la, a seu ver, um mero adendo às suas construções científicas - na medida em que a manipulavam apenas para veicular suas pretensões específicas sob as vestes da Ciência do Direito -, HANS KELSEN insurgindo-se com vigor, deflagrou um movimento “purificador” da Ciência Jurídica, afastando, assim, os influxos destas outras ciências, redimensionando suas “interferências” para um campo mais amplo o qual se pode chamar de Fenômeno Jurídico.

Por Fenômeno Jurídico entenda-se uma realidade social complexa, a qual pertence à ordem dos fenômenos sociais e que pode ser objeto de análise das mais diversas ciências. Em suma, pode-se dizer a seu respeito que ele equivale ao que MIGUEL REALE, em sua teoria tridimensional do Direito, chamará “Direito”: a reunião de “Fato”, “Valor” e “Norma” em uma única manifestação complexa da vida social (1995, p. 64-68). No entanto, como se verá, de modo a “libertar” a Ciência do Direito do assédio sofrido por outras áreas do conhecimento, KELSEN concentrará seus esforços na determinação de um objeto específico de estudo (a análise estrutural do ordenamento) e em uma metodologia compatível para tanto (a metodologia regida pela avaloratividade).

A esse respeito, MARIA HELENA DINIZ delinea o período vivenciado por KELSEN:

Como desde a segunda metade do século XIX a concepção positivista do saber identificava o conhecimento válido com a ciência natural, fundada na indução experimental, o jurista, malgrado sua vocação científica, aderiu ao sociologismo, que, com sua feição eclética, submetia o Direito a diversas metodologias empíricas: a psicológica, a dedutiva silogística, a histórica, a sociológica etc. Com isso, não havia domínio científico no qual o cientista do direito não se achasse autorizado a penetrar. O resultado dessa atitude não podia ser senão a ruína da Jurisprudência, que perdia seu prestígio científico ao tomar empréstimos metodológicos de outras ciências (1996, p. 13).

Assim, o maior intento de KELSEN passou a ser a elaboração e consolidação da Ciência Jurídica, cujo objeto não seria outro senão o Direito Positivo, a ser analisado “juridicamente”, de forma infensa às valorações mais pertinentes à “política jurídica” e à intromissão de outras ciências tais como a psicologia, a economia e a sociologia. Como ele assinala: “A ciência jurídica procura apreender o seu objecto «juridicamente», isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica” (1984, p. 109).

A realização de tal objetivo exigia que a cientificidade do Direito fosse demonstrada de acordo com os paradigmas da época, e, quanto a isso, KARL LARENZ bem descreve este intento quanto à Ciência do Direito:

Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva «puro» de toda mescla de elementos estranhos à sua essência, isto é, não só de todo e qualquer apoio numa «ciência de factos» (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de «proposições de fé», sejam de natureza ética ou de natureza religiosa. Como conhecimento «puro», não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objecto como complexo de normas. Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, económicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser *ciência*. À ciência do Direito que satisfaz a existência da «pureza do método», chama KELSEN «teoria pura do Direito» (1997, p. 93, grifos do original).

Destarte, KELSEN procede à “purificação” da Ciência Jurídica, processo este que se apresenta em duas frentes. A primeira destas consiste no afastamento, da definição do objeto da Ciência do Direito, de quaisquer influxos sociológicos, libertando-a da análise de aspectos outros que melhor cabem na observação

mais ampla procedida sob o prisma do fenômeno jurídico. O estudo destes aspectos seria, assim, pertinente à sociologia, à psicologia e à história jurídicas, desenrolando-se na apreciação do fenômeno jurídico, não cabendo propriamente à Ciência do Direito enquanto análise estrutural do Direito Positivo – o que implicava a consideração da norma como categoria lógico-formal capaz de veicular conteúdos diversos, bem como a forma de produção e reprodução dessa estrutura lógica. No entanto perceba-se que, se para o plano da Teoria Pura do Direito, não interessa a explicação causal das instituições jurídicas, isto não quer dizer que um problema desta sorte seja ilegítimo, apenas significa que, sob o prisma da análise estrutural, mostra-se incompatível com a metodologia adotada, devendo ser analisado pela metodologia própria em lugar adequado.

Precisamente isso é o que KELSEN diz no artigo *Direito, Estado e Justiça na Teoria Pura do Direito*:

A Teoria Pura do Direito limita-se a uma análise estrutural do Direito positivo, baseada em um estudo comparativo das ordens sociais que efetivamente existem e existiram historicamente sob o nome de Direito. [...] A Teoria Pura do Direito trata o Direito como um sistema de normas válidas criadas por atos de seres humanos. É uma abordagem jurídica do problema do Direito. A sociologia e a história do Direito tentam descrever e explicar o fato de que os homens têm uma idéia diferente do Direito em diferentes épocas e lugares e o fato de que os homens conformam ou não conformam sua conduta a essas idéias. É evidente que o pensamento jurídico difere do pensamento sociológico e histórico. A 'pureza' de uma teoria do Direito que se propõe uma análise estrutural de ordens jurídicas positivas consiste em nada mais que eliminar de sua esfera problemas que exijam um método diferente do que é adequado ao seu problema específico. O postulado da pureza é a exigência indispensável de evitar o sincretismo de métodos, um postulado que a jurisprudência tradicional não respeita ou não respeita suficientemente. A eliminação de um problema da esfera da Teoria Pura do Direito não implica, é claro, negar a legitimidade desse problema ou da ciência

que dele trata. O Direito pode ser objeto de diversas ciências; a Teoria Pura do Direito nunca pretendeu ser a única ciência do Direito possível ou legítima. A sociologia do Direito e a história do Direito são outras. Elas, juntamente com a análise estrutural do Direito, são necessárias para uma compreensão completa do fenômeno complexo do Direito. Dizer que não pode existir uma teoria pura do Direito, porque uma análise estrutural do Direito restrita ao seu problema específico não é suficiente para uma compreensão completa do Direito equivale a dizer que uma ciência da lógica não pode existir, porque uma compreensão completa do fenômeno psíquico do pensamento não é possível sem a psicologia (1998, p. 291-292).

Isso resultou na retirada do âmbito de apreciação da Ciência do Direito das considerações fáticas (como fato histórico, econômico, ético etc.), ideológicas e axiológicas, o que implica dizer que se procede à desconsideração dos campos da moral, da política, da justiça, etc. Estes pontos encontrariam seu lugar próprio não na Ciência do Direito (tomada em seu sentido estrutural, normativista), mas na ética, na política, na religião e na filosofia da justiça.

A segunda frente depuradora do positivismo kelseniano, de caráter metodológico, ainda que sendo fiel aos traços gerais do positivismo preexistente, zelando pela sua avaloratividade (condição de sua cientificidade aos olhos do positivismo) e atendo-se aos juízos de fato em detrimento dos juízos de valor, não impede que o jurista desenvolva reflexões de natureza histórica, ética, psicológica ou sociológica, inadmitindo apenas que tais considerações sejam feitas e/ou imputadas ao uso da Ciência do Direito.

Deste modo, muito embora o jurista pudesse proceder a reflexões deste tipo, não poderia ele servir-se dos resultados destas considerações para expor nexos ou ligações entre estes resultados e a Ciência do Direito (como se houvessem sido obtidos pelo uso desta última), devendo estar sempre atento ao fato de que, ao voltar-se a tais pensamentos, estará ele deixando os limites da Ciência Jurídica e adentrando novas searas, as quais possuem objeto definido e metodologia própria, muitas vezes incompatíveis

com o instrumental do conhecimento jurídico.

Efetivamente, a concepção da Ciência do Direito metodologicamente presidida pela aspiração à pureza aproxima-se bastante das formulações das ciências naturais (ou melhor dizendo, causais), estas sendo geralmente apontadas como províncias imunes ao influxo da vontade humana. Nessa linha, NORBERTO BOBBIO aponta que:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste apenas em juízos de fato (1995, p. 135, grifos do original).

O resultado deste corte epistemológico procedido por KELSEN é, de um lado, uma objetivação do trato do conhecimento científico do Direito, e, por outro a gestação de inúmeras tentativas de superação de seu pensamento.

4 O CONHECIMENTO JURÍDICO E SUA PERSPECTIVA ATUAL: DESAFIOS E POSSIBILIDADES

Como se pôde ver, a afirmação do Conhecimento Jurídico como um conhecimento científico autônomo não se deu de forma tranqüila. Com efeito, a tese Kelseniana trazia, para muitos, a impressão de que o “Direito” estaria a ser desconectado, por completo, da realidade. Tal afirmação fazia-se (e ainda se faz) possível apenas se, por um momento, ocorresse a supressão da categoria-chave do Fenômeno Jurídico (vulgarmente conhecido como “Direito”). Esta crítica motivou diversas linhas de pensamento, ao longo do século XX, cuja maior pretensão seria a de reconectar o “Direito” à realidade social, à vida política, econômica e histórica dos povos (quando não à “natureza humana”).

É uma pena que tal falha argumentativa tenha passado (e

ainda passe), a tantos, despercebida. De fato, se, por um instante, se recordar que este “Direito” nada mais é do que o Fenômeno Jurídico, poder-se-á reconhecer que o próprio KELSEN sustenta que ele não é objeto direto da Ciência do Direito, mas é o local privilegiado onde se passa, na realidade, a interpretação e aplicação do “Direito”. Isso se dá pelo fato de que a metodologia científica positivista (e do positivismo kelseniano) é eminentemente descritiva (é a interpretação não-autêntica, não criadora do “Direito”), ao passo que os atos de interpretação e aplicação do “Direito” (dentro do Fenômeno Jurídico) são atos em que se combinam uma cognição e uma volição, redundando em um ato criador do “Direito” (é a interpretação autêntica de que fala KELSEN). Como diz ele: “A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica” (1984, p. 472).

Desta forma, a representação da interpretação autêntica do Fenômeno Jurídico como uma “moldura” que demanda preenchimento a ser feito pela combinação entre um ato de conhecimento e um ato de vontade (a interpretação e aplicação do “Direito” no dia-a-dia) revela que existe um espaço próprio para a realização de um ou mais juízos de valor neste momento (1984, p. 469-471). Entretanto, convém registrar que a lembrança de que, em razão da diferença de abordagem metodológica, a interpretação autêntica do Fenômeno Jurídico não pode nem deve ser apresentada como sendo exercício puro e simples do Conhecimento Jurídico ou da Ciência do Direito. Como ressalta KELSEN:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objecto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito. Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações

possíveis, como a única «acertada», não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isso não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem (1984, p. 472).

Isso posto deve-se repassar que, para que se dê a escolha dentre as “várias interpretações possíveis” é preciso que ocorra um ato de vontade orientado por um ou mais juízos de valor, não apenas sobre o texto normativo (“programa da norma”) mas, por igual, sobre o “domínio normativo” (ou “âmbito normativo”, ou ainda “campo normativo”), isto é, o conjunto de dados e relações da realidade social a serem disciplinados pelo texto normativo. Essa idéia é bem desenvolvida pelo pensamento de Friedrich Müller, em sua teoria conhecida por metódica estruturante do Direito ou por metódica jurídica, simplesmente.

Deve-se perceber, no entanto, que ao retirar a interpretação do Fenômeno Jurídico (“Direito”) do campo da Ciência Jurídica, KELSEN, em boa parte, parece haver antecipado o quadro de preocupações acerca das considerações sobre a realidade social que deveria ser tomada em conta quando da decisão do “órgão competente para aplicar o Direito”. É por isso que, comentando o pensamento de Müller, EROS ROBERTO GRAU (2006, p. 78) sustenta que: “Assim, a concretização envolve também a análise do âmbito da norma, entendido como tal o aspecto da realidade a que respeita o texto. Dizendo-o de outro modo: a norma é produzida, no curso do processo de concretização, não a partir exclusivamente dos elementos do texto, mas também dos dados da realidade à qual ela – a norma – deve ser aplicada”.

Assim, segundo GRAU (2006, p. 79), partindo-se do texto normativo (programa normativo) a ser interpretado, formar-se-ia, em seguida, a norma concreta – norma jurídica em sentido próprio ou norma concreta (não dizia KELSEN [1984, p. 22] que a norma jurídica é o sentido de um ato de vontade, mas que não se confunde com a vontade mesma?) – mas que não é o destino final da tarefa de concretização, pois, com base nesta norma concreta é que se vai

estabelecer a norma de decisão, sendo esta a norma que se mostra apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. É importante salientar que esta norma de decisão será criada a partir do programa normativo e, em face dele considerando o âmbito normativo, isto é os dados da realidade social e dos casos concretos a serem regidos pelo programa normativo.

Com isso em vistas se descobrem novos horizontes para o Conhecimento Jurídico. Se, por um lado, observa-se que não se deve pretender realizar a Ciência do Direito sobre a totalidade do Fenômeno Jurídico, por outro lado vê-se que a interpretação e aplicação do “Direito” na realidade diuturna (Fenômeno Jurídico) exigem do estudioso do mesmo que se socorra prontamente de um enorme manancial de técnicas e conhecimentos não propriamente jurídicos, em face da realidade fática, dos casos concretos a serem decididos. Pretender que todo esse espaço seja catalogado apenas como um espaço da Ciência Jurídica é uma pretensão insustentável. De fato, tal pretensão retrocederia toda a discussão acerca da cientificidade do Direito à era pré-kelseniana.

O caminho que se desvela parece ser inteiramente outro: o da conjugação de esforços dos mais vários campos do conhecimento humano para subsidiar, cada qual a seu modo, o desenvolvimento dos demais, com a consciência de que, frente ao Fenômeno Jurídico, por um lado, inexistente um único campo válido de conhecimento e, de outro, simultaneamente, existe a necessidade da percepção acerca dos limites de cada conhecimento humano específico, em razão de seus objetos de estudo, como forma de se ter a segurança de se utilizar o método adequado frente ao objeto pertinente.

Nesta linha de análise, note-se o quanto a Jurisdição Constitucional brasileira tem se valido, nos últimos anos, de conhecimentos técnicos de outras áreas (economia, medicina, biologia, história, política, sociologia, etc.). Imagine-se como poder-se-ia discutir a recepção nacional do princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso social sem que se tecessem considerações econômicas (veja-se CANOTILHO, 2002, p. 336-338)? E quanto à definição de pluralismo social – pressuposto indispensável para o pluralismo político de que trata o art. 1º, V, da CF e igualmente

um direito fundamental de 4ª dimensão – como entendê-lo sem uma abordagem sociológica para discernir “desigualdade” de “diferença” (veja-se TOURAINE, 2000, p. 53-83)?

Para evidenciar tal assertiva, vejam-se as considerações de ordem econômica desenvolvidas no REXT nº 407688-SP acerca da possibilidade de penhora sobre bem de família do fiador em contrato de locação após a EC nº 26/00, que consagrou o direito fundamental à moradia; vejam-se, por igual, as discussões envolvendo argumentos ligados à medicina e a biologia na ADIN nº 3510-0, que versa sobre a inconstitucionalidade do disposto no art. 5º da lei nº 11.105/05 (lei de biossegurança) ao permitir a pesquisa com células-tronco embrionárias em caso de embriões inviáveis ou já congelados há mais de 3 (três) anos ou ainda na ADPF nº 54, a qual trata da possibilidade de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos – cabe registro de que nesta última o processo ainda não está concluído, conquanto já se tenha reconhecido a necessidade de se desenvolver outras linhas de argumentação que refogem ao âmbito estrito da Ciência do Direito e melhor se colocam nas discussões acerca do Fenômeno Jurídico.

De modo algum todas essas áreas pertencem à Ciência do Direito ou, mesmo, ao Conhecimento Jurídico; no entanto, perante o Fenômeno Jurídico e no processo de concretização das normas, tais conhecimentos tornam-se importantes ferramentas no trato das questões que se apresentam. Desta forma, uma educação interdisciplinar (ou multidisciplinar, como dizem alguns) passa a ser um importantíssimo capital para a vida em sociedade e, desde que bem trabalhado, tende a contribuir ativamente para a solução de inúmeros problemas identificados na realidade e estrutura sociais brasileiras.

5 CONCLUSÃO

Como não poderia deixar de ser, não traz este opúsculo a pretensão de esgotamento das discussões abordadas, senão a demarcação de novas perspectivas a serem exploradas a partir de base segura. Destarte, à guisa de conclusão, convém destacar que a formação do conhecimento jurídico atual – e, mais importante,

daqueles que têm e terão o mister de desenvolvê-lo – há de se focar no incessante diálogo entre os diferentes campos do conhecimento humano sem que, com isso, se ceda às tentações de, por um lado, pretender-se abarcar essa totalidade de saberes com a mesma divisa e metodologia científicas, a tudo transformando em Ciência Jurídica; nem tampouco, por outro, regredir-se à confusão absurda do sincretismo metodológico na Ciência do Direito.

Assim, parece que a chave dos desafios e possibilidades do Conhecimento Jurídico está em estabelecer-se, com o devido respeito e cuidado, um diálogo entre os diversos saberes humanos acerca do Fenômeno Jurídico, sempre se respeitando a metodologia apropriada a cada objeto a ser analisado. Esta premissa parece ser fundamental, pois demandará do estudioso uma formação interdisciplinar a ser iniciada nos bancos das universidades e jamais abandonada. Com essa perspectiva, as universidades públicas e privadas tornam-se, novamente, academias, mas agora com um papel democratizante do saber no meio social.

Esta perspectiva, enfim, lança às universidades a responsabilidade de, com muito maior ênfase, atuarem como fomentadoras deste capital social educativo, o qual seguramente se mostra indispensável para qualquer projeto de (re)construção do Estado de Direito no Brasil.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 407688-SP**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.E.407688.NUME.\)OU\(RE.ACMS.ADJ2.407688.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.E.407688.NUME.)OU(RE.ACMS.ADJ2.407688.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 07 de maio de 2009.

_____. **ADPF nº 54-DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 07 de maio de 2009.

_____. **ADIN nº 3510-0-DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=35>>.

10&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 07 de maio de 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilador: Dr. Nello Morra. Trad.: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1996.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GÉNY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. 2ª Edição. S.T. Madrid: Editorial Réus, 1925.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

JHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito**. Tomo I. Trad.: Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.

KANTOROWICZ, Hermann. La Lucha por la Ciencia del Derecho. In: **La Ciência del Derecho**. Trad.: Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

KELSEN, Hans. Direito, Estado e Justiça na Teoria Pura do Direito. In: **O Que é Justiça: A Justiça, O Direito e A Política no Espelho da Ciência**. 2ª Edição. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Edição. Trad.: João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

KIRCHMANN, Julio Hermann von. El Carácter A-Científico de la Llamada Ciencia del Derecho. In: **La Ciência del Derecho**. Trad.: Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Edição. Trad.: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Trad.: Júlio