

Coleção
Pensando o Direito no Século XXI
Volume IX

Conhecer Direito III

Anais do I Encontro Brasileiro de
Pesquisa e Epistemologia Jurídica

Horácio Wanderlei Rodrigues
Coordenador

Danilo Christiano Antunes Meira
Gabriela Natacha Bechara
Luana Renostro Heinen
Organizadores



Coleção Pensando o Direito no Século XXI

Volume IX

Conhecer Direito III
Anais do I Encontro Brasileiro de
Pesquisa e Epistemologia Jurídica

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Reitora

Roselane Neckel

Vice-Reitora

Lúcia Helena Pacheco

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Diretor

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Vice-Diretor

Ubaldo Cesar Balbazar

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenador

Luiz Otávio Pimentel

Subcoordenador

Arno Dal Ri Júnior

NÚCLEO DE ESTUDOS CONHECER DIREITO

Coordenador

Horácio Wanderlei Rodrigues

Conselho Editorial da Coleção

Aldacy Coutinho (Brasil)

Alfonso de Julios-Campuzano (Espanha)

Álvaro Sanchez Bravo (Espanha)

Andrés Botero Bernal (Colômbia)

Anna Romano (Itália)

Antonio Carlos Wolkmer (Brasil)

Antonio Pena Freire (Espanha)

Augusto Jagger Júnior (Brasil)

Cláudia Rosane Roesler (Brasil)

David Sanchez Rubio (Espanha)

Fernando Galindo (Espanha)

Filippo Satta (Itália)

Friedrich Müller (Alemanha)

Jesús Antonio de La Torre Rangel (México)

José Abreu Faria Bilhim (Portugal)

José Calvo González (Espanha)

José Luis Serrano (Espanha)

José Noronha Rodrigues (Portugal)

Juan Ruiz Manero (Espanha)

Luigi Ferrajoli (Itália)

Luis Carlos Cancellier de Olivo (Brasil)

Manuel Atienza Rodríguez (Espanha)

Peter Häberle (Alemanha)

Ricardo Sebastián Piana (Argentina)

Sandra Negro (Argentina)

Thomas Simon (Áustria)

Coleção Pensando o Direito no Século XXI

Volume IX

Conhecer Direito III

Anais do I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica

Horácio Wanderlei Rodrigues

Coordenador

Danilo Christiano Antunes Meira

Gabriela Natacha Bechara

Luana Renostro Heinen

Organizadores



Florianópolis, SC, 2015

© 2015 Dos autores

Coordenação Editorial

Denise Aparecida Bunn

Capa e Projeto Gráfico

Rita Castelan Minatto

Editoração

Claudio José Girardi

Revisão

Bianca Santos

Claudia Leal Estevão

Obra publicada com recursos do PAEP/CAPES

C749 Conhecer direito III : Anais do I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica / Horácio Wanderlei Rodrigues, coordenador; Danilo Christiano Antunes Meira, Gabriela Natacha Bechara, Luana Renostro Heinen, organizadores. – Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2015. 946p. – (Pensando o Direito no Século XXI; v. 9)

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-7988-252-4

1. Direito – Congressos. 2. Direito – Metodologia. 3. Teoria do conhecimento. 4. Epistemologia. 5. Teoria crítica. 6. Ciência e direito. I. Rodrigues, Horácio Wandelei. II. Meira, Danilo Christiano Antunes. III. Bechara, Gabriela Natacha. IV. Heinen, Luana Renostro. V. Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica (1. : 2014 : Florianópolis, SC). VI. Série.

CDU: 340.12

Catálogo na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

SUMÁRIO

PARTE I – Trabalhos de Conferencistas Estrangeiros 25

CAPÍTULO I – LA OPCIÓN CARDINAL PARA LOS DISCURSOS JURÍDICOS: ¿NOVELAS DE CONCEPTOS O UNA TECNOLOGÍA SOCIAL? 29

Enrique P. Haba

- 1 Introducción 29
 - 2 Fenómenos de «bipartición» en las mentes humanas 34
 - 3 Las «novelas de conceptos» teóricas 40
 - 4 Las iusnovelaciones se autoconfinan, de hecho, a desplegar unas elucidaciones esencialmente semánticas (estas hacen abstracción de las dimensiones discursivo-pragmáticas –si es que las hay– de las tramas conceptuales presentadas así) 51
 - 5 Excurso: carácter parateológico de esas «storytelling» (y el metodologismo como tentación) 65
 - 6 La alternativa jurídico-realista: encarar el derecho como una «tecnología social» 72
 - 7 Consideraciones finales 83
- Apéndice 96

CAPÍTULO II – ¿PODEMOS CONSIDERAR CIENTÍFICA LA DOGMÁTICA DEL DERECHO? 125

Oscar Sarlo

- 1 Introducción 125
- 2 Una situación escandalosa 126
 - 2.1 Planteamiento del problema 126
 - 2.2 Ejemplifiquemos con un caso, entre muchos posibles 127
 - 2.3 Una posible respuesta desde la racionalidad epistémica 133
 - 2.4 Una dogmática basada en evidencia empírica 135
 - 2.5 Una dogmática formulada analíticamente 138
- 3 Consideraciones finales 138

PARTE II – Trabalhos De Conferencistas Nacionais 141

**CAPÍTULO III – UMA METODOLOGIA PARA A
EPISTEMOLOGIA 145**

Alexandre Meyer Luz

- 1 Introdução 145
- 2 O que é a Epistemologia? 145
- 3 O que é conhecimento? 147
 - 3.1 Conhecimento é um termo unívoco? 151
 - 3.2 O conhecimento proposicional 153
 - 3.2.1 Breves notas sobre a noção de “verdade” 155
 - 3.3 Conhecimento e subjetivismo 158
 - 3.4 Notas para uma Epistemologia Jurídica 160

**CAPÍTULO IV – PARA ENTENDER O DIREITO A
PARTIR DA METÁFORA DA TEORIA DOS JOGOS 169**

Alexandre Morais da Rosa

- 1 Introdução 169
- 2 O processo a partir da metáfora do jogo 170
- 3 A guerra processual 173
- 4 Nova dinâmica de compreensão do processo penal 177
- 5 Considerações finais 185

**CAPÍTULO V – DIREITOS, DEVERES NÃO: O TEOR
COGNITIVO DA MORAL MODERNA 195**

Delamar José Volpato Dutra

- 1 Introdução 195
- 2 A nova normatividade moderna: os direitos do homem 195
 - 2.1 O escopo do arbítrio 205
 - 2.2 Procedimento e positivismo jurídico 208

CAPÍTULO VI – DIREITO, MORAL E POLÍTICA: O DEBATE ENTRE AS CORRENTES PROCEDIMENTALISTA E SISTÊMICA	219
<i>Luiz Henrique Urquhart Cadernatori</i>	
1 Introdução	219
2 As observações críticas de Habermas à Teoria de Luhmann	221
3 As incompletudes da crítica de Habermas a Luhmann	225
4 A evolução constitucional e seu atual papel ante os paradoxos do direito e da política	232
5 Considerações finais	239
CAPÍTULO VII – A OBJETIVIDADE DO CONHECIMENTO NAS CIÊNCIAS SOCIAIS	247
<i>Thais Luzia Colaço</i>	
1 Introdução	247
2 O sujeito e o objeto de pesquisa nas Ciências Sociais	247
3 A escolha das fontes de pesquisa nas Ciências Sociais	253
4 Considerações finais	263
PARTE III – Trabalhos do NECODI	265
CAPÍTULO VIII – O PACTO DE MEDIOCRIDADE, A PESQUISA EM DIREITO E O CICLO DA PRÁXIS PEDAGÓGICA REFLEXIVA	269
<i>Adriana de Lacerda Rocha</i>	
1 Introdução	269
2 Autorreflexão docente, pesquisa e a práxis pedagógica	272
3 O pacto de mediocridade e a pesquisa em Direito	276
4 Considerações finais	283

**CAPÍTULO IX – DIREITO E IMAGINÁRIO: AS
CONTRIBUIÇÕES DA LITERATURA PARA A FORMAÇÃO
DO JURISTA A PARTIR DA DESCONSTRUÇÃO DO
IMAGINÁRIO SOCIAL** 289

Amanda Muniz Oliveira

- 1 Introdução 289
- 2 Direito e Literatura: perspectivas e possibilidades 290
- 3 Imaginário social 293
- 4 As contribuições da Literatura para a formação do jurista a partir da desconstrução do imaginário social 298
- 5 Considerações finais 302

**CAPÍTULO X – O RACIONALISMO ABERTO DE
BACHELARD: PROPOSIÇÕES À BUSCA PELO
CONHECIMENTO PARA ALÉM DE PRÁTICAS
PRAGMÁTICAS INGÊNUAS** 309

Andréa de Almeida Leite Marocco

- 1 Introdução 309
- 2 A epistemologia de Bachelard à superação do conhecimento intuitivo 310
- 3 Bachelard: trevas e luz 311
- 4 Racionalismo aplicado à construção do conhecimento 317
- 5 Os obstáculos epistemológicos – obstáculos pedagógicos 319
- 6 Considerações finais 322

**CAPÍTULO XI – ELEMENTOS DA TEORIA DO
CONHECIMENTO DE LUDWIK FLECK** 327

Danilo Christiano Antunes Meira

- 1 Introdução 327
- 2 Quem foi Ludwik Fleck? 328
- 3 O ponto de partida: a desconstrução do “fato” 333
 - 3.1 A reação de Wassermann e os quatro conceitos de sífilis 337

4	O que, disso, importa à teoria do conhecimento?	341
4.1	Acoplamentos ativos e passivos	342
4.2	O cientista individual e a comunidade científica	345
5	A importância da história do conhecimento para a teoria do conhecimento	346
6	As protoideias dos conceitos e as suas verdades	347
7	O caráter histórico do conhecimento	350
8	Persistência e mudança no estilo de pensamento	355
9	Considerações finais	357

CAPÍTULO XII – HISTÓRIA DO DIREITO E VERDADE: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA EPISTEMOLÓGICA DE KARL POPPER 363

Gabriela Natacha Bechara

1	Introdução	363
2	O pensamento epistemológico de Karl Popper	364
2.1	O problema da demarcação	368
2.2	Algumas teses paralelas	369
3	História, Direito e Popper	372
3.1	História do Direito	374
4	Considerações finais	377

CAPÍTULO XIII – A CIÊNCIA E SUAS CLASSIFICAÇÕES: ONDE FICA A CIÊNCIA DO DIREITO? 381

Horácio Wanderlei Rodrigues

Gabriela Goedert

Jessica Kindlein Angioletti

1	Introdução	381
2	Conhecimento científico	384
3	O complexo problema da classificação das ciências	389
3.1	Ciências da natureza versus ciências sociais e humanas	389
3.2	Ciências da natureza versus ciências normativas	399

3.3	Ciência teórica e ciência aplicada	403
4	Considerações finais	411
CAPÍTULO XIV – APONTAMENTOS PARA UMA TEORIA SEMÂNTICA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL		419
<i>Leilane Serratine Grubba</i>		
1	Introdução	419
2	Processo penal: verdade formal e verdade material	420
3	A definição materialmente adequada e formalmente correta da sentença verdadeira	425
4	A semântica da verdade	430
5	A verdade semântica no processo penal	438
6	Considerações finais	443
CAPÍTULO XV – A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA DE HANS KELSEN: O PROBLEMA DA NEUTRALIDADE		449
<i>Luana Renostro Heinen</i>		
1	Introdução	449
2	A ciência jurídica normativista de Hans Kelsen e a ideia de neutralidade do cientista	451
3	Uma crítica à ideia de neutralidade na ciência	464
4	A teoria pura do Direito diante da ciência dogmática	471
5	Considerações finais	475
CAPÍTULO XVI – BREVES NOTAS SOBRE O CONHECIMENTO ARROGANTE A PARTIR DA ORDEM ESPONTÂNEA DE HAYEK		481
<i>Renata Ramos</i>		
1	Conhecimento arrogante a partir da ordem espontânea de Hayek	485

CAPÍTULO XVII – TEORIA E PRÁTICA EM IMMANUEL KANT E HANS KELSEN – DE COMO É IMPOSSÍVEL A AFIRMAÇÃO: “A TEORIA DO DIREITO ESTÁ SE AFASTANDO DA PRÁTICA DO DIREITO” 499

Rubim Assis da Silveira Souza

- 1 Introdução 499
- 2 Teoria, prática e razão prática em Kant 501
- 3 Teoria e prática em Kelsen – a interpretação não autêntica e autêntica como referência à distinção entre Teoria pura do Direito e prática do Direito 508
- 4 Considerações finais 515

PARTE IV – Grupo De Trabalho I: Epistemologia e Pesquisa Jurídica 517

CAPÍTULO XVIII – (DE)COLONIALIDADE EPISTÊMICA NA PESQUISA EM DIREITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS 525

Ademar Pozzatti Junior

- 1 Introdução 525
- 2 Colonialidade epistêmica 527
- 3 (De)colonialidade epistêmica e pesquisa em Direito das relações internacionais 531
 - 3.1 Pedagogia do oprimido 532
 - 3.2 Filosofia da libertação 535
 - 3.3 Teoria da dependência 539
- 4 Considerações finais 541

CAPÍTULO XIX – CONSTRUÇÃO E AQUISIÇÃO DO CONHECIMENTO: O VIÉS EPISTEMOLÓGICO DIALÉTICO NA MEDIAÇÃO 547

Aline Boschi Moreira

Mariah Rausch Pereira

1	Introdução	547
2	Epistemologia e aquisição do conhecimento	548
3	Construção do conhecimento na mediação	552
4	Considerações finais	558
CAPÍTULO XX – NOVAS MÍDIAS E TECNOLOGIAS DIGITAIS NA PESQUISA EM DIREITO		565
<i>André Olavo Leite</i>		
<i>Suelen Carls</i>		
1	Introdução	565
2	Tecnologias, pesquisa e Direito	566
3	Mídias e tecnologias de publicação e disseminação de conteúdo	568
3.1	Blogs, vlogs e podcasts	568
3.2	Motores de busca, bibliotecas online e indexadores de conteúdo científico	570
3.3	Motores de busca jurisprudencial	571
4	Tecnologias de organização e compartilhamento de conteúdo	572
4.1	Tecnologias de organização de material bibliográfico	573
4.2	Tecnologias de compartilhamento de conteúdo	573
5	Tecnologias de coleta de dados	575
6	Considerações finais	576
CAPÍTULO XXI – O PENSAMENTO “DECOLONIAL” NA AMÉRICA LATINA		585
<i>Bruno Ferreira</i>		
<i>Daiane Vidal</i>		
<i>Maria Aparecida Lucca Caovilla</i>		
1	Introdução	585
2	O colonialismo na América Latina	587
3	A América Latina subalternizada: a importância de um pensamento “decolonial”	590

4	O novo constitucionalismo latino-americano como prática anticolonial	595
5	Considerações finais	598

CAPÍTULO XXII – A CONTRIBUIÇÃO DA PESQUISA PARA A QUALIFICAÇÃO DA EDUCAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA: DISTRIBUIÇÃO CURRICULAR E REVISÃO NO CONTEÚDO DA DISCIPLINA DE METODOLOGIA 605

Carolina Elisa Suptitz

1	Introdução	605
2	A importância e a (in)suficiência da pesquisa nos cursos de Direito	606
3	Proposta para currículo e conteúdo: a promoção da cultura da pesquisa na educação jurídica	613
4	Considerações finais	617

CAPÍTULO XXIII – ECOLOGIA POLÍTICA E RACIONALIDADE: O PROBLEMA DA JUSTIFICAÇÃO DE VALORES NO DISCURSO JURÍDICO 623

Daniel Fioreze

Albano Marcos Bastos Pêpe

1	Introdução	623
2	Epistemologia jurídica entre descrição (dever-ser) e prescrição (ser)	625
3	A perspectiva metodológica do discurso científico	628
4	Considerações finais	632

CAPÍTULO XXIV – UMA ETNOCARTOGRAFIA DA SALA DE AUDIÊNCIA: UMA POSSIBILIDADE METODOLÓGICA PARA AS PESQUISAS JURÍDICAS 643

Ísis de Jesus Garcia

1	Introdução	643
---	------------	-----

2	Etnocartografia	644
3	O juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher	649
4	A produção da justiça rizomática	650
5	Considerações finais	657

**CAPÍTULO XXV – A EDUCAÇÃO “DECOLONIAL”:
UMA PROPOSTA EMANCIPATÓRIA PARA O ENSINO
JURÍDICO** 663

Ligiane Franceschi

Bruno Ferreira

Maria Aparecida Lucca Caovilla

1	Introdução	663
2	O saber colonizado da América Latina	664
3	Uma relação entre dominantes e dominados: um modelo a ser superado na educação	667
4	Uma proposta emancipatória: a educação “decolonial”	669
5	Considerações finais	675

**CAPÍTULO XXVI – A CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO
JURÍDICO A PARTIR DA Análise Econômica: DA
MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA AO PRAGMATISMO DE
RICHARD POSNER** 681

Lyza Anzanello de Azevedo

Jéssica Gonçalves

1	Introdução	681
2	A construção do conhecimento jurídico pelo viés epistemológico da Análise Econômica	683
3	A teoria jurídica: entre a maximização da riqueza e o pragmatismo de Richard Posner	687
4	Considerações finais	691

CAPÍTULO XXVII – EPISTEMOLOGIA DO PROCESSO JUDICIAL 699

Luís Fernando Reis

- 1 Introdução 699
- 2 A epistemologia e o pensamento jurídico 702
- 3 Dogmática e epistemologia 704
- 4 Metodologia 707
- 5 Debate em torno da epistemologia no processo 708
- 6 Considerações finais 709

CAPÍTULO XVIII – NOVOS HORIZONTES EPISTEMOLÓGICOS NO ENSINO JURÍDICO: APORTES DA TEORIA DA COMPLEXIDADE E DA TRANSDISCIPLINARIDADE PARA SUPERAÇÃO DA CRISE EM PESQUISA JURÍDICA 715

Luís Marcelo Mendes

Jerônimo Siqueira Tybusch

- 1 Introdução 715
- 2 As mazelas do ensino jurídico brasileiro 717
- 3 A monocultura do conhecimento na pesquisa jurídica 721
- 4 A teoria da complexidade e da transdisciplinaridade como aporte para a superação da crise no ensino e na pesquisa jurídica 725
- 5 Considerações finais 728

CAPÍTULO XXIX – A PESQUISA EMPÍRICA NO CONHECIMENTO DO DIREITO: RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA 735

Sergio Roberto Lema

- 1 Introdução 735
- 2 Breve contextualização teórica 738

3	Alguns aspectos da metodologia de pesquisa sobre o acesso à justiça nos juizados especiais federais	741
4	A experiência	744
5	Considerações finais	750
PARTE V – Grupo de Trabalho II: hermenêutica e aplicação do direito		751
CAPÍTULO XXX – PENSAR SOBRE O DIREITO A PARTIR DOS EFEITOS AMBIENTAIS DO TRABALHO NA MINA DE AMIANTO EM BOM JESUS DA SERRA		757
<i>Carlos Eduardo Soares de Freitas</i>		
1	Introdução	757
2	A mina de amianto em Bom Jesus da Serra	758
3	Considerações finais.	773
CAPÍTULO XXXI – A ARQUITETURA POLÍTICA DO DIREITO E A INADEQUAÇÃO FUNDAMENTAL DO UTILITARISMO CLÁSSICO PARA O DIREITO AMBIENTAL		779
<i>Cristiane Derani</i>		
<i>João da Cruz Gonçalves Neto</i>		
1	Introdução	779
2	O utilitarismo	781
3	Modelos políticos, consequências jurídicas	786
4	O mínimo existencial ambiental	790
4	O ambientalismo utilitário	795
5	Considerações finais	797

**CAPÍTULO XXXII – PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA
ECONÔMICO-SOCIAL (PEES) POSSIBILIDADE EPISTÊMICA
PARA O DIREITO SEGUNDO A CIÊNCIA ECONÔMICA 803**

Everton das Neves Gonçalves

Joana Stelzer

- | | | |
|---|--|-----|
| 1 | Introdução | 803 |
| 2 | Direito, economia e o princípio da eficiência econômico-social | 805 |
| 3 | Considerações finais | 812 |

**CAPÍTULO XXXIII – A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO
ELEMENTO LEGITIMADOR DO SOPESAMENTO 819**

Fausto Santos de Moraes

- | | | |
|---|---|-----|
| 1 | Introdução | 819 |
| 2 | Da lógica à fórmula: o elemento formal da argumentação jurídica de Robert Alexy | 820 |
| 3 | A pretensão de correção como complementação substancial à argumentação jurídica de Robert Alexy | 827 |
| 4 | Considerações finais | 830 |

**CAPÍTULO XXXIV – LAW AND ECONOMICS:
INSTRUMENTAL HERMENÊUTICO PARA O
REPENSAR DO DIREITO 835**

Everton das Neves Gonçalves

Gibran de Lima de Souza

Joana Stelzer

- | | | |
|---|---|-----|
| 1 | Introdução | 835 |
| 2 | Hermenêutica jurídica e a Law And Economics | 837 |
| 3 | Histórico da Law and Economics | 841 |
| 4 | O Teorema de Coase | 843 |
| 5 | Escassez, maximização do bem-estar e eficiência | 844 |
| 6 | Considerações finais | 849 |

**CAPÍTULO XXXV – A PREVISIBILIDADE DA APLICAÇÃO
NORMATIVA A PARTIR DAS OBSERVAÇÕES SOBRE SEGUIR
AS REGRAS DE WITTGENSTEIN** 855

Jonathan Eliçondo Orozco

- 1 Introdução 855
- 2 As observações sobre “seguir as regras” nas investigações
filosóficas 856
- 3 O platonismo das regras 858
- 4 A interpretação 861
- 5 O terceiro momento: a regra como prática 863
- 6 O formalismo jurídico e o realismo crítico 867
- 7 Considerações finais 870

**CAPÍTULO XXXVI – Análise Econômica DO DIREITO: UMA
FERRAMENTA ANALÍTICA DA PRÁTICA JURÍDICA** 877

Luís Alexandre Carta Winter

Marco Antônio César Villatore

Martinho Martins Botelho

- 1 Introdução 877
- 2 As noções fundamentais para a aplicação da
AED como ferramenta analítica do Direito 878
 - 2.1 A questão do *homo oeconomicus* e a
racionalidade em decisões 879
 - 2.2 Falhas da estrutura sociomercadológica 880
 - 2.3 O problema dos custos de transação 881
- 3 A razão teleológica da Análise Econômica do
Direito na análise de decisões justtrabalhistas 882
 - 3.1 A eficiência econômica como axiologia do Direito 883
 - 3.2 A eficiência como valor teleológico do Direito 884
- 4 Considerações finais 886

**CAPÍTULO XXXVII – O RISCO MORAL COMO
ELEMENTO DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA TRABALHISTA** 891

Luís Alexandre Carta Winter

Marco Antônio César Villatore

Martinho Martins Botelho

- | | | |
|---|--|-----|
| 1 | Introdução | 891 |
| 2 | As abordagens epistemológicas da economia
positiva e da economia normativa | 893 |
| 3 | A Análise Econômica do Direito e a
concepção justralhista | 895 |
| 4 | O problema do risco moral na epistemologia
do Direito Econômico do Trabalho | 898 |
| 5 | Considerações finais | 903 |

**CAPÍTULO XXXVIII – A HERMENÊUTICA JURÍDICA
AMBIENTAL E SUA INFLUÊNCIA NAS DECISÕES DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** 909

Paula Galbiatti Silveira

- | | | |
|---|--|-----|
| 1 | Introdução | 909 |
| 2 | Breves apontamentos sobre a hermenêutica jurídica | 910 |
| 3 | A hermenêutica jurídica ambiental | 913 |
| 4 | A mudança do paradigma hermenêutico na
jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça | 916 |
| 5 | Considerações finais | 921 |

**CAPÍTULO XXXIX – AS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NA
SISTEMÁTICA DO ENTENDIMENTO ADVERSO DA LEI E
DO DIREITO** 927

Sônia Maria de Oliveira Queiroz

Carlos Alberto Dias

- | | | |
|---|----------------------|-----|
| 1 | Introdução | 927 |
| 2 | Desenvolvimento | 929 |
| 3 | Considerações finais | 939 |

ORGANIZADORES	943
Horácio Wanderlei Rodrigues (Coordenador)	945
Danilo Christiano Antunes Meira	945
Gabriela Natacha Bechara	946
Luana Renostro Heinen	946

APRESENTAÇÃO

Propomos superar a velha prática de conceber, especialmente no âmbito dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, trabalhos parecerísticos como pesquisa científica. É preciso tornar claro que uma mera coleção de argumentos de autoridade favoráveis à hipótese escolhida pelo pesquisador não constitui uma pesquisa propriamente dita. Deve-se estimular o Debate Crítico Apreciativo – DCA, pois uma comunidade de pesquisadores dedicada ao debate crítico pode contribuir significativamente para a eliminação de equívocos e para conferir maior objetividade à pesquisa. Outrossim, entendemos que, para que isso ocorra, faz-se necessário refletir sobre os fundamentos epistemológicos da pesquisa científica em geral e sua adequação ao âmbito jurídico, bem como sobre a forma como se constrói o conhecimento na área do Direito.

Conscientes do desafio posto à comunidade jurídica, é com muito orgulho que apresentamos o 9º volume da Coleção Pensando o Direito no Século XXI, publicada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Tendo como tema central o conhecimento jurídico, acreditamos que a presente obra constituirá uma significativa contribuição ao debate sobre os limites e as possibilidades da pesquisa científica no Direito. Por um lado, ela dá continuidade à reflexão iniciada com a publicação dos livros *Conhecer Direito I e II*. Por outro, estando o tema central do livro incluído na área de concentração em *Filosofia, Teoria e História do Direito*, especificamente na linha de pesquisa *Conhecimento Crítico, Historicidade, Subjetividade e Multiculturalismo* do PPGD/UFSC, buscamos estimular

o interesse de pesquisadores da mesma instituição e a aproximação com outros pesquisadores que compartilham tal perspectiva.

A aposta que fazemos na problematização dessas questões é de longo prazo, mas já temos colhido resultados promissores. Este nono volume, a propósito, é constituído pelos trabalhos apresentados e discutidos durante o I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica, realizado pelo *Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI)*, grupo de pesquisa vinculado ao *PPGD/UFSC*, no período de 23 a 27 de setembro de 2014. O evento foi concebido no âmbito do *Projeto Conhecer Direito*, desenvolvido pelo NECODI, projeto que conta com o apoio do CNPq através da concessão, ao seu Coordenador, de Bolsa de Produtividade em Pesquisa (PQ), de Bolsa de Doutorado a duas de suas pesquisadoras, de bolsa de Mestrado a um de seus pesquisadores, e de duas bolsas PIBIC a estudantes da graduação, bem como da CAPES, através da concessão de Bolsas de Mestrado a dois de seus pesquisadores. A CAPES também foi responsável pelos valores que permitiram a publicação desta obra, através do PAEP, bem como pelos auxílios destinados à realização do evento, através do PAEP e do PROEX.

Seguindo a organização do I Encontro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica, os textos deste livro foram divididos, para fins de publicação, em cinco grupos: (a) trabalhos de conferencistas estrangeiros; (b) trabalhos de painelistas brasileiros; (c) trabalhos dos membros do NECODI; (d) trabalhos apresentados nos Grupos de Trabalho “Epistemologia e Pesquisa Jurídica”; e (e) trabalhos apresentados nos Grupos de

Trabalho “Epistemologia e Pesquisa Jurídica” e “Hermenêutica e Aplicação do Direito”.

Desterro, SC, primavera de 2014.

Horácio Wanderlei Rodrigues

Danilo Christiano Antunes Meira

Gabriela Natacha Bechara

Luana Renostro Heinen

PARTE I

Trabalhos de Conferencistas Estrangeiros

CAPÍTULO I

LA OPCIÓN CARDINAL PARA LOS DISCURSOS JURÍDICOS: ¿NOVELAS DE CONCEPTOS O UNA TECNOLOGÍA SOCIAL?¹

Enrique P. Haba²

1 Introducción

... son apresuramientos de un intelecto impaciente, que gusta sacudirse de encima los fenómenos [reales] y, por eso, en el lugar de estos mismos mete ahí imágenes, conceptos, los cuales a menudo no son más que palabras.

Goethe

... ve en él (derecho) tan solo un objeto en el cual puede ejercitarse el pensamiento lógico, librado a sí mismo y que lleva en sí su propio atractivo y su propia finalidad: una arena para las evoluciones lógicas, para la gimnasia del espíritu, en la que se llevará la palma quien revele el mayor virtuosismo.

Jhering

¹ La primera versión de este trabajo apareció en *Doxa* 36-2013: 509-550. El texto actual constituye una versión revisada de dicho estudio: contiene leves cambios en la redacción de algunos pasajes y ciertos pequeños agregados, también modificaciones en su ordenación general, mas nada de ello implica cambios en cuanto a las ideas presentadas originariamente. [N. de Ed. No siendo posible, por razones de tiempo, recoger aquí las exposiciones del Prof. Haba efectuadas en el *I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica* (NECODI-USFC: Florianópolis, 22-25/10/2014), él mismo ha seleccionado este texto para destacar ciertos puntos de vista básicos entre aquellos que tuvo oportunidad de presentar en esa ocasión.]

² Catedrático de la Universidad de Costa Rica [enriquepedrohaba@gmail.com // ehaba@ice.co.cr // enrique.haba@ucr.ac.cr].

Cada concepto piensa única y exclusivamente en sí mismo; desde el comienzo del mundo hasta hoy, los conceptos no han tenido otra cosa que hacer. Esa fe inmovible en el imperio de los conceptos y principios abstractos es el vínculo común que une a todos los juristas que aquí encontrarás. De ese modo están totalmente a salvo de la tentación de preocuparse por las eventuales secuelas prácticas; las cuales, normalmente, tampoco los afectan a ellos, sino a otros. Los conceptos viven su propia vida; y si no quieres arruinarte todas las posibilidades de ingresar en este reino, no preguntes jamás a nadie para qué sirve todo esto que acá ves.

Jhering

Las normas del Derecho –así como también otras normas de la vida social– deben considerarse desde el punto de vista de su conveniencia o utilidad real. Ellas no constituyen de ninguna manera metas en sí mismas, sino que están llamadas a colaborar en la regulación del comercio humano y deben, por ende, valorarse según los efectos que tengan en la sociedad. En mi opinión, la ciencia jurídica puede cumplir cabalmente la tarea antedicha siempre y cuando se la conciba, no como una disciplina normativa, sino más bien como una tecnología social.

Albert³

Hace ya casi un siglo y medio, en una obra muy fuera de serie (lo sigue siendo), Jhering supo hacer patente, en forma insuperable, el tipo de razonamientos cultivado cuando el pensamiento sobre el derecho se concentra «En el *cielo* de los conceptos jurídicos»⁴. En tiempos de ese autor era usual topar con «personajes» como los señores *Contrato* y *Dolus*, las hermanas *Culpa lata* y *Culpa levis*, las señoras *Mora*, *Bona fides*, *Propiedad*, *Obligatio*... y mucho más. Todos

³ Goethe, 1963: 49 (# 428). Jhering, 1974: 368. Id.: líneas extractadas de las págs. 312, 290 y 294. Albert, 2007: líneas extractadas de las págs. 52 y 50. [Los énfasis señalados mediante *negr.* [caracteres en negrita] son añadidos aquí (salvo los dos últimos en la cita de Albert).]

⁴ Jhering, 1974: Parte III.

ellos desarrollan ahí, en ese «cielo», su vida *propia*, como conceptos debidamente «puros»:

«Los conceptos no soportan el contacto con el mundo real. Donde los conceptos han de vivir e imperar, todo lo que pertenezca a ese mundo *debe mantenerse a gran distancia*»⁵.

Tal caracterización tiene pertinencia no únicamente para las figuras señaladas por Jhering, ni solo en cuanto a la dogmática del derecho civil de su época. Con ello él acierta a dar en el eje fundamental de una tendencia hacia la cual los razonamientos jurídicos se inclinan con frecuencia, no menos hoy que ayer. En la dogmática de cada una de sus materias (Derecho Constitucional, Derecho Penal, etc.), a menudo nos encontramos con esa convicción, en todo caso implícitamente, de que: «... los conceptos [jurídicos] han de vivir e imperar *por sí mismos*, no admiten ser cuestionados en su *validez* propia por experiencias que puedan tener lugar en «el mundo real». Esto sucede también en la mayor parte de las elucidaciones que se presentan a título de Teoría del Derecho: suele tratarse de exámenes que tratan esencialmente sobre la «vida» de unos conceptos, haciendo abstracción (total o poco menos) de cómo estos conceptos funcionen concretamente en las *prácticas* jurídicas de su medio social. El círculo del «cielo» adonde arriban los tipos de estudios predominantes en esa Teoría ha sido emplazado, eso sí, un piso más arriba (*meta*-dogmática) de aquel otro (la dogmática jurídica profesional por sí misma) en que se fijó Jhering. Los personajes principales de este flamante superpiso, tanto sus nombres como sus nobles características, lucen de modo un poco diferente a los del piso de abajo: no se llaman «Contrato», «Obligación», «Posesión», etc., sino «Discurso»

⁵ Jhering, 1974: 288.

o «Comunicación», «Racionalidad» o «Razonable», «Rectitud» (lo «correcto», *right*, *Richtigkeit*), «reglas» vs. «principios», «derrotabilidad» y demás. [Así como Jhering hubo de indicar, para concretar sus «acusaciones», a célebres autores de doctrina jurídica de su tiempo, aquí no tendré más remedio, por el mismo motivo, que señalar a autores actuales muy renombrados por sus publicaciones en Teoría del Derecho.]

Claro que nadie sacará a luz esa comprobación nuclear, la «celestialidad» en que se mueven partes fundamentales del razonamiento jurídico, de manera tan diáfana como supo hacerlo Jhering⁶. Pero no está de más insistir en dirigir la atención hacia eso, permanente, que él señaló como zanja capital entre «cielo» y «tierra» en las formas de pensar el derecho. Aquí voy a retomar tal advertencia básica, integrándola con algunas observaciones complementarias que apuntan en la misma dirección. Pondré el acento, sobre todo, en que la manera cómo las «vidas» de los personajes que pueblan ese «cielo» son percibidas por los teóricos del derecho guarda llamativas similitudes, el fondo mismo de la actitud mental correspondiente, con cómo se *ubica* la conciencia del lector de una novela o la del espectador cinematográfico, ante los personajes y su trama que le son presentados *así*. También señalaré por qué, en la medida en que el razonamiento de los juristas profesionales consigue tomar contacto con la «tierra» del derecho, sus discursos respectivos constituyen, a diferencia de tales «novelaciones» teóricas, ni más ni menos que unos

⁶ Otro texto absolutamente fundamental, para abrir los ojos sobre los discursos jurídicos de la «tierra», es: Llewellyn, 1930. Y véase también los escritos, hoy injustamente olvidados, de Ernst Fuchs [cf. su ed. 1965]. Por cierto, tampoco está libre de vicios análogos el derecho anglosajón: vid. Mellinkoff, 1963 [esp. (especialmente) cap. III, sobre los «mannerisms» del lenguaje jurídico: «... wordy, unclear, pompous, dull...» (p. 24)], y Rodell, 1994 (sin dejar de tener en cuenta ahí la Intr. de Frank, ¡muy valiosa!).

expedientes de *tecnología* social (si bien esta puede ser o no ser bastante adecuada, como tal).

Por supuesto, si sobre las maneras habituales de ver esas cosas en el gremio jurídico no hizo mella la llamada de atención de Jhering (ni las de otros autores excepcionalísimos: Kantorowicz, Frank, Llewellyn, Ross, etc.), ni qué hablar de lograrlo mediante unas observaciones como las que serán presentadas aquí. Tampoco podrán estas, *à plus forte raison*, tener «éxito» en el seno del campo específico denominado Teoría del Derecho –el de más abundante y sutil producción ius-«novelada»!–; antes bien, ahí el efecto-Vicente⁷ hace que la «cestialidad», ya sea bajo unas u otras modalidades discursivas, se imponga como requisito de aceptación ampliamente dominador.

Quiérase o no, la cuestión básica en que se encuentra involucrado todo razonamiento jurídico es, antes que nada, dicho asunto: ¿«cielo» o «tierra»?; ¿«novelas» o realidad social?, ¿semántica (pura) o pragmática (discursiva)?, o como mejor guste llamársele a eso mismo. He ahí donde reside principalmente la insalvable zanja teórica entre los estudios de los autores a quienes se conoce como *realistas* jurídicos⁸ y las demás orientaciones en Teoría del Derecho. En exámenes efectuados por autores realistas es puesto el dedo en la llaga, des-velan el carácter «noveleril» (sin usar ellos tal expresión) que tienen variados aspectos característicos de los razonamientos practicados por los juristas. Las tendencias del pensamiento jurídico muy mayoritarias, en cambio, se dedican a presentar

⁷ *Vid.* Haba, 2001/2009.

⁸ Sobre la noción de «realismo» jurídico, *vid.* Haba, 2006: esp. 273 ss. y 330 s. [o 2010: esp. 591 ss y 679 ss.]; se añaden precisiones complementarias en su Sec. E.V [2012: Sec. G.5] .

principalmente desarrollos que hacen abstracción de tales desvelamientos⁹.

2 Fenómenos de «biparticion» en las mentes humanas

Mientras alguien mira una película o mientras lee una novela, su atención permanece confinada a concentrarse sobre la trama de aquellas en sí, *exclusivamente* sobre esta *misma*. Los personajes y sus acciones son tomados tal como se presentan allí, sin más. El lector de un cuento o quien ve una telenovela apartan de su pensamiento –mientras se permanece vinculado por el conjuro de esta experiencia estética– toda inquietud acerca de si esos personajes y las conductas que allí tienen lugar existan también *afuera* de estas obras mismas. A nadie se le ocurre, mientras está en *eso*, ponerse a averiguar si dichos personajes existen y hagan cosas semejantes en el mundo social real. Para sus espectadores o sus lectores queda absolutamente aparte de su *foco* de interés, mientras tanto, cómo transcurre la vida cotidiana de los actores (de eso se ocupan, pero aparte, los *paparazzi*), ni tampoco se están fijando aquellos en la conducta real de gentes reales que puedan acaso parecérselos en algo a esos actores. No interesa, mientras tanto, nada más que las peripecias desarrolladas en el mundo *propio* de la trama presentada allí. Sólo después, finalizada la película o el capítulo leído esa noche, es a lo largo del prosaico día siguiente cuando la vista se dirige hacia tales o cuales aspectos del mundo circundante habitual, este donde cada quien se mueve con independencia –¡por supuesto!–

⁹ Así es cómo esas orientaciones pasan simplemente por encima del «Síndrome normativista» [*infra*: n. 36] y demás expedientes esencialmente retóricos de los razonamientos que los locutores jurídicos profesionales efectúan en realidad. *Vid.* Haba, 2006: Sec. C.I.β [o 2012: Sec. D.II].

de aquello que tan enteramente absorbe su atención en aquellos ratos-aparte durante los cuales ha estado sumergido bajo el hechizo estético.

La mente se acomoda a una bipartición entre sus experiencias de orden estético y sus experiencias mundanas, cada cual de esos dos sectores no se «toca» (por decirlo así) con el otro. Tratándose de las páginas de una novela, su lectura pone en juego exclusivamente ciertos niveles *semánticos* –semántico-emocionales, semántico-evocativos, semántico-imaginativos, etc.– de nuestra conciencia. Así ese discurso está desprovisto, o poco menos, de dimensiones pragmáticas: no conlleva unas conductas positivas o negativas en la vida corriente. Carece de las consecuencias fácticas que nuestras comunicaciones lingüísticas con otras personas suelen comportar. [Mi acotación «o poco menos» es para no pasar por alto la circunstancia de que, a decir verdad, aun esos discursos producen ciertos efectos prácticos: las telenovelas sugieren, implícitamente, modelos de comportamiento que pueden ser adoptados efectivamente en el ámbito conductual de quienes las siguen, además ellas son objeto de comercio en el mercado, etc.; incluso los discursos-novela teóricos tienen efectos conductuales, por cuanto su desempeño forma parte de actividades académicas y sus textos se venden en el mercado. A lo que habré de referirme al señalar la tan magra trascendencia que tales teorizaciones tienen con respecto a las «dimensiones *pragmáticas*» del derecho, es al hecho de que aquellas carecen de importancia para los discursos de este en cuanto *tecnología social*¹⁰. Más aún, contribuyen antes bien a apartar la vista de cuánto pasa y cuánto no pasa en esta última dimensión.]

¹⁰ Véase más abajo: § 5.

Fenómenos de bipartición (o hasta triparticiones, etc.) en la mente humana se producen también en muchas otras esferas de atención de nuestras vidas¹¹. En sus niveles comunes, tanto en nuestros pensamientos cotidianos como en campos de teorización, esa tendencia forma parte de maneras muy normales de «ver» tales o cuales aspectos de nuestro entorno social. Semejantes divisiones se hacen presentes allí donde una parte de nuestra conciencia acostumbra a hacer «rancho aparte» con respecto a cierta otra parte de ella misma, aun cuando ambas se refieran supuestamente a la misma especie de cosas, o en todo caso a unas muy estrechamente ligadas entre sí. Pasa esto aun a pesar de que nuestra percepción mental en una de dichas esferas pueda ser, con frecuencia, netamente contradictoria con lo que entendemos en la otra. Paradigmático es el caso, tan corriente y tan sabido, de quien el domingo va a misa, mas durante la semana hace todo lo contrario de cuanto proclama el sermón con el cual se siente identificado (¡con gran reverencia!) en aquel otro momento. [Esas biparticiones, o triparticiones o más, se dan también en función de lo que en la Sociología se conoce como ciertos diferentes «roles» sociales que desempeñe una misma

¹¹ La esquizofrenia no viene a ser, al fin de cuentas, sino el grado más extremo de tal tendencia en nuestras mentes. Unos tipos de división mental menos agudos son: «El trastorno de identidad disociativo, antes llamado trastorno de personalidad múltiple, consiste en la presencia de dos o más identidades o estados de personalidad (cada una con un patrón propio y relativamente persistente de percepción, interacción y concepción del entorno y de sí mismo). No debe confundirse la esquizofrenia con la doble o múltiple personalidad. Este último tipo de fenómenos no conlleva visiones ni alucinaciones» [tomado de internet]. – Lo de la «doble personalidad» viene a estar mucho más cercano que la esquizofrenia propiamente dicha en comparación con los fenómenos a que entiendo referirme arriba; solo que, mientras aun aquella primera constituye una patología psicológica, lo cierto es que unas divisiones mentales como esas señaladas por mí son de lo más normales, así también las específicamente propias para teóricos de las ciencias sociales al desempeñar sus discursos académicos. Si bien se mira, en cuanto a estos últimos se trata principalmente de la típica actitud de pensamiento, tan frecuente entre cultores de todas esas disciplinas, llamada: *intellectual fallacy* [*infra*: a la altura de la n. 42].

persona. De todos modos, para lo que deseo subrayar, el asunto no se reduce a una diferencia de «roles», sino que lo interesante son las *contradicciones* entre los dos roles específicos considerados aquí, esto es: entre *eso* que como teórico se piensa en el plano novela-de-conceptos y lo que pasa en la vida jurídica real.]

Sería erróneo, para dar cuenta de tales circunstancias, presuponer que se trata, en la mente de los propios protagonistas, de algo así como una hipocresía simplemente¹². No es que ellos mismos tengan verdadera conciencia, en *ambos* momentos, de que en cada uno de estos piensan algo que se contradice con cómo funciona el pensamiento al transitar por el otro. No basta con que una contradicción exista, para ser advertida como tal. De ahí que, por ejemplo, cada ideología pueda comportar sus contradicciones internas, y más aún si ella es cotejada con hechos «incómodos», pero difícilmente estos últimos perturban la fe que a aquella le dispensan sus partidarios. Y ni qué hablar de que acaso a cada persona, ya en el ámbito de su vida privada, vayan a acarrearle zozobra unas inconsistencias de lógica en que incurren sus propias conductas. Tanto en unos como en otros casos, lo más probable es que la contradicción no llegue a presentarse al umbral de la conciencia del protagonista, posiblemente no es advertida ni siquiera en algún recoveco de su inconsciente. Y si por azar alguien trata de hacérsela notar, de seguro habrá a mano algún argumento *ad hoc* para sacudírsela

¹² También es así, desde luego, para las «novelaciones» a que me refiero en el presente estudio. No menos sus propios autores que la legiones-Vicente de quienes repiten esos tipos de aproximaciones, si discurren de *tales* maneras es porque NO toman conciencia de que aquellas son lo que son: unas racionalizaciones intelectualistas. Aun los autores como Ferrajoli (p. ej.), quienes no aceptan referirse sino a unas «críticas» debidamente moderadas a sus puntos de vista [*infra*, Ap. (Apéndice): Supl. (Suplemento) B], no hay por qué pensar que no estén plenamente convencidos de cuanto sostienen: que lo atinado sea seguir justamente el camino de tales elucidaciones *supraempírica*; y que, por eso mismo, no puede haber razón para debatir con quienes cuestionen esas iluminaciones teóricas ofrecidas al respecto.

de encima¹³, si es que acaso el impugnado tolere perder un poco de tiempo en escuchar razones al respecto. Puesto de manera gráfica: ahí la mano derecha (pensamientos A) suele no enterarse de en qué esté ocupada la mano izquierda (pensamientos B), y viceversa, ambas posadas sobre el mismo cuerpo; o bien, sucede que simplemente su dueño presupone que colocando aquella mano en su cabeza (convicciones A) está asimismo rascándose los pies (conductas B).

Las mentes de los seres humanos reales funcionan, para múltiples esferas de sus comportamientos, análogamente a como pasa cuando ellos sintonizan un aparato de radio o de televisión. Uno mismo elige, o alguien lo hace por nosotros, *cuál* «programa» de los emitidos retiene nuestra atención, entre distintos posibles, en un momento dado. Podemos ver el noticiero que se transmite en un canal o en cambio ver un partido de fútbol que se transmite en otro canal o tal vez preferir aprender cómo se preparan unas recetas de cocina que muestran en un tercero; no atendemos a esas tres cosas a la vez, en el mismo televisor (comparación: una misma mente), pues estos tres programas se transmiten a la misma hora¹⁴. Cuando se está en una cosa, no se está en otras. Claro que ello no tiene por qué, en principio, ser perjudicial para nuestra conciencia de esas distintas cosas. Antes bien puede beneficiarla, justamente por no confundirlas entre sí. Así es cómo en las ciencias, desde luego, no se habla de todo al mismo tiempo, ni siquiera en cuanto a la materia de una misma disciplina. Es indispensable empezar por examinar una por una, separadamente (divisiones

¹³ Por supuesto, esos argumentos *ad hoc* están muy lejos de tener la consistencia racional de las razones *ad hoc* presentadas para mantener en pie, llegado el caso, unos paradigmas científicos en las ciencias naturales (para la discusión sobre esto último, cf. los conocidos estudios de Lakatos y de Feyerabend).

¹⁴ Esta imagen presupone, desde luego, aparatos de televisión tradicionales y donde no hay más que uno disponible en el mismo sitio.

del trabajo), distintas cuestiones; sin perjuicio de poder señalar oportunamente relaciones así comprobadas entre ellas, incluso eventualmente ciertas conclusiones de conjunto.

Todo eso es bastante obvio, o más bien parece serlo. Por supuesto que a nadie se le va a ocurrir confundir entre sí los contenidos de dos estaciones de radio diferentes, digamos una musical y otra de informativos (p. ej., creer que se está enterando de las noticias políticas del día por la audición de un concierto), ni el ortopedista va a pensar que está examinando la tibia del paciente cuando le presentan la radiografía de una costilla de esta persona. Sin embargo, hay terrenos de nuestro pensamiento en donde las cosas no se nos presentan tan sencillamente. En nuestros «canales de televisión» o «radioemisoras» *internos*, o sea, en las atenciones dispensadas por nuestra propia conciencia, se hacen presentes sectores de «sintonía» entre los cuales optamos según los momentos por los que la conciencia personal va transitando. No pocas veces la transición entre uno y otro «canal» no se nos aparece nítida, o no la vemos del todo. En eso consiste, como se sabe, el conocido fenómeno del *wishful thinking* en general (no distinguir entre el «canal»-deseos y el «canal»-realidades), también toda suerte de hipostasiamientos ideológicos y otros expedientes de autoengaño.

Asimismo para el plano de las elucidaciones teóricas, sobre todo en el marco de unas teorizaciones sobre los fenómenos sociales, las biparticiones que no se advierten como tales son no poco numerosas. Entonces no se nota la diferencia clave entre dos «sintonías» que corresponden a dos órdenes de «programas» cuyos contenidos pueden no concordar entre sí: nuestros pensamientos, como tales, y unos acontecimientos del mundo exterior. A tal indistinción contribuye poderosamente que lo uno y lo otro pueden aparecer catalogados de maneras homónimas: p. ej., «proletariado» en los textos de Marx y

«proletariado» en las conductas concretas de ciertos sectores de la población en un país dado, «justicia» en Rawls y «justicia» en la convicción de cada una de las partes de un proceso judicial. Así es cómo con frecuencia se dan tales biparticiones en las mentes de significativos grupos de académicos al desplegar su pensamiento teórico; pero no acaso para organizarlo de acuerdo con unas convenientes divisiones del trabajo intelectual y con plena conciencia de lo que estas significan como tales, sino dando lugar a *indistinciones* que resultan esencialmente confusionistas. De la bipartición operada al dejar que el intelecto se *aisle* de las realidades a las cuales supuestamente concernirían estos desarrollos discursivos no tienen conciencia quienes permanecen sumergidos en una sola «sintonía», la *inmanentemente* teórico-«novelada», acerca de los asuntos considerados.

3 Las «novelas de conceptos» teóricas

¡Nunca dejes que la realidad estropee una buena historia!

El universo mental de ciertas tramas discursivas académicas tiende a permanecer encerrado en sí mismo similarmente a como lo está el de las novelas, cada cual en cuanto a lo suyo propio: protagonistas-individuos en las novelas, protagonistas-ideas en tales teorizaciones. En este último caso, aquello en que está ocupada la mente durante el horario en que atiende a la novela-teoría (sintonía A) no llega a «tocarse» verdaderamente, no tiene cómo ni por qué interferir –al ser vistas las cosas *así*– con las vivencias, ni las propias ni las ajenas, experimentadas en el mundo-afuera (sintonía B). Las programaciones de esos dos «canales» se comportan, de hecho, como *inconmensurables*;

empero, en virtud del fenómeno de bipartición mental señalado, quienes siguen los desarrollos novelados de una teoría no tienen conciencia de esta inconmensurabilidad, hasta llegan a imaginarse que esa novela es un noticiario. Los discursos de tales teorizaciones se desarrollan en formas que constituyen unos autismos intelectuales, al menos en buena medida.

La trama teórica propia de cada una de esas teorizaciones consiste esencialmente en las cabriolas discursivas que allí escenifican tales o cuales protagonistas-ideas. Una vez puestos en órbita, estos se conservan esencialmente aparte del mundo empírico, como también se mantienen aparte de las tramas de otras novelas teóricas, y más que más de cuanta teoría o cuanta evidencia empírica contradigan su propia trama en todo o en parte. Quienes sostienen dichas ideas se abstienen de cotejarlas con experiencias cotidianas capaces de poner en jaque el eventual acierto de aquellas. En las tramas teóricas concebidas así, el razonamiento se desenvuelve, *mutatis mutandis*, como en el ajedrez. En este, no es cuestión de ver si hay caballos trotando en algún lado o reinas haciendo actos ceremoniales en sus palacios, solo se trata de conocer bien cómo se mueven unas piezas llamadas así («caballo», «reina») en el *tablero* que constituye el universo mental hacia el cual va dirigida *toda* la atención de los jugadores. En la Teoría del Derecho, por su parte, las «piezas» del «tablero» son unas nutridas constelaciones de juegos de conceptos presentados como «técnicos». Consisten en definiciones estipulativas, cuyos movimientos discursivos dependen sobre todo de cuáles sean las piezas escogidas por cada jugador y cómo se decida moverlas entre las casillas de ese tablero *mismo*. Los razonamientos de esas clases de discursos jurídicos se presentan como autosuficientes, de modo implícito, puesto que para aceptar sus contenidos no hace falta mirar más allá de semejante trama *en sí misma*.

Así es cómo el «estilo» dominante para los razonamientos jurídicos fundamentales, tanto en su doctrina normal como en múltiples elucidaciones «exquisitas» (bien puede llamárselas así¹⁵) de Teoría del Derecho, desarrolla los «juegos lingüísticos» de que se componen sus discursos sujetándolos a ciertas «gramáticas» propias que, si bien se mira, en definitiva los hacen funcionar al modo de unas novelas *sui generis*. Sólo que, los protagonistas de las figuraciones mentales de que se componen estas últimas no son unos seres imaginados a semejanza de los de carne y hueso. Ahí se trata, en cambio, de ciertos enjambres de conceptos propiamente dichos, cuyos encuentros y desencuentros habitan en circunvoluciones mentales de *vis* específicamente teórico-ideal. [«Cada concepto ... piensa única y exclusivamente en sí mismo [o, en todo caso, también acerca de unas “conversaciones” con sus propios congéneres en el mismo cielo]... » (Jhering)¹⁶.] Los personajes de esas novelas de conceptos son unos símbolos lingüísticos, ahí toman «vida» *propia* estos mismos. (Por ejemplo: tal como el lector de una novela o el espectador de una obra de teatro o el de una serie televisiva se autoconfinan a fijarse nada más en lo que aparece *allí* mismo, no menos autistamente funcionan los juegos de lenguaje en el tramado de la «novela» propia de los personajes-terminología en que consiste la axiomática de Ferrajoli¹⁷).

¹⁵ Cf. Haba, 2015.

¹⁶ Cita completa, *supra*: en el *motto* del presente estudio.

¹⁷ He señalado algo al respecto, muy aforísticamente apenas, en AA.VV., 2010: 324 (n. 3) y 383 (n. 38). Sólo de data muy reciente (hasta donde tengo conocimiento) se ofrece una detallada crítica *propriamente dicha* —esto es: no restringida de antemano a no «salirse» del plano mismo de esa iusnovela como tal («cielo» jurídico), sino cuestionando sus personajes-conceptos desde la perspectiva del derecho como *realidad* («tierra» jurídica)— con respecto a las concepciones de dicho autor: véase ese estudio de Salas, 2012 (sin equivalente, hasta donde yo sepa, en la literatura acerca de Ferrajoli). [Y cf. *infra*, Ap.: Supl. B.]

Es verdad que el *origen* de esas concepciones tiene que ver, en medidas mayores o menores, con aspectos de ciertos tipos de discursos con que ese teórico se ha encontrado en la vida real: ya sea en el ejercicio de actividades profesionales comunes (p. ej., las jurídicas) o profesoras, o hasta puede ser que dichas concepciones se hayan fijado como fuente inicial de inspiración en algunos giros lingüísticos de unas comunicaciones cotidianas habituales (presentes o pasadas). Por eso es que ello guarda todavía algún tinte de evocación con respecto a ciertos aspectos de unos hechos sociales discursivos. Sólo que, el teórico «novelador» abstrae tales aspectos –los elegidos por él y de la manera cómo los toma– de sus contextos *reales*. Les hace «remontar vuelo» hacia su cielo *propio*. A partir de entonces, de la manera en que esos aspectos quedan así remodelados permanecerán incólumes en su «cielo» propio, para los locutores que se sumergen en *estos* juegos de lenguaje académicos. Ya nada «exterior» a esa novela de conceptos podrá hacer mella en la validez de estos mismos ni en las tramas que los relacionan entre sí. Teorizaciones cuyos discursos se desarrollan de maneras bastante «noveladas» no escasean en el seno de las ciencias sociales en general.

En virtud de dicho origen y sobre todo por las homonimias mantenidas a partir de este, esos enunciados teóricos consiguen ser engañosos, suele pasar inadvertida su «celestialidad». Tanto más es así por cuanto los conceptos básicos manejados, ya sea unos tomados de discursos con que suelen hacerse presentes esos fenómenos mismos o de la manera en que estos sean reformulados por un autor, suelen presentarse pintados de manera lo suficientemente vaga como para que los alcances *prácticos* de tales parecidos eventuales no puedan ser aquilatados mediante tests empíricos. Por lo demás, no pocas veces se trata de enunciados que al fin de cuentas consisten en: a) ciertas

trivialidades parafraseadas en determinada jerigonza sofisticada; b) o bien, es llamar la atención sobre unas minuciosidades que, aunque sean ciertas y hayan podido pasar inadvertidas, el conocimiento de estas mismas es tan superfluo como lo sería ponerse uno a averiguar cuál es el grosor diferente de cada uno de sus cabellos para poderse peinar^{bien¹⁸}.

Claro que aun las novelas comunes no podrían ser entendidas si su lector no tuviera ciertos conocimientos elementales sobre la vida en sociedades reales, vale decir, si los personajes de aquellas no guardan *algunos* parecidos con gente del medio cotidiano en que se mueven el lector y aun con lo que este cree saber sobre otras gentes (eso que cuentan los periódicos y la televisión, lo aprendido en la escuela, etc.). Análogamente, también las tramas de iusnovelística [y muchas otras de amplia circulación académica: p. ej., las de la sistemonovelística-«autorreferencial» luhmanniana] aluden de algún modo a situaciones que se dan o pueden llegar a darse en la vida real. Pero en estas tramas, las condiciones de hecho aparecen «filtradas» —mediante determinada terminología *supraempírica*— de manera que entonces quedan fuera de consideración, o no aparecen sino confusamente, renglones muy decisivos de la realidad supuestamente mentada.

Así y todo, las novelas teoréticas dan por descontado que ellas mismas se están *refiriendo* a tales o cuales circunstancias de la realidad. Hasta pueden señalar ejemplos al respecto, efectivos o hipotéticos. Sólo que, hay dos cuestiones fundamentales que tales planteamientos no distinguen entre sí. Una cosa es

¹⁸ Cf. Jhering, 1974: 202 ss., sobre la «máquina partidora de pelos» (*Haarspaltemaschine*) en el «cielo» de los juristas. Como ejemplo paradigmático de cómo desplegar una diligencia infatigable en poner a trabajar una productivísima rebanadora-de-pelos iusteoréticos, ahora tenemos las plétoras de clasificaciones en que se entretiene Ferrajoli [véase *infra*: a la altura de la n. 27 y esa misma nota; cf. también el Supl. A del Apéndice].

entender que determinado razonamiento se *refiere* a X (aun suponiendo que exista un X real); otra, muy distinta, es saber cómo y en qué grados X mismo, el *real*, se corresponda de veras con cuanto acerca de él se señala en dicho razonamiento. La diferencia es muy sencilla, aunque no poco a menudo pasa desapercibida con respecto a aseveraciones teoréticas: hablar *de* algo llamado X no es ninguna garantía en cuanto a que las consecuencias que nuestro razonamiento extraiga de ahí se correspondan con cómo las «cosas» llamadas X funcionan en la *realidad*. Unas coincidencias entre lo uno y lo otro pueden darse... *¡o no!* Que se den o no se den, no puede saberse *a priori*, o sea, con solo acreditar que el discurso en cuestión habla *de* el asunto considerado. Sin embargo, lo más característico de las novelas de conceptos es que ahí, en *sus* «tramas», todo se desarrolla *como si* la segunda cuestión, una equivalencia entre «referirse a» y «práctica de», estuviere resuelta de antemano en sentido obviamente afirmativo. Esto es: como si bastase con *entender* las inferencias conceptuales en que consiste dicha trama, como tales, para saber asimismo cómo las cosas *suceden* en la vida real. Al menos implícitamente, esos teóricos pre-suponen que las diferencias entre lo uno y lo otro –tramas conceptuales *v.s.* realidades (eventualmente homónimas)– no existen o son excepcionales, o en todo caso que no podrían ser de naturaleza tal como para estar en condiciones de invalidar las inferencias teoréticas *inmanentes* a ese discurso.

* * *

Desde luego, el manejo de los símbolos conceptuales con base en los cuales se conforman tales o cuales discursos no tiene por qué ser engañoso necesariamente. Puede serlo o no serlo. No lo es sino cuando esos discursos se llevan adelante sin verificar cuáles sean sus correspondencias *efectivas* con las realidades

mismas, sean colectivas o individuales, a que los símbolos en cuestión se entiendan referidos. Mas no es necesario, ni viable, que tal correspondencia se ponga a prueba *cada vez* que un concepto aparece en el discurso considerado, o sea, efectuar tal examen puntualmente en todos los casos referidos y en cada uno de sus aspectos ahí señalados. Semejante minuciosidad es imposible. ¡Sería de nunca acabar! Basta que el control tenga lugar, o al menos no sea imposible o apriorísticamente descartarlo sin más, con respecto a ciertos enunciados muy decisivos de la teoría considerada; en adelante se pasará a efectuarlo nada más que cuando tales o cuales de sus aplicaciones susciten dudas. En este último caso, lo que corresponde someter a verificación empírica, por cuanto hace a la aplicación de unos conceptos específicos, es solamente aquello en que estén ancladas, al menos *prima facie*, las dudas principales¹⁹.

Demasiado a menudo pasa que no se adopta una precaución absolutamente fundamental: tomar el cuidado de *comparar* las palabras con tales o cuales realidades que están *más allá*, o sea, con unos *algo* (sean estos lo que fuere) que de alguna manera (sea cual fuere) no se agotan en el pensamiento *mismo* de esas palabras. Si tal precaución es omitida, como tan a menudo sucede en discursos de las ciencias sociales, entonces nuestra mente se confina a quedar enclaustrada, mientras cumplimos esos discursos, en unos mundos de las ideas que circulan *autónomamente*: son pensamientos acerca de *pensamientos*. Mediante tal bipartición de nuestra mente –por un lado, los desempeños profesoriales de unas novelas de conceptos prestigiosas en el mundo universitario; por el otro, las realidades cotidianas

¹⁹ Por cuanto concierne al asunto de las «pruebas» para el tipo de enunciados que en particular suelen conformar la materia específica Teoría del Derecho, he efectuado algunas observaciones básicas en Haba, 2011a: § II.2. Véase también Haba, 2014: § 2.

hipotéticamente mentadas así– «perdemos pie» con respecto al mundo circundante, salvo el que consiste específicamente en unos intercambios de mensajes académicos.

[Desde luego, es posible que los pensamientos (tipo 1) aludidos en esos pensamientos (tipo 2) teoréticos guarden a su vez unas correspondencias, sea mayores o menores, con tales o cuales realidades sociales –unos comportamientos individuales o colectivos– a que entiende referirse la disciplina en cuestión. Siendo así, bien podría decirse que al fin de cuentas aun tales pensamientos teoréticos vienen a tener cierta correspondencia –aunque sea indirecta (la mediada por aquellos pensamientos del tipo 1)– con dichas *realidades*. En efecto, también ciertos discursos del tipo 2 pueden llegar a dar cuenta, y hasta muy agudamente (inclusive más, en algunos ángulos, que los propios discursos de referencia), sobre importantes aspectos implicados en los respectivos discursos del tipo 1. Sin embargo, tal eventualidad no debiera darse por segura, y ni siquiera como lo más probable de antemano; no es cuestión de tenerla por acreditada apriorísticamente, sin más. No solo los enunciados del tipo 1, sino también o tal vez hasta todavía más las teorizaciones del tipo 2 debieran dejar bien en claro *cuáles* son sus referentes empíricos *efectivos*, los *comprobados* como tales, de que esos pensamientos consigan dar cuenta en verdad. En las novelas de conceptos (pensamientos tipo 2), esta cuestión crucial suele quedar fuera de foco. Muy difícilmente en ellas pueda hallarse considerado ninguno de los dos puntos cruciales para todo examen realista con respecto al derecho: *a)* ¿qué consecuencias *práctico*-sociales efectivas tengan los discursos jurídicos profesionales considerados (tipo 1) –preceptos oficiales de derecho positivo o dogmática jurídica aplicada en los tribunales (tipo 1)– de que tales teorizaciones (tipo 2) se ocupan?; *b)* ¿qué permiten estas teorizaciones iluminar a *ese* respecto (¡realidad jurídica!) que no

sea de por sí evidente (o hasta obvio) con conocer nada más aquellos discursos profesionales tal como son entendidos y manejados por sus propios locutores habituales?]

No quiere decir que esos teóricos nieguen a texto expreso la pertinencia de cotejar sus ideas con algunos hechos reales. Aquellos no impugnan de manera abierta los métodos de comprobación conocidos en las ciencias sociales; tampoco proponen otros medios alternativos de testabilidad. Se contentan con simplemente apartar la vista de eso. En todo caso, no suelen efectuar tales comparaciones —ideas *vs.* realidades— ellos mismos, o no lo hacen mediante exámenes verificables *intersubjetivamente* por medios de control acreditados en las ciencias sociales empíricas, y menos que menos aceptan poner sobre la mesa de examen las posibles «falsaciones» señaladas por quienes contradigan dichas ideas. (El arma más eficaz para asegurar siempre la autosatisfacción de quienes «sintonizan» determinada novela de conceptos teóricos es, sobre todo, no sintonizar ningún otro «canal», ni teórico ni práctico, capaz de interferir con la trama propia, al menos mientras se desempeñan las discursividades académicas correspondientes).

Claro está, hay diferencias entre los autores en cuanto al respectivo grado de «novelismo» de sus teorías, o aun entre enunciados de un mismo autor: por ejemplo, buena parte de elucidaciones como las de Alexy u otros autores de la teoría «estándar»²⁰ acerca de la argumentación jurídica no guardan una distancia tan sideral como la axiomática de Ferrajoli frente a los razonamientos con que se lleva a cabo la actividad jurídica profesional en la práctica²¹. Pero esto no quita que de todas

²⁰ Cf. el debate que al respecto ofrece AA.VV., 2010; y publicado aparte, pero formando parte de ese mismo debate, *vid.* también Haba, 2011a. Más amplio: AA.VV., 2014.

²¹ Sobre la inocuidad general que tienen las formulaciones de lógica deóntica,

maneras, sean cuales fueren las diferencias particulares entre unas y otras de esas teorizaciones, los asuntos principales de que se ocupan estas (como aparecen planteados allí mismo) no es qué pasa en el mundo-afuera, sino qué se *diga* en el interior mismo (*i.e.*, la propia palabra de los propios teóricos considerados) del respectivo mundo-novela. En todo caso, se considera suficiente la existencia de la similitud *lingüística* entre los nombres de los personajes-conceptos de la trama novelada (p. ej., «racional» o «razonable») y una terminología usada en ciertos discursos de la vida real (p. ej., en la fundamentación de sentencias judiciales), para que no haya por qué poner en duda la validez *sin más* de aquellos.

Tal vez se dirá que exagero en cuanto a eso del «cielo»/«autismo», puesto que, podría argüirse, no es verdad que tales novelaciones sean tan independientes de cuanto vaya ocurriendo en el mundo «exterior». En construcciones de la dogmática jurídica, por ejemplo, los principios que se establecen en sus teorías pueden ser relacionados con situaciones de la vida real. Así, en los tribunales se considera si tal o cual principio jurídico corresponde entender que abarca o no abarca ciertas situaciones de hecho; según cuál sea la respuesta al respecto, de ahí se extraen o no unas consecuencias que van a repercutir en el plano fáctico también (ejecución de sentencias, absoluciones), mediante lo cual se contribuye a producir algunos efectos que por cierto son «exteriores» a la teoría manejada pero co-determinados por ella misma. También, ya en el plano académico, difícilmente haya algún teórico que no sea capaz de indicar unos ejemplos de la vida real, ya sea de actuaciones en los tribunales o afuera de estos, que correspondan a las características por él señaladas para los personajes-conceptos y sus tramas discursivas, tal como

no solo para manejar sino de por sí para entender las dinámicas reales del pensamiento jurídico, véase Haba, 1996 (o alguna de sus versiones posteriores).

estos aparecen delineados en sus enunciados teóricos. Y demos por descontado, incluso, que tales ejemplos se corresponden verdaderamente con los respectivos contenidos semánticos de esos enunciados, ya sea porque estos son bastante precisos al respecto o porque en todo caso aquello cabe dentro de la propia «aureola» de vaguedad del concepto invocado (hasta para formulaciones tan máximamente abstractas como los esquemas lógico-deónticos es dable señalar significados que se les adapten en los discursos jurídicos reales).

Ahora bien, el punto clave del paralelo efectuado entre las teorizaciones «celestiales» y las novelas reside en esta cuestión decisiva: la inmunidad que, tanto unas como otras, exhiben en cuanto a que su *propia* «trama» no es cuestionable por cuanto pase en el «exterior», afuera de ellas mismas. Es posible, sí, que entre tales tramas teóricas existan unas que inspiren, en alguna medida, ciertos pensamientos en la psique de protagonistas de la vida real; así, en las de algunos jueces para fundamentar sus sentencias (como también los modelos de conducta mostrados en telenovelas inspiran imitaciones en la gente); o bien, simplemente pasa que aquellas tramas guarden similitudes con aspectos de la realidad tenidos en cuenta originariamente al elaborarlas y que estos se mantengan todavía en pie, más o menos. Sin embargo, aun en tales casos, la validez de esa trama *en sí misma* no se hace depender de que los acontecimientos «externos» aludidos así, u otros del mundo real, puedan eventualmente ser verificados mediante comprobaciones efectivas. Antes bien, se piensa a la inversa: se pregunta si tales o cuales hechos «encajan» en la novelación conceptual apriorística, mas sin hacer depender la *validez* de esta misma de sus consecuencias *prácticas* efectivas al respecto (a diferencia de si el razonamiento jurídico es manejado, a plena conciencia, como una tecnología *social*: *infra*, § 5). Por lo demás, las eventuales similitudes entre los razonamientos

jurídicos reales y dicha trama pueden ser todo lo vagas o unilaterales que el autor tenga a bien diseñar al caracterizar a sus axiomáticos protagonistas-conceptos.

[*Anotación.*— Al poner de manifiesto ese carácter como «novelado» que tienen tales discursos jurídicos, en modo alguno me adhiero a lo que señala Dworkin utilizando esa misma palabra: «novela». Muy lejos de mis planteamientos nada que pueda parecerse a la dirección ficcionalizante seguida por dicho autor, tampoco en cuanto a que los razonamientos de los jueces hacen efectivo lo que él llama «principio de *unidad* en el derecho»; es en esto último, según él, donde reside la similitud sustancial con una «novela en cadena». El recurso a la imagen «novela» tal como ello es utilizado por mí, en cambio, va dirigida a hacer conciencia ni más ni menos que en sentido diametralmente contrario —pensamiento empírico de los juristas *reales* normales y consecuencias *prácticas* efectivas!— a cómo discurre la *storytelling* popularizada por dicho autor²².]

4 Las iusnovelaciones se autoconfinan, de hecho, a desplegar unas elucidaciones esencialmente semánticas (estas hacen abstracción de las dimensiones discursivo-pragmáticas – si es que las hay– de las tramas conceptuales presentadas así)

En los desarrollos que presentan los estudios consistentes en unas teorizaciones noveladas, todo o casi todo se reduce a delimitar *semánticamente* ciertos conceptos y a elucidar unas

²² Para el examen crítico de los simplistas planteamientos de ese jurista, *vid.* Haba, 2001/2009: esp. § 5 (sobre lo de «novela»; allí se encuentran también las referencias con respecto a las palabras de dicho autor transcritas arriba). En cuanto al carácter de «storytelling» en las novelas de conceptos de Teoría del Derecho, *infra*: § 4.

posibles relaciones *semánticas* entre estos mismos. Esas ideas se auto-legitiman, pues son manejadas de modo tal que ahí basta, para los ojos de quien se sumerge en ellas, con desarrollar discursivamente su propia «lógica» interna (semántica), antes y por sobre cualquier otra cosa. Así es cómo muchos razonamientos jurídicos se conforman con concentrar la atención en:

«... aquel paraíso de los juristas ... donde ... el jurista, con el documento en cuestión delante suyo, puede, sentado en su mesa, inspeccionar el texto [semántica] y responder a todas las cuestiones *sin levantar los ojos*» (L. O. Thayer)²³.

En la Teoría del Derecho suelen darse unos entreveros de planos –novelas ejemplares/realidades prosaicas– como aquellos que, *mutatis mutandis*, tan bien ilustra el filme de Woody Allen: *The Purple Rose of Cairo*. Sólo que, en esta película queda bien a la vista dónde está ubicado el linde exacto entre ambos mundos, por más que algunos personajes logren traspasarlo ocasionalmente para pasar de su mundo propio al de enfrente. En cambio, las novelaciones doctrinarias jurídicas consisten justamente en esconder la existencia de su linde *proprio*, este no es reconocido ahí como *tal*: no se percibe la existencia de una frontera entre el «adentro» de cada una de esas teorizaciones, sus tramas semánticas *propias*, y el «afuera» en que consisten las conductas (intelectuales-materiales) de los operadores profesionales *reales* en los tribunales de justicia *reales*, tanto si llegan como si no llegan a ser invocadas ocasionalmente ahí algunas de tales figuras semánticas por esos operadores. La precomprensión más fundamental sobre la cual se asientan tales

²³ Citado por Frank, 1951: 202, n. 19. Si bien tal observación, efectuada originariamente en 1898, se refiere al modo de razonamiento de juristas corrientes, también calza, ¡y hasta con mayor razón todavía!, para las novelaciones que se difunden como Teoría del Derecho.

teorizaciones es que: conociendo bien ciertas maneras de hablar (unos «cielos» teórico-doctrinarios) = conocemos asimismo bastante bien los modos de actuar de quienes son o deberían ser los locutores correspondientes en la vida práctica (conductas efectivas en los tribunales).

Si no se tratara ahí de unas novelas de conceptos, habría que mirar concomitantemente –¡y mucho!– hacia afuera («levantar los ojos») de esa trama discursiva autonomizada. En efecto, una cosa es preguntarse qué inferencias *semánticas* se pueden o no se pueden extraer de determinado concepto y de sus eventuales relaciones intelectivas con otros conceptos del mismo género: para eso, uno puede quedarse en el plano de unas novelas «técnicas» aprendidas al cursar la Licenciatura de Derecho, hasta puede llegar a entretenerse (si es de su gusto) en jugar a los dibujos estenográficos de lógica deóntica. Asunto bastante diferente, en cambio, es examinar cómo los conceptos considerados (sea o no sea que se los presente encapuchados mediante dichos dibujos) funcionan *en las prácticas sociales*, si acaso son aplicados para ordenar –impedir o favorecer– conductas humanas «en la tierra». Esto último, la *pragmática* discursiva de esos juegos de lenguaje, no es algo así como un reflejo, ni mucho menos, de las novelas tejidas por las iusdogmáticas que fuere. En esa pragmática entran a jugar los elementos decisivos de los cuales la novela aparta simplemente la vista: conflictos de interpretaciones y sesgos mentales de los jueces, condiciones materiales de los procesos de resolución (tiempo disponible para dedicar realmente a cada uno de ellos, condicionamientos burocráticos, etc.), presiones sociales y demás.

Para elucidar una iusnovela-de-conceptos, en cuanto tal (semántica), basta con ocuparse de cierta trama de *law in books*. En cambio, para conocer unas u otras prácticas sociales (pragmática) subsumibles bajo el término «derecho», no es capaz

de suministrar sino algunas «pistas» de orientación primaria, apenas inicial, saber qué *dicen* o no dicen —aun suponiendo que no haya conflictos de interpretación al respecto, y a pesar de que tampoco estos son raros— las ideas de la «novela» considerada. Para todo jurista realista, sobre todo se trata de ver qué pasa con tales ideas una vez que acaso consigan poner algún pie en «la tierra» (Jhering), *law in action* (R. Pound), unos «fuera-del-texto» (R. Debray). Esto otro exige volver la vista hacia *afuera* de las tapas de la novela. Como portan igual etiqueta lingüística de identificación, *derecho*, tanto cualquier construcción semántica de «*law in books*» como la pragmática lingüística en que consisten las respectivas «*law in action*», el teorizador novelante de cualquiera de las primeras da por pre-supuesto, sin más, que mediante lo elucidado por él mismo (y sus colegas afines) como trama de sus «books», de *tales* maneras está describiendo asimismo lo que acontezca homónimamente «*in action*».

En la Teoría del Derecho, los estudios que se ocupan principalmente de elucidar unas novelas de ius-semántica o de ius-sintáctica no son solo los juegos de formulitas de lógica deóntica (el caso más extremo), sino que ahí están también las teorías idealistas («estándar») de la argumentación, la semiótica «relatista» y múltiples otros pedantismos semiológicos, los ejercicios en adjudicar nomenclaturas «sistémicas» y otras variedades. Ello abarca gran variedad de elucidaciones paraescolásticas, bajo lemas de atención como por ejemplo: entretenerse en discernir unas supraempíricas fórmulas de «derogación» o «derrotabilidad» y de «permisos» o de «deberes»/«obligación», invocaciones a tales o cuales juegos de fórmulas vacías bautizadas «*Richtigkeit*» («pretensión de corrección»), caracterizaciones estipulativas (pero presentadas, así sea implícitamente, como definiciones reales) de qué sea la «racionalidad» o lo «razonable», infinitas discusiones sobre los alcances de la etiqueta «positivismo»

jurídico, minuciosos ejercicios de distinciones entre «principios» y «reglas»... más un bien nutrido etcétera. Al concentrarse en *tal* repertorio, el resultado es justamente ese que he señalado: estas aproximaciones tratan sobre todo acerca de cuestiones *inmanentes* a ellas mismas («cielo»), unas elucidaciones *auto-semánticas*, sean cuales fueren por lo demás sus eventuales parecidos –y aun allí donde algunos de estos no son demasiado vagos– con fenómenos del mundo social real que pueden acaso ser denominados también así.

No faltan debates entre los seguidores de esas teorizaciones. ¡Y se los toman muy serio, por cierto! [«–Pero en vuestro cielo no debería haber disputas. // «–¡Iluso que eres! Las disputas son el verdadero condimento de la ciencia. Sin ellas, nuestro cielo sería insoportablemente aburrido»²⁴.] Las discusiones entre ellos versan principalmente sobre detalles de los propios personajes-conceptos así novelados y de sus tramas *ahí*; o sea, son disquisiciones cuyo contenido es de orden esencialmente *semántico-definitorio*. Al fin de cuentas consisten en promocionar ciertas preferencias lingüísticas de cada autor o grupo de autores embarcados en tales controversias, sobre si respectivamente les gusta más usar unas u otras *convenciones* de significados para los términos en examen. Pero ellos tratan sus desacuerdos al respecto como si esos fueran unos asuntos de verdadero-o-falso, disputan sobre algo así como cuál sea la definición *real* del concepto examinado²⁵. En cambio, las razones «vivientes» de los operadores jurídicos y los motivos «vivientes» de estos mismos

²⁴ Jhering, 1974: 316.

²⁵ Ejemplo singularmente notorio: el uso de definiciones «reales» en las teorizaciones de Ferrajoli [*vid.* Salas, 2012: § III.(4)]. – Sobre esa confusionista clase de definiciones, cf. Haba, 2012, sec. B.II.7.b (y véase la literatura allí mencionada: esp. el cap. VI del fundamental estudio de R. Robinson, *Definition*, Oxford, 1954). Tales enfoques son no menos abundantes en estudios de Teoría del Derecho que en la dogmática jurídica profesional corriente.

para *decidirse* entre unas y otras posibilidades interpretativas, eso no es llamado a estas citas doctrinarias.

Dos ejemplos –

Un ejemplo clásico: compárese los malabares del personaje-Justicia en la conocida novela teórica *A Theory of Justice* (Rawls) con las comprobaciones en cuanto a las funciones reales de ese comodín lingüístico en las comunicaciones sociales efectivas (en cuanto a esto último véase, p. ej., los conocidos estudios de Perelman y de Kelsen). [Para un análisis fuera-de-«novela» sobre lo de Rawls, *vid. mi* 2009.]

Y un ejemplo del montón: véase las discrepancias, entre tres autores (*Doxa*, núm. 33-2010: 283-317), acerca de qué rasgos faciales (notas conceptuales) corresponda asignarle a el o los personaje teóricos dignos de portar el título de iusnobleza: «permiso» –en relación también con ciertos personajes vecinos: «no prohibición», «obligación», «discrecionalidad», etc.–. Tales discrepancias consisten, al fin de cuentas, en verbalizaciones de los respectivos gustos que tienen esos autores (y otros) para fijar las definiciones *estipulativas* que mejor les simpatice establecerle a dichos personajes-conceptos. Y si bien todas estas definiciones son no menos aprioristas las unas que las otras, empero ahí tales *convenciones* lingüísticas, las preferidas por cada autor, se discuten como si fuera cuestión de desentrañar una definición *real* (esencialismo, naturalismo lingüístico) para cada uno de dichos términos.

* * *

No sé si venga a argüirse que, como los discursos jurídicos son específicamente de carácter *normativo*, no hay por qué condicionar la aceptabilidad de sus razonamientos a cómo sean las eventuales aplicaciones prácticas de estos, que por

supuesto son contingentes. Vale decir: por el carácter *proprio* de esos discursos, su validez sería eminentemente lógico-*semántica* – aun aceptando que unos hechos pueden verse, ¡derivadamente!, como «encarnación» de tales o cuales tramas típicas de estos conceptos jurídicos, si aquellos se llegan a dar–. Es en virtud de ese *enclaustramiento* semántico justamente, férreamente reduccionista²⁶, por lo que digo que ahí estamos ante algo así como unas novelaciones de la materia.

Pues sí, esas teorizaciones son como «novelas», mas no simplemente porque están basadas en conceptos, ni porque estos tienen necesariamente un contenido semántico (¿cómo podría no ser así?), sino por la *manera* en que allí son empleados dichos conceptos: el emplazamiento *extra-pragmático* de sus «tramas». Es obvio que todo razonamiento, ya tenga o no tenga que ver con cuestiones de derecho, necesita ser delineado mediante unos conceptos. Pero, a diferencia de muchos otros conceptos de las más variadas esferas, los conceptos invocados como protagonistas en las teorizaciones iusnovelescas se tienen por válidos *en sí y por sí*, sean cuales fueren las consecuencias

²⁶ Sobre el carácter esencialmente *reduccionista* de la llamada Teoría «estándar» de la Argumentación jurídica me he explicado en otro sitio [cf. Haba, 2011a, §§ II.4 y IV; también en AA.VV., 2014, 261 ss. y 306 ss.]; véase también, con respecto a esa Teoría en particular, la precisión que efectúo más abajo, a la altura de la n. 57. Mas tampoco he dejado de agregar, con respecto a dicha Teoría, la siguiente precisión: «... aquí se reconoce que esa corriente doctrinaria, a pesar de ser esencialmente reduccionista y no poco disimuladora, contiene también importantes exámenes en donde se llama la atención sobre ciertos aspectos de superficie de la discursividad jurídica que bien merecen ser tomados en cuenta. De ahí que la TEA (Teoría Estándar de la Argumentación) venga a constituir un “mal menor” para el pensamiento jurídico, No solo lo es en comparación con la dogmática jurídica profesional corriente, sino también frente a la mayor parte de cuanto en los últimos tiempos se viene publicando para la disciplina Teoría del Derecho» [Haba 2010e, en su Resumen inicial; véase, en ese mismo estudio, esp. los puntos 2.5(a), 2,5(b) y 3.1]. – Tal reduccionismo es tanto más agudo cuanto más «celestial» sea la novelación teórica en cuestión: p. ej., lo es mucho más radicalmente en las axiomatizaciones de Ferrajoli que en tales o cuales estudios de otros autores sustentadores de dicha Teoría.

prácticas que *en la realidad* se vayan a seguir de los razonamientos así contruidos, como también si no se sigue ninguna en los hechos. Fue justamente por eso mismo, la ajenidad de tales juegos de conceptos con respecto a los problemas prácticos del derecho, por lo cual Jhering acuñó para ellos la denominación *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudencia de conceptos). Y no omitió dejar asimismo bien aclarado que:

Pensar jurídicamente equivale a pensar en conceptos, y en ese sentido toda jurisprudencia es jurisprudencia de conceptos, empezando con la romana. El aditamento, en sí, es superfluo. Si yo, no obstante, lo añado, es para calificar aquella desviación de la jurisprudencia de hoy que, sin prestar atención a la finalidad última, que es la práctica, ni a las condiciones de aplicabilidad del derecho, ve en él tan solo un objeto en el que puede ejercitarse el *pensamiento lógico, librado a sí mismo y que lleva en sí su propio atractivo y su propia finalidad*: una arena para las evoluciones lógicas, para la *gimnasia* del espíritu, en la que se llevará la palma quien revele el mayor virtuosismo [ej. paradigmático actual, la “gimnástica” de Ferrajoli]. (...) Lo cierto es que la teoría va perdiendo cada vez más de vista la *vida práctica*. Se comporta como si el derecho existiera *para aquella* [la teoría *en sí misma!*], como si fuera un objeto muy a propósito para hacer ejercicios de lógica [como asimismo de pseudológica] o un circo para practicar piruetas y acrobacias dialécticas»²⁷.

Ningún concepto es ni verdadero ni falso, por sí solo, pero verdaderas o falsas pueden ser las aseveraciones efectuadas mediante unos u otros conceptos. Lo de verdadero-o-falso viene determinado por qué pase *más allá* de lo meramente semántico: depende de qué relaciones llegue a tener, si es que las tiene, el fenómeno lingüístico en cuestión con las condiciones *pragmáticas* de su realización posible en el mundo real. En efecto, aunque un pensamiento sea coherente (consigo mismo), no se

²⁷ Jhering, 1974: 367 s. y 376, con curs. añadidas aquí. Para un amplio y multilateral examen sobre la corriente llamada *Begriffsjurisprudenz*, vid. AA.VV., 1976.

sigue que todo o parte de su contenido sea asimismo *real*. Esto último puede darse o no darse, depende de factores que son *externos* frente a ese pensamiento en sí mismo. [La observación siguiente, si bien fue escrita a propósito de cuestiones que no son la examinada aquí, es aplicable asimismo en cuanto al vicio básico de las novelas de conceptos teóricas en general: «... sus razonamientos internos son coherentes, pero pretende demostrarse a sí mismo, lo cual es imposible y contradice el segundo teorema de Gödel que demuestra que “ningún sistema coherente (coherente significa aquí no autocontradictorio) se puede usar para demostrarse a sí mismo. Coherente es, pero también parcialmente irrealista” (Vincent de Gaujelac)»²⁸.]

Es sabido, aun cuando demasiado a menudo se pierde de vista hasta en discursos teóricos singularmente minuciosos, que la «intensión» semántica (*intentio*: traducción con «s») de un enunciado no implica que su contenido posea asimismo «extensión» (*extentio*) pragmática –i.e., unos candidatos positivos efectivos– en el mundo real [ej. clásico, la idea de «sirena»]. Más aún: inclusive si el enunciado posee efectivamente alguna extensión, de su *intentio* no se desprende *cuál* sea verdaderamente la cifra de esos candidatos positivos en la práctica. En las novelas corrientes, la extensión (realidad) de los acontecimientos allí narrados suele ser nula, o en todo caso esa presentación de ellos es poco fiel con respecto a unos sucesos reales que guarden *algún* parecido con lo relatado así. En las novelas de conceptos presentadas como Teoría del Derecho pasa algo por el estilo: su semántica marcha por un lado, su extensión pragmática –si en alguna medida la hay– es harina de *otro* costal. De ahí que, especialmente en cuanto a los estudios de Teoría del Derecho, en estos no suele encontrarse evacuada como cuestión clave: ¿qué

²⁸ M. Henric-Coll: *Las falacias del tecno-management*, texto de internet: p. 27.

diferencia le hace, para el desempeño de la profesión jurídica *en los hechos*, conocer o no conocer los conceptos en cuestión (p. ej., no se echa de ver qué utilidad práctica pueda tener aprenderse las axiomatizaciones ni en general los detalles del tsunami de clasificaciones que despliega Ferrajoli²⁹).

En la posibilidad de someter a «tests» empíricos –niveles lingüístico-*pragmáticos*– el empleo de los conceptos teóricos a que se eche mano, llegado el caso, es donde reside la diferencia clave entre las teorías realistas y las novelas de conceptos teóricos. Al fin de cuentas, en estas últimas se trata principalmente de desplegar unas *storytelling*... [*infra*: § 4]. El autismo semántico (paranovelístico) de tales discursos, el inmanentismo de sus contenidos, los hace *no-falsables*. Esta imposibilidad *a priori* de ser falsados, mediante la cual se autoinmunizan, resulta sobre todo de los amplios rangos de *vaguedad* que afectan, al menos en cuanto a sus relaciones con la empiria, a todos o buena parte de los significados que se le adjudican a su terminología básica, ya sea establecidos así definitivamente o presupuestos en forma tácita. Algunos de esos términos pueden incluso llegar hasta el extremo de constituir, prácticamente, unas fórmulas vacías: la tremenda latitud de su significado permite encajar ahí, según el respectivo gusto de quien recurra a ellas, las soluciones preferidas por cada locutor teórico (p. ej., la «pretensión de *corrección*» en Alexy).

A diferencia del empleo de muchos otros conceptos en las más variadas esferas, ya sea científicos o hasta en partes del conocimiento vulgar, los ejercicios discursivos teórico-«novelados» se desenvuelven quedando sujetos esencialmente a ingenuidades comunes del *verbalismo*, esto es, son concepciones

²⁹ Véase las observaciones que sobre esa abrumadora red de clasificaciones (con sus respectivas subclasificaciones, subsubclasificaciones, subsubsub...) presenta Salas, 2012: § III.(2).

basadas en tomar las propiedades de unas *palabras* como si fueran propiedades de las *cosas* mismas aludidas (supuestamente) así. En la Teoría del Derecho, constituyen ejemplos paradigmáticos de «novelismo» iuscelestial las aproximaciones pregonadas por autores muy renombrados en la actualidad: por ejemplo, la «justicia» según Rawls³⁰. En la teoría social es el caso, por ejemplo, de estudios basados en las teorías de «sistemas» de tipo Luhmann³¹. [Sobre el carácter profundamente engañoso —«novelador», digo ahora— que tiene el uso de la noción «sistema» en las ciencias sociales en general, como también en el pensamiento jurídico, me he explicado en otros sitios³².]

Para cuanto concierne de modo especial a los discursos jurídicos, debiera bastar y sobrar con la observación siguiente:

«Hay algo que me llamaba mucho la atención cuando era estudiante de Derecho: dos artículos de un Código resultaban estar en contradicción, y el comentarista procuraba explicar esos artículos; forzar de una manera violentísima el sentido de los términos e inventar *sistemas* diferentes para explicar la contradicción... el único “sistema” que no se le ocurría nunca, era sencillamente que el legislador se hubiera contradicho; esa hipótesis no cabía: habíase él puesto en un estado de espíritu tan especial [de “novelación” sistémica, diría yo]...»³³.

* * *

La mayor parte del «conocimiento» que aportan las elucidaciones en términos de personajes-conceptos novelados consiste, al fin de cuentas, ante todo y sobre todo en conocer

³⁰ Cf. Haba, 2009.

³¹ También con respecto a Luhmann es aplicable, en muy buena medida, la concluyente observación de Sorokin (*infra*: cita ubicada inmediatamente después de la n. 35). [Y cf. *infra*, Ap.: Supl. A..]

³² Véase los trabajos que señalo más abajo. en el Ap.: Supl. A *in fine*.

³³ Vaz Ferreira, 1963a: 70 (curs. añadidas).

los *proprios* apriorismos decretados (o recogidos) por el autor de marras. Vale decir: *ese* «conocimiento» = *auto*-conocimiento; son monólogos compartidos en el interior de unos universos teóricos intracirculares, sustentados por mor a desplegar ciertas terminologías escapistas. A menudo la «originalidad» principal de esos discursos reside en señalar que tales o cuales órdenes de fenómenos sociales o unos *topoi* de la argumentación jurídica, lo cual por lo general era ya bastante conocido en sí mismo, son cuestiones que ahora pueden ser *llamadas* de cierta otra manera: una que resulta llamativamente atractiva, sobre todo por ser novedosa lingüísticamente, para determinados círculos académicos. Tal «descubrimiento» se impone entonces como terminología disfrutada por quienes prefieren concentrarse en *algunos* aspectos (no pocas veces son los menos decisivos en la práctica) de esos asuntos, por presentarse ahora rebautizados mediante una jerigonza especial promocionada como más «técnica». Ello viene a desembocar principalmente en desplegar ciertas habilidades lingüísticas para resolver unos rompecabezas de etiquetados terminológicos, aquellos que gusten ser contruidos mediante los llamativos protagonistas-conceptos de la novela teórica así desplegada.

Las más de las veces, no resulta que con ello se logre mucho más que gastar ingenio en multiplicar unas singulares *cuestiones de palabras*³⁴, por lo general es entretenerse en desplegar tal o cual entre las múltiples «rebanadoras de pelos» (Jhering)³⁵ pergeñadas en la materia Teoría del Derecho. La cuestión esencial, para desempeñar esos juegos de etiquetados, no es indagar qué haya pasado acaso inadvertido de los *hechos*, sean estos discursivos o propiamente fácticos, importantes para decidir cuestiones *vitales*

³⁴ Cf. Vaz Ferreira, 1963b: cap. «Cuestiones de palabras y cuestiones de hechos».

³⁵ *Supra*: n. 16.

de una materia empírica determinada –sus discursos eficaces o acontecimientos conductuales–, sino saber qué «nombrecitos», entre los establecidos por la teoría considerada, corresponda ponerle a lo que fuere (p. ej., mediante una jerga de «sistemas»³⁶ o una «relatista»³⁷):

«¿Quizá ofrecen esos sistemas [u otras concepciones teórico-«novelísticas»] uniformidades empíricas recién descubiertas o correlaciones de variables empíricas causal-probables, o una serie de hechos empíricos de naturaleza muy importante o una notable interpretación de datos empíricos [o acaso ciertas nuevas pautas normativas precisas que resulten más ventajosas como tecnología social jurídica: *infra*, § 5]? ¡Ay! No ofrecen conocimiento alguno de esta clase [ni de tecnología social jurídica], por la sencilla razón de que *casi no tienen material empírico* [o bien, este es simplemente *trivial* en sí mismo, o la referencia a él es demasiada vaga para poder ser individualizado, ni en modo alguno es “testable” mediante métodos de conocimiento científicamente intersubjetivos]. Intentando ser sometidas a prueba empíricamente, las teorías [de esos tipos] se mueven en un reino *metaempírico* de abstracciones que raramente tocan la región empírica prosaica. Desde el punto de vista de la exploración empírica y de hallar hechos [o aun como técnica social normativa], no añaden nada nuevo a nuestro conocimiento de los hechos *y relaciones* psicosociales [ni en cuanto a las posibilidades de *eficacia* normativa para organizar una ordenación jurídica como tecnología social]» (Sorokin, 1964: 403 s., con énfasis añadidos aquí).

En los razonamientos de los juristas profesionales comunes (jueces, abogados) y en la dogmática jurídica habitual, tales novelaciones suelen basarse especialmente en unos u otros ítems de lo que he llamado «Síndrome normativista»³⁸; p. ej., las elucidaciones sobre la «*naturaleza* jurídica» de un instituto de derecho (así la de cierto tipo de contratos o el «contenido *esencial*»

³⁶ Cf. *infra*, Ap.: Supl. A..

³⁷ Cf. Haba, 2001/2009: § 5.

³⁸ *Vid.* Haba, 2010c: § 3 (334 ss.). Más amplio, 2006: Sec. C.II.3 (esp. 262-263) [o 2012: Sec. E.I.3 (esp. 578 s.)].

de un derecho fundamental)³⁹ son paradigmas de razonamiento frecuentemente empleados en aquella. Por el otro lado, en la Teoría del Derecho específicamente, constituyen ejemplos paradigmáticos de «novelismo» las aproximaciones pregonadas por autores muy renombrados en la actualidad, como los ya mencionados aquí y en general los de la gran corriente que he denominado *Heilige (Rede-)Familie* [una «Santa (charla-)Familia»]⁴⁰, con sus numerosos seguidores y análogos.

Por supuesto, cada teórico es libre de encarar, si le parece, las cosas de esa manera; vale decir, ocuparse *únicamente* (o, en todo caso, muy principalmente) de la semántica —o aun solo de ciertas relaciones sintácticas— con respecto a tales o cuales especies de discursos jurídicos, ya sean reales o supuestos. *À chacun son goût !* No se ve quién ni en virtud de qué querría privarles de ejercitarse en ese gusto. Este constituye un tipo de desempeños discursivos que bien cabe, sin lugar a dudas, en el

³⁹ *Vid.* Haba, 2006: Sec. C.I.5 (esp. 207 ss.: «Esencias jurídicas») [o 2012: Sec. D.II.4-5 (esp. 453-457)]. De manera mucho más detallada ello se examina en Haba, 2012, t. III: Tema 8.

⁴⁰ *Vid.* Haba, 2007. Más detalles al respecto se encuentran en mis estudios particularizados sobre: Rawls [RTFD (www.rtfed.es), 12-2009: 223-267], Habermas [*Sistema* 137, marzo 1997, 109-125 (esp. 116 ss.; observaciones recogidas en mi 2010b, cap. V.6)], Dworkin [mi 2001/2009], Alexy [*Doxa*, 21,1998 (I): 147-170; forma parte, en versión revisada y ampliada, de 2015, cap. VII]. Dentro de esa gran orientación básica («cielo» [*supra*: a la altura de las nn. 2 y 3], sus variadas colecciones de *storytelling* [*infra*: § 4]), en los últimos tiempos ha cobrado especial notoriedad, en Italia, España y Latinoamérica, la obra de L. Ferrajoli [cf. *infra*, Ap.: Supl. B]. Para no dejar de nombrar también alguno de los autores bien representativos de ello en la producción de Teoría del Derecho escrita directamente en lengua española, puede señalarse, p. ej., al destacado profesor argentino E. Bulygin [a una teorización de este mismo se refiere el segundo de los «Dos ejemplos» indicados en el § 3 [allí la digresión que lleva ese título]; y es muy renombrado su libro en colaboración con C. E. Alchourrón (*Sistemas normativos*), donde la realidad social en general y la jurídica en particular se enfocan mediante una «Metodología» que las *pre*-supone susceptibles de ser comprendidas, y acaso hasta manejadas («storytelling»), al tenor de unos *sistemas* («cielo») de pensamiento lógico-formales].

seno de las variadas posibilidades «gramaticales» sustentadas por las familias de juegos de lenguaje asignados al término *derecho*.

Mas esa no es, importa subrayarlo, la *única* posibilidad disponible para razonar jurídicamente. Por parte de las orientaciones realistas (muy minoritarias) en Teoría del Derecho, si bien también ellas no dejan de atender a cuestiones semánticas delimitadoras que los discursos jurídicos conllevan en sí mismos, ahí estas cuestiones se examinan con la vista puesta sobre todo en aquilatar su trascendencia –¡o no!– a los niveles pragmáticos de ese mismo lenguaje, esto es, sus repercusiones sociales *efectivas*: tanto por cuanto hace a las conductas lingüísticas de sus operadores profesionales (jueces, administración y demás), como también a los efectos reales que estos desempeños lingüísticos desencadenan sobre sus destinatarios normales (los sujetos de derecho afectados, ya sea positiva o negativamente, por dichos desempeños). Esto es, el rendimiento de los razonamientos jurídicos como una *tecnología social* [*infra*: § 5].

5 Excurso: carácter parateologal de esas «storytelling» (y el metodologismo como tentación)

—Los conceptos que aquí tú ves, son, y con eso está todo dicho. Lo único que tiene que hacer con respecto a ellos un espíritu pensante, es entregarse a ellos por completo y bucear en lo más hondo de su esencia para sacar a relucir y dar a conocer toda la riqueza de contenido que un concepto encierra. Lo que produzca por esa vía es verdad y tiene, como toda verdad, derecho a la validez absoluta.

—En vuestro cielo, podrá ser. Pero en la Tierra...

—¡No me vengas con tu Tierra!⁴¹

⁴¹ · Jhering, 1974: 323.

Si bien se mira, dichas novelaciones intelectualistas se corresponden con unas «lógicas» que son comunes en el pensamiento sobre lo político-social, la postulación ahí de tales o cuales *storytelling*:

«Según nos cuenta Salmon, mediante el “storytelling” se intenta suplir nuestras pérdidas cotidianas con buenas historias. La gente se miente a sí misma con sus propias historias. (...) El “storytelling”, entonces, se erige en un arma de *distracción* masiva que *no* admite el estatus de *ficción* [acerca de sí misma]: “... Mientras la historia [así las novelaciones teoréticas] sigue su curso, la realidad *deja* de existir” (Paul Auster)”»⁴².

En las novelas de conceptos ofrecidas como Teoría del Derecho, sus *stories* consisten en presentar los discursos jurídicos profesionales cual si en estos fuera cuestión simplemente, o al menos principalmente (por no decir que lo sea exclusivamente), de desempeñar ciertas fórmulas de razonamiento lógico-*racionales*, o en todo caso lógico-«razonables». La *story* específica respectiva, cuya trama particular varía según cuáles sean los personajes-conceptos preferidos por cada autor y de acuerdo con las características definitorias que cada uno de estos prefiera imputarle a tales personajes, constituye un expediente de «embellecimiento» racionalista frente a cómo se elaboran los discursos jurídicos en el ejercicio normal de esta profesión y a cuáles son sus variadas consecuencias reales. A diferencia de cómo ello funciona en el pensamiento real de sus operadores profesionales corrientes (jueces, abogados, etc.), en la trama de esas *stories* iusrracionalistas quedan esfumadas las *opciones* ideológicas y las «técnico»-dogmáticas, las preferencias personales, las presiones sociales y demás.

⁴² Roig, 2008: 13 y 19, curs. añadidas; y cf. Salmon, 2008, *passim*. Por cuanto hace en especial al *storytelling* como Teoría del Derecho, *vid.* unas breves observaciones al respecto en Haba, 2010c: § 10.

Sea o no sea que tales o cuales de aquellos formalismos semánticos formen parte, incluso estos, de la gran «mezcolanza insoluble...» (Radbruch) en que consisten los razonamientos jurídicos efectivos⁴³, por lo general resulta indiferente, en la práctica, que sus operadores reales *no* estén al tanto de esas sutilezas logicistas, ni cuáles sean las denominaciones «técnicas» que para ello gusten pergeñar esos teorizadores meta-dogmáticos. Indiferente, digo, pues cualquiera de las contradictorias alternativas sustanciales que a estos respectos se presentan en la práctica suele ser igualmente conciliable con aquellos formulismos semánticos, ya sea con unos o con otros. Por sí mismos, semejantes formulismos *no deciden* nada, o casi nada; de hecho permiten justificar las conclusiones jurídicas más contradictorias unas frente a otras, al menos tratándose de las invocadas en una cuestión jurídica controvertida en la práctica. Si es que, por acaso, el operador jurídico está enterado y quiere tomar en cuenta alguno(s) de tales formulismos, difícilmente le «ate las manos» para optar entre diferentes *topoi* jurídicos invocables para la situación considerada, o entre distintas interpretaciones posibles (si las hay) de cierto *topos* allí aplicable. La verdadera cuestión, saber por qué es en realidad que ahí el operador elige uno u otro de esos *topoi* o por qué optó por determinada interpretación (no otras posibles): justamente de *eso*, lo más decisivo, los formulismos racionalistas apartan la vista.

Para esos relatos racionalistas no cuenta, o en todo caso no se ve allí en qué pueda afectar a sus tramas propias así tejidas, el hecho de que la dinámica de los razonamientos jurídicos

⁴³ «La interpretación jurídica es una *mezcolanza* insoluble de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos» (Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*: § 15 *in limine* [cf. Haba, 2006: 154 (o 2012, Sec. C.IV.4: n. 131), donde se transcribe también el pasaje original en alemán].

efectivos no es reducible, ni aproximadamente, a unos «elementos *teóricos*» que puedan formar parte de aquella «mezcolanza *indisoluble...*»; y menos que menos si tales elementos consisten en reglas esencialmente formalistas, como las postuladas por algunos de los autores más prestigiosos de la materia. Creer que esto último pueda ser decisivo realmente, o entretenerse en presentarlo como si fuera así, al fin y al cabo no constituye sino otra modalidad más de *falacia intelectualista* («intellectualistic assumption»/«intellectual fallacy/ «rationalist fallacy»):

«... what may conveniently be described as the *Rationalist Fallacy* in political thinking [y análogamente en Teoría del Derecho]: namely the assumption that human beings largely act in politics [como también se piensa que es así en cuanto a la actividades jurídicas] upon rational motives and trains of *intelligent* reasoning. We in our time, alas, know what fatuous nonsense this is»⁴⁴.

En los tipos de estudios de que me ocupo aquí, dicha falacia se refiere específicamente al pensamiento jurídico profesional. Su *story* propia consiste ahí en *telling* la «cirugía estética» (C. Courtis)⁴⁵ de que los jueces discurren como si fueren unos asépticos racionadores, de modo tal que conocer ciertos órdenes de esquematizaciones semánticas sería más o menos lo mismo que enterarse acerca de *qué, por qué y cómo* ellos deciden en la realidad.

⁴⁴ Rowse, en Wallas, 1962: 1 s. Y de ahí que: «... nearly all students of politics [o de Derecho] analyse *institutions* and avoid the analysis of *man*» (Wallas, 1962: 37). Es así cómo, al final de cuentas: «... many of the more *systematic* books by American university professors are *useless*, just because the writers deal whit *abstract men*, formed on *assumptions* of which they were unaware and which they had *never tested either by experience or by study*» (*ibíd.*: 38) [en estas dos últimas citas, las cursivas se añaden aquí]. Cf. el desintoxicador librito de ese autor (1962); o bien, véase sus extractos recogidos en Haba, 2012, sec. C.VI.k. Complementariamente, Haba, 2010c: § 7.

⁴⁵ *Vid.* Haba, 2010c: §§ 8 y 10.

Es verdad que estos teóricos no niegan en forma expresa, y hasta puede ser que en alguna línea de sus escritos admitan al pasar, el hecho de que la configuración del pensamiento jurídico depende también de intervenciones que sobre este ejercen elementos de la realidad social, los cuales son contingentes frente a lo racional señalado. Empero, tales exámenes no sacan ninguna consecuencia de ello para sus propios planteamientos. Sea o no sea que dichos teóricos estén bien convencidos de que unas elucidaciones esencialmente semántico-formales como aquellas a que consagran sus propios estudios se justifican simplemente por sí mismas, de todas maneras ellos las presentan *como si* eso fuera justamente así. En este «como si» –¡no confesado como tal!– reside la *story*, las tramas de reduccionismo racio-embellecedor⁴⁶ que acerca del razonamiento jurídico tejen esas teorizaciones.

* * *

Tales ejercicios de pensamiento vienen a ser de naturaleza *cuasiteológica*. Paralelamente a cómo se razona en la Teología, muy buena parte de los edificios conceptuales elaborados para la dogmática jurídica se ocupan principalmente de poner sobre el tapete los Mandamientos provenientes de un «cielo» propio (cf. Jhering). Sólo que, a diferencia de lo elucidado en la Teología, aquellas ideas no se imputan a Dios. Mas esto último no obsta a que se las considere análogamente inmarcesibles. Como para Las de Dios, tampoco para Aquellas cabe la posibilidad de someterlas a *contrapruebas empíricas*, eventualmente, no admiten posibilidad alguna de ser controladas mediante ningún método científico de contrastaciones conocido. [Repito: no quita que dichos enunciados contengan «personajes» –ahí son unos

⁴⁶ *Vid.* Haba 2010c: § 4.

personajes-ideas— que guarden alguna similitud con fenómenos reales, como pasa también en las novelas; por lo general tal similitud es todo lo convenientemente vaga como para permitir acomodarla *discursivamente* tanto a unas soluciones-A como a las no-A, si es que acaso se admite «descender» a señalar hechos *concretos* que encajarían bajo dichos conceptos.]

Las Ideas Divinas tienen su principal campo de aplicación en el culto religioso y en la ética. En cambio, aquellos otros conceptos están destinados específicamente a ser utilizados como técnicas argumentativas por parte de juristas profesionales, o para desempeñar la jerga de cierto círculo profesoral de seguidores de unos inventos terminológicos puestos en circulación por algún autor renombrado. Así como los Diez Mandamientos no quedan sujetos a dudas por nada que hagan o dejen de hacer los creyentes, ni los no creyentes, así es también —se sobreentiende— en cuanto a las ideas jurídicas noveladas. Por ejemplo: el contenido «esencial» de un derecho no es cuestionable —así se piensa— por nada que pase o deje de pasar en las aplicaciones prácticas a que den lugar los ejercicios de ese derecho en la realidad social; de la misma manera, tampoco son cuestionables lo que Ferrajoli decreta como axiomas de derecho. Las «verdades» jurídicas concebidas de tal manera son inmunes al mundo-«afuera» de su novela dogmática. [También en la Sociología nos encontramos con «cosas» por el estilo. Por ejemplo: en la teoría luhmanniana, la idea de Sistema desempeña un papel análogo a la Idea de Dios. También Aquella es tan no-aprehensible mediante datos intersubjetivamente captables del mundo social empírico, tan *trascendente* frente a este mismo, como lo es la Trascendencia religiosa.⁴⁷]

⁴⁷ Cf. *infra*, Ap.: Supl. A.

En definitiva: en las novelas de conceptos teoréticos, como en la Teología, tanto las premisas principales como los tipos de razonamientos para los cuales estas son invocadas se asumen –en ambos terrenos– sin condicionar tal validez a la eventualidad de ser falsados mediante comprobaciones empírico-«terrestres». Fueren cuales fueren las dimensiones pragmáticas anejas a aquellos conceptos, ya sea de una manera general u ocasionalmente, o también las carencias en este plano (p. ej., «letra muerta» de la una ley), nada de esto afectaría la validez *en sí* de tales discursos. Y de ahí al culto de tal o cual *metodologismo*, no hay más que un paso (que no todos, pero sí muy buena parte de quienes comparten esas tendencias no tienen embarazo en dar: p. ej., Alexy). En efecto, no es extraño que la naturaleza parateológica de tales novelaciones pueda incluso derivar en un dogmatismo pseudo-«técnico»: la sujeción a tal o cual apriorismo metodologista, pre-concebido como requisito *absoluto* para examinar la materia en cuestión. Metodologismo es la versión extrema, también la más ingenua, del cientficismo. Cuya consecuencia más notoria es que:

El problema que inevitablemente surge cuando se sucumbe ante semejantes quimeras es que se olvidan partes importantes de la realidad solo porque no encajan en el marco establecido *a priori* (Sokal/Bricmont, 1999: 210).

Ni más ni menos que ese es el caso, también, de los planteamientos formalistas en Teoría del Derecho. Su naturaleza parateológica se revela en el carácter de Idea Absoluta que tienen, en ellos, tales o cuales categorías *supraempíricas*, unas que de tal manera son asumidas ni más ni menos que como simplemente in-discutibles acerca del Derecho. De ahí que por lo habitual los creyentes en esas novelaciones formalistas no vacilen en pre-suponer, como si tal cosa, que solo aquellos

estudios cuyos planteamientos no pongan en entredicho los dogmas de la «racionalidad» *propia* establecidos como requisitos metodológicos *sine qua non* por la iusteología así sustentada, ¡nada más que estos!, puedan alcanzar a ser lo suficientemente «serios» para resultar aceptables «científicamente» [p. ej., véase el caso del que doy cuenta más abajo: Supl. D del Apéndice] .

6 La alternativa jurídico-realista: encarar el derecho como una «tecnología social»

Mi calificación de «novelas» conceptualistas para ciertos tipos de discursos jurídicos no es simplemente porque estos sean de carácter normativo (¿cómo habrían de no serlo?), ni porque contemplen ciertos ideales⁴⁸, sino por sus *maneras* – extra-«terrenales», «normativismo»⁴⁹– de ubicarse frente a las finalidades *prácticas* de lo normativo; mejor dicho, por hacer abstracción de encarar estas últimas propiamente. Aquí no se trata de cuestionar si es *posible* (y además agradable, para muchos) confinarse a desarrollar tales «cirugías estéticas» para presentar buena parte de los razonamientos jurídicos. Empero: ¿no cabe ninguna otra posibilidad, para tratar las cuestiones jurídicas como tales, que discurrir de *esa* manera? ¿Es del todo inevitable que ello dependa *sobre todo* de unos apriorismos decretados como «caracteres» intocables, para esos conceptos, por los autores de unos u otros ensamblajes de iusnovelística?

⁴⁸ Eso sí, es fundamental distinguir entre tipos *diferentes* de ideales, no confundir las funciones discursivas de unos con las de otros [*vid.* Haba, 2010c: § 9 (351 ss.)].

⁴⁹ Pero, ¡atención!, no es lo mismo normativo que «normativista». Esto último consiste en unos tratamientos *falaciosos* del razonamiento con normas. [Cf. Haba: 2006, Sec. C.II (esp. 259 ss.); o 2012, Sec. E.I (esp. 575 ss.); o bien, muchísimo más breve, véase 2002.]

Quiérase o no, también cabe otro camino intelectual de pensar y de resolver las cuestiones de derecho: el volcarse a discurrir *realísticamente* como jurista. Se halla disponible para quienes estén dispuestos a adoptarlo, sea en la labor jurídica corriente o en estudios de Teoría del Derecho. Y, por lo demás, tampoco es dable llegar a percibir de veras en qué consiste lo más decisivo del iusnovelismo jurídico si no se le *contrapone* nítidamente esa posibilidad muy distinta. Ahí, como para tantos otros asuntos, al poner de relieve en *qué* una forma de pensar se constituye en justamente lo *contrario* de otra, así resaltan con plenitud los reales alcances que tiene respectivamente cada una de ellas («toda determinación es una negación», Spinoza⁵⁰). Sólo haciendo énfasis en que también caben formas realistas de entender y de aplicar el derecho, únicamente así se logra tomar conciencia –¡por contraposición!– sobre las carencias fundamentales de otras formas entre las normales, esas que son más o menos «noveladas», seguidas para elaborar muchos de los discursos jurídicos.

El eje básico de pensamiento para examinar realísticamente la cuestión es no ocultar el hecho de que, quiérase o no, el juez *elige* entre las distintas posibilidades de interpretación presentes para la cuestión considerada, siempre que en ese momento no haya al respecto (¡en la práctica!) una interpretación única reconocida intersubjetivamente como tal en su medio jurídico:

El secreto de esta técnica de interpretación consiste en que no hay criterio que indique *qué* regla de interpretación ha de usarse. (...) Las máximas de interpretación varían de un país al otro. Pero en todas partes muestran las mismas características fundamentalmente: son conjuntos sistemáticos de frases atractivas (a menudo

⁵⁰ «*Omnis determinatio est negatio*. Si decimos que algo es de cierta manera, solo lo sabemos cuando sabemos de qué manera es otra cosa que NO es precisamente de esa manera» (Kolakowski, 1975: 66, versalita añadida aquí).

acuñadas en forma de proverbios) y de significado impreciso que pueden fácilmente ser manejadas de manera tal que conduzcan a resultados *contradictorios*. Dado que *no* existen criterios objetivos [*i.e.*, intersubjetivamente unívocos] que indiquen cuándo debe aplicarse una máxima [*i.e.*, conducir a una sola interpretación de la ley o de cierta pauta jurisprudencial, etc.] y cuándo otra, ellas ofrecen *gran amplitud* para que el juez llegue al resultado que considera deseable (Ross, 1963: 148 y 149, curs. añadidas aquí). Por eso es que ... la idea de una interpretación puramente lógica, libre de todo pragmatismo, es una ilusión (*ibid.*: 328).

De ahí que la pregunta clave, lo decisivo verdaderamente en las practicas judiciales, es: ¿en atención a *qué* procede el juez a efectuar su elección en cada caso? Las distintas orientaciones normativistas evaden esta cuestión como *tal*, esto es, no la abordan como un interrogante de carácter *empírico*. Ellas se contentan con proporcionar tales o cuales indicaciones doctrinarias basadas en, y organizadas en función de, principalmente unos u otros «cielos» de conceptos, los cuales se asumen como válidos en sí y por sí *mismos*. El jurista realista adopta un cambio de visión radical al respecto. Este último decide su elección, entre las alternativas jurídico-interpretativas allí disponibles (*i.e.*, de acuerdo con unos u otros criterios vigentes entre los juristas de su medio), sometiéndola a interrogantes bien «terrenales»: los correspondientes para fijarse muy bien en para *qué* vaya a «servir» o no, ¡de hecho! (probablemente), la solución por elegir para el caso o tipo de casos considerado.

En efecto, el poner en práctica tal cambio de visión requiere principalmente que, aun sin prescindir de los conceptos dogmáticos de derecho, cada una de las posibilidades semánticas de estos se aquilate en función sobre todo de sus efectos *pragmático*-sociales efectivos. Vale decir: efectos comprobados o por comprobar, en cuanto a unos planos propiamente *empíricos*, para situaciones prácticas *específicas*; estas pueden ser

particulares o ser bastante generales, pero bien determinables en los hechos. Ello consiste, pues, en llevar a cabo y en juzgar los razonamientos de los juristas, ya no primordialmente en cuanto intrínquilis *semánticos*, sino aquilatándolos en función de cuáles son (o existan buenas probabilidades de alcanzar) sus efectos reales –*pragmática* lingüística– en sus desempeños como una *tecnología social* (Albert⁵¹). Esto último significa: que las opciones semánticamente posibles entre distintos sentidos de los conceptos en juego sean utilizadas ni más ni menos que con la vista puesta primordialmente en examinar si ellos logren así constituirse (¡o no!) en unos medios *efectivos* para obtener *determinados* efectos en la *realidad social*.

Por tanto, la disyuntiva clave para orientar el pensamiento jurídico es, quiérase o no: ¿discursos normativos planteados en gran medida (aunque puede no serlo tan exclusivamente como suele darse en muchos estudios de Teoría del Derecho) a modo de unas novelas de conceptos o discursos normativos planteados sustancialmente como una tecnología social realista? Esta disyuntiva no suele ser tematizada por los juristas, en los razonamientos corrientes de la profesión jurídica ni en sus doctrinas más habituales, así como tampoco es advertida por parte de la abrumadora mayoría de los estudios especializados en Teoría del Derecho. Sobre todo, no suele surgir ahí la susodicha pregunta decisiva: el razonamiento jurídico-«técnico» presentado (sea cual fuere) y las conclusiones extraídas de él mismo, ¿para qué sirven *de hecho*?

Ese «sirven» no puede aquilatarse si no es en función de una serie de cuestiones bien determinadas, de las cuales los tratamientos noveleriles hacen abstracción. Cuestiones del qué: ¿para decidir qué aspectos de las *conductas* sociales

⁵¹ *Vid.* Albert, 1994 (cap. VI: esp. su punto 5) y 2007 (esp. §§ II.4 y III.2).

reales sirven (¡o no!) –o hay buenas probabilidades de que puedan verdaderamente llegar a servir– de manera *efectiva* tales razonamientos, en la práctica? Cuestiones del cómo: supuesto que estos razonamientos sí puedan servir para esos «qué», ¿en virtud de qué *maneras* eficaces –*i.e.*, influyendo de veras sobre cuáles tipos de relaciones bien determinadas de causa-efecto de tipo social– se han logrado o vayan a lograrse tales *consecuencias*, en la práctica? Cuestiones del para quiénes: ¿a qué grupos de seres *humanos* sí y a cuáles no, los de carne y hueso, les sirve eso verdaderamente, en la práctica? (*i.e.*: ¿en las vidas reales de qué grupos *específicos* de sujetos, diferenciados en el seno de la tan heterogénea como multifacética composición de gentes que conforman el conglomerado social de un país, se producen o producirían los *efectos* procurados mediante tales discursos?). Estas cuestiones corresponden a asuntos del pensamiento jurídico si es encarado como una *tecnología* social.

Lo cierto es que las doctrinas del derecho son, a pesar de todo, líneas de soluciones ofrecidas para asuntos de la práctica social, mediante las cuales de alguna manera se toman en cuenta *experiencias* comunes al respecto. No hay por qué pensar –¡sería otro apriorismo más!– que las respuestas suministradas por las doctrinas jurídicas recibidas son siempre, o en la mayoría de los casos, ya sea contraproducentes o inútiles. En muchas especies de casos, los razonamientos jurídicos típicos logran, aun con sus vicios de razonamiento habituales⁵², constituirse en un medio eficiente para obtener en general efectos adecuados en relación con los fines presupuestos. Mas otras veces resulta que tales vicios, los cuales al fin de cuentas tienen como lecho común la

⁵² Esos discursos suelen permanecer encadenados, al menos parcialmente, sobre todo a unos u otros entre los vicios de razonamiento que componen la ensambladura de tipos centrales de falacias jurídicas que he denominado: «Síndrome normativista» [ref. *supra*: n. 36].

dominante tendencia a encarar de manera como «novelada» los razonamientos jurídicos, constituyen un obstáculo considerable para las posibilidades de alcanzar mejores resultados prácticos. De todos modos, tampoco es cuestión de caer en la exageración de negar simplemente *in genere* que las doctrinas jurídicas, en combinación con las disposiciones oficiales de derecho positivo, suelen contener soluciones prácticas atinadas para organizar muchos asuntos de las relaciones humanas. El pensamiento jurídico normal viene a ser, quiérase o no, una *tecnología social*, aunque no poco defectuosa en muchos casos. Solamente, es cuestión de *ver* –¡sin sucumbir a pre-juicios ni en un sentido ni en otro!– cuándo y en qué medida aquel lo es o no lo es. El pre-juicio normativista consiste en dejar fuera de juego esta pregunta crucial

Eso sí, lo que se llama «derecho» no es cualquier tecnología social. Ahí se trata de una muy específica: consiste en usar como su medio propio los respectivos *discursos con autoridad estatal*, para influir *así* sobre determinadas especies de conductas humanas, unas capaces de hacer efectiva o de obstaculizar la realización de ciertas finalidades que de hecho le importan mucho a unos u otros estratos de una colectividad llamada país (estos pueden ser bastante disímiles entre sí, constituyendo o no mayorías en ella). Por supuesto que los discursos jurídicos no son una tecnología en la cual sus operadores se hallen absolutamente libres de elegir cualquier contenido que consideren el más apropiado socialmente para conformarla, pues estos actores operan, al desempeñar sus roles sociales definidos como tales, dentro del *marco* (Kelsen) establecido por convenciones semánticas – solo parcialmente contradictorias entre sí – que son usualmente atribuidas a los discursos propios del ordenamiento de derecho positivo interpretado. Sólo dentro de *ese* marco lingüístico, que es elástico –conflictos de interpretaciones– pero no infinitamente

elástico (tampoco es que se considere aceptable, en la práctica, *cualquier* interpretación), caben las posibilidades de *esta* tecnología discursiva aplicables realmente en un determinado medio social.

* * *

En una palabra, la diferencia clave entre las teorizaciones normativistas acerca del derecho y las aproximaciones realistas a los fenómenos jurídicos consiste en algo así como lo siguiente. Los normativistas se contentan con fijarse en los resultados «numéricos» nominales de las «monedas»-conceptos con que se tejen las tramas discursivas de los razonamientos jurídicos pergeñados así. En cambio, los juristas realistas tratan con las «monedas»-conceptos de la dogmática jurídica, cualesquiera sean los valores nominales imputados a ellas mismas, considerando sobre todo *qué* sea dable «comprar» de veras con cada una, y por parte de *quiénes* realmente, en las prácticas jurídicas mismas donde esas «monedas» se hagan circular efectivamente.

Todas las teorizaciones normativistas se contentan, cada cual a su propio modo, con ocuparse de elucidar cómo se *deban* «comprar» o «vender» tales o cuales conceptos dogmáticos en planos de unas idealidades discursivas. Dejan entre bambalinas el hecho de que, como en la economía, también para el derecho es cierto que el valor *efectivo* de sus propias «monedas» no se conoce fijándose simplemente en el «número» (tales o cuales variantes semánticas convencionales) que cada una muestre tallada en ella misma. Estos valores, los reales, no consiguen ser advertidos sino en el momento de recurrir a ellas para «comprar» *algo* (pragmática lingüística). De esos «algo», ni más ni menos, es cuestión en el derecho como instrumento discursivo para realizar una *tecnología social*.

Entendida de esta última manera, como tecnología social, la ciencia jurídica consiste ni más ni menos que en la *adecnuación* de ciertos instrumentos discursivos para coadyuvar a la realización *efectiva* de determinados fines tal como estos intervengan en las realidades que *viven* unos seres humanos de carne y hueso, esto es, con respecto justamente a aquellas *personas* que estén o lleguen a estar involucrados en esos tipos de situaciones. Significa que estos discursos se encaran como *medios*: ¡por sus efectos los conoceréis! La ciencia jurídica como tecnología social necesita *acreditarse* en la práctica, como cualquier otra tecnología. Aquella no puede justificarse, como tecnología social, si no es mediante comprobaciones sobre la *eficacia* de esos medios –en este caso, los discursos jurídicos utilizados– para alcanzar de veras los fines *humanos*, suficientemente *determinados*, a que la normativa por aplicar se entienda ordenada. ¡No es una cuestión de comodines lógico-formales! (Nada que ver, pues, con elucidar unos formulismos del tipo de esos en que consisten los análisis de autores como, por ejemplo, Alchourrón/Bulygin y Ferrajoli).

Por supuesto, sería bastante extraño encontrarse con algún jurista que niegue expresamente que el derecho está ahí para alcanzar finalidades *prácticas* (y de seguro él lo piensa sinceramente así). Mas los juristas, aunque admitan tal afirmación en abstracto, no suelen tener conciencia de lo que esto implicaría para los contenidos específicos de sus discursos, si para elaborar estos discursos profesionales ellos razonaran de veras *así*. En cambio, sus planteamientos los efectúan mediante unos giros discursivos que a menudo están afectados por sensibles déficits de racionalidad (uso este último término en el sentido preciso explicado por Max Weber). Por tales deficiencias, si bien estas no impiden que siga tratándose al fin de cuentas de una tecnología para «acomodar» la vida de la gente, no es excepcional que no se alcancen suficientemente los efectos prácticos perseguidos (en

verdad o supuestamente), hasta puede darse que ellas contribuyan a provocar unos resultados reales opuestos a los que por esas vías se entiende asegurar; mala tecnología, entonces.

Las concepciones teórico-noveleriles no suelen redundar en beneficio de la *eficacia* tecnológica del discurso jurídico; en el mejor de los casos, resultan apenas indiferentes para ello (ejemplo paradigmático: las axiomatizaciones acerca de pautas jurídicas, cualesquiera sean estas últimas). Mas a ese respecto importa distinguir entre legislación y doctrina jurídica. Tendencialmente, la legislación apunta a tratar de constituirse, mal que bien, en una tecnología social, sean cuales fueren sus deficiencias en tal sentido. La doctrina jurídica profesional, en cambio, suele aparecer planteada como si ella debiera consistir en unas novelas «técnicas» de conceptos; sin perjuicio de que, naturalmente, sus grados de «novelación» varían de doctrina a doctrina, como también pueden ser diferentes entre unas y otras aplicaciones de determinada doctrina.

Sólo haciendo caso omiso, en cuanto sea oportuno, de buena parte de las «novelaciones» doctrinarias es cómo podría quedar más despejado el camino para corregir, hasta donde sea posible, tales o cuales inadecuaciones de unos discursos jurídicos en cuanto tecnología social. Justamente a esto último se dirigen las observaciones realistas sobre metodología del razonamiento jurídico. [En otros sitios he presentado, a modo de esbozo en tal sentido, un modelo de razonamiento jurídico en «cuatro pasos», ceñidamente realistas⁵³.]

⁵³ *Vid.* Haba, 2006: Sec. C.III.4 (293-310) [2012: Sec. E.IV.4]; o bien, 2002, §§ 5-8. Estoy plenamente consciente, eso sí, de que tal modelo no tiene posibilidades de ser conocido, y mucho menos aún de ser adoptado, por algún número considerable de juristas profesionales, pues lo normal es que el pensamiento de ellos permanezca enclaustrado en el *normativismo* jurídico [*supra*: n. 47]. Sobre lo limitada que es, inevitablemente, la «utilidad» que pueda tener dicho modelo, como también en general la Teoría del Derecho,

Suplemento: *La jurisprudencia como una disciplina de tecnología social* –

La clásica obra de Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (or. 1958), en su cap. XV («Ámbito y tarea de la tarea política jurídica»), destaca lo básico al respecto; en ese capítulo, él se refiere principalmente a ello en atención a la tarea legislativa. Se trata de «la conexión causal entre la función normativa del derecho y la conducta humana, o, también podemos decir, que versa sobre las posibilidades de *influir* en la acción humana mediante el aparato de las sanciones jurídicas. (...) Todo el esfuerzo espiritual [*i.e.*, el intelectual] se concentra en las cuestiones técnico-jurídicas: *cómo* deben ser formuladas las normas jurídicas para estimular aquella *conducta* que mejor armonice con las actitudes y objetivos presupuestos» (1963: 319) De ahí que: «... el conocimiento que halla aplicación aquí es el conocimiento sociológico-jurídico de la *conexión causal* entre la aprobación de las normas y la conducta humana mediante la maquinaria jurídica, que a la vez está determinada [mejor dicho: co-determinada] por las normas [más precisamente: por las interpretaciones de los operadores jurídicos al respecto]» (*ibíd.*: 322) Tales conocimientos «asumirán en principio la siguiente forma: si se presuponen tales o cuales objetivos y actitudes, tales y cuales creencias sobre los hechos y su correlación son operativos, y conducen a tales y cuales instrucciones *prácticas*» (*ibíd.*: 324). [Curs. añadidas aquí.]

Más en especial con respecto a la labor interpretativa de los juristas, después fue señaladamente Albert quien vino a poner el acento sobre tal tipo de orientación para el razonamiento jurídico en general, por oposición al normativismo que prevalece tanto en la ciencia jurídica corriente como en la Teoría del Derecho. A continuación se recogen algunas puntualizaciones

he apuntado algunas observaciones básicas en Haba, 2011a: § II.5 (*vid. esp.* a partir de la n. 32: 279 ss.).

de ese autor [1994: cap. VI.V], en donde tal concepción está expuesta de la manera más concisa y ordenada (a mi juicio). He aquí esos pasajes [líneas tomadas de las págs. 186-188 y 191], sin entrecomillarlos ni indicar soluciones de continuidad [trad. mía un tanto libre, con curs. añadidas por mi cuenta]:

De hecho, saber cuáles sean las soluciones específicas indicadas por el ordenamiento jurídico vigente, ante no pocas situaciones prácticas, no es algo tan sencillo (como algunos creen), pues depende de qué respuestas se suministren sobre *cómo* interpretar las leyes y cómo llenar las «lagunas» de ese ordenamiento –cuestiones acerca de las cuales se dan toda suerte de discrepancias entre los propios juristas–. La jurisprudencia no tiene como tarea simplemente un re-conocer cuanto estaría ya pre-determinado allí mismo, en tal ordenamiento, sino que ella contribuye mediante sus propias interpretaciones a integrarlo, para determinar las aplicaciones prácticas de las disposiciones jurídicas que se hagan entrar en juego [puesto en términos de Kelsen, es el propio intérprete quien *llena* el «marco» legal (*Teoría pura del derecho*, ed. final: § 45.d)].

De todo ello se desprende la posibilidad de concebir la jurisprudencia no ya como una disciplina normativa [*i.e.*, tomarla en sentido esencialmente teórico-«noveleril»], sino como una disciplina *tecnológico-social* [*i.e.*, hacerla consistir principalmente en elucidaciones de *pragmática* discursivo-jurídica]. Entonces su tarea consiste también en analizar los *efectos* que como regulación normativa real se sigan de determinadas posibilidades, entre las interpretaciones posibles de las proposiciones jurídicas aplicables reconocidas como válidas en el sistema jurídico dado. Aquí se trata, pues, no de la simple comprobación de unos hechos sino, como siempre en los sistemas tecnológicos, de examinar las posibilidades de *influencia* que tenga la conducta humana [también las de orden lingüístico], con base en posibles

fijaciones de fines y de valores. Eso demanda poner en relieve el carácter *teleológico* de la jurisprudencia y, por ende, proceder a la formulación *explícita* de tales fines y de las consecuencias fácticas correspondientes. [En *Metodología jurídica irreverente* y en *Metodología (realista) del Derecho* he especificado cómo tales exigencias metodológicas son cumplidas «paso» por «paso» en un modelo realista de «cuatro pasos» [ref. *supra*: n. 51].

Para una buena síntesis de las ideas de Albert sobre esta cuestión, *vid.* Salas, 2007.

7 Consideraciones finales

En los tratamientos discursivos ofrecidos como ciencias sociales, los terrenos se dividen de raíz entre dos direcciones capitales. Se trata, sobre todo, de las respectivas posiciones ante las siguientes preguntas clave:

- (1) ¿la teoría considerada contempla la posibilidad de *contra-pruebas empíricas* para «falsar» (eventualmente) enunciados como los suyos?;
- (2) supuesto que sí se admitan tales contrapruebas, al menos en principio, ¿qué requisitos de verificación *metódico-intersubjetiva* hay establecidos para ello?
- (3) ¿los conceptos básicos que se emplean para efectuar enunciados de esa teoría son de sentido lo bastante *unívoco*, cada uno de ellos (en todo caso la gran mayoría), de manera que permitan efectuar comprobaciones propiamente dichas sobre la existencia o no existencia real (*jextentio!*) de lo mentado (*intentio*) por aquellos? [Vale decir: que esos conceptos permitan distinguir de maneras netas intersubjetivamente, en cuanto a los hechos concretos que fuere del caso, si estos

últimos constituyen candidatos positivos o candidatos negativos para entrar indisputablemente dentro del ámbito de significados propio respectivo de cada uno de aquellos conceptos –[*verificación* empírica!–.]

Por ejemplo, en cuanto al argot luhmanniano de «sistemas»: (1) tales contrapruebas no están al alcance de ningún ser humano, pues solo la propia Idea-Sistema (así, el sistema-derecho) –y eventualmente unos iluminados por ella, quienes se autopresentan como tales– sabe por sí misma de qué se trata⁵⁴; (2) ¡misterio! (nadie ha revelado, en la tierra, cuáles puedan ser unos métodos que reúnan tales condiciones de intersubjetividad al respecto y por esto mismo se consideren apropiados para verificar los enunciados de dicha teoría); (3) los conceptos básicos de tal teoría son esencialmente ambiguos y muy vagos, empezando por la propia noción de «sistema»⁵⁵, de manera que no es dable aplicarlos intersubjetivamente en la práctica (salvo para parafrasear trivialidades). Por otro lado, en cuanto a la dogmática jurídica corriente o a unos enjambres de definiciones de Teoría del Derecho como (p. ej.) los de Ferrajoli, sus edificios conceptuales están conformados, al menos en muy buena parte, con base en conceptos que son lo bastante indeterminados (p. ej., la idea de «principio» jurídico) como para admitir –así pasa abundantemente en la práctica– interpretaciones muy contradictorias entre sí, según las preferencias ideológicas o circunstanciales de los intérpretes autorizados.

[Eso no quita que, repito, se echen de ver similitudes entre el contenido de anuncios efectuados en tales novelaciones y ciertos fenómenos regulares en la vida social. Como en las

⁵⁴ Dice Luhmann: «Es el Derecho *mismo* quien determina cuáles son los *límites* del Derecho; este determina, pues, *qué* pertenece al Derecho y qué no» [cita original, *infra*: en el Supl. A del Apéndice

⁵⁵ Véase el sitio indicado en la n. precedente.

Profecías de Nostradamus, la gran in-determinación en cuanto a cuáles puedan ser los referentes *específicos* «terrenales» de muchos conceptos claves de dichas novelas hace que, en su aplicación a las cuestiones verdaderamente discutidas, esos letreros lingüísticos es dable imputarlos, *a piacere* del intérprete, a unos u otros fenómenos de la realidad social (p. ej.: no hay ninguna suerte de fenómenos sociales, tanto da si reales o imaginarios, que no sea dable certificar escogiendo entre meandros de la terminología de Luhmann). No obstante, a diferencia de casi todas las novelaciones pergeñadas específicamente por escritores de la disciplina particular llamada Teoría del Derecho, es innegable que ciertas *storytelling* esencialistas de la dogmática jurídica corriente tienen, estas sí, influencias sensibles en los razonamientos que motivan a los propios jueces en muchas de sus tomas de decisión.]

Cuando estamos ante estudios realistas, en cambio, sus contenidos son susceptibles de control mediante métodos que los someten a instancias *externas* («tierra») de verificación:

- (1) *Todo* enunciado acerca de *hechos* (inclusive las dimensiones pragmáticas de normas), ya sean estos individuales o de tipo general (nomotético o probabilístico), está sujeto a falsación empírica, si aquel es puesto en duda ya sea en todo o en parte.
- (2) Se acepta que ello (1) esté sometido a comprobación mediante unos métodos intersubjetivos, en principio son los normales para «testar» enunciados de las ciencias sociales empíricas, en cuanto a procurar esas falsaciones; cuando se trata de enunciados normativos y en general los valorativos, se distingue netamente entre juicios de valor *categoricos* y juicios de valor *instrumentales*, para poder someter los segundos a tales falsaciones

—de tal diferencia, absolutamente fundamental⁵⁶, por lo general hacen simplemente abstracción las teorizaciones noveladas—.

(3) Los conceptos básicos empleados para efectuar exámenes realistas son bastante precisos (*i.e.*, por lo general resultan unívocos tanto semántica como pragmáticamente) en sus aplicaciones a la enorme mayoría de casos concernidos [ahí estos conceptos no son «novelados», sino que constituyen solamente unas orientaciones preliminares para apuntar hacia posibles comprobaciones *empíricas* de los enunciados respectivos].

(3bis) Cuando se está ante conceptos jurídicos que en la práctica funcionan como bastante indeterminados (interpretaciones múltiples), ya sea que provengan de textos legales o de unos doctrinarios, se admite cabalmente que ahí no cabe ninguna interpretación «verdadera», sino que es cuestión de examinar en qué medida ahí cada interpretación (*i.e.*, entre las lingüísticamente posibles en el círculo de intérpretes considerado) pueda resultar más o menos «útil» *en la práctica* (para realizar tales o cuales fines específicos).

* * *

La categoría del pensamiento sobre la cual he puesto especial énfasis aquí, novela-de-conceptos teoréticos, ha de

⁵⁶ Véase Haba, 2006: esp. Sec. C.III.5 [más amplio en 2012: Sec. E.III]. Ese asunto se encuentra elucidado de manera mucho más plurifacética en Haba, 2010a: Sec. F, esp. subsec. II.2 (205 ss.). También en mi polémica con respecto a las teorías de la argumentación jurídica he insistido en llamar la atención sobre la fundamental diferencia entre esas dos categorías básicas de juicios de valor [*vid.* esp. Haba, 2011a: §§ II.1 y IV.5].

tomarse principalmente en sentido *heurístico*, como una «idea para tener en cuenta» (Vaz Ferreira)⁵⁷ al examinar teorías jurídicas, como también en cuanto a las de las ciencias sociales en general. A decir verdad, salvo en los casos de iusnovelística más «pura» (p. ej., lo de Rawls o las axiomatizaciones de Ferrajoli), normalmente las tramas que desempeñan los iuspersonajes novelados suelen venir entremezcladas, en grados mayores o menores, también con elementos de juicio provenientes de relaciones entre ciertos razonamientos jurídicos y ciertas realidades humanas vinculadas con estos (p. ej., es así incluso en unos procedimientos de «ponderación» como los delineados por Alexy⁵⁸). Sería de lo más simplista –¡otro apriorismo más!– presuponer que, en la vastísima región discursiva conformada por los razonamientos jurídicos en general, cada uno de estos o cada teoría sobre ellos fuese tan homogénea del todo, en sus respectivos contenidos, como para ser *exclusivamente* una «novela de conceptos» o, en cambio, presentara *nada más* los elementos de juicio necesarios para constituir una tecnología social propiamente dicha. Sobre todo en las formas habituales de prácticas jurídicas, sus presentaciones discursivas no suelen ofrecer contenidos de pensamiento doctrinario tan absolutamente unilaterales como para adjudicárselos 100% al casillero «novela». En verdad nos encontramos, según los casos, con grados mayores o menores de «novelación» jurídicista; también pasa lo propio con respecto a distintas teorizaciones relativamente noveladoras difundidas en la Sociología, la Politología, la Lingüística, etcétera. Cuáles sean esos grados se ha de detectar razonamiento por razonamiento o

⁵⁷ *Vid.* Vaz Ferreira, 1963b: cap. «Pensar por sistemas, y pensar por ideas a tener en cuenta» (154 ss.).

⁵⁸ Cf. Haba, 2008: § 333. Y recientemente he comentado, con algún detenimiento, ciertos equívocos fundamentales puestos de manifiesto en una discusión (entre M. Atienza y J. A. García Amado) a propósito de este más nuevo expediente de disimulaciones logicistas (falsa precisión): Haba, 2014.

para grupos típicos de razonamientos, así como calibrarlo teoría por teoría. [P. ej.: yo mismo he reconocido, a pesar de mis críticas de fondo a las teorías «estándar» de la argumentación como novelas de conceptos, que dichas teorías contienen también elementos rescatables para planos realistas⁵⁹.]

Ahora bien, la utilidad heurística de emplear como *tip* la pregunta de si el discurso examinado no es acaso del género novela-de-conceptos, aun ante unas iusnovelaciones más o menos «impuras» (*i.e.*, las que vienen entremezcladas con elementos de juicio realistas), reside en lo siguiente. Si los discursos de derecho se examinan teniendo plena conciencia de que es muy posible que buena parte de sus contenidos consistan en «novelas» unos conceptos claves y las relaciones entre estos mismos, esa concienciación abre las puertas hacia perspectivas de entendimiento, sobre todo las realistas, que normalmente ahí suelen permanecer fuera de foco. Esto es, se trata de saber distinguir bien entre dos niveles de dichos discursos. a) Por un lado, sus elementos de juicio que constituyen unos juegos de lenguaje esencialmente *semántico-autistas*: los doctrinario-axiomáticos + tautologías emanadas de estos mismos. b) Por otro lado, aquilatar si y cómo haya aspectos de esos razonamientos que de todas maneras logran cumplir, bastante adecuadamente o no, tales o cuales funciones prácticas bien determinadas: *tecnología social*. Para cuanto les interesa a los cultores de teorías «noveladas» del derecho, es obvio que tal distinción no puede revestir atractivo, pues la «gracia» de los desarrollos de ese tipo de aproximaciones reside principalmente en apartar la vista de (b).

De ahí que, al fin de cuentas, la precaución metodológica básica para encarar los planteamientos que se efectúen en cualesquiera razonamientos «técnicos» de los juristas, ya sean de

⁵⁹ *Supra*: n. 24.

la dogmática jurídica profesional normal o en la (meta-)Teoría del Derecho, debiera ser el tener muy en cuenta que ahí: *¡cuanto más contenido del tipo novelas-de-conceptos, menos conciencia sobre las posibilidades efectivas de tecnología social!*

* * *

Nota – Al final de este estudio había un excursio titulado: «Qué quiere decir “realidad” y cómo aprehenderla?». Lo escribí pensando que podía no estar de más salir al paso, de antemano, a una objeción que rece más o menos así: «¿Acaso se puede probar que no es *real* lo señalado por las teorías que usted [yo] califica como “novelas de conceptos”, pero que sí lo sea cuanto proclaman esas otras teorías de su preferencia personal, las llamadas “realistas”?». Hasta se podría suponer que, cuando me refiero a «realidad», me ubico en un plano de ingenuidad epistemológica pre-kantiano, o sea, desconociendo la intervención de categorías mentales humanas en nuestras maneras de conocer las «cosas» que aprehendemos como «reales». Por eso consideré oportuno abordar, allí, incluso algunas cuestiones elementales de epistemología en cuanto a nuestras posibilidades en general de conocer el mundo «real». El excursio se me hizo finalmente demasiado largo (llega a duplicar la extensión del presente trabajo), por lo cual prescindo de él aquí. (Tal vez se publique en *Doxa* 2015 o 2016).

Referencias

(Trabajos mencionados abreviadamente en el presente estudio)

(a) Estudios complementarios del autor

1992: «“Voluntad del Legislador” como opción interpretativa (¿posibilidad real o ficción?)», *Enciclopedia Jurídica Omeba*-Apéndice VI, 710-725 Buenos Aires. También en 2012, t. III: Tema 4 (más breve: t. I, Sec. D.I.5).

1996: «Lógica formal y Derecho», *Enciclopedia Jurídica Omeba*-Apéndice VII, 625-632. [Una versión revisada de este estudio pasa a ser el cap. VIII de 2003; se encuentra también en 2012, t. III, Tema 10. Presentaciones más breves: 2012, t. II, Sec. D; y 2015, cap. IV.1.]

2000: «Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora», *Doxa*, núm. 23, 561-596.

2001/2009: «Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho: El *bluff* Dworkin (Retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto-Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)», *Doxa*, núm. 24: 165-201. La versión íntegra (mucho más amplia) de ese estudio está publicada en *Criterio Jurídico*, núm. 9 (2009-1), 155-258 [pdf: <http://criteriojuridico.puj.edu.co>].

2002: «Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa *práctica* al discurso normativista de los jueces)», *Doxa*, núm. 25, 503-521. [Lo expuesto en este trabajo pasó después a estar comprendido, con muchos otros desarrollos al respecto, en 2006 y 2012.]

2003: *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, ts. I y II, San José (C.R.), Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial.

2006: *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid, Dykinson. [La totalidad de los materiales contenidos en dicho libro forman parte también de 2012.]

2007: «Contra la “Santa (charla-)Familia”. Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del *wishful thinking* académico», *Doxa*, núm. 30: 491-524.

2008: *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos)*, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio (San José, C.R.), Editorial de la Universidad de Costa Rica [<http://www.libreriaucr.com/catalogo/>], ed. corr. y ampl. (la ed. or. es de 2004). [Una reedición de esta obra será oportunamente publicada, en el mismo sitio, bajo el título principal: *Las valoraciones de los juristas*.]

2009: «Rawls: El extraterrestre raciocinante. Teoría social en tanto que mero divertimento discursivo (Sobre la neoescolástica social de J. Rawls como paradigma de teorización alienada)», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* [www.rtdf.es], 12: 223-267. — Los desarrollos de este estudio forman parte también de 2010b: allí en los caps. I.1 y V.

2010a: *Los juicios de valor. Elementos básicos de Axiología General*, San José (C.R.), Editorial UCR, 2010 [<http://www.libreriaucr.com/catalogo/>]. Es la versión nuevamente revisada y ahora aumentada de la obra que en la misma editorial se había publicado anteriormente (2004, 1ª ed.; y 2007/2008, eds. rev.) llevando entonces como título principal el que actualmente figura allí como primer subtítulo.

2010b: *Entre tecnócratas y «wishful thinkers». La visión «misionera» de las ciencias sociales*, Granada, Comares.

2010c: «Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación. Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional», *Doxa*, núm. 33, 321-360 [también en AA.VV., 2014].

2010d: «Para acudir a la TEA como “mal menor”», *Doxa*, núm. 33, 429-439 [también en AA.VV., 2014].

2011a: «Debate sobre teoría de la argumentación: Avatares de lo “racional” y lo “razonable, cuando son eximidos de tener carnet de identidad», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* [pdf: www.rtf.d.es], núm. 14, 239-316 [también en AA.VV., 2014].

2011b: «Entrevista a Enrique P. Haba», *Justiça do Direito*, vol. 25-núm.1 (Jan/Jun 2011): 155-198 [pdf: www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/download/2625/1862].

2012: *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica* (versión ampliamente reelaborada, y muy aumentada, de 2006), Tomos I y II (impresos) + Tomo III (amplio texto en CD), San José (C.R.), Editorial UCR [<http://www.libreriaucr.com/catalogo/>].

2013: «Puntualizaciones terrenales en torno a las formas de discursar sobre el talismán “derechos humanos”. Un compendio de observaciones poco complacientes, sobre todo con respecto a ciertas cómodas maneras de hablar mucho y no decir casi nada», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* [www.rtf.d.es], núm. 16, 3-81.

2014: «A revueltas con la *storytelling* llamada “ponderación”», *Doxa*, núm 37, en prensa].

2015: *La ciencia de los juristas: ¿qué «ciencia»? De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita*, San José (C.R.), programado en Editorial Jurídica Continental [será obtenible en: <http://www.libreriaucr.com/catalogo/>].

(b) Estudios de otros autores

AA.VV., 1976: *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz* (ed. W. Krawietz), Darmstadt.

AA.VV., 2010: «Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica», *Doxa*, núm. 33, 319-450.

AA.VV., 2014: *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica* (ed. E. P. Haba), Palestra-Temis, Lima. [Contiene los materiales de AA.VV., 2010, y otros.]

Albert, H., 1994: *Kritik der reinen Hermeneutik* (Crítica de la hermenéutica pura), Tubinga.

– 2007: *La Ciencia del Derecho como Ciencia Real* (Present., trad. y nn.: M. E. Salas), México, Fontamara.

Frank, J., 1951: «Palabras y Música. Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes» (trad. R. J. Vernengo), en AA.VV., *El actual pensamiento norteamericano*, pp. 171-209, Buenos Aires.

Fuchs, E., 1965: *Gerechtigkeitswissenschaft: ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre* [textos que corresponden principalmente a las dos décadas iniciales del siglo pasado], Karlsruhe.

García Amado, J. A., 2011: «Sobre la idea de pretensión de corrección del derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas» (manuscrito inédito, 34 págs.).

Goethe, J. W., 1963: *Maximen und Reflexionen* (Máximas y reflexiones), Munich, dtv (Nº 21).

Jhering, R. v., 1974: *Broma y veras en la Jurisprudencia* (trad. T. A. Banzhaf), Buenos Aires [los escritos or. provienen de los años 1860-1884)].

Kelsen, H., 1958: *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (trad.. E. Garzón Valdés), Córdoba (R. A.).

Kolakowski, L. 1975: *La presencia del mito* (trad. C. Piechocki), Buenos Aires.

Llewellyn, K. L., 1930: «A Realistic Jurisprudence—The Next Step», *Columbia Law Review*, t. 30: 431-465.

Mellinkoff, D., 1963: *The Language of the Law*, Boston-Toronto.

Pérez Lledó, J. A., 1996: *El movimiento «Critical Legal Studies»* (Pról. M. Atienza), Madrid.

Puig Brutau, J., 1951: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, s./f. (probl. 1951 o 1952).

Rodell, F., 1994: *¡Ay de vosotros, abogados!* (Intr. J. Frank, trad. C. A. Benites), Buenos Aires [ed. or.: *Woe unto you, lawyers!*, 1939].

Ross, A., 1963: *Sobre el derecho y la justicia* (trad. G. R. Carrió), Buenos Aires.

Rüthers, B., 1974: *Die unbegrenzte Auslegung*, Francfort.

Salas, M. E., 2007: «Hans Albert: El derecho como “tecnología social” o: El asalto del racionalismo crítico al moderno “platonismo de las normas”»; en Albert, 2007, 7-27.

– 2012: «Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real», *Doxa*, núm 35, 751-789.

Salmon, C., 2008: *Storytelling. La máquina de fabricar historias y formatear las mentes* (Pról. M. Roig, trad. I. Bértolo,), Barcelona.

Sorokin, P., 1964: *Achaques y manías de la sociología moderna y ciencias afines* (trad. L. Rodríguez Aranda), Madrid..

Vaz Ferreira, C., 1963a: *Moral para intelectuales*, Obras de Carlos Vaz Ferreira. Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. III, Montevideo [ed. or. 1909].

– 1963b: *Lógica viva*, Obras..., vol. IV [ed. or. 1910; hay también eds. en Losada, Buenos Aires]

– *Obras* en internet: <http://autoresuruguayos.adinet.com.uy/carlos-vaz-ferreira/texto-primeras-ediciones.php>

Wallas, G., 1962: *Human Nature in Politics*, University of Nebraska Press [la ed. orig. es de 1908; la 3ª ed., 1920, añade un Prefacio del autor; en ediciones posteriores, a partir de 1948, se incorpora un *Foreword* de A. L. Rowse],

APÉNDICE

Ubico aquí [a diferencia de su publicación anterior] los excursos donde ofrezco algunas ejemplificaciones más puntuales a propósito de ciertas ideas presentadas a lo largo de este estudio, especialmente para destacar la tan íntima relación que ello guarda con los planteamientos de unos autores muy renombrados en la actual literatura de Teoría del Derecho.

Suplemento [A]

Un ejemplo: *La vertebral falta de referentes empíricos netos –bien diferenciables como tales– en los discursos del tipo «sistémico»-luhmanniano.–*

Véase lo del carácter «autopoiético» en comunicaciones que llevan la denominación *derecho*. Letrero nuevo, aquel, para aspectos por demás conocidos. Sustancialmente (*i.e.*, jerga «sistémica» aparte) ello no es mucho más que venir a re-descubrir la existencia del agua tibia, en materia jurídica, solo que cubriendo las referencias a su liquidez y a su temperatura con unos cuantos letreros altisonantes. Puesto en términos laicos: «descubrimiento» de que, cuando unos locutores jurídicos logran (con aceptación de otros muchos colegas) introducir algunas pautas relativamente nuevas en el seno de ese no menos heterogéneo que multifacético conjunto de pensamientos llamados «derecho», esto suele hacerse tomando en consideración también tales o cuales ideas previas ya ubicadas antes bajo este mismo letrado, llamadas igualmente «derecho».

Luhmann participa así de la común candidez lingüística (pre-analítica) de dar por descontado que: *una* palabra = *un* objeto inequívoco (individual o colectivo o algún ente teórico) bien determinado. ¡«naturalismo» lingüístico! Él suscribe, de tal

manera, la ingenuidad corriente de la dogmática jurídica en cuanto a pre-suponer la existencia de *un* objeto global bien definido, firmemente delimitado como tal –es decir, neta y unívocamente diferenciable, frente a todos los demás objetos existentes (sean materiales o intelectuales o psicoemocionales)–, lo cual sería el «sistema»-Derecho de cada país. De ahí que, en virtud de existir (supuestamente) semejante unitariedad (esencialismo, al fin de cuentas) en lo llamado *derecho*, las teorizaciones sistémicas den por pre-supuesto que hay *el* «adentro» de esa unidad y *el* «afuera» de esta misma; y si bien algo de «afuera» pueda –según esas aproximaciones– llegar a transportarse hacia «adentro», con lo cual en algún momento ese algo pasa a quedar «adentro», ello no quita que las fronteras entre lo uno y lo otro serían siempre *netamente* distinguibles entre sí (ahora comprendiendo también, en el propio interior de uno de ellos, algo que antes no estaba allí mismo). Las teorizaciones de Luhmann con respecto a los fenómenos que se suele llamar jurídicos saltan así por encima, como si tal cosa, de las abrumadoras (y no poco conocidas) evidencias *empíricas* sobre la multivocidad de la palabra «derecho», queda desatendida la enorme heterogeneidad de sus contenidos y la gran irregularidad de gran parte de ellos. En efecto, así se des-conoce que:

«La interpretación jurídica es una *mezcolanza* indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos» (G. Radbruch) [ref. *supra*: n. 41].

«Empezamos preguntando por *el* significado de la palabra “derecho” (dando por sentado que solo tiene uno legítimo), y de allí hay un solo paso –y muy breve– a la pregunta por la “naturaleza” o la “esencia” *del* derecho, pregunta que solo puede ser contestada –presuponemos– describiendo las características de *la* entidad en que *el* significado único [supuestamente] de la palabra “derecho” consiste. Todo ello se ve favorecido por la ambigüedad de la pregunta “¿Qué es

derecho?», en la que no está claro si estamos pidiendo se nos indique el significado (o significados) de la *palabra* “derecho” o que se nos describan las propiedades o características típicas de los *fenómenos* usualmente designados con ella, o alguna otra cosa. Pero es el caso que la palabra “derecho” tiene muchos significados, no *uno solo*» (G. R. Carrió).

«La dificultad de desarrollar *un* concepto “derecho”, cualquiera sea, reside en que ha de incluir una multiplicidad de detalles *inusitadamente diferentes* entre sí. Tal vez resulte posible ponerlos todos bajo un mismo techo mediante alguna designación, pero no veo qué se ganaría con ello. (...) En cierto sentido, el derecho es tan *omnicomprensivo* como la vida...» (K. L. Llewellyn).

A pesar de todo lo palmario que es cuanto advierten estos pasajes transcritos, Luhmann se contenta con olímpicamente hacer abstracción de esa no-unidad del «Derecho». He aquí una afirmación cardinal de dicho autor, insuperablemente reveladora de esta formidable inocencia suya al emplear el lenguaje en que se basan sus planteamientos:

«Es el Derecho *mismo* quien determina cuáles son los *límites* del Derecho; este determina, pues, *qué* pertenece al Derecho y qué no» (curs. [cursivas] añadidas aquí) [«Das Recht selbst bestimmt, was die Grenzen des Rechts sind; bestimmt also, was zum Recht gehört und was nicht» (Luhmann, N., 1993: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp: 5)].

Aun pasando por alto lo notoriamente tautológica que es tal aseveración (lo cual, de por sí, la hace huérfana de todo valor informativo *empírico*), resulta que su autor se conforma con dar tranquilamente por pre-supuesto, sabido *porque sí*, como si fuera algo de lo más obvio, nada menos que cuanto es indispensable empezar por aclarar –¡y hacerlo muy, pero muy bien!– cuando uno entiende referirse a fenómenos *reales*, sean cuales fueren, al decir «Derecho». En efecto, si se menciona «Derecho» en forma tan indiscriminadamente generalísima como lo hace él, lo menos

que puede pedirse, tratándose de un discurso con pretensiones científicas, es que, dada la gran mutivocidad de dicho término, se comience por dejar especificado con nitidez empírica (dije «empírica», ¡concepto «novelado» es otra cosa!): ¿quienes, y sobre todo cómo, serían los tipos de seres humanos capacitados para saber a ciencia cierta qué es y qué *no* es «derecho» en cada ocasión?; y máxime cuando, como es no poco frecuente, hasta los propios juristas (ya sea entre operadores profesionales corrientes o entre autores de doctrina) discrepan al respecto. ¿Qué datos revelados mediante conocimientos *empíricos*, reconocibles intersubjetivamente como tales, ya sea conductas materiales o elementos discursivos, serían los que permiten distinguir inequívocamente ese objeto de conocimiento llamado «el Derecho mismo», supuestamente unitario y único, frente a todo cuanto sea *no*-«el Derecho mismo»?

La respuesta a preguntas tan decisivas como esas para saber cómo descender del «cielo» (*autosemántico*) para arribar a cuanto es la «tierra» (*praxis* de los discursos imputados a esa palabra!) en aserciones sobre lo que se llame «Derecho», sea esto último lo que fuere, brilla por su ausencia –hasta donde tengo conocimiento– en la *iusnovelística* de Luhmann. Mas también en cuanto a los otros «sistemas» señalados por ese autor: «política», «religión», «arte», etc., la *in-definición* en que él deja sus ámbitos *empíricos* propios es similar. Su pre-(y contra-)empírico naturalismo lingüístico le hace dar por descontado, igualmente con respecto a esos otros términos, que asimismo estos tienen respectivamente su ámbito objetual determinado en forma bien neta; vale decir, que los límites específicos que permiten distinguir a cualquiera de esos «sistemas» frente a cualesquiera otros «sistemas» serían tan obvios como la separación entre los respectivos «sistemas» físicos de dos seres biológicos (entre dos animales, entre dos plantas). Así es cómo queda de antemano

establecido en forma *axiomática*, decretado por definición, que los personajes-conceptos de esa saga novelística «sistemas»-sociales no pueden interactuar de ninguna otra manera que presentándose de pleno acuerdo con cuanto para aquellos estime debidamente «sistémico» el ingenio lingüístico de su autor, en las tramas discursivas que armadas con ellos tenga a bien señalar este mismo (u otros teorizadores que apliquen esquemas de estudio similares).

En definitiva, las teorizaciones de Luhmann carecen de los requisitos mínimos de rigurosidad que son indispensables – precisión, contrastabilidad metódico-empírica– para constituirse en una *ciencia* de lo social, ni siquiera entre las «blandas». Nada más lejano a la verdad que pre-suponer, como se dio por sentado en el célebre debate Habermas-Luhmann (1971), que elucidaciones como las de este último puedan servir como «tecnología social» (*Sozialtechnologie*), ni para bien ni para mal. Lo cierto es que estas constituyen un tipo peculiar de ensayos de *filosofía* (pre-analítica) acerca de lo social. Es una metafísica de raigambre hegeliana, si bien son diferentes sus fichas lingüísticas y los órdenes de combinaciones efectuados entre ellas. En sus holísticas novelaciones propias, el comodín central se llama ahora Sistemas, en vez de Espíritu; no menos inefable/ubicuo el uno que el otro, por más que sus respectivas peripecias lingüísticas difieren mucho en cuanto a las historias terminológicas narradas de tales maneras.

Sin embargo, también es cierto que, después de todo, tanto los universos lingüísticos de la metafísica hegeliana como los de la metafísica luhmanniana pueden llegar a contener, en medio de la respectiva *musica di parole* que constituye su tónica dominante, algo así como unos «pincelazos» que incluso apuntan indicios importantes sobre ciertos fenómenos reales de los aconteceres sociales (aun a pesar de todo lo empíricamente

imprecisa que ahí sea la presentación de esos fenómenos, al estar formularla mediante tales jergas). Incluso para estudios realistas sobre lo social pueden merecer ser tomados en cuenta esos «pincelazos», entresacándolos del mar de artilugios verbales en que probablemente vengan insertados; siempre y cuando aquello no consista sobre todo en rebautizar trivialidades –p. ej., lo de la «autopiesis» en cuanto al derecho– o en unas colecciones de minuciosidades secundarias cuyo conocimiento es muy prescindible. Cuando las «sistemo»-presentaciones consiguen vislumbrar, sea como fuere (aun en medio de sus cosmologías lingüísticas propias), aspectos importantes de la realidad social que acaso pasaren inadvertidos (en tal o cual medida) para los científicos sociales realistas, desde luego que aun estos últimos no debieran desaprovechar tales indicios de conocimiento, aunque fueren bastante imprecisos. Por el contrario, habiendo conseguido advertir así estos indicios («pincelazos»), unos estudios realistas harían bien en retomar tales pistas, pero entonces para precisarlas, profundizarlas y ampliarlas, por su propia cuenta: esto es, ubicando ahora el examen sobre esas cuestiones de pleno en el propio nivel de *context of validation* analítico-realista requerido para practicar exámenes ineludiblemente metódico-empíricos al respecto.

En efecto, cuando llegamos a encontramos –¡a veces pasa!– con que unas «novelas» teoréticas han sido pergeñadas por autores singularmente talentosos (*i.e.*, aparte de serlo ellos en cuanto a su fecundidad literaria de inventiva para multiplicar el bagaje de terminologías «técnico»-distraccionistas), entonces es posible que, así y todo, del seno de sus exposiciones sea dable entresacar observaciones agudas. Este último puede ser el caso, p. ej., con respecto al propio Luhmann: en medio de su enredadora terminología de novelación «sistémica», en sus trabajos es dable encontrarse también con sugerencias de

observación perspicazmente realistas, si bien desde este último punto de vista suelen adolecer de sensibles falencias en cuanto a precisión (debidas, justamente, a las vertebrales faltas de delimitación nítida que tienen los conceptos básicos de esas teorizaciones, empezando por su noción misma de «sistema»). Para hacer aprovechables tales observaciones con vistas a estudios socio-*empíricos*, hay que rescatarlas del resto presentado ahí: dejar de lado el cúmulo de clasificaciones despistantes y en general el disfraz-«sistema» con que aparecen entreveradas, para en cambio traducirlas (como «higienizándolas») de modo que estén en condiciones de pasar a formar parte de discursos con contenido preciso y *testable*.

* * *

Sobre los llamados «sistemas» en las ciencias sociales, cf. Haba, 2000: esp. § 6 («Conformación profundamente heterogénea y antinómica del Derecho») y §§ 7-8 («El mito del “sistema”»), págs. 575-585. Esos desarrollos se retoman, con ampliaciones, en Haba, 2006, Sec. C.II.1 («La ilusión de venir a detectar unos “sistemas”»: págs. 231-254); e Id., 2010b, cap. II.4 («Ilusión, en las ciencias sociales, de proceder a detectar unos “sistemas”»). Por lo demás, en cuanto a la multívoca palabra «derecho», *vid.* Haba, 2006: Sec. C.I.1 (esp. 173-180: «Integración proteica de lo que se conoce como “el” Derecho»; allí se encuentran, págs. 173-176, las líneas de Carrió y Llewellyn transcritas más arriba aquí mismo, con sus respectivas referencias bibliográficas).

Suplemento [B]

A modo de ilustración: *Novelística de Ferrajoli* (y su autismo dogmático absoluto).—

Véase este ejemplo (a cuenta de tantos más): «... en un sentido no formal y político sino sustancial y social de “democracia”, el estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que *refleja* [¿realmente?], más allá de la voluntad de la mayoría, los *intereses* [¿reales?] y las *necesidades* vitales [¿cuáles son?] de todos [¿son *efectivamente* «todos»?]» (Ferrajoli, L. 1998: *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 3ª ed.: 864 –curs. y versalitas añadidas aquí–).

A primera vista, esa afirmación podría resultar no poco asombrosa, sobre todo proviniendo de alguien cuyo enfoque es de orden analítico, y máxime por tratarse de un discípulo nada menos que de Bobbio. En efecto, no pocos autores bastante conocidos (J. Schumpeter, Kelsen, A. Ross, el propio Bobbio, etc.) supieron desenmascarar, desde hace muchísimos años, la celestial idea de que pueda verdaderamente haber algo así como unos «intereses» *generales* («... de todos!»), en determinada sociedad-Estado: «Pura y simplemente, no hay ningún interés al que –por ser el interés de unos– no se le oponga un opuesto interés de otros. El llamado interés común, de todos, se puede exactamente comprobar que es una *ficción*...» (Kelsen, 1953: 155, aquí trad. e.p.h. [trad. 1958: 36 s.]). Ante una noción tan fantásica como la pregonada bajo las etiquetas «interés *general*», «Bien *común*» y análogas, esos autores tuvieron clara conciencia, así lo subrayaron en muy conocidos estudios suyos, de que tal «generalidad» no es sino imaginaria. Constituye un disfraz ideológico –y, por añadidura, de los más abrumadoramente confusionistas– frente a los dinamismos sociales reales. Sin embargo, acabamos de leer cómo es reflatada una vez más dicha ficción («los intereses y las necesidades vitales de *todos*»), a título de rasgo esencial del personaje-«democracia», así novelado también por ese autor de moda.

Me he adelantado a señalar, empero, que la extrañeza al respecto no se justifica sino «a primera vista». En efecto, las observaciones de Schumpeter y de los otros autores mencionados se refieren a «democracia» como *realidad*, mientras que enfoques como el de Ferrajoli son de muy *otra* naturaleza. En este último género de teorías, la libertad de pergeñar concepciones concedida a los autores puede libremente ir (novelar) hasta donde mejor le plazca a su propio talante de inventiva teórica, sin más límite que el de no ultrapasar demasiado abruptamente la elasticidad –suele ser bastante amplia– de ciertas tradiciones semánticas muy arraigadas en su disciplina. Bien podría entonces argüirse que, como en verdad esos enunciados de Ferrajoli no hablan de la misma «cosa» que los de Schumpeter, la comparación entre unos y otros es improcedente. Desde tal perspectiva –la consubstancial heterogeneidad entre ambos objetos de referencia– es dable entender que, efectivamente, un tipo de proposiciones como esas enunciadas por Ferrajoli puedan no perder su valor *propio* (noveleril) por el hecho de que sus homónimos en la vida real (extensión) no se comportan así.

En efecto, para apreciar las novelas teóricas no es pertinente, ¡internamente!, que la credibilidad de esas tramas de conceptos se condicione al «principio de realidad» (Freud). Autor exitoso, en *ese* género, es quien haya sabido apostar bien al disfrute cuasi-estético que en sus lectores logre suscitar el encontrarse con los personajes-principios elegidos por aquel, donde la trama armada con estos sea correspondientemente «simpática» como espectáculo para el intelecto: «gimnasia del espíritu» (Jhering). De ahí que, en el episodio de iusnovela transcrito, las peripecias semánticas en que allí consiste la vida propia del personaje conceptual «democracia», incluidas las relaciones con su hermano gemelo «estado de derecho», no tienen por qué parar mientes en qué pase o deje de pasar en las democracias-realidad.

Entre «democracia»-novela (p. ej., la de Ferrajoli) –perteneciente a la saga *law in books*– y «democracia»-realidad (lo examinado por Schumpeter) –*law in action*– hay más o menos tanto parecido como unos que existen, sin duda, entre Superman y cualquier hijo de vecino. Mientras en un cinematógrafo corriente vemos cómo el protagonista-Superman es un ser humano que *vuela*, en nuestro cinematógrafo de criaturas teoréticas vemos cómo la protagonista-Democracia es la organización estatal que saca adelante los «intereses» de *todos*...

Si bien Ferrajoli no ignora, y hasta subraya expresamente (sintonía A), la distinción entre los niveles semántica y pragmática en el desempeño de los discursos, empero acontece que, una vez que él pasa a desarrollar los pródigos meandros en que consisten sus teorizaciones, esa diferencia cardinal desaparece como *propriamente* tal del horizonte dentro del cual se mueven estas por sí solas (sintonía B). Sea o no sea que este autor haya conseguido advertir tal bipartición, lo cierto es que la *pragmática* misma –«mezcolanza indisoluble...» (Radbruch), abundantísimos conflictos de interpretaciones, contradicciones sociales concretas y decisivos factores personales, etc.– de los discursos jurídicos no da allí la cara, sus planteamientos se concentran en unas dimensiones meramente *semántico-ideales* (sintonía B) del pensamiento jurídico profesoral.

De la misma manera, esto es, *sin* salirse básicamente del *propio* tipo de «juegos» de lenguaje a que confina su escenario discursivo dicho autor, resulta que la tónica rotundamente dominante en los estudios «críticos» publicados con respecto a las teorizaciones de Ferrajoli. es que, también en ellos, se trata de unos enfoques cuyas orientaciones son primordialmente de carácter *intra*-«novelístico». Ahí se objetan tales o cuales rasgos de los personajes-conceptos ferrajolianos o de las tramas asignadas a estos, o se prefieren otros, mas sin impugnar el fondo

mismo de *esa* manera genérica de «ver» las cosas. Permanece entonces fuera de foco el papel, absolutamente decisivo, que en tales aproximaciones desempeña la *intellectual fallacy* [*supra*: a la altura de la n. 42] que conforma su eje básico: el pre-supuesto teorético-noveleril fundamental (*intellectualist assumption*) en que de antemano se asientan tal tipo de aproximaciones en general.

Por añadidura, tampoco suele llamarse la atención acerca del nivel tan precario de que, atento a unas *exigencias mínimas de precisión y empiricidad* exigibles para los discursos científicos (también en las ciencias sociales), adolecen los planteamientos de dicho autor: estos consisten, señaladamente, en unas falacias de falsa precisión y asimismo suelen ser inmunes frente a la empiria. Tal orden de planteamientos son minuciosamente «analíticos», sí, pero solo en cuanto configuran una presentación formal *externa* posible: abrumadores cúmulo de clasificaciones (entre el infinito número de estas concebibles), distraccionistas en su gran mayoría. Eso los diferencia de cabo a rabo con respecto a otras formas de *análisis* de los discursos, aquellas en donde las incisiones analíticas son de carácter esencialmente des-novelerador: p. ej., compárese las «pulcritudes» definitorias de Ferrajoli con precisiones *antifabuladoras* como las presentadas por G. R. Carrió en sus conocidos estudios *Notas sobre derecho y lenguaje* (or. 1965) y *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (or. 1970).

En definitiva: llámeseles modernas o postmodernas, o como fuere, a unas u otras de esas conceptualizaciones «técnico»-jurídicas, ya sean las del propio Ferrajoli o las de sus «críticos», lo cierto es que dan cuenta muy poco del derecho-«tierra», como también son inocuas o poco menos para guiar *eficientemente* los discursos jurídicos en sus tareas prácticas efectivas [*supra*: § 5]. Por lo demás, en cuanto a las aproximaciones *analíticas* en general, para no meter dentro de «el mismo saco» aquellas que son esencialmente de algún tipo clasificatorio-formalistas

(ej., Ferrajoli) con otras que tienen carácter esencialmente des-fabulador (ej., Carrió), conviene no perder de vista las fundamentales distinciones señaladas en Haba, 2012: Sec. B.III («¿Qué son, y para qué sirven, los “análisis” de lenguaje?»).]

[*Acotación.*— Véase las variadas contribuciones hagiográficas reunidas en las dos oportunidades en que *Doxa* se ha ocupado especialmente de Ferrajoli: años 2008 (Nº 31: 201-234) y 2011 (Nº 34: *in toto*). Mas considérese también, para lograr advertir las radicales falencias *de fondo* en que se asienta la obra de dicho autor, los análisis —orientados, eso sí, hacia ángulos de captación muy poco frecuentados en Teoría del Derecho— que presenta el estudio al respecto de Salas, 2012: «Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real». Sería muy interesante si alguien quisiera tomarse el trabajo de hurgar, en el seno de esas contribuciones publicadas en *Doxa*, cuáles de las sustanciales observaciones de Salas aparecerían si acaso insinuadas también ya ahí mismo (en dichos exámenes) y mediante qué argumentos estarían desarrolladas entonces, supuesto que sea dable encontrarlas allí: ¿contendrían razones tan o hasta más fundamentales que las ofrecidas por Salas? ¿o tal vez unas que acaso basten y sobren para rebatir de antemano lo señalado por este último? En efecto, hasta donde estoy enterado, al parecer el único estudio crítico publicado que va verdaderamente *a fondo* en cuanto a des-velar la rotunda endeblez de que adolecen los planteamientos centrales de ese afamado autor es este singular (por lo inusitadamente des-velador al respecto) examen del propio Salas. — Y he aquí que aun en este mismo ejemplar de *Doxa* donde se publica este último examen, muy pocas páginas después (819-832), también hay otro comentario «crítico» con respecto a unas ideas de dicho autor; eso sí, en este otro no se toca ninguno de los puntos-eje puestos de relieve por Salas (mas no tenía por qué conocerlos

de antemano ese comentarista). Ahora bien, resulta que en la entrega siguiente de la misma Revista (núm. 36-2013) nos encontramos con unas cuantas páginas de contestación (559-570) por parte del propio Ferrajoli... ¡mas únicamente acerca del segundo comentario! Ni él mismo como tampoco ninguno de los tantos admiradores suyos cuyos comentarios fueron especialmente escritos en su homenaje para dichos núms. 31 y 34 de esta Revista, han considerado del caso efectuar referencia alguna a las observaciones de Salas, y menos que menos tratar de indicar en qué pudieran estar acaso equivocadas del todo o en parte. Aventuro un pronóstico: ¡no lo han hecho ni lo harán! *Et pour cause...*]

Suplemento [C]

Una fórmula vacía más: *El personaje-Richtigkeit* (la «pretensión de *corrección*»).

Se trata de: «... la *Richtigkeit* [lo jurídicamente *correcto*] invocada por Alexy. En la práctica, ese término no significa otra cosa que la verbalización de un sentimiento, el de aprobación hacia unas u otras preferencias valorativas —*cualesquiera sean!*— según las ideologías aceptadas o los intereses personales de los respectivos locutores. La “*Richtigkeit*” (correcto) según unos, es “*Unrichtigkeit*” (incorrecto) para otros, así como la “*Richtigkeit*” de los segundos no es sino “*Unrichtigkeit*” para los primeros. Todos ellos proclaman que debe imperar *la* palabrita “*Richtigkeit*”, claro está, pues a la hora de la verdad no tendrán inconveniente en valerse *a piacere* de tal comodín para cubrir con este término-bandera las preferencias propias y negárselo a las que se le opongán» (Haba, 2007: 502, n. 27). [Por añadidura, Alexy enmaraña todavía más sus manejos —*indistinciones*— de dicha palabra al entreverarla con el término

«verdad», o sea, asimilando cuestiones de falso-o-verdadero (juicios de «corrección» en sentido descriptivo-empírico) con lo que son unos juicios de valor («correcto» en sentido *normativo*).]

Asimismo es enteramente superflua dicha palabra para dirigirse a indagar por qué *no* hay contradicciones netas entre lo que es «correcto» según unos y lo «correcto» según otros, con respecto a tales o cuales soluciones jurídicas; o sea, cuando sí se está de acuerdo sobre la «Richtigkeit» de estas mismas. Desde luego, no todo es motivo de discrepancias entre los juristas. Para estas otras situaciones, las más generales, el término «correcto», si acaso alguien considere del caso que pueda valer la pena invocarlo expresamente, es redundante: no agrega nada sustantivo, simplemente expresa la *aprobación* que en las conciencias de los juristas hallan las normas jurídicas en general y sus aplicaciones en general, o alguna de ellas en particular, cuando existe un consenso de hecho en las costumbres lingüísticas adquiridas para entender aquellas en relación con los tipos de situaciones mentados convencionalmente de esa manera. Empero, saber cuáles son los motivos *reales* –de carácter ideológico o de naturaleza «técnico»-dogmática o unas razones empírico-instrumentales o de raigambre circunstancial o cualesquiera otros factores mentales– a que tales consensos o disensos obedezcan, en un caso dado o en una generalidad determinada de estos, es harina de otro costal. Cualesquiera fueren tales motivos, ya sea racionales o emocionales, el hecho de que a esas soluciones se le coloque encima la etiqueta «correcto» no influye ni mucho ni poco para determinar en *qué* consistan aquellos.

La verdadera cuestión, siempre, no es el uso de dicha etiqueta por sí, sino las razones (sin excluir preconcepciones ideológicas, prejuicios personales y demás) de fondo, ¡estas en sí mismas!, por las cuales se acepte o se rechace determinada solución jurídica. La ventilación de tales razones no gana en

nada, antes bien viene a ser disimulada, encarando esos asuntos bajo el hipervago comodín retórico: «pretensión de *corrección*». En definitiva, la palabra «Richtigkeit» es una fórmula vacía. Por eso ella resultó aplicable, por ejemplo, tanto para calificar así (en su momento) o serle denegada (tiempo después) a las resoluciones de los tribunales alemanes que eran tomadas siguiendo las leyes racistas del Tercer Reich,, como también para legitimar las del Tribunal de Nuremberg o impugnarlas, según cuáles fueren las preferencias ideológicas de los intérpretes respectivos. Sirve para *cualquier* resolución jurídica, bajo *cualquier* ordenamiento de derecho (incluso las sucesivamente cambiantes de un mismo país: véase la fundamental monografía de Rüthers, 1973 –trabajo bien conocido en Alemania, sobre el cual Alexy pasa simplemente en silencio–).

Si bien se mira, esas controversias profesoras a propósito de dicho término no contienen mucho más, al fin de cuentas, que unas disputas sobre *cuestiones de palabras* [cf. Vaz Ferreira, 1963b], donde cada parte presenta sus propias definiciones *estipulativas* como si estas fueran algo así como definiciones *reales* de los términos en cuestión [véase también *supra*: n. 23]. El término «Richtigkeit» no es, en relación con la práctica jurídica, más que una tautología, puesto que él no aporta ningún orden de criterios *intersubjetivos* para distinguir nada de nada en cuanto a los contenidos *efectivos* de los discursos en cuestión. Por cierto, tampoco se trata de algo así como una «idea regulativa», en el sentido kantiano, pues, desde luego, no es lo mismo principio *regulativo* que fórmula *vacía* o que un *sentimiento*.

[Nota.– Las falacias de Alexy en torno a ese asunto se encuentran nítidamente puestas de manifiesto, con máximo lujo de detalles, en García Amado, 2011. Mas las sucintas anotaciones que he presentado yo aquí no se inspiran en ese minucioso

análisis (sin perjuicio de que pueda haber coincidencias de fondo entre ambos).

Suplemento [D]

Addendum: *Férreo dogmatismo metodologicista* (con base, también, en el consabido pre-juicio de ilusionismos geometristas denominado: «sistema» jurídico).—

El caso que examinaré carece de todo interés por sí mismo. Voy a recoger algunas líneas de un texto que, aun cuando no importa ni mucho ni poco, empero me parece ilustrativo como ejemplo para poner sobre el tapete esa manera de pensar de que él es simplemente tributario, uno más entre tantos.

[Ese texto se refiere a mi estudio «Semiótica ilusionista...» (Haba, 2000). El primero es un informe negativo con respecto a este último, dictaminado así cuando este trabajo fue rechazado antes por otra revista de la materia. Pero aquí prescindiré completamente de la cuestión del *animus censurandi* al respecto. Voy a destacar lo principal (con unos énfasis míos señalados mediante cursivas y versalitas) de la argumentación sustentada por el autor de ese informe; no con vistas a defender tal estudio mío, sino porque *esos* argumentos son muy sintomáticos, a mi juicio, con total independencia de que exista dicho estudio (tanto daría, para cuanto trato de hacer ver aquí, que este no hubiera sido escrito). Lo interesante son nada más los contenidos teóricos *en sí mismos* postulados como verdades *a priori* por ese académico, el consultado, con respecto a quien el director de dicha revista no omitió señalarme: «Let me assure you, however, that the person who read your paper is a *well-qualified scholar* in (legal) philosophy...» (curs. añadida). Por desdicha, este «scholar» no aceptó mi proposición de discutir conmigo públicamente sobre *sus propios* postulados teóricos básicos, estos de orden

absolutamente (mejor dicho, absolutísticamente) general invocados por él como Artículos de Fe Intelectual *sine qua non*. Se sobreentiende –según él– que *todo* «schollar» no puede menos que inclinarse a venerar incondicionalmente esos postulados *mismos* si ha de estar habilitado para abrir juicios académicamente presentables sobre cuestiones de semiótica jurídica.^{60]}

Si considero pertinente recoger tales observaciones, aun siendo de autor anónimo, es porque las postulaciones teóricas que ahí se dan por obvias, como pre-supuestos válidos *en sí y por sí*, son ampliamente compartidas por muy buena parte de las aproximaciones imperantes en la disciplina Teoría del Derecho. Helas aquí:

«La segunda parte del ensayo, “Precisiones terminológicas” [Haba, 2000: § 3] debe suprimirse. Haba afirma que los términos “semiótica”, “racionalidad”, “sistema” y “derecho” poseen un puro significado convencional, y que enfrascarse en una discusión semántica sobre ellos poco o nada contribuye a su propia temática. (...) Esta tesis se presta a malentendidos: ¿es posible una crítica de la semiótica jurídica racionalista en ausencia de un concepto alternativo del derecho y del acto jurídico (en sentido latísimo, es decir, que coincide con un enfoque pragmático del derecho)? (...)

«... se entremezclan y confunden dos aspectos que han debido distinguirse nítidamente: la *efectividad* y la *validez* normativa del derecho. Ningún análisis semiótico, ni siquiera el así llamado “realista-crítico”, puede evadir una discusión sobre la *normatividad* jurídica sin que abandone la pretensión de ser un análisis *semiótico* del derecho. Pero precisamente aquí surge un problema capital para el proyecto de Haba: ¿existen normas jurídicas “*sueltas*”? ¿No pertenece a la esencia de *toda* norma, como lo muestra Kelsen (con quien Haba parece simpatizar...), que ella *se deriva* de una norma superior y, en última instancia, de una norma suprema (*Grundnorm*)? En otras palabras, ¿no implica la validez normativa del derecho que este es siempre un *orden* jurídico, la *unidad* de una multiplicidad de normas? Si esto

⁶⁰ Con respecto al asunto de la censura para estudios «exageradamente» críticos, en publicaciones de Teoría del Derecho, véase también Haba, 2011b (esp. 188 y 198-n. 46) y 2013 (esp. n. 128).

es así, ¿no es la noción de “sistema” *fundamental* para todo análisis semiótico del derecho? Más enfáticamente: ¿es en absoluto *posible* una teoría (semiótica) del derecho que no postule la unidad de su objeto de conocimiento?» [todos los énfasis están añadidos por mí, e.p.h.] .

Vale decir que, para el «well-qualified scholar» autor de ese comentario, cuentan como Verdades absolutas los postulados siguientes (sí, nótese bien, estos son invocados ahí a título de axiomas *in*-discutibles, ¿no menos válidos *apriorísticamente* que las categorías propias de unas elucidaciones de doctrina teológica!):

- 1) sería indispensable, para poder efectuar con tino *cualquier* tipo de examen de semiótica jurídica, pre-establecer un (¡uno solo!) concepto unívoco (exhaustivo, al parecer) de qué sea *el* «derecho»;
- 2) resultaría inconcebible toda posibilidad de acierto para los contenidos de cualquier estudio sobre discursos jurídicos si en él «se entremezclan y confunden dos aspectos que deben distinguirse nítidamente: la *efectividad* y la *validez* normativa del derecho» [mas eso de modo *tal* que, en virtud de todo lo que sigue (y a falta de cualquier otra aclaración al respecto), al parecer se quiere decir que «la validez normativa» en nada dependería de cuestiones de «efectividad», o sea, que es asumido como pre-supuesto absoluto la plena *autonomía* —*iusnovelación!*— de lo segundo (semántica) con respecto a lo primero (las pragmáticas discursivas respectivas)];
- 3) «... la *esencia* [¡¡ ¡!] de toda norma» consiste en «que ella se deriva ... en última instancia de *una* [¡¡ ¡!] norma suprema»;
- 4) se tiene por incuestionable, asimismo, que de no ser aceptado el dogma precedente (3), tal negativa

conllevaría (¡necesariamente!) el venir a sostener que «existen normas “*sueeltas*”» [*i.e.*: pues supuestamente entienden, los negadores de dicho dogma, que entonces serían normas «*sueeltas*» *todas* las del derecho o en todo caso una buena parte de estas –el texto no aclara si quiere decir lo primero o lo segundo, pero la objeción de principio es clara –)];

- 5) plegarse a «... la noción de “sistema” es indispensable para *todo* análisis semiótico del derecho»;
- 6) de ahí que «la validez normativa del derecho implica que este es *siempre* ... la *unidad* de una multiplicidad de normas», por lo cual «es en absoluto [*im*] posible una teoría (semiótica) del derecho que no postule la *unidad* de su objeto de conocimiento»;
- 7) si no se presta fidelidad a estos postulados (1-6), se caería ni más ni menos que en «*evadir* una discusión sobre la *normatividad* jurídica», o sea, tal herejía implicaría *indefectiblemente* que se «abandone la pretensión de ser [ese examen herético] un análisis *semiótico* del derecho».

Desde luego, no puedo proceder a efectuar ahora un verdadero análisis de estos dogmas básicos (también hay varios más en dicho escrito de este «well-qualified scholar»). Lo cierto es que al fin de cuentas son, todos ellos, unos *convencionalismos* doctrinarios asumidos como verdades a priori en *ciertos* círculos académicos, entre la amplia variedad de enfoques existentes para la materia Teoría del Derecho. Lo que me importa subrayar aquí no son sus falacias por ser tales, en esas aseveraciones, sino sobre todo el efecto anejo: la absolutización parateológica de que esos dogmas suelen ser objeto en dichos círculos (análogamente al carácter *soberano* –esto es, independiente de condicionamientos de veracidad empíricos– que para establecer la sustancia de

su propio relato tiene cada escritor de novelas). Aun bajo la hipótesis de que semejantes apriorismos fueren justificados, total o parcialmente, aquello sobre lo cual estoy tratando de llamar la atención no sería menos cierto, esto es: la condición de que, una vez instalado el pensamiento teórico en esos órdenes de enfoques, la tentación de asumirlos en forma *parateologal* es tanto mayor cuanto más amplia sea la orfandad de conocimientos sobre otros puntos de vista que también aparecen sostenidos en la materia (incluso por parte de autores bastante conocidos), señaladamente acerca de unos criterios básicos donde *no* cuentan los pre-juicios fijados por tales idealizaciones. Es justamente eso –desconocimientos fundamentales sobre la existencia de *otras* vías de aproximación no menos metodológicamente posibles que la preferida por uno mismo + dogmatismo parateologizante como expediente de inmunización para no tener que rendir cuentas discursivo-*pragmáticas* acerca de esta última– lo que se presenta tan nítidamente ejemplificado por el cerrado dogmatismo metodologista expuesto en dichas tesis de nuestro «well-qualified scholar» (muy de acuerdo, claro está, con la ruta que le han marcado tantos otros estudios de moda).

Atento a cuanto se formula en esas tendencias, y máxime si no pasamos por alto qué cuestiones fundamentales no se someten a discusión allí (ni siquiera para criticarlas), cabe estimar como bastante poco probable que la generalidad de esos «scholars», los del propio círculo académico hiperespecializado (en desplegar ciertas «técnicas» teórico-noveleriles), alcancen ni siquiera a sospechar lo puesto sobre el tapete en exámenes fundamentales sobre la discursividad jurídica cuyos *approachs* no se inclinan ante semejantes apriorismos. Pasa así, quiérase o no, por más que algunos de los autores afiliados a estas últimas orientaciones, las muy poco o nada «sistémico»-crédulas, son

conocidos incluso internacionalmente (p. ej., desde luego no son unos desconocidos varios de los escritores indicados en mis publicaciones, no obstante que sus planteamientos van en sentidos contrapuestos a aquellos dogmas reverenciados por el «well-qualified scholar»). Por encima de todo, el asunto no reside tanto en saber si se está de acuerdo o no con ciertas concepciones ajenas —en nuestro caso, las semiótico-«celestiales» vs. las semiótico-«terricolas»— sino en advertir que, cuando unos apriorismos teóricos están tan parateologalmente arraigados en la «scholar-mind» respectiva, las alternativas intelectuales incompatibles con esos dogmas no resultan ni siquiera concebibles. No pueden serlo, en efecto, cuando el *horizonte* teórico («cielo») ha sido tallado académicamente de modo tal que toda «validez» normativa no puede calibrarse sino de acuerdo con las condiciones propias de un universo discursivo que es meramente *semántico-sistemático*.

* * *

No puedo dejar de indicar, aunque sea de la manera más aforística, algunos sitios en donde están a mano aclaraciones fundamentales para des-teologizar dichos dogmas. [En las publicaciones que señalaré pertenecientes a mí mismo, ahí se incluyen también las referencias a otros autores, algunos de ellos no poco renombrados internacionalmente, cuyos desarrollos van en el sentido, básicamente, de lo subrayado también en aquellas.] Retomaré el mismo orden de la enumeración que acabo de efectuar en cuanto a esas tesis parateologales. Mi propósito es apenas el de poner en evidencia que, contrariamente al carácter de Verdades absolutas que al respecto suele pre-suponerse en las teorizaciones iusformalistas, se trata ni más ni menos que de unos puntos de vista *convencionales*, o sea, ni más ni menos discutibles que cualesquiera otros (realistas o no) de los planteados en

estudios sobre esa materia. En efecto, para su des-teologización basta con no perder de vista que:

- 1) Es falso, o al menos discutible (y muy discutido), que sea dable obtener algún sentido *único* de qué sea «derecho»⁶¹.
- 2) En contraposición con tal estrangulamiento *a priori* de las posibilidades para efectuar elucidaciones semióticas, no faltan numerosos estudios en donde el análisis de las condiciones de los discursos normativos *no* se constriñe a su mera «gramática» semántica (*intentio*), sino que hasta la *valía* teórica misma de estos se hace depender también de su *pragmática* (extensión) [véase, p. ej., muchos de los exámenes que pertenecen a la conocida corriente *Critical Legal Studies*⁶²].
- 3) Del *esencialismo* en general, y máxime sobre el de tipo normativista, lo menos que puede decirse es que recibe múltiples objeciones, tanto dentro como fuera de la Teoría del Derecho⁶³. Por cuanto se refiere en particular al asunto de la supuesta «norma suprema», es el punto más débil y también el más ampliamente discutido sobre los planteamientos de Kelsen (finalmente lo dejó de lado hasta él mismo). [Son innumerables los estudios con respecto a dicho artificio kelseniano. De todas maneras, lo cierto es que esa suerte como de «principio de razón suficiente» para el derecho no ha sido necesario jamás, ni lo podría llegar a ser (eso sí, el propio Kelsen advierte que tal norma es «hipotética»),

⁶¹ Cf. Haba, 2006: Sec. C.I.1 (o 2012: Sec. D.I.1).

⁶² Cf. Pérez Lledó, 1996

⁶³ Cf. la amplia discusión al respecto en Haba, 2010a: Sec. C.I (o 2012: Sec. D.II.4 + tomo. III-Tema 8).

para el desempeño de los razonamientos jurídicos reales: ¡remember Radbruch! («... una mezcolanza indisoluble de ...».)]

- 4) En este punto nos encontramos ante un bien patente *non sequitur*: por negar la existencia de *un* «sistema» general y único de normas (cualquiera fuere este), en modo alguno se sigue que no puedan haber relaciones (¡de múltiples especies!) entre *ciertas* normas, según los casos o tipos de casos. Ahí el paralogismo (falsa oposición⁶⁴) consiste en plantear una disyuntiva de simplemente sí-o-no, a título de única alternativa posible: o *todo* es un «sistema» o *todo* son «normas sueltas».
- 5) Imaginarse el discurso jurídico como «sistema» constituye una pre-concepción teórica, de la estirpe «geometrista»⁶⁵, que es por lo menos discutible (y discutida): sobre todo lo es a la luz de análisis que no se saltean lo señalado por autores tan conocidos como Ogden y Richards, Wittgenstein y Waismann, etc. [por lo demás, también unos juristas peculiarmente lúcidos (Kantorowicz, Frank, Llewellyn, etc.) supieron muy bien darse cuenta de ello]⁶⁶.

⁶⁴ Cf. Vaz Ferreira, 1963b: cap. «Errores de falsa oposición».

⁶⁵ «... a veces la gente [inclusive, muy a menudo, las teorizaciones en las ciencias sociales] hasta evita, se defiende, diremos, de que se le den datos que la compliquen, como si tuviera miedo a la complejidad real de las cosas, que desconcierta sus juicios, que quita a estos su simplicidad y su geometrismo» (Vaz Ferreira. 1963b: en el cap. «La falsa precisión», p. 131).

⁶⁶ Cf. Haba, 2000: §§ 7-8 («El mito del “sistema”»). Ese examen mío, se encuentra desarrollado más ampliamente en Haba, 2006: Sec. C.II.1 («La ilusión de venir a detectar unos “sistemas”»); revisado, y con anotaciones complementarias, en Haba, 2010b, cap. II.4; o véase 2012, Sec. E.I.1 («La ilusión de venir a detectar unos “sistemas” —conformación muy heterogénea, contradictoria y variable de las conductas humanas y de los discursos correspondientes—») + VI.a en esa misma Sección.

- 6) El término, «unidad» no tiene contenido *proprio*. Su alcance depende de la perspectiva –¡opcional!– en que se ubique quien lo utilice; al punto tal que puede servir para designar prácticamente cualquier cosa⁶⁷, salvo cuando se le hace objeto de netas precisiones específicas para el contexto al cual sea referido –lo cual, por cierto, no suele darse en ese tipo de teorías⁶⁸. De ahí que las aplicaciones de una fórmula vacía como «*unidad* de su objeto de conocimiento», para referentes tan enormemente heterogéneos y en buena medida contradictorios entre sí como los abarcados por el término-comodín «derecho» [*supra*: punto 1], resultan muy discutidas en la práctica (múltiples conflictos de interpretaciones); así es cómo, después de todo, semejante «unidad» viene a ser esencialmente una verbalización retórica para disimular doctrinariamente las innumerables *antinomias* que pone de manifiesto la pragmática (¡tierra!) del membrete «derecho»⁶⁹.
- 7) Como queda en evidencia por lo indicado en los seis números anteriores, si bien se puede creer en tales presuposiciones (de hecho, es abundantemente creído en la Teoría del Derecho), en cambio es rotundamente falso afirmar que ellas constituyan por fuerza la única posible «pretensión de ser un análisis *semiótico* del derecho». Tal pretensión, la de constituir la «única» vía legítima intelectualmente para abordar exámenes de esa materia, no se puede asumir sino en virtud de asignarle el carácter de Verdad metodológica absoluta, su unción cuasiteológica, a las pre-concepciones

⁶⁷ Véase, p. ej., un pasaje como el señalado por Vaz Ferreira, 1963b: 144.

⁶⁸ Cf. al respecto Haba, 2001/2009: § 5.

⁶⁹ *Vid.* Haba, 2006 (Sec. C: §§ I.1 y II.1) y 2008 (esp. Secs. C, D, H.2 e I.2-3).

específicas de *unas* (aunque sean mayoritarias) entre las corrientes doctrinarias al respecto –precisamente aquellas que apartan la vista, iusnovelaciones, frente a las dimensiones lingüístico-*pragmáticas* que tienen los discursos normativos considerados–.

Estas puntualizaciones que he enumerado no pretenden demostrar sino lo siguiente: el aceptar los dogmas (1-7) recogidos por el «well-qualified scholar» no es condición *sine qua non* para todo examen de semiótica jurídica. Única y exclusivamente lo es para quienes se resuelven de antemano a depositar su *fe* en tales dogmas, ni más ni menos; y entonces, como consecuencia, pueden así llegar hasta al extremo (como nuestro «well-qualified scholar») de clausurarle la palabra –cuando eso está al alcance de académicos tan encerradamente dogmáticos– a quienes no acepten someterse a semejantes Axiomas divinizados por sus propias capillas. – La preferencia por consagrar los esfuerzos teóricos a cierta iusnovelística es una decisión personal, desde luego que muy respetable. Como también es una decisión, no menos contingente pero (diría yo) bastante menos respetable, la de exigir que esta preferencia venga a ser inmunizada invocándola a modo de Verdad absoluta para esa disciplina. Y si bien esto último no es, en el plano lógico, una consecuencia propiamente necesaria en toda novela de conceptos jurídica, resulta que, de hecho, la inclinación a presuponerle esos atributos esencialistas, parateológicos, a los categorías básicas de esas teorizaciones constituye una tentación muy fuerte entre los cultores de tales orientaciones. De ahí que para nada resulte extraño que entonces esos académicos recurran, para autolegitimarse, a tal o cual túnica pseudocientífica de fundamentalismo –¡exclusivismo!– *metodologista* (así el ejemplo analizado aquí). [Sobre el asunto del

metodologismo, véase: Haba, 2006 (Sec. B.III.) y 2010b (cap. II y *passim*); o 2012, Sec. C.III.]

Nota.— No entiendo afirmar que indefectiblemente las siete tesis objetadas en este *Addendum* correspondan todas ellas, ni que sean por fuerza sustentadas allí con tal dogmatismo, a la respectiva orientación teórica propia de cada uno de los autores que a lo largo del presente estudio menciono con nombre propio como ubicables dentro del gran género de los estudios de tipo «iusnoveleril». Sin embargo, da toda la impresión de que, vistos los planteamientos que efectúan esos autores, muy buena parte de tales ideas son sustentadas en principio, al menos implícitamente, ya por ellos, incluso si estos mismos no entiendan adjudicarles dicho alcance fundamentalista; pero no poco a menudo este último se da en cuanto a muchos de sus epígonos (así en el ejemplo aquí examinado). De todos modos, la pregunta más inquietante, ya de orden muy general (censuradores aparte), es ni más ni menos que la siguiente: ¿cuáles de dichas siete tesis *no* se compaginan, acaso, con ideas básicas sustentadas por unos u otros autores principales de las corrientes iusteoréticas «noveleriles»?

CAPÍTULO II



¿PODEMOS CONSIDERAR CIENTÍFICA LA DOGMÁTICA DEL DERECHO? ¹

Oscar Sarlo ²

1 Introducción

Tradicionalmente el interés epistemológico de los juristas no pasaba de preguntarse acerca de si “el derecho es ciencia”, y en caso afirmativo “qué tipo de ciencia”.

Esta *vexata quaestio* ocupó muchas energías, sin resultados claros, por la sencilla razón de que está mal planteada.

En primer lugar, porque no nos especifica qué significa allí “derecho”: no nos aclara si refiere a *las normas sociales impuestas coactivamente*, los *discursos que producen los operadores*, la *dogmática*, o alguna otra entidad.³

En segundo lugar, la pregunta es engañosa porque parte de un concepto de ciencia determinado, que no especifica ni discute.

Por consiguiente, no era raro que se llegara a resultados nulos. Todo siguió igual: los epistemólogos de las ciencias consolidadas ignoraron a la “ciencia jurídica” porque no podían comprender qué tipo de ciencia practicaban los juristas, o simplemente porque la consideraron una no-ciencia; por contrapartida, los juristas siguieron ignorando olímpicamente el

¹ Trabajo preparado para ser presentado al I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica, 23-26 de setiembre de 2014, en la Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC.

² Catedrático de Filosofía y Teoría del Derecho, Facultad de Derecho (UDELAR); Régimen de Dedicación Total (CSIC, UDELAR); Investigador Nivel II (ANII, SNI); Académico de Número (Academia Nacional de Letras).

³ Acá se puede tomar analíticamente la clasificación de los discursos que realiza Haba.

campo de la epistemología, y pudieron desentenderse de discutir sus supuestos; simplemente siguieron reivindicando el carácter científico de sus académicos (al menos), y más aún, el mérito de ser una de las más antiguas ciencias de la humanidad.

La irrupción del programa de teoría del derecho kelseniano, deja planteado el problema en otros términos. Kelsen eleva la discusión al plano de la epistemología, y busca analogías o construye modelos teóricos comparables con el de otras ciencias. Al menos reivindica el modo de construir teoría que es común a otras ciencias, sin dejar de señalar sus especificidades.

Después de un siglo de desarrollo del programa teórico del derecho ⁴, disponemos de una impresionante acumulación de conocimientos sobre el derecho, que los grandes juristas del pasado jamás hubieran soñado.

2 Una situación escandalosa

2.1 Planteamiento del problema

No obstante esa acumulación de conocimiento teórico, asistimos a un hecho que no dudaría en considerar *escandaloso*. La mayoría de la producción dogmática en el campo jurídico, y yo diría la casi totalidad en latinoamérica, se desarrolla con un olímpico desconocimiento ⁵ de esa teoría del derecho. Más aún: en aquéllos casos en que los dogmáticos citan textos de doctrina,

⁴ Tomo convencionalmente como fecha de arranque del programa teórico kelseniano a la aparición de los "Problemas capitales de la Teoría del Estado, analizado desde el punto de vista de la norma jurídica", acontecida en 1911.

⁵ Uso aquí el verbo "desconocer" no en el sentido de "no conocer", sino más bien de "Darse por desentendido de algo, o afectar que se ignora" (Dicc. RAE). Es decir, no estoy afirmando que nuestros dogmáticos no conocen la teoría contemporánea del derecho, sino que proceden sin tomarla en cuenta siquiera, o haciendo como que no existe.

lo hacen básicamente como parte de una retórica destinada a persuadirnos de su ‘modernidad’ o ‘actualidad’, pero no vemos que se haga un uso serio de la teoría. Es decir, hoy es bastante corriente que doctores o jueces citen a Alexy o a Dworkin o a otros teóricos importantes, pero es seguro que de ellos sólo se toman frases sueltas, sin que haya una ‘recepción’ seria de sus concepciones y supuestos.⁶

Esto, si fuera cierto, sería un hecho escandaloso porque significaría que nuestros estudios universitarios, destinados a formar profesionales con ese nivel de autonomía del saber, recibirían formación desconectada del “estado del arte” en su campo disciplinario. Esto es, nuestras facultades de derecho estarían haciendo una trasposición didáctica de concepciones del derecho perimidas.

2.2 Ejemplifiquemos con un caso, entre muchos posibles

Mientras preparaba mi participación en este Encuentro, me propuse ubicar algún libro muy prestigioso y difundido en la enseñanza dogmática; una rápida revisión en internet me llevó a uno de los libros más utilizados por los estudiantes brasileños para preparar Derecho Civil: el texto del Profesor y ex-Magistrado Silvio Venosa⁷. Afortunadamente hallé uno de los volúmenes,

⁶ Para una corroboración interesante de este aserto, puede verse: Fausto Santos de Moraes, *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, Tesis de doctorado, Unisinos, 2013. Analizando 189 fallos de los últimos 10 años, el tesista demuestra que más allá de invocarse la ponderación de Alexy, en la realidad el STF utiliza una ponderación que nada tiene que ver con el modelo del teórico alemán.

⁷ El prof. Silvio [de Salvo] Venosa es egresado de la Faculdade de Direito de la Universidade de São Paulo (1969). Concluyó el curso de Direito do Consumidor en la Comunidad Europea en la Univ. de Louvain-la-Neuve, Bélgica (1993); concluyó posgrados por la Univ. de São Paulo y por la Pontificia

del cual voy a tomar un punto crucial para realizar un test de actualidad teórica: el capítulo destinado a interpretación de los negocios jurídicos. Expresa allí el autor:

“Há ponderável paralelismo entre a interpretação da lei e a dos negócios jurídicos. Em ambas as situações procuramos fixar o verdadeiro sentido da manifestação de vontade. Só que a lei tem sentido geral, é dirigida a número indeterminado de pessoas, enquanto o negócio jurídico é particular, dirigido apenas ao declarante e ao declaratório de vontade. O hermeneuta, portanto, apesar de usar de técnicas similares, deve ter em vista sempre essa diferença.

Interpretar o negócio jurídico é determinar o sentido que ele deve ter; é esta belecer o conteúdo voluntário do negócio. Interpretar consiste, em última análise, em aplicar o Direito. Interpretar e aplicar o Direito no caso concreto são ações conjugadas uníssonas. Não há outro interesse na interpretação senão buscar a melhor aplicação da norma.

A declaração de vontade é constituída por dois elementos: o elemento externo (a declaração propriamente dita) e o elemento interno (o substrato da declaração; a vontade real). O ideal é que haja coincidência entre a vontade interna e a declaração, aspecto externo. Pode ocorrer, porém, divergência ou equívoco entre a vontade real e a declarada, por falta ou desvio dos elementos em que se desdobra a primeira. Nesse caso, impõe-se a interpretação, isto é, a busca do sentido que trará efeitos jurídicos. Essa interpretação, em princípio, cabe ao juiz que, ao defrontar-se com o caso concreto, deverá interpretar a vontade dos declarantes para aplicar o Direito. Por isso é dito que o problema da interpretação do negócio jurídico é fenômeno psíquico, porque se cogita de adentrar no psiquismo do declarante; bem como jurídico-processual, pois cabe ao juiz fixar o “verdadeiro sentido” da declaração de vontade, em sua atividade jurisdicional. Geralmente, a interpretação do negócio jurídico é exigida quando se torne necessário deslindar uma controvérsia em ação judicial. No entanto, o primeiro intérprete será sempre o interessado, envolvido no negócio, ou o advogado que o aconselha.

O juiz, destinatário último das regras de interpretação, fica preso a dois parâmetros, dos quais não pode fugir: de um lado, a vontade declarada, geralmente externada por palavras; de outro lado, é levado para a possibilidade de investigar a verdadeira “intenção do agente”. Nessa atividade mental, o juiz não pode se descuidar de que

a palavra externada é garantia das partes. Afinal, quando se lavra um documento, tem-se a intenção de sacramentar negócio jurídico e as partes procuram afastar qualquer dúvida que possa advir no futuro. E claro, também, que na mente do intérprete deve estar presente o princípio da boa-fé objetiva, como veremos, que deve nortear todo negócio jurídico. No entanto, ficar preso tão só à letra fria das palavras, ou de qualquer outra forma de externação ou exteriorização do pensamento, pode levar a situação de iniquidade. Em razão disso, não pode ser desprezada a possibilidade de o julgador também levar em conta a vontade interna do declarante. Sabemos muito bem que, por melhor que dominemos o idioma, as palavras podem não se amoldar exatamente ao que foi pensado; podem falsear o pensamento ou, como frequentemente acontece, dar margem a entendimento dúbio por parte dos declaratários.”⁸

Al igual que podría haber sucedido con la mayoría de los textos de dogmática jurídica en mi país o el resto de América Latina, este pasaje trasunta unas concepciones ingenuas acerca del lenguaje, la interpretación y la normatividad,⁹ que seguramente el propio autor no cree verdaderas. Enseñar esto a un estudiante de derecho en el siglo XXI es algo así como si un profesor de astronomía siguiese enseñando que el sol gira alrededor de la tierra...

Pero vayamos a lo concreto ¿por qué esta situación es *escandalosa*? Enumeraré tan solo algunas observaciones críticas:

- a) se postula la existencia de un “*verdadero sentido de la manifestación de voluntad*”, pero ¿qué teórico contemporáneo de la interpretación jurídica sustentaría la idea de que hay un sentido verdadero

⁸ Capítulo 21, Interpretación dos Negócios Jurídicos, pp. 389 y ss.

⁹ Una crítica radical de las concepciones ingenuas acerca del lenguaje es la desarrollada por Enrique P. Haba en numerosas obras; aquí me limito a recomendar: Haba, E. P., El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico, 2 ts., San José, Vlamarán, 2003.

en las manifestaciones de voluntad? ¹⁰ Como dice Guastini, “que todo texto normativo exprese uno y solo un significado unívoco y preciso, susceptible de conocimiento es, para cualquiera que conozca la práctica doctrinal y jurisprudencial, una tesis francamente contraintuitiva y tal vez no interesante” ¹¹

- b) se postula que el objeto de la interpretación es la “voluntad”. La noción de voluntad en el derecho ya había sido objeto de una crítica demoledora en la monumental tesis inicial de Kelsen ¹² donde demuestra con sólidos argumentos que la interpretación normativa del derecho no puede vincularse con la noción psicológica de ‘voluntad’. Pero, además, modernamente ha sido problematizada con recursos epistémicos más actuales. ¹³
- c) un poco más adelante, el autor introduce otra idea algo diferente: “*Interpretar o negócio jurídico é determinar o sentido que ele deve ter*”. La pregunta que surge es ¿de dónde surge ese sentido “debido”? ¿cuál es la fuente de ese “deber” de sentido? No lo sabemos porque el autor no lo explicita. ¿Serían las reglas del propio lenguaje? En este caso, resultaría la curiosa teoría de que el derecho sería un sistema normativo subordinado al

¹⁰ Aclaro, aunque pienso que ello sería innecesario, que ni siquiera podría incluirse a Dworkin en esta línea de pensamiento, pues su tesis es que en el derecho siempre hay “una única respuesta [moralmente] correcta”, pero esa tesis refiere a la decisión del juez y no a la interpretación de las reglas.

¹¹ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 358.

¹² Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, 2º ed. 1923, traducido al español como: *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado*, México, Porrúa, 1987.

¹³ Véase, por ejemplo: Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introducción al Estudio del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 236 y ss.

sistema normativo del lenguaje, y los lingüistas serían los mejores candidatos a juristas. Si el deber de sentido proviniera del propio sistema jurídico, entonces, parecería que se cae en un círculo vicioso o situación paradójal que a nada conduce.

- d) pero, como un profesor formado intelectualmente y experiente tiene conciencia del asunto, resulta que al final *“Interpretar consiste, em última análise, em aplicar o Direito”*. Pero entonces, es claro que interpretar ya no tiene que ver con la voluntad ni con el sentido de ésta: se identifica lisa y llanamente con la aplicación del derecho, que es una acción del juez.
- e) agrega, luego, que se trata de una aplicación que expresa preferencias del aplicador, porque en ella se trata de *“buscar a melhor aplicação da norma”*. La expresión “la mejor” no deja dudas de su carácter valorativo, y por ende, en alguna medida subjetivo. Ya no importa tanto la voluntad del emisor de la declaración normativa (ley o negocio) sino las preferencias del aplicador (sean personales o institucionales, no importa).
- f) pero, nuevamente, la exposición tiene un giro, y se vuelve a la naturaleza psicológica de la interpretación: *“o problema da interpretação do negócio jurídico é fenómeno psíquico, porque se cogita de adentrar no psiquismo do declarante”*. O sea, comenzó con una concepción psicológica de la interpretación, luego pasó por una función pragmática, pasó luego a una concepción moral, para finalmente volver a la dimensión psicológica, con lo cual los mejores candidatos a juristas vuelven a ser los psicólogos.
- g) al describir la situación del juez, dice correctamente en consonancia con toda la teoría contemporánea,

que es “*destinatário último das regras de interpretação*” pero distorsiona la función de esas reglas, al postular que “*fica preso a dois parâmetros, dos quais não pode fugir: de um lado, a vontade declarada, geralmente externada por palavras; de outro lado, é levado para a possibilidade de investigar a verdadeira ‘intenção do agente’.*” ¿En qué sentido moderno (teóricamente sustentable) puede afirmarse que el juez queda “preso de reglas”? Desde que se instalaron los estudios sobre hermenéutica, tópica y argumentación, ya nadie duda que las reglas no son un obstáculo insalvable para la labor del juez. O sea, que en lugar de descripciones sensatas y realistas del fenómeno de la interpretación, el autor recurre a metáforas que no guardan ninguna relación con el conocimiento que hoy tenemos de la función interpretativa.

- h) Naturalmente, la experiencia del profesor le lleva nuevamente a matizar esa tesis insostenible, para agregar “*na mente do intérprete deve estar presente o princípio da boa-fé objetiva*” que le impedirá al juez “*ficar preso tão só à letra fria das palavras*” o de la “*exteriorização do pensamento*” que puede llevar a “*situação de iniquidade*”. Resulta, pues, que el juez ya no está “preso de reglas (...) de las cuales no puede huir”, como acababa de afirmar, porque ahora nos dice que puede apelar a la “*boa-fé objetiva*” y a tantos otros recursos retóricos para cumplir con su función.

Después de haber mostrado las inconsistencias teórico-analíticas de este discurso sobre la interpretación, surgen muchas preguntas. ¿Qué puede entender un joven estudiante de derecho? ¿qué idea se formará a partir de esas explicaciones que transitan entre ideas contradictorias, metáforas falaces y

conceptos anacrónicos, en los que evidentemente el propio profesor no puede creer?

Pero ahora me interesa plantear esta cuestión ¿es que no hay salida para este *escándalo*? ¿será que el discurso dogmático está condenado a ser retórico, evanescente, tornasoleado, y por ende carente de sentido desde una perspectiva analítica? Si así fuera, entonces la dogmática sólo trataría de producir un discurso retórico, sugerente, motivante para los alumnos.

Pero, en tal caso, entonces deberíamos concluir que la formación disciplinaria no tiene el rigor necesario para integrar el plantel de las ciencias modernas, y sólo se trataría de aprender un hacer meramente práctico, transmitido por ósmosis desde los maestros a los aprendices, sin pretensión alguna de cientificidad. Y por tanto, además, la formación de juristas tampoco tendría derecho a compartir los claustros universitarios, que están destinados a cultivar los saberes superiores.¹⁴

2.3 Una posible respuesta desde la racionalidad epistémica

A mi modo de ver, por el contrario, creo que la dogmática puede construirse (y el derecho enseñarse) de manera más racional. Para ello todas las explicaciones de la dogmática deberían basarse en conceptos más rigurosos, más analíticos, y, en especial, en ideas coherentes con el saber de otros campos disciplinarios involucrados.

¹⁴ Claro que, podría pensarse que en las universidades sólo quedase un espacio para la crítica filosófica o epistemológica de los discursos jurídicos, como sucede con la formación para la crítica literaria en los cursos de estética literaria, por ejemplo, pero no tendría sentido enseñar unas técnicas tan elementales de tramitación de intereses, como resultaría si consideramos la nula fundamentación epistémica y ética para el aprendizaje de esas prácticas. Como no creo que ello deba ser así, es que entiendo imprescindible fortalecer la formación de juristas en sus fundamentos epistémicos y de filosofía moral.

¿Cómo puede conciliarse dogmática con ciencia? Creo que la posibilidad radica en delimitar claramente cuál es el dominio “dogmatizado” en el derecho, y cuál no tiene por qué ser dogmatizado. En otras palabras, en el aislamiento de la dogmática veo algo más que dogmatismo: veo comodidad epistémica, falta de interés científico, e inercia cognoscitiva.

En puridad, entiendo que para tener una disciplina dogmática, sólo se requiere asumir como buenos ciertos valores o como deseables ciertos fines, o como legítimos ciertos principios; pero ello de ninguna manera significa ni puede implicar, negar la evidencia empírica hasta donde ella existe. Forzar a que los futuros juristas acepten preconceptos falsos sin siquiera someterlos a discusión, es formar para la hipocresía epistémica, esto es, la ignorancia deliberada de la evidencia empírica, o sea, la ideología jurídica.

Creo que esto es muy peligroso en términos éticos y políticos. Si consideramos que la buena salud de las prácticas institucionales descansa en los juristas (jueces, abogados, fiscales), entonces no es bueno que se formen de esa manera. Ellos son quienes -en tiempos normales- darán forma virtuosa o viciosa a las prácticas institucionales.

Pero entiéndase bien mi argumento: ese modo de formar juristas no es nocivo sólo por las ideas anacrónicas, absurdas o contradictorias que pudiera transmitir, que al final, algún día comprenderán que son falsas. Lo grave es la actitud que cultiva en el estudiante: le forman para la hipocresía y para “no ver” la realidad. Y esto es grave porque si nos habituamos a afirmar lo que no se cree, y no ver lo que debemos ver, entonces estamos formando profesionales funcionales a contextos (políticos, sociales, económicos) que no podrán *ver* ni *criticar*, y por lo tanto, tampoco podrán contribuir a cambiar.

2.4 Una dogmática basada en evidencia empírica

Como dije anteriormente, una dogmática, en la medida que es un cuerpo de criterios que orientan la decisión de los jueces, supone unas condiciones empíricas y unas valoraciones.

Por consiguiente, con respecto a las condiciones empíricas, no es necesario negar la realidad, sino más bien es conveniente incorporar el conocimiento más adecuado a la misma; la dogmática debería asumir esa realidad como marco de posibilidades fácticas, pues se orienta a cuestiones prácticas.

Los intentos de introducir la evidencia empírica en el discurso dogmático puede tener distintas orientaciones; entre los que conozco pueden mencionarse distintas propuestas, como las surgidas en el realismo escandinavo ¹⁵, la propuesta crítica ¹⁶, el realismo radical de E. P. Haba¹⁷ y la propuesta del epistemólogo Hans Albert. Atento al carácter de este Encuentro,

¹⁵ Para un panorama ilustrativo de estos esfuerzos: Aulis Aarnio; Ernesto Garzón Valdés; Jyrki Uusitalo (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

¹⁶ Ver por ejemplo: Alberto Bovino y Christian Courtis, “Por una dogmática conscientemente política”, en Christian Courtis (comp.), *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, pp. 183-221.

¹⁷ Desde su radical realismo, Haba ha propuesto una metodología heurístico-negativa, básicamente orientada a mostrar a un jurista (especialmente un juez) cómo podría decidir sin apelar a los mitos dogmáticos; ver: *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*; Madrid, Dykinson, 2006. En mi reflexión, estoy más interesado en revisar el modo como se elabora el discurso dogmático, en el entendido que éste es el que moldea las actitudes de los futuros juristas en las escuelas de derecho, y también es el que constituirá luego el conjunto de premisas normativas disponibles para los jueces al decidir. Comparto con Haba su afirmación de que ningún texto o método o sistema controlará la discrecionalidad del juez, y por ende, los riesgos de arbitrariedad. Pero creo que sólo la crítica académica, la cultura jurídica, y la cultura institucional pueden contener eficazmente esos riesgos. Por ello me interesa dotar de mayor sentido empírico al discurso académico del derecho, pues él incidirá (no exclusivamente) en la cultura académica, e indirectamente en la cultura institucional.

que refiere al campo de la epistemología del derecho, me interesa particularmente referirme ahora a la propuesta de Albert¹⁸, quien la concreta de esta manera:

La giurisprudenza può quindi essere concepita come una tecnologia sociale, ovvero come l'arte di prefigurare decisioni sociali di tipo particolare. In tal modo verrebbe facilmente spiegata la relazione sussistente tra una scienza teorica del reale applicata al diritto e la giurisprudenza, laddove quest'ultima si configurerebbe come la propaggine tecnologico-sociale di tale scienza. (p. 234)

Una disciplina socio-tecnologica che affronti il problema dell'ordine sociale, e quindi del diritto in quanto elemento integrante di tale ordine, può utilizzare, como è già stato osservato, le conoscenze provenienti dalle relative scienze del reale a carattere teorico e storico per spiegare il concatenarsi degli effetti sociali, e quindi per formulare enunciati relativi alle alternative dell'agire che possono essere utili per fondare delle decisioni. Per dedurre tali decisioni si rendono evidentemente necessarie premesse ulteriori, relative alla predisposizione dei fini dell'agire e all'ammissibilità dei mezzi. È necessario in altri termini che le alternative dell'agire vengano valutate in base a parametri pratici determinati per poter essere trasformate in decisioni. (p. 240)

Por otra parte, dado que además de asumir las condiciones empíricas, debe contribuir a la decidibilidad de los conflictos, la dogmática debe asumir ciertos supuestos valorativos, preferencias, que no pudiendo ser las subjetivas del juez, deberán provenir de discursos consensuados en la propia dogmática, y en otras fuentes normativas.

Como dice el mismo Albert

¹⁸ Hans Albert, *Scienza giuridica ed ermeneutica. Il diritto come fatto sociale e il compito della giurisprudenza*, en: *Ars Interpretandi*, 1997, CEDAM, pp. 231-246. Puede verse también: Hans Albert, *El concepto de Jurisprudencia racional*, en: *Estudios Públicos*, Stgo. de Chile, n° 26. Hans Albert (Alemania, Colonia, 1921-) es un epistemólogo y profesor de filosofía en la Universidad de Mannheim (1963), y uno de los más connotados discípulos y seguidores de Karl Popper.

L'ordine sociale non è tuttavia un fenomeno statico: esso è coglibile nel suo incessante mutare, dal momento che emergono continuamente nuovi problemi da risolvere. La soluzione adeguata di tali problemi presuppone non solo la conoscenza dei fatti e delle concatenazioni degli effetti sociali, ma esige anche che venga posta l'attenzione sui valori rilevanti nella selezione delle soluzioni utili. Il diritto non si sviluppa solo a partire dalla conoscenza di relazioni fattuali, ma anche sotto l'influsso di interessi e ideali. Anche un giurisprudenza tecnologica deve tenere conto dei punti di vista sui valori nel caso intenda assumere significato pratico. Essa può far ciò senza difficoltà, dal momento che elabora gli indici di rendimento delle diverse soluzioni giuridiche possibili.

Entonces, es posible admitir que el discurso dogmático suprima o recorte opciones valorativas, dudas y cuestionamientos prácticos con el fin de facilitar la toma de decisiones, pero en ningún caso se justifica que niegue o desfigure la realidad, porque ello no hace a la decisión.

Del mismo modo que no es conveniente hacer ciencia según criterios morales o políticos, tampoco se puede decidir racionalmente ignorando los hechos que condicionan el problema y los efectos de su solución.

Si esto es así, entonces de lo que se trata es -una vez más- de distinguir cuándo proceder conforme a criterios científicos y cuándo proceder conforme a valoraciones o preferencias.

La racionalidad práctica se concreta en ideas muy simples: ver los hechos, considerar las opciones posibles, valorar pros y contras, y finalmente decidir.

Dado que no siempre es posible cumplir todos los pasos, la racionalidad práctica en el campo jurídico impone la adopción de una dogmática para ser eficaces.¹⁹

¹⁹ Esta es la idea de Theodor Viehweg, que adoptó y desarrolló en Brasil Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introducción al Estudio del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009, especialmente Cap. 6, pp. 289 y ss.

2.5 Una dogmática formulada analíticamente

Pero no solo es preciso armonizar a la dogmática con el conocimiento empírico suministrado por las demás ciencias (sociales o no), sino que por la misma razón, y para hacerla factible, es preciso trabajar en la crítica del lenguaje utilizado por la dogmática y los demás discursos del derecho.

No existe ninguna razón para que el discurso de la dogmática jurídica esté plagado de figuras retóricas, metáforas y conceptos vacíos. Muchas veces, ello responde a que los estudiosos asumen acríticamente (dogmáticamente) el lenguaje del propio legislador.²⁰ Ni qué decir que la dogmática debería evitar las ambigüedades, vaguedades y fórmulas vacías del legislador²¹

3 Consideraciones finales

En suma, he querido presentar y fundar someramente las siguientes ideas:

- a) la dogmática jurídica constituye un discurso que busca reconstruir normativamente las disposiciones del derecho positivo, presentándolas de una manera

²⁰ Por ejemplo, si una disposición dice que “el ausente a los ojos de la ley ni está vivo ni está muerto” (art.51 del Código Civil uruguayo), el dogmático no debería repetir esa figura retórica como si fuera verdadera, porque científicamente jese 'tercer estado' de la existencia humana es imposible!; su tarea consistiría en reconstruir un sentido normativo racionalmente fundado. Otra disposiciones del mismo Código refieren a las "costumbres" de los animales; pero ¿tiene sentido suponer que los animales tienen "costumbres", cuando ello supone en los humanos el sentimiento de obligatoriedad?

²¹ Sobre este punto, puede verse el interesante estudio de Ricardo Guibourg, "La interpretación del Derecho desde el punto de vista analítico", en: Carlos Alarcón Cabrera, Rodolfo Luis Vigo (coords.) Interpretación y argumentación jurídica: Problemas y perspectivas actuales”, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 227 y ss.

más armónica, coherente y justa. Esa función es socialmente de gran utilidad pues facilita su aplicación por los jueces.

- b) Sin embargo, apegada a una antiquísima tradición, esa dogmática utiliza un lenguaje ligado a las formas retóricas del derecho positivo y trasunta muchas veces ideas perimidas o falsas acerca de la realidad.
- c) No existe ningún inconveniente para que la dogmática se elaborase asumiendo el conocimiento empírico que proveen las ciencias en general, así como el conocimiento del derecho elaborado por la teoría contemporánea del derecho. Por otra parte, esa dogmática debería formularse en un lenguaje analítico (no retórico) que utilice los recursos de la moderna lingüística y la lógica de los lenguajes normativos ²²

²² Entiéndase bien: no estoy proponiendo utilizar un lenguaje formalizado lógicamente, sino sólo que la dogmática se valga de algunos resultados importantes de la lógica normativa, como por ejemplo, el evitar fórmulas ambiguas como "tener derecho" o "poder hacer", sustituyéndolas por expresiones analíticamente más claras, como "obligado", "facultado" o "prohibido"; cfr. G. H. von Wright, Norma y acción. Una investigación lógica, Madrid, Tecnos, 1970, entre muchos otros estudios, como los de Alf Ross, Alchourrón y Bulygin, etc.

PARTE II

Trabalhos De Conferencistas Nacionais

CAPÍTULO III



UMA METODOLOGIA PARA A EPISTEMOLOGIA

Alexandre Meyer Luz¹

1 Introdução

Este ensaio oferece uma brevíssima introdução a alguns dos problemas que fundam a Teoria do Conhecimento (ou “Epistemologia”) e propõe algumas estratégias para o diálogo entre a Teoria do Conhecimento – uma disciplina consolidada na investigação filosófica – e o projeto geral de uma Epistemologia Jurídica.²

2 O que é a Epistemologia?

A “Epistemologia” – dos radicais gregos *episteme* (conhecimento) e *logos* (que aqui pode ser entendida como “o discurso racional acerca de”) – é o estudo de certo conjunto de problemas sobre o conhecimento, que podem ser resumidos sob três questões gerais: 1) Qual a natureza do conhecimento? 2) Qual o alcance do conhecimento e 3) Qual a estrutura do conhecimento? A primeira delas é tipicamente considerada conceitualmente mais básica, e será dada especial atenção a ela neste ensaio, por razões que serão expostas mais adiante.

Essas três questões devem ser analisadas partindo-se de certas considerações sobre o estatuto do trabalho epistemológico,

¹ Alexandre Meyer Luz é Professor do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina.

² Agradeço a Renata Rodrigues Ramos e a Luana Renostro Heinen pela revisão e pelas sugestões para este ensaio.

que serão classificadas aqui como “metafilosóficas”, ou seja, não são considerações filosóficas, mas sim sobre o exercício filosófico. Para tanto, será utilizado neste ensaio um exercício filosófico sobre questões acerca do conhecimento que é tipicamente “analítico”. Este termo remete a uma escola de exercício da Filosofia que tomou forma no final do século XIX e no começo do século XX, com autores como G. Frege, G. E. Moore e B. Russell. A despeito de se encontrar diferenças significativas nas posições metafilosóficas desses autores (e de muitos outros “analíticos”, até o presente momento), sugere-se que alguns traços gerais, que são partilhados por eles, serão suficientes para conduzir uma investigação filosoficamente profícua em Epistemologia e que, de modo mais significativo, uma investigação que não comece considerando o que é revelado pelos procedimentos associados a tal metodologia analítica corre sérios riscos de cometer graves erros já em seu início.

Vale observar, porém, que a utilização de certos procedimentos analíticos de investigação não pressuponha: 1) que exista um método analítico de investigação filosófica e 2) que, caso exista tal método, ele é superior a outras estratégias de investigação filosófica. Pressupõe-se, alternativamente e de modo mais fraco do que 1) e 2), que certos procedimentos intelectuais muito simples permitam revelar aspectos conceitualmente relevantes sobre as questões epistemológicas. Esses procedimentos talvez sejam menos poderosos em outros territórios, ou revelem aspectos menos importantes do que se está sendo investigado. Mas, certamente, não se imagina que o leitor condene, em geral, o uso de microscópios simplesmente porque microscópios nada revelam sobre a composição de uma rocha em um par de coordenadas nunca frequentado da superfície da Lua.

3 O que é conhecimento?

A analogia anterior (mesmo que certamente pouco poética) será utilizada mais uma vez: afinal, o que se deve colocar sob a lente do microscópio? Qual o objeto mais primitivo da investigação do epistemólogo? Não parece descabido supor que esse especialista estuda a *episteme*, o conhecimento. Todavia, isso ainda é pouco esclarecedor, já que parece evidente a necessidade de alguma pressuposição inicial sobre o que é o conhecimento. E aqui o pressuposto “analítico” entra em cena: parte-se de certos pressupostos que possam ser tratados como “fatos brutos”, que podem ser encontrados quando se considera o funcionamento da linguagem ordinária, aquela utilizada pelos falantes em situações que tipicamente não estão associadas a uma área teórica em particular.

Esse pressuposto leva à consideração do conhecimento como uma entidade linguística (o que se chamará aqui de “conceito”). Mais particularmente como uma entidade linguística que se considera na linguagem cotidiana, ou seja, a linguagem utilizada em situações corriqueiras por qualquer falante de qualquer língua que se utilize de um conceito que desempenhe a mesma função que o termo “conhecimento” (e o verbo “conhecer”) desempenha para um falante competente do português.

Essa parece ser uma demanda muito razoável. Primeiramente, pela suposição de que o leitor concederá facilmente que o conhecimento não é uma entidade física, ou metafísica, ou seja, lá de que outro tipo (e que, mesmo acreditando que existam tais entidades, o leitor mesmo também se valha de uma entidade linguística que ele representa pelo termo “conhecimento”). Em outras palavras, como anunciado anteriormente, simplesmente supõe-se como fato bruto que, na

língua, conta-se com o termo “conhecimento” que se usa para um fim bastante específico. Se o leitor não é capaz de identificar em seu próprio uso da linguagem tal termo, com tal função, então, a leitura deste ensaio pode ser encerrada neste exato momento, já que nenhum argumento será apresentado em favor disso e já que tudo que se segue depende da aceitação dessa tese.

Para aqueles que aceitaram a tese anterior (e que, por isso, continuam a ler este ensaio), vale notar que não é preciso imaginar que se está pressupondo que os conceitos têm uma semântica invariável³ (DEROSE, 2011), idêntica em todas as línguas ou qualquer tese dessa natureza. O que está em jogo é apenas a consideração de que está sendo investigado um termo que pode ser apropriadamente traduzido para outra língua. Isso não implica, também, qualquer consideração contra a diversidade linguística ou algo que o valha.

Após essa breve introdução, o terreno encontra-se suficientemente limpo para retomar a questão que abriu esta seção. Ela pode ser reformulada mais apropriadamente, agora: o que significa o termo “conhecimento”? Parece haver duas tentativas de resposta na tradição filosófica: a primeira diz que “conhecimento” é o nome que se deve dar àquilo que é resultado de certo tipo de procedimento intelectual. Certo método de pensamento que teria como resultado certo tipo de bem tão distinto a ponto dele, e só ele, merecer a avaliação que “conhecimento” parece carregar (considerando que ele é, muito tipicamente, um termo de avaliação positiva). Um segundo tipo de procedimento propõe, alternativamente, que o caminho para a investigação deva começar pela observação dos usos cotidianos do termo, em qualquer tipo de situação, seguida pela abstração do que há de comum nesses usos. Há enormes dificuldades

³ Os contextualistas supõem, por exemplo, que a semântica de “conhecer” é dependente do contexto, assim como a semântica de “alto”.

com a primeira proposta: 1) ela carrega o ônus de mostrar que certo método produz, no mínimo de modo muito frequente, o resultado dele esperado; 2) ela precisa garantir que tais métodos não gerem, jamais, resultados incompatíveis, já que, nesses casos, não poderia haver qualquer tipo de critério externo que permitisse decidir entre essas teses concorrentes; 3) ela exclui, de saída, inúmeras atribuições cotidianas de conhecimento que realizamos em situações que parecem ser amplamente apropriadas, mas que não são, de modo algum, sofisticadas.

Por outro lado, a segunda abordagem parece ser sedutora de início: “conhecimento” é um termo de uso corrente, e não teve sua semântica estabelecida por estipulação em certo contexto técnico (como é o caso com termos que surgem – ou se popularizam – em contextos científicos, como “energia” e “evolução”), e uma teoria sobre um conceito que é utilizado fora de contextos especializados deve ser capaz de separar atribuições do conceito que são consideradas pelos usuários daquela linguagem, pelo menos de início, como apropriadas de outras que não são consideradas apropriadas mesmo em contextos de uso que não são especializados. E, claro, a teoria deve ser capaz de explicar por que algumas atribuições parecem ser, pelo menos *prima facie*, apropriadas e por que algumas não parecem ser.

Isso parece começar a surgir com alguma facilidade, pelo menos inicialmente, quando se recorre à segunda abordagem: quando se atenta para as atribuições cotidianas do termo “conhecimento” em usos corriqueiros por todos os tipos de falantes competentes da língua em questão (o português). Por exemplo, considerando-se o caso em que alguém diz “tive um palpite gratuito de que o número 48 seria sorteado na loteria”, e, após receber a informação de que o número 48 foi de fato sorteado, diz “sabia que o número 48 seria sorteado”, (o que

parece ser uma atribuição inapropriada de conhecimento). Considerem-se, ainda, casos como aquele em que alguém, que habitualmente tem boa memória, relata autenticamente memórias que lhe parecem vívidas sobre o lugar onde deixou a chave de seu carro e, após isso, diz que, por conta delas, “sabe que a chave do carro está lá”⁴. Esses dois exemplos parecem revelar coisas interessantes sobre a natureza do termo “conhecer”: que casos de sucesso por sorte ou acidente não são, tipicamente, casos de conhecimento; que casos de sucesso, para que sejam candidatos ao conhecimento, exigem algum tipo de fonte apropriada de informação, como revela o segundo caso.

Além disso, a segunda abordagem, que é conhecida, conforme sugere Chisholm (1982, p. 61-75) como “particularista”, alternativa à “metodista”, permite que se resolva com facilidade o problema das teses incompatíveis oriundas do mesmo método, já que não é preciso supor que um dado método gere apenas casos de conhecimento, o que parece ser fortemente sustentado pela experiência em relação às fontes mais básicas de conhecimento, como a percepção, o testemunho, a memória e a inferência em geral (e, claro, isso é extensivo às fontes complexas, como a Ciência). E, assumindo alguma versão da metodologia particularista e aplicando-a como guia durante a observação da experiência típica de uso do termo “conhecimento” em atribuições, alguns resultados rapidamente começam a surgir.

⁴ Não está em jogo, neste momento, se as atribuições dos dois casos são de fato apropriadas. O que está em jogo, apenas, é o apelo em favor da distinção entre uma atribuição que ao menos é candidata a estar correta (a segunda) e uma que parece ser claramente inadequada (a primeira).

3.1 Conhecimento é um termo unívoco?

O primeiro resultado a ser considerado deriva da observação de todos os tipos de usos do conceito. Esse tipo de investigação inicial rapidamente revela usos como:

1. Meu cachorro conhece seu dono.
2. Meu cachorro sabe que “Alexandre Meyer Luz é o seu dono”.⁵

As duas atribuições são boas candidatas a atribuições apropriadas de conhecimento, ao contrário de “eu sei que empreste-me dez reais!” (que possui uma estrutura sintática inaceitável). Ambas, porém, são usadas em casos bastante diferentes: a primeira avalia a posse de uma determinada habilidade pelo cão, uma habilidade que independe do que se passa pela mente do cão (independe, inclusive, da suposição de que o cão possui uma mente). Um eventual teste para a primeira atribuição consistiria, por exemplo, em simplesmente chamar o cão e observar o movimento apropriado do animal.

Já a segunda atribuição parece avaliar algo bastante distinto, algo que exige o uso, de um modo particular, de certas capacidades mentais. Note-se que o que está sendo dito não é apenas que o cão reage à presença do seu dono de um modo distinto ao modo como reage à presença de outras pessoas,

⁵ As duas frases podem ser construídas, em língua portuguesa, com o uso de “saber” no lugar de “conhecer”, e vice-versa: “Meu cachorro sabe truques” e “meu cachorro conhece o nome de seu dono”. Isso serve para lembrar que o que está em jogo, aqui, não é a forma sintática aparente de uma frase, mas certo aspecto da frase, a saber, certa característica da semântica da frase, associada à atribuição de certo traço particular, que se resume por enquanto sob o rótulo de “epistemológico”. Adicionalmente, parece mostrar que propor que “conhecer” e “saber” têm significados diferentes é propor uma distinção artificial ou simplesmente falsa. Vale lembrar que muitas línguas sequer têm os dois conceitos.

ou que ele prefere se aproximar do seu dono a outras pessoas. O que está sendo dito é que o cachorro possui certos estados mentais em relação ao nome “Alexandre Meyer Luz” e em relação ao conceito de “dono”. E, supondo que se assuma uma posição tradicional, que supõe que cães não possuem tais estados mentais, sem ofender a algum sensível dono de um mimoso cão de apartamento, por isso tipicamente classifica-se a atribuição feita na frase 2) como falsa (todavia, pode-se imaginar uma situação em que ela seria verdadeira: se o cão tivesse os estados mentais descritos e, adicionalmente, algumas evidências das quais pudesse inferir que “Alexandre Meyer Luz” é o seu dono).

Parece razoável imaginar que as duas atribuições não falam sobre a mesma coisa. E o que há de diferente é o tipo de atribuição que fazem: a primeira atribui “conhecimento” como “posse de habilidade” (no caso, a habilidade de distinguir seu dono dentre outras pessoas ou a de reagir apropriadamente a ele), ou seja, “saber como”, enquanto a segunda é uma atribuição de “saber que”. O que deve ser destacado, neste momento, é que os dois tipos de atribuições parecem seguir regras diferentes e que, por isso, devem ser estudados separadamente⁶.

A despeito de um crescente interesse da pesquisa epistemológica contemporânea sobre o *know how*, de acordo com Stanley (2011), o objeto mais tradicional da investigação epistemológica é o “saber que”, o “conhecimento proposicional”, o saber que x, sendo x uma proposição, ou seja, de modo grosseiro, aquela descrição do mundo que é carregada por uma frase descritiva. Proposições possuem algumas características típicas, e a mais importante delas, para fim desta

⁶ Não está sendo assumido que os dois sentidos de “conhecimento” não possuem qualquer tipo de relação. Por exemplo, em muitos casos, supõe-se que para “saber x”, um indivíduo deva possuir as habilidades y e z (ou seja, “saber y” e “saber z”).

discussão, é a de ser passível de ser classificada como verdadeira ou como falsa. De fato, como visto antes, frases que não são proposições, tais como pedidos, súplicas, admoestações etc., sequer satisfazem a sintática apropriada de frases cunhadas para atribuir conhecimento proposicional a alguém.

3.2 O conhecimento proposicional

O que está sob o microscópio pode ser descrito, inicialmente, pelo esquema “S sabe que P”, em que S é um sujeito qualquer e P uma proposição qualquer. Não é relevante, para essa investigação, descrever esse sujeito para além de uma caracterização muito geral: S é alguém capaz de ter certos estados mentais relacionados a uma proposição. O que está em jogo, aqui, não é a descrição de um sujeito que, no mundo real, sabe certas proposições (ou procura saber, ou etc); o que está em jogo é uma questão sobre as características exigidas para a atribuição de conhecimento. E o que está sendo dito, por enquanto, é apenas que aquele sujeito, ao qual se pretende atribuir conhecimento proposicional, é alguém capaz de se relacionar com proposições. Mais particularmente, é alguém capaz de formar “crença” em uma proposição, ou seja, certo estado mental muito específico, um estado mental que não precisa ser descrito nos detalhes de sua ocorrência na mente, mas, sim, para os nossos propósitos, simplesmente por meio da seguinte abstração: S crê em P quando S toma P como sendo verdadeira. Para os fins dessa discussão, pelo menos inicialmente, parece razoável apenas exigir que o sujeito seja capaz de estar, e que esteja, em um estado mental diferente dos de “suspender o juízo e de descrever” de P. Não importa se esse sujeito é ou não um ser humano. Não importa se, por vezes, o que interessa é a ação e não os estados mentais de alguém etc. O ponto aqui está

relacionado a uma investigação linguística muito específica que, agora, pode ser resumida na seguinte questão: o que alguém diz quando diz que S sabe que P?

Essa pergunta tem sido encarada, no debate recente, tipicamente como uma demanda por um conjunto de condições necessárias e suficientes para uma atribuição apropriada, algo que se manifesta na forma ainda mais básica de uma pergunta pela “definição” do conceito de conhecimento.

Há uma resposta supostamente bastante antiga a tal questão, que é atribuída a Platão (1973, 1993): conhecimento equivale à crença verdadeira e justificada.

Gettier (1963) publicou um breve ensaio em que sugeria que a tal definição platônica estava incompleta, afirmando que as condições propostas eram necessárias, mas não suficientes. Esse ensaio foi considerado como o início da “epistemologia contemporânea.” Numa definição explícita:

(def. K) S sabe que P se (def.) S possui crença justificada em P.

E, claro, daí conclui-se que, quando alguém atribui conhecimento a alguém, está supondo que esse sujeito possua crença justificada em relação à proposição em questão.

Há bons motivos para aceitar esse conjunto de condições, motivos que vêm da experiência linguística cotidiana: por exemplo, parece claro que atribuições de conhecimento bem sucedidas têm relação com o ser bem-sucedido, de um modo que é tipicamente captado pela noção de “atingir a verdade” (como se verá mais adiante). As mesmas experiências cotidianas mostram que a verdade não pode ter sido obtida por um golpe de sorte (afinal, não se considera que alguém que ganhou na loteria “soubesse” que tais e tais números seriam os sorteados

– considerando-se uma loteria honesta). Experiências mentais semelhantes lembram que supor que “eu sei que P, mas eu não creio que P” é algo, no mínimo, exótico e que conhecimento parece implicar crença na proposição em questão. E tudo isso parece fornecer base sólida para a aceitação da (def. k).

Mesmo não sendo completa, a definição (def. k) anterior parece ser útil enquanto torna explícitas (ou, em outros termos, “esclarece”) características do termo em questão e, indiretamente, alguns *desiderata* que se associem ao conhecimento: o de encontrar bons guias para a ação (e, por isso, o interesse na verdade, não na falsidade); o da busca de meios estáveis para obtenção de verdades (e por isso o interesse pela justificação epistêmica); e o do compromisso individual para com os dois *desiderata* anteriores (e, por isso, a demanda pela crença).

3.2.1 Breves notas sobre a noção de “verdade”

Davidson (2000, p.65, grifo nosso) afirmou, brilhantemente, que

Há uma longa tradição de acordo com a qual o conceito de verdade é um dos mais importantes assuntos da investigação filosófica, mas neste século esta tradição vem sendo seriamente questionada por um grande número de Filósofos, além de historiadores, críticos literários, antropólogos, políticos, sociólogos, dentre outros. Penso que isto se deve a várias confusões e a erros muito tentadores [...] Antes de chegar-se a considerar que valeria a pena desencastelar a verdade, foi necessário representar a verdade como algo maior do que ela é, ou supor-lhes poderes que ela não tem. [...] A combinação platônica dos universais abstratos com entidades de valor supremo [...] aqui temos uma profunda confusão, um erro categorial que estava, aparentemente, destinado a florescer. A verdade não é um objeto [...]; a verdade é um conceito e é inteligivelmente atribuído a coisas como sentenças, enunciados, crenças e proposições, entidades que tem conteúdo proposicional. É um erro pensar que se alguém está tentando entender o *conceito de verdade*, esta pessoa está

necessariamente tentando descobrir *verdades* gerais sobre a justiça ou sobre os fundamentos da física. O erro se infiltra pela ideia de que uma teoria da verdade deve de algum modo nos dizer o que, em geral, é verdadeiro, ou pelo menos como descobrir verdades.

Há inúmeras questões intelectualmente desafiadoras sobre a natureza da verdade, e aqueles filósofos que tentam construir teorias sobre tal conceito têm encontrado invariavelmente um duro terreno pela frente, o que se pode verificar em Kirkham (2003). Todavia, antes de supor que se está obrigado a incorporar esses problemas ao presente ensaio, vale lembrar-se de duas considerações. Primeiramente, guiados pelo espírito da declaração dauidsoniana, cabe perguntar em que isso pode ajudar a satisfazer o objetivo de buscar crenças verdadeiras. Tipicamente, “não” se precisa de uma teoria da verdade para lidar com o objetivo de crer em verdades (e não em falsidades) quando se buscam respostas para questões como “onde está a chave do carro?”, “qual o melhor remédio para a gripe?” ou “Maria tem quantos anos?”. Buscam-se respostas para tais questões usando o equipamento cognitivo, que organiza fontes “de justificação”, como a percepção, a memória, o testemunho etc. Os interessados na verdade vasculham a mesa do escritório com os olhos atentos, procurando boa fonte de testemunho etc. quando se está interessado em obter uma “boa” resposta para tal questão. E o caminho para uma “boa resposta” não parece ser o de perguntar o que é a verdade, e sim o de perguntar se a visão funciona apropriadamente, se a memória é apurada, se o testemunho é confiável etc.

Porém, parece também razoável imaginar que, estando interessado em crenças verdadeiras, antes de qualquer coisa, há que se possuir certo entendimento sobre o que é a verdade. Essa demanda é muito forte, já que o que foi exigido aqui, até o momento, foi apenas que a ação de alguém “possa ser

descrita, de modo apropriado, como guiada pelo interesse na verdade”. Nesse sentido, muito fraco, pode-se imaginar que crianças pequenas e eventualmente até animais possam ter suas ações descritas desse modo, em certas circunstâncias. Todavia, mesmo que alguém exija que se suponha um agente capaz de crer explicitamente na máxima proposta por William James (a de que se tem certo par de deveres, que devem cooperar: o de procurar crer em verdades, e o de evitar crer em falsidades), pode-se supor que é suficiente que tal indivíduo possa apelar para um traço intuitivo, pré-teórico, associado primitivamente ao conceito de verdade e captado já brilhantemente por Aristóteles (2014), quando lembra que “Dizer do que é que ele não é e do que não é que ele é, é o falso; dizer do que é que ele é e do que não é que ele não é, é o verdadeiro.”⁷

Nota-se que essa passagem não oferece uma interpretação sobre o que existe ou sobre como se dá a relação apropriada entre o que é dito e o que existe. Ela não está comprometida necessariamente com a suposição de que o que existe se dá num mundo exterior à mente, um mundo com tais e tais características, nem com a suposição de que a relação entre o que é dito e o que é exterior se dá por “correspondência”. O que é captado aqui é algo muito primitivo: o conceito de verdade parece estar comprometido com o interesse em captar certo tipo de relação entre algo que é interno à consciência (e tipicamente dado na linguagem) e algo que é, de algum modo, externo a ela. E, como Davidson (2000) lembrou, isso nada revela sobre o interesse em efetivamente crer, no tempo *t* e acerca de um assunto *x*, em enunciados verdadeiros. O conceito de verdade tem o seu lugar nesta investigação. Porém, ele deve ser desinflado para que a atenção se volte àquele conceito que faz o trabalho sujo de

⁷ Ver a *Metafísica*, cap. 7 do Livro Gama; cap. 10 do livro Teta; cap. 12 das Categorias; e cap. 9 do Da Interpretação.

tentar captar o modo como se busca obter verdades: o conceito de “justificação”, que ocupa lugar central na investigação epistemológica das últimas décadas. Duas grandes correntes dividem esse cenário: o *internalismo* e o *externalismo* em relação à natureza da justificação (LUZ, 2013). Mesmo que muitas das crenças que se supõem verdadeiras sejam, de fato, falsas, pode-se ainda receber um tipo de atribuição de mérito: o de se ter feito o tipo de trabalho intelectual que parecia apropriado, nas circunstâncias⁸.

3.3 Conhecimento e subjetivismo

O *desiderata* associado à crença também remete a um aspecto que não pode ser perdido de vista por qualquer teoria do conhecimento: o objeto primário das atribuições de conhecimento é o “sujeito”. Todas as tentativas de estabelecer uma epistemologia que não partem da análise das atribuições para sujeitos está fadada a falhar num dos testes ao qual se pode submeter esse tipo de teoria: o de separar indivíduos que estão em posições epistêmicas “diferentes” dentro de um mesmo grupo social. Indivíduos do mesmo estrato social, com a mesma formação, com a mesma idade etc., podem simplesmente possuir crenças em proposições contrárias, pelas mais variadas razões. Mesmo quando se consideram apenas crenças que são fortes candidatas a serem classificadas como justificadas (como crenças formadas por adesão a uma determinada teoria científica mais bem corroborada pela comunidade científica), podem-se observar indivíduos com tais tipos de crenças, um deles na Teoria A e o outro na Teoria B, e que a Teoria A e B são incompatíveis (e, neste caso, ao menos um deles possui, obviamente, crença falsa).

⁸ Ver Luz (2013).

Não parece ser um bom mandamento prescrever o dogmatismo nem a credulidade como bons mandamentos de comportamento intelectual. E, aceitando isso, não se deve imaginar que é apropriado sugerir que as pessoas creiam “na Ciência”, sem mais qualificação. Ao contrário, o que parece digno de valor é formar crenças científicas pelo domínio de teorias, pela aceitação cuidadosa de testemunho apropriado de cientistas etc. Esse tipo de procedimento intelectual separa um crédulo (ou um dogmático) de alguém com boa formação científica. E esse tipo de distinção fina é algo que uma teoria epistemológica deve ser capaz de captar. Mais uma vez: teorias que partem de características dos “grupos”, nos quais um indivíduo se insere, não serão capazes de realizar esses tipos de trabalhos. Mais uma vez: o átomo da atribuição de conhecimento é o “sujeito”, ou, mais precisamente, é a avaliação que o atribuidor faz, num instante “t”, de certas propriedades que o atribuidor considera que o sujeito deva ter, propriedades capazes de justificar a proposição em questão. Essas propriedades “podem” eventualmente ter um fundo social, mas esse é claramente “outro” tipo de questão. Joãozinho pode ter recebido excelente educação científica ao frequentar instituições “socialmente construídas”, como a Escola e a Universidade. Mesmo assim, ao declarar que $e=m \cdot c^3$, sem razões adicionais, esse indivíduo está errado, ou seja, ele simplesmente “não sabe” que $e=m \cdot c^3$. A atribuição “não deve ser diferente” simplesmente porque alguém avisa que Joãozinho estudou em Harvard e é um WASP⁹. A atribuição “pode vir a ser diferente”, no mundo real. Todavia, não se está tratando aqui de uma “descrição” de como as pessoas se comportam no mundo real, mas sim das “normas” gerais de atribuição.

⁹ Termo que significa tanto “branco, anglo-saxão e protestante” ou “rico, anglo-saxão e protestante”.

Também não se afirma aqui que características de um grupo social não podem impactar nas crenças e na justificação disponível para um determinado sujeito. O que se estabelece é uma tese sobre uma “metodologia” para a epistemologia: a tese de que se deva “começar” o trabalho por uma investigação das atribuições de conhecimento ao “sujeito”¹⁰ Todas as considerações adicionais, caso se mostrem apropriadas, devem ser investigadas posteriormente. Trata-se não de maior importância, mas de prioridade conceitual, que parece ser imposta pela própria natureza do conceito de conhecimento.

3.4 Notas para uma Epistemologia Jurídica

Dado o exposto, já se têm os elementos para separar o trabalho estritamente epistemológico do trabalho de discussão sobre o estatuto de uma determinada área. Primeiramente, vale lembrar as especificidades do termo de avaliação positiva “conhecimento”, tais como a demanda por verdade e por justificação de um tipo peculiar, a “epistêmica” (ou seja, orientada exclusivamente pelo interesse na obtenção de verdades). Isso ajuda a lembrar de que se devem separar campos de interesse para os humanos (campos que são, por vezes, apressadamente denominados como “campos de saber”), como a arte, a ciência, a Filosofia, a Matemática, o Direito etc. Mesmo que alguém possa se interessar pela arte como um lugar em que um tipo específico de *know-how* está em jogo, como um lugar que pode ser fonte de conhecimento proposicional (por exemplo, considerando que uma obra de arte é capaz de revelar algo sobre como as pessoas se vestiam em uma dada época) ou, de modo mais geral, que a arte tem valor cognitivo, parece ser inapropriado imaginar

¹⁰ Um tópico sob ampla avaliação, hoje, é o que tem sido chamado de “epistemologia social”. Dentre suas questões centrais, está a questão da atribuição de conhecimento para grupos. Conferir Müller e Rodrigues (2012).

que o que há de central na atividade artística é a busca pela verdade (a não ser que “verdade” seja tomada em um sentido completamente metafórico). Assumir isso para, daí, procurar dar um estatuto de “campo do saber” à arte é, simplesmente, cometer um erro categorial, que não eleva o estatuto da arte. A arte deveria ser avaliada por certas propriedades intrínsecas e típicas, que parecem ser muito diferentes das propriedades que se buscam com a atividade científica e que possuem certo tipo de valor intrínseco próprio. Ao se obscurecer as diferenças entre a arte e outros territórios mais tipicamente regulados pelo interesse na verdade, estarão se obscurecendo as questões que permitem o esclarecimento sobre aquilo que de valioso a arte possui, sobre o como se deve procurar atingir tal valor, sobre como ensinar o acesso a tal valor etc.

O mesmo vale para qualquer iniciativa associada a uma epistemologia de uma área em que outros valores disputam lugar com o interesse (mesmo que abstratamente recortado) pela verdade. A Ética pode ter uma epistemologia associada e especializada, se é aceito que há algo como o conhecimento moral¹¹. Todavia, isso não deve obscurecer o fato de que os conceitos mais primitivos da investigação ética não estão associados ao interesse na verdade, mas ao interesse do que é justo, ou correto, ou o que o valha.

O conselho em favor da separação clara de objetos de avaliação, que são muito diferentes entre si, tais como “verdadeiro”, “epistemicamente justificado”, “moralmente justificado”, “justo”, “belo”, “útil” etc., é ainda mais importante quando se consideram certos campos onde esses diferentes interesses e valores aparecem misturados de modo sutilmente intrincado. Tome-se, por exemplo, a Filosofia da Ciência. Parece

¹¹ O que não é aceito por defensores de alguma forma de ceticismo moral. Ver especialmente capítulo 2 de Sinnott-Armstrong (2006).

claro que, por um lado, pode-se isolar certo objetivo específico associado à produção e à avaliação da atividade científica, a saber, o interesse pela busca da verdade, nos termos jamesianos. Nesse sentido, parece claro que se possa falar de um elemento epistemológico associado à Filosofia da Ciência. Por outro lado, há casos em que pode ser eventualmente descoberto que o interesse, associado a uma ou a outra investigação conduzida sob regras aparentemente científicas, foi guiado, de fato, por outro tipo de interesse, que não o pela verdade. Como se trata da investigação de uma atividade no mundo real, cabe àquele que investiga tal atividade separar *desiderata* de tipos muitos diferentes que possam estar a guiar os envolvidos em tal atividade. Suponha-se, por exemplo, que um cientista falseia seus dados por algo que ele imagina ser (e, para fins do exemplo, efetivamente é) maximizador do bem comum. O fato da pesquisa circunstancialmente satisfazer certo tipo de *desiderata* (ser “útil”) não deveria obscurecer o fato de ela falhar, dado outro objetivo, o de ser guiada pelo interesse na verdade. E, claro, permite que se aplique o devido tipo de avaliação a cada um dos diferentes fins.

A clareza sobre os diferentes *desiderata* é indispensável para que se compreenda, inclusive, o modo como eles concorrem. É possível, por exemplo, que dois *desiderata* concorram, em certo caso (como no caso em que certo tipo de utilidade e o interesse pela verdade competiam). Isso não implica, porém, que a ocorrência de dois *desiderata* implique sempre na concorrência entre eles. Na verdade, parece muito difícil estabelecer uma tese geral sobre a relação entre os diferentes *desiderata*. Assumir que o interesse pela verdade está acima do interesse pela solução de certa situação (ou seja, o interesse na utilidade) implica dispor de uma explicação que mostre que mentir é sempre inapropriado, por exemplo. A questão da relação entre os *desiderata* pode ser,

inclusive, matéria de investigação empírica. Se alguém assume, por exemplo, que “a Ciência está intimamente associada aos interesses do Capital”, está a assumir, aparentemente, uma tese sobre a relação de dois *desiderata* (novamente, aquele tipo de busca pela verdade que tipicamente é associada à atividade científica, por um lado, e à “utilidade para certo grupo econômico”, pelo outro). Essa tese não parece afirmar que isso acidentalmente pode acontecer, mas sim uma versão muito mais forte disso, a de que isso sempre acontece. A versão mais fraca da tese não obscurece a força de cada um dos dois *desiderata* envolvidos; a segunda implica em se abandonar a suposição de que certo ideal de busca pela verdade pode servir como avaliação de algo, já que ele não teria valor intrínseco. E é claro que o ônus da prova dos que defendem a segunda tese é muito mais alto: para a primeira, basta um caso que mostre que o interesse pela utilidade corrompeu o interesse pela verdade. No segundo caso, é preciso sustentar uma tese geral, que não pode, como é bem sabido, ser sustentada empiricamente. E mais, basta um caso que mostre uma atividade científica conduzida de modo desinteressado (ou, melhor ainda, contra os interesses dos grupos econômicos) para mostrar que a tese é falsa.

Uma área qualquer que postula capacidade de produzir conhecimento deve ser também capaz de mostrar que o tipo de teoria que produz está associado a um *desiderata* muito específico, aquele associado à busca pela verdade. Em muitas áreas, o que parece estar em jogo é o interesse no “belo” (como na arte), no “útil” (como na tecnologia), no “justo” (como na Ética), na “vida boa” (como nalgumas religiões) etc. Mesmo que o interesse pela verdade possa aparecer, de modo secundário, nas atividades que os participantes dessas áreas desenvolvem, isso não deveria obscurecer o fato de o objeto central de avaliação ser de outra natureza. E, certamente, isso não deveria ser considerado como

um elemento que diminui o estatuto ou interesse nessas áreas. Não há razões para imaginar que, de modo geral, um desses *desiderata* seja mais importante do que os outros. Nem todas essas áreas “produzem conhecimento”, e isso deveria ser tomado não como um indicador de menor importância, mas como um indicador do tipo de diversidade que se é obrigado, como pesquisador, a considerar quando se interessa pelos modos diversos e complexos pelos quais os humanos interagem entre si e com o mundo.

Referências

ARISTÓTELES. *Órganon*. Bauru: Edipro, 2005.

_____. *Metaphysics*. Trad. David Ross. Disponível em: <<http://classics.mit.edu/Aristotle/metaphysics.html>>. Acesso em: 12 out. 2014.

CHISHOLM, Roderick M. *The Foundations of Knowing*. Sussex: Harvester Press, 1982, p. 61-75.

DAVIDSON, Donald. Truth Rehabilitated. In: BRANDON, Robert B. *Rorty and his Critics*. Blackwell, 2000.

DEROSE, Keith. *The Case for Contextualism: Knowledge, Skepticism, and Context*, Vol. 1. Oxford: Oxford UP, 2011.

GETTIER, Edmund. *Is Justified True Belief Knowledge?* Analysis. 1963. v. 23, p. 121–123.

KIRKHAM, Richard L. *Teorias da Verdade: uma introdução crítica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

LUZ, Alexandre M. *Conhecimento e Justificação: Problemas de Epistemologia Contemporânea*. Pelotas: NEPFIL, 2013. Disponível em: <<http://nepfil.ufpel.edu.br/dissertatio/acervo-livro5.php>>. Acesso em: 12 out. 2014.

MÜLLER, Felipe de M; RODRIGUES, Tiegue V. *Epistemologia social: dimensão social do conhecimento*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

PLATÃO. *Teeteto*. Belém: Ed. Universidade do Pará, 1973.

_____. *Menon*. Lisboa: Edições Colibri, 1993.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Moral Skepticisms*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

STANLEY, Jason. *Know How*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

CAPÍTULO IV



PARA ENTENDER O DIREITO A PARTIR DA METÁFORA DA TEORIA DOS JOGOS¹

Alexandre Morais da Rosa²

1 Introdução

Este artigo não pretende expor teorias mirabolantes, que se desfazem na primeira ida ao Fórum ou aos repositórios de julgados e, muito menos, pretende se abraçar com o realismo jurídico, a saber, simplesmente acomodar as diversas decisões dos tribunais, fazendo parecer algo harmônico. Esse universo em que os manuais se apresentam, expondo os princípios (diversos) e, depois, repetindo o que se construiu no século passado acerca das noções de Jurisdição, Ação e Processo, já foi feito. Alguns muito bem e outros nem tanto. A pretensão desse modelo de compreensão é mais livre, inesperada e um tanto quanto pragmática. Para Žizek (2008), ela apresenta uma visão em paralaxe da questão do processo penal a partir da noção de guerra e da teoria dos jogos, cujo tema encontra-se bem desenvolvido por Rosa (2014).

Há um óbice moral (cristão) em relação à compreensão do processo como jogo. Não se pretende demovê-los desse preconceito. O convite é para entender o processo como uma atividade institucionalizada, que busca um resultado movido pelo imaginário das antecipações de sentido entre os jogadores

¹ Texto apresentado no I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica – Limites e Possibilidades do conhecimento científico no Direito, sob a coordenação do Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues. UFSC. Florianópolis, 23-26 de setembro de 2014.

² Alexandre Morais da Rosa é Doutor em Direito – UFPR. Professor da UFSC e UNIVALI. Juiz de Direito (TJSC).

e os julgadores, os quais são regulados por normas jurídicas. Não se tratam de jogos lúdicos em que os jogadores possuem disponibilidade sobre o conteúdo das normas, dado que são impostas pelo Estado. Entre a teia normativa e suas diversas possibilidades, prevalece a *performance* dos jogadores, suas táticas (curto prazo) e estratégias (longo prazo), sempre providas de incerteza e instabilidade. A autonomia do Direito e do processo deveria propiciar o sentido compartilhado das normas em que o jogo jurídico se instaura e desenvolve. Compreender o processo como jogo é uma tarefa inafastável em tempos de superação da Filosofia da Consciência pela Filosofia da Linguagem (STRECK, 2011).

2 O processo a partir da metáfora do jogo

A noção de jogo é antiga e, com Huzinga (2008), pode-se dizer que é no jogo e pelo jogo que a civilização surge e se desenvolve. E todo jogo significa alguma coisa no sistema da vida, especialmente na descarga de adrenalina, nos estados de tristeza e êxtase que proporciona. No jogo, podem-se unir tensão, estratégia, táticas, alegria, dissabor, mudanças repentinas de posição, enfim, o jogo é a metáfora da vida. Daí a pretensão de integrar o jogo no campo do processo penal. Robles ⁽²⁰¹⁰⁾, por sua vez, sustenta que o direito é comparável aos jogos, já que, em ambos, aparecem comportamentos de cooperação, competência, luta e conflito, em que o resultado não depende somente da sorte, mas da *performance* dos jogadores em face do Estado Juiz.

Não se tratam propriamente de jogos de azar, não obstante o fator *álea* esteja presente. Isso porque, na loteria e na roleta, por exemplo, toda a dimensão do resultado independe das qualidades ou da ação dos jogadores. A fatalidade prevalece,

já que a perícia e a capacidade técnica, a estratégia e as táticas são inúteis. No processo penal, a sorte possui seu lugar e deve ser considerada na elaboração da estratégia e das táticas no decorrer da partida, mas guardam pertinência com a capacidade, experiência e atitude do jogador. A protagonista dos jogos processuais é sempre uma ação humana e, daí, a importância da teoria dos jogos (ROBLES, 2011, p. 12).

Em texto clássico, Calamandrei (2002, p. 192) já afirmava que decorar as regras de xadrez não torna o sujeito um grande enxadrista³ (BECKER, 2012), bem como saber as regras processuais não o capacita, por si, como grande jogador processual, mas sem saber as regras, todavia, não se joga. Compreender a dogmática crítica é pressuposto para quem quiser se tornar um grande jogador ou julgador.

No jogo processual, as regras são impostas pelo Estado e sustentadas pelo magistrado. Limitam o tempo, desde a denúncia até o trânsito em julgado, e o espaço (Tribunal) em que será jogado. O jogo é dinâmico e com a possibilidade de mudança, alternância, vitória, empate ou derrota. E pode se renovar (jogos repetitivos ou noutras instâncias recursais). De alguma maneira, o jogo processual penal dá ordem parcial ao caos, estipulando o local do jogo, seus limites, regras, jogadores e julgadores. Daí seu efeito cativante. Para ser um bom jogador não basta somente conhecer as regras processuais. É preciso ter habilidade, inteligência, ritmo, harmonia, capacidade de improviso e *fair play*. Ao se assumir a função de jogador ou julgador, no jogo processual penal, acontece a criação de ambiente apartado das preferências pessoais. Utilizam-se máscaras e lugares diferenciados, para os quais a estética e a *performance* roubam a cena.

³ Sabe-se, ademais, das críticas de Dworkin sobre o *gap* interpretativo do jogo de xadrez como metáfora do direito (Império do Direito). Conferir Macedo Jr (2013).

O espetáculo do jogo processual lança luzes narcísicas, promove o aparecimento de traços não existentes e/ou obliterados na vida privada. Pulsa. Agita. Explode. É o rito coletivo pelo qual a punição se legitima. O Tribunal é o lugar sagrado onde as condutas tidas como criminosas entram em campo. O mistério do jogo, seu caráter aleatório, as possibilidades de surpresa e mudança fascinam. A estética é diversa, as togas, as indumentárias criam a realidade. Está separado do mundo da vida, e nele acontece o espetáculo do crime e do castigo. Especialmente no Direito, Huizinga (2008) aponta o processo como uma competição. Os jogadores estão dominados pela recompensa da vitória, afinal, ninguém entra no jogo para perder. No julgamento, há sempre uma parcela de sorte/azar e uma guerra de argumentos.

As normas de organização do Poder Judiciário e dos jogadores não são normas processuais, embora incluídas no estudo do processo penal justamente porque são prévias. É por elas que são estabelecidos os sujeitos que atuarão e o lugar onde somente, então, acontecerão os jogos processuais. Essas normas criam as competências e preexistem ao processo em si, sendo, portanto, condição de possibilidade. A Constituição da República criou os órgãos julgadores, de acusação e de defesa, fixando as regras de fixação de competência. É somente a partir delas que se pode fazer acontecer o processo penal. E as regras dependem da convenção Estatal, ou seja, da elaboração de produção normativa. É um produto convencional, tanto assim que as regras – estrutura e funcionamento – variam conforme os países. E, se estão postas por atos normativos, são linguagem, suscetíveis, pois, aos jogos de linguagem.

3 A guerra processual

Se o processo é uma guerra (JR.LOPES, 2014) autorizada pelo Estado, em que o mais forte não necessariamente ganha, mesmo assim, os fundamentos da Teoria da Guerra (CLAUSEWITZ, 1979)⁴ podem ser invocados para se buscar entender a lógica do processo penal, desde que vinculados à teoria dos jogos, até porque o fundamento da guerra e da pena é o mesmo. Para Ferrajoli (2002, p. 33), “Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correccional.” Cabe lembrar, nesse sentido, da Teoria Agnóstica da Pena, cujo tema pode ser mais bem aprofundado na obra de Carvalho (2002). A guerra processual busca o confronto e a vitória, muitas vezes sem levar em conta os custos e os recursos necessários e disponíveis, especialmente diante da escassez (MORAIS; AROSO, 2011). Daí que a existência de uma tática bem sucedida pode gerar espaço para negociação no *iter* processual. No decorrer da instrução, diante das sucessivas jogadas (subjogos), não raro, surge realinhamento dos objetivos possíveis.

A dinâmica do jogo processual entendido pela metáfora da guerra sustenta algo em desequilíbrio. A questão é bem complexa e nessa versão compacta cabe sublinhar que no processo penal se instaura modalidade de competição (jogo), na qual se pode invocar o equilíbrio de *Nash* e entender o motivo da dificuldade

⁴ A obra de Clausewitz foi se modificando com o tempo e não é acabada, nem coerente. Não pode ser lida dogmaticamente. Serve para entender a dinâmica de um modelo que se apresenta, como metáfora, para o processo judicial, desde que mitigado pela teoria dos jogos, no que se chama, aqui, de Jogos de Guerra. Cabe lembrar que o universo clausewitziano se dá pelas diretrizes de aniquilação: a) agir de forma simultânea e com as forças concentradas; b) com rapidez e ações diretas; c) de forma ininterrupta.

de cooperação. No jogo processual, de regra, o julgador e os jogadores tomam decisões maximizadoras de seus interesses a partir da análise de custos e benefícios individuais (*payoffs*) e não levam em consideração as consequências das consequências, a saber, as externalidades⁵ e prejuízos individuais (dos demais jogadores) e à coletividade (PATRÍCIO, 2005, p. 46).

A incerteza e opacidade (CÁRCOVA, 1998)⁶ do campo de batalha processual podem ser chamadas de “atritos”, como queria Clausewitz (1979), ao exigirem a tomada de posição estratégica e tática, antecipando os movimentos do jogador. A transformação do processo em jogo de guerra possibilita entender a pressão externa de personagens, especialmente do populismo penal (LACLAU, 2011): a) mídia – vende o produto crime; b) políticos – usam o medo como plataforma política; c) máfia, crime organizado – lava dinheiro do tráfico de drogas e pessoas, que pode intervir na prova (coação); d) polícia – valoriza seu *status*; e) magistrados, Ministério Público, defensores. Esses novos jogos penais viciados pelo populismo não servem para estabilizar, mas para renovar o estado de medo e pânico.

Sabe-se que a pena não resolve, nem encaminha a questão. A crença no aumento de punições e processos penais céleres, sem garantias processuais, fomenta a sensação de segurança, tão imaginária quanto as histórias infantis, ainda que vendidas pela mídia *delivery* e manejadas politicamente. Vende-se o crime como o sintoma do mal a ser extirpado (PASTANA, 2003; SILVA,

⁵ Embora a noção de externalidade se vincule aos ganhos econômicos, pode-se adotar a compreensão dos efeitos (negativos ou positivos) do jogo processual em relação a terceiros não envolvidos diretamente no processo penal.

⁶ “Existe, pues, una opacidad de lo jurídico. El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, con un libreto, como una partitura, pardójicamente, no es conocido o no es comprendido por los actores en escena. Ellos cumplen ciertos rituales, imitan algunas conductas, reproducen ciertos gestos, con escasa o nula percepción de sus significados y alcances.” (CÁRCOVA, 1998, p. 18).

2012). É preciso entender a relação entre jogo processual e política. Sem isso a leitura do processo penal e dos movimentos de recrudescimento é ingênua. O processo pode cooperar com o controle social. Não pode ser um aliado de trincheira. Se assim se postar, perde a dimensão coletiva de garantia que a razão exige. É necessária certa autonomia do processo penal. Não se pode condenar ninguém, em Democracia, com fins exclusivamente políticos e/ou midiáticos. Daí a função contramajoritária do processo penal: deve ser o jogo democrático pelo qual se pode, ao final, se e somente se, cumpridas as normas, aplicar-se uma sanção estatal. Do contrário, o *doping* estatal prevalecerá⁷.

Daí que o domínio das normas processuais, mesmo sendo importante para a compreensão do fenômeno processual, depende, ainda, das noções teóricas (penais, processuais e criminológicas) do julgador e dos jogadores envolvidos, não só formalmente, mas também materialmente⁸. Poderão ser movidos pela vitória a qualquer custo – mesmo por meio de provas ilícitas – em nome de um “bem” (dito) maior, por exemplo, a diminuição da criminalidade, ou pelo acolhimento de função de garantia (defesa dos direitos individuais). Talvez a assunção alienada da noção de guerra seja verificável quando o jogador, em nome do resultado, aceita mitigar os princípios da própria guerra, uma vez que a necessidade de vitória, conforme Agamben (2004) e Souza (2013), exclui a legalidade impeditiva

⁷ O processo que pretende fazer justiça com condenação sem limites se vale do “pragmatismo punitivista”, o qual aceita, muitas vezes, jogadas trapaceadas, com base em elementos ilícitos voltados ao fim maior: condenar. Em alguns casos, o regozijo beira à obtenção da felicidade da missão cumprida. Esse texto busca lançar luzes sobre o modo obscuro em que o processo judicial se instaura e segue.

⁸ Os jogadores podem ser aparentemente iguais, como, aliás, parece a noção idealizada de parte. Ninguém duvida que num jogo de futebol entre dois times com onze (11) jogadores, como bem aponta Becker, o Benfica seja melhor do que o time dos Professores da Faculdade de Direito.

do êxito. Vira uma “guerra suja”, como visto comumente nos regimes de exceção. Ainda que haja vitória, tal qual na trapaça, há mácula democrática. Se o resultado condenar sempre é o *leitmotiv*, pouco resta para impedir a fraude e a ilegalidade⁹. Essa tensão entre segurança coletiva e direitos individuais não é novidade (LOPES, 2009). De qualquer sorte, dependerá de escolhas antecedentes a maneira pela qual o julgador e os jogadores se postarão diante da informação probatória trazida.

O processo judicial possui a tendência de ficar intenso e o momento de produção probatória encontra seu ápice. O “atrito”, como a forma de dificuldades de informação, faz com que a prova seja sempre uma exceção e, como tal, inserida numa lógica singular, sem universalismos. Deve-se, pois, (i) dominar a teoria processual e de direito penal; (ii) ter-se experiência de jogo (de combate) ou treinamento; e (iii) entender o caráter cambiante do jogo e das sucessivas rodadas (subjogos).

Parece inevitável que se possa compreender a ação do julgador e dos jogadores no processo penal como o resultado de uma fusão temporal de horizontes (decisão judicial) e perspectivas sobre o(s) mesmo(s) acontecimento(s) do mundo da vida (imputação). A racionalidade pública, pela qual se apurará a responsabilidade (culpabilidade) penal do agente (NUNES, 2012)¹⁰, é o processo penal, pelo qual os jogadores (acusador e defensor) lançarão a estratégia (pretensões de validade) nos subjogos, mediados pelas normas processuais (regulação da

⁹ Esperar equilíbrio moral no jogo processual é aceitar o processo como elemento de divertimento ou passa tempo. Os jogadores querem ganhar. Os limites morais podem funcionar, no limite, em cada jogador singularmente, mas não operam de maneira universal. Muitas vezes os acusadores e julgadores (*sic*) se valem de jargões como: “se não paga por esse, por certo, paga por outro.”

¹⁰ O acusado, como agente racional, é a simplificação que se vale a teoria do delito para autorizar a aplicação de sanção.

informação-prova), com o fim de obter a vitória (decisão favorável do julgador).

4 Nova dinâmica de compreensão do processo penal

A metáfora da teoria dos jogos, como instrumento de compreensão do processo penal, parte da pressuposição de que o resultado processual não depende exclusivamente da *performance* de um dos jogadores, mas decorre da interação das estratégias e táticas utilizadas no limite temporal do processo, até porque a valoração do desempenho é feita do lugar do órgão julgador. O comportamento dos jogadores pode influenciar significativamente no resultado do processo. Por mais que exista preparação e planejamento, o desempenho nas jogadas processuais é sempre uma aposta no futuro. A estratégia ou a tática utilizada num processo anterior podem se mostrar inservíveis no processo seguinte. Cada processo é singular e único. De nada adianta ficar imaginando que, durante a audiência, deveria ter feito essa ou aquela pergunta. Houve preclusão, sendo uma das manifestações do “espírito da escada”, de Diderot (1979), ou seja, a resposta correta veio depois que se estava descendo a escada do Tribunal e não no momento necessário. Daí que se instaura um processo recorrente de reavaliações dos movimentos processuais.

Embora a Teoria dos Jogos, campo da Matemática, tenha sido invocada, para os fins deste escrito, de alguma forma, e segundo Agamben (2005), ela foi profanada, a saber, seus conceitos foram resignificados no campo do Direito e, especialmente, no do Direito Processual Penal. Daí que a pureza metodológica não pode ser esperada. Há uma “heterodoxia”

inerente na pesquisa em paralaxe (ZIZEK, 2008)¹¹, ou seja, que inevitavelmente modifica a perspectiva sobre o mesmo objeto, no caso, o Processo Penal via Teoria dos Jogos e da Guerra. É isso que impede a inautenticidade. Claro que, se o leitor possuir conhecimentos de microeconomia, macroeconomia, cálculo, poderá compreender mais facilmente o instrumental. Todavia, mesmo sem esse conhecimento preliminar, para o fim a que se propõe, há elementos suficientes. A pretensão, pois, não é a de simplesmente aplicar – diretamente – o instrumental da Teoria dos Jogos ao Processo Penal. Pretende-se uma abordagem que dialogue com as especificidades do Direito e seja, de alguma maneira, um pouco sofisticada e complexa. Isso porque não se pretende substituir a Teoria do Direito, mas, sim, apresentar novo instrumental para leitura do cenário processual. Assim, longe de um modelo teórico idealizado, busca-se articular o caráter manifestamente dinâmico das interações entre os jogadores e julgadores no Processo Penal.

Evidentemente que essa “adaptação” não acontece por espelho teórico, assim como nas artes (HUTCHEON, 2013). Aproveitando-se justamente o potencial dinâmico da teoria dos jogos (TAVARES, 2012; BIERMAN; FERNANDEZ, 2011; BECKER, 2012; PLETSCHE, 2007), buscou-se revisar a categoria processo penal, ciente das dificuldades daí inerentes. A teoria dos jogos será invocada como instrumento de análise ampliado, a ser utilizado em cada processo, visto isoladamente. Propicia a formulação de expectativas de comportamento estratégico. Tendo em vista que o objetivo do processo é a decisão favorável e, portanto, essa é a estratégia dos jogadores, as táticas manejadas

¹¹ Como alerta Zizek, para se tentar compreender o fenômeno a partir de perspectivas paraláticas, não se deve buscar um ponto de vista presunçosamente único, mas sempre considerando o que é inevitável: a diferença não há como ser desconsiderada ou contornada.

serão direcionadas à sua otimização. O meio para modelar esse jogo serão as informações disponíveis, tanto no que se refere à qualidade, quanto à quantidade. Para tanto, ainda, busca-se estabelecer os *payoffs*, isto é, os possíveis ganhos e perdas das consequências do resultado. Como é impossível antecipar o que dirá, por exemplo, uma testemunha, mesmo que se saiba o que ela teria dito anteriormente, no ato da oitiva, de acordo com Rodrigues (2011), há sempre um coeficiente de incerteza que permeia o jogo processual.

Sublinhe-se que o jogo processual depende de uma complexa interação entre os jogadores e o julgador. Não se trata de uma corrida de 100 metros em que o melhor ganha. O resultado, até para sua validade, depende da atuação dentro das regras do jogo. Assim, a ausência de defesa redundaria na anulação do processo. Logo, não se pode aceitar o jogo individual. É preciso, então, pelo menos: a) jogadores (acusação e defesa); b) julgador, terceiro e imparcial; c) normas processuais compartilhadas; e d) os *payoffs*, a análise das consequências das ações dos competidos (ganhos e perdas previsíveis).

A teoria dos jogos, para fins deste escrito, será utilizada exclusivamente a partir da noção de “Jogos dinâmicos e de informação incompleta”. Dentre as diversas classificações, acolhe-se a que se dá em quatro modelos:

- a) jogos estáticos e de informação completa: analisada todas as possibilidades e informações, a decisão se dará pelo “equilíbrio de Nash”, uma vez que jogadores racionais fariam a melhor opção pessoal. Entretanto, tal situação é confrontada pelo Dilema do Prisioneiro, já que não seria um “ótimo de Pareto” (PARETO, 1984), a saber, a melhor racionalidade individual significa resultado prejudicial para todos;

- b) jogos dinâmicos e de informação completa: ao contrário de uma jogada, a sucessão de estágios faz com que cada etapa – subjogo – exija constante avaliação das possibilidades e antecipações de sentido, mas acabam, em cada subjogo, reiterando a opção individual do equilíbrio de Nash, ou seja, estratégias não-cooperativas;
- c) jogos estáticos de informação incompleta: ainda que apenas um estágio de jogo, não se sabe a avaliação dos demais jogadores, por exemplo, como acontece nos leilões em que não se sabe o valor que os demais jogadores darão ao bem leilado. Prevalece a lógica de Thomas Bayes, a saber, depende da crença nas probabilidades pessoais e morais, então subjetivas, não exclusivamente racionais/objetivas;
- d) jogos dinâmicos de informação incompleta: é o modelo que se pretende aplicar ao processo penal, pelo qual se precisa entender que tipo de jogador se está enfrentando e qual o julgador a quem se dirige a informação do jogo. Na fusão de horizontes de informação representados pelo processo penal é importante (saber) antecipar as motivações (objetivas, subjetivas e inconscientes) dos jogadores e julgador, especialmente no tipo de informação apresentada e nas surpresas (trunfos) ainda não informados. O resultado depende da sucessão de subjogos e da informação-prova validamente trazida ao contexto do jogo.

Embora se possa aparentemente partir de estratégias puras: o acusador quer condenar e o defensor absolver, a complexidade do processo penal permite apontar que, muitas vezes, a motivação do acusador e defensor, daqui em diante

jogadores, está inserida em um conjunto de contingências, em que o processo pode ser utilizado com outras finalidades, a partir das recompensas possíveis (*payoff*). E o conteúdo dessas recompensas depende de um inventário preliminar, tanto dos jogadores, como do julgador, bem como do cenário. Daí que diversas variáveis devem ser invocadas para o fim de se buscar entender a decisão do jogador e do julgador. As expectativas de comportamento processual dependem do perfil teórico de cada jogador e julgador. Na matriz das variáveis, pode-se indicar a compreensão sobre: a) Teoria do Direito – vigência, validade e eficácia; b) Teoria da Constituição – norma jurídica (princípios e regras); c) hermenêutica (superação da filosofia da consciência pela Filosofia da Linguagem); d) impacto da religião nos julgamentos; e) Teoria do Injusto Penal; f) Teoria do Processo; g) criminologia; h) ideologia; i) humor; j) boa-fé; l) Gestão da Unidade (eficiência macro); m) influência da mídia e de terceiros; n) pressão dos tribunais; o) papel dos assessores e estagiários; p) demanda e carga de trabalho; q) a sogra (FERRAREZE FILHO, 2011) e familiares, dentre outras.

No processo penal, a tática pode se modificar no decorrer do jogo processual justamente porque os jogadores e o julgador trabalham com crenças acerca das possíveis decisões dos demais intervenientes, sem que se possa, todavia, saber-se – com 100% de certeza – da sua ocorrência. Daí que a estratégia e as posições dependem da constante capacidade de monitoramento, avaliação de riscos processuais e do cenário. Para que se possa antecipar as jogadas, portanto, os jogadores e julgadores são tomados como agentes racionais, os quais buscam maximizar a utilidade do processo. O estudo dos constrangimentos normativos (plano 1) é condição de possibilidade para se articular discursos (plano 2) no cenário de um processo singular (plano 3). Essa tripla articulação depende das recompensas pretendidas.

Por essa grelha teórica pode-se antecipar a estratégia dominante do jogador e do julgador, entendida como a que mais se aproxima da recompensa pretendida. E se o jogador/julgador é um agente racional sempre adotará a estratégia dominante. O Dilema do Prisioneiro, todavia, coloca a questão de que a estratégia dominante pode não ser a mais eficiente, dado o resultado adverso, abrindo espaço para compreensão cooperativa.

De qualquer forma, a noção de sujeito que o Direito moderno legou é a do racional, capaz de ter opiniões sólidas e que, sob o influxo de emoções (forte emoção chega a ser condição para legítima defesa), dentre elas medo, injusta agressão, ódio, amor, estariam afastadas da racionalidade. O mecanismo de pensar é complexo e a simplificação moderna é risível, embora opere em boa parte dos julgamentos. Seria cômico se não fosse trágico. Este guia compacto rompe com essa noção e aceita que muitas das decisões judiciais, tanto de jogadores como de julgadores, aconteçam sem que a razão presida. Aliás, a maioria delas. Pode parecer um tanto assustador. Entretanto, com o tempo, será mostrado que, no decorrer do jogo, as microdecisões acontecem e elas não são todas da ordem do racional. No final, naquilo que se chama de *bricolage* judicial, há uma composição aparentemente racional. Como humanos, todavia, julga-se ao longo de toda a partida processual penal. Há sempre uma antecipação de sentido inautêntica, ou seja, uma maneira mais fácil de resolver a questão, sem que a reflexão – que dá trabalho e toma tempo – seja acionada. Talvez fossem o caso de se suspender as certezas, mas sem um ceticismo visceral, e de se acolher certa margem de incerteza no processo, com o acolhimento das emoções como variável e também do inconsciente – uma fratura do sujeito moderno –, via psicanálise.

A “microeconomia” busca indicar as expectativas de comportamento dos sujeitos (escolha racional na busca de

maximização de utilidade) a partir da relação entre fins (alternativos entre si) e meios (de recursos escassos). Este é o pensamento de Cooter e Ulen (2010, p. 56), que ainda afirmam que

O direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisões e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que outro agente econômico escolher. Essas situações são como os jogos, pois as pessoas precisam decidir por uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações de outras pessoas. A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante.

No caso no processo Penal, pode ser utilizado para fundamentar tanto a estratégia processual, como a tática específica.

Aceitar ou não benefícios processuais, mediação penal, acordos diversos, enfim, devem-se cotejar as informações e propiciar a tomada de decisões da maneira mais informada possível. Embora sejam benefícios processuais, excludentes e suspensivos do processo, a aceitação pode ser influenciada por fatores de gerenciamento. Por exemplo, um boicote aos acordos por parte dos defensores pode levar ao acúmulo de processos e ensejar a prescrição. Imagine-se o caso de um Tribunal em que a pauta de audiências de instrução e julgamento esteja marcada para além de três anos. Presume-se que qualquer jogador deva levar isso em conta. A continuidade do processo significará a expectativa de prescrição. Ambos os jogadores sabem disso. O Ministério Público tentará a aceitação dos benefícios, enquanto a defesa, sabedora da plena possibilidade de prescrição, na perspectiva da teoria dos jogos, não deverá aceitar os ditos benefícios, até porque poderiam ser aceitos a qualquer tempo. Daí que, nas decisões intraprocessuais, diversos fatores devam ser cotejados. No caso de a unidade estar em dia com as audiências, essa estratégia é dominada.

Somente será dominante quando a pauta for longa. Cabe anotar que, nos casos em que a unidade estiver abarrotada, os jogadores defensivos poderão agir em conjunto e sob coordenação, ou seja, todos se negando a aceitar os benefícios. Entretanto, a partir de um limite em que tudo prescreve, pode acontecer a instalação de nova unidade, colocação de magistrados cooperadores. Enfim, há sempre a possibilidade de reversão. É uma aposta em que a incerteza preside.

Simon (1979), pai do *behaviorismo* (o qual aqui não se subscreve) e prêmio Nobel de Economia em 1978, defendeu a tese da racionalidade limitada. Por ela, os sujeitos devem separar os assuntos que exigem o estabelecimento de metas, projetar as táticas que podem ser exitosas e avaliar e decidir entre as alternativas. A atitude do jogador será fundamental. Caso não saiba como apresentar as informações, pode sofrer os efeitos de táticas diversas. Isso porque não se pode mais, segundo ele, apresentar uma teoria construída no conforto de uma poltrona sem fundamentações empíricas (SIMON, 1965, 1999) e, no caso do Direito, sem estudar o real mecanismo de decisão, as teorias são deslizamentos imaginários, sem sustentação fática. Aliás, no discurso em que recebeu o prêmio Nobel de 1978, ele afirmou que as conclusões sobre a prevalência da racionalidade perfeita são contrárias aos processos reais de tomada de decisão e, assim, é preciso entender como funciona a complexidade humana, que, para além da percepção – a qual pode ser distorcida –, a capacidade de assimilação e processamento do mesmo material de informações pode gerar decisões conflitantes (SIMON, 1979).

A abertura para que as emoções sejam uma variável no julgamento é nova. Se um jogador ou julgador participará de um jogo processual em que (não) gosta de um dos envolvidos, esse fato, isoladamente, poderá ser determinante. Não se sabe. Orgulhosamente se responde que não, pois se deve ser

imparcial. Se o leitor acredita nisso, tudo bem, não leia mais nada. Aqui, neste artigo, arrisca-se a dizer que isso pode (não deve) influenciar. E mais: a influência pode ser tanto negativa quanto positiva.

5 Considerações finais

Para se entender a proposta (do processo penal a partir da noção de guerra e da teoria dos jogos), é preciso estabelecer os lugares do jogo: a) julgador (magistrados); b) jogadores (acusação, assistente de acusação, defensor e acusado); c) estratégia de cada jogador (uso do resultado); d) tática das jogadas (movimentos de cada subjogo); e) *payoffs* (ganhos, perdas ou retornos) de cada jogador com a estratégia e tática. A pretensão deste artigo, como já antecipado, é adaptar – com significativas mudanças – a abordagem da teoria dos jogos para o campo do processo penal.

Para os fins deste texto, qualquer interação em contraditório, pela qual os jogadores comunicam-se até a tomada da decisão pelo julgador, será considerada subjogo, inclusive os anteriores à instauração da ação penal. Já se está acostumado a jogar desde pequeno; primeiro, de maneira lúdica (cartas, esconde-esconde, mata-mata etc.), e depois com perdas e ganhos (pecuniários, morais, de reputação etc.). Em todos os jogos processuais, a conduta do jogador e do julgador possui a potência de modificar o resultado, já que a incerteza preside o jogo, com certa dose de *álea*. No contexto do processo penal, além dos jogadores, ganha espaço a figura do órgão julgador (magistrado ou tribunal). Assim é que o contexto institucional do jogo sofre constrangimentos legais e do campo do Direito. Nesse contexto, a interdependência e a incerteza do futuro podem ser sofisticadas com esse mecanismo de tomada de decisão, que é a teoria dos jogos.

O processo penal, assim, é um jogo assimétrico de informação. Os jogadores não possuem, *ex ante*, todas as informações que comporão o acervo processual ao final da instrução, e há a necessidade constante de reavaliações das táticas utilizadas. No jogo simétrico os jogadores sabem de antemão o conteúdo das informações existentes. Aqui, diferentemente, as informações são antevistas, mas somente acontecem na cena processual, a saber, no decorrer dos subjugos. É certo que as provas periciais e documentais são elaboradas de forma paralela e/ou antecedente. Mesmo assim, a valoração – atribuição de sentido – será debatida e consolidada somente no momento da decisão judicial.

Nas situações estratégicas, nas quais o jogo não é cooperativo, a situação fica mais complexa, pois o resultado depende das decisões dos demais jogadores e é de conteúdo variável. Assim é que o enfrentamento do processo penal brasileiro depende de posições antecedentes em relação às noções de Direito, Tipo Penal¹², Constituição, Princípios, Regras, Norma Jurídica etc., não se podendo falar em processo penal idealizado. Embora se tenham regras processuais dispostas na Constituição, nos Documentos de Direitos Humanos e no Código de Processo Penal, em cada processo individualizado, com seu julgador e seus jogadores, acontecerá o jogo único. As diversas compreensões comporão o fenômeno processual numa verdadeira fusão de horizontes, naquilo que se chamou de *bricolage* de significantes (MORAIS DA ROSA, 2005).

Dito de outra forma, o processo penal é um jogo mediado pelo Estado Juiz, em que a fortaleza da inocência, ponto de

¹² Por exemplo: para compreender uma acusação sobre imputação objetiva, o julgador precisa conhecer a teoria e não pode se satisfazer com coleção de resumos. Aliás, julgar no campo dos delitos de trânsito desconhecendo o tema é vergonhoso. Conferir Bem (2010); Greco (2011); Santos (2009); Tavares (2003); Merolli (2010); Queiroz (2010); Albrecht (2010).

partida do jogo, é atacada pelo jogador acusador e defendida pelo jogador defensor, sendo que, no decorrer, as posturas (ativa e passiva) se alternam reciprocamente, devido ao caráter dinâmico do processo, a cada rodada probatória (subjogos) e em face das variáveis cambiantes. O jogador-acusador pretende romper com a fortaleza da inocência, enquanto a defesa sustenta as muralhas. Rompido ou antevisto o rompimento, bem como uma impossibilidade, por que não negociar? Constituir-se num jogo de táticas processuais no decorrer do jogo processual guiado por estratégia dos efeitos pretendidos (pena)? O processo penal se estrutura como uma modalidade de jogo processual no qual: (a) há o conjunto de normas jurídicas; (b) se estabelecem expectativas de ganho/perda em momentos específicos (recebimento/rejeição da denúncia; absolvição sumária; produção probatória – informação –, condenação/absolvição – em diversas instâncias); (c) ocorrem jogadas temporalmente indicadas (denúncia/queixa, defesa preliminar, alegações finais, recursos, similares); (d) o Estado Juiz emite comandos (despachos, interlocutórias, decisões, acórdãos, similares) de vitória/derrota (total ou parcial).

Bons jogos.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Profanaciones*. Tradução Edgardo Dobry. Barcelona: Anagrama, 2005.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECKER, L.A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.

BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito Penal de Trânsito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos Jogos*. Tradução Arkete Simille Marques. São Paulo: Person Prentice Hall, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *O processo como jogo*. Tradução Roberto Del Claro. Revista de direito processual civil. Curitiba: Gênese, v. 23, p. 192, 2002.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLAUSEWITZ, Carl von. *Da Guerra*. Tradução Teresa Barros P. Barroso. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução Luisa Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIDEROT, Denis. *Textos Escolhidos*. Os pensadores. Tradução Marilena Chauí. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAREZE FILHO, Paulo. *A sogra como fonte do direito*. Curitiba: Honoris Causa, 2011.

GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal: Bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HUTCHEON, Linda. *Uma teoria da adaptação*. Tradução Andre Cechinel. Florianópolis: Editora UFSC, 2013.

HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*. Tradução João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2008.

JR. LOPES, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. Tradução Soledad Laclau. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.

LOPES, Edson. *Política e Segurança Pública: uma vontade de sujeição*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEROLLI, Guilherme. *Fundamentos críticos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005.

_____. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUNES, Leandro Gornicki. *Culpabilidade e Exculpação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da Prova no Jogo Processual Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROBLES, Gregorio. *La Justicia em los juegos*. Madrid: Trotta, 2010.

_____. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito*. Tradução Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

RODRIGUES, Andreia de Brito. *Bullying Criminal: o exercício do poder no Sistema Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SIMON, Herbert A. *Comportamento administrativo: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1965.

_____. *Rational decision making in business organizations*.
American Economic Review, v. 69, p. 493-513, 1979.

_____. *Rationality Gone Awry? Decision making Inconsistent with Economic and Financial Theory*. Business Economics, v. 34, n.3, p.93-94, 1999.

SILVA, Denival Francisco da (org.). *Sistema Punitivo: o neoliberalismo e a cultura do medo*. Goiânia: Kelps, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TAVARES, Jean Max. *Teoria dos Jogos: aplicada à estratégia empresarial*. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

TAVARES, Juarez. *Direito Penal da Negligência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TIMM DE SOUZA, Ricardo. *Justiça em seus Termos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ZIZEK, Slavoj. *Visão em paralaxe*. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

CAPÍTULO V

DIREITOS, DEVERES NÃO: O TEOR COGNITIVO DA MORAL MODERNA¹

*Delamar José Volpato Dutra*²

1 Introdução

Este artigo apresenta o conceito de pessoa humana portadora de dignidade como sendo um dos conceitos normativos centrais da modernidade. Tal normatividade fundamenta a distinção entre moral e ética, bem como, no âmbito da teoria da justiça, a prioridade do justo sobre o bom. Aqui, sustenta-se o pluralismo incomensurável das diferentes teorias usadas na determinação de quais são os sujeitos portadores de dignidade, mormente no que diz respeito à biotecnologia aplicada aos seres humanos. Serão ainda apontados dois caminhos para dar conta da atribuição da pessoalidade aos seres humanos: por um lado, aquele que remete à racionalidade comunicativa, intrínseca ao procedimento discursivo da moral e da democracia deliberativa; por outro, aquele do positivismo jurídico em conexão com o conceito de política tal qual apresentado por Schmitt.

2 A nova normatividade moderna: os direitos do homem

No mais tardar com Hobbes descortinou-se um conceito de direito, cuja definição remete a um espaço de liberdade não

¹ Artigo publicado na Revista Veritas (2011).

² Delamar José Volpato Dutra é Doutor em Filosofia pela UFRGS. Pós-doc. pela Columbia University e University of Wales Aberystwyth. Professor na UFSC. E-mail: djvdutra@yahoo.com.br.

determinado pela noção de obrigação, nem por uma obrigação do próprio sujeito de tal direito, nem por uma correspondente obrigação dos outros³. Não obstante em uma primeira formulação da liberdade, no cap. XIV do *Leviatã*, o seu autor a fixar em razão de uma finalidade que a configura de um modo inevitável, tal finalidade não comporta traços normativos, mas sim mecânicos⁴. Assim se pronuncia Hobbes (1998, p. 86, grifo do autor):

THE RIGHT OF NATURE, which Writers commonly call *Jus Naturale*, is the Liberty each man hath, to use his own power, as he will himselfe, for the preservation of his own Nature; that is to say, of his own Life; and consequently, of doing any thing, which in his own Judgement, and Reason, hee shall conceive to be the aptest means thereunto⁵.

Se nessa primeira formulação do direito como liberdade, esta é condicionada por um fim, na sequência desse mesmo texto encontra-se uma segunda formulação, desta feita incondicionada “*RIGHT*, consisteth in liberty to do, or to forbear, [...] [de tal forma que] Law, and Right, differ as much, as Obligation, and Liberty; which in one and the same matter are inconsistent.” (Hobbes, 1998, p. 86). Seja como for, ele unificou a suma da lei de natureza e do direito de natureza justamente na primeira lei de natureza, não importando isso contradição, exatamente porque ambas as normatividades têm a mesma determinação, a saber, a autoconservação.

³ Habermas (1994) sugere isso no primeiro capítulo de *Faktizität und Geltung*. Para uma concepção dissonante dessa posição, ver Limongi(2009) e Volpato Dutra (2010).

⁴ A esse respeito, Lloyd (2001) defende uma distinção entre direito natural e direito a todas as coisas. O primeiro seria compatível, e mesmo determinado, pela lei natural.

⁵ Essa reformulação do direito natural clássico já tinha sido sugerida por Grotius (1625), que estabeleceu três sentidos para o termo direito: primeiro, como o que é justo; segundo, uma faculdade ou poder que se tem sobre si mesmo, chamada de liberdade; terceiro, como a lei que nos obriga a fazer o que é apropriado. A esse respeito ver Volpato Dutra (2011).

Vale anotar, com relação a esse ponto, a formulação da felicidade que Hobbes (1998) oferta no cap. XI da referida obra. Segundo ele, é a felicidade que está em questão quando se tem em vista aquilo que concerne ao viver juntos, em paz e unidade. É tendo em vista este fim que se deve considerar o seguinte:

[...] that the Felicity of this life, consisteth not in the repose of a mind satisfied. For there is no such *Finis ultimus*, (utmost ayme,) nor *Summum Bonum*, (greatest Good,) as is spoken of in the Books of the old Morall Philosophers. Nor can a man any more live, whose Desires are at an end, than he, whose Senses and Imaginations are at a stand. Felicity is a continuall progresse of the desire, from one object to another; the attaining of the former, being still but the way to the later. (Hobbes, 1998, p. 65).

Não se trata, bem entendido, daqueles costumes (*manners*) irrelevantes, por exemplo, como um homem deve saudar a outro. Trata-se daquilo que realmente importa para a paz e a unidade, a saber, a felicidade, considerada a causa das diferenças importantes. Essas diferenças são uma via de mão dupla, pois as ações voluntárias dos homens, com a finalidade de conseguir e garantir uma vida satisfeita, leva a uma competição por bens primários como riqueza, honra e mando. Por outro lado, o medo da morte e o desejo de conforto predispõem o homem para o poder comum⁶.

⁶ Tuck (2008) faz uma sugestão de leitura diferente do texto de Hobbes, que, embora plausível, não se mostra incompatível com uma leitura segundo a qual os interesses privados estão em questão no estado de natureza, e, portanto, também no *Leviathan*: “What Hobbes was concerned with above all was the conflict not of interests but of ideologies—of dogmatic beliefs which forced their bemused followers into actions deeply against their own interests, culminating in the civil wars which had wasted Europe since the Reformation. It was mistaken or contentious beliefs, not rational self-interest, that led to defections from the social enterprise.” (p.122). Arendt (1976, p. 139), por seu turno, sufraga justamente a leitura sugerida no presente estudo: “Hobbes's *Leviathan* exposed the only political theory according to which the state is based not on some kind of constituting law—whether divine law, the law of nature, or the law of social contract—which determines the rights and wrongs of the individual's interest with respect to public affairs, but on the individual interests themselves, so that ‘the private interest is the same with the publique.’”

Essa posição se constitui em uma crítica à teoria moral da vida boa, ao menos como fundamento do viver em paz e unidade, haja vista negar que haja um *finis ultimus* ou um *summum bonum*. Nesse sentido, o título do mencionado capítulo XI resume o ponto aqui tratado: diferenças de costumes. Ou seja, o Leviathan começa com a consideração da diferença entre as partes que o compõe, não daquilo que naturalmente poderia uni-los.

A conexão dessas posições de Hobbes (1991) com aquelas de Kant (1911) não é difícil de ser vislumbrada, haja vista o próprio Kant (1911) ter escrito um texto em *Teoria e prática*, cujo subtítulo vem grafado *Contra Hobbes*.

Para apresentar a conexão de Kant (1911) com Hobbes (1991), é preciso dizer como ambos tratam a felicidade. Sabidamente, Kant (1911) classificará os imperativos concernentes à felicidade como comandos hipotéticos, que só não são completamente analíticos, como aqueles referentes a uma intenção possível, porque a felicidade é um conceito indeterminado, de onde conclui ser ela um ideal da imaginação, não da razão (KANT, 2009, p. 418-419). O reflexo disso, na filosofia do direito, será operar a ligação entre o direito à liberdade e à busca da felicidade. Tal amálgama se torna, então, um dos princípios, *a priori*, de um estado civil, a saber, a liberdade de cada membro da sociedade, como homem, a qual se define do seguinte modo:

Ninguém me pode obrigar a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar de outros homens), mas cada um pode buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não prejudique a liberdade de outros a aspirarem a um fim semelhante, a qual pode coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível (i. e., contanto que não prejudique o direito de outrem)⁷. (KANT, 1911, v. 8, p. 298).

⁷ Sobre o dito comum: isso pode ser correto na teoria, mas não serve para a prática (edições da Akademie- Ausgabe).

É por isso que Kant (1911) pode concluir que o homem só possui um direito inato, a liberdade: “*Liberdade* (independência do arbítrio coercitivo de outro), na medida em que pode subsistir com a liberdade de qualquer outro de acordo com uma lei universal, é este direito único, originário, pertencente a cada homem por força de sua humanidade.”⁸ (KANT, 1911, p. 237, grifo do autor).

Ainda que não se possa registrar, ao menos explicitamente, em Hobbes e Locke⁹ uma associação entre o direito natural e a busca da felicidade, lidos a partir da agregação posteriormente feita, por exemplo, por Rawls (1996), vários elementos que eles acoplaram a tal direito compõem os fundamentos liberais da felicidade, ou, como diria Rawls (1996), bens primários indispensáveis para qualquer concepção de felicidade. É o caso da defesa que Hobbes faz da liberdade de fé, diferentemente do culto que o soberano pode determinar ou, no caso de Locke (1689), a defesa da liberdade de crença religiosa. Kant (1911), nesse particular, é explícito na associação da liberdade como único direito inato à felicidade.

Essa separação entre dois sentidos de bom, ou seja, por um lado, aquilo que concerne à felicidade e, por outro, aquilo que concerne ao viver em paz e unidade, levou ao que Rawls (1996) chamou de prioridade do justo sobre o bem, cuja origem

⁸ Reflexões de Kant.

⁹ Hobbes e Locke não associaram diretamente os conceitos de direito (*right*) e felicidade. O primeiro a fazer isso parece ter sido Leibniz (1693). Talvez, essa possa ter sido a fonte da associação kantiana dos dois conceitos. As duas citações anteriores são um claro indício de que tal associação pode ser feita. No caso americano, o registro que a *Virginia Declaration of Rights* adotou em 12 de junho de 1776 – “*That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety*” – foi, provavelmente, influência de Burlamaqui (1747; 1751).

pode ser rastreada ao menos já em Hobbes (1651), considerado um dos fundadores do direito natural moderno, bem como em Kant (1911, v. 5, p. 62): “O conceito de bom e mau não tem que ser determinado antes da lei moral [...] mas somente [...] depois dela e através dela.”¹⁰ Na sua forma mais radical, como em Habermas (1991), o conteúdo da moral dirá respeito apenas aos deveres para com os outros (TUGENDHAT, 1996, p. 164).

É nesse sentido que uma parte da filosofia política moderna paulatinamente se afastará da vida boa para se concentrar em questões de justiça. Habermas (2001) chamou a esse fenômeno uma abstenção fundamentada nas diferenças de visões de mundo conflitantes. Isso implica definir os termos “ética” e “moral” de modo peculiar. A ética concerniria ao viver bem e à vida boa, àquilo que remete à felicidade, já a moral remeteria a questões de justiça. Dworkin (2011, p. 191) bem explicitou esse ponto:

Moral Standards prescribe how we ought to treat others; ethical standards, how we ought to live ourselves. We can – many people do – use either ‘ethical’ and ‘moral’ or both in a broader sense that erases this distinction, so that morality includes what I call ethics, and vice versa¹¹.

Assim, a distinção entre ética e moral estabelece os fundamentos normativos da modernidade, pois “existencializa” as matérias de felicidade à medida que esta é remetida à subjetividade de cada um, ao mesmo tempo em que submete à razão pública as matérias morais. Em termos gerais, a vida privada passa a dispor de um âmbito de liberdade, cujas matérias a ela afetas boa parte da filosofia há muito abdicou de tratar.

¹⁰ Crítica da razão prática (edições da Akademie- Ausgabe). A conexão das teorias liberais atuais, como a de Rawls, com esta citação de Kant é explicitamente apresentada em Rawls (1999).

¹¹ Essa formulação não sugere que Dworkin pense como separados os dois domínios. Na verdade, ele os pensa como sendo integrados (DWORKIN, 2011, p. 255).

Isso se traduz na ideia de um espaço em relação ao qual a liberdade é absoluta, “*there ought to exist a certain minimum area of personal freedom which must on no account be violated*” (BERLIN, 1969), desde que compatível com a igual liberdade dos outros. Assenta de forma central nesse modo de pensar um sentido forte do conceito de direito natural, aquele que sobrevive apesar das leis civis, ou seja, mesmo havendo leis civis que regulem a vida social, e mesmo contra essas leis civis. O germen disso pode ser visto em Hobbes (1998). Segundo ele, direitos podem ser pensados como liberdades que o “homem” tem, as quais o “súdito” mantém, pois o direito a elas não pode ser alienado. Dito de outro modo, ainda que a única finalidade da lei civil seja limitar a liberdade natural (HOBBS, 1998, cap. XXVI), como condição para a paz, as leis civis não podem limitar certas determinações fundamentais da liberdade natural: “[...] every subject has liberty in all those things the right whereof cannot by covenant be transferred. I have shown before, in the fourteenth Chapter, that covenants not to defend a man’s own body are void.” (HOBBS, 1998, p. 144). Trata-se de uma obediência condicionada, ou seja, que não seja incompatível com salvar ou preservar a própria vida, pois esta, aliás, é a última razão do próprio Estado (STRAUSS, 1965). Exemplos de tais direitos ou liberdades são: o direito de evitar a morte, de defender o seu corpo, de usar alimentos, de respirar, de mentir em relação aos próprios crimes. Em relação a este último ponto, haveria conexão, inclusive, com a liberdade de pensamento e crença do cap. XL do Leviatã, bem como com a crítica à extensão das leis para abarcar os pensamentos e a consciência dos homens, conforme o caps. XLVI e XLII do mesmo texto. Todas as outras liberdades não são direitos inalienáveis, mas dependem do silêncio da lei. Assim, embora possa haver perfeita harmonia entre a lei civil e a lei natural, entre a lei civil e o direito natural há um hiato (HECK, 2004).

Na justificação de tais direitos ou liberdades, o raciocínio de Hobbes (1998) parece bastante mecanicista, sobre o que se poderia perguntar: o que retiraria da lei o seu carácter obrigatório? Para se responder a essa questão, há que se indagar pelo que dá obrigatoriedade a ela. Para Hobbes (1998, p. 88), a resposta se encontra na voluntariedade:

And therefore there be some rights which no man can be understood by any words, or other signs, to have abandoned or transferred. As first a man cannot lay down the right of resisting them that assault him by force to take away his life, because he cannot be understood to aim thereby at any good to himself.

No cap. VI do *Leviatã*, pode ser encontrada uma justificação de como fundamentar a possibilidade da obrigação. Nesse capítulo, o autor afirma que a sensação é o registro de um movimento provocado em nós, pela ação em nosso corpo do que vemos, ouvimos, sentimos. A imaginação é o resíduo deste movimento, que acaba se tornando a primeira origem interna de todos os movimentos voluntários. O esforço são os pequenos inícios de movimento que depois se manifestam no andar e em outras ações visíveis. Esse esforço, ou movimento interior, vai em direção a algo que o causa ou para evitar algo. Trata-se do apetite/desejo e da aversão. Na deliberação, o último apetite ou aversão é o que se chama vontade. Isso vale para os animais em geral (HOBBS, 1998, cap. VI). Portanto, algo involuntário ocorreria quando se buscasse ou se evitasse algo contrário ao último apetite ou aversão, pois ficaria marcado pela determinação causal aqui exposta. Por esse raciocínio, matar-se deveria ser um ato impossível. Sem embargo desse problema, o que Hobbes (1998) diz é que não se pode abdicar do direito a essa liberdade, porque o cálculo do desejo/aversão é tão forte que ninguém fica obrigado no futuro e em uma circunstância concreta a se matar

ou a matar outro, pois o que vincula não são as palavras que obrigam, mas a intenção de qualquer pacto que é manter a vida (HOBBS, 1998, cap. XXI). Sabidamente, para Hobbes (1998), a única coisa que leva os homens a respeitarem as leis é o medo de uma pena corporal (HOBBS, 1998, cap. XXVII). Ora, o medo de uma morte certa e imediata é maior do que o de uma morte mais distante, o que leva à nulidade do pacto feito por razões estritamente causais.

Segundo Arendt (1976), o que funda o Estado em Hobbes não é uma lei constituinte, nem o pacto social, mas o próprio interesse do indivíduo. Assim, o interesse do indivíduo passa a ser o interesse público, de tal forma que, quando este último desafiar frontalmente aquele, o indivíduo poderá resistir¹².

O problema reside em que esse raciocínio de Hobbes (1998), que finca raízes em sua filosofia natural mecanicista, foi reformulado e ampliado por razões normativas. Esse é claramente o caso de Kant (1911). Como se pode ver na citação a seguir, o princípio universal do direito remete ao conceito de justiça. Conceitos como autonomia, liberdade e dignidade humana darão forma a um tipo de Estado que deve se abster da determinação da vida boa¹³. De fato, o princípio universal do direito reza que

É justa toda ação segundo a qual ou segundo cuja máxima a liberdade do arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal, etc. [...] Se minha ação, portanto, ou

¹² “Hobbes's Leviathan exposed the only political theory according to which the state is based not on some kind of constituting law—whether divine law, the law of nature, or the law of social contract—which determines the rights and wrongs of the individual's interest with respect to public affairs, but on the individual interests themselves, so that ‘the private interest is the same with the public’.” (ARENDDT, 1976, p. 139).

¹³ Sobre a conexão desses conceitos nas filosofias de Kant e Hobbes, ver: Foisneau e Thouard (2005) Williams (2003).

em geral meu estado, pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal, então aquele que me impede nisto é injusto para comigo, pois este impedimento (esta resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais. (KANT, 1911, v. 6, p. 230).

É possível entender, então, a conjugação desse princípio com o único direito inato, a liberdade, como foi citado. Esse direito à liberdade implica também a igualdade. Kant (1911) dá ao menos dois exemplos de leis nulas por não obedecerem ao princípio da igualdade. Um deles seria uma lei tributária que tratasse diferentemente os súditos com situações fáticas semelhantes; outro seria uma lei que impusesse um culto permanente. Contudo, para Kant (1911), leis desse *jaez* não autorizariam a desobediência, muito menos a resistência. Poderiam, sim, ser criticadas pela liberdade de expressão. Com relação a esse último ponto, vale observar que tal liberdade não é inocente, pois ela pode ser altamente corrosiva nos sistemas políticos estabelecidos. Schmitt (2004) viu muito bem isso em um direito com menor escopo que esse, a saber, a liberdade de crença que ele detecta em Hobbes (1998) e, que segundo ele, torna o Leviatã um mecanismo despido de alma (SCHMITT, 2004).

Diferentemente de Hobbes (1991), Kant (1911) não chega ao ponto da desobediência¹⁴. Autores como Habermas (1991) e Rawls (1996) defendem claramente a desobediência civil. Isso mostra a força normativa da concepção que eles defendem, capaz de se opor às decisões políticas da vontade majoritária.

¹⁴ Hobbes defende explicitamente a desobediência em uns poucos casos. Veja-se a citação seguinte do cap. XXI do Leviatã: “I have shewn before in the 14. Chapter, that Covenants, not to defend a mans own body, are voyd. Therefore, are not bound to hurt themselves; If the Sovereign command a man (though justly condemned,) to kill, wound, or mayme himselfe; or not to resist those that assault him; or to abstain from the use of food, ayre, medicine, or any other thing, without which he cannot live; yet hath that man the Liberty to disobey.”

Com relação a esse particular, não faltam críticos a essa concepção normativa da modernidade, seja por uma razão ou outra. Como exemplares de tais críticas podem ser apresentadas as posições de MacIntyre (1984, 1988) e Williams (1993). Segundo este último, em tais concepções, faz-se um uso equivocado da noção de obrigação: “[...] we need an account of what obligations are when they rightly seen as merely one kind of ethical consideration among others. This account will help to lead us away from morality’s special notion of moral obligation, and eventually out of the morality system altogether.” (WILLIAMS, 1993, p. 182). Para ele, a noção de obrigação tem que ser substituída ou redefinida pela de importância. Isso significa substituir a noção de “highest deliberative priority” pela de “high deliberative priority” (WILLIAMS, 1993, p. 184-185). O dever (*must do*) não é um conceito peculiar ou exclusivo da ética, podendo resultar, por exemplo, da necessidade de autoproteção, de tal forma que a necessidade prática pode advir tanto de considerações morais, quanto de qualquer outra consideração, na ponderação das quais o dever ético tem importância, mas não preponderância. Nesse sentido, Kant (1911) teria chegado a uma noção incondicionada de obrigação “[...] because of his picture of the rational self as free from causality.” (WILLIAMS, 1993, p. 186). Uma noção de obrigação assim concebida é uma ilusão (WILLIAMS, 1993, p. 191). Para resumir, trata-se de enganos filosóficos que traduzem uma má compreensão da vida. Na verdade, a obrigação é só um tipo de consideração ética, mas não a única a ser feita. A necessidade prática não é peculiar da ética.

2.1 O escopo do arbítrio

Uma questão importante sobre essa matéria concerne à extensão daquilo que fica à disposição da liberdade de cada um. Assim, é importante determinar critérios e teorias para se

classificar uma matéria no âmbito da liberdade privada, da ética, ou no âmbito da moral da razão pública. Para resumir boa parte dessa argumentação, pode-se apelar à formulação minimalista de Mill (1991, p. 14): é proibido ou se deve proibir o que causa dano a outro. Pode-se acrescentar mais um critério para se determinar o que deve ser remetido à vida privada, a saber, aquilo que for muito controverso. Nesse caso, uma forma de buscar acordo são os contendores acordarem justamente sobre a liberdade de cada um agir do modo como achar melhor. Tal argumento já pode ser encontrado em Locke (1978). Segundo ele, não haveria como estabelecer uma religião verdadeira, haja vista os príncipes divergirem sobre qual é a verdadeira religião (LOCKE, 1978, p. 5), o que implica possibilidade de a opinião de cada um deles ser errônea (LOCKE, 1978, p. 9). Certamente, tal formulação acarreta um afastamento da humanidade das determinações culturais, algo já avançado por Arednt (1976, p. 298):

“Man of the twentieth century has become just as emancipated from nature as eighteenth-century man was from history. History and nature have become equally alien to us, namely, in the sense that the essence of man can no longer be comprehended in terms of either category.”

Esse argumento é válido desde que a matéria em questão não cause dano a uma pessoa. Ora, o conceito de pessoa acaba sendo o critério fundamental a partir do qual uma matéria pode ser decidida ou não pelo arbítrio de cada um.

Portanto, uma questão conexa com o desenvolvimento do conceito de direitos e liberdades a eles subjacentes é aquela dos portadores ou a quem devem ser atribuídos tais direitos. O conceito de pessoa passa a ser fundamental nessa tarefa, pois cada pessoa passa a ter um valor absoluto (HABERMAS, 2010, p. 474). Segundo Rawls (1999), por exemplo, a teoria da justiça por ele defendida funda uma inviolabilidade da pessoa

que não pode ser comprometida, nem pelo bem estar de todos os demais. Contudo, a sua dicção de que pode ser decidido por vontade majoritária e que a eugenia estaria justificada em razão do seu segundo princípio de justiça são um claro indício de que o conceito de pessoa opera de maneira unilateral¹⁵.

Ou seja, a marca da pessoalidade dá um caráter de inviolabilidade. Porém, nem todos os corpos do mundo e nem todos os corpos humanos possuem tal predicado. Tal questão, na verdade, envolve menos um problema conceitual e mais propriamente um problema político. Como bem frisou Arendt (1976, p. 298) “[...] the right to have rights, or the right of every individual to belong to humanity, should be guaranteed by humanity itself”. Trata-se mais de um processo de generalização desse predicado do que da sua definição. Sem embargo disso, seja qual for a definição, o problema é sempre a quem se aplica. Ou seja, trata-se de uma questão de *status*, de reconhecimento (HABERMAS, 2010, p. 472-473), e, portanto, da esfera política. Isso, de fato, é uma reminiscência importante da história do conceito de dignidade, de pessoa. Um registro disso pode ser encontrado no próprio Leviatã: “The public worth of a man, which is the value set on him by the Commonwealth, is that which men commonly call dignity.”(HOBBS, 1968, cap. X). Ainda hoje o conceito de dignidade guarda esse traço, pois os portadores de direitos são aqueles reconhecidos como tendo dignidade. As exclusões do âmbito de aplicação foram muitas ao longo da história. Hoje, a questão se concentra na discussão sobre os fetos, os embriões e os comatosos. Alguns estendem a discussão para os animais. Resta assentado, portanto, que a atribuição desse predicado depende de *status*, especialmente hoje, para aqueles que são os fracos, ou os mais fracos, como fetos, embriões e animais.

¹⁵ Rawls trata da eugenia no §17 da *Teoria da Justiça*. O aborto é tratado na *Lecture VI* do *Political Liberalism*, especialmente na p. 243-244.

2.2 Procedimento e positivismo jurídico

“Nas coisas mais relevantes é mais importante que as decisões sejam tomadas do que a maneira como elas são tomadas.” (SCHMITT, 2009, p. 61).

Pode-se afirmar que os princípios, como aquele da liberdade e dignidade, não têm um significado estável e independente de suas aplicações a casos concretos (HABERMAS, 2003, p. 188), haja vista uma norma não providenciar a sua própria interpretação (HART, 1961, p. 123)¹⁶. Considerando o pluralismo das posições acima apresentadas, pode-se perguntar se há ou não algum tipo de base racional para um acordo sobre princípios fundamentais, mormente o igual respeito e consideração, e, portanto, sobre uma justificação moral do direito, ou se ao final não se trata de uma decisão política que o judiciário tem que tomar, à revelia de qualquer critério que pudesse contar com um consenso sobreposto, a partir das várias doutrinas abrangentes razoáveis.

Talvez se pudesse alegar como último refúgio, a fim de evitar um pluralismo epistemológico radical, que os participantes poderiam ainda entender a disputa como uma controvérsia sobre a melhor interpretação do mesmo princípio da dignidade humana, o qual seria aceito por todos. Ou seja, ainda que o desacordo radical fosse observável a partir da própria perspectiva do participante, visto que “[...] no-one may claim privileged access to the truth of constitutional or legislative matters.” (HABERMAS, 2003, p. 189), ele não desafiaria a razoabilidade das justificações morais em seu conjunto, haja vista que, dessa indeterminação epistêmica do ponto de vista do participante, não se seguiria o não cognitivismo como uma posição de teoria moral e jurídica.

¹⁶ “Una ley no puede aplicarse, manipularse o ejecutarse a sí misma; no puede ni interpretarse, ni definirse, ni sancionarse.” (SCHMITT, 1996, p. 16).

Entretanto, a pressuposta mesmidade do princípio seria contraditada performativamente pela indisponibilidade de um acordo em casos difíceis ou trágicos (HABERMAS, 2003, p. 188), de tal forma que ameaçaria o próprio conceito de razoabilidade, como afirma Rawls (1996) na discussão sobre o aborto, como visto antes. Levada às suas últimas consequências, tal situação parece sugerir que os princípios básicos da moral moderna são incapazes de dar conta, de uma forma aceitável por todos, dos conteúdos mais importantes de uma determinada forma de vida, de tal forma que esses mesmos princípios não poderiam ser explicados cognitivamente a partir dos princípios, mas dependeriam de certos procedimentos nos quais eles seriam analisados.

Isso explicaria, aliás, o caráter atraente das teorias com base processual, em detrimento daquelas com base nos conteúdos. Tais teorias processuais são defendidas tanto por positivistas jurídicos, quanto por teóricos da justiça, como o próprio Rawls (1996), cuja proposta da justiça como equidade é um tipo de justiça processual pura, e cuja origem está no procedimento da posição original, bem como Habermas (1991), que propõe uma teoria processual da verdade, da ética e do direito, com base na racionalidade comunicativa (VOLPATO DUTRA, 2005).

Com relação a esse ponto, Habermas (1991) sustenta que o processo poderia fornecer autoridade cognitiva, independentemente da falta de acordo sobre determinados conteúdos. A tese de Habermas (1991) é a de que o conteúdo acordado seria menos importante do que a própria *performance* de sua produção. Seria tal *performance* que fundamentaria a autoridade da aceitação dos resultados sobre os quais há discordância (HABERMAS, 2003, p. 190). *Mister*, portanto, que se apele a outro algo e não ao conteúdo das normas, sendo o melhor candidato para isso o significado do próprio processo e

não os seus produtos (HABERMAS, 2003, p. 193). Para ele, a própria performance pela qual uma constituição passa a existir tem um significado performativo, qual seja, “[...] *people found a voluntary association of free and equal citizens, and continue to exercise self-government, by mutually according one another certain basic rights, thus regulating their life-in-common by means of positive and coercive law in a legitimate way.*” (HABERMAS, 2003, p. 193). Seria tal significado do procedimento que daria a autoridade momentânea a um determinado produto, o qual poderia ser sempre revisado nos termos do próprio processo que o engendrou.

Sem embargo da posição defendida por Habermas (2003), imperativo é que se faça referência ao pluralismo epistêmico defendido pelo positivista jurídico, o qual também busca por uma fonte de legitimidade à parte dos conteúdos. Veja-se como o próprio Habermas (2003, p. 189) se manifesta a respeito:

According to legal positivism, norms, verdicts and decrees derive their binding force and validity from the occurrence of certain law-generating events: These decisions must only be processed in the right way and authorized by the right institutions. Which procedures, practices, and authorities may count as the right ones is again defined by law, and by law only. Therefore, “a norm is law, not by virtue of its content, but by virtue of its source” (Waldron 1999, 33). In order to deal with the paradox of the self-referential closure of the legal system, the contingent nature of the validating source is either compensated for by force (H. Kelsen) or concealed by custom (H. L. A. Hart). A “theory of authority” (J. Raz) explains, in terms of either sanctions or established forms of life, why the “ground rules” generate the general acceptance of coercive legal commands.

Tendo em vista a afirmação de Rawls (1996) de que não há acordo das doutrinas abrangentes razoáveis sobre o ponto aqui em consideração, a determinação política que resultar disso não passará de um simples *modus vivendi*. A posição de Dworkin (1994) de que seria possível um acordo das partes em contenda

em nível mais abstrato de moralidade política não procede, haja vista tal posição só ser possível pela despersonalização de parcela dos corpos humanos, o que não pode ser aceito de forma razoável por todos como elemento irrelevante para o direito. O que resulta, então, é um *modus vivendi* entre os que são pessoas em desfavor dos que não são pessoas. Tal separação entre os que contam e os que não contam é arbitrária, no sentido de que não pode contar com o apoio das doutrinas abrangentes razoáveis.

Em suma, considerando as posições irreconciliáveis das várias doutrinas e religiões sobre a matéria, não resta alternativa de solução senão o princípio da liberdade, o qual, nesse caso, não pode contar com o apoio de todas as doutrinas ou religiões, diferentemente do que ocorre com a própria crença, a respeito da qual se concorda com a liberdade religiosa. Isso acontece porque, nas questões bioéticas, há discussão sobre a personalidade de entes envolvidos no processo e, portanto, imputação de dano aos mesmos. Nesse sentido, duas alternativas são possíveis, aquela de um *modus vivendi* entre as várias posições, e aquela do procedimentalismo. Somente esta última posição pode pretender, a longo prazo, um consenso razoável sobre a matéria.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2002.

ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego New York London: Harcourt Brace, 1976.

ARISTÓTELES. *Política*. Ed. bilíngue. Tradução A. C. Amaral e C. C. Gome. Vega, 1998.

BERLIN, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BURLAMAQUI, Jean-Jacques. *Principes du droit naturel*. Genève: Barillot & Fils, 1747.

_____. *Principes du droit politique*. Genève: Barillot & Fils, 1751.

BRASIL. *Decreto N. 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos. (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 30 mar. 2014.

DUFFEL, Siegfried Van. *Natural Rights to Welfare*. European Journal of Philosophy, 2011. 19 v., n. 2, p. 1-24. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0378.2011.00466.x/pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion*. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom. New York: Vintage Books, 1994.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FOISNEAU, Luc; THOUARD, Denis (Ed.). *De la violence à la politique: Kant et Hobbes*. Paris: Vrin, 2005.

GROTIUS, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Tradução A. C. Campbell. Botoche: Ontario, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

_____. *Faktizität und Geltung*: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4 ed. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. *Die Zukunft der menschlichen Natur*. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik? Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2001.

_____. *On Law and Disagreement*. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*: 2003. 16 v., n. 2.

_____. The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. *Metaphylosophy*, 2010. 41v., n. 4, p. 464-480.

HARE, R. M. *Essays on Bioethics*. Oxford: Clarendon Press, 2000.

HART, Herbert. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

HECK, José N. *Thomas Hobbes: passado e futuro*. Goiânia: EdUFG, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

KANT, Immanuel. *Kant's gesammelte Schrifften / Kant's Werke*. 28 volumes. Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Reimer, 1911.

_____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução A. Morão. Lisboa: E. 70, 1988.

_____. *Practical philosophy*. Transl. Mary Gregor. The Cambridge Edition of The Works of Immanuel Kant. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

_____. *Crítica da razão prática*. Tradução Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *A metafísica dos costumes*. Tradução J. Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. *Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History*. Transl. David L. Colclasure. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução G. A. de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial/Barcarolla, 2009.

KERSTING, Wolfgang. *Liberdade e liberalismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Codex Iuris Gentium*. Hanover: S. Ammonus, 1693.

LIMONGI, Maria Isabel. *Direito e Poder: Hobbes e a dissolução do Estado*. DoisPontos, 2009. 6v., n. 3, p. 181-193.

LLOYD, Sharon. A. Hobbes's *Self-effacing Natural Law Theory*. Pacific Philosophical Quarterly, 2001. 82 v., n. 3-4, p. 285-308.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Tradução A. Aiex. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue*. 2. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984.

_____. *Whose justice? Which rationality?* London: Duckworth, 1988.

MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Essays*. Oxford World's Classics. Oxford: Oxford University Press, 1991.

RANCIÈRE, Jacques. *O desentendimento*. A. L. Lopes?: La mésentente. São Paulo: Editora 34, 1996.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

_____. *A Theory of Justice*. Revised Edition. Oxford: Oxford University Press, 1999.

REVISTA Veritas. v.56, n. 3, p. 108-124, set./dez. 2011.
Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/9845/7318>>. Acesso em: 30 de março de 2014.

SCHMITT, Carl. *El Leviathan en la teoría del estado de Tomas Hobbes*. Tradução F. J. Conde. Granada: Comares, 2004.

_____. *Legalidade e legitimidade*. T. L. C. Romão: Legalität und Legitimität. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Politische Theologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

_____. *O conceito do político*. Tradução Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. M. Herrero: Ubre die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Marid: Tecnos, 1996.

SINGER, Peter. *Animal Liberation*. 2. ed. New York: Avon, 1990.

STRAUSS, Leo. Comments on Der Begriff des Politischen. In: STRAUSS, Leo. *Spinoza's Critique of Religion*. New York: Schocken, 1965.

TUCK, Richard. *Free Riding*. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press, 2008.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. E. Stein: Vorlesungen über Ethik. Petrópolis: Vozes, 1996.

VOLPATO DUTRA, Delamar José. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

_____. *Seria a eugenia liberal míope?* Natureza humana e autocompreensão moral em Habermas. *Revista Ethic@*. Florianópolis, 2005. 4 v., n. 3, p. 327-337. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/ethic@/etesp4.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

_____. Direitos: liberdade jurídica e liberdade moral. In: SILVEIRA, D. C. HOBUSS, João Francisco (Org.). *Virtudes, direito e democracia*. Pelotas: Ed. Universitária UFPel, 2010. p. 121-144.

_____. Grotius: pré-história da teoria kantiana da virtude. In: HOBUSS, João Francisco (Org.). *Ética das virtudes*. Florianópolis: EDUFSC, 2011. p. 157-169.

WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of Philosophy*. London: Fontana, 1993.

WILLIAMS, Howard. *Kant's Critique of Hobbes*. Cardiff: University of Wales Press, 2003.

CAPÍTULO VI

DIREITO, MORAL E POLÍTICA: O DEBATE ENTRE AS CORRENTES PROCEDIMENTALISTA E SISTÊMICA

Luiz Henrique Urquhart Cadernatori¹

1 Introdução

A necessidade de estabelecer novas demarcações institucionais entre os territórios da Política, da Moral e do Direito vem gerando algumas incertezas, dentro do contexto brasileiro, nas formas de orientar os campos de atuação dos poderes estatais. Isso se verifica considerando situações-limite em que as fronteiras entre uma ou outra das esferas constitucionais de atividade – legislativa, executiva e judiciária – não estão claramente explicitadas no que se referem às possibilidades de entrecruzamento e graus de influência da esfera de competências de um poder estatal sobre o outro.

Algumas distorções ocorrem, por exemplo, quando se procura estabelecer critérios para orientar o tratamento de questões políticas, ou econômicas, a serem abordadas em decisões judiciais e seus respectivos limites de interferência em assuntos, cuja competência precípua é dada ao Executivo ou Legislativo. O mesmo ocorre, também, quando se remetem

¹ Luiz Henrique Urquhart Cadernatori é Bacharel em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-doutorado pela Universidad de Granada em Filosofia do Direito. Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na UFSC. Autor de diversas obras jurídicas de direito público e artigos para periódicos e revistas científicas.

essas decisões a dimensões consideradas externas ao Direito, tais como a dimensão dos valores morais.

A esse respeito, existe toda uma tradição positivista, oriunda do pensamento jurídico, que proclama a sujeição do Direito aplicado aos estritos termos da Lei, sob uma concepção formalista voltada a conceitos jurídicos abstratos e deduções lógicas refratárias à realidade social, sempre que as remissões legais se projetem, direta ou indiretamente, aos campos da moralidade, da economia ou da política, por exemplo.

Essas questões definiriam, entre outras coisas, os parâmetros de discricionariedade na atuação dos poderes Legislativo e Executivo, constituindo, assim, um campo de problemas insindicáveis pelo Judiciário, posto que estariam protegidos por juízos subjetivos atinentes a questões “extrajurídicas” por serem políticas, econômicas, morais ou culturais (CADEMARTORI, 1995, p. 132-140). Trata-se, portanto, de uma concepção doutrinária e jurisprudencial reducionista, que idealiza três poderes constitucionais, mais do que harmônicos, organizados de forma estanque e rigorosamente fechados nas suas atribuições.

Para tentar elucidar toda essa problemática à luz de novas tendências que constatarem que o aumento de complexidade social não mais comporta uma forma de tratar seus problemas decorrentes a partir de critérios simplistas, isolando cada conflito social a ser equacionado e decidido pelo Direito, em mônadas despidas de fatores políticos, éticos, culturais ou econômicos, serão utilizadas duas matrizes teóricas, as quais se debruçam sobre o fenômeno do Direito e seus entrecruzamentos com os campos da Moral e da Política. Visando tal fim, será tratada, inicialmente, a concepção procedimental-comunicativa de Habermas (1997).

A seguir, e considerando as observações críticas do citado autor, será analisada a relação entre as dimensões da Política e do Direito sob a ótica do paradigma sistêmico de Niklas Luhmann (1980), a partir de uma análise sobre a evolução e as implicações do fenômeno constitucional dentro de tais campos, empreendida por esse sociólogo. Tal metodologia será adotada por se considerar que a Constituição apresenta-se, hoje, como uma unidade simultânea de organização política e regulação jurídica nas esferas social e estatal, sendo que ambas as esferas também estão permeadas por múltiplos fatores tais como os de ordem econômica, axiológica e cultural, dentro de uma arquitetura institucional que ainda não teve todas as suas possibilidades de interpretação e consecução esgotadas.

É precisamente a partir da análise constitucional que a teoria de Luhmann (1980) responderá, em parte, à crítica à sua concepção sistêmica do Direito formulada por Habermas (1997), teorias essas que serão objeto de resumida análise e contraposição neste estudo.

2 As observações críticas de Habermas à Teoria de Luhmann

Considerando-se, então, as reflexões de Habermas (1997), ao tratar das relações traçadas entre as dimensões da Moral e do Direito, o filósofo alemão afirma a insuficiência do postulado weberiano, segundo o qual uma suposta racionalidade autônoma e isenta de conteúdo moral inserida no Direito constitui-se, por si só, em fundamento legitimador da legalidade. Em verdade, a sua força legitimadora decorre de mecanismos processuais os quais garantem a institucionalização das argumentações discursivas do Direito.

Para tanto, é preciso desenvolver um núcleo racional, no sentido prático-moral ou da razão prática kantiana, no interior do discurso jurídico, e isso será dado ao se observar como a ideia de imparcialidade da fundamentação das normas e da aplicação das regulamentações desenvolve uma relação construtiva entre o Direito vigente, os processos de legislação e os processos de aplicação do Direito. Visando tal objetivo, o autor propõe uma teoria procedimental da justiça, em que os processos comunicativos revelem-se vitais, ocorrendo na medida em que se observe um Direito procedimentalista dependente de uma fundamentação moral de princípios e vice-versa.

Disso decorrerá a constatação de que a legalidade somente estará apta a produzir legitimidade, conforme a ordem jurídica possa reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do Direito, ou seja, à medida que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais. Essa forma de entrelaçamento, entretanto, não esgota todo o fenômeno do Direito atual, posto que, este também se relaciona com o campo da Política e, nesse caso, algumas diferenciações tornam-se necessárias.

Segundo o entendimento de Habermas (1997, p. 218), o Direito, por depender da política, possui um aspecto instrumental diverso das normas morais, as quais são sempre um fim em si mesmas. De modo diverso, as normas jurídicas também se prestam como meios para atingir fins políticos e, além de existirem para solucionar – em caráter imparcial– conflitos de ação, como no caso da moral, também se prestam para a efetivação de programas políticos.

Isso significa que o caráter de obrigatoriedade dos objetivos coletivos e das medidas de implementação políticas passa a ser configurado a partir de uma forma jurídica. Por ser assim,

Habermas (1997) conclui que o Direito situa-se entre a Política e a Moral e, para tal afirmação, ancora-se em Dworkin (1989), ao afirmar que o discurso jurídico constrói-se não apenas com argumentos políticos visando o estabelecimento de objetivos, mas também com argumentos de fundamentação moral.

Essas conclusões, aliás, não deixam de guardar certas relações de aproximação com as reflexões de Luhmann (1980) ao abordar as conexões entre Direito e Política. Entretanto, Habermas (1997) formula uma crítica a Luhmann (1980)², aparentemente, desconhecendo a maneira como Luhmann desenvolve essas formas de interação, o qual considera primordialmente o fator Constituição, subestimando o seu papel em Habermas (1997) para efeito de tais análises, como forma de estabelecer as conexões entre Política e Direito e, conseqüentemente, como instrumento de solução recíproca da autorreferenciabilidade paradoxal desses sistemas.

A fim de avaliar tais questões, torna-se necessário começar pela descrição da análise empreendida por Habermas (1997), da teoria sistêmica de Luhmann (1980).

Segundo Habermas (1997, p. 222 e ss), a teoria de Luhmann (1980) vislumbra o Direito como sistema “autopoiético”, portanto, como modelo fechado em si mesmo e cujas condições de existência são nele autoproduzidas, ou seja, sem a interferência de outros subsistemas oriundos do sistema social. Tal análise é esquematizada em três características conceituais básicas: a) o dever ser normativo é redefinido a fim de se tornar passível a uma análise funcionalista; b) como decorrência, o paradigma positivista passa a ser concebido como

² Em realidade, as críticas de Habermas (1997) dizem respeito a outra obra de Luhmann (1985), aqui não abordada, e que não trata das relações entre Direito e Política no prisma constitucional e sob o enfoque teórico que veio a ser desenvolvido em artigo posterior, sob o qual se baseia este estudo.

um sistema jurídico diferenciado, funcional e autônomo; c) a sua legitimidade é explicada pela via da legalidade, concebida como uma espécie de “autoengano” estabilizador do sistema, necessariamente derivado de um código jurídico apoiado nos elementos binários válido-inválido ou lícito-ilícito e recoberto pelo próprio sistema jurídico.

Não obstante essa constatação, Habermas (1997) reconhece que a teoria sistêmica não nega, necessariamente, o fenômeno comunicativo, que é gerado no interior dos aparatos parlamentares, e tampouco sua influência sofrida pelas esferas pública e política, mas, segundo ele, as descrições de Luhmann (1980) quanto a esses fenômenos são apenas constatações da impotência do poder comunicativo. Isso ocorreria porque o sistema político pode prescindir de fontes autônomas do Direito legítimo, após a sua completa positivação. Ou seja, a política, através de um rumo diverso e sob a configuração de outros sistemas funcionais, tornou-se independente, estruturando-se em um círculo de comunicação fechado em si mesmo. Dessa forma, embora ligado ao sistema do Direito, sendo este o responsável pela garantia da legalidade, o sistema político apoia-se apenas na sua autorreferência, extraindo de si próprio tudo o que lhe é necessário a fim de se legitimar (HABERMAS, 1997, p.73).

Pelo que se observa a respeito dessa descrição da teoria sistêmica, elaborada por Habermas (1997), cabe destacar que este autor, ao formular a sua crítica, afirma que, no modelo teórico de Luhmann (1980), o sistema jurídico funciona como sistema parcial, que, por produzir a si próprio, somente elabora informações exteriores na medida do seu próprio código. Tal fato acarreta, então, um paradoxo, sendo este desencadeado a partir do conceito de regra de reconhecimento, oriunda da teoria jurídica de Hart (1972), segundo a qual aquilo que é observado externamente (ao sistema jurídico) e que se apresenta, então,

como fato social, característica emergente ou prática costumeira contingente, torna-se critério de validade quando visto a partir de dentro do mesmo sistema.

O paradoxo explicita-se, então, na seguinte situação, considerando os fundamentos de validade do direito positivo: se a função do Direito é a de estabilizar expectativas de comportamento generalizadas, como quer Luhmann (1980), como poderá essa mesma função ser preenchida por um direito vigente passível de modificação, a qualquer momento, por uma simples decisão do legislador político?

3 As incompletudes da crítica de Habermas a Luhmann

Pelo que se observa, a solução desse paradoxo pressuporia alguma forma de conexão estabilizadora ou interação momentânea entre as instâncias política e jurídica, algo que, na crítica de Habermas (1997), não seria admissível segundo a concepção sistêmica e autorreferencial de Luhmann (1980). Ocorre que, ao contrário do que sustenta o filósofo alemão, a teoria de Luhmann (1980) admite tais interações sem, no entanto, comprometer o seu modelo sistêmico e autopoietico.

Para tanto, o elemento-chave que soluciona o paradoxo da autorreferenciabilidade de sistemas fechados, tais como o Direito e a Política, segundo Luhmann (1980), será remetido à Constituição, concebida como uma espécie de interface entre os sistemas. A partir dessa constatação, o sociólogo alemão passa a analisar a Constituição como fenômeno histórico e evolutivo, perscrutando as razões do seu advento e, mais tarde, o entrecruzamento das suas dimensões Política e de Direito, bem como suas especificidades.

Para descrever, então, essa investigação, torna-se necessário uma incursão pelos estudos de Luhmann (1996, p. 83-128) a respeito do fenômeno constitucional na sua evolução histórica e seus desdobramentos no âmbito atual. É de se destacar como um dos importantes aspectos das reflexões desse autor, a esse respeito, as conexões traçadas entre Política e Direito, a partir de um paradigma constitucional que dispensa, tanto uma explicação jusnaturalista, quanto totalitária ou, ainda, voluntarista a respeito de tais relações.

A tese desse autor sustenta um percurso evolutivo da Constituição a partir de um complexo mecanismo baseado em processos de variação, seleção e estabilização, adequados às mutações pelas quais passa o Estado no seu devir histórico, como forma de garantir o equilíbrio de todo o sistema social, ou seja, adaptando-se evolutivamente ao seu aumento e variação de complexidade. Partindo de uma análise histórica sobre a origem do constitucionalismo, o autor questiona a concepção vigente de que a Constituição, no seu sentido moderno, teria nascido apenas no século XVIII, tendo como fato desencadeador a necessidade de tutela dos direitos individuais mediante a limitação do poder estatal.

Com efeito, na Inglaterra, onde não se verifica o surgimento de uma Constituição nesse sentido, o elemento citado sempre fora destacado. A rigor, estudando-se esse fenômeno à luz da sua linguagem na história desse conceito, surgem várias tradições. Esquemáticamente podem ser distinguidos dois usos do termo *constitutio*: um lingüístico jurídico e outro ético-político ou jusnaturalista.

Na jurisprudência, o termo *constitutio* referia-se a decretos de direito positivo com força de lei, no equivalente inglês de *statute* ou *ordinance*. Na linguagem política, esse termo, que

também pode ser mencionado como *constitution*, dizia respeito à estrutura ou constituição corpórea, seja do corpo humano ou do corpo político.

Ainda nessa segunda acepção, a constituição do corpo, segundo uso ainda atual, pode ser medida pelos critérios de saudável/doente, o que teria, segundo Luhmann (1980), estimulado movimentos sectários a atacarem a Igreja e o Estado, atingindo-lhes as respectivas constituições. Com os conflitos políticos e religiosos da Inglaterra no século XVII, o uso do termo *constitution* tornou-se corrente sem, entretanto, traduzir-se em uma forma juridicamente aplicável.

Apontam-se como marcos históricos de inovação linguística do termo constituição as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), as quais, no entanto, terminaram por confundir tradição jurídica com tradição política. Em outros termos, ambas as terminologias interpenetraram-se na medida em que se tornou necessário lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política, já que a consideravam como ordenamento jurídico.

No que se refere ao contexto da América, até o final do século XVIII, não existia, no âmbito local, nenhuma forma de administração além dos tribunais, o que justificava a distinção entre *judge* e *jury*, mas não a distinção entre Política e Direito, ou, ainda, entre jurisdição e administração. Vale dizer, Política e Direito constituíam-se em um único sistema, sendo o Direito a forma de reação aos inconvenientes políticos, tais como o perigo de recair no estado de natureza.

Mesmo se considerando o contexto da sua revolução, a América, a partir de tal evento, passou a se basear na ideia – de origem medieval – segundo a qual não era lícito ao soberano violar o Direito. Em realidade, verificou-se todo um processo de

mudanças e adaptações institucionais, que veio a culminar, com o advento do século XIX, no chamado Estado Legislativo³, em que toda a potência soberana do príncipe absolutista transferiu-se para o Parlamento sob um ordenamento que reduziu o Direito à Lei e, conseqüentemente, submeteu a ela todas as outras fontes do Direito.

Nesse contexto, o princípio da legalidade exprimia a ideia da lei como ato normativo supremo e irresistível e, por isso mesmo, não sendo possível a oposição a ela de nenhum alegado direito, independente do seu fundamento ou forma. Assim é que, em todas as manifestações desse novo Estado de Direito, a lei apresentava-se como expressão da centralização do poder político, sem considerar suas determinações históricas, posto que a força da lei vinculava-se a um Poder Legislativo com capacidade de decisão soberana em nome de uma função ordenadora geral e abstrata.

Diante desse quadro, o dado original que um segundo salto evolutivo da Constituição no seu sentido moderno iria inaugurar – com o advento do chamado Estado Constitucional como superação do Estado Legislativo – viria a ser o seu poder de limitar juridicamente as possibilidades de ação de qualquer outro órgão do Estado, inclusive o próprio Parlamento. Se, mesmo em épocas passadas, já se verificava a existência de leis importantes e até fundamentais, de outra parte, não se constatava a existência de uma Lei tida como medida de conformidade ao Direito de todas as outras leis e atos normativos. Pode-se observar, então, em esquemática retrospectiva, as diferentes fases evolutivas da Constituição, até se chegar a esse ponto.

³ Conferir o desenvolvimento do conceito de Estado Legislativo, seus antecedentes, evolução e superação rumo ao chamado Estado Constitucional em Zagrebelsky(1995).

Considerando-se a situação histórica anterior, até metade do século XIV, no interior dos órgãos de poder consultivos eram debatidas questões organizacionais que não se revestiam de um nível constitucional. As regras fundamentais quanto à sucessão dinástica, por exemplo, eram sim debatidas, e não pairavam dúvidas sobre o fato de o monarca obrigar-se a respeitar o Direito no seu exercício de poder.

Ocorre que, ao mesmo tempo, era lícito a um monarca modificar ou derrogar esse mesmo Direito, posto que, a própria retórica da soberania lhe oferecia formas de legitimidade para tanto, situação que conduziu a um paradoxo da soberania com poder ilimitado de autolimitação, questão a ser abordada mais adiante. Partindo-se desse quadro, a novidade evolutiva da Constituição consistiu na sua crescente importância que, em um processo histórico paulatino, passou a conferir à legislação, a qual, na Inglaterra, levou ao reconhecimento da soberania do Parlamento (com a consolidação do Estado Legislativo, já observado) e no continente, a desautorização da ideia de uma concentração nas mãos do monarca, dos poderes de jurisdição e legislação. Isso conduziu, também o continente, a essa nova forma de Estado, no qual se tornou evidente a subordinação da jurisdição à legislação, bem como à redução do sistema jurídico a uma diferença assimétrica entre Poder Legislativo e Poder Judiciário (com a predominância do primeiro sobre o segundo, conforme já se viu), culminando esse processo na positivação de todo o Direito⁴.

⁴ A esse respeito, Bobbio (1996, p. 26) afirma que o positivismo jurídico surge quando o “direito positivo” e o “direito natural” não mais se identificam como Direito, dentro de um contexto sociopolítico que, antes, admitia ambos, mas, a partir da sua consolidação, o direito positivo passa a ser o único direito considerado em sentido próprio. Ou seja, por obra do positivismo jurídico, opera-se a redução de todo o direito ao direito positivo, sendo o direito natural excluído da categoria do Direito: o direito positivo é Direito, o direito natural não é. A partir desse contexto, o acréscimo do adjetivo “positivo” ao termo “direito” torna-se, então, um pleonasma.

Todo esse processo, em verdade, terminou por gerar uma confusão maior, tanto para a dimensão da Política como para a dimensão do Direito. Ocorre que, a partir desse momento, a jurisdição passou a se submeter à pretensão política da soberania, que se deslocou do Monarca para o Parlamento, tal como já apontado no Estado Legislativo.

A fim de equacionar esse problema e a sua forma de solução através da Constituição como aquisição evolutiva, que restabeleceu os canais de comunicação entre duas dimensões sob uma organização difusa, a saber: Política e Direito, Luhmann (1980) vislumbra a consolidação de dois sistemas distintos. Nessa medida, ele constata que, no interior do sistema jurídico, internamente fechado, desenvolveu-se uma complexidade própria que não pôde renunciar à distinção entre jurisdição e legislação, a qual não é controlável nem mesmo pela vontade política, que, por sua vez, também se encerrou em outro sistema. E, precisamente em função disso, persistiu o problema da soberania (como detenção e exercício de poder), posto que ela se alojou no interior do sistema político. O problema consistiu na verificação de entraves de autorreferencialidade, que também afetaram o sistema jurídico.

Explicando melhor: nenhum sistema, segundo Luhmann (1980), pode nascer e se reproduzir em bases exclusivamente autorreferenciais. Isso significa que todo sistema fechado se caracteriza por apresentar uma fundamentação paradoxal. Em outros termos, Luhmann (1980) afirma que todos os sistemas autológicos são caracterizados por uma circularidade fundamental e pela impossibilidade de se reintroduzir operativamente a unidade do sistema no seu interior. Com base nisso, ele conclui que os sistemas Político e do Direito, por apresentarem tais características, deles também decorrem tais efeitos. No âmbito do sistema político, a fórmula da soberania se expressa em uma

tautologia que afirma: “eu decido como decido”. Caso se queira acrescentar uma negação a isso, surge, então, um paradoxo, qual seja, “eu decido sem vínculos com efeitos vinculantes, inclusive para mim a partir do momento em que faço parte do sistema”.

No modelo incipiente de Estado, a soberania ilimitada do sistema político tornou-se independente do sistema jurídico. Nesse contexto, o sistema político agia tanto conforme o Direito quanto em desacordo com ele. Essa situação poderia se agravar ainda mais, caso houvesse a transferência da soberania do monarca para o povo.

Por essa razão é que, somente após a perda do rei absolutista, passou-se a buscar a proteção na Constituição. Diante disso, o paradoxo da soberania não foi acolhido em detrimento do direito positivo, mas, ao contrário, resolvido por seu intermédio. Tal situação passou a demandar toda uma reengenharia institucional do Estado na medida em que se criaram unidades de ação dotadas de competências próprias, organizando-se a separação de poderes e se estabelecendo formas de conexão entre os cargos estatais, os quais passaram a se subordinar a uma adequação ao Direito nas suas decisões e isso, por seu turno, requereu tribunais constitucionais para dirimir conflitos no âmbito do sistema jurídico.

O sistema do Direito, por sua vez, modelou-se e, ainda hoje, apresenta-se sob um código binário direito/não-direito ou lícito/ilícito, dentro do qual não se questiona o fundamento de validade do próprio código. Em realidade, o sistema jurídico não faz nada além do que desenvolver sua função de distinguir, através de várias operações, o Direito do não-Direito, sendo que esta última categorização (aquilo que não é Direito), ao mesmo tempo em que deveria ser colocada fora do sistema, posto que o nega, é estabelecida dentro dele e é nesse ponto que reside o seu

paradoxo. Ou seja, as operações desse sistema jogam dentro de uma lógica de exclusão e inclusão sem permitir que se postule se o próprio código é ou não Direito, e essa forma de reagir é que lhe confere sua positividade.

Essa categoria é que afirma a autodeterminação operacional do Direito, ao contrário de teorizações que pretendem fundamentar sua validade através de um ato de arbítrio político (SCHMITT, 1981) ou mesmo sob uma fundamentação extra-sistêmica, tal como o apelo a uma norma hipotética fundamental (KELSEN, 1979) apontada por Luhmann (1980) como uma construção teórica supérflua. Portanto, caso se queira conhecer o direito vigente, não há que se apelar à Política e sim ao próprio Direito. Isso será possível independentemente do reconhecimento de que, tal como no passado, o sistema jurídico continua a exigir instâncias reguladoras superiores, tais como a esfera política, o Estado, o Povo, a Natureza ou a Razão, mas essas instâncias passaram a assumir uma relevância absolutamente secundária.

4 A evolução constitucional e seu atual papel ante os paradoxos do direito e da política

Entretanto, como já se observou, tais sistemas fechados apresentam como limites às suas fundamentações situações paradoxais. O salto evolutivo da Constituição nesse novo contexto reside, precisamente, em tornar possíveis uma solução jurídica para o problema da autorreferenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema autológico do sistema do Direito. Em outros termos, percebe-se, agora, a necessidade de desativar os paradoxos e assim, reconquistar a possibilidade de uma observação externa dos sistemas.

Dessa forma, o paradoxo da limitação da soberania ilimitada, ou o paradoxo jurídico do código direito/não-direito, generalizado sob a forma constitucional/inconstitucional, deve ter sua auto-aplicação bloqueada, o que levará a pressupor, no caso do Direito, uma instância extrajurídica – fora da equação autológica –, a qual, no novo contexto estatal, apresenta-se como um povo politicamente unido. Já, no campo político, caso se queira alcançar sucesso, não se poderá desconsiderar o aparato jurídico, posto que este, através de uma legislatura politicamente influenciável, deverá ajustar-se às contínuas pressões oriundas da política e reenviar a ela diversos dados para sua modificação.

O processo descrito somente poderia funcionar através de uma nova mudança evolutiva constitucional, a qual veio superar o seu estágio anterior, em que se verificava uma rigorosa hierarquia na arquitetura do sistema sob o contexto do positivismo clássico, característico do Estado Legislativo. No contexto *jus-político* atual, com o aumento da complexidade do Estado Constitucional, torna-se obrigatória uma nova conformação sistêmica, visando reduzir a complexidade, em que se observa a passagem de uma ordem hierárquica para uma ordem heterárquica, abandonando, assim, os modelos “supra” e “infra”; “sobre” e “sob”, pois que, agora, é preciso lidar com subsistemas sociais parciais e acoplados de forma limitada, cujos acoplamentos não obedecem tal ordem hierárquica.

Para entender esse processo, é preciso observar a dinâmica do acoplamento de sistemas, no caso dos subsistemas sociais Político e do Direito. Os acoplamentos estruturais fundamentam-se na inevitável simultaneidade de funcionamento dos sistemas, sendo que os subsistemas social, político, econômico e jurídico, por exemplo, manifestam-se simultaneamente, cada qual no seu ambiente interno.

Os sistemas do Direito e da Política, os quais, quando situados no ambiente social maior, são chamados de subsistemas do sistema social, já que se encontram adaptados, considerando a existência de uma Constituição e, a partir dessa base comum, procedem de forma análoga. O acoplamento funciona como uma espécie de intersecção entre subsistemas sociais autoreferentes situados no ambiente social maior. Tais acoplamentos entre os subsistemas no ambiente são absolutamente compatíveis com o seu fechamento operacional, o que pressupõe, a cada acoplamento, uma troca de dados decorrentes dessas “perturbações” no interior de cada um, não comprometendo sua integridade estrutural, ou seja, sistêmica, fechada e autorreferencial.

Observa-se que o sistema jurídico, em função desses acoplamentos, tolera um sistema político tendente a uma configuração de Estado regulador, o qual não deixa passar tudo aquilo que possa submeter-se às suas próprias operações. O sistema político, por seu turno, e em função do mesmo acoplamento, tolera um sistema jurídico que continuamente lida com processos autônomos protegidos da interferência política, tão logo a questão direito/não-direito ou lícito/ilícito apresente-se.

Essas descrições resumem uma teoria dos sistemas operacionalmente fechados, porém, incidentalmente suscetíveis a perturbações de outros sistemas, através da lógica dos acoplamentos, mais do que uma teoria que afirme determinações recíprocas entre sistemas, posto que cada um possui uma lógica operacional que lhe é própria.

Por ser assim, Luhmann (1980) compara as relações entre sistemas, tais como a Política e o Direito, a bolas de bilhar. Apesar da contínua frequência com que se chocam, cada uma

continua a percorrer o seu caminho em separado. Isso, segundo o autor, revela-se mais exato se compararmos a gêmeos siameses somente capazes de se mover conjuntamente.

Depreende-se disso que a Constituição, na sua conformação evolutiva atual, apresenta-se como uma interface a comunicar dois mundos (político e jurídico), sempre que problemas limites de fundamentação – o que poderia corresponder, dependendo das circunstâncias, a problemas de legitimação como, por exemplo, em Habermas (1997) –, em cada um deles, não possam ser encaminhados internamente, ou seja, sob sua exclusiva lógica operativa.

Essas implicações entre Direito, Política e seus parâmetros de fundamentação são abordados por Habermas (1997) a partir, precisamente, do prisma da legitimidade e não como forma de solucionar o paradoxo de sistemas fechados. Entretanto, tais interações entre Política e Direito, segundo esse filósofo, não se resolvem, em termos de garantias de legitimidade ou soluções de paradoxos reciprocamente distribuídas, sem considerar para tanto uma base de fundamentação moral.

Essa constatação, inclusive, serve como base para uma formulação crítica a esse respeito, direcionada ao modelo luhmanniano, na medida em que, segundo Habermas (1997), a ideia de uma autolegitimação da instância política, a partir do aparato estatal, passa a sofrer “rachaduras” no momento em que a teoria sistêmica confronta-se com a tarefa de pensar uma teoria do Estado sob a perspectiva de uma sociedade eticamente responsável e responsável pela ética (WILKE, 1992 *apud* HABERMAS, 1997, p. 73). Explicitando melhor essa questão, ainda na esteira da concepção habermasiana, com o advento da modernidade, o Direito correria o risco de se reduzir à política, caso suas normas estivessem apenas condicionadas às ordens do legislador político.

Caso isso ocorresse, o próprio conceito do político diluiria-se. Assim sendo, o poder político não mais poderia ser concebido como poder legitimado pelo Direito, na medida em que um Direito inteiramente posto à disposição da Política perderia sua força legitimadora.

A partir do momento em que se remete a noção de legitimação a um produto oriundo e consubstancial à Política, “forçarmo-nos a abandonar nossos conceitos de Direito e de Política.” (WILKE, 1992 *apud* HABERMAS, 1997).

Situação análoga percebe-se ao se observar essa questão sob o prisma do Direito, no qual se tenta verificar se o positivismo poderia manter a sua normatividade em caráter auto-suficiente, isto é, pela via de um dogmatismo totalmente independente da Política e da Moral.

A resposta dessa questão é a de que, caso se pretendesse desvincular a noção de validade do Direito das noções de justiça, que se colocam além das disposições legislativas – ou seja, questões oriundas do campo da moral –, a tentativa de configurar o Direito sob tal conformação seria por demais difusa. Isso ocorreria em razão de que, sob tal contexto, seriam perdidos os pontos de vista legitimadores, que equacionam o sistema jurídico, visando manter uma estrutura de irradiação do Direito.

Entretanto, a forma como se entrecruzarão as instâncias da Moral e do Direito não mais obedecerá os parâmetros típicos do paradigma jurídico anterior, qual seja, o do jusnaturalismo racional, em que o Direito é concebido como uma série de normas metafísicas, suprapositivas e, portanto, axiológicamente imutáveis.

No âmbito do Direito contemporâneo – sob o paradigma do positivismo atual, o qual, para alguns juristas, pode ser

chamado de pós-positivismo – a Moral emigra para esse Direito, sem perder sua identidade. Não obstante isso, a moralidade, que se estabelece no âmago do Direito ao contrário de se contrapor, assume uma natureza procedimental.

Sob essa nova roupagem, a moralidade abandona todos os seus conteúdos normativos pré-determinados e se sublima em processos de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos. É precisamente nessa relação dinamicamente concebida que o Direito e a Moral, agora procedimentalizada, podem controlar-se mutuamente.

Analisando esse fenômeno, Habermas (1997) constata que, nos discursos jurídicos, o encaminhamento argumentativo de questões práticas e morais é domesticado, em certo sentido, pelo encaminhamento da institucionalização do Direito, sob o qual as questões morais passam a sofrer limites.

Tal sistemática de limitações, a partir de parâmetros processuais, é esquematicamente formulada nos seguintes tópicos: a) metodicamente, através das conexões morais com o Direito vigente; b) objetivamente, no que diz respeito aos temas e encargos de prova; c) socialmente, à medida que são traçados pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis; d) temporalmente, no que se refere à fixação de prazos de decisão.

Em resumo, pode-se dizer que, para Habermas (1997), um dado ordenamento jurídico não pode auferir uma forma de autonomia sistêmica que o isole de um tipo de fundamentação baseada, institucionalmente, em argumentações morais, o que, caso ocorresse, somente deixaria, para o Direito, um tipo de autonomia sistêmica nos moldes da teoria de Luhmann (1980). Segundo a sua concepção, o sistema jurídico não possui uma autonomia somente para si mesmo, ou seja, fechada. Em realidade,

o sistema somente se concebe como autônomo, na medida em que os diversos processos institucionalizados, tais como os da legislação e jurisdição, possam garantir uma formação imparcial da opinião e da vontade, o que daria vazão à entrada de uma racionalidade moral e procedimental nos âmbitos do Direito e da Política, em que não será possível o advento de um Direito autônomo sem a consolidação da democracia como modelo de organizações social e política.

Não obstante essa crítica ao modelo sistêmico, é preciso ressaltar que ela procede quanto à negativa do papel da moralidade, subtraída aos mecanismos de estabilização de expectativas generalizadas, segundo as concepções de Luhmann (1980) a respeito do sistema do Direito, bem como dos mecanismos de aprendizagem e aceitação de decisões judiciais.

Contudo, estabelecendo-se uma linha de comparação entre o modelo sistêmico de Luhmann (1980) e a teoria procedimental-comunicativa de Habermas (1997), pode-se encontrar alguns pontos de convergência, no que se refere ao aspecto processual, utilizado por ambos os autores para admitir as inter-relações entre Direito, Moral e Política, conforme o já observado em Habermas (1997) e como se verá no modelo teórico de Luhmann (1980): Direito, Economia e Política.

Para tanto, torna-se necessário retomar as digressões do sociólogo alemão a respeito das trocas de informações decorrentes dos acoplamentos sistêmicos, conforme já vinha sendo observado. Para Luhmann (1980), o mecanismo que viabiliza a troca de dados, quando do acoplamento sistêmico, sem desestabilizar toda dinâmica do sistema social maior, consiste nos diversos procedimentos comunicativos previstos no próprio ordenamento estatal e configurados como processos judiciais, administrativos e políticos, por exemplo. Também

com os demais sistemas parciais, o fenômeno verifica-se como resposta a um aumento crescente de complexidade social, o qual requer mecanismos de redução de complexidade, visando à manutenção do equilíbrio no ambiente.

Como exemplo do que foi dito, pode-se observar que, além das dimensões política e jurídica, nas quais as interações são possíveis, constata-se que o Estado contemporâneo renuncia à possibilidade de subtrair diretamente da economia recursos politicamente condicionados e, através do acoplamento estrutural entre os sistemas político e econômico, cria o instrumento jurídico da tributação, o qual, por estar instituído pela Constituição, torna-se juridicamente controlável ao mesmo tempo em que preserva a *autopoiesis* do sistema econômico, isto é, as condições de integridade e autorreprodução desse sistema.

Isso ocorre porque se delega ao sistema jurídico a competência de controlar sobretributações, superfaturamentos, ou o volume de divisas que entram ou saem, ou ainda, as taxas de juros, as quais se tornam passíveis de gerar problemas políticos de base econômica, tais como inflação ou fuga de empresas e capitais, por exemplo.

5 Considerações finais

Diante do constatado em toda essa dinâmica, deve pressupor-se uma diferenciação funcional através da separação e recíproca impermeabilização dos acoplamentos estruturais entre os sistemas jurídico, político e econômico. Ao mesmo tempo, essa dinâmica implica uma alta probabilidade de aprendizado nessas trocas de dados nos momentos de perturbações estruturais.

Explicitando melhor, pode-se dizer que os sistemas afetados ativam sua memória a fim de observar o ambiente do

sistema a eles acoplados, sendo que as perturbações atribuíveis a ele podem ser, então, facilmente interpretadas e resolvidas com a ajuda da memória. Essas mesmas perturbações são reguladas ou normalizadas, direcionando-se rumo às alternativas disponíveis.

Exemplificando esse fenômeno nos sistemas Político e do Direito, Luhmann (1980) afirma que a permanente exposição aos impulsos políticos, na criação de novas leis, pode ser equacionada pelo sistema jurídico, seguindo as regras da própria legislação, a qual não tolera tudo o que seria desejável no plano político. A política pode tolerar mais facilmente as perturbações produzidas na forma de decisões jurídicas, como a declaração de inconstitucionalidade de uma dada lei (politicamente importante), por exemplo, e pode somar-se a isso, a título de exemplificação para o contexto brasileiro, os casos de leis em que ocorram crimes de responsabilidade fiscal ou política, ou, ainda, de improbidade administrativa, cujo caráter de interferência e regulação dos âmbitos político e econômico é consideravelmente alto.

Portanto, dentro da dinâmica dos acoplamentos estruturais, tais distúrbios ocorrem como sendo algo “familiar”, posto que se configuram como problemas para os quais já existem soluções previstas, aplicáveis de forma plausível e mantendo regulado o equilíbrio sistêmico. É importante ressaltar que toda essa marcha evolutiva constitucional também terminou por se configurar em um modelo democrático estruturado em um conjunto variado de regras e procedimentos. Eles permitem o entrecruzamento de esferas, tais como as jurídica e política, sem desestabilizar o sistema no seu todo e, ao mesmo tempo, garantem a participação em grau razoavelmente paritário dos interessados em cada conflito da esfera social. Saliente-se que, por óbvio, tal modelo de democracia ainda apresenta muitas distorções, o

que nada mais é do que um efeito sintomático de um processo evolutivo que, como tal, não é um dado pronto e acabado.

De qualquer modo, tal paradigma procedimental e de mobilidade sistêmica representa um melhor mecanismo de equilíbrio institucional em relação a modelos caracterizados por exigências obtidas de forma excessivamente direta. Isso ocorreria em um sistema puramente ou predominantemente plebiscitário, em que as garantias de cidadania básicas fossem flexibilizadas ou negociadas ao sabor da vontade de maiorias contingentes manipuláveis por líderes políticos carismáticos, tradicionais ou mesmo totalitários, fenômenos ainda muito presentes em alguns âmbitos nacionais.

Todas essas reflexões, enfim, podem servir como suporte racional para uma definitiva superação de um modelo institucional jurídico-político, como o brasileiro, em que ainda se colocam barreiras intransponíveis às decisões judiciais que adentrem em aspectos políticos ou econômicos, ou ainda, que considerem valorações morais no controle de atos advindos de outros poderes, mesmo quando normas processuais constitucionais e infraconstitucionais garantam a integridade da troca de dados entre sistemas diferentes. Em realidade, verifica-se nessas situações distorções em direções opostas. Ou se tem uma indevida interferência entre medidas judiciais sob mascarada influência política ou econômica por não estarem caracterizadas constitucionalmente tais trocas sistêmicas de dados jurídicos, econômicos ou políticos, ou, por motivos variados, opera-se a total cisão entre tais esferas, mesmo quando se configura uma situação de acoplamento estrutural.

Ante tais situações, pode-se operar, agora, com uma observância racional sobre as medidas de influência efetivadas nos diversos campos de atividade social e as decisões judiciais

a partir de um novo paradigma constitucional, bem como pela observância de uma consciência moral, a qual, no dizer de Habermas (1997), submete o Direito vigente a princípios transpostos para um nível de racionalidade procedimental. Cabe ressaltar que é precisamente no ordenamento constitucional que residem, de forma suprema e auto-aplicável, tais princípios baseados em valores “jusfundamentais” e cuja operatividade – a partir de toda uma nova corrente principiológica – já vem sendo desenvolvida, tanto na jurisprudência, como também em diversos trabalhos doutrinários, por parte de juristas brasileiros.

Referências

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

CADEMARTORI, Luiz Henrique U. *Discrecionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Gustavo Bayer. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociologia do direito* – vols. I e II. Coleção Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1985.

_____. La Costituzione come acquisizione evolutiva. *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.). *IL Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Tradução Francisco Ayala. México: Nacional, 1981.

WILKE, H. *Ironie des Staates*. Frankfurt: M, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

CAPÍTULO VII

A OBJETIVIDADE DO CONHECIMENTO NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

Thais Luzia Colaço¹

1 Introdução

O presente trabalho traz uma contribuição à metodologia de pesquisa aplicada nas Ciências Sociais, focando a pesquisa jurídica, referente à relação interativa entre sujeito e objeto na pesquisa, sob a ótica de uma visão interdisciplinar, visando refletir sobre o problema dos limites da objetividade na busca do conhecimento.

Também enfoca outro fator relevante na subjetividade na pesquisa das Ciências Sociais, que é a utilização de fontes primárias, que trarão uma contribuição significativa ao ineditismo do trabalho científico, cuja escolha das fontes de pesquisa depende do objeto a ser pesquisado, da ideologia, dos interesses e dos questionamentos do pesquisador.²

2 O sujeito e o objeto de pesquisa nas Ciências Sociais

A discussão inicia com a metodologia de pesquisa aplicada nas Ciências Sociais, focando a pesquisa jurídica, referente à

¹ Thais Luzia Colaço é graduada em Direito e História. Mestre em História. Doutora em Direito. Pós-Doutora em Direitos Indígenas. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica – GPAJU – da UFSC. E-mail: thais.colaco@ufsc.br.

² As informações referentes à pesquisa em fontes primárias foram retiradas de artigo de Colaço (2005).

relação interativa entre sujeito e objeto na pesquisa, sob a ótica de uma visão interdisciplinar, visando refletir sobre o problema dos limites da objetividade na busca do conhecimento.

Faz-se *mister* lembrar, independente da área de conhecimento, que toda e qualquer pesquisa realizada tem como sujeito o homem. O ser humano é o protagonista, é o idealizador, e é o executor das atividades de pesquisa.

Indiferente de qual seja o seu objeto de estudo, o mundo mineral, vegetal ou animal, normalmente os seus fins visam atingir, direta ou indiretamente, os interesses dos animais humanos.³

Muitas áreas do conhecimento não tratam diretamente do homem, outras, no entanto, estão diretamente vinculadas aos seres humanos, seja nas Ciências da Saúde, nas Ciências Sociais Aplicadas ou nas Ciências Humanas, propriamente ditas.

O Direito, dependendo da classificação, ora é enquadrado nas Ciências Humanas, ora é vinculado às Ciências Sociais Aplicadas. De qualquer forma, ambas estudam os humanos no passado e no presente e suas relações na sociedade e no meio ambiente.

Assim, tem-se um sujeito homem como pesquisador e um objeto homem a ser pesquisado. O interessante é que o objeto a ser pesquisado não é apenas algo palpável, como a matéria e o corpo humano⁴, mas também são coisas intangíveis e abstratas, como as paixões, os conflitos, as ideologias, os sentimentos,

³ É claro que não se pode generalizar, pois, nas últimas décadas da história da humanidade, ocorreu um interesse em preservar o meio ambiente e todas as formas de vida além da humana. Muitas pesquisas voltaram-se para esse objeto, que também, de forma direta ou indireta, visam a melhoria e a manutenção da vida dos seres humanos na terra.

⁴ Cabe salientar que a Medicina secular oriental trata as doenças do corpo de modo diretamente relacionado com as doenças do espírito. Atualmente, há uma pequena parcela da Medicina moderna ocidental já atenta às questões subjetivas das doenças do corpo material.

os valores humanos. Dessa forma, vê-se um pesquisador homem tendo como objeto de pesquisa outros homens, ambos possuidores das mesmas subjetividades.

Na pesquisa jurídica sempre se pesquisa os homens viventes em sociedade, as suas angústias, as suas organizações, as suas reorganizações, as suas normas de convívio social, os seus padrões morais e éticos, as suas sanidades, as suas loucuras, os seus conflitos, as suas mediações, as suas guerras, a sua paz. E os seres humanos pesquisadores são parciais e passionais, estando impregnados de valores e preconceitos do espaço próprio do seu tempo, da cultura em que estão inseridos, mergulhados na sociedade complexa e mutável, construída por outros homens constituídos da mesma essência.

Diante desse quadro realista dos homens, da cultura e da sociedade, onde se encontra lugar para a tão almejada objetividade na busca do conhecimento? Será que é possível alcançar a objetividade e a imparcialidade científica? Será que a verdade e a certeza da ciência não são meras utopias? Será que são criações do imaginário humano na busca da legitimação de um poder constituído pelo domínio da ciência e do conhecimento?

Schaff (1978 p. 280) faz três acepções aos termos objetivo e subjetivo. Objetivo significa

[...] o que vem do objeto, ou seja, o que existe fora e independentemente do espírito que conhece [...], [e também] [...] é cognitivamente válido para todos os indivíduos [...], [...] isento de afetividade e, portanto, de parcialidade [...] [Subjetivo] [...] vem do sujeito [...], [não dispõe de] [...] um valor cognitivo universal [...], [sendo parcial por ser] [...] emocionalmente colorido [...]

Como se pode desconsiderar o papel ativo do sujeito na produção do conhecimento, que apresenta sempre uma parcela de subjetividade? “Não pode haver conhecimento sem sujeito

que conhece; este deve necessariamente estar implicado no processo do conhecimento [...] [Caso o conhecimento produzido se apresentasse totalmente objetivo, certamente] [...] seria a-humano ou sobre-humano.” (SCHAFF, 1978, p. 280-281). A objetividade pura é uma ficção ou uma mentira (SCHAFF, 1978, p. 280-281).

Desde o início de uma pesquisa, o pesquisador mostra-se imparcial e subjetivo. Na escolha de um tema, há uma opção pessoal do sujeito pesquisador, seja por motivos de praticidade, de paixão ou de interesse econômico. Praticidade por ter fácil acesso às fontes de pesquisa do tema escolhido ou familiaridade; paixão por ter amor, simpatia ou envolvimento com o tema; e interesse econômico, devido ao rendimento financeiro que tal pesquisa poderá render-lhe.

Tendo-se conhecimento prévio e fácil acesso à bibliografia e às informações referentes a determinado assunto, a tendência será pesquisar sobre o tema por questões de pragmatismo.

O conhecimento e domínio de línguas estrangeiras facilita o acesso às temáticas relacionadas a outros povos, ampliando as possibilidades de pesquisa.

O envolvimento pessoal leva a escolher e optar por este ou aquele assunto. Quando se tem algum vínculo no presente ou no passado com questões sindicais, certamente escolhem-se temas de pesquisa relacionados ao direito trabalhista, previdenciário ou sindical.

As mulheres são as que mais pesquisam assuntos relativos às relações de gênero, isso porque são elas que sentem mais intensamente a discriminação sexual da sociedade. O mesmo se enquadra aos homossexuais, que estão mais preocupados em pesquisar temáticas relacionadas com a garantia de seus direitos enquanto parcela diferenciada pela sociedade.

Ativistas de movimentos étnico-culturais pela luta de seus direitos e os próprios descendentes de diversas etnias exploradas no presente ou no passado terão mais interesse e facilidade em pesquisar assuntos relacionados a esses temas.

Os interesses de pesquisa também podem estar voltados exclusivamente para fins lucrativos: em curto prazo, pela realização de alguma pesquisa encomendada e bem remunerada; em médio ou longo prazo, quando se tem interesse em investir o conhecimento numa determinada especialidade, que poderá trazer rentabilidade profissional.

Também se demonstram as tendências pessoais na seleção do material a ser pesquisado, conforme o tema de pesquisa. Quando se debruça no material de pesquisa selecionado, neste momento de análise e interpretação do material coletado, a subjetividade é exacerbada com o afloramento dos juízos de valores. Em nome da objetividade, a parcialidade e a paixão pelo tema não podem e não devem ser sufocados e omitidos.

Dependendo da forma de ver o mundo, leem-se e se traduzem os documentos de pesquisa de acordo com os critérios e com os valores da cultura e da sociedade pela qual se está imbuído no tempo e no meio, com as verdades e certezas que poderão transformar-se em inverdades e incertezas.

Todo pesquisador é um ser humano que possui uma personalidade socialmente e culturalmente determinada, que pensa com categorias de sua língua, pertencente a um espaço geográfico, a uma nação, a uma classe social, a uma determinada época histórica, estando preso a esses fatores.

O homem é complexo racional e irracional, cientista e místico, sábio e louco, trabalhador e lúdico, empírico e imaginário, econômico e consumista, prosaico e poeta. Apesar da sua alcançada racionalidade, é passível de paixões, de desejos,

de ideologias, de utopias, e tem a sua própria visão de mundo, que sempre será manifestada na sua pesquisa. O “desenvolvimento do conhecimento racional-empírico-técnico jamais anulou o conhecimento simbólico, mítico, mágico ou poético.” (MORIN, 2001, p. 59).

Deve-se admitir a subjetividade no papel ativo como sujeito, numa boa relação entre sujeito e objeto, e na aquisição de um saber profundo, alcançado com muito estudo, disciplina e método, sem deixar de lado a criatividade do pesquisador.

Mas também não se pode deixar dominar totalmente pelos interesses pessoais em detrimento dos outros, de preconceitos e animosidade. Por mais que se tenha amor ou ódio, deve-se saber controlá-los, tendo a humildade de reconhecer as limitações da subjetividade da condição humana e a honestidade de aceitar e tornar públicas as hipóteses de pesquisa não comprovadas.

Deve-se ter consciência de que o resultado de uma pesquisa sempre será temporário, devendo ser superado pelo mesmo ou pelos próximos pesquisadores, ou seja, nunca se alcançará a totalidade da verdade, que será sempre parcial, relativa e fragmentada.

As fontes de pesquisa são selecionadas segundo os critérios de valores, são analisadas conforme o entendimento, e, muitas vezes, não são suficientes para resgatar a verdade, tampouco retratar a complexidade da sociedade.

No futuro, podem-se encontrar outras fontes desconhecidas que promovam uma nova versão dos fatos; assim como também se poderá interpretar de outra maneira, numa releitura ou revisões teóricas, segundo a mentalidade e o conhecimento construídos e transformados ao longo do tempo.

As fontes de pesquisa nada revelam enquanto não forem investigadas e, quando elas passarem as informações, somente

responderão aos questionamentos. Isso significa que as mesmas fontes podem ter interpretações diversificadas, dependendo de quem as questiona e quando as questiona. Assim como um mesmo assunto pode ter várias versões, diversos enfoques, conforme o ângulo de quem o observa.

Na pesquisa das Ciências Sociais, essa é uma evidência, uma vez que se pesquisam os homens que compõem a sociedade, que frequentemente se transforma. Mudam os costumes, os hábitos, os valores desses seres humanos, que são o objeto de estudo de outros homens pesquisadores, que também passam por esse processo de transmutação por pertencerem a essa mesma sociedade. Confirma-se, assim, a relação interativa entre o sujeito e o objeto, que se confundem por pertencerem ao mesmo mundo.

A objetividade, a imparcialidade, a verdade e a certeza do conhecimento científico são meras criações da modernidade para legitimar o poder constituído pelo domínio do saber. O conhecimento na pesquisa das Ciências Sociais é produzido por homens que tentam entender outros homens, que vivem na sociedade que é composta por homens, que possuem a mesma essência, sofrendo das mesmas angústias e incertezas de seu tempo e de seu espaço. Sujeito e objeto, objeto e sujeito fazem parte da mesma condição humana.

3 A escolha das fontes de pesquisa nas Ciências Sociais

Outro fator relevante da objetividade na pesquisa das Ciências Sociais é referente à escolha das fontes de pesquisa. Se forem utilizadas fontes primárias, estas trarão uma contribuição

significativa ao ineditismo do trabalho científico e realçarão a subjetividade do pesquisador.

Talvez, pela busca da objetividade científica na pesquisa jurídica, pouco se tem utilizado de fontes primárias, tornando os trabalhos pouco criativos. As fontes mais consultadas são de fácil acesso e compreensão, e se concentram na legislação, na jurisprudência e na bibliografia (autores consagrados que tratam do assunto a ser abordado). Dessa forma, muitos trabalhos acabam tornando-se a repetição da repetição, ou a citação da citação (direta ou indireta), consagrando a manutenção do *status quo* da sociedade a qual pertencem.

Alguns pesquisadores conseguem fazer uma compilação muito bem feita de autores consagrados, em que há uma coerência e uma harmonia das opiniões divergentes, ou não, sobre o mesmo assunto. Assim, pode-se afirmar que são costuras de remendos bem arrematadas e bem acabadas.

Também se apresentam trabalhos em que, mesmo utilizando autores consagrados que tratam do assunto, não há uma harmonia, tampouco uma coerência, e fica evidente a costura das citações sem o mínimo cuidado no acabamento, aparecendo os remendos mal arrematados. No entanto, pela busca da objetividade, o que há de comum na maioria das pesquisas é que os próprios autores da pesquisa escondem-se atrás dos outros autores consultados e, muitas vezes, não fica clara a sua opinião sobre o tema nem na conclusão do trabalho.

Um dos motivos da realização desse tipo de pesquisa é que não há conhecimento e/ou prática de grande parte dos pesquisadores na utilização de fontes diferentes das usuais, que trarão uma contribuição importantíssima quanto à inovação e à oportunidade de ousarem, aparecendo a subjetividade e a opinião pessoal do pesquisador após a análise dos dados obtidos.

É importante ressaltar que a pesquisa, em fontes primárias, é mais complexa, demanda muito tempo e exige o conhecimento da técnica, dependendo do tipo de fonte que será utilizada. Talvez esse seja outro motivo de ser tão pouco utilizada na pesquisa jurídica, pois os resultados não são conseguidos em curto prazo, mas sim em médio ou longo prazo. O resultado é gratificante e vale o esforço, pois as fontes primárias são um verdadeiro manancial de informações inexploradas, aguardando a interferência pessoal para virem à tona e se tornarem interpretadas e conhecidas.

Conforme Oliveira (2001, p. 34), a documentação indireta é composta de fontes primárias, que podem ser consultadas em arquivos públicos, arquivos particulares, dados estatísticos e fontes orais. As fontes secundárias encontram-se em publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas e monografias. A documentação direta é produzida pela pesquisa de campo e pela pesquisa de laboratório, pela observação intensiva e entrevistas, e pela observação direta e extensiva por meio de questionários, formulários e medidas de opinião.

Oliveira (2001, p. 34-35) afirma que grande parte das monografias de Direito utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica e/ou documental, e que as fontes mais utilizadas são:

[...] as normas constitucionais, as leis ordinárias, decretos legislativos, Diários Oficiais, Boletins, projetos de leis e emendas constitucionais, jurisprudência dos Tribunais, revistas especializadas, periódicos, dicionários jurídicos, dados de instituições ou órgãos públicos e privados encontrados na rede Iternet, etc.

Leite (2000) também faz menção às referências bibliográficas, às monografias, às dissertações, às teses, à doutrina, à jurisprudência, à legislação, às revistas jurídicas e às fontes jornalísticas, entrevistas e questionários. É oportuno

ressaltar o destaque que o autor dá às fontes jornalísticas (que são pouco utilizadas na pesquisa jurídica), que podem tornar-se um fator decisivo.

Os jornais indicam e relatam as reformas legislativas em andamento [...], quase sempre de interesse jurídico, que preocupam o grande público [...]. Na medida em que a imprensa observa a conjuntura parlamentar – etapas de preparação de uma lei, voto e promulgação, análise dos debates e tendências, crítica das disposições essenciais do conteúdo e reflete a disposição da opinião pública, pode transformar-se em poderoso instrumento de trabalho, de valor considerável, senão decisivo. (LEITE, 2000, p. 109-116).

Besselaar (1974, p. 121-155), quando trata das fontes de pesquisa e as classifica, está se referindo a heurística que significa procurar e encontrar as fontes de pesquisa. Segundo ele, as fontes ou os documentos de pesquisa são todo e qualquer vestígio do passado ou do presente, capaz de fornecer informações acerca de um fato ou acontecimento humano. Dependendo dos critérios, poderá existir uma infinidade de classificação das fontes, desde diretas ou primárias a indiretas ou secundárias.

Conforme Besselaar (1974), as fontes de pesquisa dividem-se em: escritas (oficiais, particulares, bibliografia, literatura, periódicos, legislação e jurisprudência); orais (depoimentos, boatos, costumes, sagas de heróis, lendas de santos, mitos de deuses e semideuses, contos de fadas, fábulas e anedotas); pictóricas (escultura, pintura, decoração, caricaturas, charges, fotografias, cinema, televisão, heráldica, numismática, sigilografia, plantas, mapas e fotos aéreas); restos arqueológicos (humanos, objetos, desenhos, inscrições e construções)⁵.

⁵ Segundo o autor, os restos arqueológicos são as fontes mais fidedignas, pois não mentem porque são espontâneas e não têm intenção alguma de deixar vestígios para o futuro. Basta aos pesquisadores saber questioná-las e interpretá-las.

Ainda tratando da questão da classificação das fontes, pode-se referir Eco (2002, p. 35-42), cuja obra clássica de metodologia de pesquisa possui um capítulo que trata de “quais são as fontes de um trabalho científico” e da complexidade de se estabelecer uma diferenciação entre as “fontes de primeira e de segunda mão”.

Uma questão importante em um projeto é definir, de início, o objeto, para, a partir daí, selecionar os tipos de fontes a serem pesquisados, pois o “conceito de ‘primeira’ e ‘segunda’ mão depende do ângulo da tese”. Um livro pode ser um objeto e os instrumentos outros livros (ECO, 2002, p. 36, 39).

Se, por exemplo, o objeto de estudo for a origem do pensamento de Karl Marx, as fontes de “primeira mão” serão os escritos de autores em que ele consultou e se inspirou para formar o seu pensamento, e os fatos históricos e os fenômenos sociais que o influenciaram. Ao se estudar o pensamento de Karl Marx, os escritos elaborados por ele serão as fontes de “primeira mão”, e a literatura crítica referente à sua obra será o instrumento ou a fonte de “segunda mão”.

Também se pode ter como objeto de pesquisa a influência da obra de Karl Marx. Daí, as fontes de “primeira mão” serão os escritos de autores influenciados pela sua obra, já que o interesse não seria analisar o que ele disse, “mas o que os outros disseram inspirando-se nele.” (ECO, 2002, p. 35-36).

Na pesquisa bibliográfica, a fonte de “primeira mão” é a edição original do livro; a tradução, a antologia e a resenha são fontes de “segunda mão”. Seguindo o conselho do mestre Eco (2002), deve-se sempre pesquisar as fontes de “primeira mão” dentro dos limites fixados pelo objeto de estudo, e nunca se deverá citar o autor “por meio da citação feita por outro”. Pior

do que isso seria “citar uma fonte de ‘segunda mão’ fingindo ter visto o original.” (ECO, 2002, p. 35).

Quando o objeto de pesquisa é um fenômeno real, as fontes apresentam-se de forma oral, mas poderão ser transformadas em fontes escritas e inseridas no corpo da pesquisa, como: transcrição de entrevistas, dados estatísticos, questionários, comentários de fotografias e de audiovisuais.

Cabe ressaltar que a pesquisa em Ciências Sociais deve ser dinâmica e passar permanentemente por processos de transformação e reorganização. As fontes que em algum tempo não eram aceitas com o grau de cientificidade e objetividade necessário, poderão, no futuro, vir a ser consideradas altamente válidas e fidedignas para a realização da pesquisa.

Com relação à pesquisa histórica, antigamente os historiadores só aceitavam como fonte de pesquisa a bibliografia consagrada e os documentos oficiais, trazendo como resultado final a História oficial dos grandes feitos dos grandes homens. Essa concepção de História vigorou até o século XIX, quando alcançou o seu auge por influência do positivismo e do financiamento dos Estados Nacionais, interessados em instigar o nacionalismo e enaltecer um passado de glória dos países recém-formados.

No século XIX, em plena ebulição da sociedade inglesa, causada pela revolução industrial, apareceu um novo personagem, observador da condição miserável da nova classe operária que se formara. Karl Marx que faleceu em 1883, durante sua vida foi, influenciado pelos autores por ele estudados e pelo momento histórico em que estava inserido, construiu uma nova teoria, o chamado Materialismo Histórico, e uma nova maneira de se produzir a História, em que o objeto de estudo deixa de ser os grandes homens e passa a ser a maioria pobre da população.

Conseqüentemente, as fontes de pesquisa também passam a abranger outras fontes não usuais utilizadas na época, além das oficiais, havendo um enfoque na exploração da mão de obra da classe trabalhadora.

No ano de 1929, um grupo multidisciplinar de estudiosos (historiadores, geógrafos, sociólogos, economistas e cientistas políticos) criou, em Estrasburgo, a Escola dos Annales, em que os objetos de pesquisa passaram a ter um caráter interdisciplinar. Nesse momento, deu-se ênfase à história problema, à história comparada, à história econômica, à geo-história, à sociologia histórica, à antropologia histórica e à história das mentalidades, que exigiram outras fontes de pesquisa utilizadas pela Sociologia, pela Antropologia, pela Geografia e pela Economia.

Na década de 90, surgiu o movimento da história cultural. Os historiadores se apropriaram do conceito de cultura dos antropólogos, e ampliaram seu sentido para

[...] referir-se a quase tudo que pode ser aprendido em uma dada sociedade- como comer, beber, andar, falar, silenciar e assim por diante. Em outras palavras, a história da cultura inclui agora a história das ações ou noções subjacentes à vida cotidiana. O que se costumava considerar garantido, óbvio normal ou “senso comum” agora é visto como algo que varia de sociedade a sociedade e muda de um século a outro, que é “construído” socialmente e portanto requer explicação e interpretação social e histórica. (BURKE, 1989, p. 21).

Dessa forma, dependendo da ideologia do pesquisador, o objeto da História volta-se ainda mais à cultura não oficial, da não elite, preocupa-se com o cotidiano dos excluídos (mulheres, crianças, trabalhadores, mendigos, loucos, criminosos), com o amor, a medicina, a morte, a loucura, o lazer, a família, a subsistência, a escravidão, a disciplina do corpo humano, as políticas públicas e a subversão.

Assim, aparece a necessidade da busca, leitura e interpretação de novas fontes de pesquisa. E também surge o problema de onde encontrar vestígios da população pobre, que em sua maioria era analfabeta. Apropriou-se da metodologia dos psicanalistas, dos sociólogos e antropólogos, que também pesquisam as populações ágrafas, porém vivas, que ainda podem depor sobre sua cultura e seus costumes. E como os historiadores poderiam fazer falar os mortos que não deixaram registros escritos de seu passado?

Com a possibilidade da utilização de fontes não convencionais, ampliaram-se os horizontes de pesquisa referentes aos demais segmentos da população, além da elite. Como exemplo, podem-se citar cantigas e contos populares, estórias infantis, literatura de época, panfletos, literatura de cordel, correspondências, diários, cardápios de restaurante, listas de compras, orçamentos domésticos, fotografias, desenhos e pinturas, jornais e revistas de circulação, prontuários médicos e processos judiciais, entre muitos outros.

As fontes judiciárias são consideradas uma jazida de informações referentes às questões da organização do Poder Judiciário, do Direito, da Justiça e da Sociedade. Como exemplo, citam-se os depoimentos e os interrogatórios dos processos inquisitoriais, que trazem muitos subsídios sobre a vida cotidiana das pessoas envolvidas na Inquisição, assim como o retrato da mentalidade da época medieval e moderna na Europa e na América.

Os processos judiciais são um material extremamente rico, que possibilita verificar a modificação da noção de crime de uma época para outra, a evolução das escolas doutrinárias, a normalização dos indivíduos via Judiciário, a compreensão da Justiça e as transformações na sociedade. E ainda fornecem

dados sobre a vida cotidiana da população. Em um processo criminal, aparecem diversas versões de um mesmo fato: inicia-se com o inquérito policial, após a denúncia da promotoria em que o crime é tipificado; seguem-se as audiências e os depoimentos das testemunhas e o interrogatório do réu, a argumentação do advogado de defesa; finalmente, a sentença, que representa o entendimento do juiz sobre o fato.

Apesar de o brocardo jurídico afirmar que “o que não está nos autos não está no mundo”, é importante ler as fontes judiciárias com outros olhos, como os olhos do historiador, pois “os autos revelam ‘mundos’; todavia, para que isso aconteça ele deve enxergar além dos autos”, verificando outras fontes de pesquisa que tratam do mesmo fato (AREND, 1994, p. 71).

A fonte oral foi utilizada na Grécia antiga desde a época de Heródoto, mas esquecida pela historiografia durante séculos, porém, ressuscitada e revalorizada em meados do século XX. Caracteriza-se pela coleta de informações de pessoas que tiveram alguma experiência de vida que interessa ao objeto de estudo. Na atualidade, foi construída uma técnica de gravação e transcrição das entrevistas, inclusive referente às questões éticas (utilização das informações obtidas e postura do pesquisador durante a entrevista) e legais (carta de cessão). Quando se realizam as transcrições das entrevistas, já se está produzindo uma fonte primária, escrita e fundamentada em uma fonte primária oral⁶.

Também é importante lembrar que os documentos oficiais representam a maioria das fontes primárias de pesquisa e não devem ser desprezados; geralmente, encontram-se reunidos num mesmo local para facilitar a sua guarda e pesquisa⁷.

⁶ Existe uma vasta bibliografia referente às fontes orais. Ver Meihy (2000).

⁷ No Estado de Santa Catarina, há o Arquivo Público do Estado, que tem "como função recolher, preservar, organizar e divulgar o patrimônio documental produzido e acumulado pela Administração Pública Estadual".

Diante da discussão das fontes de “primeira mão” ou de “segunda mão”, primárias ou secundárias, aqui, entende-se a bibliografia (livros e revistas especializadas) como uma fonte secundária, uma vez que já houve a interferência de uma pessoa na interpretação de determinado dado de pesquisa, exceto nos casos demonstrados, em que o objeto de pesquisa é um determinado autor, ou os autores em que ele se inspirou, ou os autores que nele se inspiraram.

Os periódicos (jornais e revistas não especializadas), documentação pública (produzida pelos agentes do Estado), documentação privada (cartas, diários, fotografias, documentos pessoais etc.), depoimentos orais, literatura de época, restos arqueológicos, manifestações da cultura popular, fotografias, obras de arte, mapas, plantas, questionários e entrevistas são fontes primárias que podem ser mais exploradas pelos pesquisadores do Direito, além da legislação e da jurisprudência, que já são amplamente consultadas.

A sugestão é que haja um cruzamento de informações entre as diversas fontes de pesquisa (primárias ou secundárias), pois, diversificando-se as fontes, será produzido um resultado melhor e mais abrangente, apreendendo as diversas realidades contidas no mesmo objeto de pesquisa. E a pesquisa do Direito deve se apropriar da utilização dessas fontes de pesquisa não convencionais, utilizadas nas demais áreas do conhecimento das Ciências Sociais.

O seu "acervo é composto por documentos textuais, cartográficos e iconográficos, provenientes do poder Executivo, Legislativo, Judiciário e de Particulares do período de 1703 até os nossos dias." (SOARES; NUNES, 2004, p. 7). Neste artigo, é inviável arrolar todos os documentos que pertencem ao seu acervo, que podem ser verificados no catálogo referido e ou em visita *in loco* nas suas instalações, em Florianópolis.

4 Considerações finais

Este artigo discutiu a metodologia de pesquisa aplicada nas Ciências Sociais, focando a pesquisa jurídica, referente à relação interativa entre sujeito e objeto na pesquisa, sob a ótica de uma visão interdisciplinar, refletindo sobre o problema dos limites da objetividade na busca do conhecimento.

Demonstrou-se aqui que o objeto de pesquisa e a ideologia do pesquisador vão influenciar na escolha das fontes de pesquisa e na sua interpretação, de acordo com os seus questionamentos e problemáticas, revelando o fator da subjetividade na pesquisa das Ciências Sociais. E que a utilização de outras fontes não usuais na pesquisa jurídica, como a das fontes primárias, traz uma contribuição significativa ao ineditismo do trabalho científico.

Este artigo serve para instigar os pesquisadores do Direito a ousarem e não omitirem a sua subjetividade, e estimular a pesquisa em fontes primárias sem o temor pelas dificuldades que poderão advir, pois, certamente, ela exige mais trabalho e dedicação, porém apresenta um diferencial científico de qualidade.

Referências

AREND, Silvia Maria Fávero. *Maria degolada: mito ou realidade?* Porto Alegre: EST, 1994.

BESSELAAR, José Van Den. *Introdução aos estudos históricos*. 4. ed. São Paulo: EPU, 1974.

BURKE, Peter. *Cultura popular na Idade Moderna*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

COLAÇO, Thais Luzia. Uma visão interdisciplinar das fontes de pesquisa. In: *Anais do XII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 841-849.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. 17. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIHY, José Carlos Sebe Bom. *Manual de história oral*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2000.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. *Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

SHAFF, Adam. A objetividade da verdade histórica. In: *História e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1978. p. 279-310.

SOARES, Ana Maria; NUNES, Neusa Rasane Daminiani. *Catálogo: instrumento de pesquisa do Arquivo Público do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis: IOESC, 2004.

PARTE III

Trabalhos do NECODI



CAPÍTULO VIII

O PACTO DE MEDIOCRIDADE, A PESQUISA EM DIREITO E O CICLO DA PRÁXIS PEDAGÓGICA REFLEXIVA

Adriana de Lacerda Rocha¹

1 Introdução

Com o propósito de ponderar sobre o pacto de mediocridade e a pesquisa em Direito, neste trabalho, serão assinalados alguns aspectos desse pacto, sob o enfoque da teoria do professor reflexivo, e apresentado o ciclo de *práxis* pedagógica, como um instrumento capaz de ajudar o professor-pesquisador de Direito, que está ciente da incidência do pacto na pesquisa jurídica e deseja mudar essa situação.

Este texto volta-se, portanto, para os professores-pesquisadores, que se empenham em quebrar o pacto de mediocridade e ambicionam inovar a pesquisa em Direito, para que ela saia da pesquisa puramente teórica, predominantemente bibliográfico-quantitativa, e se volte para propostas que estejam conectadas com a realidade de hoje, por meio da implementação de pesquisas teórico-práticas, que consigam efetivamente atender às necessidades de transformação que o mundo atual exige.

O pacto de mediocridade é definido como a pedagogia do fingimento, em que o professor finge que ensina e o aluno finge

¹ Adriana de Lacerda Rocha é Pós-doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Estado de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito, Estado e Sociedade pela UFSC. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ. Professora Universitária. Advogada. Conselheira Efetiva do Conselho Internacional de Assistência Jurídica da Conscienciologia da UNICIN. Consultora Jurídica da Organização Internacional de Consciencioterapia – OIC. E-mail: adriana.rocha@kiwioicas.net.

que aprende (WERNECK, 1992). Pode ser traduzido como a política de “não ser incomodado” (ambas as partes preferem manter assim sua “relação contratual” na educação jurídica).

No universo da pesquisa, essa condição de fingimento e mentira pode ser traduzida na situação em que o pesquisador objetiva, primordialmente, atingir metas meramente quantitativas, exigidas pelo plano de carreira ou pelos órgãos fomentadores da pesquisa no Brasil. Analogamente à pedagogia centrada na pessoa do professor, criticada por Carl Rogers (1977), seria uma pesquisa centrada na figura do pesquisador.

Sob o paradigma do professor reflexivo, a pesquisa do fingimento traduz-se nas pesquisas reprodutoras de conteúdos e ideias de outros pesquisadores, em que o pesquisador-autor não reflete sobre essas ideias, apenas as aproveitando para embasar diversas outras pesquisas teórico-reprodutoras e irrefletidas. Além disso, o pesquisador não se questiona acerca dos benefícios e aplicações em si mesmas das suas investigações.

Essa situação pode ser visualizada quando o pesquisador depara-se com textos que são repetições de outros textos, diversas vezes, sem mencionar o autor original da ideia que vem sendo repetida.

Tendo como base Alves (2013), a pesquisa em Direito, atrelada ao pacto de mediocridade, seria aquela em que a manifestação do aluno, depois de ler o texto resultado da pesquisa, seria: “o cara falou, falou, e não disse nada”; “o artigo é fantástico, dá um *show*, mas não entendi nada”; “o pesquisador simplesmente copiou um monte de outros textos”.

O pacto de mediocridade traduz-se pela falta de profissionalismo. Em relação ao professor-pesquisador de Direito, o pacto é representado pelo fato dele não saber o que significa *práxis* pedagógica e de que modo ela se relaciona à

pesquisa. Ou seja, de que maneira a pesquisa integra-se à prática pedagógica e, conseqüentemente, como ela contribui para assunção da atividade profissional docente reflexiva.

Uma consequência da perpétua falta de profissionalismo docente é o professor de Direito que, de modo geral, transmite a imagem de não ser bom professor e de que há falta de responsabilidade nessa seara. Isso é refletido em sala de aula, pois o professor prefere nada exigir, algo comumente existente “nas escolas de direito particulares e isoladas.” (ARRUDA JR, 1989, p. 27).

Em 2009, durante doutoramento na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), realizou-se uma pesquisa para comprovar (ou refutar) diversos aspectos apresentados por pensadores da área do ensino jurídico nos últimos 30 anos no Brasil, dentre eles, a existência ou não do pacto de mediocridade. Essa questão foi objeto de pergunta do questionário da pesquisa e seu resultado revelou haver esse pacto, sendo que os respondentes negaram veementemente que, em suas aulas, o pacto estivesse presente (ROCHA, 2012), ou seja, não se julgam responsáveis por ele.

Além disso, os resultados dessa mesma pesquisa mostraram que os professores de Direito pesquisados não refletem sobre sua prática pedagógica (SCHÖN, 2007), não sendo, portanto, considerados professores reflexivos segundo esse paradigma. Em geral, eles têm uma visão da prática diferente da teoria, e isso está ressaltado em relação ao pacto de mediocridade. Transportado para o âmbito de pesquisa em Direito, é usual esse distanciamento entre teoria e prática (ROCHA, 2012), observado na medida em que ainda há prevalência de pesquisas bibliográficas sem correlação com o cotidiano.

Apesar desse quadro, felizmente existem muitos professores e pesquisadores na área da educação em Direito que estão incomodados, cada vez mais, com o que acontece no ensino e na pesquisa do Direito.

Por essas razões, partindo da proposta do ciclo da *práxis* pedagógica, o foco aqui é detalhar algumas características do pacto de mediocridade e como elas afetam a pesquisa em Direito, pretendendo auxiliar os professores-pesquisadores reflexivos de Direito que enxergam essa situação triste presente no ensino e na pesquisa jurídica do país e anseiam trabalhar para sua modificação.

2 Autorreflexão docente, pesquisa e a práxis pedagógica

Considera-se que o professor reflexivo seja fundamental para que se consiga sair desse ciclo alimentador do pacto de mediocridade.

Nesse contexto, a pesquisa é importantíssima, pois, sob esse paradigma, ela consegue aliar teoria e prática, numa ação refletida na área do Direito.

Com a mente interrogativa e crítica, que está sempre reavaliando as bases das crenças pessoais e questionando sobre sua validade (DEWEY, 2010), o professor reflexivo pode aprofundar o conhecimento, possibilitando a (re)construção do saber. Desse modo, é possível superar métodos de pesquisa ultrapassados, aqueles que dissociam pesquisa do ensino.

Através da pesquisa reflexiva, pode-se aprofundar a crítica, não só do discurso jurídico como também do autodiscurso docente e do pesquisador. Assim, o professor consegue

relacionar reflexivamente a teoria com a prática pedagógica no seu cotidiano universitário, o que inclui a pesquisa.

Com esse novo movimento, o professor de Direito demonstra que está consciente da sua *práxis* pedagógica.

Pensar sobre os detalhes que envolvem sua “profissionalidade” (NÓVOA, 1995), que ultrapassam o âmbito do(s) conteúdo(s) e da transposição didática, demonstra seriedade e engajamento com a docência reflexiva, e consideração com a *práxis* pedagógica fundamental e desejo de suplantar o pacto de mediocridade.

Conforme Nóvoa (1995), não basta deter o conhecimento para saber transmiti-lo a alguém. É preciso compreender o conhecimento, ser capaz de reorganizá-lo, reelaborá-lo e de transpô-lo em situação didática em sala de aula. Ou seja, o professor-pesquisador reflexivo consegue transformar esse conhecimento em dimensões compreensíveis pelo aluno ou pelos interessados nos resultados de suas pesquisas.

Redin (2008) expõe que essa ação-reflexão, dentre outros, é o que Paulo Freire entende por *práxis* (presente em toda a obra deste educador brasileiro), porque ela faz com que haja, justamente, contraposição à ideia de domesticação e alienação. Nela, há a busca do processo de atuação consciente, que objetiva um discurso sobre a realidade que consiga modificar essa realidade.

Para Freire (2007), a docência reflexiva traduz-se em “seriedade e afetividade”, e ela é alcançada quando há postura de autoridade democrática (RODRIGUES, 1988). O “bom professor” (e o “bom pesquisador”) não separa afeto e engajamento, pois ele sabe ensinar, pesquisar e, ao mesmo tempo, “querer bem aos educandos.” (FREIRE, 2007, p. 141).

A *práxis* é atividade de reflexão e, como tal, enriquece a teoria que lhe deu suporte, além de ponto de partida e de chegada do processo de teorização. Ela está sempre em construção. É esse tipo de *práxis* que se conecta à docência reflexiva, e que é capaz de transformar, ousar, criticar, enfim, superar o pacto de mediocridade.

Gadotti (2010, p. 30-31) coloca que “a educação que copia modelos, que deseja reproduzir modelos, não deixa de ser *práxis*, só que se limita a uma *práxis* reiterativa, imitativa, burocratizada.” Esse tipo de educação reprodutora incentiva a permanência do pacto de mediocridade.

Quando age assim, o professor de Direito não está ponderando sobre as inúmeras possibilidades que a *práxis* pedagógica reflexiva lhe oferece.

A imersão docente nas etapas do ciclo da *práxis* pedagógica, a seguir sintetizadas e exemplificadas, favorece o aprofundamento do professor-pesquisador reflexivo:

- a) Fase 1: conteúdo(s). Há a seleção. Dentre os conteúdos ministráveis, qual melhor atende àquela turma;
- b) Fase 2: transposição didática. Há escolha. Dentre as diversas técnicas de transposição didáticas existentes, qual irá utilizar em cada momento de sua *práxis* para adequar o conteúdo científico à necessidade da turma e sair da aula expositiva como escolha exclusiva;
- c) Fase 3: comunicação multidimensional. Há instalação da comunicação multidimensional pelo professor com ele mesmo e com o corpo discente. Acontece quando o professor para de focar em si mesmo, preocupando-se com o plano de aula ou de ensino a ser seguido, com a prova da OAB, ou com sua *performance*. É quando ele passa a se ocupar com a história de vida dos alunos,

conscientizando-se sobre a importância de conhecer a vida deles, o seu futuro profissional, e da interação do professor com o aluno, através de diversos tipos de comunicação que realiza em sala de aula.

- d) Fase 4: fazer pedagógico. Há uma postura exemplar de ética, em que o fazer pedagógico se faz presente. Isso acontece quando o professor deseja, primeiramente, esclarecer os alunos para além do(s) conteúdo(s) técnico(s). O docente não foca exclusivamente na matéria que precisa lecionar, mas se preocupa em compreender a história de vida de cada discente para melhor interagir com ele. Trata-se da realização de uma ação (fazer) entre professor e alunos, com o objetivo de fornecer informações que possam melhor ajudar a esclarecê-los em suas necessidades específicas, singulares, únicas.
- e) Fase 5: esclarecimento assistencial. Há utilização com discernimento e lucidez das etapas anteriores do ciclo. O professor consegue, então, ultrapassar a pura transmissão do conhecimento, a tal educação bancária. Ele se torna agente do esclarecimento, da educação ampla. Concretiza-se em formador de profissionais, pois se mostra um professor-profissional exemplar e essa postura, por si só, esclarece e inspira.

Schön (2007) alega que o professor profissional do futuro deverá fundamentar-se no pensamento e na crítica reflexiva, a partir de situações práticas reais. A utilização do ciclo da *práxis* pedagógica é instrumento que muito qualifica esse pensamento e essa crítica reflexiva.

A “reflexão-na-ação”, em sala de aula, e “sobre a ação docente”, após a aula, ajudam o professor a compreender suas

vivências pedagógicas. Ele não consegue ampliar sua autolucidez e seu autodiscernimento se não se conscientizar das experiências que tem em sala. Esse procedimento auxilia o professor a aprimorar seu saber docente e sua autonomia pedagógica. Essa conscientização revela para ele mesmo que isso é pesquisa sob o paradigma do professor reflexivo.

Na dinâmica do “ciclo da *práxis* pedagógica”, cada etapa tem um papel e uma função específica e relevante em relação às outras.

Por isso, cada etapa é única, embora complementar em sua realização pedagógica, pois pode se manifestar em qualquer momento da *práxis*.

Diante de situações inusitadas e inesperadas, a utilização do ciclo ajuda os professores reflexivos de Direito a enfrentá-las, porque eles sabem o que fazer. Sem esse recurso, quando tais situações se apresentam, quando não desistem, os professores acomodam-se, o que ajuda a piorar a qualidade do ensino jurídico ainda mais e a piorar o pacto de mediocridade.

A seguir, sob o viés do ciclo da *práxis* pedagógica, serão frisados pontos da pesquisa na área jurídica e do pacto de mediocridade.

3 O pacto de mediocridade e a pesquisa em Direito

O resultado do questionamento sobre a existência do pacto de mediocridade no ensino jurídico, no âmbito da pesquisa realizada, demonstrou que a maioria dos professores de Direito investigados (51,54%) concorda que essa realidade existe. Outros 31,92% dos respondentes entenderam ser rara

essa realidade, e apenas 16,54% deles consideraram o pacto de mediocridade como sendo uma realidade inexistente.

Esse resultado corrobora a hipótese de que existe a pedagogia do fingimento na área jurídica cujas razões são diversas segundo os autores.

Ou seja, pela percepção dos professores respondentes, o pacto faz parte da sala de aula. (ROCHA, 2012, p. 215).

Em relação à pesquisa (ROCHA, 2012, p. 198), há predominância dessa atividade (57,88%), se comparada a não existência (22,12%). Entretanto, não se pode deixar de mencionar que esse resultado quantitativo decorre, principalmente, da exigência de qualificação para o exercício da docência no nível superior, e nessa qualificação há a necessidade de pesquisa. Além disso, na área pesquisada da Grande Florianópolis, verificou-se que na Universidade Federal de Santa Catarina a pesquisa entre os docentes foi mais presente em razão de diversas exigências que incidem sobre as Universidades Federais. Além disso, é *mister* considerar que a Universidade Federal existe há mais tempo e possui cursos de pós-graduação mais antigos do que os das demais, o que também influenciou no resultado, assim como a mudança legislativa também influenciou, no que se refere ao tempo de pesquisa, cujo predomínio ficou entre 5 e 10 anos do exercício do magistério.

Especificamente sobre a espécie de pesquisa, as mais ligadas às atividades teóricas predominaram (ROCHA, 2012, p. 200): bibliográfica, com 31,65%, e documental, com 10,92%. A pesquisa de campo foi a menos utilizada, com 8,68%.

Relacionando ambos os resultados, e considerando a característica da pesquisa de campo que apresenta inúmeras dificuldades e imprevistos que exigem paciência, adaptabilidade

e disponibilidade do pesquisador, pode-se concluir que “a lei do menor esforço”, na pesquisa jurídica, é uma característica.

No que tange à *práxis* pedagógica, o professor-pesquisador não relaciona os acontecimentos de sala de aula como possíveis demandas para objetos de pesquisa, que ele, na condição de professor, poderia devolver futuramente para o corpo discente como conteúdo a ser construído.

Também se pode questionar se existe alguma correlação entre os resultados das pesquisas em Direito com os conteúdos presentes nas salas de aula. O professor-pesquisador chega a refletir sobre de que maneira os conteúdos e resultados de suas pesquisas poderiam ser transportados para os cursos de graduação e pós-graduação? Até que ponto os questionamentos dos alunos (fases três a seis do ciclo) poderiam ser transformados em pesquisas, caso o professor se abrisse para esse universo?

Fechado em si mesmo, o professor-pesquisador foca nos temas de pesquisa pré-determinados por ele, que tragam destaques acadêmicos e financeiros para seu grupo.

Não que a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental não sejam importantes e sérias, mas, sob o ponto de vista do pacto de mediocridade, elas atendem muito mais às necessidades do sujeito-pesquisador do que as do público.

As manifestações desse pacto na pesquisa são inúmeras, dentre outras: conivência com plágios nos trabalhos de final de curso; ausência do professor-pesquisador em sala de aula para atender à sua demanda em eventos científicos externos; falta de cooperação entre os pares, devido à exigência do ineditismo e à competitividade desleal; atendimento à vaidade intelectual e de posição do pesquisador, estimulados pelos prêmios, láureas, reconhecimentos pessoais, em detrimento do benefício maior, o assistencial (fases três a cinco do ciclo), que pesquisas

mais ousadas trariam; manutenção das verdades absolutas, dogmáticas, impedindo revisão de resultados pretéritos para proteger o orgulho do pesquisador, o que prejudica a renovação e a evolução; a necessidade de mostrar que “ele é o certo” e os demais os errados.

Dizer que o pacto de mediocridade não existe é mostrar-se fora da realidade sobre o ensino e a pesquisa no Brasil. Seria o mesmo que não admitir a realidade do “jeitinho” brasileiro, ao se deparar com ele o tempo todo no cotidiano.

Se o professor-pesquisador reflexivo é aquele que elabora em cima de sua prática, ele é o responsável direto pelo nível do ensino e da pesquisa que realiza. Se ele admite o pacto de mediocridade no ambiente que exerce sua atividade profissional, é, portanto, corresponsável por esse pacto.

Dessa maneira, se o ensino e/ou a pesquisa estão sendo considerados fracos, ultrapassados, arcaicos e sem novidades, o professor é o fomentador direto dessa realidade. Por exemplo, dar a mesma aula ou repetir o mesmo estilo de pesquisa anos a fio incentiva o pacto de mediocridade e demonstra que esse professor-pesquisador não sabe o que é *práxis* pedagógica reflexiva.

O pacto pode se traduzir sempre por algum aspecto, não importando diante de que universidade se está: particular ou pública. No âmbito privado, esse pacto pode ser representado pelo mercantilismo que o estimula, e, na busca da pesquisa, pelo aumento da “nota” da faculdade nos *rankings* oficiais; na esfera pública, a estabilidade o reforça. Ainda nesse universo público, aparece o paradoxo da produção científico-medíocre, pois a exigência quantitativa de produção não necessariamente se traduz em qualidade e inovação.

Reflexos do pacto da mediocridade na atuação do professor-pesquisador denotam seu distanciamento da docência-pesquisa reflexiva e da *práxis* pedagógica:

- a) postura de arrogância, que o leva a desconsiderar a demanda discente por modernização, atualização didático-pedagógica, temas e resultados de pesquisas da atualidade, esquecendo-se de que competência não é sinônimo de arrogância.
- b) opção pela realização de pseudodebates e pseudopesquisas, em que as informações discordantes e ideias confrontantes são relegadas, postas de lado, através da repressão da hipótese divergente à sua experiência e cuja interpretação está nas mãos do professor-pesquisador, que detém a informação.
- c) desinteresse pela carreira acadêmica ou para uma pesquisa que exija mais tempo (ex.: pesquisa naturalística), devido à remuneração baixa e à falta de investimento institucional para o plano de carreira. Os profissionais da área de Direito utilizam como válvula de escape, para os problemas (inclusive financeiros) que a área trás, uma condição de relaxamento em relação aos deveres que a profissão docente-pesquisador requer (WERNECK, 1992).
- d) vivência da docência empirista, pois o professor de Direito “conhece o Direito” porque “vive o Direito” em sua prática cotidiana e isso, por si só, em sua visão, qualifica-o 100% para a prática em sala de aula e o conduz à generalização na pesquisa, a partir de um dado particular, sem a correspondente comprovação de campo. Para o professor reprodutor (BOURDIEU, 1982) e o pesquisador também reprodutor, a capacidade

conteudística e de conhecimento teórico confundem-se com a capacidade docente e de condução de pesquisa. Aqui, o papel desempenhado – erroneamente – traduz a concepção de experiência entendida como vivência (BECKER, 2005) fora da sala de aula.

- e) a oralidade das verdades absolutas, transmitidas pelo doutor-professor-pesquisador trata-se da exposição das verdades inquestionáveis ou não criticáveis do mundo jurídico, do mundo jurídico experimentável fora da sala de aula e da pesquisa irrefutável. A sua palavra “é lei” a ser seguida, acatada e repetida.
- f) exigência de reprodução pelos alunos de todo o universo transmitido e vivido em sala de aula pelo professor. Becker (2005) lembra que essa epistemologia empirista, na maioria das vezes, é inconsciente e se baseia na pedagogia da repetição: reprodução e treinamento (antipedagógica, autoritária, de arrogância didática). Prática estendida à repetição pelos futuros pesquisadores das práticas realizadas pelos seus orientadores, que não admitem mudar os resultados ou os objetos de pesquisas. O modelo empirista compreende a relação com o mundo, como algo feito por repetição, imitação ou cópia: não há espaço para interação ou inovação.
- g) facilidade da pesquisa com compilação de apanhados de autores, legislação ou documentos. Essa metodologia não requer reflexão no que tange ao(s) conteúdo(s), casos ou fatos, mas apenas a sequência na ordem da leitura e seleção dos artigos da lei ou coerência na escrita dos temas, encontrados sem algum nível de proposta nova.

- h) rigidez do pesquisador, que impede que se abra mão de conceitos que ele mesmo viu, posteriormente, estarem equivocados.

Quando o professor-pesquisador sai de sala, ou pesquisa algo preocupado com a própria *performance* ou imagem, está sendo egocêntrico e permanecendo longe do que seja agir na condição de professor reflexivo. Nesse caso, ele não está educando.

Apesar desse quadro, superar a mediocridade através da implantação da docência reflexiva é possível se algumas condições forem implementadas pelo professor-pesquisador interessado em mudar.

Felizmente, é possível detectar indícios dessa superação realizada pelos professores inconformados:

- a existência, ainda que mínima, de pesquisadores que divulgam pesquisas de colegas que possuem opinião diversa, porque estão voltados para estimular o raciocínio, a criticidade, a ponderação, o debate na academia e na equipe discente;
- a existência de orientadores que, mesmo não concordando com a abordagem de seus orientandos, estimulam suas pesquisas, porque focam no debate e no estímulo às verdades relativas de ponta;
- a existência de pesquisadores-orientadores que estimulam a liberdade de manifestação e de ideias dos orientandos, pois conseguem visualizar e tirar o que eles têm de melhor dentro de suas características individualíssimas (fases 3 a 5 do ciclo), e ver ainda que, em última análise, essa diversidade de opiniões é que fomenta e renova as pesquisas;

- a existência (infelizmente, ainda raríssima) de pesquisadores na área do Direito que sabem transformar as vivências particulares e profissionais em objeto de pesquisa e, também, em produção científica.

Compreende-se que ser professor-pesquisador, hoje em dia, é mais difícil e complexo do que há décadas. Entende-se que essa complexidade acentua-se ainda mais pelo fato do próprio professor-pesquisador, por diversas vezes, ter dificuldade para saber o que ele quer ou por não encontrar meios para adequar o que deseja às complexidades da sociedade atual. Acredita-se que essa incerteza pode transformar esse professor-profissional em um ser que vive em situação amargurada, difícil e complicada.

Apesar disso, há que se ter esperança na possibilidade de mudar o quadro, se a incorporação da *práxis* pedagógica reflexiva virar uma constante nos ambientes em que se atua.

4 Considerações finais

Apresentou-se, neste artigo, como o professor-pesquisador e o professor-reflexivo correspondem a correntes diferentes para dizer a mesma coisa (NÓVOA, 1995). São maneiras diversas para abordar a mesma realidade, conforme o paradigma do professor-reflexivo: de que o professor pesquisador é aquele que pesquisa ou reflete sobre sua prática.

Esse modo de funcionar mostra o movimento de preocupação de um professor que é indagador, que assume a sua realidade docente como um objeto de pesquisa, como um objeto de reflexão e de análise.

Entretanto, conforme se ressaltou, a experiência por si só não é formadora. Dewey (2010 p. 52) dizia que “[...] quando se afirma que o professor tem 10 anos de experiência, dá para

dizer que ele tem 10 anos de experiência ou que ele tem um ano de experiência repetido 10 vezes.” A experiência sem reflexão é mera repetição; rotina não é formadora. Formadora é a reflexão sobre essa experiência, ou a pesquisa sobre essa experiência (NÓVOA, 1995).

Não querer efetivar esse movimento de pesquisa é querer manter o pacto de mediocridade e, conseqüentemente, perpetuar a crise no ensino jurídico.

As atualizações serão possíveis com a adoção da *práxis* pedagógica reflexiva, e a utilização do ciclo da *práxis* pedagógica auxiliará nessa efetivação.

Referências

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *Habilidades: ensino jurídico e contemporaneidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- ALVES, Hegrisson. *Práxis Parapedagógica*. In: *Enciclopédia da Conscienciologia*. CEAEC: Foz do Iguaçu, 2013.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Ensino Jurídico e Sociedade*. São Paulo: Acadêmica, 1989.
- BECKER, Fernando. *Epistemologia do professor*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. *A reprodução*. Tradução Reynaldo Bairão. 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.
- DEWEY, John. *Experiência e educação*. Petrópolis: Vozes, 2010.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 36ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

GADOTTI, Moacir. *Pedagogia da práxis*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

NÓVOA, António (Org.). *Vidas de professores*. 2.ed. Porto: Porto Editora, 1995.

REDIN, Danilo R. Streck; ZITKOSKI, Jaime José. *Dicionário Paulo Freire*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

ROCHA, Adriana de Lacerda. *O professor reflexivo e o professor de Direito: uma pesquisa de caráter etnográfico*. Curitiba: Editora CRV, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

ROGERS, Carl; SCHÖN, Donald. *The reflective practitioner: how professionals think in action*. 10 ed. Reimp. Londres: Ashgate Publishing Ltda, 2007.

_____. *A pessoa como centro*. São Paulo: EPU, 1977.

WERNECK, Hamilton. *Se você finge que ensina, eu finjo que aprendo*. 24 ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

ZABALZA, Miguel A. *O ensino universitário: seu cenário e seus protagonistas*. Tradução Ernani Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2004.

CAPÍTULO IX



DIREITO E IMAGINÁRIO: AS CONTRIBUIÇÕES DA LITERATURA PARA A FORMAÇÃO DO JURISTA A PARTIR DA DESCONSTRUÇÃO DO IMAGINÁRIO SOCIAL

Amanda Muniz Oliveira¹

1 Introdução

O presente artigo tem por foco principal propor a desconstrução do “imaginário social” presente nas representações literárias, a partir do ensino, de forma a proporcionar uma formação crítica-reflexiva do jurista. Objetiva-se ainda destacar a importância do diálogo interdisciplinar entre Direito e Literatura para a ciência jurídica e identificar de que forma essa relação pode ser abordada, seja através de obras cujos enredos se passem em ambientes jurídicos, seja em romances fictícios fantásticos.

Inicialmente, cumpre destacar a importância da interdisciplinaridade para o Direito. A tentativa de esvair do estudo jurídico as matérias que não fossem estritamente dessa área culminou no chamado Positivismo Jurídico, para o qual se fazia necessário retirar da órbita do Direito quaisquer conceitos sociológicos, antropológicos e filosóficos, objetivando torná-lo uma ciência pura. Tal fato acabou por legitimar verdadeiras atrocidades, vez que, por mais esdrúxulas que as normas

¹ Amanda Muniz Oliveira é Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Pesquisadora Bolsista do Programa “Gestão em Ciência e Tecnologia”, desenvolvido pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) no Instituto Federal do Norte de Minas Gerais (IFNMG). E-mail: amandai040@gmail.com.

positivas se apresentassem, possuíam validade, devendo ser, portando, cumpridas.

O movimento pós-positivista contrapôs essas hipóteses, partindo do pressuposto de que, se uma norma fosse destituída de princípios valorativos (e, portando, de matérias pertinentes às ciências sociais e filosóficas), ela poderia ser considerada injusta, não devendo, portanto, ser aplicada.

Ocorre que o Direito não pode ser vislumbrado como mera ciência normativa, tal como imaginado pelo movimento positivista, pois isso dependerá da realidade político-social na qual estiver inserido. Para que as normas tenham condições de subsistência em face da realidade, é preciso empreender uma análise de todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, cuja atuação afigura-se determinante no funcionamento da vida do Estado. Por isso, o Direito depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia.

Destarte, infere-se que o auxílio de disciplinas diversas é necessário não apenas para o estudo do Direito, mas também para a aplicação da norma ao caso concreto. Com a literatura, não seria diferente. Essa rica área do conhecimento pode contribuir de forma significativa para o estudo da dessa disciplina, seja através da teoria literária, seja através da análise das representações sociais, reflexos de um imaginário social, conforme será demonstrado.

2 Direito e Literatura: perspectivas e possibilidades

Segundo Godoy (2007), a relação entre Direito e Literatura foi tema constante na tradição do ocidente em tempos passados,

vez que o homem das leis também era o homem das letras. A utilização de metáforas para se explicar uma regra de conduta, fosse moral ou jurídica, era uma prática usual, como relembra Ward (2008), referindo-se a Aristóteles e a sua metáfora do justo-meio², ainda utilizada no meio jurídico, bem como o uso de alegorias, fábulas e contos fantásticos em textos de diversas religiões.

A busca por um Direito mais racional é apontada como causa da cisão entre essas áreas do conhecimento humano, pois, de acordo com Godoy (2007), a Literatura foi transferida ao estético puramente artístico, enquanto o Direito foi reservado ao formalismo técnico. Conforme explica Siqueira (2011), com o advento do Positivismo Jurídico³ procurou-se esvair do Direito as matérias que não fossem estritamente jurídicas, inclusive as questões relativas à literatura, metáfora e parábolas. Assim, a reaproximação do Direito e da Literatura apenas tornou-se possível com o surgimento do pós-positivismo⁴, sendo tal reaproximação marcada notadamente pela emergência do movimento americano conhecido como *Law and Literature*, o

² “Aristóteles, ao reportar-se ao ideal do justo meio, enfatiza a moderação como virtude capaz de entrelaçar prudência e o discernimento na ação: a medida exata entre dois extremos. O ser virtuoso adquire, ao agir, a propensão do caráter educado para a moderação.” (BOTO, 2001, p. 127).

³ Galuppo (2002, p. 02) afirma que positivismo jurídico consiste “[...] numa epistemologia e numa ideologia de leitura do direito positivo, essencialmente metafísica, que crê, de uma forma um tanto quanto contraditória com a ideia de mudança inerente ao fenômeno da positivação, na autoexistência do objeto criado pelo homem, notadamente da lei, razão pela qual o Positivismo pretende converter o conhecimento jurídico em ciência”.

⁴ “O Pós-Positivismo pressupõe que, apenas com a atividade do legislador, o sentido das normas jurídicas é incompleto: o aplicador deve realizar um juízo de adequabilidade da norma ao caso concreto, verificando se as condições de aplicação de uma determinada norma se dão no caso concreto. Em poucas palavras, o Pós-Positivismo recusa ao Direito o estatuto de uma ciência. Nosso saber não é científico. Não precisa sê-lo. Sobretudo não pode sê-lo, se estiver a serviço da emancipação.” (GALUPPO, 2002, p. 07).

qual ganhou notória repercussão após a publicação do livro *The legal imagination*, de James Boyd White.

Na referida obra, White (1980), defende que tanto os textos jurídicos quanto os literários são fundamentados pelas identidades de seus personagens e pelos significados de seus conceitos. Assim, a literatura seria capaz de possibilitar ao jurista uma nova abordagem da ordem legal estabelecida, bem como uma nova visão a respeito do ordenamento jurídico vigente.

Importante destacar que o movimento *Law and Literature* apresenta diversas propostas de estudos cruzados entre essas áreas do conhecimento⁵, dentre as quais o estudo do Direito na literatura, que resgata e renova a utilização da literatura como ferramenta analítica do Direito. Segundo Olivo (2012, p. 14),

A vertente do Direito na Literatura estuda as formas sob as quais o Direito é representado na Literatura. Não se trata somente de procurar representações jurídicas nos textos literários, mas, sobretudo, utiliza-se das múltiplas perspectivas que a literatura é capaz de oferecer, para fazer desse material uma possibilidade de multiplicar as possibilidades de se pensar, interpretar, criticar e debater o Direito.

Ocorre que as obras literárias estão carregadas de valores, significados e sentidos, sendo diretamente influenciadas pelo contexto histórico-social em que foram escritas. As relações sociais são abarcadas pela literatura e ali retratadas, transmitindo emoções, sentimentos, críticas e mesmo reflexões sobre temas diversos. Sendo o Direito um fenômeno essencialmente social, é possível encontrar em textos fictícios a interpretação do autor sobre os fenômenos jurídicos ocorridos ao seu redor.

⁵ Segundo Siqueira (2011), diversos foram os estudos acerca da interseção entre Direito e Literatura: o Direito como Literatura, a Literatura como instrumento de mudança do Direito, hermenêutica, direito da literatura, direito e narrativa e muitos outros.

Assim, compreende-se a obra literária como verdadeira testemunha da realidade social na qual está inserida a realidade jurídica. Nesse sentido, Rorty (1991) afirma que, para compreender os problemas que permeiam o século XX, faz-se necessária não apenas a leitura de obras filosóficas e sociológicas, mas também a leitura de obras literárias, já que os mais diversificados gêneros literários atentam-se a demonstrar um retrato social pautado no particular e no específico, permitindo uma abordagem não normativa do direito. Nesse mesmo sentido, West (1993) acredita que as obras literárias devem ser exploradas no intuito de realizar uma crítica ao poder e às instituições políticas, sustentadas pelo Direito. O que se busca, portanto, é utilizar a literatura como instrumento de análise, visando desenvolver nos estudantes de direito a capacidade de enfrentar temas complexos, relativos não só ao Direito, mas também à condição humana.

Dessa forma, pode-se afirmar que as mais diversas obras literárias são permeadas de representações sociais. Estas podem ser compreendidas como a manifestação de um “imaginário social”, capaz de influenciar a (e ser influenciado pela) forma por meio da qual a sociedade enxerga diversos temas. Assim, o conceito de “imaginário social” será abordado para, posteriormente, verificar-se as possíveis contribuições que esse imaginário, presente nas narrativas literárias, pode oferecer ao ensino do direito.

3 Imaginário social

Antes de se falar em “imaginário social”, faz-se necessária breve abordagem sobre representações sociais, já que, segundo Baczko (1991), ambos tratam-se de conceitos intimamente relacionados. Conforme Pesavento (1995), as representações são traduções mentais de uma realidade exterior percebida,

conectadas ao processo de abstração. Bordieu (1982) salienta que essas representações envolvem atos de apreciação, conhecimento e reconhecimento, podendo ser identificadas como uma área na qual os indivíduos investem interesse e cultura. Nesse sentido, Pesavento (1995, p.15) complementa:

No domínio das representações, as coisas ditas, pensadas e expressas têm um outro sentido além daquele manifesto. [...] Portanto, envolve a relação que se estabelece entre significantes (imagens, palavras) com seus significados (representações, significações), processo que envolve uma dimensão simbólica. Nesta articulação feita, a sociedade constrói a sua ordem simbólica, que, se por um lado não é o que se convencionou chamar de real (mas sim uma sua representação), por outro lado é também uma outra forma de existência da realidade histórica [...].

Assim, é preciso ter em mente que as representações sociais são discursos (imagens, textos) que encerram em si um significado que vai além do explícito, fazendo velada remissão a outro discurso, sendo necessário um observador atento para compreendê-las. Esse “outro discurso”, ao qual se remete a representação, é uma determinada mentalidade social, criada e criadora do que se entende por imaginário social. Para Pesavento (1995, p.24), o imaginário é uma

[...] representação, evocação, simulação, sentido e significado, jogo de espelhos onde o “verdadeiro” e o aparente se mesclam, estranha composição onde a metade visível evoca qualquer coisa ausente e difícil de perceber. Persegui-lo como objeto de estudo é desvendar um segredo, é buscar um significado oculto, encontrar a chave para desfazer a representação do ser e parecer.

Assim, pode-se compreender o imaginário como um pensamento social coletivo, que se manifesta por meio dos mais diversos tipos de discursos, textuais e imagéticos, definidores da

realidade. Todavia, trata-se de um pensamento oculto, velado, que só pode ser evocado pela imagem e pelo discurso, já que envolve uma significação que foge ao aparente.

Castoriadis (1982) identifica dois tipos complementares de imaginário: o imaginário radical, que se relaciona à capacidade criadora do ser humano, responsável por tornar algo uma coisa que ele jamais foi; e o imaginário efetivo, produto do radical, compreendido como o magma de significações efetivamente utilizadas por uma sociedade. Dessa forma, infere-se que o imaginário é criado (imaginário radical) e frequentemente utilizado (imaginário efetivo), até o ponto em que se torna um verdadeiro dogma, aceito acriticamente e capaz de originar estereótipos. Ocorre que, segundo Córdova (1994, p. 29), em torno do imaginário efetivo “[...] cristalizam [-se] regras, ritos, atos e símbolos, que podem vir a ter o seu sentido [...] cada vez mais obliterado, perdido no tempo”.

Compreende-se assim que o imaginário possui um caráter criador (radical) e um caráter mantenedor (efetivo). Observe-se, pois, que se trata de uma dicotomia entre mudança e permanência, posto que é difícil estabelecer exatamente como e quando um imaginário se forma e se cristaliza. Baczko (1985) procura resolver essa ambivalência ao propor o que chama de “tempo quente”: um tempo propício à criação de novos imaginários, seria o tempo de revoluções, conflitos sociais e comoção de estruturas.

Todavia, é preciso ter em mente, conforme salienta Córdova (1994), que a emergência de um novo imaginário não implica renovação absoluta ou mesmo destruição completa do imaginário anterior; o novo imaginário necessita sustentar-se sob as ruínas do antigo para que, mesmo com uma nova aparência, não perca seu completo significado perante a sociedade. É que,

segundo Baczko (1991), faz-se necessária uma “identidade de imaginação”, ou seja, o novo imaginário deve fazer sentido para um determinado grupo social, sob pena de ser rejeitado.

Compreendida as relações entre representações sociais e imaginário, resta relacionar esses conceitos à obra literária. Ocorre que a Literatura, chamada por Wigmore (*apud* Godoy, 2007) de “catálogo de caracteres humanos”, oferece uma visão das mais diversas situações, abrangendo diferentes etnias e classes sociais. Dito de outra forma por Pesavento (2006), “A literatura é, no caso, um discurso privilegiado de acesso ao imaginário das diferentes épocas”.

A obra literária contém diversas representações sociais, que remetem a diversos tipos de imaginário social, podendo ser vista, assim, como um veículo de acesso aos imaginários vigentes. Conforme Pesavento (2006),

A sintonia fina de uma época, fornecendo uma leitura do presente da escrita, pode ser encontrada em um Balzac ou em um Machado, sem que nos preocupemos com o fato de Capitu, ou do Tio Goriot e de Eugène de Rastignac, terem existido ou não. Existiram enquanto possibilidades, como perfis que retraçam sensibilidades. Foram reais na “verdade do simbólico” que expressam, não no acontecer da vida. São dotados de realidade porque encarnam defeitos e virtudes dos humanos, porque nos falam do absurdo da existência, das misérias e das conquistas gratificantes da vida. Porque falam das coisas para além da moral e das normas, para além do confessável, por exemplo.

Observa-se que, mesmo dotada de um caráter fictício, inventado e imaginado, a Literatura evoca representações do real, possibilitando um acesso ao imaginário vigente. Isso porque as obras literárias abordam temas concernentes à condição humana, como um todo, enfrentando temas de interesse social, político e, porque não, jurídico. Como afirmam Leenhardt e Pesavento (1998), as narrativas literárias e históricas são modos

de percepção e leitura do real, capazes de expressar um jogo de forças sociais do poder, tendo estas narrativas igualmente por efeito, socializar os indivíduos, criando condições simbólicas de coesão social.

Ademais, pode-se dizer que a literatura, como campo do imaginário, abriga a preocupação da verossimilhança e da plausibilidade. Isso porque, mesmo quando a literatura faz remissão a fantasias, ela não se desliga integralmente de temas sociais, políticos, jurídicos, dentre diversos outros, constantes no cotidiano humano não literário. Dessa forma, Pesavento (1995, p.22) afirma que

Mesmo o fantástico e o extraordinário manejam com dados reais, transformados e adaptados em combinações várias. A própria potência criadora do imaginário não é concebida num vazio de ideias, coisas ou sensações. Por outro lado, além de seu fio-terra que o liga à realidade, o imaginário comporta um elemento utópico. O imaginário social não se resume às idéias-imagens utópicas, mas elas lhe dão um suporte poderoso, como forma específica de ordenação de sonhos e desejos coletivos.

Assim, compreende-se que o imaginário partilha tanto do real quanto do utópico, representando como as coisas são e, ao mesmo tempo, como deveriam ser. Como exemplo de representação do real, pode-se citar os imaginários relativos ao ciúme, à ganância humana, à traição, aos golpes políticos e mesmo à burocracia absurda típica das lidas jurídicas; e como representação do utópico, podem ser citados os imaginários concernentes aos melodramas, às salvações e resgates miraculosos, ao encontro do amor verdadeiro, enfim, ao final feliz.

Feitas essas considerações sobre representações, imaginários e suas relações com a literatura, será demonstrado de que forma essas relações podem auxiliar na formação crítica do jurista.

4 As contribuições da Literatura para a formação do jurista a partir da desconstrução do imaginário social

Visto que o imaginário e as representações sociais também se manifestam na literatura, entende-se que Siqueira (2011) está correta ao afirmar que o estudo da literatura torna o indivíduo mais apto a lidar com sua própria realidade, vez que instiga um senso de alteridade e sensibilidade, e porque não, o despertar de uma visão crítica sobre o mundo que o cerca.

Nesse diapasão, compreende-se o imaginário presente na literatura como reflexo e como criador/modificador da realidade social na qual está inserida a realidade jurídica. Os mais diversificados gêneros literários atentam-se a representações pautadas no particular e no específico, que, se transportadas ao mundo jurídico, permitem uma abordagem não normativa do direito. De acordo com Siqueira (2011, p.49),

A característica de denúncia da literatura tem poder de atuar, portanto, como força recriadora de mudanças sociais e jurídicas, sendo capaz de contribuir diretamente à formulação e à elucidação das principais questões relativas à justiça, à lei e ao poder.

Essa possibilidade de transformação social a partir da literatura, ou melhor, a partir do imaginário social presente na literatura, por meio de representações, é abordado por Córdova (1994) ao escrever sobre as possíveis relações entre imaginário e ensino. Segundo ele, o imaginário institui-se de forma tal, baseando-se em antigas tradições e costumes herdados de tempos imemoráveis, que acaba por se tornar um dogma. A reprodução crua desse imaginário que, em um primeiro momento, nega qualquer mudança (pois oriundo de costumes naturalizados), acarreta alienação: torna os indivíduos incapazes

de se questionarem a respeito das origens e razões desses imaginários dogmáticos, posto que são vistos como naturais e não construídos.

Ao citar Castoriadis (1982), Córdova (1994) afirma que apenas reconhecendo o caráter instituído da própria sociedade é que os indivíduos são capazes de perceber que os imaginários são construídos e, portanto, questionáveis. E, para reconhecer tal caráter, o autor propõe a utilização do ensino. A educação emerge, assim, como forma de desalienação, de alteração. Entendendo a educação como uma formação completa do indivíduo, de forma que ele se torne um ser autônomo e reflexivo, Córdova (1994, p. 41) afirma:

Faz-se necessário o trabalho de ligação a ser realizado pela pedagogia, sendo paidéia o processo de formação de sujeitos e de coletividade reflexivos. Como isso se faz possível? Tal como no caso da relação entre inconsciente e consciente no plano individual, é impossível viver sem instituições, ou fora de instituições no plano coletivo. As instituições são inerentes à vida coletiva, a sociedade é como instituição ou não é nada. Entretanto, é possível ter com a instituição uma relação diferente. E essa relação pode se tornar diferente quando a lei suprema, identitariamente formulada como “Não discutirás a lei” é substituída, reflexivamente, deliberadamente, explicitamente, por outra: “Obedecerás a lei – mas podes discuti-la”, ou ainda “Podes levantar a questão da justiça da lei – ou de sua conveniência”. A antipedagogia [...] se manifesta na redução do pensamento à impotência, mutilando a imaginação [...], impedindo ou dificultando a capacidade reflexiva própria. Por essa razão, adverte Castoriadis, é de importância capital uma educação não mutilante, não domesticadora, uma educação que seja uma autêntica paidéia.

Observa-se, assim, que a educação exerce papel primordial na desconstrução de imaginários dogmáticos, aceitos acriticamente. Todavia, Córdova (1994) salienta que apenas uma educação não mutilante e não domesticadora é capaz de cumprir com esse objetivo e, infelizmente, uma educação nesses

moldes parece ser algo imaginário (fantasioso), sobretudo nos cursos jurídicos.

Segundo Rodrigues (2000), o ensino jurídico atual é caracterizado como tradicional e conservador. Trata-se de um ensino dogmático, legalista, redutor: aprende-se a lei, decoram-se os códigos. Tal fato é explicado a partir da grande influência que o positivismo jurídico tem exercido sobre o Direito brasileiro, o que contribui, conforme Fagundez (2005), para um Direito redutor de complexidade. Existem as leis; existem os fatos; os fatos são pensados nos liames legais e não além. Esse pensamento influencia diretamente o ensino jurídico, posto que, se o Direito é visto como um conjunto (de leis) a ser aplicado, ele assim será ensinado.

O ensino do Direito conservador e tradicionalista afasta-se, assim, do proposto por Córdova (1994). Para Rodrigues (2000), o ensino restrito da análise normativa afasta-se de questionamentos mais abrangentes, como o da eficácia jurídica e o da própria legitimidade do Direito. Assim, preocupa-se mais com a atividade prática, de aplicação da norma ao caso concreto, do que com a atividade teórica, do como e por que fazer. Isso permite a formação de juristas completamente despreparados para enfrentar a realidade em toda sua plenitude, já que, conforme Fagundez (2005), a complexa realidade social não é autorizada a adentrar aos autos e, para o jurista, o que não está nos autos não está no mundo.

Se o jurista é treinado para não questionar dogmas, certamente não questionará imaginários e os aceitará sem reflexão. Os diversos imaginários sociais, que beiram ao senso comum, como, por exemplo, os relativos à ideia de “mulher honesta”, “cidadão de bem” ou “juiz Deus do Olimpo”, tendem a ser não só aceitos, como repassados e cristalizados.

No intuito de amenizar esse processo de irreflexão do mundo, evoca-se assim a literatura, na qual se encontram presentes os mais diversos tipos de imaginários e suas várias representações. Dessa forma, pode-se utilizar a literatura para desmascarar um imaginário vigente, contribuindo, assim, para a formação de juristas mais preparados para atender as demandas sociais.

Importante ressaltar, todavia, que o potencial pedagógico não encontra termo na simples instrumentalidade das narrativas literárias para o direito. A simples apresentação de uma narrativa em nada contribui para uma formação crítica do jurista. Faz-se necessário mais. Saliba (2007), ao escrever sobre a importância do professor em desmistificar imagens estereotipadas, sugere que essas imagens sejam utilizadas nas salas de aula não para ratificação, mas para retificação.

A proposta do referido autor é procurar mostrar como determinados estereótipos são criados e, mais importante, por que são criados. Trazendo essa proposta para os estudos de Direito e Literatura, poderiam ser identificadas nos livros algumas representações estereotipadas, frutos de um imaginário social vigente, e desconstruí-las a partir de questões do como e do por que. Assim, personagens como “mulheres desonestas” “vítimas de violência”, “bandidos maus e vivos” e “juízes sagrados”, figuras extremamente estereotipadas, poderiam ser estudadas a partir das seguintes questões: a) Como o personagem x é representado?; b) Por que, ele é representado assim?

E é nesse mesmo sentido que se propõe utilizar o imaginário presente na literatura como ferramenta de ensino jurídico, levando em consideração que o estereótipo é um tipo de representação, base de um imaginário, que também (mas não apenas) é reflexo de uma realidade. Poderiam ser evocadas a

sensibilidade e a alteridade do ser, por meio da literatura, para que se refletisse sobre o papel do jurista e mesmo sobre o papel do Direito. O mesmo exemplo é válido para personagens que se relacionam de forma mais indireta com o mundo jurídico: mulheres, homoafetivos, criminosos, árabes etc.; todas essas representações estereotipadas, oriundas do imaginário social, poderiam ser desconstruídas.

Dessa forma, haveria grande contribuição para a formação de juristas dotados de um menor número de conceitos dogmáticos e absolutos enraizados, mais abertos ao diálogo, capazes de vislumbrar o outro e, assim, atuar como verdadeiro agente de justiça social. É essa a grande lição que se pode aprender com a desmistificação das certezas e com o estudo do imaginário. Reconhecendo o caráter instituído da realidade e descobrindo que os dogmas são passíveis de questionamento e desconstrução, o jurista poderia, enfim, compreender que, entre a culpa e a inocência, existem mais particularidades do que sonha sua vã consciência.

5 Considerações finais

A tentativa de esvaír do Direito as matérias que não fossem estritamente jurídicas culminou no chamado Positivismo Jurídico, que defendia a purificação da norma através da exclusão de quaisquer conceitos oriundos das demais áreas do conhecimento. Tal método mostrou-se falho, vez que não respeitava as particularidades de cada caso concreto, fazendo com que, não raras vezes, normas injustas fossem impostas aos cidadãos.

Contra esse movimento, insurgiu-se o pós-positivismo, defendendo a necessidade de interdisciplinaridade para aplicação de uma norma justa, que atendesse aos interesses populares.

Muito se fala da Filosofia, Sociologia e mesmo Antropologia em âmbito jurídico, mas pouco se fala da Literatura – disciplina apta a despertar o a sensibilidade e o senso crítico do jurista.

O direito na literatura investiga as questões jurídicas que permeiam as narrativas literárias. Fruto da ação humana, a atividade literária encerra em representações sociais, reflexos de um imaginário social vigente que, assim, terão um impacto sobre a realidade e, independentemente de sua magnitude, poderão ser abordadas pelo Direito.

Nesse diapasão, compreende-se a obra literária como verdadeira testemunha da realidade social na qual está inserida a realidade jurídica. Nos mais diversos gêneros literários, podem ser encontradas representações sociais que fazem remissão a diversos assuntos, inclusive jurídicos, permitindo uma abordagem não normativa do direito.

No que se refere à desconstrução do imaginário a partir da educação, observou-se que os diversos estereótipos sociais, reforçados e criados pelas representações e imaginários, podem ser duplamente questionados (como e por que foram construídos) de forma a auxiliar na formação crítica do jurista. A ficção encerra em si diversos tipos de imaginários, e analisá-los criticamente permite grandes possibilidades de explorações aos estudiosos nessa área, no sentido de formar indivíduos mais críticos.

Referências

BACZKO, Bronislaw. Imaginação social. In: *Enciclopédia Einaudi*. Lisboa: Antropos, 1985.

_____. *Los imaginários sociales: memorias y esperanzas coletivas*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1991.

BORDIEU, Pierre. *Ce Que Parler Veut Dire*. Paris, Fayard, 1982.

BOTO, Carlota. *Ética e educação clássica: virtude e felicidade no justo meio*. Educação e Sociedade, Campinas, v. 22, 2001.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1982.

CÓRDOVA, Rogério de Andrade. Imaginário Social e educação: criação e autonomia. *Em aberto*. Brasília, ano 14, n. 61, p. 24-59, 1994.

FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O novo (em) Direito*. Brasília/ Florianópolis: Editora da OAB e da OAB/SC, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. *A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo*. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e literatura - Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1438, 9 jun. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9995>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

LEENHARDT, Jacques; PESAVENTO, Sandra Jatahy (Org.). *Discurso histórico e Narrativa literária*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1998.

OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. Panorama da pesquisa em Direito e Literatura. In: Luis Carlos Cancellier de Olivo (Org.). *Novas contribuições à pesquisa em direito e literatura*. v. 6. Florianópolis: Editora da UFSC – Editora da Funjab, 2012.

PESAVENTO, Sandra Jatahy. Em busca de uma outra história: imaginando o imaginário. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 15, n. 29, p. 9-27, 1995.

_____. História e Literatura: uma velha-nova história. *Revista nuevo mundo – mundos nuevos*. Não paginado. 2006. Disponível em: <<http://nuevomundo.revues.org/document1560.html>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O ensino do direito, os sonhos e as utopias. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

RORTY, R. *Objectivity, Relativism and Truth: Philosophical Papers* Volume I. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

SALIBA, Elias Tomé. As imagens canônicas e o ensino de história. In: CAPELATO, Maria Helena *et al* (Org.). *História e cinema: dimensões históricas do audiovisual*. São Paulo: Alameda Editorial, 2007.

SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. *Notas sobre Direito e Literatura: o absurdo do Direito em Albert Camus*. Florianópolis: Ed. da UFSC/Fundação Boiteux, 2011.

WARD, Ian. *Law and Literature: possibilities and perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

WEST, Robin. *Narrative, Authority, and Law*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1993.

WHITE, James Boyd. *The Legal Imagination: abridged edition*. Chicago: The University of Chicago Press, 1980.

CAPÍTULO X

O RACIONALISMO ABERTO DE BACHELARD: PROPOSIÇÕES À BUSCA PELO CONHECIMENTO PARA ALÉM DE PRÁTICAS PRAGMÁTICAS INGÊNUAS

Andréa de Almeida Leite Marocco¹

1 Introdução

Em pleno século XXI, ante as mudanças decorrentes de tempos fluidos, a busca pelo conhecimento tem sido pauta de muitos debates no meio acadêmico, surgindo a necessidade de se pensarem novos meios de aquisição do saber, para além das atitudes dogmáticas e sem consonância com a realidade.

Entretanto, pensar a realidade remete à compreensão de teorias, que possam embasar a busca efetiva pelo conhecimento, a fim de desenvolver competências que possam atender à formação jurídica efetiva e qualitativa, tais como, com base na pedagogia de Bachelard, compreender o racionalismo setorial e aberto.

Este trabalho tem por objeto específico, assim, compreender a concepção de racionalismo e a evolução da

¹ Andréa de Almeida Leite Marocco é Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito pela UFSC. Especialista em Direito Público e em Metodologia do Ensino de Línguas (Inglês, Portuguesa e Espanhola). Pós-graduanda (*lato sensu*) em Docência no Ensino Superior na Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECO). Graduada em Direito e em Letras Português/Inglês pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Professora Titular da UNOCHAPECO. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1921959878876556>. E-mail: andream@unochapeco.edu.br.

epistemologia, a fim de verificar caminhos ao rompimento com o conhecimento meramente intuitivo.

Faz-se uma breve contextualização acerca da vida e obra de Bachelard, compreendendo nuances do seu universo pessoal e suas influências à produção acadêmica. Por conseguinte, explana-se acerca de o racionalismo e a ciência do direito, discorrendo sobre os perfis epistemológicos e os obstáculos epistemológicos ao conhecimento, refletindo também sobre a possibilidade de, a partir do pensamento Bachelardiano de produção do conhecimento de corte racional, promover o conhecimento com base em um espírito crítico e transformador.

2 A epistemologia de Bachelard à superação do conhecimento intuitivo

As teorias do conhecimento surgem no final do Renascimento, em um contexto de rupturas, imbuído de desejos e buscas por realizações, em que “[...] as capacidades humanas de conhecer adquirem um relevo particular e reclamam uma reflexão específica.” (BESNIER, 1996, p. 15).

A epistemologia, do grego “ἐπιστήμη”, *episteme*, outro nome dado às teorias do conhecimento, apresenta-se, no atual cenário, como um “[...] ramo da filosofia que se ocupa dos problemas que se relacionam com o conhecimento humano, refletindo sobre a natureza e a validade.” (DICIONÁRIO ..., 2014). No Século XXI, a busca pela verdade evidencia-se como elemento que fundamenta a epistemologia e, rompendo com a teoria do saber clássica, “o infinito desenha o horizonte do saber, mas ele é localizado nas criaturas e já não para lá do conhecimento.” (BESNIER, 1996, p. 18).

3 Bachelard: trevas e luz

Renomado professor da Universidade Soorbonne, de Paris, Gaston Bachelard faleceu em 16 de outubro de 1962, aos 78 anos de idade. Considerado mundialmente um grande pensador do Século XXI, deixou vasta obra filosófica e poética, trilhando ecleticamente, nesses dois caminhos, numa notória e proposital postura antitética, entre a razão e o devaneio (BACHELARD, 1978).

Lopes (1996, p. 3) afirma que Bachelard

Vivenciou assim a ruptura entre o século XIX e o século XX, entre o campo e a cidade, o contato com os elementos básicos que inspiram os devaneios – a água, o ar, o fogo e a terra – expressos em seus trabalhos no campo da Poética, e a vivência junto às ciências, expressa em sua obra Epistemológica.

Também conhecido como o poeta da desilusão, esse autor imprime em sua epistemologia o caráter crítico que buscou demonstrar durante toda a sua vida, denotando-se, nesse caso, contrário às epistemologias clássicas, em especial à metafísica tradicional², especialmente a cartesiana, bem como ao empirismo e suas nocivas influências quanto à evolução da teoria do conhecimento (BACHELARD, 1978).

A epistemologia bachelardiana, efêmera, pautada na psicanálise, na fenomenologia, na dialética, no materialismo, enfoca uma nova concepção de racionalismo, contrária aos sistemas fechados e, por isso, denominada pelo autor de racionalismo setorial ou aberto (BACHELARD, 1978).

Esse racionalismo aberto, proposto por Bachelard (1978) sugere a adoção de uma filosofia científica sem ideias

² Explicação da metafísica e seus autores.

preconcebidas, da qual surge uma linguagem flexível, a qual respeita a ambiguidade vislumbrada entre o realismo e o racionalismo, que traduz “[...] o pensamento contemporâneo e sua versatilidade e mobilidade.” (BACHELARD, 1978, p. 92).

Bachelard (1971) traz ao contexto acadêmico, uma teoria imbuída na aplicação do racionalismo científico, a qual conquista valores objetivos. Nesse caso, ele se refere a um racionalismo “concreto, solidário, com as experiências sempre particulares e precisas.” (Bachelard, 1977, p. 10). Trata-se de um racionalismo aberto a novas experiências, em que “[...] se intercambiam os valores do racionalismo e do experimentalismo.” (BACHELARD, 1977, p. 10).

Nesse sentido, assevera:

Seja qual for o ponto de partida da atividade científica, essa atividade não pode convencer plenamente, a não ser abandonando o terreno de base: *se experimenta, precisa raciocinar; se raciona, precisa experimentar*. Toda aplicação é transcendência. (BACHELARD, 1978, p. 92, grifo do autor).

Essa visão encorajadora demonstra a importância de, na busca pelo conhecimento, não excluir teorias, tampouco se desencorajar no erro, visto que, com esse olhar amplo, dialético, realismo e racionalismo unem-se à construção de uma prova científica, pois teoria e experiência estão singularmente relacionadas, bem como, sozinhas, não são suficientes a dar segurança ao método escolhido e, caso o método não renove o seu objeto de estudo, estará fadado a não ter êxito (BACHELARD, 1978). Importante citar:

É portanto, na encruzilhada dos caminhos que o epistemólogo deve colocar-se: entre o realismo e o racionalismo. É aí que ele pode apreender o novo dinamismo das filosofias contrárias, o duplo movimento pelo qual a ciência simplifica o real e complica a razão. Fica então mais curto o caminho que vai da realidade explicada ao

pensamento aplicado. É nesse curto trajeto que se deve desenvolver toda a pedagogia da prova, pedagogia que é, [...] a única psicologia possível do espírito científico. (BACHELARD, 1978, p. 95).

Bachelard (1971), na construção de seu pensamento, interpõe uma crítica ao empirismo, em que a ciência é tida como mera aventura, desacreditada, ingênua, em que cada ser encontra em seus existencialismos o laboratório onde se desenvolveria o saber, e, nesse caso, os muitos saberes. Porém, de acordo com esse filósofo, a ciência não se define por tão baixo preço, com tanta facilidade, demandando uma contínua promoção da existência (BACHELARD, 1971).

Em outras palavras, parece que a existência da ciência define-se como

um progresso do saber, que o nada simboliza juntamente com a ignorância. Em suma, a ciência é uma das testemunhas mais irrefutáveis da existência essencialmente progressiva do ser pensante. O ser pensante pensa um pensamento cognoscente. Não pensa uma existência. (BACHELARD, 1971, p. 22-23)

Salienta-se que Bachelard (1978) caracteriza o perfil epistemológico como a medição da ação psicológica exercida pelas várias filosofias epistemológicas, sempre analisadas a partir de um conceito, para um único espírito em sua determinada cultura. Esses perfis epistemológicos devem ser compreendidos em sua integralidade, a fim de que, somente assim, possa-se estudar a efetividade das filosofias, haja vista que uma única filosofia não é suficiente a um conhecimento preciso, completo (BACHELARD, 1978).

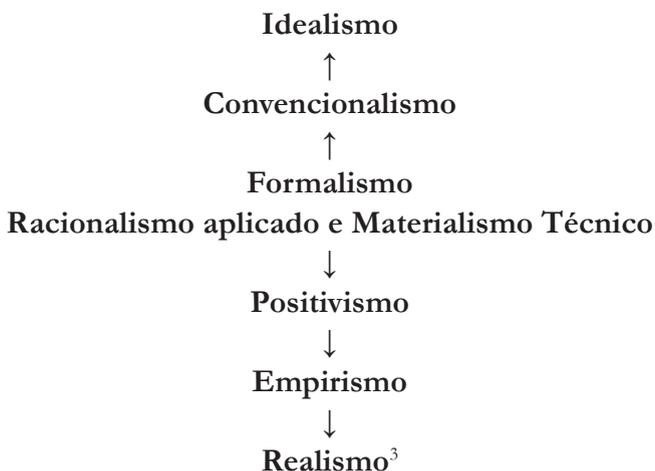
Segundo Bachelard,

[...] uma filosofia das ciências, mesmo se se limite ao exame de uma ciência em particular, é necessariamente uma ciência dispersa. Tem

no momento uma coesão, a da sua dialética, a do seu progresso. Todo progresso de uma filosofia das ciências se faz no sentido de um racionalismo crescente, eliminando, a propósito de todas as noções, o realismo inicial. [...] Poderíamos relacionar as duas noções de obstáculo epistemológico e de perfil epistemológico porque um perfil epistemológico guarda a marca dos obstáculos que uma cultura teve que superar [...] (BACHELARD, 1978, p. 30).

A obra Bachelardiana expressa os perfis epistemológicos em direção a um racionalismo dialético, iniciando-se por um processo de dialetização, incerto, delicado, entretanto, instigador do espírito humano, da pluralidade epistemológica (BACHELARD, 1978).

Nesse contexto, observa-se que Bachelard (1977) acredita que a totalidade das filosofias do conhecimento científico é organizada a partir do racionalismo, aplicado ao pensamento científico, conforme se vê:



³ Massoni (2005, p. 96) resume um exemplo dado por Bachelard (1971) que enfatiza o que se expõe e comenta acerca desse quadro: “Fazemos aqui um breve resumo dos níveis de evolução que o conceito de massa atravessa, na ótica de Bachelard: 1º nível – é o conceito animista de massa (conceitua o grande) – realismo ingênuo; 2º nível – massa como quantidade de matéria (caracteriza um objeto), conceito ligado à experiência simples da utilização

Assim, percebe-se que há referência a duas perspectivas de pensamento: o formalismo e o convencionalismo. Esses, partindo do racionalismo, indicam o idealismo denominado como ingênuo. O formalismo, que recebe os resultados do pensamento racional, não é a fonte absoluta desse mesmo pensamento, que se sujeita ao ser pensante, decorrendo assim, o idealismo, que, por sua vez, desempenhou papel importante na epistemologia do século XIX, porém não se coaduna com o pensamento científico moderno, visto que, não admite a “[...] morosa disciplina que formasse o espírito científico pelas lições da experiência objetiva.” (BACHELARD, 1977, p. 12).

Por decorrente, da efemeridade do idealismo, depara-se com uma estagnação constante do pensamento científico que leva ao Realismo ingênuo. Para tal, perpassa-se pelo positivismo, que se apresenta pragmático, que não proporciona a possibilidade de aprofundar os conhecimentos, que dispõem de terreno infértil à crítica, às discussões, aos debates que, a partir da análise das experiências, podem de fato trazer o saber consistente. Não é que se descarte o empirismo, mas o que se percebe é que o empirismo puro não pode ser base sólida para o conhecimento científico moderno, eis que limitado aos sentidos humanos, frágeis e passíveis de contestações, eis que envolto em subjetividades (BACHELARD, 1977).

da balança – empirismo; 3º nível – ($m=F/a$) correlaciona massa, força e aceleração implicando um afastamento em relação ao realismo, ou seja, o conceito de massa se torna abstrato – racionalismo; 4º nível – massa, na relatividade, é tomada como uma função da velocidade. Nem mesmo a massa de repouso define as características de um objeto, pois, não existe repouso absoluto – massa absoluta não tem significado na relatividade – noção deixa de ser simples para ser complexa – racionalismo completo; 5º nível – é o racionalismo dialético de Dirac – a propagação do «parêntesis» num espaço de configuração leva à massa dialética: massa positiva (já concebida) e massa negativa (sem raiz na realidade comum). Esta questão polêmica não pode ser interpretada por nenhuma das filosofias anteriores, só pode ser concebida num racionalismo aberto, um verdadeiro ultrarracionalismo.”

Assim, descreve o racionalismo, paradoxalmente, nos seguintes termos:

[...] o racionalismo é uma filosofia que não tem começo; o racionalismo pertence à ordem do *recomeço*. [...] Ele é a consciência de uma ciência rectificadora, de uma ciência que te a marca da ação humana, da ação reflectida, industriosa, normalizante. O racionalismo só tem de considerar o universo como tema de progresso humano, em termos de *progresso do conhecimento*. (BACHELARD, 1971, p. 34, grifo do autor).

Denota-se também do pensamento desse autor a esperança de que o empirismo seja considerado subalterno ao racionalismo, uma vez que se refere à cultura geral apenas por aproximação, muitas vezes entregues à memória. Ele propõe uma segunda aproximação, a qual enseja uma consciência da perfeição do conhecimento científico, valorizando o saber. É nesse cenário que o racionalismo aplicado planta suas raízes. Eis que “o racionalismo realiza-se na libertação dos interesses imediatos; coloca-se no reino dos valores reflectidos, que podemos considerar como o reino da reflexão sobre os valores do conhecimento.” (BACHELARD, 1971, p. 36).

Para Bachelard (1978) está claro que não haja uma filosofia das ciências que permita a união do anterior com o posterior, do empírico com o racional, buscando uma visão dialética, que não promova a exclusão, mas a completude, que envolva as subjetividades e as objetividades.

De acordo com a proposta Bachelardiana,

[...] o empirismo precisa de ser compreendido; o racionalismo precisa de ser aplicado. Um empirismo sem leis claras, sem leis coordenadas, sem leis dedutivas não pode ser pensado, nem ensinado; um racionalismo sem provas palpáveis, sem aplicação à realidade imediata não pode convencer plenamente; O valor de uma lei empírica prova-se fazendo dela a base de um raciocínio. Legítima-se um raciocínio

fazendo dele a base de uma experiência. (BACHELARD, 1978, p. 4-5).

Assim, denota-se que o racionalismo aplicado caracteriza-se pela retomada dos ensinamentos a partir da realidade, sendo que a aplicação é prática dialógica que, quando mal aplicada, modifica-se, propiciando a superação de seus princípios, contrariando a ideia de que a realidade é uma imensidão de irracionalidade. O racionalismo instiga o pensamento dialético, que permite a evolução, a construção, a reconstrução, suprimindo o pensamento ingênuo, dando maior credibilidade aos fenômenos e evitando equívocos (BACHELARD, 1978).

4 Racionalismo aplicado à construção do conhecimento

Em tempos de grandes mudanças, percebe-se que o pensamento de Bachelard (1977) tem valor muito grande, pois coaduna com as visões modernas de ensinar, de aprender, de construir o saber.

Para ele, a melhor forma de aprender é ensinar e, assim, pode-se dizer que ele acredita que o aluno deva intercambiar lugares com o mestre. Nesse sentido, enfatiza a necessidade de uma postura docente que se sobreponha aos interesses pessoais, aberta a novos conceitos (BACHELARD, 1977).

Para o autor em questão, a razão, no caso do aprendizado, exercerá força contrária a si mesma. O pensamento científico permanecerá em forma de pedagogia, de modo constante, sob a qual incidirá o psicologismo, que será indispensável ao racionalismo docente. Assim, “[...] a racionalidade e a essência ajustam-se uma à outra através das oscilações onde intervêm as duas filosofias: racionalismo e essencialismo – os

dois progressos: da instituição das essências e da intuição das essências.” (BACHELARD, 1977, p. 24).

Para Bachelard (1977), a fecundidade no conhecimento encontra-se na pluralidade de noções científicas, sendo que compreender passa a ser uma necessidade do saber, em que

[...] o professor será aquele que faz *compreender* – e na cultura mais avançada em que o aluno já compreendeu – será ele quem fará *compreender melhor*. [Assim, dependerá do professor a verificação de que o conhecimento aconteceu, a aplicação da ideia, por meio de uma análise hipotético-construtiva e da] [...] constatação empírica dos casos simples, dos casos evidentes. (BACHELARD, 1977, p. 27, grifo do autor).

Nesse sentido, o professor não deve ser o incentivador das facilidades, mas o problematizador, que perturba o discente com seus ensinamentos, nega as aparências, e impõe um saber dialético. Para Bachelard (1977, p. 31-32),

Toda filosofia da cultura deve acolher a noção de níveis pedagógicos. Toda cultura é solidária com planos de estudos, com ciclo de estudos. A pessoa afeita à cultura científica é um eterno estudante. A escola é o modelo mais elevado de vida social. Continuar sendo estudante deve ser o voto secreto de todo professor. [...] A dialético do mestre e aluno invertem-se sempre. [...] Deus é um professor que gosta de pasmar seu aluno. Ele conserva um repertório de maravilhas para confundir o aluno presunçoso.

Ainda, Bachelard (1977, p. 32) também exprime a necessidade de que ocorra um engajamento científico e que este seja feito desconsiderando os valores primeiros, visto que, “[...] no trabalho científico, todo valor dado é valor transformado”. Nesses termos, ele acredita que a tarefa da cultura científica seja, também, a de “[...] *destemporalizar* o trabalho do pensamento para

o temporalizar de novo e obter as fulgurâncias da demonstração racional.” (BACHELARD, 1977, p. 35, grifo do autor).

Para Bachelard (1977), aprender com as rupturas, vivenciar os erros, as discontinuidades, promovendo a troca de papéis entre professor e aluno, instiga o conhecimento crítico, com bases sólidas, porém, não estáticas, visto que o conhecimento é algo em construção, é mudança constante, em que as teorias científicas transitam livremente entre si, numa visão plural, interdisciplinar, transfronteiriça, atemporal.

5 Os obstáculos epistemológicos – obstáculos pedagógicos

Para compreender o problema do conhecimento científico, há que se verificar a noção de obstáculos epistemológicos apresentados por Bachelard (1971), que caracteriza esses obstáculos como perturbações, das quais decorrem a inércia, a estagnação e, muitas vezes, até uma regressão.

Bachelard (1971) apresenta como primeiro obstáculo epistemológico a opinião. De acordo com ele, a ciência não admite a opinião, visto que ela não pensa, não traduz necessidades em conhecimento. Assim, pelo espírito científico, é necessário destruir as opiniões, sabendo, antes de tudo, formular problemas. “Para um espírito científico, todo conhecimento é uma resposta a uma questão. Se não houver questão, não pode haver conhecimento científico. Nada é natural. Nada é dado. Tudo é construído.” (BACHELARD, 1971, p. 166).

Para Bachelard (1971), admitir os obstáculos epistemológicos não é tarefa fácil, quer seja no campo do desenvolvimento histórico do pensamento, quer na prática

educativa, mas é tarefa necessária. Assim, ele distingue o trabalho do historiador das ciências do epistemólogo da seguinte maneira:

O historiador das ciências tem de tomar as ideias como factos. O epistemólogo tem de toma os factos coo ideias, inserindo-os num sistema de pensamento. Um facto mal interpretado continua a ser um facto para o historiador. Para o epistemólogo, constitui um *obstáculo*, um contrapensamento. (BACHELARD, 1971, p. 168, grifo do autor).

Na área educacional, por sua vez, surge o obstáculo pedagógico, também muitas vezes desprezado, sendo que é comum os docentes não compreenderem o porquê de os discentes não aprenderem, sendo poucos os professores que pesquisam a psicologia do erro, da ignorância, pecando por acreditarem que é sempre possível dar a mesma aula, que o aprendizado acontecerá pela repetição, ponto a ponto, do conteúdo exposto. Nesse sentido, é comum a desconsideração do conhecimento constituído, impondo-se ao aluno a aquisição de uma experiência, quando se deveria promover a mudança de uma cultura experimental, rompendo com o obstáculo dos acúmulos da vida cotidiana (BACHELARD, 1971).

Assim, segundo Bachelard (1971, p. 169),

Toda a cultura científica deve começar, como teremos a oportunidade de explicar longamente, por uma catarse intelectual e afectiva. Restamos depois, a tarefa mais difícil: colocar a cultura científica em estado de mobilidade permanente, substituir o saber fechado e estático por um conhecimento aberto e dinâmico, dialectizar todas as variáveis experimentais, dar, por último, à razão razões para evoluir.

Ele salienta jamais ter visto um educador mudar de método de educação, expondo que isso ocorre por não se possuir o senso de fracasso, por se julgar um mestre (BACHELARD, 1971).

Como exemplos de obstáculos epistemológicos, citam-se:

a) a experiência inicial:

na formação do espírito científico, o primeiro obstáculo é a experiência inicial, é a experiência situada antes e acima da crítica, que é situada necessariamente um elemento integrante do espírito científico. [...] O espírito científico deve se formar deformando-se. (BACHELARD, 1971, p. 170).

b) o obstáculo realista:

Se quisermos tentar caracterizar bem a sedução da ideia de substância, não devemos recluir ir procurar o seu princípio até o inconsciente, onde se formam as preferências indestrutíveis. [...] não só a convicção inicial do realismo não é discutida como sequer é ensinada [...] a certeza de um realista procede de uma alegria de avaro [...] todos os realistas são mesquinhos. Reciprocamente, e desta vez, sem reservas, todos os mesquinhos são realistas. (BACHELARD, 1971, p. 173-174).

c) o obstáculo animista:

Sem qualquer prova, pela simples sedução de uma afirmação valorizante, o autor atribui um poder sem limites a alguns elementos. É mesmo um sinal de poder escapar à experiência. A palavra vida é uma palavra mágica. É uma palavra valorizada. Qualquer outro princípio fica obscurecido quando se invocar um princípio *vital*. (BACHELARD, 1971, p. 176, grifo do autor).

d) a libido: necessário, segundo Bachelard (1971), avaliar o poder que a libido possui sobre a vontade dos seres, em específico no que tange à vontade de dominar a humanidade.

e) o conhecimento geral: para Bachelard (1971), a precisão é indispensável ao saber científico, visto que o conhecimento geral é, na maioria das vezes, considerado vago, inseguro, não podendo deixar-se levar por generalizações indefinidas.

- f) o obstáculo verbal: hábitos verbais podem ser caracterizados como obstáculo ao conhecimento científico, à medida que podem dar a falsa impressão de que algo já não é, mas parece ser, referindo-se a algo que não se explique por parecer conhecido. “Quando a abstração se fizer presente, será a hora de *ilustrar* os esquemas racionais.” (BACHELARD, 1996, p. 91, grifo do autor).
- g) o conhecimento unitário e pragmático: “[...] o verdadeiro deve ser acompanhado do útil.” (BACHELARD, 1996 p. 117) De acordo com o autor, “[...] todo pragmatismo, pelo simples fato de ser um pensamento mutilado, acaba exagerando. O homem não sabe limitar o útil. O útil, por sua valorização, se capitaliza sem medida.” (BACHELARD, 1996, p. 114).
- h) o obstáculo substancialista: “Intuições substancialistas tão fáceis só resolvem falsos problemas, tanto no domínio científico quanto no domínio da psicologia literária.” (BACHELARD, 1996, p. 161).
- i) o mito da digestão: “A digestão é difícil de explicar [...], mas para o reino dos valores ela só se explica no reino dos valores. Tal explicação impede a possibilidade de contradição. Ama profundamente quem ama qualidades contraditórias.” (BACHELARD, 1996, p. 224).

6 Considerações finais

Ante ao exposto, conclui-se que Bachelard incentiva a busca por um conhecimento que promova a transformação, tendo em vista que, por meio de suas ideias, ele incentiva também a formação múltipla, contrariando práticas pragmáticas

ingênuas, proibindo a supremacia do conhecimento abstrato e científico sobre o conhecimento primeiro e intuitivo.

Para Bachelard (1977), aprender com as rupturas, vivenciar os erros e as discontinuidades, promovendo a troca de papéis entre professor e aluno, instiga um conhecimento crítico com bases sólidas, porém, não estáticas, visto que o conhecimento é algo em construção, uma mudança constante, em que as teorias científicas transitam livremente entre si, numa visão plural, interdisciplinar, transfronteiriça, atemporal.

Ainda que seja possível verificar, dependerá do professor a verificação de que o conhecimento de fato aconteceu por meio de uma análise hipotético-construtiva, por intermédio de uma verificação empírica dos casos simples.

Esse racionalismo aberto proposto por Bachelard (1978) sugere a adoção de uma filosofia científica sem ideias preconcebidas, da qual surge uma linguagem flexível, a qual respeita a ambiguidade vislumbrada entre o realismo e o racionalismo, traduzindo o pensamento hodierno, versátil e constituído de efetiva mobilidade.

Bachelard (1971) traz ao contexto acadêmico, uma teoria imbuída na aplicação do racionalismo científico, a qual conquista valores objetivos. Nesse caso, refere-se a um racionalismo “concreto, solidário, com as experiências sempre particulares e precisas.” (Bachelard, 1977, p. 10). Trata-se de um racionalismo aberto a novas experiências, com base no racionalismo.

Referências

BACHELARD, Gaston. A epistemologia. Rio de Janeiro: Edições 70, 1971.

_____. *O racionalismo aplicado*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.

_____. *A filosofia do não; O novo espírito científico; A poética do espaço* Gaston Bachelard. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução Joaquim José Moura Ramos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

_____. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BESNIER, Jean-Michel. *As teorias do conhecimento*. Biblioteca básica de ciência e cultura. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

DICIONÁRIO Priberam da Língua Portuguesa.

Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=epistemologia>>. Acesso em: 15 set. 2014.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução João Vergílio Galerrani Cuter. Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins fontes, 2000.

LOPES, Alice; R. C. Bachelard. O filósofo da desilusão. *In: Caderno Catarinense de Ensino de Física*. v. 13, n. 3 p. 248-273, 1996.

MASSONI, Neusa Teresinha. *Epistemologias do século XX*. Porto Alegre: UFRGS, Instituto de Física, Programa da Pós-Graduação em Ensino de Física, 2005.

CAPÍTULO XI



ELEMENTOS DA TEORIA DO CONHECIMENTO DE LUDWIK FLECK¹

Danilo Christiano Antunes Meira²

1 Introdução

Ludwik Fleck ainda é um nome relativamente desconhecido nas discussões epistemológicas. No entanto, em condições menos adversas, seu legado poderia ter ocupado posto semelhante ao da Lógica da Pesquisa Científica, de Karl Popper (SCHÄFER; SCHNELLE, 2010, p. 1). O caráter inovador da sua perspectiva pode ser constatado pelo fato de ter sido ele o primeiro a tratar dos principais problemas e conceitos vistos na obra de Kuhn (1998). Na verdade, alguns chegam a dizer que o principal mérito de Kuhn (1998) foi ter lido a obra de Fleck (2010)³. Em sua *A Estrutura das Revoluções Científicas*, a propósito, Kuhn afirmou solenemente que, apesar de não indicar aos seus leitores as apropriações exatas com citações, deve a Fleck (2010) mais do que ele próprio poderia reconstruir ou avaliar (KUHN, 1998, p. 11). Há, porém, diferenças significativas entre as perspectivas epistemológicas de Kuhn (1998) e Fleck (2010). A principal delas, a utilização do conceito de coletivo de pensamento no lugar da noção de paradigma, revela que a

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil.

² Danilo Christiano Antunes Meira é Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina “UFSC”. E-mail: danchristiano@gmail.com.

³ A primeira edição da *Gênese e desenvolvimento de um fato científico* data de 1935. Neste artigo, trabalhou-se com a edição publicada em 2010.

deficiência da perspectiva de incomensurabilidade poderia ter sido evitada se Kuhn (1998) fosse um leitor mais atento.

Todavia, mesmo permanecendo no desconhecimento por várias décadas, a obra de Fleck (2010) ainda pode oferecer muito além daquilo que se obteria com uma leitura comparada com os escritos de Kuhn (1998). A ênfase no caráter sociológico e histórico do conhecimento, suas ferramentas conceituais e as narrativas de sua própria experiência como cientista exigem que Fleck (2010) seja considerado com um pouco mais de atenção. É essa a tarefa que assume o presente estudo: oferecer ao leitor contato com a obra de Ludwik Fleck, colocando-a como um “holofote” à disposição para a investigação de outros problemas. Por esse motivo, aqui não se utilizarão as contribuições que Fleck (2010) trouxe à Teoria do Conhecimento para abordar um problema teórico ou prático específico. Pretende-se, antes, apresentar o próprio autor e algumas de suas contribuições.

2 Quem foi Ludwik Fleck?

Ludwik Fleck nasceu em família de origem judaica, embora não religiosa (FEHR, 2012, p. 35), no dia 11 de julho de 1896, em Lviv, Ucrânia, no período em que a cidade ainda se encontrava sob o domínio do Império Austro-húngaro. Em 1914, ano em que teve início a Primeira Guerra Mundial, ele terminou o ginásio e entrou para o curso de medicina da Universidade Jan Kazimierz. Antes de concluir o seu doutorado como clínico geral, em 1920, porém, atuou no serviço militar e interrompeu seus estudos por um ano. Em 1919, ele viu a sua Lviv, também cidade natal do economista Ludwig von Mises, passar para o domínio da Polônia, e acompanhou todas as experiências da primeira guerra de proporções mundiais (SCHÄFER; SCHNELLE, 2010, p. 3-4; LÖWY, 2012, p. 12-13).

A cidade e a família proporcionaram-lhe um ambiente culturalmente rico (SCHÄFER; SCHNELLE, 2010, p. 3-4). Ele aproveitava as horas de lazer com leituras de sociologia, história da ciência e filosofia, escolhidas aparentemente de modo aleatório (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 10). Durante a graduação, Ludwik Fleck foi atraído pela pesquisa microbiológica (LÖWY, 2012, p. 10-13) e, como profissional, iniciou seus trabalhos na área da bacteriologia na qualidade de assistente no Laboratório de Pesquisa para Doenças Infecciosas, de Rudolf Weigl, um conhecido especialista em tifo⁴. Quando Weigl foi nomeado professor para a disciplina de biologia da Faculdade de Medicina da Universidade de Lviv, Fleck o acompanhou como assistente e permaneceu naquela universidade até o ano de 1923. Pela situação cada vez mais delicada dos judeus na Polônia e, em especial, em Lviv, ele permaneceu afastado das atividades acadêmicas até o ano de 1939. Nesse hiato, trabalhou no Laboratório Químico-Bacteriológico do Departamento de Medicina Interna e no Laboratório Bacteriológico do Departamento de Doenças Dermatológicas e Venéreas do Hospital Geral, no Instituto Governamental de Soroterapia de Viena, no Laboratório Bacteriológico do Seguro Saúde da região de Lviv, e no seu laboratório bacteriológico particular, que fundou em 1923 (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 4).

A insistência na pesquisa e na publicação de artigos era o único caminho possível para manter acesas as suas aspirações científicas e o contato com a comunidade acadêmica (LÖWY, 2012, p. 14). Mesmo isolado e envolvido com uma intensa sequência de trabalhos, Fleck continuou a dedicar todo o tempo livre possível às pesquisas que realizava em seu laboratório particular e conseguiu publicar, entre os anos de 1922 e 1939, nada

⁴ Tifo é o nome genérico de várias doenças infectocontagiosas, causada por várias espécies de microrganismos do gênero *Rickettsia*.

menos que 37 artigos científicos em revistas médicas renomadas. Dessas publicações, ganharam destaque, por exemplo, um artigo de 1931, no qual Fleck fez observações sobre a composição dos leucócitos, que divergiam dos prognósticos das teorias em vigor, e outro artigo, no qual ele e o matemático polonês Steinhaus tentaram explicar, pela primeira vez, esse mesmo fenômeno através da aglutinação de determinados leucócitos (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 4-5).

Com o início da Segunda Guerra Mundial, Lviv passou a ser dominada pelos soviéticos, que eram menos refratários à presença de judeus em instituições públicas. Abriu-se, assim, o caminho para o retorno de Fleck às atividades acadêmicas. A ocupação soviética durou de 1939 a 1941 e, nesse período, Fleck acumulou com suas atividades de pesquisa e publicação científica os cargos de professor-assistente na Faculdade de Medicina de Lviv (atual Instituto de Medicina da Ucrânia) e de diretor do laboratório municipal de bacteriologia (LÖWY, 2012, p. 13). Todavia, quando a Alemanha atacou a União Soviética e tomou a sua cidade, Fleck foi forçado a migrar com sua família para o gueto⁵ de Lviv.

Mesmo relegado às mais precárias condições, ele continuou suas atividades de pesquisa independente e conseguiu desenvolver uma nova vacina para o tifo. Como, naquele período, o tifo tornava-se epidêmico no gueto e nos campos de batalha, tanto o sucesso da vacina quanto o brilhantismo daquele cientista judeu não passaram despercebidos pela Schutzstaffel, organização paramilitar criada por Hitler para atuar como sua tropa de proteção conhecida pela infame inicial SS (WEBB;

⁵ O termo “gueto” passou a ser empregado contemporaneamente como sinônimo de subúrbio, mas, aqui, como na época da dominação da cidade de Lviv pelos alemães durante a Segunda Guerra, designa o bairro no qual os judeus eram obrigados a residir na maioria das cidades europeias.

SMART; LISCIOTTO, 2008). Fleck, então, logo foi preso pelos nazistas e enviado com sua família para a fábrica farmacêutica Laakoon, onde era obrigado a produzir vacinas contra o tifo para os soldados da SS. Pouco depois, foi deportado com a família para o campo de concentração de Auschwitz, onde sobreviveu a uma grave pleurisia e trabalhou como enfermeiro e sorologista. Ele foi transferido posteriormente para o campo de Buchenwald, para trabalhar em outro laboratório da SS, na produção de vacinas para o tifo. Relata-se que Fleck e outros prisioneiros enviavam aos soldados da SS uma maior quantidade de vacinas sem efeito e deixavam a menor parte da produção, que possuía efeito curativo, aos próprios prisioneiros do campo de concentração (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 6).

A condição de cientista foi determinante para a sobrevivência de Fleck, do seu filho e da sua esposa. Os demais familiares, incluindo suas irmãs Henryka e Antonia, foram vitimados pelo holocausto (FEHR, 2012, p. 36). Ele foi libertado do campo de concentração de Buchenwald em 11 de abril de 1945, pouco antes da derrota militar do Terceiro Reich e do fim da Segunda Guerra Mundial, mas ainda permaneceu no hospital por vários meses antes de retornar à Polônia.

Em outubro de 1945, em Lublin, ele se tornou diretor do Departamento de Microbiologia Médica da Faculdade de Medicina da Universidade Marie Curie Sklodowska. No ano de 1947, tornou-se professor da Faculdade de Medicina, onde atuou até 1952. Em 1948, em Nuremberg, participou como perito no processo sobre as experiências com novas vacinas de tifo, fabricadas pela IG-Farben e aplicadas nos prisioneiros do campo de concentração de Buchenwald, artificialmente infectados. Em 1952, ele melhorou ainda mais as suas possibilidades de pesquisa ao assumir o Departamento de Microbiologia e Imunologia do Instituto Mãe e Filho, de Varsóvia. Em 1954, filiou-se à Academia

Polonesa de Ciências, da qual foi eleito presidente pouco depois (SCHAFFER; SCHNELLE, 2010, p. 6-7).

A sua produção científica foi especialmente intensa entre os anos de 1946 a 1957, período no qual se ocupou, além do diagnóstico e da imunização do tifo, com pesquisas sobre o comportamento dos leucócitos em situações de infecção e estresse, com o agente e a defesa da difteria, com estudos sobre a leucocitose e com o diagnóstico de Wassermann, da sífilis. Ele chegou a contar com 20 colaboradores científicos e 7 técnicos em seu corpo de assistentes, orientou aproximadamente 50 teses de doutorado e diversas teses de livre-docência, publicou 87 títulos científicos em medicina em diversos países e participou de congressos e conferências na Dinamarca, França, União Soviética, EUA, Brasil e outros países. Como reconhecimento, Fleck recebeu o Prêmio do Estado de Segundo Grau para Trabalhos Científicos, em 1951, e foi agraciado, em 1955, com a Cruz dos Oficiais da Ordem do Renascimento da Polônia (SCHAFFER; SCHNELLE, 2010, p. 6-9).

Em 1956, Fleck sofreu um infarto e foi diagnosticado com linfossarcoma, um câncer que parte dos linfonodos. No ano seguinte, sua saúde ficou mais debilitada e ele decidiu mudar-se com a esposa para Israel, aproveitando a liberalização parcial do regime comunista na Polônia para ficar mais próximo do filho, que já morava na Palestina (LÖWY, 2012, p. 14). Em Israel, Fleck recebeu um cargo no Departamento de Patologia Experimental e foi nomeado Professor Visitante de Microbiologia na Faculdade de Medicina da Hebrew University, em Jerusalém, no ano de 1959. A dificuldade com o idioma hebraico e o estado de saúde debilitado impuseram limites à atuação de Fleck, que resistia estudando e publicando mais alguns artigos sobre questões da leucergia, um fenômeno inicialmente observado por ele e por Murczynska, que consistia numa condição na qual se verificava

uma aglomeração das células brancas do sangue periférico nas bordas das lâminas, e explicado pelo aumento da aderência dos leucócitos em reação à inflamação (GOLDMAN *et al*, 1988, p. 854). Vitimado por outro infarto na cidade de Ness Ziona, ele faleceu em 15 de junho de 1961, aos 64 anos (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 9).

3 O ponto de partida: a desconstrução do “fato”

Ludwik Fleck não se ocupava apenas com problemas da medicina e microbiologia. Sua formação intelectual e o ambiente interdisciplinar de Lviv concorreram para que ele também se dedicasse a outros estudos, especialmente no campo da Teoria do Conhecimento. Esse interesse não era subsidiário, algo como um caminho paralelo que mantinha ao lado de sua carreira como médico, mas complementar. Na verdade, Fleck estava convicto de que não era possível apreender um determinado campo do conhecimento sem investigar o meio pelo qual ele se desenvolveu e consolidou. Por outro lado, ele também acreditava que o êxito dessa investigação encontrava-se intimamente ligado à compreensão das próprias práticas verificadas no campo de conhecimento em questão. Não é por outro motivo que em seu único livro, *Gênese e desenvolvimento de um fato científico*, todos os aportes trazidos à Teoria do Conhecimento foram abordados a partir de reflexões sobre determinadas práticas científicas.

Ao contrário do que uma primeira impressão desse método de abordagem poderia sugerir, as contribuições de Fleck (2010) não interessam apenas à compreensão de elementos específicos da medicina e da microbiologia. Mesmo nas obras em que essa ressalva não tenha sido feita explicitamente, as reflexões sobre a Teoria do Conhecimento de Fleck (2010) pretendem ser tão abrangentes quanto necessárias às outras áreas do conhecimento.

Essa preocupação torna-se evidente logo no prefácio do seu livro, que aponta para uma indagação que ele considera central para a própria Teoria do Conhecimento (FLECK, 2010, p. 37-38). Boa parte de sua obra é dedicada ao esclarecimento dessa questão, o que, subsidiariamente, também implicará o tratamento de diversas reflexões epistemológicas. Pergunta ele, em um parágrafo destacado, como num ponto de partida: que é um fato?

A primeira resposta, sugere Fleck (2010), é a derivada do senso comum, que se identifica com a opinião da maior parte dos cientistas e de teóricos, como Comte, Durkheim e Jerusalem. Por fato – sugere a primeira resposta – compreende-se algo cuja existência pode ser constatada de modo indiscutível, uma coisa fixa, permanente e independente da opinião subjetiva do pesquisador. Ainda para o senso comum, apenas as teorias científicas particulares, que tomam o fato como objeto de estudo, é que teriam um caráter passageiro e seriam dependentes da subjetividade dos pesquisadores.

A segunda resposta foi dada pelos teóricos do Círculo de Viena, como Carnap, Schlick e outros protagonistas do neopositivismo, propositores da epistemologia dominante naquele tempo (CONDÉ, 2012, p. 8). Segundo Fleck (2010), esses teóricos do conhecimento com formação nas ciências exatas problematizaram a ideia de fato como algo fixo e imutável de uma perspectiva lógica, e concluíram que o fato empírico seria algo invariavelmente relativo. Para Fleck (2010), foi um grande acerto dos teóricos do Círculo de Viena a percepção de que não existem qualidades e condições exclusivamente objetivas, mas somente relações dentro de um sistema de referências relativamente arbitrário. Todavia, ao permanecerem respeitando excessivamente as conclusões lógicas, numa espécie de devoção religiosa, o que eles tomavam como algo fixo e absoluto –

pelo menos como ideal – era o próprio pensamento humano (FLECK, 2010, 94).

Estariam os teóricos do Círculo de Viena corretos? Fleck (2010) afirmou que não. Leituras que havia feito de forma aleatória em sociologia, história da ciência e filosofia, aliadas às observações cotidianas do próprio trabalho como médico e pesquisador, levaram Fleck (2010) a contestar os conceitos de linguagem e de ciência promovidos enfaticamente pelo grupo de Carnap, Schlick e demais neopositivistas do Círculo de Viena (FEHR, 2012, p. 44). Na verdade, eles não se mostravam preocupados em problematizar os aspectos históricos e sociais da ciência (CONDÉ, 2010, p. 8), os mesmos percebidos pela corrente representada por Comte, Durkheim e Jerusalem. Para Fleck (2010), essas duas correntes erraram ao localizar o “fixo” no terreno que lhes é estranho. Elas não perceberam que tanto o fato quanto o pensamento são variáveis (FLECK, 2010, p. 94).

Fleck (2010), assim, seguiu por uma terceira via para superar a concepção de que o fato fosse mesmo algo imutável e independente da subjetividade do pesquisador. As mudanças no pensamento, para o autor, revelam-se na forma de fatos alterados e fatos novos, que só podem ser encontrados mediante um pensamento novo (FLECK, 2010, p. 94). Trata-se de uma solução bastante simples, mas que não encontrava eco suficiente nas reflexões epistemológicas do seu tempo. Sendo o objeto da Teoria do Conhecimento a crítica aos métodos usados para se chegar ao fato, como pode ela não perceber que a veneração da imutabilidade do fato está equivocada? Para Fleck (2010), a Teoria da Ciência não percebe esse problema por considerar como dignas de investigação apenas duas classes de fatos: os fatos do cotidiano e os fatos da física clássica. Privilegiando-as, porém, a Teoria do Conhecimento esbarra em dois obstáculos que impedem a adequada caracterização do fato: essas duas

classes de fatos são pouco aptas para um estudo epistemológico. O motivo, para Fleck (2010), é a incapacidade de uma postura crítica diante do mecanismo de conhecimento sobre os fatos. O fato da presença de dois olhos em um humano normal, por exemplo, tornou-se tão óbvio que nem aparece mais como um saber, mas um poder independente a que se chama de “existência”. Os fatos da ciência clássica, além disso, apresentam um desgaste teórico incompatível.

Como, então, possibilitar uma discussão sobre o cânone do fato dentro da Teoria do Conhecimento? A sugestão de Fleck (2010) é a de analisar fatos cuja descoberta não seja muito remota e que ainda não estejam explorados em todos os aspectos epistemológicos. Para demonstrar que a sua intuição está acertada e, por conseguinte, contestar a ideia de imutabilidade que acompanha a ideia de fato, Fleck (2010) escolhe abordar o desenvolvimento de um fato que lhe é bastante familiar: o fato da reação de Wassermann ser relacionada com a sífilis.

A reação de Wassermann é um teste utilizado para estabelecer o diagnóstico de sífilis. Representava o “estado da arte” na época de Fleck, mas hoje foi largamente substituído pelo teste cardioplipínico Veneral Diseases Research Laboratory (VDRL) e suas variantes Rapid Plasma Reagin (RPR) e carbotest por conta da sua baixa precisão. A substituição gradativa da reação de Wassermann em nada afeta as reflexões propostas por Fleck (2010). O fato de a reação de Wassermann ser relacionada com a sífilis é válido. Além disso, é preciso deixar claro que os fatos científicos da medicina não são os únicos passíveis da análise sugerida. A escolha decorreu por afinidade e pelo conhecimento do autor de suas ricas configurações histórica e fenomenológica. É um fato relativamente novo, pouco explorado epistemologicamente e cuja importância não pode ser negada.

3.1 A reação de Wassermann e os quatro conceitos de sífilis

Para entender o fato de a reação de Wassermann ser relacionada com a sífilis e, por conseguinte, chegar ao questionamento do caráter imutável e objetivo desse fato, é preciso, antes, caracterizar o que se entende por sífilis. Contemporaneamente, compreende-se como uma doença infecciosa, que evolui lentamente em três estágios, geralmente transmitida por contato sexual e, mais raramente, por contaminação “fetoplacentária”, causada pela bactéria *Treponema pallidum* e caracterizada por lesões da pele e mucosas. Todavia, esse conceito é relativamente recente. Analisando-o em sua perspectiva histórica, será possível identificar que, além de a reação de Wassermann ser um resultado de esforços teóricos mutáveis e sucessivos, o seu próprio objeto e sua vinculação a ele estão longe de apresentar as características de objetividade e imutabilidade.

Reconstruindo a ideia de sífilis desde o final do século XV, Fleck (2010) demonstra que ela é o resultado de um percurso tortuoso. Em primeiro lugar, a sífilis compartilhava em seu início a mesma identidade com entidades diversas que atualmente ficaram conhecidas como lepra, escabiose, tuberculose cutânea, varíola e várias outras (FLECK, 2010, p. 39). Em segundo lugar, o conceito atual de sífilis deve-se ao cruzamento de quatro linhas distintas de pensamento, que se influenciaram mutuamente (FLECK, 2010, p. 58):

- a) A ideia de sífilis como entidade nosológica místico-ética foi a primeira a surgir, coincidindo com o aparecimento e acúmulo de doenças na Europa do século XV. Essas epidemias chamaram atenção dos pesquisadores, mas o seu “marco inicial”, a explicação causal e o

envolvimento dos órgãos genitais foram derivados da astrologia. De acordo com os conhecimentos astrológicos da época, a sífilis teve seu início exato no dia 25 de novembro de 1484, data em que ocorreu a conjunção de Saturno e Júpiter na casa de Saturno e no signo de Escorpião, que regia, por assim dizer, os órgãos genitais. Por outro lado, a ligação entre a sífilis e o coito derivou-se da ideia ética de punição divina pelo pecado do prazer e da luxúria (FLECK, 2010, p. 41). Ambos os conceitos formaram a matriz da ideia de doença venérea. Essa primeira característica, a origem venérea da sífilis, só poderia ter se desenvolvido com o auxílio daquilo que Fleck (2010) denomina como estilos de pensamento místico e ético daquela época. Essa fundamentação sociopsicológica e histórica foi tão forte que apenas 400 anos depois é que a influência de outras linhas de desenvolvimento da ideia de sífilis conseguiu separá-la de outras doenças venéreas. Por conta dessa tendência perseverante, o autor afirma que “[...] não foram as chamadas observações empíricas que realizaram a construção e a fixação da ideia, mas sim que fatores particulares oriundos das profundezas da psique e da tradição desempenharam um papel decisivo.” (FLECK, 2010, p. 41-42). O primeiro elemento dos conhecimentos sobre a sífilis, portanto, não era o único. Existia numa relação de efeito mútuo com três outras ideias provenientes de outras camadas sociais e outras épocas. Foi apenas com essa relação mútua de colaboração e antagonismo entre essas ideias que se chegou à determinação da sífilis enquanto entidade nosológica ao estado atual (FLECK, 2010, p. 42).

- b) A ideia de sífilis como entidade nosológica empírico-terapêutica foi determinante para a sua primeira diferenciação, pois, sob o conceito místico-ético, a sífilis ainda compartilhava a mesma identidade com muitas outras moléstias de origem venérea. A ideia de sífilis como entidade nosológica empírico-terapêutica derivou-se da utilização da terapia dos metais, mais antiga que a própria noção de doença venérea. Aprendeu-se, através de gerações, que um determinado grupo de moléstias cutâneas crônicas poderia ser tratado e até curado com pomadas de mercúrio. Para outro grupo de moléstias cutâneas crônicas, todavia, o mercúrio não proporcionava o mesmo efeito benéfico. Assim, como do tratamento da sífilis pelo mercúrio obtinham-se respostas positivas, ele foi amplamente difundido e colaborou decisivamente para que a sua identificação fosse mais precisa em face de outras moléstias que, antes, com ela confundiam-se. Todavia, a sífilis não era a única das doenças venéreas a que a terapia dos metais mostrava-se útil como método de tratamento. O cancro mole, o cancro duro e a gonorreia respondiam bem à terapia dos metais (FLECK, 2010, p. 42-43).
- c) A ideia de sífilis como entidade nosológica patogênica, por sua vez, surgiu num momento em que a associação, ainda confusa, da sífilis com o mercúrio, e o plurimorfismo dos sintomas faziam com que alguns médicos duvidassem da própria existência de algo que se poderia chamar de sífilis. Por um lado, experiências promovidas por algumas escolas médicas possibilitaram distingui-la de umas moléstias, mas ainda não de outras. Por outro lado, reclamava-se pela constatação do sangue sífilítico como requisito para elaboração precisa

da entidade nosológica (FLECK, 2010, p. 46-48). Explica-se: para alguns médicos, a própria existência da sífilis passou a depender da identificação de alguma alteração no sangue “corrompido” do sífilítico. Sem essa identificação, não havia como se falar de sífilis. A presunção de alteração do sangue era uma fórmula de explicação muito usada para todas as doenças genéricas. Ideias patogénéticas sobre a sífilis (opiniões sobre o mecanismo das relações patológicas) apareceram desde os primeiros escritos sobre a doença e defenderam a doutrina da discrasia (mistura corrompida dos humores, do sangue), da qual decorre a ideia do sangue corrompido. Com o tempo, essa ideia perdeu cada vez mais força em relação às outras doenças, mas se tornou cada vez mais complexa no caso da sífilis (FLECK, 2010, p. 51);

- d) A ideia de sífilis como entidade nosológica etiológica derivou-se da antiga representação popular de um demônio que invadiu os organismos causando-lhes males (FLECK, 2010, p. 84). Essa noção evoluiu para moderna noção de agente e, no caso da sífilis, foi corroborada pela observação da *spirochaeta pallida*. Todavia, os inúmeros exames que foram promovidos inicialmente para comprovar a ideia do sangue corrompido do sífilítico não alcançavam resultados com valor diagnóstico. Mesmo assim, a insistência incomum levou até o desenvolvimento da chamada reação de Wassermann (FLECK, 2010, p. 53-55). Da forma como fora concebida por seus idealizadores, essa reação não logrou êxito. Todavia, foi largamente difundida, e diversos pesquisadores modificaram gradativamente os parâmetros originais, por equívocos

ou deliberadamente, e o próprio propósito da reação. Desses acidentes de percurso é que se chegou à observação da *spirochaeta pallida*. Com isso, por um lado, a sífilis ficou mais bem delimitada em seus estágios secundário e terciário, atendendo, em parte, os anseios da linha patogênica. Por outro lado, a reação de Wassermann deu início ao desenvolvimento da sorologia como ciência autônoma, determinante para o amadurecimento da ideia etiológica sobre a sífilis e para a delimitação da doença em seu estágio primário, completando a delimitação atual da sífilis (FLECK, 2010, p. 55). Como observa Fleck (2010, p. 56),

[...] o agente da sífilis deve sua descoberta, em primeiro lugar, aos conhecimentos sobre bactérias de outras áreas. De maneira inversa, a reação de Wassermann surgiu da doutrina da sífilis, sendo elaborada, posteriormente, como uma ciência particular.

4 O que, disso, importa à teoria do conhecimento?

Fleck (2010) encerra a sua análise sobre a formação do conceito de sífilis, mas aposta que outras pesquisas certamente seriam feitas e, com elas, outras entidades nosológicas venéreas seriam descobertas. Nesse sentido, já se viu que a própria reação de Wassermann foi largamente substituída em sua função de diagnóstico da sífilis. No entanto, não se pretende prosseguir às pesquisas posteriores à obra de Fleck (2010), pois o que importa ao presente estudo foi suficientemente exposto.

Em primeiro lugar, o caráter objetivo e imutável do fato de a reação de Wassermann ser relacionada com a sífilis foi desconstruído. Em segundo lugar, pode-se perceber quanto

é extremamente difícil ou até mesmo impossível descrever a história de um domínio do saber e, por isso, assumir uma postura crítica diante dos fatos que se consideram. Pode-se perceber também que a história de um domínio do saber consiste no desenvolvimento simultâneo de inúmeras linhas de ideias, que se cruzam e se influenciam (FLECK, 2010, p. 55), e que até mesmo a descrição que se reproduziu sobre o desenvolvimento da ideia de sífilis, recentíssimo, exigiu a interrupção do desenvolvimento de algumas linhas para a inclusão de outras em suas conexões, e ainda implicou uma desconsideração de muitos fatores para a obtenção das linhas principais, reduzindo a vivacidade de efeitos mútuos a um esquema artificial (FLECK, 2010, p. 55-56).

Todavia, Fleck (2010) sugeriu outras reflexões igualmente relevantes para a Teoria do Conhecimento, a partir dessa mesma análise sobre a formação do conceito de sífilis e da criação da reação de Wassermann.

4.1 Acoplamentos ativos e passivos

Considerando o ponto de vista meramente teórico do século XVIII e início do XIX, o conceito de sífilis definia-se por proposições que interligam um número x de outros conceitos. Ao se analisar os conceitos de sífilis apresentados (o conceito da epidemia venérea, o conceito empírico-terapêutico e os conceitos patológico-experimentais), despidos dos seus vínculos histórico-culturais, isto é, apenas em sua estrutura formal, seria talvez possível uma discussão sobre a definição adequada (FLECK, 2010, p. 48). É como se houvesse certa liberdade para se escolher uma das definições disponíveis, mas devendo-se assumir seus respectivos resultados como inevitáveis. Por exemplo: haveria liberdade de definir a sífilis como epidemia venérea, mas se deveria assumir a gonorreia e o cancro mole

como sífilis, e renunciar a uma unidade terapêutica e a uma terapia racional em geral nesse sentido. As possibilidades de escolha corresponderiam ao que Fleck (2010) chama de acoplamento ativo, e os resultados necessários corresponderiam aos acoplamentos passivos ou inevitáveis. Dito de outro modo: por uma posição formal, vislumbram-se acoplamentos que dependem de uma escolha (ligações livres) e acoplamentos que resultam de uma relação obrigatória (FLECK, 2010, p. 48-49).

A opinião de que houvesse liberdade de definir a sífilis de acordo com um ou outro conceito reflete a posição da corrente convencionalista. Todavia, Fleck (2010) afirma que as diferentes definições de sífilis (como epidemia venérea, empírico-terapêutica e dos conceitos patológico-experimentais), apoiadas em observações e eventuais experimentos, não podem simplesmente ser declaradas como falsas. Na verdade, a impressão de liberdade para se definir a sífilis de uma ou de outra maneira, a partir de uma análise meramente formal, é falsa.

Em primeiro lugar,

[...] todas essas posições formais não levam em consideração, ou o fazem em reduzida medida, o condicionamento cultural e histórico da suposta escolha epistemológica (*erkenntnistheoretischen*), da suposta convenção. O século XVI não tinha a liberdade de trocar o conceito místico-ético de sífilis por um científico patogênico. Existe um vínculo no estilo de todos – ou muitos – conceitos de uma época, vínculo que consiste em sua influência mútua. Por isso, pode-se falar num estilo de pensamento (*Denkstil*) que determina o estilo de todo conceito. Como a história nos mostra que pode haver lutas árduas pelas definições de conceitos, não podemos enxergar convenções igualmente possíveis como equivalentes entre si, independentemente de quaisquer razões utilitaristas. (FLECK, 2010, p. 49).

Em segundo lugar, é possível “[...] constatar lógicas históricas próprias no destino das ideias, fenômenos gerais

peculiares da história do conhecimento que se impõem ao observador da evolução das ideias.” (FLECK, 2010, p. 49). Não se trata aqui de uma posição historicista pessimista, que argui a incapacidade dos indivíduos guiarem seus próprios destinos⁶, mas apenas da constatação de que alguns fenômenos observados no desenvolvimento de vários conceitos e ideias que escapam a qualquer previsibilidade e intencionalidade. Para sustentar essa conclusão, Fleck (2010) oferece quatro constatações: a) muitas teorias passam por uma época clássica, na qual tudo se mostra consistente, e uma época na qual surgem exceções; b) algumas ideias podem aparecer bem antes de suas razões serem conhecidas e independente delas; c) o encontro de algumas ideias pode gerar fenômenos particulares; d) “[...] quanto mais um domínio do saber é sistematicamente elaborado e rico em detalhes e relações com outros domínios, tanto menores são as diferenças de opiniões.” (FLECK, 2010, p. 49).

Dessa forma, ao se considerar as relações gerais da história cultural e as relações particulares da história do conhecimento, o convencionalismo resta significativamente limitado. Aquilo que aparentemente poderia ser interpretado como uma escolha livre e racionalista dá lugar para condições específicas que reduzem ou inviabilizam a possibilidade de escolha. Mesmo assim, encontram-se no conteúdo do conhecimento algumas relações que não se explicam psicologicamente ou historicamente e, por isso, passam a impressão de serem relações “reais”, “objetivas” ou “efetivas”. São relações passivas. A descrição do efeito do mercúrio na frase: “em alguns casos, o mercúrio não cura a doença venérea, mas chega a piorá-la”, representa, em relação ao ato do conhecimento, um acoplamento passivo, mas esse acoplamento passivo sozinho, sem o conceito da epidemia

⁶ A respeito da crítica ao historicismo, ver Popper (1980).

venérea, nem poderia ter sido formulado. Por outro lado, a união de várias doenças venéreas sob o conceito da “epidemia venérea” é um exemplo de acoplamento ativo dos fenômenos, que se explica pela história cultural. De igual modo, o próprio conceito “epidemia venérea”, ao lado dos elementos ativos, também contém elementos passivos (FLECK, 2010, p. 49-50).

4.2 O cientista individual e a comunidade científica

Fleck (2010) observa, a partir do desenvolvimento do conceito de sífilis, que o processo de conhecimento representa a atividade humana que mais depende das condições sociais, e o conhecimento é o produto social por excelência (FLECK, 2010, p. 85). Para ele, a história do desenvolvimento do conceito de sífilis torna evidente que um único experimento em comparação com a experiência numa área tem uma importância muito reduzida. O experimento pode ser interpretado como uma pergunta e uma resposta simples; já a experiência, constituída de experimentos, observações, habilidades e adaptações conceituais, deve ser entendida como um estado de educação, que resulta da relação entre o sujeito do conhecimento, o objeto já conhecido e o objeto a ser conhecido (FLECK, 2010, p. 51).

O alcance de habilidades físicas e psíquicas, o acúmulo de observações e experimentos, a capacidade de adaptações plásticas de conceitos representam circunstâncias que escapam a um controle lógico-formal, e a mencionada dialética impossibilita, de vez, uma análise lógico-formal do processo de conhecimento. Por isso, não pode existir nenhuma teoria especulativa do conhecimento, nem como dedução de alguns poucos exemplos (FLECK, 2010, p. 51).

5 A importância da história do conhecimento para a teoria do conhecimento

Fleck (2010, p. 62-63) demonstrou que não se pode chegar ao atual conceito de sífilis sem uma abordagem histórica. É equivocado pensar que se poderia defini-la apenas pela sua fenomenologia ou chegar simplesmente ao seu conceito nosológico com os recursos materiais e intelectuais de hoje. Apenas uma comunidade organizada de pesquisadores, apoiada no saber popular e trabalhando durante gerações consegue alcançar esse objetivo. A evolução dos fenômenos patológicos requer décadas e os recursos materiais e intelectuais desenvolvem-se como resultado desse mesmo processo histórico. Tomando tal constatação como ponto de partida, Fleck (2010) sugere que a teoria do conhecimento não pode permanecer indiferente à história do conhecimento, pois ela relaciona-se diretamente com o conteúdo da ciência. Talvez a totalidade do conteúdo das ciências seja condicionada e possa ser explicada pela história do pensamento, pela psicologia e pela sociologia do pensamento.

Não se pode pensar que a importância da teoria do conhecimento relacione-se apenas na função de legitimação científica, nas provas objetivas e nas construções lógicas. Não se trata apenas de demonstrar a capacidade dos conceitos e de seus acoplamentos se enquadrarem num sistema. A teoria do conhecimento deve também privilegiar a descoberta dos vínculos históricos (FLECK, 2010, p. 64). Em primeiro lugar, o passado é muito perigoso quando os vínculos com ele permanecem inconscientes e desconhecidos (FLECK, 2010, p. 61). Em segundo lugar, não existem erros ou verdades completas; cedo ou tarde, talvez, deva-se retomar um “erro” abandonado, como os “erros” de Robert Mayer (GROVE *et al*, 1868), físico considerado como um dos precursores e principais

teóricos do seu campo (LINDSAY, 1973), quando o teorema da conservação da energia vier a ser revisto. Em terceiro lugar, não se consegue desvencilhar do passado e dos seus erros; ele sobrevive nos conceitos, nas abordagens de problemas, nas doutrinas das escolas, na vida cotidiana, na linguagem e nas instituições (FLECK, 2010, p. 60).

Na opinião dos envolvidos na produção de Fleck (2010), o saber sempre foi sistematizável, comprovado e evidente, enquanto os sistemas alheios eram contraditórios, não comprovados, não aplicáveis, fantásticos ou místicos. É hora de uma postura menos egocêntrica e universal em favor de uma teoria comparada do conhecimento, de priorizar um princípio de pensamento que permita a percepção de um número maior de detalhes e de acoplamentos compulsórios (FLECK, 2010, p. 64). De qualquer forma, apenas constatar que um conceito não pode ser alcançado sem a análise histórica do seu desenvolvimento é insuficiente: devem-se, ainda, investigar as leis desse contexto e detectar o impacto das forças sociais no pensamento (FLECK, 2010, p. 64).

6 As protoideias dos conceitos e as suas verdades

Não existe geração espontânea dos conceitos: eles são determinados pelos seus ancestrais (FLECK, 2010, p. 60). A ideia vaga e confusa do sangue corrompido do sífilítico surgiu, séculos antes de ser comprovada cientificamente, de uma mistura caótica de ideias. Desenvolveu-se por anos, tornou-se cada vez mais rica em conteúdo, mais precisa e teve suas provas buscadas em diversas abordagens (FLECK, 2010, p. 65). De igual modo, os teoremas da conservação da matéria, da forma esférica da terra e do sistema heliocêntrico desenvolveram-se de pré-ideias

confusas que existiam antes das respectivas comprovações científicas e expressões modernas (FLECK, 2010, p. 65).

Dessas observações, esse autor concluiu que muitos fatos científicos se associam, por ligações evolutivas, a protoideias pré-científicas afins, mais ou menos vagas, sem que essas ligações pudessem ser legitimadas pelos conteúdos (FLECK, 2010, p. 64). Não significa, porém, que exista uma protoideia para cada descoberta científica. Também não pretende sugerir que toda ideia antiga que se assemelhe a uma descoberta posterior possua com ela uma relação histórica. O que importa para a Teoria do Conhecimento, e sugere o autor, é que ela não pode desconsiderar o fato de que muitas concepções científicas se desenvolveram de protoideias que, em sua época, não se sustentavam com provas válidas (FLECK, 2010, p. 66).

Nesse sentido, protoideias seriam pré-disposições histórico-evolutivas de teorias modernas; sua gênese deve ser fundamentada na sociologia do pensamento (FLECK, 2010, p. 66) e dessa concepção decorrem algumas consequências. A primeira delas: a noção de que, na história, ocorreriam muitas ideias confusas, das quais a ciência simplesmente adotaria as “corretas” e descartaria as “incorretas”, é insustentável, pois deixaria sem explicação por que muitas imagens “corretas” de objetos desconhecidos são possíveis. Há um problema em se trabalhar com categorias de correção nesse contexto, pois, de modo geral, não se pode aplicar às ideias antigas e confusas a categoria da verdade. Fleck (2010) questiona: as ideias de sangue corrompido (melancólico, exageradamente quente e espesso) ou simplesmente de sangue alterado estavam corretas? “Corrompido” não é uma designação científica e exata: foi útil como ponto de partida da evolução de um conceito, mas, hoje, é um conceito incapaz de se enquadrar num sistema; a *alteratio sanguinis*, por sua vez, também não pode ser verificada se está

correta, pois *alteratio* é uma qualidade muito indeterminada: a cada estado, a cada doença corresponde, em algum sentido, uma *alteratio sanguinis*. Além disso, hoje, “sífilis” significa algo distinto do que significava antigamente (FLECK, 2010, p. 66-67).

Em resumo, Fleck (2010) conclui que não há ainda condições de decidir se, destacadas de seu contexto histórico, as protoideias seriam corretas ou falsas, pois corresponderiam a outro coletivo e a outro estilo de pensamento (*Denkstil*). Afirma o autor que o julgamento universal sobre o caráter correto ou incorreto é tão inadequado para proposições fósseis quanto o julgamento atemporal para a realidade paleontológica: o brontossauro é tão adaptado ao seu habitat quanto o lagarto atual também o é; ambos, retirados dos seus ambientes, não podem ser chamados de “adaptados” ou “mal-adaptados”. Para o pensamento científico de hoje, as protoideias mencionadas são inadequadas; para seus criadores, certamente eram corretas. O valor da pré-ideia não residiria, enfim, em seu conteúdo lógico e “objetivo”, mas em seu significado heurístico enquanto potencial a ser desenvolvido gradativamente (FLECK, 2010, p. 66-67).

Completando a sua exposição sobre a evolução e a verdade das protoideias, o autor sugere uma analogia (FLECK, 2010, p. 68-69): originalmente, as palavras não seriam grupos fonéticos atribuídos arbitrariamente aos objetos como atualmente a palavra “ufa” para um *atelier* de cinema ou “I” para a autoindução, mas sim a transferência das vivências e dos objetos para um material moldável e acessível. Conseqüentemente, a reprodução verbal não seria, originalmente, uma atribuição unívoca nos moldes da lógica, mas uma representação viva nos moldes da geometria: o sentido estaria imediatamente contido nessas formações fonéticas. Da mesma forma, no caso das pré-ideias, originalmente a representação por pensamentos não seria

uma atribuição unívoca como na lógica, mas a transferência de vivências em um material moldável e acessível. A relação entre a representação e as vivências não seria igual à relação convencional entre um signo e um significado, mas se daria numa correspondência psíquica entre ambos (FLECK, 2010, p. 68). Haveria, paralelamente ao desenvolvimento dos significados das palavras, um desenvolvimento das ideias que não se move “[...] por abstração do particular ao universal, mas por meio da diferenciação (especialização) do universal ao particular.” (FLECK, 2010, p. 69).

7 O caráter histórico do conhecimento

Para Fleck (2010), os pensamentos e as ideias circulam de indivíduo a indivíduo, mas, a rigor, o receptor nunca entende um pensamento da exata maneira pretendida pelo emissor. Sempre ocorrem modificações na circulação, pois cada indivíduo faz outras associações com os mesmos pensamentos e ideias e, após peregrinar por vários sujeitos, quase nada sobra do conteúdo original. Esse pensamento que continua circulando é um pensamento coletivo, que não pertence a nenhum indivíduo singular e não importa se é verdadeiro ou não de um ponto de vista individual, se parece ser entendido corretamente ou não. No interior da comunidade,

[...] são lapidados, modificados, reforçados ou suavizados, influenciam outros conhecimentos, conceituações, opiniões e hábitos de pensar. [Dessa forma,] [...] o processo de conhecimento representa a atividade humana que mais depende das condições sociais. [O conhecimento é o produto social por excelência. Na própria estrutura da linguagem encontra-se] [...] uma filosofia imperiosa da comunidade [e] [...] numa única palavra se encontram teorias emaranhadas. [Disso tudo, arremata,] [...] qualquer aprendizagem é continuação de uma tradição e de uma sociedade. (FLECK, 2010, p. 85-86).

Como apontam Schäfer e Schnelle (2010), Fleck (2010) identifica três tipos de fatores sociais que influem em qualquer atividade de conhecimento:

[1] [...] ‘o peso da educação’ – os conhecimentos, em sua maior parte, são constituídos de aprendizados e não de conhecimentos novos. No entanto, a cada passagem de conhecimentos no processo de aprendizagem, o conteúdo do saber se desloca imperceptivelmente; [2] [...] ‘o peso da tradição’ – os conhecimentos novos sempre são predeterminados pelos antigos; [3] [...] ‘o efeito da sequência do processo de conhecimento’ – aquilo que foi uma vez conceituado, restringe a margem das concepções decorrentes. Somente levando em consideração as condições sociais e culturais do conhecimento, podemos compreender por que encontramos, ao lado da ‘realidade’ das ciências naturais, tantas ‘realidades’ concorrentes. Como qualquer indivíduo, cada grupo social dispõe de sua própria realidade social específica. O processo de conhecimento, enquanto atividade social, é vinculado a pressuposições sociais dos indivíduos envolvidos. Cada ‘saber’, portanto, elabora seu próprio ‘estilo de pensamento’, com base no qual compreende os problemas e os direciona para seus objetivos. Mas a escolha do problema determina a maneira de enxergá-lo na observação do objeto. A ‘verdade’ detectada, portanto, é relativa ao objetivo tencionado do saber. (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 13-14).

O processo de conhecimento está, portanto, vinculado aos seus pressupostos culturais e sociais. Todavia, essa é uma relação de mão dupla: do processo de conhecimento também irradiam efeitos retroativos para a mesma realidade social. Caso o conhecimento em questão seja produzido através de uma atividade vinculada a

[...] um grupo que atua por muito tempo, ele segue, tal como a própria organização social, suas próprias regularidades, impondo, portanto, às pessoas envolvidas, os limites de sua investigação posterior. [Dessa forma, nem ao sujeito nem ao objeto cabe uma realidade autônoma, pois] [...] qualquer existência repousa numa atuação mútua e é relativa. [Por trás dessa e de outras formulações, o que Fleck procura

demonstrar é que não há e não se pode alcançar uma] [...] realidade absoluta [...] (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 14).

Isso porque o próprio conhecimento transforma a realidade à medida que avança. Por consequência, o saber nunca se torna possível em si, mas apenas sob a condição de determinadas pressuposições de conteúdo sobre o objeto. Essas suposições não são apriorísticas, mas se fazem entender como produtos sociológicos e históricos de um coletivo de pensamento (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 16).

Percebe-se que o processo de “sociologização” do conhecimento em Fleck (2010) não se limita aos saberes que circulam no senso comum. Ao contrário, para ele, é nas comunidades científicas que o caráter social do conhecimento mostra-se mais evidente. Observam Schäfer e Schnelle (2010) que as reflexões de Fleck (2010) levam a conclusão de que

[...] a teoria do conhecimento individualista conduz apenas a uma concepção fictícia e inadequada de conhecimento científico [...] [na verdade,] [...] a ciência consiste em algo organizado por pessoas de modo cooperativo. (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 15)

Quando a historiografia atribui o mérito de avanços nas ciências ao desempenho de pesquisadores isolados, muitas vezes é o caso de uma mera “racionalização” que nada reflete o processo efetivo. Para Fleck (2010), o surgimento das ideias ocorre no “[...] tráfego de pensamentos de um coletivo de cientistas.” Não há dúvida de que essa descrição adapta-se melhor ao funcionamento da “[...] pesquisa moderna e organizada que a concepção ‘monumentalista’ da história [...]” (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 23), encontrada em Kuhn (1998). Tal conclusão tem uma consequência importante para as análises de produção do conhecimento, pois traz para uma posição

central “[...] a estrutura sociológica e as convicções que unem os cientistas, para além das convicções empíricas e especulativas dos indivíduos.” (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 15). A utilização dos conceitos de coletivo e estilo de pensamento também pode ser estendida de forma especializada ao tratamento do processo de produção de conhecimento, que ocorre nas comunidades científicas. Nesse caso particular, observam Schafer e Schnelle (2010), coletivo de pensamento designaria

[...] a unidade social da comunidade de cientistas de uma disciplina [...] [já estilo de pensamento corresponderia aos] [...] pressupostos de pensamento sobre os quais o coletivo constrói seu edifício de saber. (SCHAFER; SCHNELLE, 2010, p. 16)

Buscando facilitar a consolidação e a utilização dessa perspectiva dentro da Teoria do Conhecimento, Fleck (2010) criou duas ferramentas conceituais: coletivo de pensamento e estilo de pensamento. Por coletivo de pensamento ele compreendeu “[...] a comunidade das pessoas que trocam pensamentos ou se encontram numa situação de influência recíproca de pensamentos.” (FLECK, 2010, p. 82). Da maneira como o autor o utiliza, como meio de análise do condicionamento social do pensamento, o conceito de coletivo de pensamento não tem valor de um grupo fixo ou de uma classe social. É um conceito mais funcional que substancial, como o conceito do campo de força na Física. Sempre que duas ou mais pessoas trocam ideias formam-se coletivos de pensamento, mesmo que momentâneos ou casuais, que aparecem e desaparecem a cada momento (FLECK, 2010, p. 154). Quando se fala de uma comunidade relativamente persistente, cada indivíduo é concebido como “[...] portador do desenvolvimento histórico de uma área de pensamento, de um determinado estado do saber e da cultura, ou seja, de um estilo específico de pensamento.” (FLECK, 2010,

p. 82). De modo mais objetivo, ele define estilo de pensamento como uma

[...] percepção direcionada em conjunção com o processamento correspondente no plano mental e objetivo. Esse estilo é marcado por características comuns dos problemas, que interessam a um coletivo de pensamento; dos julgamentos, que considera como evidentes e dos métodos, que aplica como meios do conhecimento. É acompanhado, eventualmente, por um estilo técnico e literário do sistema do saber. (FLECK, 2010, p. 149).

Como se viu, a produção do conhecimento tem suas bases nos pressupostos sociais e culturais e, de modo reflexo, exerce influência na própria cultura e na própria sociedade. Quando se torna parte de uma comunidade e é desenvolvido por gerações, o estilo coletivo de pensamento passa por um fortalecimento social e se transforma numa coação para os indivíduos. Ele define o que pode ser pensado e como pode ser pensado, faz com que épocas inteiras vivam sob a coerção de um determinado pensamento e até impele à fogueira aqueles que pensam diferente e que não participam da atmosfera coletiva (FLECK, 2010, p. 150). Para Fleck (2010), é o próprio coletivo que define a sua verdade, que é aquela solução conforme um estilo somente possível de forma singular. Essa verdade não é relativa, subjetiva ou convencional no sentido comum da palavra, pois está sempre (ou quase sempre) determinada dentro de um estilo de pensamento. Se dois indivíduos pertencerem ao mesmo coletivo de pensamento, a verdade será a mesma para ambos; caso pertençam a coletivos de pensamento diversos, “[...] o pensamento não é o mesmo porque, para um dos dois, o pensamento deve ser pouco claro ou entendido por ele de maneira diferente.” (FLECK, 2010, p. 151).

8 Persistência e mudança no estilo de pensamento

O estilo de pensamento persiste até que uma nova predisposição social (originária de deslocamentos internos do estilo, ou impostos por estilos externos) promova outro estilo de pensamento e seu respectivo sistema de valores. Todavia, num coletivo de pensamento sobrevivem sempre traços dos estilos de pensamentos anteriores. Pode ser o caso das pequenas comunidades que preservam o estilo antigo inalterado, como os astrólogos e outras figuras excêntricas, mas também traços de descendência de muitos elementos da história evolutiva. Na verdade, ele afirma que “[...] poucos conceitos novos se formam sem qualquer relação com estilos de pensamento anteriores [...]” (FLECK, 2010, p. 150), pois a mudança se opera apenas em seus matizes. Nesse ponto, o autor lembra que o conceito científico de força é um derivado do conceito cotidiano de força e que o conceito novo de sífilis procede do conceito místico (FLECK, 2010, p. 150).

Todavia, o que faz um estilo de pensamento persistir ou, ao contrário, ser substituído por outro? Para compreender melhor os mecanismos de mudança e persistência dos estilos de pensamento, interessa notar o tratamento que Fleck (2010) propõe sobre as comunicações internas e externas dos seus coletivos de pensamento.

Ele sugere que o tráfego intracoletivo de pensamento é dominado por um sentimento específico de dependência que leva ao fortalecimento das formações de pensamento. Isso decorreria da própria estrutura do coletivo de pensamento, pois

[...] a confiança nos iniciados, a dependência por parte destes da opinião pública, a solidariedade intelectual dos pares, que estão a

serviço da mesma ideia, são forças sociais alinhadas que criam uma atmosfera comum específica, proporcionando às formações de pensamento solidariedade e adequação ao estilo numa medida cada vez maior. (FLECK, 2010, p. 158).

Assim, quanto maior a distância do círculo esotérico (isto é, dos sábios ou cientistas de determinado coletivo de pensamento) e quanto maior a mediação de um pensamento dentro do mesmo coletivo, tanto mais seguro estará o estilo de pensamento. Caso o vínculo com o estilo de pensamento tenha início na educação infantil ou derive uma tradição de várias gerações, ele torna-se praticamente inabalável. Outro fator que exerce influência direta na manutenção de um estilo de pensamento é o seu grau de especialização: a vinculação de pensamento dos membros é maior quanto mais especializada e restrita em seu conteúdo for uma comunidade de pensamento. Em determinados casos, a comunidade ultrapassa os limites geográficos, políticos, de classe e de idade (FLECK, 2010, p. 159).

No estágio de desenvolvimento de um estilo de pensamento que corresponde ao seu momento de estabilidade, as normas e hábitos de pensamento são vistos como óbvios e como os únicos possíveis, imunes inclusive de reflexões ulteriores. No entanto, uma vez tornados conscientes, também podem ser considerados como sobrenaturais, como dogmas, como sistema de axiomas ou convenção útil (FLECK, 2010, p. 158-159). Essa “conscientização” opera-se através da comunicação intercoletiva de pensamento entre coletivos distintos. As diferenças entre dois estilos de pensamentos podem ser menores ou maiores. O tráfego de pensamento será menor quanto maior for a diferença entre dois estilos de pensamento. Haverá relações intercoletivas quando os estilos apresentarem traços comuns, independentemente das particularidades dos respectivos coletivos. Quando notados, os princípios de um coletivo

extremamente divergente serão percebidos como arbitrários, sua legitimação será vista como petição de princípio e seu estilo de pensamento assumirá ares de misticismo. Dependendo do parentesco entre os coletivos, os fatos e conceitos particulares podem ser ignorados, podem ser vistos como invenções livres ou interpretados de maneira diferente (traduzidos e adotados numa outra linguagem de pensamento). O chamado bom senso, a personificação do coletivo de pensamento cotidiano, funciona como fonte universal para muitos coletivos específicos. O que importa é observar que qualquer tráfego intercoletivo de pensamento implica um deslocamento ou alteração dos valores do coletivo de pensamento receptor em toda sua escala de possibilidades, desde uma “[...] pequena mudança matizada, passando pela mudança completa do sentido até a aniquilação de qualquer sentido.” (FLECK, 2010, p. 160-161). É essa alteração do estilo de pensamento (alteração na disposição à percepção direcionada) que possibilita descobertas e a criação de novos fatos. E são os indivíduos que atuam como veículo do tráfego intercoletivo de pensamento, na condição de pertencerem a várias comunidades de pensamento simultaneamente (FLECK, 2010, p. 162).

9 Considerações finais

Dado que o texto não buscou resolver um problema específico, uma conclusão em sentido estrito não caberia aqui. Porém, talvez seja necessário, em sede de considerações finais, trazer algumas observações que não encontraram espaço no desenvolvimento regular dos tópicos oferecidos.

A obra de Fleck (2010) pode parecer trivial aos que já se encontram familiarizados com alguns autores que se ocuparam, mesmo que indiretamente, com temas da Teoria do

Conhecimento na segunda metade do século XX. Nesse sentido, citam-se Berger (1985) e Latour (2005), este último que assumiu, de modo mais honesto que Kuhn (1998), ter sido influenciado por Fleck (2010). Não poderiam vir, porém, todos aqueles que compartilharam da mesma influência que teve Fleck (2010) naquilo que importa à concepção sociológica da produção do conhecimento. Todavia, é preciso deixar suficientemente claro que a primeira edição da *Gênese e desenvolvimento de um fato científico* data de 1935.

Aos críticos do relativismo, a perspectiva de conhecimento comparado oferecida por Fleck (2010) parece deixar aberta a porta aos mais diversos insultos. Sua insistência em afirmar que a definição da verdade não é algo absolutamente subjetivo, relativo ou convencional à livre disposição pode, porém, causar-lhes certo constrangimento. Obviamente não implicam o mesmo raciocínio, mas a saída encontrada por Fleck (2010) retoma o condicionamento da verdade em Tarski (1944, p. 342-343).

Nas observações sobre a manutenção e a substituição de um estilo de pensamento, nota-se um caminho promissor a ser trilhado. A percepção de Fleck (2010) sobre a tradução de um conceito de um coletivo de pensamento para outro e sobre a respectiva possibilidade de avanço na produção do conhecimento coincide com algumas considerações que ele já havia lido em outros autores e, principalmente, com aquilo que se pode perceber positivamente em recentes pesquisas jurídicas.

Por fim, merece registro a coerência de Fleck (2010) ao propor uma fundamentação sociológica da produção do conhecimento, tomando como pano de fundo de sua epistemologia a própria experiência dentro dos laboratórios. Ele fala sobre a prática científica menos como alguém que descreve que como alguém que vivencia

Referências

- BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*: tratado de sociologia do conhecimento. Tradução Floriano de Souza Ferntmdes. Petrópolis: Vozes, 1985.
- CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. Apresentação. In: CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão (Org.). *Ludwik Fleck*: estilos de pensamento na ciência. Belo Horizonte: Fino Traço, 2012.
- FEHR, Johannes. Ludwik Fleck – sua vida e obra. In: CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão (Org.). *Ludwik Fleck*: estilos de pensamento na ciência. Belo Horizonte: Fino Traço, 2012.
- FLECK, Ludwik (1935). *Gênese e desenvolvimento de um fato científico*: introdução à doutrina do estilo de pensamento e do coletivo de pensamento. Tradução Georg Otte e Mariana Camilo de Oliveira. Belo Horizonte: Fabrefactum, 2010.
- GOLDMAN, Gideon *et al.* Leukergy in inflammatory bowel disease. *Diseases of the Colon & Rectum*. Arlington Heights, v. 31, n. 11, p. 854-856, nov. 1988.
- GROVE, William Robert *et al.* *The correlation and conservation of forces*: a series of expositions. New York: D. Appleton and Company, 1868.
- KUHN, Thomas (1970). *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.
- LATOUR, Bruno. *Reassembling the social*: a introduction to Actor-Network-Theory. New York: Oxford University Press, 2005.
- LINDSAY, Robert Bruce. *Men of Physics*: Julius Robert Mayer, Prophet of Energy. Michigan: Pergamon Press, 1973.

LÖWY, Ilana. Fleck em seu tempo, Fleck em nosso tempo: gênese e desenvolvimento de um pensamento. *In*: CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão (Org.). *Ludwik Fleck: estilos de pensamento na ciência*. Belo Horizonte: Fino Traço, 2012.

POPPER, Karl. *A miséria do historicismo*. Tradução Octanny S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix e Editora USP, 1980.

SADY, Wojciech. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*: Ludwik Fleck. Summer 2012 Edition. Edward N. Zalta (Ed.). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/fleck/>>. Acesso em: 1º out. 2013.

SCHAFER, Lothar; SCHNELLE, Thomas. Fundamentação da perspectiva sociológica de Ludwik Fleck na teoria da ciência. *In*: FLECK, Ludwik (1935). *Gênese e desenvolvimento de um fato científico: introdução à doutrina do estilo de pensamento e do coletivo de pensamento*. Tradução Georg Otte e Mariana Camilo de Oliveira. Belo Horizonte: Fabrefactum, 2010.

TARSKI, Alfred. The Semantic Conception of Truth: and the Foundations of Semantics. *Philosophy and Phenomenological Research*. Berkeley: University of California Press, v. 4, n. 3, p. 341-376, mar. 1944.

WEBB, Chris; SMART, Victor; LISCIOTTO, Carmelo. The SS: Himmler's Schutzstaffel – 'Loyalty is my Honor'. *Holocaust Education & Archive Research Team*. 2008. Disponível em: <<http://www.holocaustresearchproject.org/holoprelude/aboutthess.html>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

CAPÍTULO XII



HISTÓRIA DO DIREITO E VERDADE: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA EPISTEMOLÓGICA DE KARL POPPER

Gabriela Natacha Bechara¹

1 Introdução

Acredito que valerá a pena tentar aprender alguma coisa sobre o mundo, mesmo que, ao fazê-lo, aprendamos simplesmente que não sabemos grande coisa. Esse estado de ignorância consciente poderia constituir uma ajuda em muitos dos nossos problemas. Poderia ser bom para todos nós lembrar que, embora nos diferenciemos consideravelmente uns dos outros na diversidade das pequeninas parcelas que conhecemos, na nossa infinita ignorância somos todos iguais. (POPPER, 2006, p. 51).

A Epistemologia, ou ainda a Teoria do Conhecimento, é um tradicional ramo da filosofia que se preocupa em estudar a natureza, a origem, a estrutura, os métodos e a validade do conhecimento, e vem ocupando papel central na filosofia, sendo que a visão tradicional de conhecimento verdadeiro justificado começa a ser questionada a partir do século XX.

Como motor propulsor da mudança tem-se a dúvida elementar que pertence ao cerne da Epistemologia: a questão de como identificar o conhecimento científico de outros saberes. Assim, é tão importante a teoria de Karl Popper e seu racionalismo crítico ao estabelecer claras definições acerca do

¹ Gabriela Natacha Bechara é Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD – UFSC). Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

que é ou não conhecimento científico, quanto uma metodologia racional, que estabeleça como deve ser o conhecimento e a pesquisa para serem considerados científicos.

Nesse sentido, tendo-se em vista o pensamento desenvolvido por Karl Popper, o objetivo deste artigo é fazer algumas aproximações iniciais sobre a possibilidade de verificação da existência de pontos de convergência entre a Epistemologia de Karl Popper e a História do Direito.

O escopo deste trabalho contempla, em síntese, alguns dos principais aspectos da Teoria do Conhecimento, desenvolvida por Popper, a partir do que se estabelecem possíveis contribuições da teoria popperiana à História do Direito.

2 O pensamento epistemológico de Karl Popper

Sir Karl Raimund Popper (Áustria, 1902 – Inglaterra, 1994) é considerado um dos filósofos da ciência mais importantes do século XX. Muitos de seus questionamentos e posicionamentos começaram a se delinear logo no início do século passado, contando, assim, com o recebimento de alguma influência do Círculo de Viena e das duas Guerras Mundiais. Sua forma de pensar e abordar questões, bem como seu posicionamento acerca da Teoria do Conhecimento influenciaram, por sua vez, o pensamento de outros grandes filósofos como Thomas S. Kuhn, Paul Feyerabend e Imri Lakatos.

Popper (2007) estabeleceu com acurada precisão os fundamentos da investigação científica, criando toda uma metodologia epistemológica, enfatizando o caráter empírico da teoria do conhecimento, destacando o método de aprendizado por tentativa e erro, o papel regulador da verdade, a postura crítica que o pesquisador deve possuir, e, em contrapartida,

a atitude dogmática, que visa a confirmação e a justificação de certas teorias. Popper considerava-se um racionalista. Acreditava no debate e no poder da argumentação, e muito de sua popularidade deve-se ao fato dele desenvolver certo ceticismo quanto à possibilidade de conhecer, pois para ele todo conhecimento é falível e corrigível, virtualmente provisório.

Ao empreender seus esforços intelectuais, Popper (1977) se viu influenciado pelo contexto social, político e histórico do qual fazia parte. Nesse sentido, seu contato com o marxismo durante a juventude foi determinante. Tornou-se comunista em 1919, e assim permaneceu por poucos meses, até que um incidente com jovens trabalhadores comunistas e socialistas o afastou do marxismo, que prometia a concretização de um mundo melhor, baseando-se no pretense conhecimento de leis do desenvolvimento histórico, que justificariam o uso de certos meios, tendo em vista um fim distante, mas inevitável. Segundo sua avaliação,

Terrível a gente admitir que possuía uma espécie de conhecimento que transformava em dever arriscar a vida de terceiros em prol de um dogma acolhido sem crítica ou de um sonho que, afinal, poderia jamais concretizar-se. E isso era particularmente aterrador em se tratando de intelectuais, de pessoas que sabiam ler e pensar. E era deprimente a ideia de haver caído na armadilha. (POPPER, 1977, p. 41).

Isso o aproximou da humildade socrática, da modéstia intelectual de quem sabe que nada sabe, e o transformou em um “falibilista” consciente das diferenças entre pensamento dogmático e crítico.

Outrossim, Einstein, talvez a mais importante influência em seu pensamento, representava para Popper a atitude científica, qual seja, a atitude crítica, da tentativa e erro na construção de teorias que mais se aproximassem da verdade. A Revolução

Einsteniana trouxe como consequência o fato de que nem mesmo a teoria newtoniana, durante séculos satisfatoriamente posta a provas, deve ser encarada de forma acrítica e dogmática, acima do nível das hipóteses (POPPER, 1977, p. 89).

Sobre essas influências todas, o autor admite que, na formulação de suas propostas, foi guiado por juízos de valor e certas predileções de ordem pessoal (POPPER, 2007, p. 39). E ele reconhece que a Epistemologia, que tem fama de abstrata, vaga e irrelevante, não é tão pura assim, visto que suas ideias podem ter motivações de caráter político (POPPER, 2006, p. 19 e 21).

Corroborando com essa linha de pensamento e rejeitando a teoria do aprendizado pela indução, mito já destruído por Hume, ele defendia que

[...] não existe nada a que se possa chamar observação destituída de preconceitos. Qualquer observação é uma atividade com um objetivo [...]; trata-se de uma atividade norteada pelos problemas e pelo contexto das expectativas [...] (POPPER, 1977, p. 59).

Além disso, o autor acreditava que todo aprendizado é uma modificação de algum conhecimento anterior, em que o dogma possui um papel relevante, pois “[...] fornece-nos o sistema de coordenadas necessário para explorar esse mundo novo, desconhecido e possivelmente algo caótico e, ao mesmo tempo, fornece-nos o necessário para criar ordem onde a ordem falte.” (POPPER, 1988, p. 65).

Para ele, portanto, sem teorias não há como começar a crítica. Dessa forma, a fase científica, de reflexão, é necessariamente precedida por uma fase dogmática, não científica.

Fruto de uma época em que a educação era um privilégio de poucos, e em que muitas das fontes do conhecimento eram

ainda divinas ou mitológicas, o autor possuía uma grande preocupação com o alcance da verdade e com o estabelecimento de fontes do conhecimento que não fossem ligadas a religião ou ao conhecimento costumeiro ou tradicional:

A ignorância pode ser obra de poderes que conspiram para nos manter ignorantes, para envenenar as nossas mentes, enchendo-as de falsidades, e para cegar os nossos olhos, de maneira a não poderem ver a verdade manifesta. Tais preconceitos e tais poderes serão, então, fontes de ignorância. (POPPER, 2006, p. 23).

Ele se insurge contra os preconceitos inculcados pela educação e pela tradição, enfatizando seu pensamento de que “[...] na procura da verdade, o nosso melhor plano pode ser o de começar por criticar as crenças que mais prezamos.” (POPPER, 2006, p. 22).

No conjunto de sua obra, o influente filósofo revela preocupação quanto ao objetivo da lógica do conhecimento, que, para ele, é o de elaborar um conceito de ciência empírica, popularmente conhecida como experiência (POPPER, 2007, p. 40-41).

Como problemas centrais “ensejadores” de seu pensamento, Popper (2007) teve os problemas da demarcação e da indução, a partir dos quais construiu todo um pensamento, que, por sua vez, deu origem a ramificações próprias. Assim, a partir do estudo e consolidação das respostas a essas duas questões fundamentais da teoria do conhecimento, surgiram hipóteses referentes às fontes do conhecimento, quanto ao que ele chamava de mito do contexto, de racionalismo crítico, de teoria do balde e de teoria do holofote, bem como surge sua metodologia de teste e a Tese do Mundo 3 (M3), entre outras. Mais uma vez acrescenta-se que, tendo em vista o objetivo proposto neste artigo, priorizam-se aqui apenas algumas dessas

hipóteses, cuja síntese, ainda que mutiladora em si mesma, faz-se a seguir.

2.1 O problema da demarcação

As sementes do que viria a ser sua teoria do conhecimento foram lançadas na Viena do ano de 1919, quando começou a ficar insatisfeito e impressionado com as pretensões de estatuto científico a que se davam três das mais destacadas teorias da época, quais sejam, a Teoria Marxista da História, a Psicanálise e a Psicologia Individual. Foi assim que surgiu a preocupação inicial de Popper (2006) em distinguir ciência de pseudociência. Dessa forma, suas perguntas motivadoras foram: “Quando é que uma teoria deve ser classificada como científica? Existe algum critério que determine o caráter ou estatuto científico de uma teoria?” (POPPER, 2006, p. 55).

O autor passou, então, a se dedicar à resolução do problema da demarcação, que definiu como

[...] o problema de estabelecer um critério que nos habilite a distinguir entre as ciências empíricas, de uma parte, e a Matemática e a Lógica, bem como os sistemas ‘metafísicos’, de outra. (POPPER, 2007, p. 35).

Ele acrescenta que o problema da demarcação foi abordado também por Hume, que tentou resolvê-lo, tendo se tornado o problema central da epistemologia com Kant (POPPER, 2007, p. 35).

Em seus estudos sobre o assunto, Popper advertiu acerca da falsa ideia de que o conhecimento deva ser justificado de forma positiva, e questionou a definição tradicional do que seria epistemologia, qual seja, “conhecimento verdadeiro justificado”. Segundo suas próprias palavras, “[...] o que deve ser abandonado é a busca pela justificação.” (POPPER, 1975, p. 39).

Nesse sentido, é falsa a ideia de que se deve justificar o conhecimento através de argumentos positivos, que confirmem ou tornem mais provável uma determinada teoria, o que implicaria, em última instância, na utilização de um argumento de autoridade. Para ele, a verdade não poderia ser estabelecida por decreto, estando acima da autoridade humana (POPPER, 2006, p. 51).

Assim, o que vai determinar o caráter científico de uma teoria, hipótese ou disciplina é a possibilidade de que suas premissas sejam falseáveis, ou seja, que elas sejam passíveis de testes empíricos, ainda que estes não ocorram. Como um critério da demarcação, Popper estabeleceu, então, a testabilidade.

Ao propor o critério da falseabilidade, da testabilidade, da refutabilidade, ou ainda da demarcação, Popper (2006) foi contra o entendimento tradicional epistemológico. Seu objetivo, nessa fase inicial, foi estabelecer uma clara distinção entre o que é ciência e o que não é, e “encontrar um critério de avaliação do caráter científico das teorias.” (POPPER, 2006, p. 64).

2.2 Algumas teses paralelas

Em sua teoria sobre a lógica do conhecimento científico, Popper (2007) não se preocupou com o como se deve criar ou conceber uma teoria, tarefa esta que depende da acumulação de dados e que contém elementos de irracionalidades, que não podem ser mensurados e não interessam a racionalidade científica. Ele se preocupou, sim, com o processo que envolve a justificação e a validação das teorias, o que caracterizaria o verdadeiro objeto da epistemologia. Esse processo de validação de teorias diz respeito ao processo de tentativa e erro, em que a falseabilidade figura como importante critério. Salienta-se que o Racionalismo Crítico, desenvolvido por Popper (2007)

é um método de corrigir e eliminar erros. As teorias, uma vez elaboradas, são testadas, confrontadas com a realidade, trazendo a possibilidade de ajustes e correções. Esse método deve proporcionar também a possibilidade de que os testes, feitos por aquele que propõe a teoria e realiza o experimento inicialmente, possam ser realizados também por outros cientistas. Caso não exista essa possibilidade, não se trata de conhecimento científico nem de Ciência (RODRIGUES; GRUBBA, 2012).

Consequentemente, se a Ciência produz teorias que devam ser testadas, o trabalho do cientista será o de elaborar teorias para, em seguida, também testá-las. É a busca pela verdade que impulsiona a investigação científica. O conhecimento científico alcançado permanece provisório, ainda passível de testes mesmo que já testado empiricamente.

A esse respeito, Popper (2006, p. 79) argumenta que “[...] todas as leis, todas as teorias, permanecem essencialmente provisórias, ou conjecturais, ou hipotéticas, mesmo que nos sintamos incapazes de continuar a pô-las em dúvida”.

Com relação às fontes do conhecimento, Popper também parte do princípio de que não existem fontes infalíveis ou ideais. Como o objetivo é alcançar a verdade, o cientista deve abandonar a ilusão, proporcionada pela segurança e pelo não questionamento, e abraçar a autocrítica, a disposição de modificar, de testar, e, quem sabe, de refutar a teoria inicialmente proposta. Essa é a postura crítica do cientista, que se opõe à postura dogmática, caracterizada pela busca da confirmação e não refutação de uma teoria. Segundo a Epistemologia de Popper, o que se alcançam são conformações transitórias. O conhecimento obtido, como produto da racionalidade humana, e a própria racionalidade são sempre falíveis. Apesar disso, o conhecimento científico é um dos maiores feitos da humanidade, pois permite a possibilidade de

se compreender melhor o mundo e melhorá-lo. (RODRIGUES; GRUBBA, 2012).

Popper (2006) adverte sobre o principal obstáculo à Ciência: a intolerância ideológica ou religiosa. A liberdade de expressão é um direito necessário ao desenvolver da Ciência, que precisa de ambiente que permita o debate livre, sem proibições de qualquer tipo. Ao discorrer sobre a tradição, Popper (2006) adverte que o grande instrumento do progresso é a ciência, cuja meta é o aumento da verossimilitude (maior aproximação possível com a verdade). Para ele “[...] o crescimento de todo o conhecimento consiste na modificação de conhecimento prévio [...]” (POPPER, 2006, p. 75), o que muitas vezes leva a resistências por parte de pessoas mais conservadoras e/ou tradicionais.

A Ciência, por si só, revela-se moderna, pois seu método é de “[...] conjecturas ousadas e tentativas engenhosas e severas para refutá-las.” (POPPER, 1975, p. 84). Ela avança por meio de conjecturas e refutações, revelando-se uma força libertadora do ser humano:

A história da Ciência, tal como a história de todas as ideias humanas, é uma história de sonhos irresponsáveis, de obstinação e de erro. Mas a Ciência é uma das muito poucas atividades humanas – talvez a única – em que os erros são sistematicamente criticados e frequentes vezes corrigidos com o tempo. (POPPER, 2006, p. 295).

Justamente tendo em vista a questão da falibilidade do conhecimento, Popper (2006, p. 311) não está interessado em estabelecer teorias científicas seguras ou certas, e sim em testá-las e criticá-las, para assim avançar para teorias melhores. O objetivo é eliminar tantos erros quanto possível, no intuito de alcançar uma maior proximidade com a verdade. Dessa forma, para ele é possível falar, objetivamente, de teorias melhores e

piores. Teorias melhores seriam aquelas que dizem respeito a um maior conteúdo, com maior poder explicativo, admitindo as provas mais severas (POPPER, 1977, p. 86 e 93).

3 História, Direito e Popper

Popper tratou, em algumas de suas obras, acerca das chamadas Ciências Sociais, com especial ênfase na História. Criticou principalmente “a tese de que as ciências sociais tem por tarefa apresentar profecias históricas, e que essas profecias históricas são necessárias se queremos conduzir a política de um modo racional.” (POPPER, 2006, p. 449). A isso, Popper chamou de historicismo.

Favorecendo sua crítica quanto ao historicismo, esse filósofo argumentava que

[...] um dos aspectos mais flagrantes da vida social é o fato de *que nada sai nunca exatamente como se pretendia*. As coisas revelam-se sempre um pouco diferentes do esperado. É muito raro produzirmos na vida social precisamente o efeito que desejávamos produzir, e vemos habitualmente a braços com coisas que nunca fizeram parte dos nossos planos. É claro que agirmos com determinados objetivos em mente. Mas, independentemente desses objetivos (que podemos ou não efetivamente alcançar) verificam-se sempre algumas consequências indesejadas das nossas ações. E, regra geral, essas consequências não podem ser eliminadas. Explicar por que não podem ser eliminadas é a grande tarefa da Ciência Social. (POPPER, 2006, p. 173, grifo do autor).

Em seguida, agregava que a

A teoria social tem [...] por tarefa explicar como surgem as consequências inesperadas das nossas intenções e ações, e que espécie de consequências ocorrerão se as pessoas fizerem isto, aquilo ou aqueloutro, numa determinada situação social. E é especialmente tarefa das Ciências Sociais analisar deste modo a existência e

o funcionamento das instituições (como as forças policiais, as companhias de seguros, as escolas ou os governos) e dos coletivos sociais (como os Estados, nações, classes ou outros grupos sociais). (POPPER, 2006, p. 175).

Popper acreditava que o papel prático das Ciências Sociais diz respeito à modesta tarefa de ajudar a compreender até as mais remotas consequências das possíveis ações humanas, ajudando, assim, a escolhê-las com maior sabedoria (POPPER, 2006, p. 458).

Ainda, no que classifica como seu esforço de guerra, Popper (1980, 1987) escreve suas duas obras de filosofia política: *A miséria do historicismo* e *A sociedade aberta e seus inimigos*. Nelas, ele defende a liberdade das ideias totalitárias, e adverte sobre o perigo do que classifica de superstições historicistas. “[...] nenhuma sociedade pode prever, cientificamente, seus futuros estágios de conhecimento.” (POPPER, 1980, p. 3).

Especialmente dirigida a Platão, Hegel e Marx, a crítica realizada por Popper (1980, 1987) teve muito a ver com o perigo oferecido pela ascensão de regimes totalitários em alguns países do século XX, que, em nome de um pretenso socialismo, dirigido pela História, ensejava a violência e cerceava a democracia e a liberdade de expressão.

Por historicismo, ele entedia

[...] a forma de abordar as Ciências Sociais que lhes atribui, como principal objetivo, o fazer predição histórica, admitindo que esse objetivo será atingível pela descoberta dos ‘ritmos’ ou dos ‘padrões’, das ‘leis’ ou das ‘tendências’ subjacentes à evolução da História. (POPPER, 1980, p. 6).

Popper defendia que a História

[...] se interessa por eventos individuais e por individuais personalidades, antes que por leis gerais abstratas. [...] É errado acreditar que possa haver uma história no sentido holista, [...] um história da humanidade. [...] Cada história escrita é história de certo e limitado aspecto desse desenvolvimento 'global' e é sempre história muito incompleta, até mesmo com relação ao particular e incompleto aspecto selecionado. (POPPER, 1980, p. 64).

Em sintonia com o defendido em toda sua obra, Popper (1987) lembra que, ao se interpretar, há sempre um ponto de vista, do qual se deve ter consciência. Não há, portanto, que se falar em história da humanidade e sim em história do poder político, elevada à categoria de história do mundo, pois

[...] a história do poder político nada mais é do que a história do crime internacional e do assassinio em massa [...]. Essa história é ensinada nas escolas e alguns dos maiores criminosos são exaltados como os seus heróis.” (POPPER, 1987, p. 279).

Para que houvesse uma efetiva história da humanidade, esta deveria ser a história de cada indivíduo, de cada esperança, luta e sofrimento, uma vez que não há homem mais importante do que o outro. Conclui-se, então, que a história por si só não tem qualquer significação, mas pode ser-lhe atribuído um significado, condizente com a sociedade aberta, a liberdade, a igualdade, e contra a ideia de progresso na história, de profetas. Cada um deve ser autor de seu próprio destino (POPPER, 1987, 278-289).

3.1 História do Direito

O Direito, como disciplina do conhecimento pertencente ao ramo das Ciências Sociais, possui algumas particularidades que lhe afastam a possibilidade de ser considerado científico. Em apertada síntese, pode-se dizer que, no Direito, as normas são valores e não fatos. Sendo valores, não são elementos

empíricos objetivos, capazes de serem testados em si mesmos, por isso não é ciência. Mas, aqui, não se pretende entrar em terreno tão pantanoso². Pretende-se apenas realizar uma primeira aproximação com alguns elementos teóricos trazidos por Popper (1980, 1987), passíveis de estabelecer diálogo com a História do Direito.

Segundo Popper (2006), a ciência avança pela tradição de modificar os seus mitos tradicionais. Acerca da relação existente entre as teorias científicas e as tradições, ele diz que

As nossas teorias científicas são instrumentos mediante os quais tentamos introduzir alguma ordem no caos em que vivemos, de modo a torna-lo racionalmente previsível. [...] De modo semelhante, a criação de tradições, tal como tanta da nossa legislação, tem precisamente a mesma função de introduzir alguma ordem e previsibilidade racional no mundo social em que vivemos. Não nos é possível agir racionalmente no mundo se não fizermos ideia de como é que este vai reagir às nossas ações. (POPPER, 2006, p. 182).

Voltando a reafirmar seu posicionamento, esse filósofo, mais uma vez, lembra que “[...] as tradições tem a importante e dupla função de não apenas criarem uma certa ordem, ou algo como uma estrutura social, mas de nos darem igualmente qualquer coisa com base na qual possamos agir: algo que podemos criticar e mudar.” (POPPER, 2006, p. 183).

Ocorre, entretanto, movimento inverso na seara jurídica, principalmente no que diz respeito à História do Direito. Isso porque

O senso comum dos juristas [...] gosta de pensar que o direito atual, o direito moderno, é o ápice de todas as elaborações jurídicas de todas as civilizações precedentes, já que é a única unvida com a água benta

² Mais informações acerca desse posicionamento podem ser obtidas em Rodrigues e Grubba (2012).

da 'racionalidade'. O direito moderno frequentemente é visto como o resultado final de uma evolução histórica onde tudo aquilo que era bom no passado vai sendo sabiamente assimilado e decantado, de modo a transformar o nosso direito vigente na mais sofisticada e elaborada maneira de abordar o fenômeno jurídico. (FONSECA, 2012, p. 23).

Baluartes desse posicionamento, Hespanha (2005, p. 23-26) defende que a história jurídica pode e tem sustentado diferentes discursos sobre o direito, sendo utilizada para legitimar o direito em voga; que

[...] o próprio direito necessita de ser legitimado, ou seja, necessita de que se construa um consenso social sobre o fundamento da sua obrigatoriedade, sobre a necessidade de se lhe obedecer. [Nesse sentido,] [...] a história poderia demonstrar, pelo menos, que se foram firmando consensos sobre certos valores ou sobre certas normas, e que esses consensos deveriam ser respeitados no presente.

Por conseguinte, o que se observa nas obras jurídicas é o uso legitimador dos antecedentes históricos, que obedece à ideia de continuidade do fenômeno jurídico, com base no modelo histórico evolucionista. Esse modelo concebe a história como uma acumulação progressiva de saberes, culminando no direito contemporâneo, verdadeiro apogeu do saber jurídico, uma vez que aperfeiçoado pela história. Absorvendo esse modelo, ainda que inconscientemente, o pesquisador na área do direito o reproduz.

Além da reprodução inconsciente, *mister* salientar a carência de uma postura metodológica condizente com a investigação científica e com os métodos de pesquisa histórica. Isso porque se faz largo uso de argumentos de autoridade e, na maioria das vezes, o autor, acostumado que é a defender causas e clientes, relega a plano secundário a preocupação com a verdade,

deixando de lado a objetividade e a neutralidade axiológica quando da colação de dados e posicionamentos, uma vez que são aduzidos apenas aqueles que corroboram e legitimam sua linha de argumentação.

4 Considerações finais

Este artigo visibilizou possíveis pontos de convergência entre a História do Direito e alguns pontos da teoria epistemológica de Karl Popper, trazendo algumas contribuições da teoria popperiana à História do Direito.

Corroborando nesse sentido, a teoria formulada por Popper (1987, 1980, 2006, 2007) contribui para uma percepção crítica do atual estágio da História do Direito, que pode ser percebida, segundo o aqui trazido, como sendo um ramo do conhecimento desenvolvido e estudado de forma dogmática e acrítica. Isso porque a postura do profissional da área de História do Direito parece fugir daquela preconizada por Popper (2007), qual seja, uma atitude crítica e reflexiva, que personifique os objetivos da ciência e do método científico.

Ao que parece, o pesquisador em História do Direito trabalha com a ideia de um modelo evolutivo, de soma de conhecimento e de busca de confirmação e justificação, cujas fontes são inquestionáveis, ignorando a transitoriedade de qualquer conhecimento, bem como a impossibilidade do abandono de juízos de valor e de pontos de vista e interpretações selecionadas.

O que se observa é a predominância do argumento de autoridade, pois se trabalha com conceitos e teorias inquestionáveis, em que a aproximação com a verdade é relegada a segundo plano, esquecendo-se da testabilidade e da

refutabilidade, do método de aprendizado da tentativa e erro e da construção de teorias melhores, que ofereçam explicações que abarquem um maior conteúdo e resistam melhor aos testes.

Referências

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. Univ. S. Paulo, 1975.

_____. *Autobiografia intelectual*. São Paulo: Cultrix, 1977.

_____. *A miséria do historicismo*. São Paulo: Cultrix, 1980.

_____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Ed. Univ. S. Paulo, 1987.

_____. *Conjecturas e refutações: o desenvolvimento do conhecimento científico*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. *Conhecer Direito I: a teoria do conhecimento no século XX e a ciência do direito*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

CAPÍTULO XIII



A CIÊNCIA E SUAS CLASSIFICAÇÕES: ONDE FICA A CIÊNCIA DO DIREITO?

Horácio Wanderlei Rodrigues¹

Gabriela Goedert²

Jessica Kindlein Angioletti³

1 Introdução

O presente artigo apresenta o que é o conhecimento científico – e o seu critério de demarcação –; distingue entre

¹ Horácio Wanderlei Rodrigues é Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Com estágio de Pós-Doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Estagiário de Pós-Doutorado em Educação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Titular de Teoria do Processo e Ética Profissional do Departamento de Direito e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFSC. Sócio-fundador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi). Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Coordenador do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Publicou dezenas de livros e de artigos em coletâneas e revistas especializadas, em especial sobre *Ensino e Pesquisa em Direito* e *Teoria do Processo*. Atualmente, tem como tema central de pesquisa os *Processos de produção do conhecimento na área do Direito* – o conhecimento jurídico produzido através da pesquisa, do ensino e das práticas profissionais.

² Gabriela Goedert é Bacharelada em Direito na pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) junto ao Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI).

³ Jessica Kindlein Angioletti é Bacharelada em Direito na pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) junto ao Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI).

ciências da natureza e ciências sociais e humanas; entre ciências da natureza e ciências normativas; e entre ciências básicas e ciências aplicadas. Observa-se que a construção de uma ciência do Direito, devidamente demarcada, necessita dessas definições aclaradas para que não se confunda doutrina com ciência e opinião com conhecimento.

O processo de conhecimento humano caracteriza-se pela relação entre sujeito e objeto. Nesse sentido, nota-se que pode haver diversos tipos de conhecimento, dependendo dos sujeitos e objetos que configuram uma relação. Entre esses tipos, podem-se notar, entre outros, os conhecimentos popular, religioso, filosófico e científico.

O conhecimento popular

é aquele baseado na experiência cotidiana da espécie, transmitido de geração para geração e na maioria das vezes relacionado às práticas que possibilitam ou facilitam sua sobrevivência (O QUE CIÊNCIA, 2005, p. 1).

É também denominado de “senso comum” porque, regra geral, todos possuem. É passado de geração em geração e não possui, necessariamente, comprovação científica, tampouco deriva de atividade de pesquisa, embora eventualmente essa espécie de atividade possa ter lhe dado origem. A aquisição do senso comum se dá através dos diversos processos e instituições de socialização e reprodução cultural, dentre os quais se podem destacar a família, a religião e os meios de comunicação.

O “conhecimento religioso” caracteriza-se por não possibilitar avaliação real, assim, não é possível comprová-lo, nem refutá-lo; pressupõe-se a aceitação dos dogmas, nos quais se funda.

[...] baseia-se na necessidade humana de tentar compreender e ou explicar algo que lhe parece incompreensível. [...] Qualquer filiação

a um sistema específico de pensamento ou crença que envolve uma posição filosófica, ética ou metafísica, faz também parte desse tipo de conhecimento. (O QUE É CIÊNCIA, 2005, p. 1).

Sobre o conhecimento filosófico, a Filosofia busca sempre conhecer o objeto de forma crítica, radical e em sua totalidade. (OLIVEIRA *et al*, 1990). Nesse sentido, o conhecimento filosófico é aquele que busca compreender os fundamentos de um determinado objeto cognoscível ou do próprio conhecimento sobre ele. Isso não significa que esse conhecimento encontre os fundamentos verdadeiros, tanto que existem várias escolas filosóficas e várias explicações filosóficas para um mesmo fenômeno. O conhecimento filosófico pode nascer em qualquer espaço, sobre qualquer objeto e a qualquer momento, embora existam os que entendam que ele é privativo dos filósofos e deve seguir os parâmetros e tradições específicos da área.

Relativamente ao conhecimento científico, era ele visto, tradicionalmente, como o conhecimento verdadeiro sobre um determinado objeto, descoberto com a utilização do método científico. Embora essa visão ainda seja muito forte em algumas áreas, a visão dominante hoje, no campo das ciências, é a de que a principal característica do conhecimento científico é sua testabilidade: ele tem de ser público quanto aos resultados, às hipóteses testadas e aos métodos utilizados, de forma que a sua produção possa ser reproduzida em qualquer outro lugar por qualquer outro cientista, sendo, então, confirmado ou refutado. Essa visão da ciência deve-se a Karl Popper (1972, 1975, 1978, 1980), para quem a verdade científica é sempre uma verdade provisória e sua característica principal é a refutabilidade. É da essência do conhecimento científico a sua produção através da pesquisa, utilizando métodos e técnicas adequados a cada área do conhecimento.

Este trabalho diferencia, no âmbito do conhecimento científico, a ciência teórica ou básica da ciência prática ou aplicada; também diferencia as ciências da natureza das ciências normativas, e as ciências da natureza das ciências sociais e humanas. Ressalta-se que, apesar de ser também objetivo deste trabalho compreender essas diferenciações, aqui não se valida a independência total entre as diferentes ciências retratadas. A título de exemplo, quando se tratam de ciências básica e aplicada, o viés mais corroborado contemporaneamente é o defendido por Stokes (2005), segundo o qual a pesquisa básica deve ser orientada pelo uso e pela diferenciação tradicional entre ciências da natureza e ciências sociais e humanas, que abrange atualmente uma série de críticas (SANTOS, 1993).

Nesse contexto, o problema para o qual se busca resposta neste artigo é: onde se situa, no âmbito dessas diversas classificações da ciência, a Ciência do Direito? Não é objetivo aqui analisar as eventuais possibilidades do conhecimento jurídico enquanto conhecimento científico, mas apenas identificar em quais espécies de ciência ele pode se enquadrar.

2 Conhecimento científico

De início, cabe uma breve digressão ante ao que caracterize o conhecimento científico, aprofundando o que foi dito no âmbito da introdução, para deixar mais clara a demarcação entre ciência e não ciência. Embora à primeira vista pareça evidente a caracterização do que seja ciência, nota-se que, no decorrer da história, diversos autores debruçaram-se sobre esse tema, provando que essa demarcação não é tão evidente e que a linha divisória entre ciência e quaisquer outros conhecimentos é mais tênue do que parece ao primeiro olhar.

Já o conhecimento científico, objeto deste trabalho, pode ser visto como uma modalidade que consiste na apropriação do objeto pelo pensamento, através de teorias a serem testadas com o uso de metodologia adequada, permitindo um saber o mais objetivo possível e uma representação mais completa e próxima da realidade. E, como já afirmado anteriormente, o conhecimento deve ser público quanto aos resultados, às hipóteses testadas e aos métodos utilizados, de forma que sua produção possa ser reproduzida em qualquer outro lugar por qualquer outro cientista, sendo então confirmado ou refutado.

A Ciência pode, portanto, ser definida como uma representação da realidade, um quadro abstrato, codificado, mas fiel da realidade, porque obtido dentro de regras estritas. Pode também, de maneira prática, ser definida como a soma dos conhecimentos humanos resultantes da observação e experimentação. Esta Ciência pode ser subdividida em ciências diversas, cada qual abrangendo um campo circunscrito dentro da Ciência, concernente a uma determinada parte ou aspecto da natureza das atividades humanas. (O QUE É CIÊNCIA, 2005, p. 2).

Toda pesquisa busca respostas para determinadas questões. Nesse viés, a pesquisa científica segue as diretrizes consagradas pela comunidade científica. Porém, nem todo resultado proveniente da pesquisa é aplicável imediatamente ou resulta em mudanças instantâneas para a comunidade não científica, isso porque, “muitas respostas obtidas na pesquisa científica apenas servem de subsídio para novas pesquisas. Desta forma, muitas vezes, é necessário reunir os resultados de várias pesquisas para então iniciar outra que, esta sim, poderá resultar em uma nova tecnologia ou produto para a sociedade.” (CARMO *et al*, 2011, p. 3).

Com isso, conclui-se que a produção do conhecimento científico pode se desenvolver, segundo sua natureza, a partir

de duas diretrizes. A primeira diretriz busca hipóteses que não precisam, necessariamente, ter uma finalidade prática, seria a ciência básica, fundamental ou teórica. À segunda diretriz, denominada ciência aplicada, instrumental ou prática, cabe utilizar “os conhecimentos gerados na pesquisa básica com finalidades imediatas.” (CARMO *et al*, 2011, p. 3), isto é, com o intuito de criar e desenvolver novos processos, produtos e tecnologias.

Chalmers (1999, p. 23), cujo livro é intitulado justamente com essa questão de primeira ordem – *O que é a ciência, afinal?* –, sintetiza em um parágrafo o que o senso comum entende por conhecimento científico:

Conhecimento científico é conhecimento provado. As teorias científicas são derivadas de maneira rigorosa da obtenção dos dados da experiência adquiridos por observação e experimento. A ciência é baseada no que podemos ver, ouvir, tocar etc. Opiniões ou preferências pessoais e suposições especulativas não têm lugar na ciência. A ciência é objetiva. O conhecimento científico é conhecimento confiável porque é conhecimento provado objetivamente.

Nota-se a ascensão desse senso comum, que identifica a ciência como conhecimento predominante em constante evolução, fruto da observação de um objeto real captado pelos sentidos, com o movimento histórico do Iluminismo, em que os filósofos da ciência, fascinados pelo conhecimento construído por grandes nomes como Galileu e Copérnico, atribuíram à ciência o *status* de um conhecimento superior, obtido pelo método científico. O positivismo, adotando o indutivismo, é a representação maior dessa perspectiva. E essa é ainda a noção presente no senso comum sobre o tema: a ciência como o conhecimento verdadeiro sobre a realidade, obtida através

do método científico, utilizando-se da razão e da empiria (observação e experiência controlada).

Mas como bem assevera Marques Neto (1982), a ciência é uma construção e não se dá apenas pela mera extração das leis naturais a partir da observação do real. Segundo ele:

As teorias científicas resultam sempre de um processo de construção, em que a razão tem um papel essencialmente ativo, ainda que o pesquisador de formação empirista sequer se dê conta disto. Com tal afirmação, não queremos absolutamente negar a importância do objeto real, como faz o idealismo extremado. Na verdade, é para o real que, em última instância, se dirigem as teorias científicas. Mas a captação do real jamais é pura porque obtida mediante a aplicação de um método, que, por seu turno, resulta do referencial teórico que direciona a atividade de pesquisa. Os *dados* que o pesquisador coleta não vão além dos limites permitidos pelo seu método de investigação e, por isso, resultam de um processo de escolha dirigido pela teoria. Daí a afirmação de que *toda dado é construído* e, conseqüentemente, toda teoria científica se caracteriza por expressar um conhecimento aproximado, retificável, e não um simples reflexo dos fatos. (MARQUES NETO, 1982, p. 36).

No mesmo sentido, Fourez (1995) posiciona a ciência como construção e demonstra que as observações nunca são destituídas de conceitos construídos anteriormente dentro da comunidade científica, da qual o pesquisador faz parte. Segundo ele:

O que está em questão é tomar uma distância em relação ao modelo artificial de acordo com o qual um indivíduo só observaria ‘objetivamente’ e de maneira independente de qualquer história, de modo absoluto, as ‘coisas tais como são’; trata-se de propor um modelo segundo o qual a observação seja uma construção social relativa a uma cultura e a seus projetos (FOUREZ, 1995, p. 50).

E, ademais, Chalmers (1999, p. 19) ressalva que

A ciência repousa sobre um fundamento seguro adquirido através de observação e experimento e com a ideia de que há algum tipo de procedimento de inferência que nos possibilita derivar teorias científicas de modo confiável de uma tal base. Simplesmente não existe método que possibilite às teorias científicas serem provadas verdadeiras ou mesmo provavelmente verdadeiras.

Considerando o exposto, sendo a ciência uma construção, importa questionar quanto ao critério de demarcação, o que distingue a ciência de outras modalidades de conhecimento, como o popular, o religioso (ou ideológico, em sentido mais amplo) e o filosófico.

Karl Popper (197-, 1972, 1975) oferece como critério para essa demarcação o “falsificacionismo”. Para ele, o critério que determina a cientificidade de uma teoria reside fundamentalmente na possibilidade de a hipótese ser falseável. Por meio de uma lógica dedutiva, deve existir a possibilidade de se verificar empiricamente uma hipótese e testá-la. Assim é científica uma preposição quando dela se puder deduzir um conjunto de enunciados de observação que possam falseá-la, ainda que isso não ocorra. Ou seja, os enunciados devem ser passíveis de teste empírico.

Essa proposta apresentada por Popper dirige-se especificamente às denominadas ciências empíricas, ou seja, aquelas que possuem uma base empírica que permita o teste e a consequente refutação (ou corroboração) do enunciado. E há um pressuposto lógico que deve ser preenchido: o de que não existam contradições entre os enunciados da teoria a ser testada.

Essa posição popperiana é a dominante no âmbito das ciências da natureza. E, segundo o seu autor, é também aplicável nas ciências sociais que possuem base empírica, como a Sociologia. Entretanto, é um critério de difícil adoção quando se trata de uma ciência social normativa, como é o caso da Ciência

do Direito. Ele também questiona a sua possibilidade no que denomina de ciências históricas.

3 O complexo problema da classificação das ciências

Quando se fala de ciência e de conhecimento científico é necessário ter em conta a diversidade de classificações existentes. É possível falar em ciências da natureza em contraposição às ciências sociais e humanas. De outro lado, também há a diferenciação entre ciências da natureza e ciências normativas. Ainda uma discussão fundamental é a divisão em ciências básica e ciências aplicadas. Surgem também outras categorias, como ciências empíricas, ciências históricas e ciências formais, dentre outras.

Aqui, serão fundamentalmente identificadas as seguintes divisões: (a) ciências da natureza *versus* ciências sociais e humanas; (b) ciências da natureza *versus* ciências normativas; e (c) ciências teóricas – básicas, fundamentais ou puras – *versus* ciências aplicadas – práticas ou instrumentais. O objetivo é situar a Ciência do Direito no âmbito dessas classificações.

3.1 Ciências da natureza versus ciências sociais e humanas

As ciências da natureza – ou ciências naturais – têm como objeto de estudo a natureza, pois que estudam os aspectos físicos e não os aspectos humanos do mundo. De outro lado, as ciências sociais e humanas tratam dos seres humanos como indivíduos e como seres sociais.

Relativamente às ciências sociais e humanas é necessário destacar que não há uma uniformidade na utilização dessa

denominação. Há quem as denomine de Ciências Sociais e outros de Ciências Humanas. E há os que utilizam a expressão Ciências Sociais para algumas áreas do conhecimento que podem ser consideradas ciências (Sociologia, Antropologia, História etc.) e a expressão Humanidades para outras áreas do conhecimento que não poderiam ser consideradas ciências (Filosofia, Artes etc.).

Tratando as semelhanças e diferenças entre as ciências naturais e as ciências sociais e humanas, DaMatta (1987) afirma que a primeira categoria possui por objeto fatos que se repitam, o que permite que suas teorias sejam testadas; já a segunda categoria busca conhecer fenômenos complexos, fatos humanos que não mais estão ocorrendo ou que não podem ser reproduzidos em condições controladas, embora ainda possam ser observados. Esses eventos humanos podem ocorrer em ambientes diversos e, por essa razão, podem ter sua significação modificada no espaço-tempo.

Soto (2012, grifo do autor) afirma que há duas diferenças fundamentais entre as ciências da natureza e as ciências sociais e humanas:

A primeira e mais direta resposta pode soar estranha e difícil de acreditar, mas é a mais perfeita definição da diferença entre ambas: as ciências naturais estudam fenômenos relativamente *simples e fáceis*. Já as ciências da ação humana estudam fenômenos relativamente *complexos*. Ou, ainda mais apropriado, fenômenos *extremamente complexos*.

Logo, em termos mais práticos, o que distingue um praticante das ciências naturais — como um químico, um físico, um biólogo, um médico — de um economista é o fato de que o químico, o físico, o biólogo e o médico estudam fenômenos simples e fáceis, em termos relativos, ao passo que estudiosos das ciências sociais lidam com fenômenos de extrema complexidade. [...]

Uma segunda diferença entre as ciências naturais e as ciências sociais é que o objeto de estudo das ciências naturais são as coisas, as

matérias, as substâncias: uma pedra, um mineral, uma planta, uma vesícula biliar. Já o objeto de investigação ou estudo das ciências humanas *não* são coisas, mas sim ideias — as ideias que os seres humanos têm a respeito de seus objetivos e dos meios com os quais alcançar esses seus objetivos. Esta é uma diferença essencial entre o mundo da ciência natural e o mundo da ciência social. Nas ciências naturais, seus profissionais estão sempre fazendo experimentos em laboratório, observando e analisando como reagem coisas externas a nós; nas ciências sociais, investigamos as ideias que outros indivíduos têm, investigamos como agem e o que fazem — ou seja, investigamos seus objetivos e os meios utilizados para alcançarem estes objetivos.

Contemporaneamente, com base em Santos (1993), é possível dizer que toda ciência — que tenha por objeto os feitos humanos ou os fatos naturais — é *práxis* social. E sendo o estudo da *práxis* social o objeto das ciências sociais e humanas, a elas cabe explicar as ciências naturais. Nesse sentido, estas não podem mais ser vistas como saberes separados e isolados. Essa dicotomia pode ter deixado de possuir, pelo menos em parte, sentido e utilidade; está assentada em uma concepção mecanicista da natureza que a contrapunha à cultura. Entretanto, as descobertas e avanços ocorridos na Física, na Química e na Biologia — ou seja, no âmbito das próprias ciências naturais — nos últimos cem anos colocaram essa concepção em cheque.

Popper (1978, 2006) critica a visão cientificista que exige que as ciências sociais aprendam com as ciências naturais o que é o método científico, visto este como o método indutivo. Segundo ele, essa posição está alicerçada no mito de que o método das ciências naturais é a indução do caráter de objetividade dessas ciências, visto como neutralidade ou isenção de valores frente ao objeto. Não há ciências nas quais apenas se observe; em todas as ciências o que ocorre é a teorização, de forma mais ou menos crítica, mais consciente ou não; e isso se aplica integralmente também às ciências sociais. Para ele, o problema das ciências

sociais coloca-se no plano da ausência de um critério objetivo de busca da verdade, permitindo maior influência das ideologias.

Afirma Popper (1978, 1980, 1981, 1998, 2006) que a Sociologia pode existir autonomamente, de forma independente da Psicologia, que, segundo ele, não pode ser vista nas ciências sociais como ciência básica. Ele destaca a necessidade da mudança metodológica no campo da Sociologia Teórica e também no campo da Ciência Política e da atividade política. A tarefa fundamental da Sociologia, segundo o filósofo, é descrever o ambiente social. Ele sugere que se adotem provisoriamente como problemas fundamentais para a Sociologia Teórica a teoria das instituições e tradições, e a lógica situacional.

Das denominadas Ciências Sociais, a História é a que recebe de Popper (1998) a maior atenção. Para ele, o que há efetivamente, são interpretações históricas e não teorias históricas, considerando que, regra geral, não é possível colocá-las à prova. História, no sentido de história da humanidade, como é ensinada nas escolas e faz parte do senso comum, não existe. O que existe são infinitas histórias das várias espécies de aspectos da vida. O erro é que se atribui a uma história específica, a história do poder político, por exemplo, o sentido de história da humanidade. Se houvesse uma história universal da humanidade, ela teria de ser a história de todos os seres humanos.

Ressalta ainda Popper (1998) que também a ideia de que a história progride e que a humanidade está condenada ao progresso é um equívoco igualmente perigoso – o ser humano necessita de esperança, não de certezas. Essa ideia é perigosa porque pode fazer o ser humano acreditar que não é ele que atribui sentido à história. A tese fundamental de Popper (1980, p. 1) nesse tema é a de que “[...] a crença no destino histórico é

pura superstição e de que não há como prever, com os recursos do método científico ou de qualquer outro método racional, o caminho da história humana”.

Para Popper (1980, 1998), o historicismo, visto como uma forma de tratar as Ciências Sociais, que lhes atribui como objetivo principal realizar previsões históricas com base na existência de leis, padrões ou tendências presentes na história, é um perigo para a democracia e a liberdade. O interesse do historicismo pelo desenvolvimento da sociedade como um todo revela a presença do holismo como um dos elementos que o integram. Segundo essa perspectiva, é necessário enfrentar e resolver os problemas como um todo, o que é lógico e praticamente impossível – o todo não tem como ser objeto de pesquisa científica.

No campo social, além dos problemas teóricos, o filósofo austríaco também enumera uma série de problemas práticos. Considera que o principal problema de uma política pública racional seja evitar todo o sofrimento que se puder, e que a promoção da felicidade deva ser deixada à iniciativa privada (POPPER, 1981). Considerando a necessidade de implementar com urgência medidas de solução de problemas no campo social, através de mudanças na forma de fazer política, estabelecer prioridades e administrar o Estado, ele afirma que “[...] hoje em dia, a pesquisa social se reveste de urgência prática maior do que a reclamada pela pesquisa da cura do câncer.” (POPPER, 1980, p. 46).

Popper (1980) ressalta sua convicção de que para alcançar resultados práticos no campo das Ciências Sociais (e mesmo das Ciências Naturais) a melhor forma é a análise crítica combinada com a correção gradual. Refere-se a esses métodos como “tecnologia de ação gradual”. Uma das vantagens de trabalhar com enfoque tecnológico é que ele tem por característica tornar

evidente aquilo que não pode ser realizado. A tecnologia, relativamente aos fins, informa se são compatíveis entre si e se sua concretização é possível (POPPER, 1980).

Nessa mesma obra, ele introduz também a ideia de “engenharia social de ação gradual”, cuja tarefa é “[...] projetar instituições sociais, reconstruí-las e fazer as já existentes operarem.” (POPPER, 1980, p. 52). Ele utiliza a expressão “instituições sociais” em sentido amplo, para nelas incluir entidades de caráter privado e de caráter público. Também esclarece que a grande maioria das instituições não nasce de forma planejada, mas que, sob o prisma tecnológico, todas devem ser vistas de um ponto de vista instrumental ou funcional. Atribuindo às instituições essa feição tecnológica, torna-se muito mais fácil formular hipóteses sobre elas. E, dessa forma, sejam quais forem os fins, será possível ir ao seu enalço por meio de ajustamentos e reajustamentos que permitam uma melhoria contínua (POPPER, 1980).

Das ciências sociais, aquela que segundo ele é a mais avançada é a Economia Política, sendo que os seus resultados demonstram a existência de um método puramente objetivo nas ciências sociais – o método objetivo-compreensivo ou lógica situacional (POPPER, 2006).

Ele [o método objetivo-compreensivo ou lógica situacional] consiste em analisar suficientemente a situação da pessoa agente para explicar a ação a partir da situação sem outros auxílios psicológicos. A ‘compreensão’ objetiva consiste em vermos que a ação era objetivamente *apropriada à situação*. Em outras palavras, a situação é analisada com amplitude suficiente para que os elementos que no início pareciam psicológicos [...] se transformem em elementos da situação. O homem com esses ou aqueles desejos torna-se então um homem cuja situação caracteriza-se por ele estar objetivamente equipado com essas ou aquelas teorias, ou com essa ou aquela informação.

Isso então nos possibilita compreender suas ações no sentido objetivo de que podemos dizer: é certo, eu tenho objetivos e teorias [...]; mas se eu tivesse estado em sua situação assim analisada – uma situação que inclui objetivos e conhecimentos – eu, e certamente também você, teria agido da mesma forma. O método da análise situacional é, portanto, um método individualista, mas não psicológico, pois ele, por princípio, exclui elementos psicológicos e os substitui por elementos situacionais objetivos. (POPPER, 2006, p. 112-113, grifo do autor).

Para o referido filósofo, a grande vantagem desse método é que, ao assumir o mundo físico em que se age e o mundo social em que se interage – formado por pessoas e instituições –, seus resultados são empírica e racionalmente criticáveis e, portanto, passíveis de melhorias. Ainda, segundo ele, o conceito de verossimilitude ou verossimilhança – aproximação da verdade – é indispensável para a utilização da análise situacional nas Ciências Sociais (POPPER, 2006).

Popper (1978) enumera 27 teses. Dessas, ele afirma que a sexta é a mais importante. Nela, está exposto o método que entende ser tanto das Ciências Sociais como das Ciências Naturais. Ou seja, ele não diferencia as ciências pelo método. Embora já se tenha dedicado um item específico deste trabalho à proposta popperiana do método, optou-se por reproduzir o texto específico constante dessa obra, ainda que possa parecer repetitivo:

- a) O método das ciências sociais, como aquele das ciências naturais, consiste em experimentar possíveis soluções para certos problemas; os problemas com os quais iniciam-se nossas investigações e aqueles que surgem durante a investigação.

As soluções são propostas e criticadas. Se uma solução proposta não está aberta a uma crítica pertinente

então é excluída como não científica, embora, talvez, apenas temporariamente.

- b) Se a solução tentada está aberta a críticas pertinentes, então tentamos refutá-la; pois toda crítica consiste em tentativas de refutação.
- c) Se uma solução tentada é refutada através do nosso criticismo, fazemos outra tentativa.
- d) Se ela resiste à crítica, aceitamo-la temporariamente; e a aceitamos, acima de tudo, como digna de ser discutida e criticada mais além.
- e) Portanto, o método da ciência consiste em tentativas experimentais para resolver nossos problemas por conjecturas que são controladas por severa crítica. É um desenvolvimento crítico consciente do método de ‘ensaio e erro’.
- f) A assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica – a contradição lógica – é objetivo. (POPPER, 1978, p. 16).

Para introduzir métodos científicos no estudo da sociedade e da política, ele afirma que é necessário, antes de tudo, adotar uma atitude crítica, compreender e aceitar que além da tentativa, o erro também é necessário. E é preciso, mais do que esperar os erros, buscar conscientemente identificá-los.

Todos nós temos uma propensão não-científica para julgar-nos sempre certos, e essa propensão parece particularmente comum entre políticos profissionais e amadores. Sem embargo, a única maneira de aplicar algo que se assemelhe a método científico em política é admitir o pressuposto de que não pode haver ação política destituída de inconveniências, que não envolva consequências indesejáveis. Buscar

essas falhas, encontrá-las, expô-las, analisá-las e aprender com elas, isto é o que dever fazer o político científico, assim como o cientista político. Método científico em política significa que a grande arte de nos convenceremos de que não cometemos erros, de ignorar esses erros, de escondê-los e de culpar outros por eles há de ser substituída pela arte ainda mais elevada de aceitar a responsabilidade por aqueles erros, tentando aprender com eles e aplicando esse conhecimento para evitá-los no futuro. (POPPER, 1980, p. 69).

Outra questão fundamental é a tolerância, em especial nas Ciências Sociais e, entre elas, na Ciência Política – bem como na atividade política. Uma teoria não é mais do que uma suposição e não vale a pena morrer por ela. O método de tentativa e erro permite que as teorias morram por nós (POPPER, 1995).

Além de todas as questões já colocadas, há ainda alguns mitos que servem como verdadeiros entraves à pesquisa científica nas ciências sociais. O primeiro é o “mito do contexto” ou “mito do referente”, comumente “[...] utilizado na pesquisa em ciências sociais sob a denominação de teoria de base ou referencial teórico e da adoção dos denominados conceitos operacionais.” (POPPER, 1978, 1995, 2006) – a ciência não se faz de conceitos, mas de descrição e explicação de fatos. Também critica a “ideia de verdade relativa”, presente em situações como o relativismo histórico, segundo o qual não há verdade objetiva, mas apenas verdades para uma determinada época, ou o relativismo sociológico, que afirma a existência a verdades para determinadas classes ou grupos. O “relativismo” permite a existência de várias verdades, e, portanto, de nenhuma; é necessário que se reconheça a existência de um pluralismo crítico.

Para Popper (1980), outro mito que atrapalha as Ciências Sociais é o de que seu objeto é mais complexo do que o das Ciências Naturais. Ele destaca que ambos os objetos são

complexos e que essa visão decorre, de um lado, da comparação de duas realidades incomparáveis – situações sociais concretas e situações físicas experimentais –, e de outro, a crença de que a descrição de uma realidade social implica em estudar os elementos psicológicos e físicos de todos os envolvidos. Segundo ele, sabe-se que, embora o ser humano não aja de forma totalmente racional, o elemento racionalidade está presente em quase todas as situações sociais, se não em todas. Isso permite elaborar modelos de ações e interações, utilizando-os em termos de aproximação.

Popper (1980) não desconhece, entretanto, a existência de diferenças entre essas ciências. Uma diferença importante entre algumas das ciências teóricas da natureza e da sociedade reside na dificuldade específica da aplicação de métodos quantitativos nas Ciências Sociais, principalmente métodos de medida. Ele aponta os métodos estatísticos como uma possível alternativa.

Há ainda, segundo o autor, o mito de que o cientista social é menos objetivo que o cientista natural. O cientista natural é tão parcial quanto o cientista social. O que há nas ciências naturais é uma crítica intersubjetiva mais efetiva, que elimina os erros pela sua refutação, aproximando o conhecimento da verdade; “[...] a objetividade repousa, unicamente, sobre uma crítica recíproca.” (POPPER, 1978, p. 23). Ou seja, o grau de discussão racional é maior nas ciências naturais, mas, mesmo nelas, há a defesa das próprias ideias de maneira unilateral e parcial. Segundo ele, a objetividade científica só pode ser explicada por meio de categorias sociais como competição, tradição, instituições sociais, publicações plurais, tolerância política e liberdade de expressão. De outro lado, um cientista imparcial, sem valores, seria um cientista desumano; e, sem paixão, não há busca da verdade, portanto, não há ciência (POPPER, 1978, 2006).

O austríaco entende que não é possível eliminar os interesses extracientíficos da pesquisa científica, tanto nas ciências sociais como nas ciências naturais. O que é possível é separar os interesses que pertençam à busca da verdade daqueles que não pertençam. Além disso, visto que não existem disciplinas científicas em si mesmas, tanto quanto nas áreas em que os problemas de análise são naturais, também naqueles em que eles são de natureza social (em sentido amplo), há a possibilidade da análise científica (POPPER; 1978, 2006).

Importa retornar rapidamente ao problema das ciências históricas, assim denominadas pelo referido filósofo, as ciências que têm “[...] interesse em acontecimentos específicos e em sua explicação.” (POPPER, 1998, p. 272). Elas se diferenciam das ciências generalizadoras, puras e aplicadas, “[...] interessadas, respectivamente, em comprovar hipóteses universais e em prever acontecimentos específicos.” (POPPER, 1998, p. 271). No âmbito das ciências sociais, segundo ele, a História seria da primeira espécie e a Sociologia da segunda; já as ciências da natureza são, a princípio, todas generalizadoras (POPPER, 1998).

A Ciência do Direito – tradicionalmente considerada uma ciência social – enquadraria-se também em outra situação, a das ciências normativas, como se verá na próxima seção. Ao se considerar a Sociologia do Direito como Ciência do Direito, é possível pensá-la como ciência generalizadora, considerando-se a perspectiva popperiana.

3.2 Ciências da natureza versus ciências normativas

Popper (1998), ao tratar da relação entre natureza e convenção, destaca a necessidade de distinguir o ambiente natural em que vive o ser humano de seu ambiente social.

Segundo ele, “[...] a maioria dentre nós tem forte inclinação para aceitar as peculiaridades de nosso ambiente social como se fosse ‘naturais’.” (POPPER, 1998, p. 71). Nesse contexto, ele busca realizar uma distinção fundamental entre o que são leis da natureza e o que são leis normativas:

(a) *leis naturais*, ou leis da natureza, tais como as leis que regulam os movimentos do sol, da lua e dos planetas, a sucessão das estações, etc., ou a lei da gravidade, ou, digamos, as leis da termo-dinâmica; e [...].

(b) *leis normativas*, ou normas, ou proibições, ou mandamentos, isto é, regras tais que proíbem ou exigem certos modos de conduta, como por exemplo os Dez Mandamentos, ou as regras legais reguladoras do processo de eleição dos Membros do Parlamento, ou as leis que formavam a Constituição Ateniense. (POPPER, 1998, p. 71, grifo do autor).

Para que essa importante distinção fique suficientemente clara, de forma a que se perceba a impropriedade de se falar de normas jurídicas como leis naturais, transcreve-se a seguir um longo trecho presente na referida obra:

Como a discussão de tais assuntos muitas vezes é viciada pela tendência a apagar essa distinção, não serão demais uma poucas palavras a respeito. Uma lei em certo sentido (a) – uma lei natural – descreve uma facta regular, estrito e invariável, que ou efetivamente se realiza na natureza (e nesse caso a lei é uma afirmativa verdadeira), ou não se realiza (e nesse caso é falsa). Quando não sabemos se uma lei da natureza é verdadeira ou falsa e desejamos chamar a atenção para a nossa incerteza, muitas vezes a denominamos ‘uma hipótese’. Uma lei natural é inalterável; não tem exceções. E se verificarmos que algo sucedeu que a contradiz, então não diremos que existe uma exceção, ou uma alteração da lei, e sim que nossa hipótese foi refutada, pois se comprovou que a estrita regularidade suposta não se manteve, ou, em outras palavras, que a suposta lei da natureza não era uma verdadeira lei natural, mas uma afirmação falsa. Sendo inalteráveis as leis da natureza não podem ser quebradas nem reforçadas. Estão fora do controle humano, embora talvez possam ser por nós usada para

fins técnicos, e ainda que nos cause dificuldades não as conhecer, ou ignorá-las.

Tudo é muito diferente se nos voltarmos para as leis da espécie (b), isto é, para as leis normativa. Seja ou não uma disposição legal ou um mandamento moral, uma lei normativa pode ser reforçada pelos homens. É, também, alterável. Pode às vezes se descrita como boa ou má, certa ou errada, aceitável ou inaceitável; mas só em sentido metafórico poderá ser chamada ‘verdadeira’ ou ‘falsa’, pois não descreve um facto, mas estabelece directivas para nosso comportamento. Se tiver algum conteúdo ou significação, poderá ser violada; e, se não puder ser violada, então será supérflua e sem significação. [...] Se uma lei normativa significativa é observada, isso sempre se deve ao controle humano, a ações e decisões humanas. Deve-se, costumeiramente, à decisão de introduzir sanções, de punir ou refrear os que infringem a lei.

Creio, em conjunto com grande número de pensadores e especialmente com muitos cientistas sociais, que a distinção entre uma lei do sentido (a), isto é, afirmações que descrevem factos regulares da natureza, e uma lei do sentido (b), isto é, normas tais como proibições ou mandamentos, é uma distinção fundamental; essas duas espécies de leis pouco mais têm em comum do que o nome. [...] Assim, reservaremos a expressão ‘leis naturais’ exclusivamente para as leis do tipo (a), e recusaremos aplicar tal expressão a quaisquer normas que se proclame serem ‘naturais’, num outro sentido. (POPPER, 1998, p. 71-73).

Ao se adotar essa diferenciação entre leis naturais (leis da natureza) e leis normativas (normas criadas pelos seres humanos), pode-se adotar como critério para diferenciar as ciências da natureza das ciências normativas o seu objeto: as primeiras têm por objeto as leis da natureza (Física, Química, Biologia etc.); as segundas possuem por objeto normas humanas (Ciência do Direito e Ética).

Pode-se dizer isso de outra forma, afirmando que as ciências da natureza diferenciam-se das normativas nas esferas de domínio de cada uma delas: as primeiras seriam atinentes

ao “ser” e as segundas ao “dever ser”. Sobre essa distinção, manifesta-se Miaille (1994, p. 300):

Assim, diversamente da lei natural, a ordem jurídica é artificial: ligada à cultura, ela pode, pois, ser transgredida, na medida em que os comportamentos culturais são adquiridos e não inatos. <<Não matarás>> não significa que não se mate outrem. Matar, permanece, pois, possível contra a ordem jurídica, mas com consequências repressivas. Se violar a ordem natural é impossível, violar a ordem jurídica é sempre possível, mas não impunemente.

Essa diferença está alicerçada no fato de que as ciências da natureza regem-se pelo princípio da causalidade, e as ciências normativas pelo princípio da imputabilidade. Pensando especificamente na Ciência do Direito, essa diferença, de dimensão lógica, faz com que ela se distancie, além das ciências da natureza, também de muitas das ciências sociais, como a Sociologia, que seriam regidas pela causalidade. Nesse sentido, assevera Kelsen (1998, p. 61) que

A Psicologia, a Etnologia, a História, a Sociologia são ciências que têm por objeto a conduta humana na medida em que ela é determinada através de leis causais, isto é, na medida em que se processa no domínio da natureza ou da realidade natural. Quando uma ciência é designada como ciência social por se dirigir à conduta recíproca dos homens, uma tal ciência social, na medida em que procura explicar causalmente a conduta humana, não se distingue essencialmente, como já foi salientado, das ciências naturais como a Física, a Biologia ou a Psicologia. Até que ponto é possível uma tal explicação causal da conduta humana, essa é uma outra questão. A distinção que, sob este aspecto, existe entre as mencionadas ciências sociais e as ciências naturais é, em todo o caso, uma distinção apenas de grau e não de princípio. Uma distinção essencial existe apenas entre as ciências naturais e aquelas ciências sociais que interpretam a conduta recíproca dos homens, não segundo o princípio da causalidade, mas segundo o princípio da imputação; ciências que não descrevem como se processa a conduta humana determinada por leis causais, no domínio da realidade natural, mas como ela, determinada por normas

positivas, isto é, por normas postas através de atos humanos, se deve processar. [...] Ciências sociais deste tipo são a Ética, isto é, a ciência da Moral, e a Jurisprudência, ciência do Direito. Se estas ciências são designadas como ciências normativas, isto não significa que elas estabeleçam normas para a conduta humana e, conseqüentemente, prescrevem uma conduta humana, confirmam competência para ela ou positivamente a permitam, mas que elas descrevem certas normas, postas por atos humanos, e as relações entre os homens através delas criadas.

Nesse sentido, a Ciência do Direito, entendida como aquela que possui por objeto de conhecimento o Direito, visto como fenômeno normativo – o conjunto de normas gerais e individuais vigentes em um determinado tempo-espço, cujo descumprimento implica aplicação de uma sanção por parte da autoridade legalmente constituída – é uma ciência normativa, não uma ciência natural. E, embora seja uma ciência social, não é uma ciência social nos mesmos moldes que a Sociologia e outras ciências sociais, cujo objeto são leis naturais e não leis normativas.

3.3 Ciência teórica e ciência aplicada

A história da ciência indica que a discussão entre o que seria ciência teórica e como ela se diferenciaria da ciência aplicada possui raízes muito antigas. Entretanto, neste artigo busca-se compreender como essa diferença é entendida contemporaneamente. Uma forma simples de apresentar o tema é dizer que a pesquisa aplicada define-se como aquela que busca um fim prático, específico, e que a ciência básica ou teórica não possui fins imediatos ou pré-definidos, buscando o conhecimento pelo conhecimento.

Segundo Fourez (1995), a ciência teórica é aquela que se produz sem se preocupar de imediato com sua aplicação prática,

embora indiretamente possa haver essa aplicação. Segundo ele também:

[...] definiremos as ciências ‘puras’ ou ‘fundamentais’ como aquelas que estudam problemas *definidos no próprio paradigma da disciplina*. [...] A definição do problema estará ligada ao paradigma dessas disciplinas e os critérios de validade dos resultados referir-se-ão sempre aos conceitos ligados ao paradigma e à comunidade científica reunida em torno dele. (FOUREZ, 1995, p. 199, grifo do autor).

De outro lado, “[...] quando se trata de um problema relativo às ciências ‘aplicadas’, o grupo social que julgará sobre a ‘validade’ dos resultados será *um grupo diferente daquele dos pesquisadores*.” (FOUREZ, 1995, p. 199, grifo do autor).

Popper (1998), um dos principais epistemólogos do século XX, distingue as ciências teóricas (generalizadoras ou puras) das ciências aplicadas (práticas ou instrumentais) nos seguintes termos:

- a) as primeiras – que são as ciências em sentido *stricto sensu* – buscam testar hipóteses universais e prever e explicar acontecimentos específicos e particulares; mas o seu interesse maior é saber se as leis ou hipóteses universais são verdadeiras – a Física é o exemplo clássico de uma ciência teórica;
- b) as segundas utilizam o conhecimento produzido pelas primeiras para encontrar soluções para projetos específicos, como ocorre na engenharia.

Ele também distingue das ciências teóricas (ou generalizadoras) as ciências históricas, como já referido anteriormente. Essas últimas têm interesse em acontecimentos particulares, específicos, e, em sua explicação, não têm caráter generalizador ou a busca de leis universais. Para as primeiras, as teorias ou leis universais introduzem unidade; para as segundas,

isso não acontece, não há qualquer princípio seletivo e unificador; o que prevalece é a lógica da situação (POPPER, 1998).

Uma das principais contribuições contemporâneas à conceituação e diferenciação entre ciência teórica e ciência aplicada encontra-se no relatório elaborado por Vannevar Bush, denominado *Science, the endless frontier* (STOKES, 2005). Tal relatório foi produzido a pedido do então presidente norte-americano Franklin D. Roosevelt, que procurava formular uma política governamental para Ciência e Tecnologia em tempos de paz, pois, na guerra, os recursos destinados à Ciência e Tecnologia dirigiam-se, basicamente, para o setor militar. Segundo o relatório, para que houvesse desenvolvimento tecnológico era necessário que o governo priorizasse o investimento em ciência básica (STOKES, 2005).

Nesse sentido, a ciência básica e, conseqüentemente, a pesquisa teórica teriam como fim apenas o conhecimento científico fundamental, sem nenhuma destinação prática, sendo que esse conhecimento seria, num outro momento, e, provavelmente, por outro cientista, utilizado na pesquisa aplicada e no desenvolvimento tecnológico. Stokes (2005, p. 17-18) traz as principais ideias que Vannevar Bush elaborou em seu relatório:

A pesquisa básica é realizada sem se pensar em fins práticos, sendo que sua característica definidora é a sua contribuição ao conhecimento geral e ao entendimento da natureza e de suas leis. [...] a criatividade da ciência básica seria perdida se fosse estrangida por um pensamento prematuro sobre sua utilidade prática.

A pesquisa básica é precursora do p'ogresso tecnológico. [...] Se a pesquisa básica for apropriadamente isolada de curtos-circuitos decorrentes de considerações prematuras sobre sua utilidade, ela provará ser uma remota, porém poderosa, geradora de progresso tecnológico, à medida que a pesquisa aplicada e o desenvolvimento forem convertendo as descobertas da ciência básica em inovações

tecnológicas capazes de satisfazer toda a gama de necessidades da sociedade: econômicas, de defesa, de saúde e outras.

Com isso, pode-se dizer que a ciência teórica – básica ou fundamental – objetiva o conhecimento em si, não necessariamente buscando sua utilidade. Procura descrever elementos básicos da natureza, gerando conhecimentos novos e buscando a compreensão total sobre os objetos de estudo, constituindo, dessa maneira, o cerne de todas as descobertas. Complementa Rosset (2013) definindo a ciência básica como aquela que busca adquirir novos conhecimentos e desenvolver teorias, podendo-se afirmar que toda pesquisa é ciência teórica que pode gerar novas teorias.

Stokes (2005) distingue, ainda, a ciência básica e aplicada de maneira mais aprofundada. Ele afirma que as atividades, por meio das quais a pesquisa científica produz novas informações ou um novo conhecimento, dependerão sempre de uma sequência de decisões ou escolhas. Assim, a “[...] distinção entre a pesquisa básica e a aplicada gira em torno dos critérios que governam a escolha entre tais alternativas.” (STOKES, 2005, p. 22). Nesse sentido, diz que esses critérios adotados direcionarão os diferentes objetivos da pesquisa básica e da pesquisa aplicada, tornando-as conceitualmente distintas.

Partindo de qualquer ponto de vista razoável sobre os objetivos da pesquisa básica e da aplicada, não podemos duvidar de que essas categorias de pesquisa sejam conceitualmente diferentes. A qualidade definidora da pesquisa básica é que ela procura ampliar a compreensão dos fenômenos de um campo da ciência. (STOKES, 2005, p. 22).

Com isso, ele quer dizer que a contribuição essencial da ciência teórica é a que se procura trazer ao “corpo de

conhecimento explicativo geral de uma área da ciência.” (2005, p. 23).

Pensando sobre tal aspecto, a ciência ou pesquisa teórica é uma atividade que procura, principalmente, adquirir novos conhecimentos sobre os fundamentos subjacentes aos fenômenos e fatos observáveis. Enfim, a ciência básica direciona-se em buscar maior compreensão dos fenômenos de certa esfera, ou, ainda, procura ampliar a esfera do entendimento fundamental, de maneira que tal ciência caracteriza-se também pela sua criatividade, originalidade e liberdade, sendo que tais fatores seriam perdidos se a ciência fosse direcionada por um pensamento *a priori* sobre sua utilidade prática.

Além de serem conceitualmente diferentes, no que diz respeito à ciência básica e aplicada, presume-se a existência de uma “tensão inerente entre os objetivos de entendimento geral e de utilização aplicada que mantém as categorias da pesquisa básica e da pesquisa aplicada empiricamente separadas.” (STOKES, 2005, p. 25). Nesse sentido, uma determinada pesquisa pode pertencer à categoria de pesquisa teórica ou aplicada, mas nunca a ambas. Segundo a visão do relatório de Vannevar Bush, “[...] a pesquisa aplicada, invariavelmente, expulsa a pesquisa pura.” (STOKES, 2005, p. 25). Vale observar que Stokes (2005) nega tal ideia de separação absoluta entre a ciência teórica e aplicada, e que, para ele, há uma vinculação entre ambas denominada de ciência básica, inspirada pelo uso, que será oportunamente tratada.

Sendo assim, a ciência pura procura resolver problemas de maneira mais geral, sem que se tenha em mente uma aplicação imediata para as teorias desenvolvidas. Um grande exemplo da importância da pesquisa teórica encontra-se na Física Quântica. Einstein, quando desenvolveu sua teoria de emissão estimulada,

relacionada com propriedades intrínsecas da matéria, não direcionou sua pesquisa a partir de objetivos práticos. Porém, décadas após a construção de sua teoria, e com base nela, o *laser* foi desenvolvido (além disso, ela também foi fundamental para outros segmentos, como as indústrias, medicina, comércio etc.).

No início da Física Quântica, Einstein desenvolveu o conceito fundamental de emissão estimulada, relacionado com propriedades intrínsecas da matéria. Dificilmente encontraríamos um estudo de ciência básica mais característico. Décadas depois, baseado nesse conceito, foi desenvolvido o primeiro protótipo de um amplificador de luz por emissão estimulada de radiação: ou simplesmente LASER (*Light Amplification by Stimulated Emission of Radiation* – amplificação de luz pela emissão estimulada de radiação-, ver artigo nesta edição de Elza Vasconcelos). Hoje em dia existem desenvolvimentos específicos de LASERS aplicados às mais diversas áreas, da medicina à metalurgia, passando por telecomunicações e eletrônica de consumo. (SCHULZ, KNOBEL, 2001).

Enfim, a pesquisa básica encontra sua importância na obtenção de novos conhecimentos, como nas novas propriedades de materiais, nas novas fontes de energia, na descoberta de elementos físico-químicos, nas reações químicas e efeitos eletromagnéticos, assim como, futuramente, nas pesquisas aplicadas.

Fomentar o conhecimento básico é aprender mais sobre os fenômenos científicos. É importante assumir que o fundamental é o conhecimento, e que daí deriva a aplicação da ciência na saúde, na indústria, na economia. É também importante entender que a pesquisa básica é o condutor dos processos de inovação tecnológica. (GARCIA, 2011).

Conforme dito anteriormente, Stokes (2005) refuta a dicotomia unidimensional proposta pelo relatório de Vannevar Bush. Baseado num modelo de ciência básica bidimensional, o

autor organiza uma tabela dividida em quatro quadrantes, em que cada um representa o nível de vinculação da uma investigação científica a objetivos de entendimento e/ou uso. Para Stokes (2005), a pesquisa básica deve ser inspirada pelo uso, e as necessidades reais da sociedade devem ser o ponto de partida de um cientista para o desenvolvimento de uma pesquisa teórica, que buscará expandir os conhecimentos fundamentais em determinada área do conhecimento, ao mesmo tempo em que buscará soluções práticas a partir desses novos conhecimentos.

A pesquisa básica mapeia o curso da aplicação prática, elimina os becos sem saída, e permite ao cientista aplicado e ao engenheiro atingir seus objetivos com a máxima velocidade, direção e economia. A pesquisa básica, voltada simplesmente para o entendimento mais completo da natureza e de suas leis, dirige-se para o desconhecido. (STOKES, 2005, p. 28).

A tabela desenvolvida para explicar sua teoria é dividida em quatro quadrantes, com três tipos de pesquisas específicas (para um desses quadrantes, o autor não nomeou uma pesquisa): a primeira seria a pesquisa básica pura, que apenas busca o entendimento fundamental, sem nenhuma finalidade prática; a segunda pesquisa seria a aplicada pura, que busca o desenvolvimento aplicado ou tecnológico sem ter que passar, necessariamente, pela compreensão dos fenômenos (extremo oposto da anterior); a última pesquisa seria a pesquisa básica orientada pelo uso, que encontra seu grande proeminente em Louis Pasteur. Esse quadrante é chamado de o “Quadrante de Pasteur”, em que estão as pesquisas que contribuem para o avanço do conhecimento e, ao mesmo tempo, possuem relevante aplicabilidade prática. Vale citar que o último quadrante, que não possui nomeação, é ocupado por investigações particulares,

motivadas apenas pela curiosidade do pesquisador (STOKES, 2005).

Quem também concorda com essa teoria é Rosset (2013). Ele afirma que não é possível separar a ciência básica da aplicada, pois elas se interpenetram, isto é, as duas andam conjuntamente.

A ciência básica e aplicada não são separáveis, se interpenetram. Na verdade, as duas andam juntas. Foi isso que Louis Pasteur, a mais de um século atrás disse: “não há ciência aplicada, existem sim aplicações da ciência”, ou seja, há uma lógica de complementaridade entre elas. A pesquisa básica nos leva a algumas reflexões, como por exemplo, talvez a principal delas é o suporte à pesquisa aplicada, pois sem a ciência básica, não existe ciência aplicada. Outra reflexão é levada mais para parte da própria essência da humanidade, tanto estética quanto espiritual, pois fazer ciência vai muito além da própria aplicação material, mas a questões que intrigam a humanidade a muito tempo, desde o início do autoquestionamento. O fato é, nenhuma sociedade moderna tornou-se desenvolvida sem investimento em ciência básica. (ROSSET, 2013).

Por fim, a pesquisa básica, a partir de sua proposta, não se encontra em condição de solucionar problemas nacionais. Porém, uma vez que a pesquisa aplicada e a tecnologia se alimentam da pesquisa básica, esta se torna essencial para solucioná-las.

Pensando especificamente na área do Direito, pode-se ter tanto uma ciência teórica como uma ciência aplicada que o tenham por objeto. Como ciência teórica com base empírica, é possível pensar na Sociologia do Direito como Ciência do Direito. Uma proposta desse tipo pode ser encontrada em Rodrigues (2010).

Em outro sentido, pensada como ciência teórica normativa, cabe à Ciência do Direito conhecer o seu objeto – o sistema jurídico – e descrevê-lo segundo um discurso dotado de coerência lógica interna. A interpretação realizada pelo

cientista do direito (e não pelo aplicador) deve, então, ser ato de conhecimento descritivo, determinação cognoscitiva do sentido das normas; jamais deve ser uma prescrição, sempre uma descrição. É nesse sentido a proposta de Kelsen (1998).

Já como ciência aplicada, pelo menos dois objetos podem ser oferecidos à Ciência do Direito: ocupar-se da decidibilidade dos conflitos, em uma perspectiva como a proposta por Ferraz Júnior (1980); ou ocupar-se com a construção das instituições sociais, dando-lhes forma. Essa segunda perspectiva pode ser pensada a partir da análise institucional e da engenharia social, expostas por Popper (1980, 1998), buscando constituir uma ciência social tecnológica.

4 Considerações finais

Neste artigo, identificaram-se alguns conceitos relevantes para a epistemologia e, sobretudo, as principais classificações das ciências, buscando situar a Ciência do Direito quer como ciência natural ou social e humana, quer como ciência natural ou normativa, quer como ciência básica ou aplicada.

A ciência do Direito, considerando as classificações apresentadas, é uma ciência social, podendo possuir base empírica ou normativa. Já no que diz respeito à distinção entre ciência básica e ciência aplicada, é possível pensar tanto em uma ciência básica do Direito como em uma ciência aplicada do Direito.

Nesse sentido, talvez seja mais adequado falar em Ciências do Direito, no plural. Como outros, o Direito pode ser objeto de estudo por diversas ciências e também por saberes não científicos. No âmbito das ciências, como visto no decorrer do

trabalho e indicado no parágrafo anterior, várias alternativas abrem-se para os cientistas do Direito.

Nesse contexto, o mais importante é definir claramente que tipo de saber se deseja produzir para que se possam estruturar corretamente os projetos de pesquisa e, posteriormente, desenvolvê-los de forma adequada. Cada espécie de ciência exige métodos e estratégias pertinentes aos seus objetivos. Situar claramente a espécie e seus objetivos próprios é fundamental para se atingirem resultados acadêmica ou profissionalmente válidos.

Referências

- CARMO, F. C. de A. do; TEAGO, G. B. S.; TIBURTINO, R. F. *Pesquisa Básica versus Pesquisa Aplicada*. Jerônimo Monteiro, 2011. Programa de Pós-Graduação em Ciências Florestais. Universidade Federal do Espírito Santo. Disponível em: <<http://files.wendelandrade.webnode.com.br/200000167-f3099f403e/Pesquisa%20b%C3%A1sica%20versus%20pesquisa%20aplicada.trabalho.2011.1.doc>>. Acesso em: 2 dez. 2014.
- CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* São Paulo: Brasiliense, 1999.
- DAMATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1987.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FOUREZ, Gérard. *A Construção das Ciências: introdução à filosofia e à ética das ciências*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995.

GARCIA, E. *Pesquisa básica e inovação*. 2011. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/ioc/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1125&sid=32&tpl=printerview>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1982.

LOPES, O. U. Pesquisa básica versus pesquisa aplicada. In: *Estudos Avançados*. São Paulo, v.5, n.13, 1991. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141991000300015&script=sci_arttext>. Acesso em: 4 jul. 2014.

MACHADO, Rodrigo. A ciência e suas diferentes facetas. In: *Jornal da Ciência*, 31 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detalhe.jsp?id=83966>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994.

OLIVEIRA, Admardo Serafim de et. al. *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo: Loyola, 1990.

O QUE É CIÊNCIA: o conhecimento e suas características. 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.softsystemit-ead.com.br/phocadownload/BI/Conhecimento.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. Brasília: UnB, 197-.

_____. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1972.

_____. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1975.

_____. *A lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: UnB, 1978.

_____. *A miséria do historicismo*. São Paulo: Cultrix, EDUSP, 1980.

_____. *O racionalismo crítico na política*. Brasília: UnB, 1981.

_____. *Sociedade aberta, universo aberto*. Lisboa: Dom Quixote, 1995.

_____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. 2 v. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1998.

_____. *Em busca de um mundo melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

REIS, Isaac. Interpretação na teoria pura do Direito. In: *Revista Seqüência*. Florianópolis, dez. 2002, n. 45, p. 11-30.

ROCHA, Alexandre Caroli. Big Bang e Inovação tecnológica. *Revista Eletrônica de Jornalismo Científico*. 2010. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&tipo=resenha&edicao=58&print=true>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O racionalismo crítico de Karl Popper e a Ciência do Direito. In: *XIX Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Anais. Florianópolis: CONPEDI, 2010. p. 7977-7991. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

_____; GRUBBA, Leilane Serratine. *Conhecer Direito I: a teoria do conhecimento no século XX e a Ciência do Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819>. Acesso em: 4 jul. 2014.

_____; _____; HEINEN, Luana Renostro. *Conhecer Direito II: a Epistemologia Jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014. Disponível em: <http://funjab.ufsc.br/wp/?page_id=1819>. Acesso em: 4 jul. 2014.

ROSSET, Isac. Ciência básica versus Ciência Aplicada: uma linha tênue. *Posgraduando*. 17 ago. 2013. Não paginado. Disponível em: <<http://posgraduando.com/blog/ciencia-basica-versus-ciencia-aplicada-uma-linha-tenu>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

SAMPRONA, S.; GIBRAN, F. G.; SANTOS, C. M. D. Ciência pura e Ciência aplicada – A dicotomia entre a pesquisa básica e a pesquisa aplicada no cenário do desenvolvimento científico, tecnológico e econômico. *In: UNESP*. Ed. Especial 2012: A biologia como ciência e profissão. UNESP, 2012. Disponível em: <http://www.rc.unesp.br/biosferas/art_11.php>. Acesso em: 4 jul. 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3ª ed. Porto: Afrontamento, 1993.

SCHULZ, P. A. B.; KNOBEL, M. *Passado, Presente e Futuro da Física Quântica*: digressões sobre a importância da Ciência Básica. 2001. Sem paginação. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/fisica/fisica10.htm>>. Acesso em: 5 jul. 2014.

SCHWARTZMAN, Simon. *Pesquisa acadêmica, pesquisa básica e pesquisa aplicada em duas comunidades científicas*. 1979. Disponível em: <http://www.schwartzman.org.br/simon/acad_ap.htm>. Acesso em: 6 jul. 2014.

SOTO, Jesús Huerta de. *Dois diferenças fundamentais entre as ciências naturais e as ciências sociais*. 29 nov. 2012. Não paginado. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1469>>. Acesso em: 21 set. 2014.

STOKES, Donald E. *O quadrante de Pasteur: a ciência básica e a inovação tecnológica*. Campinas: UNICAMP, 2005.

CAPÍTULO XIV



APONTAMENTOS PARA UMA TEORIA SEMÂNTICA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

Leilane Serratine Grubba¹

1 Introdução

O problema do conhecimento, de ser possível obter um conhecimento – principalmente um seguro – do mundo externo, da diferença entre viver em um mundo real ou em um mundo ilusório, é um problema que, desde o início da filosofia, acompanha o ser humano, além de acompanhá-lo também, individualmente considerado, desde o momento em que ele tem consciência de que não vive sozinho e começa a se relacionar com o mundo. Nesse sentido, o problema do conhecimento implica o problema da verdade.

Esse problema do conhecimento também está presente no âmbito do processo penal, que tem por objetivo reconstruir um fato que aconteceu no mundo da vida, a fim de obter um conhecimento verdadeiro (seguro) sobre esse fato e solucionar uma lide penal, por meio da sentença condenatória ou absolutória.

Este artigo tem por objetivos estudar o conceito de verdade em Tarski (2007) e compreender a noção semântica da verdade, proposta por esse pensador. E o objetivo principal é

¹ Leilane Serratine Grubba é Doutoranda em Direito e Mestre em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Substituta do Departamento de Direito da UFSC. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

analisar a possibilidade da utilização da concepção semântica da verdade no processo penal.

2 Processo penal: verdade formal e verdade material (real)

O processo penal é um instrumento de garantia do acusado – é o instrumento de conhecimento que permite a solução de uma lide por meio da sentença. Nesse sentido, parece que o processo penal busca reconstruir um fato, definido como crime, que supostamente aconteceu no mundo da vida. O processo instrui um conjunto probatório que permite, em tese, afirmar ou não se o fato realmente ocorreu e se o sujeito apontado como realizador é, com certeza, o autor dele. Significa que o processo busca verificar a “materialidade e autoria” de um fato que aconteceu no mundo da vida e que é definido como crime pelo Direito Penal.

Diante disso, é comum afirmar que o processo penal busca um conhecimento seguro e certo, isto é, o conhecimento verdadeiro.

Mais do que solucionar uma lide, o processo penal é o ramo do Direito que pode interferir na liberdade do ser humano por meio de uma sentença condenatória, ou mesmo tem o condão de estigmatizá-lo perante a sociedade. Daí a grande importância da noção de verdade no âmbito do processo penal: como condenar um ser humano à restrição da sua liberdade sem uma certeza ou verdade quanto ao cometimento do delito? Se não houver um conhecimento verdadeiro – a certeza de que um autor cometeu um delito –, parece que o suposto autor deve ser absolvido em razão da dúvida, que encontra sua máxima na expressão latina *in dubio pro reo*.

O processo penal parece buscar a verdade. Contudo, os pensadores processualistas penais dividem-se quanto às concepções de verdade. Para alguns, o processo busca uma verdade formal, vinculando-se principalmente a uma ideia acusatória do processo penal, relacionada ao princípio dispositivo de prova. Para outros, ele busca a verdade real, também denominada verdade material, vinculada à noção inquisitorial do processo e ao princípio inquisitivo de produção probatória².

A verdade real ou material no processo penal é aquela que reivindica a “correspondência” com o mundo dos fatos. Segundo essa verdade, a decisão espelhada na sentença deve corresponder exatamente aos acontecimentos fáticos (correspondência com a realidade).

Uma vez que o processo deva dizer exatamente o que aconteceu no mundo dos fatos, parece que a noção de verdade real vincula-se ao princípio inquisitivo, que permite ao magistrado gerir e produzir provas no intuito de alcançar a verdade.

Em outras palavras, significa que a busca da verdade material impõe ao processo penal a busca da verdade substantiva dos fatos e não somente uma verdade formal (MACHADO, 2009, p. 172).

Segundo Mirabete (2000, p. 44), a verdade real é um guia para o estabelecimento do exercício do *jus puniendi* somente contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites da sua culpa. A investigação, contudo, não encontra limites formais e na iniciativa das partes, visto que se relaciona ao princípio inquisitivo de produção probatória, no qual o juiz pode dar seguimento à relação processual mesmo ante a inércia

² Este artigo não tem por objeto a análise detalhada dos princípios inquisitivos e dispositivos que podem reger o processo penal. Para cumprir a finalidade do trabalho, assume-se a concepção de que o processo penal brasileiro deve ser acusatório, regido pelo princípio dispositivo.

das partes, podendo determinar de ofício a instrução probatória, para que se possa descobrir a verdade material.

Greco Filho (1998, p. 75) também explica o princípio da verdade real e afirma que o poder inquisitivo do juiz permite produzir provas permitidas e ultrapassar “[...] a descrição dos fatos como aparecem no processo, para determinar a realização *ex officio* de provas que tendam à verificação da verdade real, do que ocorreu, efetivamente, no mundo da natureza”.

Essa verdade material ou real, segundo pensadores como Lopes Jr. (2010, p. 85), é um mito. Isso porque, se o processo penal é um instrumento para o convencimento do juiz, esbarra-se na impossibilidade do alcance da verdade real em razão de diversos fatores, como a falibilidade do conhecimento humano na reconstituição dos fatos.

Além da argumentação de Lopes Jr. (2010), Oliveira (2003, p. 328) apresenta alguns pontos considerados negativos a respeito da utilização do princípio da verdade real:

Talvez o maior mal causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal.

A verdade formal surge em contraposição à verdade material e encontra a sua melhor expressão no brocado latino *quod non est in actis non est in mundo*, que significa “o que não está nos autos não está no mundo”. Diante do princípio da verdade formal, a decisão do juiz deve se pautar pela prova constante nos autos processuais. Parece que a verdade formal é aquela espelhada no processo – nas provas coligidas –, que pode ou não

ter correspondência com os fatos que aconteceram no mundo externo ao processo.

A noção de verdade formal é própria do processo penal acusatório, no qual a gestão das provas está nas mãos das partes – ministério público e defesa – e a sentença deve se fundar nessas provas coligidas.

Oliveira (2009, p. 294), por exemplo, critica a noção de verdade real e afirma a possibilidade de se falar numa verdade processual (ou formal), que ele define como certeza jurídica, representada pela tentativa de reconstrução dos fatos por meio dos parâmetros estabelecidos em lei. Diante disso, o pensador critica a verdade real sob o argumento de deturpação da atividade jurisdicional:

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal. O aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de poderes mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no. (OLIVEIRA, 2009, p. 322).

A dicotomia entre verdade real ou material e verdade formal faz parecer que a verdade formal implica a possibilidade de o magistrado proferir uma decisão em desconformidade com

a realidade dos fatos no mundo externo, a partir da apreciação de elementos probatórios insuficientes para o esclarecimento do fato. Mais do que isso, faz parecer que a verdade real vai além da verdade formal, por espelhar a realidade do mundo, para além da insuficiência probatória.

Contudo, o que se pode extrair dessa conclusão é que existe uma carga ideológica naquilo que se denomina verdade real: uma vez que se deva espelhar a realidade do mundo, são disponibilizados mais instrumentos, além do conjunto probatório, para alcançá-la, caracterizando o processo denominado inquisitorial, no qual o magistrado controla a gestão da prova.

Segundo o pensamento de Tucci (1986, p. 143), nem a verdade formal é inverdade, nem a verdade real corresponde à verdade absoluta, visto que esta é inalcançável. Moreira (1999, p. 223) também nega a dicotomia entre verdade formal e material. Para ele, a verdade com relação aos fatos é *una*, podendo variar a disponibilidade de meios de sua investigação.

Por sua vez, Silva (2002) também afirma que não deve mais subsistir a divisão entre verdade formal e real, sendo a verdade apenas uma. Para ele, não há meia verdade ou verdade aparente, mas apenas a verdade.

Importa, por conseguinte, analisar qual deve ser a verdade que guia a persecução processual penal. Para tanto, será analisada a noção semântica da verdade, que parece se adequar melhor aos objetivos penais de solução da lide com respeito aos princípios constitucionais e à garantia da dignidade do acusado.

3 A definição materialmente adequada e formalmente correta da sentença verdadeira

Em seu artigo, Tarski (2007) apresentou uma versão técnica e de difícil compreensão da teoria semântica da verdade por ele desenvolvida, na busca por apresentar uma definição materialmente adequada e formalmente correta da expressão “sentença verdadeira”.

Tarski (2007) reivindicou para a sua teoria semântica da verdade a neutralidade com relação às variadas concepções de mundo e da linguagem. Assim, ele se utilizou da máxima de Aristóteles (2012, p. 125): “Dizer do que é que não é, ou do que não é que é, é falso, enquanto que dizer do que é que é, ou do que não é que não é, é verdadeiro”.

No entendimento e teoria de Tarski (2007), deve-se ter em mente que a semântica significa a totalidade das considerações que se referem aos conceitos, os quais, regra geral, expressam conexões entre as expressões da linguagem e os objetos e estados de coisas a que se referem as expressões.

São exemplos típicos de conceitos semânticos os conceitos de denotação, satisfação e definição, conforme o seguinte enunciado: “A expressão ‘o vencedor de Jena’ denota Napoleão; a neve satisfaz a condição ‘x é branco’; a equação ‘ $x^3 = 2$ ’ define (determina unicamente) a raiz cúbica do número 2.” (TARSKI, 2007, p. 149).

Parece que a máxima da verdade semântica pode ser considerada neutra, segundo Mortari e Dutra (2007), no sentido de que ela tem um caráter puramente formal, expressando ideias de acordo e desacordo, além de associar a verdade ao acordo e a falsidade ao desacordo, ou seja,

[...] tal acordo é algo que pode ou não se dar entre alguma coisa e aquilo que dela dizemos. Assim, no máximo, o que Aristóteles estaria dizendo seria apenas que a verdade resulta da forma como utilizamos a linguagem para lidar com o mundo. Segundo essa concepção, a verdade resulta então não da constituição do mundo, e mesmo da linguagem compreendida de uma forma ontológica, mas de nossa prática linguística. (MORTARI; DUTRA, 2007, p. 13-14).

A máxima da verdade tem sido historicamente interpretada como expressão da concepção correspondencial da verdade, tal como as teorias correspondenciais de Russel (1918), Wittgenstein (1921) e Austin (1961, 1962). Ainda assim, importa ressaltar que a concepção semântica da verdade estabelece uma ideia de verdade proposicional, meramente linguística. De maneira diversa, a concepção correspondencial da verdade é a concepção encontrada no senso comum, que reivindica uma relação entre a linguagem proposicional e o mundo exterior.

A tarefa de explicar o que é a verdade, segundo Tarski (2007), é difícil, visto que a noção de verdade acontece em vários e diferentes contextos, além de haver várias categorias de objetos, aos quais a ideia de verdade é aplicada. Dessa maneira, o pensador delimitou seu objeto de conhecimento à noção lógica da verdade, ou seja, no significado do termo verdade quando usado com referência a sentenças, assim denominado o conceito semântico da verdade (2007, p. 203-204).

Tarski (2007, p. 158-159) buscou resolver o problema da definição³ materialmente adequada e formalmente correta da

³ “As palavras ‘noção’ e ‘conceito’ são usadas neste artigo com toda a vaguidade e ambiguidade com as quais ocorrem na literatura filosófica. Assim, às vezes, elas se referem simplesmente a um termo, às vezes àquilo que se quer dizer com o termo e, em outros casos, ao que é denotado pelo termo. Algumas vezes, é irrelevante qual dessas interpretações se pretende e, em certos casos, talvez nenhuma delas se aplique adequadamente. Ainda que, em princípio, eu compartilhe da tendência de evitar essas palavras em qualquer discussão extra, não achei necessário fazê-lo nesta apresentação informal.” (TARSKI, 2007, p. 158).

verdade. Para ele, a definição de verdade pode ser considerada adequada materialmente quando não buscar especificar o significado de uma palavra conhecida, para denotar uma nova noção, mas sim apreender o significado real de uma velha noção, ou seja, quando apresentar a precisão necessária para permitir a qualquer pessoa determinar se a definição alcança seus objetivos.

Por sua vez, a correção formal da definição da verdade, em Tarski (2007, p. 158-159), significa a especificação das palavras e conceitos que se deseja empregar para definir a noção da verdade, com o fornecimento das regras formais com as quais a definição deve se conformar, isto é, a descrição da estrutura formal da linguagem na qual a definição será fornecida.

Tarski (2007) afirmou que o predicado “verdadeiro” costuma ser utilizado para fazer referência a fenômenos psicológicos, como os juízos de crenças, a expressões linguísticas, como as sentenças, e a entidades ideias, como proposições. De maneira diversa, ele entendeu ser conveniente empregar o termo verdadeiro às sentenças. Diante dessa escolha, a noção de verdade, em seu sentido semântico, deve sempre ser associada a uma sentença – em uma linguagem específica, pois uma expressão que é sentença verdadeira numa linguagem pode ser falsa ou sem significado noutra (TARSKI, 2007, p. 159).

Esse conceito semântico da verdade aproxima-se do uso comum do termo na linguagem cotidiana. Além disso, tal concepção parece concordar

[...] essencialmente com as várias explicações dadas a ela na literatura filosófica. Na *Metafísica* de Aristóteles está o que talvez seja a mais antiga explicação: *Dizer do que é que não é, ou do que não é que é, é falso, enquanto que dizer do que é que é, ou do que não é que não é, é verdadeiro.* Aqui, e na discussão subsequente, a palavra ‘falso’ significa o mesmo que a expressão ‘não verdadeiro’, e pode ser substituída por esta última. (TARSKI, 2007, p. 204-205, grifo nosso).

De fato, a concepção aristotélica da verdade é de clara compreensão. Contudo, sua formulação deixa a desejar do ponto de vista da precisão e correção formal.

Uma das razões é que a formulação não é bastante geral: ela se refere apenas a sentenças que ‘dizem’ de alguma coisa que está ‘é’ ou que ‘não é’. Na maioria dos casos, seria quase impossível conformar uma sentença a esse molde sem acarretar um desvio em seu significado e forçar o espírito da linguagem. Essa é talvez uma das razões pelas quais, na filosofia moderna, tenham sido oferecidos vários substitutos para a formulação aristotélica. Como exemplos, podemos citar os seguintes: *Uma sentença é verdadeira e denota o estado de coisas existente. A verdade de uma sentença consiste em sua conformidade (ou correspondência) com a realidade.* Devido ao uso de termos filosóficos técnicos, essas formulações assumem, sem dúvida, um tom bastante ‘acadêmico’. Ainda assim, acredito que as novas formulações, quando mais detalhadamente analisadas, provam ser menos claras e inequívocas que a apresentada por Aristóteles. A concepção de verdade que encontra sua expressão na formulação aristotélica (e em formulações afins de origem mais recente) é usualmente chamada *concepção clássica de verdade* ou *concepção semântica de verdade*. Por semântica, entendemos aquela parte da lógica que, informalmente falando, discute as relações entre os objetos linguísticos (tais como sentenças) e aquilo que é expresso por esses objetos. O caráter semântico do termo ‘verdadeiro’ está claramente evidenciado na formulação oferecida por Aristóteles e em outras formulações que serão dadas mais adiante neste artigo. Às vezes, fala-se em teoria da correspondência da verdade como a teoria baseada na concepção clássica. (Algumas outras concepções e teorias da verdade, tais como a concepção pragmática e a teoria da coerência, são discutidas na literatura filosófica moderna. Estas concepções parecem ser de caráter exclusivamente normativo e têm pouca conexão com o uso real do termo ‘verdadeiro’. Nenhuma delas foi até agora formulada com um bom grau de clareza e precisão.) (TARSKI, 2007, p. 205-206, grifo nosso).

Em razão da ambiguidade presente na palavra verdadeiro, tal como as demais palavras, o filósofo optou por uma concepção da verdade à esteira da concepção clássica de Aristóteles (2012, p. 125): “Dizer do que é que não é, ou do que não é e que é, é

falso, enquanto que dizer do que é que é, ou do que não é que não é, é verdadeiro”.

Modernamente, pode-se traduzir a ideia de Aristóteles (2012) da seguinte maneira: “a verdade de uma sentença consiste em sua correspondência com a realidade”. Diante disso, fala-se de uma teoria correspondencial da verdade, visto que uma sentença é verdadeira “se e somente se” ela designa um estado de coisas existentes. Em outras palavras, a verdade é a correspondência entre a linguagem da sentença e a realidade. Tarski (2007), contudo, não chega a analisar a ideia de correspondência entre a proposição e a realidade externa ao sujeito, tendo se mantido na análise proposicional.

Ele buscou um critério para a adequação material da definição da verdade. Nesse sentido, ele iniciou com um exemplo concreto, a saber: “a neve é branca”. Ao se indagar em que condições tal sentença é verdadeira ou falsa, deveria se responder que a sentença é verdadeira se a neve é branca, e que é falsa se a neve não é branca, conforme a seguinte equivalência: “[...] a sentença (I) ‘a neve é branca’ é verdadeira se, e somente se, a neve é branca.” (TARSKI, 2007, p. 161).

O conceito de verdade, para ele, ao menos em sua interpretação clássica, deve ser incluído nas considerações semânticas uma vez que “verdadeiro” significa que “algo corresponde à realidade”, ou seja, trata-se de uma ideia correspondencial, na qual a verdade é um conceito regulador da linguagem e da realidade (TARSKI, 2007, p. 149).

Os conceitos semânticos são relativos, vez que devem estar relacionados a uma linguagem particular. Isso significa que parece não existir uma semântica geral e comum para todas as linguagens. Dessa maneira, a

[...] linguagem ‘da qual’ falamos não precisa coincidir, de forma alguma, com a linguagem ‘na qual’ falamos. [Mais do que isso, os] conceitos semânticos simplesmente não têm lugar na linguagem à qual eles se relacionam, que a linguagem que contém sua própria semântica, e na qual valem as leis usuais da lógica, inevitavelmente deve ser inconsistente. (TARSKI, 2007, p. 150).

Assim, com relação à verdade e ao conceito de verdade, Tarski (2007) desenvolveu a teoria semântica da verdade, para a qual a verdade exerce um papel regulador.

4 A semântica da verdade

Na esteira da verdade aristotélica, a verdade em Tarski (2007, p. 152) pode ser entendida dentro de uma teoria correspondencial, ou seja, a verdade de uma sentença deve ser entendida como a correspondência entre a linguagem e a realidade.

Diante disso, observa-se que o “esquema T” (*T-scheme*), de Tarski (2007), aceita como válida toda a sentença que siga a seguinte forma: “a sentença x é verdadeira se e somente se p”. Nesse esquema, “p” deve ser substituído por qualquer sentença da linguagem sob investigação, e “x” por qualquer nome individual dessa sentença, desde que esse nome ocorra na metalinguagem.

Os enunciados, no esquema de Tarski (2007), podem ser percebidos como definições parciais do conceito de verdade, pois explicam, com precisão, o sentido de todas as expressões especiais do tipo “a sentença x é verdadeira”. Nesse sentido,

[...] se formos bem sucedidos em introduzir o termo ‘verdadeiro’ na metalinguagem de modo que todo enunciado da forma discutida possa ser provado com base nos axiomas e nas regras de inferência da metalinguagem, então, diremos que o modo de utilizar o conceito

de verdade que foi assim estabelecido é *materialmente adequada*. Em particular, se formos bem sucedidos em introduzir um tal conceito de verdade por meio de uma definição, então diremos também que a definição correspondente é materialmente adequada. Podemos aplicar um método análogo também a qualquer outro conceito semântico. Para cada um desses conceitos, formulamos um sistema de enunciados que são expressos na forma da equivalência e têm o caráter de definições parciais. No que diz respeito ao seu conteúdo, esses enunciados determinam o sentido do conceito em questão com respeito a todas as expressões concretas, estruturalmente descritas, da linguagem que está sendo investigada. Concordamos, então, em considerar um modo de utilizar os conceitos semânticos em questão (ou uma definição deles) como materialmente adequados se isso nos habilita a provar na metalinguagem todas as definições parciais que acabamos de mencionar. Para ilustrar, damos aqui uma tal definição parcial do conceito de satisfação: *João e Pedro satisfazem a função sentencial 'X e Y são irmãos' se e somente se João e Pedro são irmãos.* (TARSKI, 2007, p. 152-153, grifo do autor).

Segundo Tarski (2007, p. 153), as convenções a respeito da adequação material do uso de conceitos semânticos não são formuladas na metalinguagem, mas na metametalinguagem. Isso porque os conceitos semânticos são introduzidos na metalinguagem como conceitos novos e suas propriedades básicas devem ser estabelecidas por meio de axiomas. Dentre esses axiomas, afirmou o pensador, estão incluídos os enunciados que garantem o uso materialmente adequado dos conceitos. Dessa forma, a semântica torna-se uma teoria dedutiva independente, fundada na morfologia da linguagem.

No pensamento de Tarski (2007), é possível construir, na metalinguagem, as definições metodologicamente corretas e materialmente adequadas dos conceitos semânticos ‘se e somente se’ “[...] a metalinguagem for dotada de variáveis de tipo lógico superior ao uso de todas as variáveis da linguagem que é tema da investigação.” (TARSKI, 2007, p. 155).

Tendo-se em mente a seguinte expressão:

‘x’ é verdadeiro se e somente se ‘p’,

substitui-se os termos por:

‘A neve é branca’ se e somente se, **a neve é branca.**

Na teoria da verdade semântica, tal como ocorreu na expressão, a frase entre aspas ‘a neve é branca’ situa-se ao lado esquerdo da equivalência, e a frase **a neve é branca**, em negrito, está ao lado direito. Isso porque, ao lado esquerdo, deve se situar o nome da sentença e, ao lado direito, a própria sentença. Pode-se dizer, segundo o esquema T, que ocorre sob *suppositio formalis* as palavras ao lado direito, e sob *suppositio materialis* ao lado esquerdo.

Diante disso, a expressão ‘A neve é branca’ é o nome da sentença, e a frase **a neve é branca** é a própria sentença.

O nome da sentença deve estar ao lado esquerdo da equivalência em virtude de que, do ponto de vista gramatical, a expressão da forma ‘x é verdadeiro’ não se tornaria uma sentença significativa se nela o x fosse substituído por uma sentença ou qualquer outra coisa que não seu próprio nome, isto é, o sujeito de uma sentença apenas pode ser um substantivo ou uma expressão que funcione como um substantivo.

Além disso, as convenções fundamentais sobre o uso de qualquer linguagem requerem que, em qualquer proferimento que se faça a respeito de um objeto, o nome do objeto é que deve ser empregado, e não o próprio objeto. “Consequentemente, se quisermos dizer algo de uma sentença, por exemplo, que ela é verdadeira, devemos utilizar o nome dessa sentença, e não a própria sentença.” (TARSKI, 2007, p. 162).

De fato, colocar uma sentença entre aspas, para o pensador, não é o único modo de construir o seu nome. Por exemplo:

[...] supondo a ordem usual das letras em nosso alfabeto, podemos empregar a seguinte expressão com o nome (a descrição) da sentença ‘a neve é branca’: *a sentença constituída pelas quatro palavras, a primeira das quais consiste na primeira letra, a segunda nas 13^a, 5^a, 21^a e 5^a letras, a terceira na 5^a letra [com acento agudo], e a quarta nas 2^a, 17^a, 1^a, 13^a, 3^a e 1^a letras do alfabeto português.* (TARSKI, 2007, p. 162, grifo do autor).

Ao se substituir uma sentença qualquer pela letra ‘p’, pode-se formar o nome dessa sentença e substituí-la pela letra ‘x’ e, assim, do ponto de vista da concepção correspondencial da verdade, as sentenças serão equivalentes, ou seja:

(I): x é verdadeira se e somente se p.

Diante disso, Tarski (2007, p. 163) denominou qualquer equivalência desse tipo, isto é, com “p” substituído por qualquer sentença da linguagem, a qual a palavra verdadeira refere-se, e “x” substituído pelo nome dessa sentença, como uma “equivalência na forma (I)”, ou seja, o esquema (I).

Com isso, o pensador colocou, de forma precisa, as condições sob as quais se podem considerar o uso e a definição do termo “verdadeiro” como adequados do ponto de vista material:

[...] queremos usar o termo ‘verdadeiro’ de tal maneira que todas as equivalências forma (I) possam ser afirmadas, e diremos que uma definição de verdade é ‘adequada’ se todas essas equivalências dela se seguem. (TARSKI, 2007, p. 163).

Tarski (2007) afirmou que a expressão (I), que é um esquema de sentença e não uma sentença, ou qualquer instância da forma (I) não pode ser compreendida como uma definição de verdade. Para ele, pode-se apenas afirmar que toda a equivalência da forma (I), obtida ao se substituir “p” por uma sentença e “x” pelo nome dessa sentença, pode ser considerada uma definição

parcial de verdade, a qual explica em que consiste a verdade dessa sentença individualmente considerada. A definição geral, para ele, deve ser uma conjunção lógica de todas as definições parciais (TARSKI, 2007, p. 163).

Segundo o filósofo, o vocabulário da metalinguagem é, em grande medida, determinado pelas condições já enunciadas, sob as quais a definição de verdade será considerada materialmente adequada.

A condição de verdade, conforme se viu, segue o esquema (I):

(I) ‘x’ é verdadeira se, e somente se, ‘p’.

A definição de verdade e suas equivalências devem ser formuladas na metalinguagem. Contudo, o símbolo “p” representa uma sentença de linguagem-objeto. Assim, toda a sentença que ocorre na linguagem-objeto também deve ocorrer na metalinguagem: a metalinguagem deve conter a linguagem-objeto como uma parte sua.

Se em (I), “x” representa o nome da sentença que “p” representa, significa que a metalinguagem deve ser rica para conseguir prover a possibilidade de construção de um nome para cada sentença da linguagem-objeto. Mais ainda, a metalinguagem deve conter termos de caráter lógico geral, como a expressão “se, e somente se” (TARSKI, 2007, p. 171).

A definição semântica da verdade esboçada por Tarski (2007) acarreta algumas consequências. A primeira é que a definição é formalmente correta e materialmente adequada, pois implica todas as equivalências do esquema (I). Além disso, com relação às leis de contradição e do terceiro excluído, que são características da concepção aristotélica da verdade, pode-se mostrar que, uma e, apenas uma, de duas sentenças contraditórias, é verdadeira.

A noção de verdade não coincide com a de demonstrabilidade, visto que, apesar de todas as sentenças demonstráveis serem consideradas verdadeiras, nem todas as sentenças verdadeiras são demonstráveis. Para mostrar que todas as sentenças demonstráveis são verdadeiras, o pensador afirma que basta

[...] demonstrar que todas as sentenças aceitas como axiomas são verdadeiras, e que as regras de inferência, quando aplicadas a sentenças verdadeiras acarretam novas sentenças verdadeiras. (TARSKI, 2007, p. 177).

Ele afirmou que sua concepção semântica de verdade não deve ser interpretada como a “certa” ou a “única possível” (TARSKI, 2007, p. 179). Segundo ele, “[...] o problema é tão vago que nenhuma solução definitiva é possível.” (TARSKI, 2007, p. 180).

De fato, deve ser mencionado que existem várias concepções da verdade, mas nenhuma delas, para o autor, foi colocada de forma inequívoca.

[...] isso, contudo, pode mudar. Pode chegar o momento em que nos encontremos diante de diversas concepções da verdade, incompatíveis mas igualmente claras e precisas. Tornar-se-á, então, necessário abandonar o uso ambíguo da palavra ‘verdadeiro’ e, em seu lugar, introduzir diversos termos, cada um para denotar uma noção diferente. Pessoalmente, não me sentiria magoado se um congresso mundial futuro de ‘teóricos da verdade’ decidisse – por maioria de votos – reservar a palavra ‘verdadeiro’ para uma das concepções não clássicas, e sugerisse uma outra palavra, digamos ‘ferdadeiro’, para concepção aqui considerada. Mas não posso imaginar que alguém possa apresentar argumentos fortes de que a concepção semântica esteja ‘errada’, e deva ser inteiramente abandonada. (TARSKI, 2007, p. 181, grifo do autor).

Muitas objeções são levantadas com relação à concepção geral da verdade semântica, principalmente a seguinte:

[...] dizemos que uma equivalência, isto é, uma sentença da forma '*p* se, e somente se, *q*', é verdadeira se ou ambos seus membros, isto é, as sentenças representadas por '*p*' e '*q*', são verdadeiros, ou se ambos são falsos. Logo, a definição de verdade envolve um círculo vicioso. (TARSKI, 2007, p. 182, grifo do autor).

Todavia, conforme afirmou o pensador, se tal objeção fosse tida como válida, não seria possível qualquer definição formalmente correta de verdade, visto que os seres humanos são incapazes de formular uma sentença composta sem a utilização de conectivos sentenciais e outros termos lógicos definidos com o seu auxílio.

Outra crítica com relação à concepção da verdade semântica reside na alegação de que o termo “verdadeiro”, em seu sentido semântico, sempre pode ser eliminado, razão pela qual a concepção da verdade semântica deve ser tida como estéril. A crítica reside essencialmente no seguinte: a concepção semântica consiste em entender que:

[...] a sentença '*X é verdadeira*' é equivalente à sentença denotada por '*X*' (em que '*X*' representa o nome de uma sentença da linguagem-objeto). Consequentemente, o termo '*verdadeiro*', quando ocorre em uma sentença simples da forma '*X é verdadeira*', pode facilmente ser eliminado, e a própria sentença, que pertence à metalinguagem, pode ser substituída por uma sentença equivalente da linguagem-objeto. E o mesmo se aplica a sentenças compostas, desde que o termo '*verdadeiro*' ocorra nelas exclusivamente como uma parte das expressões da forma '*X é verdadeira*'. (TARSKI, 2007, p. 185, grifo do autor).

Apesar dessa objeção, ele afirmou que esse tipo de eliminação nem sempre pode ser realizado, como no caso de enunciados universais que expressam o fato de todas as sentenças de certo tipo serem verdadeiras ou todas as sentenças verdadeiras possuírem certa propriedade. Nesse sentido, o autor afirmou que

[...] podemos demonstrar na teoria da verdade o seguinte enunciado: *Todas as conseqüências de sentenças verdadeiras são verdadeiras*. Contudo, não podemos nos livrar aqui da palavra ‘verdadeiro’ da forma simples que foi imaginada. (TARSKI, 2007, p. 185, grifo do autor).

Além disso, segundo Tarski (2007, p. 186, grifo do autor),

[...] mesmo no caso de sentenças particulares que tenham a forma ‘*X é verdadeira*’, tal eliminação simples não é sempre possível. De fato, a eliminação é possível apenas naqueles casos em que o nome da sentença que se diz ser verdadeira ocorre em uma forma que nos permite reconstruir a própria sentença. Por exemplo, nosso conhecimento histórico atual não nos confere nenhuma possibilidade de eliminar a palavra ‘verdadeiro’ da seguinte sentença: *A primeira sentença escrita por Platão é verdadeira*. É claro que, desde que tenhamos uma definição para a verdade, e desde que toda definição nos capacite a substituir o *definiendum* por seu *definiens*, uma eliminação do termo ‘verdadeiro’, em seu sentido semântico, é sempre teoricamente possível. Mas isso não seria o tipo de eliminação simples discutida acima.

Existe, ademais, conforme Tarski (2007), uma conformidade da concepção semântica da verdade, por ele apresentada, com o uso filosófico e do senso comum do termo verdade, cuja concepção semântica deriva da concepção clássica da verdade correspondencial, que remonta a Aristóteles. Por certo que o uso do termo verdade no senso comum é ambíguo e vago, mas, apesar disso, Tarski (2007, p. 187) afirma acreditar que a concepção semântica de verdade conforma-se, consideravelmente, com o uso do termo verdade no senso comum, conforme ele mesmo expõe:

Portanto, não fiquei de modo algum surpreso ao saber que (em uma discussão dedicada a esses problemas), em um grupo de pessoas que foram ouvidas, apenas 15% concordaram que ‘verdadeiro’ significa para elas ‘concordar com a realidade’, enquanto 90% concordaram que uma sentença tal como ‘*está nevando*’ é verdadeira se, e somente se, está nevando. Assim, uma grande maioria dessas pessoas parecia rejeitar

a concepção clássica da verdade em sua formulação ‘filosófica’, enquanto aceitava a mesma concepção quando formulada em palavras comuns (deixando de lado a questão sobre estar justificado aqui o uso da frase ‘a mesma concepção’). (TARSKI, 2007, p. 188).

O pensador não crê existir um “problema filosófico da verdade”. Em sua concepção, existem diversos problemas inteligíveis, não necessariamente filosóficos, sobre a ideia e concepção da verdade. Esses diversos problemas poderiam, no entender dele, ser formulados de maneira exata e, possivelmente, resolvidos com base numa concepção precisa. Contudo, “[...] foi levantada uma série de objeções, acusando essa definição de ter sérias implicações filosóficas, sempre de uma natureza muito indesejável.” (TARSKI, 2007, p. 189).

A concepção semântica da verdade não implica nada sobre as condições sob as quais uma sentença como a descrita “a neve é branca” possa ser afirmada. Diferentemente, essa concepção apenas implica que, em quaisquer circunstâncias que se a afirme ou negue, devem igualmente afirmar ou negar a sentença correlata: “a sentença ‘a neve é branca’ é verdadeira”.

Dessa maneira, para Tarski (2007, p. 190), pode-se aceitar a concepção semântica da verdade sem abandonar qualquer atitude epistemológica. Isto é, pode-se permanecer realista crítico, idealista ou ingênuo, empirista ou metafísico – o que quer que se tenha sido antes –, visto que a concepção semântica é neutra em relação a todas essas questões.

5 A verdade semântica no processo penal

O objetivo deste artigo é apontar a possibilidade da utilização da teoria semântica da verdade no processo penal, como definição materialmente adequada e formalmente correta para a

solução da lide. Será mostrado como essa definição semântica e lógica da verdade, oferecida por Tarski (2007), encaixa-se perfeitamente no objetivo de solução da lide processual penal.

O processo penal tem por objetivo⁴ reconstruir um fato linguisticamente que, em tese, aconteceu no mundo externo. O processo busca verificar: a) materialidade: se um crime realmente ocorreu no mundo dos fatos; b) autoria: quem foi o autor desse crime e se o sujeito acusado da prática do delito efetivamente foi quem o cometeu. Dessa maneira, parece que o processo penal busca a verdade quanto à materialidade e a autoria. E é aí que se dividem os pensadores que entendem que se pode construir uma verdade formal ou verdade material no processo⁵.

Dessa maneira, é comum o entendimento de que o processo penal busca a correta construção dos fatos (fato criminoso e autoria) para a aplicação ou não das normas de direito material ao acusado, o que se torna possível por meio das provas produzidas sob o crivo o contraditório (NOQUEIRA, 1990, p. 138).

De maneira mais objetiva, diz Oliveira (2003, p. 301) que

⁴ Segundo Zilli (2003, p. 11), o “[...] processo penal presta-se não só ‘para tornar efetiva a aplicação das normas de direito material’ – perseguição, punição e infligência do correlato sofrimento ao criminoso –, mas também, ‘e precipuamente, para impedi-las todas, referentemente a quem não tenha praticado a infração penal que se lhe quer imputar’. Impor a sanção penal a quem seja o real autor/partícipe da infração penal e impedir a aplicação desta àqueles inocentes é a atuação processual inerente ao Estado que chamou para si a responsabilidade de resguardar a ordem social”.

⁵ No sentido apresentado, para Lopes Jr (2010, p. 112) a verdade real é um mito. O que se pode ter, para ele, no processo penal, é uma verdade processual com relação à verdade dos fatos. Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1997, p. 130), “Por isso é que o termo ‘verdade material’ há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida”.

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade [...].

O processo penal, buscando narrar um evento histórico do mundo dos fatos a partir da produção ou instrução probatória, reconstrói um “fato delituoso” sob a denominação de busca da verdade formal ou real/material.

Sobre a reconstrução factual, Nucci (2007, p. 361) afirmou que,

Em assim sendo, conclui-se que a prova sempre deverá ser encarada como um mecanismo de demonstração de fatos ou, em última análise, como o produto desta demonstração, levando ao destinatário o conhecimento necessário dos fatos ocorridos, tendo por finalidade ‘convencer o juiz a respeitos da verdade de um fato litigioso’.

Interessante é que, se o raciocínio apresentado neste artigo estiver correto, então é impossível reconstruir epistemicamente a relação entre a linguagem (no processo) e os fatos pretéritos que, em tese, ocorreram no mundo da vida. Isso porque, a relação entre a linguagem que reconstrói e os fatos do mundo é uma relação não epistêmica. Se o processo penal busca um conhecimento proposicional sobre a materialidade e autoria, então ele busca uma crença verdadeira e justificada.

O que significa conhecer proposicionalmente? Segundo a explicação de Luz (2006, p. 42), o conhecimento proposicional envolve uma crença, além de certo grau de mérito com relação à posse da crença – a noção de justificação. Nesse sentido, uma pessoa está justificada em crer numa proposição quando a sua crença é sustentada por outras crenças. Não basta crer numa

proposição justificada que seja falsa. O conhecimento requer, ademais, a verdade – o objetivo epistêmico.

Conforme sugeriu Luz (2006, p. 44), o termo justificação expressa valor, isto é, o valor da aprovação que decorre da percepção de que “[...] as crenças do crente em questão conferem força para a crença P, força que nenhuma outra crença disponível para tal indivíduo é capaz de cancelar”, que é o conceito de certeza. O conceito de verdade, conforme sugere Luz (2006), não é um conceito epistemológico. Não parece razoável chamar de verdadeiro aquilo que parece ser verdadeiro, por uma simples razão – a decisão sobre o que parece verdade somente pode estar baseada nas evidências disponíveis naquele momento. Por isso, o conceito de verdade pertence ao campo da metafísica.

Abandonar a ideia das linguagens como representações equivaleria, para Rorty (2007, p. 54), “desdivinizar” o mundo. A verdade é uma propriedade das frases, e a existência das frases depende de vocabulários, os quais são feitos pelos seres humanos; o mesmo ocorre com as verdades.

Nesse sentido, parece ser impossível alcançar a certeza quanto à relação entre a linguagem proposicional e os fatos do mundo externo. Ou seja, quanto àquilo que se chama de “verdade material” no processo penal, parece ser ela impossível de ser alcançada com certeza⁶.

⁶ Segundo o entendimento de Prado (2006, p. 131), do ponto de vista subjetivo, “[...] ninguém, nem mesmo o juiz, pode ter a pretensão de dominar toda a realidade, de enunciar a verdade real. A atividade de busca da verdade processual deve se desenvolver de acordo com princípios republicanos e democráticos. Portanto, a tal verdade real, ao ser buscada fora das regras e controles, degenera o juízo de valor e resulta em um processo penal autoritário e irracional, inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Inadmissível então o que preconiza o artigo 385 do CPP, que usando o discurso da busca da verdade real, permite na atualidade a existência da figura de um juiz inquisidor, totalmente inaceitável em um país dito democrático”.

Luz (2006) sugere que a tese da impossibilidade de certeza não implica relativismo. Isso porque, mesmo diante da possibilidade de as crenças sobre o mundo serem falsas, ainda assim, algumas parecem ser verdadeiras. Algumas, inclusive, parecem ser mais prováveis do que outras.

Apesar do objeto do processo penal, de descobrir a verdade quanto à materialidade de um delito e autoria, de maneira correspondencial, visto que tal delito, em tese, ocorreu no mundo dos fatos; é epistemicamente impossível alcançar uma verdade correspondencial, tal como entende o senso comum.

Então, qual seria a possibilidade de alcançar uma verdade processual penal? Parece que a noção semântica da verdade, de Tarski (2007), é adequada ao objetivo proposto. Isso porque, apesar da referência ao mundo dos fatos, a análise realizada é meramente linguística, situando-se no campo proposicional do processo penal – a análise das provas apresentadas.

O objetivo do processo penal de busca da certeza com relação à materialidade e autoria deveria situar-se, por conseguinte, no campo da verdade semântica. Quer dizer, apesar de o processo fazer referência a um fato que aconteceu no mundo externo ao processo, a análise da certeza – a verdade – deve situar-se no âmbito das provas produzidas processualmente, tal como o esquema (I) de Tarski (2007):

(I) ‘x’ é verdadeira se, e somente se, ‘p’;

no caso processual penal, pode-se dizer:

(V) ‘x’ é autor do delito ‘y’ se, e somente se, x é autor do delito;

no qual (V) corresponde à verdade semântica, a primeira frase corresponde à sentença e a segunda frase corresponde às

provas produzidas, isto é, a verdade dá-se na correlação entre a sentença que espelha as provas produzidas processualmente.

Nesse sentido ‘x’ e x são substituídos pelo nome do autor do delito (o sujeito) e, ‘y’ e y são substituídos pelo nome do crime cometido. Apesar de que o y, em tese, ocorreu no mundo externo, a análise realizada na verdade semântica é a análise proposicional da correspondência entre sentença que espelha as provas processuais produzidas linguisticamente.

Parece ser essa a definição materialmente mais adequada e formalmente correta da verdade no processo penal. A verdade semântica, além de avançar com relação à noção de verdade material no processo penal, também avança com relação à concepção de verdade formal, que se relaciona somente à forma, mas não implica uma noção epistemológica de verdade, que garante a certeza necessária à sentença condenatória ou absolutória – a solução da lide processual penal.

6 Considerações finais

Este artigo teve por objetos o conceito de verdade em Tarski (2007) e a compreensão da noção semântica da verdade. O principal objetivo do artigo foi apontar a possibilidade da utilização da concepção semântica da verdade como a mais adequada materialmente e mais correta formalmente à solução da lide processual penal.

Para cumprir com o objetivo delineado, em primeiro lugar, foram analisadas as concepções de verdade material e verdade formal no processo penal. Foi descrita a definição materialmente adequada e formalmente correta da sentença verdadeira, segundo a teoria de Tarski (2007). Buscou-se compreender o que é verdade e qual a noção semântica da verdade.

Tarski (2007) buscou criar uma definição materialmente adequada e formalmente correta da verdade, o que deu origem à sua semântica da verdade. Para o pensador, a definição da verdade é materialmente adequada quando não busca especificar o significado de uma palavra conhecida para denotar uma nova noção, mas quando a definição busca apreender o significado real de uma velha noção, ou seja, quando apresenta a precisão necessária para permitir a qualquer pessoa determinar se a definição alcança seus objetivos.

Por sua vez, a definição da verdade é formalmente correta quando significar a especificação das palavras e conceitos que se deseja empregar para definir a noção da verdade com o fornecimento das regras formais, com as quais a definição deve se conformar, ou seja, a descrição da estrutura formal da linguagem na qual a definição será fornecida.

O conceito semântico da verdade, nesse sentido, aproxima-se do uso comum do termo na linguagem cotidiana. O verdadeiro significa que “algo corresponde à realidade”, ou seja, trata-se de uma ideia correspondencial, na qual a verdade é um conceito regulador da linguagem e da realidade.

Por fim, apontou-se a possibilidade da utilização da teoria semântica da verdade no processo penal como definição materialmente adequada e formalmente correta para a solução da lide. Conforme apresentado, apesar da referência ao mundo dos fatos, a análise realizada é meramente linguística, situando-se no campo proposicional do processo penal – a análise das provas apresentadas. Nesse sentido, a verdade semântica é a mais correta para o objetivo processual penal, de reconstrução dos fatos, no qual a sentença deve espelhar as provas produzidas sob o crivo do contraditório.

Referências

- ARISTÓTELES. *Metafísica*. 2. ed. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2012.
- AUSTIN, J.L. *Philosophical papers*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1961.
- _____. *How to do things with words*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1962.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LUZ, Alexandre Meyer. O que é ‘conhecimento’?. *In: Revista da Fapesp*. v. 2, jul/dez. 2006. p. 37-52.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal. *In: Revista de Processo*. n. 93. São Paulo, jan./mar 1999.
- MORTARI, Cesar A.; DUTRA, Luiz Henrique de A. Prefácio. *In: TARSKI, Alfred. A concepção semântica da verdade*. Tradução Celso Reni Braidá, Cezar Augusto Mortari, Jesus de Paula Assis e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2007.

NOQUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Tradução Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RUSSEL, Bertrand. *Logic and knowledge*. Londres: Allen & Unwin, 1994.

SILVA, Nelson Finotti. Verdade real versus verdade formal no processo civil. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 20. Novembro-Dezembro, 2002.

TARSKI, Alfred. *A concepção semântica da verdade*. Tradução Celso Reni Braidá, Cezar Augusto Mortari, Jesus de Paula Assis e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus*. Nova Iorque: Cosimo, 1921.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAPÍTULO XV



A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA DE HANS KELSEN: O PROBLEMA DA NEUTRALIDADE

Luana Renostro Heinen¹

1 Introdução

El más grande mérito de Kelsen es haberse planteado, con energía y agudeza por nadie igualadas, la cuestión metodológica. Ningún jurista ha sostenido con mayor rigor la necesidad de deslindar, dentro de la órbita del conocimiento jurídico, los campos y sectores de estudio de cada disciplina. La doctrina kelseniana podrá en mucho aspectos ser superada; mas no hay duda de que es la más imponente arquitectura doctrinal que en el ámbito del saber de los juristas se ha erigido en nuestra época. (MÁYNEZ, 1994, p. 41).

Este trabalho inicia com a percepção, em concordância com Máynez (1994), da importância da produção teórica de Hans Kelsen para a teoria e epistemologia jurídicas. Reconhecendo o “valor” teórico e histórico da empreitada na qual se embrenhou o jurista austríaco é que este artigo objetiva apontar um dos limites da proposta de Kelsen: a sua ideia de neutralidade na ciência jurídica.

Hans Kelsen, em toda sua obra, objetivava construir uma epistemologia jurídica que pudesse contribuir para que a dogmática jurídica (entendida como teoria sobre o direito positivo) alçasse o patamar de Ciência. Contextualizando-o historicamente e considerando suas influências – em especial

¹ Luana Renostro Heinen é Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Bolsista do CNPq. Professora Substituta de Filosofia do Direito na UFSC.

David Hume (2004) e Immanuel Kant (2001) –, Kelsen constrói na *Teoria Pura do Direito* (TPD) uma obra epistemológica que apresenta as condições de possibilidade do conhecimento e tem a pretensão de universalidade, buscando apresentar seu objeto sem considerar os conteúdos particulares de cada sistema jurídico. Por ser a forma o elemento universal do direito (os conteúdos variam de ordenamento para ordenamento) é que esta será analisada na TPD. Assentadas as bases epistemológicas que possibilitam a construção da ciência jurídica, poderão ser construídas ciências jurídicas particulares que analisarão – sob os mesmos pressupostos adotados na TPD – os sistemas jurídicos particulares e, assim, construirão a ciência dogmática do direito a partir de uma descrição do conteúdo das normas, descrição que deverá ser realizada de maneira neutra e objetiva. Ou seja, a ciência particular (relacionada a algum ordenamento jurídico particular, exemplo: brasileiro, chileno, peruano) deveria descrever seu objeto sem emitir juízo de valor acerca dele, para garantir sua cientificidade, em conformidade com os pressupostos da TPD.

Neste trabalho, discute-se a proposta de Kelsen (2003) em duas frentes: 1º) problematizar a ideia de que a ciência jurídica deve ser construída de maneira neutra e objetiva, a partir dos debates realizados nas últimas décadas no âmbito da epistemologia e filosofia da ciência – utilizando-se, em especial, da obra de Cupani (2004, 2011); 2º) confrontar a proposta de Kelsen (2003) com a descrição, feita por Ferraz Jr. (2013), da ciência dogmática praticada no Brasil, que se trata de um conhecimento profundamente comprometido com a prática que cumpre as funções de uma tecnologia que se instrumentaliza a serviço da ação sobre a sociedade.

2 A ciência jurídica normativista de Hans Kelsen e a ideia de neutralidade do cientista

O objetivo de Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, era construir uma ciência jurídica. Isso porque, segundo Kelsen (2003), até então, os raciocínios dos juristas confundiam-se com postulados políticos, eivados de valores e de ideologia². Ele compreendia a Ciência de acordo com o paradigma predominante no final do século XIX, o positivismo. Assim, para que fosse possível a ciência jurídica, seria necessário, por meio de um método próprio, delimitar o seu objeto (o direito, que seria, para ele, a norma jurídica). Atendo-se a esse método próprio – que possibilitasse um conhecimento estritamente jurídico sobre o direito – o filósofo entendia que poderia aproximar “[...] tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.” (KELSEN, 2003, p. XI)³.

A perspectiva adotada neste trabalho será, com apoio em Correias (1990, p. 863), Ebenstein (1947, p. 50-52) e Warat (1983), a de que a *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, não é uma obra de ciência jurídica, mas uma obra de filosofia (mais especificamente de epistemologia), que funda uma ciência

² Hans Kelsen (2003, p. 117) entende por ideologia “[...] uma representação não-objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento”.

³ Já no Prefácio à Primeira Edição da *Teoria Pura do Direito* (datado de maio de 1934), Kelsen (2003, p. XII), expõe seus objetivos “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão”.

jurídica. O grande questionamento da TPD é: quais são as condições de possibilidade de uma ciência jurídica?

Kelsen (2003) vai responder a essa questão por meio de bases epistemológicas assentadas na escola neokantiana de Marburgo, em especial na interpretação de Kant feita por Hermann Cohen⁴. Segundo Ebenstein (1947), a preocupação de Hermann Cohen era com a teoria do conhecimento, de Kant (2001). Segundo Correias (1990), Hans Kelsen chega a afirmar (em uma carta a Treves, de 1933)⁵ que são possíveis duas maneiras de se ler a teoria de Kant: uma que compreende que a verdadeira contribuição kantiana encontra-se na razão prática, ou seja, na diferença entre liberdade e natureza; e outra (a qual se filiará Kelsen) “[...] *que ve la filosofía de la ciencia de Kant como su ‘auténtica filosofía’*.” (CORREAS, 1990, p. 863, grifo nosso)⁶.

⁴ Sobre a adoção por Kelsen, acerca da interpretação de Hermann Cohen quanto à teoria do conhecimento de Kant, conferir Ebenstein (1947).

⁵ “[...] le fondement kantien de la Théorie pure du droit peut être contesté par ceux qui ne reconnaissent l'éthique kantienne que comme étant la seule authentique philosophie de Kant. Il sera sans doute facile, pour ceux qui considèrent que l'oeuvre principale de Kant réside dans sa philosophie transcendentale, de démontrer que cela est dépourvue de valeur.” (KELSEN apud CORREAS, 1990, p. 862).

⁶ Kelsen (1986) vai rejeitar o Kant da *Crítica da Razão Prática*, criticando especialmente o conceito de razão prática, afirmando que se trata de uma inadmissível confusão de duas faculdades do homem, quais sejam, “conhecer e querer”, que, com isso, Kant suprimiria o dualismo entre ser e dever, o próprio fundamento da ética de Kant: “Conhecimento é receptivo, querer é produtivo. Esta diferença é, no entanto, eclipsada na Teoria do Conhecimento de Kant, enquanto que, segundo esta, o conhecimento tem significação constitutiva, enquanto o conhecimento da razão teórica cria de novo e diferente o caos do sentimento para uma ordem da natureza, assim como a razão prática cria a ordem da Moral. Mas ambas estas ordens são essencialmente diferentes; uma – uma ordem do ser, a outra – uma ordem do dever-ser. Aquela é criada pelo conhecimento; esta apenas pode ser criada pelo querer.” (KELSEN, 1986, p. 100, grifo nosso).

A principal ideia de Kant (2001)⁷ que influenciou Kelsen foi a de que o conhecimento cria seu objeto a partir de categorias da razão⁸. Assim, segundo Ebenstein (1947), Kelsen vai construir uma filosofia jurídica formal na *Teoria Pura do Direito*, assentada na distinção de Kant (2001) entre forma e matéria no conhecimento, como modos de conteúdo que condicionam nossa consciência⁹.

Forma e conteúdo (ou seja, entendimento e mundo sensível) estão indivisivelmente juntos, não separados (como

⁷ “É certo que a Ciência Jurídica produz o seu objeto. Mas, esta produção, para o positivismo jurídico, não pode ultrapassar o território gnoseológico, misturar-se com as formas de produção e aplicação do Direito, realizadas pelos diversos órgãos com autoridade jurídica. Tal visão sobre a produção do conhecimento jurídico deriva de Kant; para ele, toda ciência constitui seu objeto, ou o produz, ao percebê-lo como uma totalidade significativa. Na teoria kantiana, os dados a que uma teoria científica se refere carecem, em seu momento pré-científico, de significação. É mediante o trabalho de sistematização da ciência que eles adquirem sentido; fala-se assim, de uma significação construída, de um objeto científico construído.” (WARAT, 1983, p. 28).

⁸ “Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. Esta “produção”, porém, tem um puro caráter teórico ou gnoseológico. Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica.” (KELSEN, 2003, p. 81-2).

⁹ Discordando de Ebenstein (1947), Correas (1990) afirma que, na verdade, Kelsen (2003) teria herdado a ideia de que o conhecimento cria seu objeto de Hume (2004) e não de Kant (2004). Tendo a concordar com Correas (1990), esse debate poderá ser realizado, porém, em outro trabalho. O que diz Correas (1990, p. 860) sobre a influência de Hume (2004): “[...] que el conocimiento crea su objeto a partir de categorías produzidas por la razón, és algo que Kant toma de Hume, pero para decir que tales categorías son a priori, coisa que Kelsen nega especificamente”.

poderiam defender idealistas extremos): “[...] *conceptos sin percepción son vacíos, de la misma manera que la percepción sin conceptos es ciega*”. (EBENSTEIN, 1947, p. 26). A forma vai ter uma dupla função: permitir a experiência racional para além do caos das sensações e colocar algo de permanente (um princípio de pensamento) diante da constante mudança da matéria.

Essa distinção entre forma e conteúdo é problemática¹⁰, o que rendeu à Kelsen a crítica de formalista. Porém, falar de conteúdo divorciado da forma significa pouca coisa, porque a forma faz do conteúdo, em primeiro lugar, objeto de conhecimento.

Por lo tanto, la teoría pura del derecho, como teoría normativa del conocimiento y filosofía formal del derecho, tiene como contenido del objeto de su cognición lo que el jurista profesional, viendo el sistema desde una posición interior, llamaría forma – ejemplo aún más claro de la relatividad de forma y contenido – la forma de su objeto de cognición – y aquí el hecho de la relatividad llega a su necesaria conclusión – puede decirse que ha de ser la forma universal del entendimiento de la mente humana.” (EBENSTEIN, 1947, p. 30).

A forma – característica identificada em todos os sistemas jurídicos segundo Kelsen (2003) – seria o primeiro critério de distinção do direito. Mas qual seria a forma do direito? A forma de um “dever” que é distinta de um “ser”.

Uma das primeiras distinções adotadas por Kelsen (2003) para delimitar o campo de possibilidades da ciência jurídica é entre “ser” e “dever ser”. Também como influência da distinção kantiana entre mundo sensível e mundo inteligível¹¹ – sendo o

¹⁰ Segundo EBENSTEIN (1947, p. 30), Kelsen teria reconhecido que essa distinção é problemática.

¹¹ “En su ‘Crítica de la Razón Pura’, Kant distingue un mundus sensibilis de un mundus intelligibilis. La posición del hombre es peculiar. Por una parte es un fenómeno en le mundo de los sentidos, un hecho natural, su causalidad sujeta a leyes empíricas. Por otra, este hombre que percibe el mundo solamente a

homem em parte um fenômeno do mundo sensível, mas também dotado de razão referente ao mundo inteligível – provém a distinção feita por Kelsen entre “ser” e “dever ser”. Porém, segundo Ebenstein (1947, p. 18, grifo do autor), tal distinção é acentuada por Kelsen:

Hace del ser y del deber ser un antagonismo formalógico, insoluble, que tiene como consecuencia una inevitable división de las ciencias. Según el objeto de la investigación está, o el ser de hechos reales – esto es, *realidad* -, o un deber ser ético-jurídico-estético, etc. - esto es, *idealidad* -, y así nuestro conocimiento se divide en dos grupos fundamentalmente distintos, el mundo en dos reinos que no une ningún sendero. En consecuencia, las ciencias se dividen en ciencias *causales* y ciencias *normativas*.

Essa divisão entre “ser” e “dever ser” não é, no entanto, uma divisão ontológica. Parece mais adequada a interpretação de Correias (1990), para quem tal divisão seria uma característica da linguagem¹². Correias (1990, p. 855, grifo do autor) explica citando Kelsen:

través de los sentidos es consciente de sí mismo por la mera percepción y bajo condiciones que no pertenecen a las impresiones de los sentidos. El hombre es, por lo tanto, en parte, un fenómeno; pero es también, en parte, en virtud de cierta capacidad no atribuible a la esfera de los sentidos, un objeto inteligible. Kant llama a esta capacidad entendimiento y razón. Esta razón es también una causalidad como lo prueban los imperativos que establecemos como reglas en nuestra conducta práctica. Sin embargo, y éste es el modo de ver que constituye a la vez la piedra angular de la teoría pura del derecho, 'el deber ser expresa una especie de necesidad y relación que en modo alguno es evidente en el reino de la naturaleza'. Lo natural podemos decir que es, ha sido o será. El deber ser, sin embargo, no tiene lugar en la naturaleza.” (EBENSTEIN, 1947, p. 17-8, grifo do autor).

¹² “Dicho de otra, la diferencia entre ser y deber es paralela a la que existe entre el lenguaje y su referente. Los lingüistas distinguen entre una palabra [...] y el objeto al cual se le aplica. Y no por ello parece que deba pensarse que son neokantianos”. (CORREAS, 1990, p. 848). Este mesmo autor cita, ainda, uma nota de Roberto Vernengo (1982, p. 357), tradutor da edição espanhola da TPD: “Parece evidente hoy que el giro, gramaticalmente dudoso, 'deber ser' no corresponde al simple verbo auxiliar *sollen*. En esta traducción se evita utilizar tal 'deber ser', recurriéndose, en lo posible, al verbo modal castellano

En TGDE [Teoría Geral do Direito e do Estado] [...] el deber es el sentido específico de un enunciado: 'El 'deber ser' simplemente expresa el sentido específico en el cual la conducta humana se encuentra determinada por una norma. Lo único que podemos hacer para describir tal sentido es afirmar que es diferente de aquél en el cual decimos que un individuo realmente se comporta en cierta forma, o que alguna cosa sucede o existe realmente'. [...] Esto significa que la diferencia entre *naturaleza* y *sociedad*, ahora bajo la forma de diferencia entre *ser* y *deber* ha quedado instalada en el *lenguaje*.

Como bem afirma Kelsen na *Teoria Geral das Normas* (TGN), publicada postumamente (em 1975), “ser” e “dever ser” são dois sentidos diferentes de um substrato modalmente indiferente.

Um dever-ser não se pode reduzir a um ser, um ser não se pode reduzir a um dever-ser; assim, também não se pode de um ser deduzir um dever-ser, nem de um dever-ser deduzir um ser.

Dever-ser e ser são dois sentidos completamente diferentes um do outro – aqui a palavra “sentido”, se quer dizer tanto quanto “significação”, é linguisticamente desusado – ou são dois diferentes *conteúdos de sentido*. “Ser” e “dever-ser” são puramente conceitos formais, duas formas ou modos que podem tomar todo e qualquer conteúdo. Mas precisam ter um conteúdo determinado, para serem razoáveis. Um algo que é, uma algo que deve ser. Da forma não resulta, porém, nenhum conteúdo determinado. (KELSEN, 1986, p. 70).

Enquanto as ciências normativas dedicam-se ao “dever ser”, as ciências naturais dedicam-se ao “ser”.

A ciência jurídica, portanto, descreve enunciados de dever ser (*sollen*)¹³ e não de ser (KELSEN, 2000, p. 235). O objeto dessa

'deber'. Ha de entenderse, pues, que cuando Kelsen habla de das Sollen no está refiriéndose a una misteriosa entidad: 'el deber ser', de alguna suerte contrapuesta a otra entidad metafísicamente muy prestigiosa: el 'ser', sino que está utilizando simplemente el infinitivo del verbo auxiliar 'deber' como substantivo verbal.” (VERNENGO, 1982, p. 357).

¹³ “[...] que não é a concreta obrigação jurídica, mas o nexo lógico entre o antecedente e o conseqüente [...]” (WARAT, 1983, p. 13).

ciência normativa são as normas que constituem a realidade jurídica:

Normas jurídicas positivas podem ser objeto de uma ciência jurídica, porque a existência – e isso significa a validade – de uma norma positiva é condicionada pela existência de fatos. Esses fatos são os atos pelos quais a norma jurídica é criada, como um costume, um ato legislativo, judicial ou administrativo, uma transação legal, juntamente com a eficácia da ordem jurídica total a qual pertence a norma. Ao descrever seu objeto como normas, a ciência do Direito refere-se a esses fatos; e a positividade do Direito consiste apenas na relação com eles. (KELSEN, 2001, p. 360).

Assim, as ciências da natureza e as ciências normativas vão se distinguir pelo objeto de seu conhecimento, e também pelo princípio que pautará essa cognição.

As ciências da natureza descrevem seus objetos a partir do princípio da causalidade, que não é uma força imanente à realidade, mas um princípio de cognição (de interpretação):

A ciência natural descreve seu objeto como real enunciando que, em certas condições (causas), ocorrem, necessária ou provavelmente, certas consequências (seus efeitos). Essas proposições [...] são as chamadas leis da natureza, que são leis da causalidade. (KELSEN, 2001, p. 361).

A relação entre causa e consequência é independente de intervenção de uma norma posta pelos homens (vontade humana).

Por outro lado, as normas jurídicas, a serem descritas pela ciência jurídica, não são regidas pelo princípio da causalidade, mas da imputação. A imputação designa uma relação normativa: quando A é, B deve ser. O pressuposto e a consequência são estabelecidos (ligados entre si) por um ato de vontade humano, que é o ato por meio do qual a norma é posta. O princípio da

imputação não indica que, sob certas condições, a consequência será necessária ou provável, mas que “[...] sob a condição de certa conduta humana, outra conduta humana *deve* ocorrer como consequência.” (KELSEN, 2001, p. 362, grifo do autor). O termo “deve” não tem significado moral, mas puramente lógico. As proposições jurídicas (proposições através das quais a ciência do direito descreve seu objeto, o Direito) valem-se, então, do princípio da imputação.

Tendo sido distinguidas as ciências normativas das naturais, cabe distinguir mais adequadamente a ciência jurídica das demais ciências normativas (como a ética). Isso implica em uma distinção de objetos: distinguir as normas jurídicas das demais normas morais (religiosas e morais). Para ser fiel ao ideal de pureza¹⁴, essa distinção é crucial e assegurada por meio da ideia de norma fundamental¹⁵ (condição lógico transcendental

¹⁴ Segundo Morrison (2006, p. 381-382, grifo do autor): “A teoria de Kelsen é ‘pura’ em dois sentidos: i) afirma-se livre de quaisquer considerações ideológicas, não se emitem juízos de valor sobre qualquer sistema jurídico, e a análise da ‘norma jurídica’ não é afetada por nenhuma concepção da natureza do direito justo; ii) o estudo sociológico da prática do direito e o estudo das influências políticas, econômicas ou históricas sobre o desenvolvimento do direito ficam além da esfera de ação da teoria pura”.

¹⁵ Sobre a Norma Fundamental (NF), explica Kelsen na segunda edição da Teoria Pura do Direito: “Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica - e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant -, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do

da ciência jurídica e pressuposto de validade das normas), que possibilita estabelecer a validade do ordenamento sem recorrer a valores e também permite limitar o objeto de conhecimento do direito.

Mas o critério crucial de distinção entre as diferentes ordens sociais são “[...] as *diferentes espécies de sanções*¹⁶ que estatuem”. (KELSEN, 2003, p. 30, grifo nosso). Em uma ordem religiosa, as sanções têm um caráter transcendente, ou seja, provêm de uma instância sobre-humana e suprassocial, podendo ser aplicadas nesse mundo ou no “além-túmulo” (KELSEN, 2003, p. 31).

Diferentemente da sanção transcendente da religião, o Direito e a Moral aplicam sanções imanentes, isto é, que se realizam no aquém, dentro da sociedade, e são executadas por homens (membros da sociedade). A diferença entre ambas é que: as sanções morais são aprovação e desaprovação por parte dos demais membros da sociedade, sendo recebidas como recompensa e castigo¹⁷ e aplicadas de maneira difusa pelos

autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo.” (KELSEN, 2003, p. 141-142). Na Teoria Geral das Normas, entretanto, Kelsen vai afirmar que a NF é uma ficção. Apesar disso, segundo Sgarbi (2009, p. 52), “[...] ainda como ficção, funcionalmente seu papel está mantido: o de permitir realizar a leitura das normas que resultam dos atos de agentes competentes”.

¹⁶ Sanção deve ser compreendida na obra de Kelsen (2003) não somente no sentido negativo de castigo, mas também no sentido positivo de prêmio (KELSEN, 2003, p. 26). Quando uma determinada conduta deve ser fomentada, a ordem social estatui um prêmio para o seu praticante. As duas sanções correspondem à ideia de retribuição, mas Kelsen (2003) ressalta que o castigo desempenha um papel social muito mais importante ou predominante.

¹⁷ A mera aprovação ou desaprovação da conduta do indivíduo, em conformidade ou não com a ordem moral, pode parecer pouco relevante, entretanto, como destaca Kelsen (2003, p. 30), “[...] por vezes, constituem sanções mais eficazes do que outras formas de recompensa e de castigo, pois satisfazem ou ferem o desejo de valimento (importância do homem), um dos mais importantes componentes do instituto de conservação”.

membros da sociedade. ; e as sanções previstas no Direito são aplicadas coativamente (com o uso da força, se necessário) e por meio de um órgão socialmente previsto para tal. Assim, o Direito distingue-se das demais ordens sociais por ser uma ordem coativa da conduta humana.

Como uma epistemologia geral do direito¹⁸, que estabelece as condições de possibilidade de conhecimento do direito, a TPD estabelece, então, como visto, a delimitação de seu objeto e o princípio que vai pautar a sua cognição (a imputação). A partir de tais bases epistemológicas, caberia à ciência jurídica positiva (ou ciência jurídica especial)¹⁹ conhecer os conteúdos das

¹⁸ “La teoría pura no se dirige al conocimiento de ningún derecho particular, penal o mercantil, ni de ningún sistema jurídico completo y concreto, sino que, partiendo del hecho del derecho, examina las condiciones de su posibilidad, ilumina su esencia y sus principios de conocimiento. Así, la teoría pura del derecho no es una ciencia jurídica en el común y corriente sentido dogmático, sino una filosofía jurídica, una teoría de la ciencia jurídica en el sentido transcendental. Cuando se señala que Kelsen, Merkl u otros han discutido dentro de la teoría pura del derecho problemas de contenido jurídico, todo lo que se puede decir es que no hay objeción en una discusión, tanto de la esencia del derecho como de su contenido, en una obra dada, si se reconoce claramente que histórica y experimentalmente el conocimiento que se deriva tiene lógicamente muy poco en común con el conocimiento de la clase del que busca la teoría pura del derecho, que se dirige a construir, sobre una base transcendental, una etimología del derecho.” (EBENSTEIN, 1947, p. 52).

¹⁹ A ciência jurídica especial refere-se ao conteúdo do direito positivo. Kelsen (2003, p. 90) trata da questão da seguinte maneira: “A este propósito deve notar-se que a proposição jurídica, que assim se apresenta como lei jurídica, tem – tal como a lei natural – um caráter geral, isto é, descreve as normas gerais da ordem jurídica e as relações através delas constituídas. As normas jurídicas individuais, que são postas através das decisões judiciais e das resoluções administrativas, são descritas pela ciência jurídica de maneira análoga àquela pela qual a ciência da natureza descreve uma experiência concreta, remetendo para uma lei natural que nesta lei se manifesta. [...] Num tratado de Direito penal alemão poderia, por seu turno, encontrar-se esta passagem: Visto que, segundo uma lei jurídica a formular com referência ao Direito alemão, um indivíduo que pratique um furto deverá ser punido por um tribunal com a pena de prisão, o tribunal X, de Y, após ter verificado que A praticou um furto, estatuiu que A deve ser compulsoriamente internado, por um ano, na prisão Z. Com a proposição que afirma que A, que praticou um determinado furto, deve ser compulsoriamente internado na prisão Z, pelo espaço de um ano, descreve-se a norma individual fixada pelo tribunal X, de Y”.

normas jurídicas (mutável de ordenamento para ordenamento) e descrevê-los. Essa seria a tarefa do jurista como cientista do direito: realizar a ciência jurídica proposta na TPD.

Mantendo-se fiel ao seu ideal de que a ciência deve ser objetiva, Kelsen (2001) diz que cabe ao cientista descrever o objeto escolhido. O cientista deve interpretar seu objeto apontando quais os sentidos possíveis das normas sem indicar qual seria a melhor interpretação:

[...] a tarefa de um cientista jurídico que interpreta um instrumento jurídico é demonstrar seus possíveis significados e deixar à autoridade jurídica competente a escolha, segundo princípios políticos, do que essa autoridade julga mais adequado. (KELSEN, 2001, p. 367).

O cientista deveria fixar a moldura, dentro da qual várias interpretações são possíveis e a escolha de uma delas será feita pelo juiz ou tribunal (o órgão aplicador do direito):

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. (KELSEN, 1998, p. 390-391).

Cientificamente, não seria possível apontar qual é a melhor interpretação porque isso implicaria em uma escolha:

Uma vez estabelecida a moldura, não cabe ao cientista do Direito afirmar a posição mais acertada, uma vez que qualquer escolha é necessariamente subjetiva e, portanto, fora do âmbito de controle da estrita racionalidade científica proposta por Kelsen. (SANTOS NETO, 2008, p. 104-105).

Kelsen (2003) realiza uma distinção entre interpretação como ato de conhecimento e como ato de vontade. O cientista deveria limitar sua interpretação a um ato de conhecimento, e o intérprete autêntico (órgão competente para aplicar a norma) deveria realizar uma interpretação cognoscitiva do direito a aplicar, combinando-a “[...] com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” (KELSEN, 2003, p. 394).

Portanto, a interpretação da ciência jurídica não cria direito e se limita a ser um ato de conhecimento.

A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Diferentemente da interpretação feita pelos órgãos jurídicos, ela não é criação jurídica. [...] A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, 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 Direito²⁰. (KELSEN, 2003, p.395-396).

²⁰ Para Kelsen (1998), a utilidade de tal interpretação relaciona-se com a demonstração à autoridade legislativa da necessidade de elaborar normas tão inequívocas quanto possível para garantir a segurança jurídica. “De resto, uma interpretação estritamente científica de uma lei estadual ou de um tratado de Direito internacional que, baseada na análise crítica, revele todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis e que, porventura, não foram de forma alguma pretendidas pelo legislador ou pelas partes que celebraram o tratado, mas que estão compreendidas na fórmula verbal por eles escolhida, pode ter um efeito prático que supere de longe a vantagem política da ficção do sentido único: E que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.” (KELSEN, 1998, p. 396-397).

Para que se mantenha a objetividade almejada para a ciência e se realize a adequada separação da ciência e da política, o cientista não deve se deixar influenciar por seus valores pessoais, mas deve assumir uma postura neutra.

A ciência é uma função da cognição; seu objetivo não é governar, mas explicar. Descrever o mundo é seu objetivo. Sua independência diante da política significa, em última análise, que o cientista não deve pressupor nenhum valor; conseqüentemente, ele tem de restringir-se a uma explicação e a uma descrição de seu objeto, sem julgar se este é bom ou mau, isto é, se está em conformidade ou em contradição com um valor pressuposto. Isso implica que os enunciados pelos quais um cientista descobre e explica o objeto de sua investigação não devem ser influenciados por valores em que ele próprio acredita. Enunciados científicos são juízos sobre a realidade; por definição, são objetivos e independentes de desejos e temores do sujeito que julga porque são verificáveis por meio da experiência. São verdadeiros ou falsos. (KELSEN, 2001, p. 349-350).

A verdade ou falsidade do enunciado científico expresso pelo cientista do direito seria aferível por meio da verificação de sua correspondência, ou não, com o conteúdo da norma jurídica válida (KELSEN, 2001, p. 361). Como diz Sgarbi (2009, p. 57),

[...] o controle utilizado por Kelsen é o controle ‘por coerência’, isto é, o mesmo tipo de controle utilizado, por exemplo, pela matemática. Parte-se de algumas informações iniciais e, delas, afere-se a correção do afirmado em relação ao caso dado²¹.

²¹ Exemplifica Kelsen (2003, p. 82-83): “[...] proposição contida num tratado de Direito civil em que se afirme que (em conformidade com o Direito estadual que forma objeto do tratado) quem não cumpre uma dada promessa de casamento (esponsais) tem de indenizar pelo prejuízo que por tal fato cause, caso contrário deverá proceder-se a execução forçada no seu patrimônio, é inverídica se no Direito estadual que constitui o objeto deste tratado – tratado que se propõe descrever o Direito – se não prescreve tal dever, já que se não prevê essa execução forçada. A resposta à questão de saber se uma tal norma jurídica vigora ou não dentro de determinada ordem jurídica e – não direta mas indiretamente – verificável, pois uma tal norma tem - para vigorar - de ser produzida através de um ato empiricamente verificável”.

Como visto, a grande preocupação de Kelsen (2003) ao propor a construção da ciência jurídica é, principalmente, com a separação entre ciência e política. Escolher e valorar são atividades políticas, segundo ele, que não se coadunam com a postura do cientista. Essa ideia de neutralidade e objetividade do cientista adotada por Kelsen (2003) reflete o ideal das ciências, em especial de uma perspectiva positivista de ciência (vinculada à corrente do positivismo lógico). Porém, tal ideal tem sido intensamente discutida por epistemólogos e juristas.

3 Uma crítica à ideia de neutralidade na ciência

Para entender o ideal de objetividade proposto por Kelsen (2003) para o cientista do direito, recorre-se à discussão de Cupani (2011), segundo a qual se pode entender objetividade tanto como uma propriedade do conhecimento, quanto como uma postura dos cientistas:

La palabra denota la pretensión, por parte de la actividad científica, de adecuarse al objeto (de conocimiento) mediante una determinada estrategia cognitiva (el control intersubjetivo de las afirmaciones) y con la condición de anular, o al menos refrenar, los elementos de valor puramente personal (“subjetivo”). Un conocimiento es objetivo (“público”, “universal”) si, y en la medida en que, puede ser comprendido de la misma manera por todo sujeto competente (matemático, físico, sociólogo etc.) y de ese modo, puede ser aceptado o discutido. (CUPANI, 2011, p. 501).

Ainda segundo Cupani (2011), pode-se entender a objetividade em três dimensões: 1) epistemológica (comporta uma aspiração em corresponder a realidade e adota uma perspectiva de verdade como correspondência); 2) metodológica (controla intersubjetivamente as reivindicações de conhecimento por meio da percepção, linguagem ordinária e de meios mais rigorosos,

como métodos padronizados de investigação e uma linguagem rigorosa); 3) axiológica (evita que as inclinações pessoais desvirtuem a investigação, implicando críticas recíprocas dos investigadores e a disposição de cada um para a autocrítica).

Essas três dimensões da objetividade, propostas por Cupani (2011), podem ser todas encontradas na proposta de Kelsen (2003).

A objetividade epistemológica encontra-se quando Kelsen (2003) defende que as proposições da ciência jurídica podem ser avaliadas como verdadeiras ou falsas (verídicas ou inverídicas), desde que correspondam às normas de um determinado direito positivo. As proposições da ciência jurídica seriam juízos de realidade particulares (KELSEN, 2003, p. 21). Nesse sentido, para o autor, o direito positivo corresponde à realidade a ser descrita pelo cientista do direito, ou seja, seu objeto de análise (KELSEN, 2003, p. 96). Pode-se observar, ainda, o aspecto metodológico da objetividade que está especialmente presente quando Kelsen (2003) busca estabelecer, na TPD, de maneira clara e precisa, os conceitos a serem utilizados pela ciência jurídica, como norma, validade, eficácia etc. Visualiza-se, por fim, a objetividade axiológica na exigência dele de que a descrição do direito positivo, por meio da ciência jurídica, deva ser alheia a valores (KELSEN, 2003, p. 89, 117-119).

Este trabalho detém-se sobre o aspecto da categoria de objetividade axiológica. Kelsen (2001, 2003) entende que essa isenção de valores, que garantiria a objetividade das proposições jurídicas, seja fundamental para que se proceda uma distinção entre direito e política. Esse objetivo deve ser contextualizado histórica e socialmente, conforme aponta o historiador Robert Proctor (1991 *apud* CUPANI, 2011) e, na obra de Kelsen (2001, 2003), relaciona-se tal objetivo com duas questões principais:

um desencantamento com o mundo (que implica sua descrença quanto à possibilidade de valores objetivos; todos os valores seriam subjetivos); e a necessidade de afirmar a autonomia da ciência jurídica frente ao poder político.

A busca de autonomia da ciência frente ao poder político como um dos objetivos de Kelsen (2001) fica explícita em um artigo de 1951, *Ciência e política*, em que o jurista alemão assevera que a busca pela verdade não pode estar condicionada por fatores políticos, e ressalta que o grande desenvolvimento que as ciências naturais teriam alcançado seria devido, em grande parte, à emancipação do poder político e da Igreja (KELSEN, 2001, p. 356). Porém, as ciências sociais ainda estariam muito influenciadas por aqueles que residiriam no poder e almejavam a construção de uma ideologia social²².

Kelsen (2001, 2003) tentou fazer do ideal de objetivamente axiológica, então, um escudo (CUPANI, 2011, p. 504) para proteger a ciência jurídica da intromissão dos donos do poder e defender a autonomia do cientista do direito. Nesse sentido, cabe a análise de Proctor (1991 *apud* CUPANI, 2011, p. 508), que mostra a não obviedade dessa noção de objetividade:

La reivindicación de la “libertad de valores” sería [...] la resultante de diversas creencias y procesos sociales [...]. Más específicamente, Proctor ve en la idea de una ciencia social neutra del siglo xix una ideología defensiva de lo que ya era una profesión, y no más un pasatiempo de hombres adinerados. Defender la neutralidad de la ciencia consistía en una actitud política, y no meramente epistémica. Además, si ella fuera encarada como un asunto puramente teórico, revelaría su gran complejidad, su falsa obviedad.

²² Essas ideias também se encontram no Prefácio à Primeira Edição da TPD (KELSEN, 2003, p. 14).

Por outro lado, a exclusão do estudo dos valores do âmbito da ciência jurídica provém do ceticismo e relativismo ético de Kelsen (2001), para quem não é possível conhecer os valores, ou seja, não é possível chegar a um conhecimento sobre qual seria o valor verdadeiro ou o melhor valor. Portanto, o que se tem são inúmeros valores, sendo que nenhum pode ser defendido objetivamente como melhor do que outro. Todo esse debate é feito nas obras de Hans Kelsen, que sobre a questão da justiça conclui: “[...] justiça absoluta é um ideal irracional.” (KELSEN, 2001, p. 23).

Cupani (2011) destaca como essa visão é uma atitude humana típica da modernidade. Trata-se de uma convicção de que a ciência é uma tentativa de conhecer o mundo sem julgá-lo ou de entendê-lo como portador de valores:

Eso significa que, para la mentalidad moderna y la ciencia que deriva de ella, no es verdad que la naturaleza sea, en sí misma, bella, sagrada, normal o justa. O, más ampliamente, significa que no hay objetos, procesos o acontecimientos reales, presentes o pasados, que sean en sí mismos “valiosos” o “carentes de valor”, “deseables” o “repudiables”, “importantes” o “irrelevantes” etc., sino que toda atribución de valor proviene del ser humano. (CUPANI, 2011, p. 512).

Dizer que as valorações são subjetivas não implica defender um solipsismo, no sentido de serem os valores individuais ou irracionais. As valorações são fenômenos sociais, que podem ser coletivos ou compartilhados, e não necessariamente se reduzem a meras preferências sem fundamento (CUPANI, 2011, p.513; KELSEN, 2001, p. 8).

Para evitar confusões teóricas com o termo “subjetivo”, Cupani (2011) propõe seu entendimento no sentido de que, nas relações com o mundo, sempre se mesclam as percepções do mundo com as intenções com relação a ele:

Mezclamos nuestro reconocimiento de propiedades físicas o de presencias humanas con nuestras ideas, deseos, temores y propósitos. En este sentido, nuestra experiencia es siempre “subjetiva”, por definición, pero no porque ella no encierre elementos “objetivos”. (CUPANI, 2011, p. 513).

Esse autor destaca que, quando a experiência é somente subjetiva, sem nada de objetivo, pode-se enganar ou confundir. Portanto, uma vida viável implica buscar ampliar o conhecimento objetivo, porém, com a consciência de que o aspecto subjetivo nunca será excluído.

Para que se possa aceitar, portanto, a noção de objetividade dos enunciados científicos proposta por Kelsen (2003), faz-se necessário um esclarecimento quanto aos limites de possibilidade da objetividade: a objetividade trata-se de uma busca por uma descrição, a mais objetiva possível, reconhecendo-se que sempre haverá subjetividade nela imbuída. A objetividade refere-se, assim, à busca de imparcialidade e não se confunde com neutralidade, que não é possível.

En efecto, esta norma [imparcialidad] no se refiere a la ausencia de intereses, deseos, propósitos, inclinaciones o prejuicios por parte de los investigadores (lo que es imposible), o a la eliminación de esos factores (igualmente imposible). La norma de imparcialidad exige que lo que creemos, deseamos o nos proponemos no predetermine, consciente o inconscientemente, los resultados cognitivos de la investigación. Cuando, y en la medida en que, eso ocurre, los conocimientos alcanzados son perjudicados en su objetividad, siendo eso algo diferente de que esos conocimientos estén al servicio de tal o cual causa (que puede ser, no olvidemos, la de aumentar los conocimientos sin propósitos utilitarios, y no necesariamente la de producir tecnología o apoyar una acción política). En otras palabras, la ciencia puede ser más o menos objetiva, por ser más o menos imparcial, teniendo siempre un compromiso que la vuelve no-neutral o no-neutral. (CUPANI, 2011, p. 512).

Como esclarecido nessa citação, quando se trata de objetividade como imparcialidade não se está negando a existência de interesses, inclinações ou valores por parte do indivíduo. Não é possível eliminar tais elementos, isso porque, como reconhece Kelsen (2003), o conhecimento não é uma mera cópia de seu objeto, mas contém traços que pertencem ao sujeito cognitivo e sua matriz biossocial (CUPANI, 2004, p. 14). A exigência de imparcialidade implica, portanto, buscar evitar que crenças e valores subjetivos determinem o resultado do processo de cognição.

Assim, a descrição objetiva do direito, como proposta por Kelsen (2003), pode ser um *desideratum* da ciência jurídica. Porém, como *desideratum*, é um objetivo a ser constantemente buscado, sabendo-se que haverá – inevitavelmente – a influência da subjetividade. O que não implica, entretanto, dizer que tais enunciados científicos sejam meras opiniões ou ideologias. Nesse sentido, a distinção proposta por Cupani (2011) entre enunciados fáticos e valorativos é elucidativa. No caso dos enunciados fáticos, predomina a intenção de descrever o direito em sua objetividade, distinguindo-se dos enunciados valorativos em que predomina a intenção prescritiva do sujeito de conhecimento.

Propongo entender eso como diciendo que en los enunciados “fáticos” predomina el interés en detectar lo que el mundo es por sobre nuestra intención (incluida la intención de conocimiento). Y en los enunciados “valorativos” predomina nuestra intención (deseo etc.) por sobre lo que el mundo pueda ser. Al punto de que, cuando asumimos fuertemente una convicción moral, religiosa, política o estética, llegan a parecernos irrelevantes, impertinentes o sospechosas las críticas de tales convicciones en nombre de la ciencia. El lenguaje científico, con su aspiración a una perfecta univocidad, encarna esa intención, que incluye despojar términos de uso común de su carga valorativa, cuando son usados en la ciencia. (CUPANI, 2011, p. 514).

Portanto, a condição de objetividade do conhecimento científico do direito pode ser compreendida como objetividade limitada, no sentido de imparcialidade, mas não de neutralidade. Haverá um conhecimento científico mais ou menos objetivo, conforme se tenha sido seja mais ou menos imparcial.

Essa busca de objetividade como imparcialidade deve implicar, ainda, reflexões sobre como seria possível ser mais ou menos imparcial²³, ou seja, como alguns mecanismos de crítica poderiam auxiliar na busca pela imparcialidade. Isso porque a descrição objetiva (que se difere da neutra, como já dito) muito dificilmente realizar-se-ia somente pelo interesse do cientista em fazer dessa forma, pois, como adverte Karl Popper (1980), todos são vítimas de preconceitos e, muitas vezes, aceitam-se coisas como evidentes sem submetê-las à crítica.

Sobre esse ponto, Montoya (2004) sugere que a criação de uma comunidade de cientistas do direito, em que se realizasse a crítica das proposições científicas, seria um mecanismo importante na busca pela objetividade.

La objetividad científica del derecho se obtiene por medio del contraste y de la crítica. No se puede pretender darle el calificativo de ciencia a una mera acción descriptiva que pretende mantenerse inmune a la crítica. De esa manera, no sería factible distinguir entre conocimientos y valoraciones y más bien se daría la impresión de estar ante conocimientos irrefutables y objetivos que terminan por convertirse en dogmas. (MONTROYA, 2004, p. 136).

Kelsen (2003) não reflete sobre a necessidade de tais mecanismos de crítica. Aqui, encontra-se um limite na sua proposta. Falta-lhe reconhecer que a objetividade possível é sempre limitada (tanto pelos valores dos cientistas, que

²³ Veja-se, por exemplo, a proposta de Imre Lakatos (1979) de uma heurística positiva preocupada em lidar com as refutações de maneira menos arbitrária.

necessariamente interferem na construção do conhecimento, quanto pelos compromissos não cognoscitivos, com os quais estão comprometidos tais cientistas) e que a crítica a ser realizada pela comunidade científica poderia ser um mecanismo para assegurar mais objetividade.

4 A teoria pura do Direito diante da ciência dogmática

Sobre a proposta de Kelsen (2003) de construir uma ciência objetiva do Direito, quando se pensa nas ciências jurídicas particulares (relacionadas a um ordenamento específico), pode-se ainda abordar uma crítica que muitas vezes lhe é apontada: qual seria a utilidade de uma ciência jurídica que se proponha objetiva e se limite a descrever as normas do direito positivo? Qual seria a utilidade de uma ciência dogmática do direito penal, por exemplo, que se limitasse a indicar as possibilidades cognoscitivas previstas no Código Penal?

Para Kelsen (2003), havia uma utilidade premente: demonstrar que o ideal da existência de uma única interpretação correta é uma ficção e mostrar à autoridade legislativa “[...] quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas.” (KELSEN, 2003, p. 396-397).

Porém, apesar dessa utilidade desmitificadora, é preciso recordar que a proposta dele era de uma teoria pura, como se sabe, o que remete à ideia de uma ciência autônoma, ou seja, não preocupada com sua aplicação prática.

Na medida em que a atividade científica se propõe e consegue ser relativamente autônoma (o que, certamente, depende de condições sociais), produz-se a ‘ciência pura’ ou ‘básica’, vale dizer, procura-se o

novo conhecimento em função de questões que derivam exclusivamente do conhecimento já disponível. (CUPANI, 2004, p. 15).

Quando a ciência, de maneira contrária, serve a determinados objetivos práticos está-se diante da ciência aplicada, e quando se submete às exigências da tecnologia tem-se a tecnociência (CUPANI, 2004, p. 15).

A partir dessas conceituações, pode-se afirmar, com apoio na obra de Ferraz Jr. (2013), que a ciência brasileira dogmática do direito é uma ciência aplicada, preocupada com questões práticas e não predominantemente com o conhecimento do direito. Trata-se de uma ciência dogmática porque parte de dogmas assumidos como pressupostos inquestionáveis, que auxiliarão a responder a principal pergunta formulada pelos cientistas dogmáticos do direito: como agir? Portanto, o cientista dogmático do direito não se propõe à pergunta enunciada por Kelsen (2003): o que é? Esse seria um questionamento eminentemente conceitual e zetético, por outro lado, a preocupação do cientista dogmático é prática e não teórica.

Como bem sugere Ferraz Jr. (2013), o jurista assume uma função linguística diferente daquela assumida pelos demais estudiosos (por um cientista como um físico, por exemplo). Enquanto o físico busca fundamentalmente descrever o fenômeno estudado, utilizando-se, assim, de um sentido informativo da linguagem, o jurista utiliza-se de um sentido diretivo da linguagem.

O jurista não se limita a descrever determinado fenômeno ou instituto jurídico, mas busca também dizer como esse fenômeno “deve ser” compreendido, almejando com isso direcionar e orientar a ação daqueles que vão se valer de sua teoria. As definições do jurista seriam, segundo Ferraz Jr. (2013),

“redefinições” porque a ciência jurídica conforma os próprios fenômenos estudados.

Não significa que os juristas dogmáticos não se utilizem de um sentido informativo da linguagem e não busquem compreender os fenômenos. Eles também o fazem, mas o sentido predominante em que usam a linguagem é diretivo. O objetivo de uma investigação dogmática é, partindo de dogmas (como a lei, que será interpretada pela dogmática), orientar a ação de todos os que lidam com o direito: de operadores do direito em sentido amplo (juízes, promotores, advogados, servidores) e também daqueles que estão submetidos ao direito.

É por isso, então, que Ferraz Jr. (2013) afirma que a ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma tecnologia:

Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. Nesse sentido, ela, ao mesmo tempo, funciona como um agente pedagógico junto a estudantes, advogados, juízes etc. Que institucionaliza a tradição jurídica, e como um agente social que cria uma “realidade” consensual a respeito do direito, na medida em que seus corpos doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção. (FERRAZ JR., 2013, p. 60).

Esse conhecimento, então – partindo de dogmas que delimitam o campo do “juridicamente possível” – força, oculta e manipula a realidade para possibilitar as decisões dos conflitos que são apresentados ao direito, com o mínimo de perturbação social possível. Trata-se de um cálculo jurídico – influenciado, segundo Ferraz Jr. (2013, p. 61) pela visão econômica – que “[...] leva em consideração os limites dogmáticos em face das exigências sociais, procurando, do melhor modo possível, criar condições para que os conflitos possam ser juridicamente decidíveis.” (FERRAZ JR., 2013, p. 61).

A dogmática como teoria jurídica compreende um conjunto de orientações sobre como decidir: “[...] suas teorias (doutrina) constituem, na verdade, um corpo de fórmulas persuasivas que influem no comportamento dos destinatários, mas sem vinculá-los, salvo pelo apelo à razoabilidade e à justiça, tendo em vista a decidibilidade de possíveis conflitos.” (FERRAZ JR., 2003, p. 84-85).

Para Ferraz Jr. (2003), por fim, o problema da ciência dogmática do direito não é um problema de verdade/falsidade, mas de decidibilidade, e os enunciados produzidos por tal ciência não têm pretensão de verdade, e sua validade está condicionada à sua relevância prática para decidir conflitos:

Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo conseqüências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras. (FERRAZ JR., 2013, p. 64).

Entende-se que a maneira como se construiu a ciência dogmática jurídica brasileira é mais adequadamente descrita por Ferraz Jr (2013), que, portanto, é predominantemente diferente da ciência jurídica proposta por Kelsen (2003). O compromisso de Kelsen (2003) era com o conhecimento objetivo do direito (ainda que se possam questionar os limites dessa objetividade) e não com a orientação da ação. Enquanto a ciência jurídica, pensada a partir de Kelsen (2003), questiona “o que é o direito?”, a ciência jurídica dogmática efetivamente construída no Brasil busca indicar aos juízes e demais destinatários do direito como eles devem agir, criando condições de decidibilidade para os conflitos. Nesse sentido, pode-se dizer que a ciência dogmática compromete-se pouco com a objetividade, tendo em vista que almeja o convencimento e a decisão e não o conhecimento.

5 Considerações finais

Kelsen (2003) propôs uma ciência jurídica objetiva e exata sobre seu objeto de estudo, o direito. Para tanto, ele apresentou, na Teoria Pura do Direito, as bases epistemológicas desse projeto e construiu uma ciência geral sobre o direito (que almejava descrever todo e qualquer ordenamento jurídico).

Ciências particulares sobre ordenamentos específicos poderiam ser construídas a partir das bases epistemológicas apresentadas por ele. Caberia as tais ciências descrever as normas jurídicas de cada ordenamento particular. O cientista do direito, por meio das proposições jurídicas, descreveria de maneira objetiva as interpretações possíveis da norma jurídica.

Porém, seria possível descrever de maneira objetiva o direito? Caso a objetividade seja compreendida como imparcialidade, ou seja, buscando-se descrever o objeto sem deixar que seus preconceitos, valores e crenças determinem a cognição, entende-se possível. Porém, caso a objetividade seja entendida como neutralidade, aí não é possível. Neutralidade implicaria uma ausência completa de valores, o que não ocorre, pois em todo ato de conhecimento há elementos de subjetividade envolvidos, e todo conhecimento é comprometido.

Kelsen (2001, 2003) não delimita adequadamente, assim, sua ideia de objetividade. Entende-se ser possível a objetividade científica dentro desses limites pensados, considerando-se, ainda, a necessidade de mecanismos críticos que possam auxiliar no controle da objetividade – como uma comunidade de cientistas engajados na crítica intersubjetiva da produção teórica da ciência – um debate crítico apreciativo nos moldes propostos por Popper (2002, p. 24).

Por fim, confrontando a proposta de Kelsen (2003) de uma ciência jurídica com a descrição que Ferraz Jr. (2013) realiza da ciência dogmática praticada no Brasil, pode-se concluir que a ciência dogmática trata-se de um saber que cumpre as funções de uma tecnologia, mais do que de uma ciência no sentido kelseniano. A ciência dogmática está comprometida com a questão de como agir e produz enunciados “criptonormativos” a fim de cumprir a sua função de criar condições para a ação, para a decidibilidade dos conflitos.

Referências

CORREAS, Oscar. Kelsen y el kantismo. *Boletín mexicano de derecho comparado*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, a. 23, n. 69, p. 833-866, set./dez. 1990.

CUPANI, Alberto. A ciência como conhecimento “situado”. *In: MARTIS, R. A.; MARTINS, L. A. C. P.; SILVA, C. C.; FERREIRA, J. M. H. (Eds.). Filosofia e história da ciência no Cone Sul: 3º Encontro*. Campinas: AFHIC, 2004, p. 12-22.

_____. Acerca de la vigencia del ideal de objetividad científica. *Scientiæ zudia*. São Paulo, v. 9, n. 3, p. 501-525, 2011.

DELEUZE, Gilles. *A Filosofia Crítica de Kant*. Tradução Germiniano Franco. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009.

EBENSTEIN, William. *La Teoria Pura del derecho*. México, Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica, 1947.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza: uma investigación sociológica*. Tradução Jaime Perriau. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1945.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O que é justiça? A justiça, o direito e a Política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAKATOS, Imre. O falseamento e a metodologia dos programas de pesquisa científica. In: LAKATOS, Imre; MUSGRAVE, Alan (Org.). *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento*. São Paulo: Cultrix: Ed. da Universidade de São Paulo, 1979. p. 109-243.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Importancia de la Teoría Jurídica Pura*. México, DF: Fontamara, 1994.

MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen – vida y obra*. México: Universidad Autónoma de México, 1976.

MONTOYA, Ana María. Los valores como problema y la teoría pura del derecho expuesta por Hans Kelsen. *In: BORDA, Luis Villar (Coord.). Hans Kelsen (1881-1973)*. Bogotá, Colombia: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2004.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito – dos gregos aos pós-modernos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

POPPER, Karl. *A miséria do historicismo*. Tradução Octany S. da Mota e Leônidas Hegenberg. São Paulo: Cultrix; Editora da Universidade de São Paulo, 1980.

_____. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Lisboa: Edições 70, 2002.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, a. 16, n. 64, p. 88-126, jul./set. 2008.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de Teoria do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

VÁZQUEZ, Efrén. *Hans Kelsen, Jurista del siglo XX*. Ed. Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, 1999.

VERNENGO, Roberto J. Nota del traductor. *In: KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

CAPÍTULO XVI



BREVES NOTAS SOBRE O CONHECIMENTO ARROGANTE A PARTIR DA ORDEM ESPONTÂNEA DE HAYEK

Renata Ramos¹

Frederich August von Hayek é um teórico pouco estudado no Brasil. Os trabalhos que se dedicam à apreciação da sua obra autor são escassos na Academia Brasileira, até mesmo na Economia, sua principal área de discussão.

O pouco debate sobre a obra completa de Hayek, e também da Escola Austríaca de Economia, da qual ele foi tributário, talvez decorra da prevalência histórica das ideias de Keynes e de economistas menos vinculados aos debates austríacos. Além disso, a interpretação conferida por grande parte dos economistas à grande crise de 1929, que, segundo, eles teria sido uma crise do livre mercado, foi a interpretação que parece ter prevalecido no debate acadêmico desde então.

Economistas austríacos, a exemplo de Rothbard (2012), apontaram para as consequências negativas da expansão do crédito, a partir de 1920, pelo Banco Central americano (Federal Reserve), que se somaria às causas da grande crise de 1929. Portanto, para essa linha de pensamento econômico, não se tratou de uma crise do livre mercado, mas sim de uma crise

¹ Renata Ramos é Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Email: rerodriguesramos@yahoo.com.br.

daquilo que os autores austríacos nominam “capitalismo de Estado.” (ROTHBARD, 2012).

O economista Ebeling (2011) informa que

Tanto os austríacos quanto os chicaguistas rejeitaram o argumento de Keynes de que a economia de mercado era um arranjo fundamentalmente instável e propenso a gerar prolongados períodos de desemprego, com vastos recursos ociosos. Ambas as escolas argumentaram que, quando inflações e recessões ocorriam, elas eram o inevitável resultado, respectivamente, de uma desleixada gestão monetária e de intervenções governamentais que reduziam a flexibilidade do mercado frente a circunstâncias inconstantes e mutáveis, o que obstruía a recuperação. E ambas as escolas se mostraram receosas quanto a políticas fiscais e monetárias arbitrárias, particularmente do tipo keynesiana, acreditando que tais políticas iriam apenas gerar menos estabilidade, e não mais.

O próprio Hayek informou que suas ideias políticas

[...] não se diferenciavam muito das do resto dos companheiros: era um socialista ‘Fabiano’ que, seguindo os passos do seu mestre Wieser, pensava que a benigna intervenção do estado seria capaz de melhorar a ordem social.” (*apud* SOTO, 2010, p. 107-108). O divisor intelectual de Hayek consistiu na leitura da obra *Socialismo*, publicada por Mises em 1922. A partir desse texto, o autor “[...] abandonou os ideais socialistas que havia abraçado em sua juventude. (*apud* SOTO, 2010, p. 107-108).

Importante pontuar que Hayek teria perdido o longo debate que travou com Keynes na “London School of Economics”, uma vez que, consoante o já exposto, as ideias de Keynes foram as que prevaleceram no século passado. Por longos anos, os trabalhos de Hayek permaneceram pouco frequentados na maioria dos países do globo, sendo que o Prêmio Nobel conferido ao economista em 1974 teve o condão

de trazer seus estudos novamente ao cenário principal das discussões econômicas e políticas.

Hayek transitou por muitas áreas do conhecimento, como psicologia, biologia, direito, antropologia e economia. Dizia, com frequência, que o economista que se restringisse apenas à sua ciência estava fadado a pouco avançar nos intrincados labirintos do saber humano, que invariavelmente apresenta multidisciplinaridade.

Nas obras *Arrogância Fatal* e *O Caminho da Servidão*, Hayek (1995, 2010) deteve-se sobre os erros do socialismo e da racionalidade, o que lhe permitiu a construção das ideias socialistas. Uma citação de Mises abre o texto de *A Arrogância Fatal*: “[...] o Socialismo é uma das criações mais magníficas do espírito humano e que cativou a admiração de milhares de seres humanos”. No entanto, para Mises (*apud* HAYEK, 1995), “[...] se nós quisermos salvar o mundo da barbárie teremos de refutar o Socialismo, mas não poderemos descuidadamente deixá-lo de lado”.

No capítulo “O caminho abandonado”, da obra *O caminho da servidão*, Hayek (2010) afirma a importância das liberdades econômicas para o êxito das demais liberdades políticas e sociais:

Quando o curso da civilização toma um rumo inesperado, evitamos assumir a culpa pelo desvio. Mas o fato é que fomos nos afastando progressivamente das ideias básicas sobre as quais se erguera a civilização ocidental. Fomos aos poucos abandonando a liberdade econômica sem a qual a liberdade política e social jamais existiu no passado. Fomos avançando na direção do socialismo. (HAYEK, 2010).

Hayek estudou Direito, assim como seu professor Ludwig von Mises, porquanto naquela época não existia faculdade de economia independente em Viena. Era, assim, necessário cursar

Economia no Direito. Portanto, Hayek é um economista com sólidos trabalhos para se pensar uma teoria liberal do Direito.

A partir da mudança para a Universidade de Chicago, em 1949, Hayek modificou seu programa de investigação. O autor, naquele momento, dedicou-se ao estudo dos condicionamentos jurídicos e institucionais de toda a sociedade livre. A primeira preocupação de Hayek (1985) foi epistemológica a respeito do significado de “racionalidade humana”. Para ele, era premente resgatar o que nominou de “correta epistemologia”, para se pensar uma ordem liberal. Salama e Mendes (2014) assim orientam o problema epistemológico principal de Hayek: “[...] o que sabemos (e o que não sabemos) sobre o mundo? E o que permite sequer pensar na construção de uma ordem liberal?” (SALAMA; MENDES, 2014).

Importante lembrar que a epistemologia hayekiana fundase principalmente nos postulados popperianos.

Hayek e Popper tiveram inúmeros pontos em comum em suas vidas. Ambos nasceram na Áustria, na virada do século XX; já adultos imigraram para o Reino Unido e se tornaram cidadãos britânicos; lecionaram juntos, por muitos anos, na célebre *London School of Economics*; foram condecorados pela Rainha, Popper com o título de Sir e o Prof. Hayek com o de *Companion of Honour*; Popper manteve ásperas discussões com Ludwig Wittgenstein, de quem o Prof. Hayek era primo... e o que é mais importante, compartilharam das mesmas convicções sobre as vantagens das organizações sociais fundadas na liberdade individual em relação a todas as demais fundadas em economia de comando. (PRUNES, 2006, p. 24).

1 Conhecimento arrogante a partir da ordem espontânea de Hayek

A partir da breve introdução sobre o contexto em que Hayek escreveu, bem como o principal autor que o influenciou no campo da epistemologia, Karl Popper, será apontada a crítica de Hayek ao conhecimento arrogante com base no problema que ele colocou no início da obra *Arrogância Fatal*: “[...] como combater a pobreza e a morte?”.

Para Hayek, grande parte do genocídio ocorrido no século passado, bem como os problemas de miséria e morte nas sociedades atuais possuem relações estreitas com as bases filosóficas de grande parte dos pensadores contemporâneos, que se orientam por quatro conceitos básicos: racionalismo, empirismo, positivismo e utilitarismo. Hayek (1995) apropriou-se do filósofo inglês Lord Quinton, presidente do “Trinity College”, em Oxford, para sumarizar:

O *racionalismo* nega que seja aceitável convicções fundadas em outra coisa que não seja a experiência e o raciocínio dedutivo ou indutivo. O *empirismo* sustenta que toda afirmação para que expresse o conhecimento está limitada por algum processo experimental. O *positivismo* é definido como a visão segundo a qual todo conhecimento verdadeiro é científico, no sentido de que descreve a coexistência e a sucessão de fenômenos observáveis. E o utilitarismo considera que o prazer e a dor são o critério que determina a justeza da ação do indivíduo.” (HAYEK, 1995, p. 88, grifo do autor).

Consoante Hayek (1995) esses quatro conceitos filosóficos básicos ignoram a definição de “razão” que ele julga mais apropriada. O austríaco afirma que, para construir o que se pensa por “razão”, o ponto de partida “[...] bem poderia ser a aguda percepção de David Hume de que ‘as normas da moral [...] não são conclusões de nossa razão’ [...]” (HAYEK, 1995, p. 24).

Essa percepção de Hume desempenha um papel central na obra de Hayek, porquanto uma das preocupações essenciais do economista austríaco era investigar o surgimento da moral e as implicações que esse percurso teve para a vida econômica e política dos indivíduos.

Hayek (1995, p. 23) conceitua razão como

[...] aquela que reconhece suas próprias limitações e, ensinando a si mesma, encara as implicações do surpreendente fato, revelado pela economia e a biologia, de que a ordem gerada sem uma intenção pode ultrapassar de longe os planos conscientemente idealizados pelos homens.

A moral, portanto, não decorreria diretamente nem dos instintos e nem da razão humana. Para o autor, a moral insere-se no âmbito da ordem espontânea e constitui uma tradição separada “[...] entre o instinto e a razão.” (HAYEK, 1995, p. 24). Por sua vez, a “[...] ordem espontânea [é aquela que permite a cooperação entre os homens], [...] ordem conhecida mais comumente, embora de modo algo equivocada, como capitalismo.” (HAYEK, 1995, p. 24).

Para Hayek (1995), a moderna economia explica como nasceu essa ordem espontânea e como ela própria constitui um processo de coleta de informações capaz de recorrer e utilizar dados bastante dispersos, que nenhum organismo de planejamento central e muito menos nenhum indivíduo poderia conhecer como um conjunto.

O autor contrapõe duas perspectivas de avaliação quanto às instituições e práticas humanas. A primeira privilegia o planejamento e por ele é nominada de “racionalismo construtivista”; a segunda é evolucionista e enfatiza o surgimento espontâneo das instituições e práticas, nominada de “racionalismo crítico”. O racionalismo construtivista trabalha com a ideia

de prescrição, ou seja: como se dá a alteração intencional das instituições e das práticas humanas. Já o racionalismo crítico opera na dimensão da descrição, no sentido de apenas explicar o surgimento das instituições e práticas existentes.

Hayek (1995, p. 40-41, grifo do autor) assim conceitua o racionalismo construtivista:

Deste modo, confesso que sempre tenho de sorrir quando os livros sobre a evolução, mesmo aqueles escritos por grandes cientistas, concluem como frequentemente acontece, com exortações que, embora reconhecendo que até aqui tudo evoluiu por um processo de ordem espontânea, apelam à razão humana - agora que as coisas se tornaram tão complexas -para que ela tome as rédeas e controle o desenvolvimento futuro. Essa fantasia é encorajada por aquilo que já defini como “racionalismo construtivista” (1973), que afeta grande parte do pensamento científico, e que se tornou bastante explícito no título de um livro de grande sucesso de autoria de um famoso antropólogo socialista, *Man Makes Himself* (V. Gordon Childe, 1936), título que foi adotado por muitos socialistas como uma espécie de lema [...].

No âmbito desse “racionalismo construtivista” tem-se que alguma mente teria criado de maneira deliberada todas as práticas benéficas à vida em sociedade. A existência de instituições, a exemplo da linguagem, das leis, da moeda e da economia, decorreria do planejamento de uma vontade humana. Isso significa que essa mente teria a aptidão de apreender todos os dados relevantes da realidade social, a fim de criar ou ajustar racionalmente as instituições sociais para que cumprissem fins específicos.

O planejador não seria necessariamente um indivíduo, mas poderia consistir num corpo político como o partido e o congresso.

[...] essa perspectiva tem origem numa propensão profundamente arraigada no pensamento primitivo [que interpreta de] [...] forma antropomórfica toda regularidade encontrada nos fenômenos, considerando-a resultado do desígnio de uma mente pensante. (HAYEK, 1985, p. 2).

Por sua vez, Hayek defende uma abordagem evolucionista com relação às práticas benéficas para a vida em sociedade. A compreensão dessa abordagem talvez pressuponha um esclarecimento essencial. Consoante aponta, as normas da moral não são meras conclusões da razão humana. Todavia, isso também não quer dizer que ele pensava a moral como uma categoria “natural”, inata aos indivíduos.

Essa confusão conceitual, para Hayek (1985), decorre de um equívoco dos antigos gregos, que separavam os fenômenos em naturais e artificiais.

Os termos gregos originais, que parecem ter sido introduzidos pelos sofistas do século V a.C., eram *‘phusei’*, que significa ‘por natureza’, e, em contraposição, *‘nomó’*, melhor traduzido como ‘por convenção’, ou *‘thesei’*, que significa aproximadamente ‘por decisão deliberada.’ (HAYEK, 1985, p. 16).

O exemplo da linguagem pode auxiliar na compreensão desse tema em Hayek. Segundo o autor, a linguagem é natural ao homem. Não no sentido grego *phusei* “por natureza”, como se os seres humanos tivessem nascido com a aptidão de elaborar os mesmos signos de sua comunidade, mas apenas porque a instituição “linguagem” acompanha os indivíduos desde tempos imemoráveis, como as tradições apreendidas principalmente por observação e repetição. Nesse âmbito, a linguagem seria fruto da ação humana, mas não da intenção humana.

Portanto, é essencial frisar que talvez “natural”, para Hayek, fossem o sol, os ventos, as placas tectônicas etc. Já as

instituições humanas, que forneceram amparo à civilização, seriam todas artificiais, porque decorreram da ação humana. No entanto, é imprescindível pontuar a existência de uma terceira modalidade de fenômenos: aqueles decorrentes da ação humana, mas não da intenção humana.

A partir dessa especificação, um legislador que cria uma norma que interdita o homicídio hoje em dia, encontra-se no âmbito do “artificial”. O sol que brilha numa manhã qualquer situa-se na esfera do “natural”. No entanto, o fato de existir uma lei interior que limite os homens a não cometer homicídios encontra-se no âmbito de uma ordem artificial, porém não intencional. O indivíduo provavelmente não nasceu com esse interdito (muito embora não se desconheçam estudos da neurociência que apontem em sentido contrário), mas provavelmente apenas repetiu esse padrão social de maneira não intencional porque esse comportamento provou ser mais vantajoso à sobrevivência.

Meus pontos de vista, alguns dos quais foram anteriormente esboçados [...] podem ser resumidos de maneira simples. Aprender a se comportar constitui antes a fonte e não o resultado da percepção, da razão e do conhecimento. O homem não nasce sábio racional e bom, mas precisa se ensinar a se tornar tal. Não foi nosso intelecto que criou nossa moral; ao contrário, as interações humanas governadas por nossa moral possibilitam o desenvolvimento da razão das capacidades a ela relacionadas. O homem se tornou inteligente porque havia uma tradição - aquilo que se encontra entre o instinto e a razão - para ele aprender. Essa tradição por sua vez não se originou de uma capacidade de interpretar racionalmente os fatos observados mas do modo costumeiro de responder. Ela dizia ao homem em primeiro lugar o que ele devia ou não devia fazer em certas condições e não o que ele deveria esperar que acontecesse. (HAYEK, 1995, p. 40).

Hayek (1985, p.5-6) informa que “[...] o homem é um animal que segue normas” na mesma medida em que é um

animal que persegue objetivos. Os homens, assim, alcançariam objetivos não por conhecerem as razões pelas quais devem observar as normas que observam, nem por serem capazes de dar expressão verbal a todas elas, “[...] mas porque seu pensamento e ação são orientados por normas que, por um processo de seleção, evoluíram na sociedade em que ele vive e que, assim, são produto da experiência de gerações.” (HAYEK, 1985, p. 5-6).

Nesse contexto, a importância dos trabalhos de pensadores como Mandeville e Hume merece destaque, segundo Hayek, porquanto eles enunciaram a existência de uma terceira categoria de fenômenos, para além dos apontados pelos gregos como “naturais” e “artificiais”. Hayek cita Ferguson, para quem essa terceira categoria seria “[...] resultado de ação humana, mas não de intenção humana.” (HAYEK, 1985, p. 17). Foram estes os fenômenos cuja explicação exigiu um corpo distinto de teoria e que vieram a constituir o objeto das ciências sociais teóricas (HAYEK, 1985).

Ao olhar para o corpo social de seu tempo, e contemplar o fato de que o capitalismo aumentou a renda média do trabalhador, que recebia apenas três dólares em 1800, Hayek talvez tenha inferido que essa mudança permitiu que bilhões de pessoas deixassem a pobreza e a morte também em decorrência de antibióticos, vacinas e saneamento básico. Essa conjuntura possibilitou ao pensador estabelecer um de seus principais conceitos: a “grande sociedade”.

Essa “grande sociedade”, nos trabalhos dele, é regida pela “ordem espontânea”. Para o autor, essa ordem espontânea é natural porque seus processos evoluíram de maneira não intencional no curso da seleção natural. Aqui, mais uma vez,

frisa-se: o natural para ele é o artificial que evoluiu no âmbito da ordem espontânea tornando-se não intencional.

Hayek (1995) pontua que os processos evolutivos, que tornaram possíveis as instituições de hoje, não foram lineares. Ao contrário, resultaram de constantes tentativas e erros a partir de experimentações “[...] com campos nos quais ordens diferentes competiam entre si.” (HAYEK, 1995, p. 38).

De acordo com Hayek (1995), grande parte do bem que o homem faz na ordem espontânea não se deve ao fato de que seja naturalmente bom. Não obstante,

[...] condenar a civilização por considerá-la artificial por esta razão parece absurdo, [uma vez que] [...] só é artificial no sentido de que a maioria dos nossos valores, nossa linguagem, nossa arte e nossa própria razão são artificiais: não estão geneticamente enraizadas em nossas estruturas biológicas. (HAYEK, 1995, p. 37).

Já no sentido preconizado por ele, a ordem espontânea é perfeitamente natural, à medida que ela própria “[...] como fenômenos biológicos semelhantes, evoluiu naturalmente no curso da seleção natural.” (HAYEK, 1995, p. 37).

A moderna economia explica como nasceu esta ordem espontânea e como ela própria constitui um processo de coleta de informações. Capaz de recorrer e utilizar, a informações bastante dispersas que nenhum organismo de planejamento central, e muito menos nenhum indivíduo, poderia conhecer como um conjunto, possuir ou controlar. O conhecimento do homem, como sabia Smith, está disperso. Como ele escreveu: “Qual seja a espécie de atividade doméstica que seu capital pode empregar, e cujo produto poderia ser de maior valor, cada indivíduo é evidente por sua posição local é capaz de julgar muito melhor do que qualquer estadista ou legislador fariam para ele [...]” (HAYEK, 1995, p. 30).

Hayek (1995, p. 37) adverte que, por mais de dois mil anos, a dicotomia “[...] natural x artificial [...], [introduzida pelos gregos,] [...] penetrou profundamente nos conceitos da linguagem”. A partir disso, ele informou ter o gramático latino Aulo Gélío, no século II d.C, traduzido os termos gregos *physeí* e *theseí* por *natularis* e *positivus*.

Importante consignar como muitas línguas europeias apropriaram-se dessa designação para conceituar dois tipos de direito. Hayek (1995) cita um “promissor aprofundamento” da discussão pelos escolásticos medievais, os quais se aproximaram de um reconhecimento quanto à categoria intermediária de fenômenos.

[...] resultantes da ação humana, mas não da intenção humana [e] [...] de fato, na discussão dos problemas da sociedade pelos últimos escolásticos, os jesuítas espanhóis do século XVI, ‘naturalis’ tornou-se um termo técnico para designar fenômenos sociais que não fossem deliberadamente moldados pela vontade humana. Na obra de um deles, Luiz Molina, explica-se, por exemplo, que o “preço natural” tem essa denominação porque “resulta da própria coisa, sem relação com leis e decretos, mas depende de muitas circunstâncias que o alteram, tais como os sentimentos dos homens, sua estimativa dos seus diferentes usos, frequentemente até em decorrência de caprichos e prazeres” De fato, esses nossos ancestrais pensavam e “agiam sob a forte convicção da ignorância e da falibilidade humanas e, por exemplo, argumentavam que o “preço matemático” exato pelo qual um artigo podia ser justamente vendido era conhecido apenas por Deus, visto que dependia de maior número de circunstâncias do que qualquer homem podia conhecer, e que, portanto, a determinação do “preço justo” devia ser deixada ao mercado. (HAYEK, 1985, p. 18).

No texto *O uso do conhecimento na sociedade*, Hayek (2013) adverte que o sistema de preços é apenas uma dessas criações que o homem aprendeu a usar ao tomar conhecimento de sua existência, mesmo antes de compreender seus mecanismos de funcionamento.

Por meio dele não apenas a divisão de trabalho, mas também o uso coordenado de recursos baseado em conhecimentos amplamente divulgados se tornam possíveis. As pessoas que gostam de ridicularizar qualquer sugestão de que é assim que as coisas funcionam distorcem nosso argumento ao insinuar que estamos dizendo que é por algum milagre que um sistema como esse se desenvolveu espontaneamente, tornando-se o mais adequado para a civilização moderna. Trata-se exatamente do contrário: o homem pode criar essa divisão do trabalho sobre a qual a nossa civilização se sustenta justamente porque ele se deparou com um método que a tornou possível. Caso isso não tivesse ocorrido, ele talvez tivesse desenvolvido um tipo inteiramente diferente de civilização, talvez o “Estado” dos cupins, ou outra coisa totalmente inimaginável. Tudo que podemos dizer é que até agora ninguém conseguiu produzir um sistema alternativo no qual certas características do sistema existente — que são respeitadas mesmo por aqueles que o atacam violentamente — possam ser preservadas, especialmente em relação à capacidade do indivíduo de escolher seus objetivos e, conseqüentemente, de dispor livremente de suas habilidades e conhecimento. (HAYEK, 2013).

Ao colocar a questão nesses termos, ele afirma que a abordagem evolucionista foi sufocada nos séculos XVI e XVII pela ascensão do racionalismo construtivista e, em conseqüência, os termos “razão” e “direito natural” mudaram completamente de significado.

‘Razão’, que compreendia a capacidade da mente de distinguir entre o bem e o mal, ou seja, entre o que estava ou não de acordo com as normas estabelecidas, passou a significar a capacidade de construir tais normas por dedução a partir de premissas explícitas.

O conceito de direito natural foi assim transformado no conceito de um “direito fundado na razão”, e, portanto, quase no oposto do que significara. Esse novo direito natural racionalista, de Grotius e seus sucessores, tinha de fato como ponto comum com seus antagonistas positivistas a concepção de que toda lei era produzida pela razão ou podia, pelo menos, ser por esta plenamente justificada, dela diferindo apenas no pressuposto de que a lei pudesse ser logicamente deduzida de premissas *a priori*, enquanto o positivismo a considerava uma construção intencional, fundada em conhecimento empírico de suas

consequências sobre a realização de objetivos humanos desejáveis. (HAYEK, 1985, p. 19).

A partir dos conceitos de “ordem espontânea”, “grande sociedade” e “ação humana não intencional”, parece ficar mais claro o ponto de crítica de Hayek àqueles pensadores que visualizavam na razão uma entidade autônoma capaz de congrega todos os dados relevantes de uma sociedade altamente complexa e especializada de quase oito bilhões de indivíduos nos dias de hoje.

Consoante o autor, a consciência dos homens é produto da evolução, com base mais na imitação do que na perspicácia ou na razão. Ele defende um racionalismo crítico, no sentido de que os indivíduos possuem pouca ou quase nenhuma informação em comparação aos dados dispersos na “grande sociedade” e que, justamente por isso, o livre mercado apresenta-se como a melhor opção no combate à pobreza e à morte.

Hayek aponta a arrogância fatal do racionalismo construtivista, que parte do princípio de que a capacidade de adquirir habilidades deriva da razão pura e simples, desacompanhada de um processo de seleção evolucionária quanto à moral. Um dos exemplos desse racionalismo construtivista no século passado foi a utopia perseguida por Pol Pot e por seus apoiadores do Khmer Vermelho, que, ao planejarem a supressão da propriedade privada dos meios de produção no Cambodja, condenaram quase dois milhões de indivíduos à fome e à morte.

As exigências do socialismo não são conclusões morais derivadas das tradições que constituíram a ordem espontânea que tornou possível a civilização. Ao contrário, elas tentam subverter essas tradições por um sistema moral racionalmente planejado cuja atração depende do apelo instintivo dos resultados prometidos. Essas exigências partem do pressuposto de que, como as pessoas são capazes de engendrar um sistema de normas que coordene seus esforços, também devem ser

capazes de planejar um sistema até melhor e mais gratificante. Mas se a humanidade deve sua própria existência a uma forma determinada de conduta estabelecida por normas de comprovada eficácia, simplesmente não tem a opção de escolher outra forma de conduta apenas porque seus efeitos imediatamente visíveis são aparentemente agradáveis. (HAYEK, 1988, p. 23).

Para Hayek (1995, p. 23), a disputa

[...] entre a ordem de mercado e o socialismo não é nada menos que uma questão de sobrevivência [...], [isso porque] [...] seguir a moral socialista implicaria a destruição de grande parte da humanidade atual além do empobrecimento de boa parte do que restaria dela.

Daí se infere o conceito de conhecimento arrogante para o autor: é o conhecimento que subverte a ordem espontânea em benefício dos planos de engenheiros sociais construídos a partir daquilo que ele nominou de “racionalismo construtivista”.

Referências

EBELING, Richard. Viena e Chigaco e suas divergências sobre a moeda, inflação e a grande depressão. *Instituto Mises Brasil*. São Paulo, 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1185>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

HAYEK, F. A. *Law, Legislation and Liberty*. Londres: Routledge, 1982. Tradução HAYEK, F.A. Lei, Legislação e Liberdade. v. I. São Paulo: Visão, 1985.

_____. *The Fatal Conceit: the errors of socialism*. Chicago: The Chicago University Press, 1988. Tradução HAYEK, F. A. A arrogância fatal. São Paulo: IEE, 1995.

_____. *O caminho da servidão*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

_____. The use of knowledge in society. *American Economic Review*, XXXV, n. 4, p. 519-530, 1945. Tradução HAYEK, F.A. O uso do conhecimento na sociedade. *Instituto Mises Brasil*. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1665>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

PRUNES, Cândido Mendes (Org.). *Hayek no Brasil*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

ROTHBARD, Murray. *A grande depressão americana*. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2012. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=76>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

SALAMA, Bruno; MENDES, Lucas. Razão e evolução: a epistemologia da ordem liberal. *Instituto Ordem Liberal*. Disponível em: <<http://ordemlivre.org/posts/razao-e-evolucao-a-epistemologia-da-ordem-liberal>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

SOTO, Jesus Huerta de. *A escola austríaca*. 2. ed. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/files/literature/Escola%20Austr%C3%ADaca%20-%20Mercado%20e%20criatividade%20empresarial%20-%20WEB.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

CAPÍTULO XVII



TEORIA E PRÁTICA EM IMMANUEL KANT E HANS KELSEN – DE COMO É IMPOSSÍVEL A AFIRMAÇÃO: “A TEORIA DO DIREITO ESTÁ SE AFASTANDO DA PRÁTICA DO DIREITO”¹

Rubin Assis da Silveira Souza²

1 Introdução

Há muito se ouve entre os juristas que “a teoria do Direito afasta-se da realidade e da prática”. Essa expressão tem uma derivação mais comum – “a teoria do Direito é uma coisa, mas a prática do Direito é outra completamente diferente, e esta deve se sobrepor, pois é real, enquanto aquela é uma abstração”. Ou ainda, “a teoria do Direito está mais abstrata e desvinculada da sociedade e a solução é censurar os teóricos restringindo-lhes à prática”.

Encontra-se esse tipo de preconceito pedante, por exemplo, no recente artigo do excelentíssimo desembargador aposentado Doutor Vladimir Passos de Freitas, intitulado *Trabalhos acadêmicos e realidade seguem caminhos divergentes*. Ele reflete

¹ Este artigo é uma versão revisada e atualizada do trabalho apresentado no XXII Congresso Nacional do CONPEDI e publicado como: SOUZA, R.A.S. Ensino teórico puro do Direito: uma perspectiva globalizante do ensino jurídico. In: (Coord.) MEZZAROBBA, J. Q. T.; VASCONCELOS, S. A. *Direito, educação, ensino e metodologia jurídicas*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=137>>.

² Rubin Assis da Silveira Souza é Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação (PPG) em Filosofia da Universidade Federal de Pelotas/RS. Mestrando em Direito PPGDireito da Universidade Federal de Santa Catarina. Participante do NECODI. Bolsista CAPES/PROEX.

o quanto alguns dos julgadores desprezam ou não compreendem qualquer noção básica de epistemologia, pois vincula a ciência ao seu ego e restringe a liberdade de pesquisa à sua concepção particular de realidade. Certamente, essa posição expõe um pensamento autocrático em relação à academia, sendo que esta deve estar vinculada às presunções do ex-magistrado para ser investida do *status* de “real”, ou, do contrário, ser desqualificada como “abstrata e distante da linguagem da comunidade e da sua prática”. Esse tipo de membro do judiciário, assim, coloca-se na já notória posição de considerável parcela contemporânea das autoridades – são holofotes que iluminam a si mesmos: não teorizam novas hipóteses, muito menos apontam caminhos ou falseiam teorias. A única luz existente, nesse caso, é a da sua autoexpressão, sendo que os plebeus (aqueles não agraciados com a “realidade”), como moscas, debatem-se ofuscados à procura de um espaço indigno, mas vital, de servos e lacaios das Vossas Excelências.

Identifica-se, outrossim, que a posição feudal do excelentíssimo aposentado e dos juristas tem uma causa bem clara: a ignorância de dois clássicos do pensamento moderno para compreender a importância das teorias, da construção das formas, do abstrato e da fundamentação epistemológica – Kant e Kelsen.

O que este artigo pretende, assim, é traçar um esboço simples e resumido da concepção de teoria dos dois filósofos e distingui-la da prática, delimitando cada campo e demonstrando o erro lógico do seu sincretismo, assim como expor o despotismo do desejo essencialista do ex-magistrado (mesmo inconsciente) de impor o ‘real’ e o ‘irreal’ como critérios de cientificidade.

2 Teoria, prática e razão prática em Kant

A *Crítica da razão pura*, do filósofo Immanuel Kant, teve dois objetivos bem definidos: solucionar o problema de Hume e propor a delimitação do conhecimento, criticando, assim, os limites da razão. No que tange ao segundo aspecto, o filósofo distinguiu o conhecimento teórico-científico da metafísica (CHAUÍ, 2005, p. 6).

A teoria, para Kant, diz respeito à construção dos juízos sintéticos *a priori*, que possibilitam acrescentar um predicado ao sujeito através das categorias do entendimento deduzidas das duas pressuposições lógico-transcendentais sem, conseqüentemente, cair na falácia naturalista, evitando a indução das premissas básicas, assim como superando as antinomias da razão pura dos juízos exclusivamente analíticos. E Kant atinge a sua pretensão sustentando que o conhecimento é constituído pela síntese dos dados ordenados pela intuição sensível espaço-temporal, mediante as categorias apriorísticas do entendimento (KANT *apud* CHAUÍ, 2005, p. 11). Ou seja, apesar de todo conhecimento originar-se da experiência, como afirmou Hume (1999, p. 11-12), há a faculdade da razão para ordenar esse conhecimento (*v.g.* a causalidade), sem a qual os dados empíricos não passariam de uma amontoada coleção de sensações. E essa faculdade é ativa, pois constrói os conceitos a partir do sujeito e não da coisa.

Assim, compreende-se que, para o filósofo prussiano, todo conhecimento começa com a experiência, mas nem por isso limita-se à experiência (KANT, 2005, p. 53). Nisso, também se compreende que essa experiência não se dá pela simples recepção estética dos objetos, mas as coisas relacionam-se com a faculdade de entendimento antes de serem suscitadas pelas impressões sensíveis. Daí a razão de se isolar um conhecimento

dado pelos sentidos daquilo que a razão fornece de si mesma, e também daí a fundamentação da epistemologia construtivista kantiana. Por meio dessa fundamentação, distingui-se o conhecimento puro do empírico, ou a separação clássica entre a forma e a matéria. Embora todo o conhecimento origine-se da matéria, apenas é possível captá-lo através das formas, e essas são criadas pela faculdade da razão e passíveis de reformulação quando não atendem à manifestação dessa mesma matéria (KANT, 2005, p. 53-54).

No que diz respeito a essa construção da teoria, afirma Fourez (1995, p. 50):

Porém, desde Kant pelo menos, a subjetividade remete primeiro a uma construção. O termo “sujeito” designa então o conjunto das atividades estruturantes necessária à observação. Este conjunto de atividades estruturantes forma aquilo que Kant denomina um “sujeito transcendental”. E, como observar é sempre construir e estruturar, pode-se dizer que a observação é a atividade do sujeito ou subjetiva (mas não no sentido corrente da palavra, que acabamos de recordar). É subjetiva no sentido de que observar é organizar a nossa visão segundo regras que são sociais e ligadas à historicidade de uma cultura.

E sobre a realidade, diz Fourez (1995, p. 56):

Então, quando observamos, observamos o real? Observamos a “coisa-em-si” tal como seria independente de nós? (...) No entanto, as análises que acabamos de fazer nos levam a reconhecer que o que nós observamos é sempre um mundo já estruturado por nossa maneira de ver e de organizá-lo. Neste sentido, pode-se dizer que, em ciência, não se pode falar senão de “objetos fenomenais” (isto é, objetos tais como aparecem, vistos pelo sujeito transcendental ou pelo sujeito científico”. Todas as observações científicas se situam em torno dessa visão estruturada; o que haveria em última instância “atrás” ou “abaixo” de nossas observações está fora de nosso alcance; chegamos sempre muito tarde: o sujeito estruturante já está lá quando falamos de um objeto. As observações científicas não se preocupam

com a “realidade última” do mundo observado; contentam-se com o mundo fenomenal tal como aparece, tal como nós os organizamos. (cf. Kant; Blondel, 1893).

A metafísica (ou a ontologia dogmática), por oposto da teoria, não pode acrescentar nada ao conhecimento, pois o predicado tem de estar tautologicamente implícito no sujeito, visto toda a problematização da fundamentação de juízos “apriorísticos”. O que se observa no método dos metafísicos, em resumo, é a sua convicção de representar algo através do pensamento puro, isto é, apenas pelas representações intelectuais de um mundo já existente através de uma razão passiva. Nesse ínterim, o dogmatismo crê na possibilidade do conhecimento além do tempo e do espaço, descoberto pela intelecção absoluta dos conceitos *a priori*. Em outros termos, o dogmático não reconhece os limites empíricos do seu juízo, tendo como corolário a ilusória pretensão de representar as coisas em si (*noumenon*), sem a construção de regras formais de entendimento sob as observações (CHAUÍ, 2005, p. 13).

Dessa metafísica manifestam-se as antinomias da razão, as quais são definidas por Kant (2005) como originadas, primeiramente, do método dialético transcendental. São divididas em quatro tipos de ilusão: a liberdade, a imortalidade da alma, o conceito de mundo e o conceito de deus. Kant (2005) define tal dialética como a razão com a faculdade de ideias para as quais não poderá jamais corresponder nada de determinado na experiência, ou seja, são ideias puras que não são reportadas a intuições sensíveis. As antinomias, dessa forma, carecem de racionalidade por admitirem como válidos argumentos opostos ao seu fundamento, e isso é resultado direto da ilusão da razão em buscar conceitos que não se reportem ao sensível. Nesse caso, não se tem conhecimento teórico, mas uma ilusão

transcendental. Através de um juízo dialético, assim, torna-se possível sustentar o pensamento contraditório, por exemplo, de que o argumento “A” é tão e qual válido quanto o argumento “não-A”. Isso ocorre, em suma, porque a metafísica não possui uma crítica, arrogando-se detentora de um conhecimento além da própria experiência e das condições *a priori*, ou seja, além do espaço e tempo, o que lhe acarreta a ilusão do conhecimento absoluto, pois se dá sem referência ou qualquer parâmetro empírico de cognoscibilidade (KANT, 2005).

Ocorre, em suma, que todo juízo que não se limita às condições sintéticas *a priori*, ou seja, pretende-se além do espaço e do tempo e além da simples experiência, resulta na metafísica, que, por sua vez, não passa da discussão escolástica eterna e supérflua, na qual todo e qualquer argumento tem ilusoriamente a sua validade fundada na força da autoridade que lhe sustenta. Para o dogmático, portanto, é possível conhecer além dos limites da razão, legitimando-o a afirmações contraditórias de que o real e o irreal, o mundo, a imortalidade da alma, a liberdade e deus existem e são os critérios verdadeiros do conhecimento, tal como o referido excelentíssimo juiz aposentado crê quando pretende limitar a ciência do Direito à sua concepção de real. Portanto, inevitavelmente uma teoria metafísica não se sustenta racionalmente, criando a ilusão de que toda teoria foge do empírico e, daí, resultando na irracional afirmação de que “algumas coisas funcionam na teoria, mas não na prática”. Entende-se aqui que toda a teoria, que não a dogmática, tem de representar os fenômenos que descreve ou, caso insuficiente para isso, deve ser refutada e alterada. Tem-se como referência desse tipo de procedimento dogmático a filosofia platônica, cuja teoria verdadeira deve estar além do fundo da caverna: em um mundo superior iluminado apenas para alguns (o tal desembargador aposentado seria um desses iluminados) e

com condições privilegiadas de definir as formas universais dos objetos, sem observação ou sensação e com capacidade, portanto, de distinguir teorias “reais” das “não reais”.

Seguindo, nessa fase crítica, após a destruição da metafísica, na qual já desperto do seu sono dogmático, Kant (2005, p. 36) estabelece uma epistemologia dividida entre a razão pura e a razão prática. A primeira diz respeito à possibilidade do conhecimento científico (teórico) e a segunda à filosofia moral³. Como principal característica da ciência tem-se, como visto, a representação de um objeto tal como ele se apresenta na natureza através da formulação de leis formais logicamente estruturadas, isto é, são regras do entendimento acerca dos fenômenos. Já na filosofia moral há a formulação de princípios segundo leis da liberdade⁴. Dentro dessa mesma razão prática, ainda, insta distinguir a *prática* de *razão prática*: aquela é formada por imperativos hipotéticos técnicos ou assertóricos, condicionados aos fins subjetivos; esta é incondicionada e fundamental à liberdade no sentido kantiano.

Apesar da aparente simplicidade dos conceitos, pois ambos estão descritos no início das obras, existe vulgarmente, segundo o filósofo prussiano, uma confusão entre os termos de técnica e ciência (ou prática e teoria, nos seus termos). As proposições práticas não passam de uma particularidade da

³ Observa-se que a razão prática kantiana de forma alguma confunde-se com o conceito de prática. A razão prática faz parte da hipótese de uma razão prática pura, isto é, um conhecimento da moralidade *a priori*, fundamentado no homem como sujeito cognoscente. Consequentemente são conceitos radicalmente opostos – a prática, por oposto, é definida como um imperativo hipotético prático, que diz respeito à subjetividade e complacência do sujeito em relação ao objeto e seu desejo sobre eles, sendo ele mesmo condicionado ao objeto. Nesse caso, o móbil da ação é externo e, portanto, não justifica a liberdade. O motivo da ação, por oposto, não é determinado externamente, mas apenas internamente, por isso é o fundamento da liberdade, e, na sequência, da moralidade e do princípio do Direito para Kant.

⁴ Ver Moncada (1995, p. 252); Kelsen (2005, p. 635); Kant (2003, p. 30); Keiner (2007, p. 20).

teoria: pertencem a uma teoria completa e são resultados obtidos a partir dela. As proposições que contêm a possibilidade do objeto por “causalidade do arbítrio” são chamadas de proposições práticas, porém não se distinguem por modo algum das proposições teóricas que se referem à natureza da coisa, mas, antes, necessitam retirar dessas teóricas o seu conceito para poder expor efetivamente o seu fim. Assim, as proposições práticas somente se referem: a) à possibilidade de um objeto representado por ação do arbítrio, b) à possibilidade de atingir seu fim, c) a aplicações parciais de um conhecimento científico completo e d) ao fato de não poderem constituir uma teoria em particular, autônoma. Kant (1995) exemplifica, referindo-se a uma geometria prática a par de uma ciência pura – a proposição prática de que uma linha reta dada e um ângulo reto dado podem construir um quadrado é pura consequência da teoria, sem nada dever à prática.

Conforme Beckenkamp (1999, p. 131), os

Conceitos práticos distinguem-se de conceitos teóricos por representarem não um objeto a ser conhecido, mas um objeto em relação à capacidade de apreciá-lo ou depreciá-lo: “todos os conceitos práticos se reportam a objetos da complacência ou displicência, isto é, do prazer e desprazer, portanto, ao menos indiretamente, a objetos de nosso sentimento.

Tal característica também aparece no texto intitulado *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática*. Segundo Kant (2002, p. 57), ciência (teoria) é um conjunto de regras pensadas como princípios universais, dos quais se abstrai um grande número de condições, com influência na sua aplicação. Prática, entretanto, refere-se apenas à eficácia de um fim conseguido na adesão a certos princípios de conduta representados na sua generalidade. Ou seja, a prática depende

da complacência em relação à conduta de outro, representada socialmente como correta ou incorreta, genericamente. É o mesmo, por exemplo, que o estudante que observa um profissional e, por imperativos hipotéticos técnicos, adere aos seus fins particulares na esperança de também ser eficaz nos objetivos a que se pretende.

Existe entre prática e teoria um elemento de transição, diz Kant (2002, p. 57). Tal é descrito como a faculdade de julgar, em que o prático distingue se algo é ou não um caso da regra. A deficiência nessa faculdade reflete-se no fato de alguns teóricos não conseguirem aplicar seus conhecimentos em casos concretos. Entretanto, em razão disso, não se deve refutar o conhecimento teórico em si, apenas tal falta demonstra a insuficiência, incompetência, daquela teoria em particular, ou do teórico na sua representação. Kant (2002, p. 58) afirma, apesar dessa dificuldade, que ninguém poderá dizer-se conhecedor de algo apenas pela prática, ignorando a teoria, isto é, somente por experiências ametódicas, arbitrárias e sem formulação de princípios. Ainda, nega a leviana inferência daqueles que consideram a teoria como apenas um exercício mental visto ser, supostamente, inepta ou supérflua – de fato, tal expressão revela unicamente a arrogância do interlocutor, sem nada a acrescentar ao conhecimento, apenas satisfazendo seu ego.

A confusão, para Kant (2005), em suma, ocorre quando se considera a teoria como a fonte de um conhecimento absoluto, além de fonte dos fenômenos dogmático e dialético. Sucede, entretanto, que a teoria, pelo menos para a fundamentação kantiana, é complexa, pois se preocupa com a refutação da metafísica e, sobretudo, com a representação dos fenômenos. Ou seja, Kant (2005) reconhece também a experiência como critério de validade do conhecimento teórico, sem a qual a razão invariavelmente recai na dialética transcendental – isto é, uma

discussão eterna e infrutífera de termos contraditórios (KANT, 2005). Enfatiza-se, portanto, que a fundamentação de um conhecimento puro não significa abdicar da experiência, mas a separação absoluta da ilusão da metafísica e da prática entendida como satisfação de fins subjetivos.

3 Teoria e prática em Kelsen – a interpretação não autêntica e autêntica como referência à distinção entre Teoria pura do Direito e prática do Direito

Para Kelsen (2005), a filosofia kantiana da ciência foi o marco capital para a relativização do conhecimento e refutação da metafísica. Ocorre que, para ele, Kant (2005) não seguiu a crítica da razão pura nos seus escritos sobre moral, política e Direito, mas abandonou a brilhante teorização da transcendentalidade do conhecimento para se render ao cristianismo protestante puritano de sua época. Conseqüentemente, Kant (2005) não leva ao conceito de Direito a objetividade fundamentada na primeira crítica, conceituando-a como espécie do gênero da razão prática. O mesmo, para Kant (2005), na leitura de Kelsen (2005), resulta no estudo de uma prática racional na sua forma pura, ou a aplicação do próprio imperativo categórico, e isso contrapõe a sua filosofia teórica⁵. Diferentemente das ciências naturais, as ciências jurídicas seriam, para Kant (2005), parte da moralidade e uma autorização da racionalidade prática, justificada sob o

⁵ Sobre a possível contradição entre a razão pura e a razão prática em Kant, Kelsen sustenta que a dialética transcendental de Kant invalidou a pretensão de um conhecimento que pudesse definir o conceito de liberdade. Ocorre que nas suas obras de filosofia moral, Kant retoma o conceito de liberdade, antes qualificado como uma das antinomias, para fundamentar o imperativo categórico. Para uma posição contrária, a de coerência entre a razão pura e razão prática em Kant, ver O'Neill (1998, Part. I).

argumento do homem como sujeito cognoscente e sujeito cognoscível (KELSEN, 2005, p. 635). Assim, Kant (2005), na leitura de Kelsen (2005), abandona a crítica da razão pura para se render a uma filosofia prática contraditória em relação aos pressupostos epistemológicos da sua primeira crítica, pois se fundaria em uma dialética transcendental, especialmente na antinomia da liberdade.

O que se tem em Kelsen, a partir das referências neokantianas, então, é a exclusividade da pureza da teoria⁶ aplicada ao conhecimento jurídico, que, assim como o conceito retirado de Kant, consiste em pensar o conjunto de regras postuladas como princípios universais, dos quais se abstrai um grande número de condições sem, contudo, recorrer a fundamentos metafísicos. Sobre essa fundamentação, Goyard-Fabre (2007) explica que a filosofia jurídica de Kelsen é dominada por uma questão de método, apoiada em um postulado metodológico de pureza, cuja ideia ele retira de Kant, a qual pressupõe o princípio da lógica transcendental, vendo no dever uma categoria das ciências sociais normativas em geral e da ciência do Direito em particular. Assim, tanto para Kelsen quanto para Kant, o método não tem valor apenas instrumental.

Para ele assim como para Kant o método não tem valor apenas instrumental; em sua doutrina, bem como na filosofia de Kant, a precedência do método é onipresença do método e já designa sua problemática filosófica: aquela cuja formulação Kant lhe indicou, ou seja, a questão da possibilidade e da validade do direito positivo. A problemática assim formulada leva-o portanto a interrogar-se sobre a fonte originária pura, isto é, sobre o princípio transcendental, do “direito positivo em geral, sem outra especificação”. [...] A regra de pureza adquire para a teoria do direito um duplo alcance metodológico: indica primeiro que a visão de essência do direito só poderá ser

⁶ Ver Hammer (2007, p. 177), sobre o neokantismo de Kelsen e sua negação da razão prática como fundamento dos princípios do Direito.

obtida com a renúncia, numa perspectiva quase fenomenológica, às confusões geradas pelo antropologismo e pelo historicismo empirista. Com efeito, o método de Kelsen, como o de Kant, é antipsicologista e, sem negar a importância do conteúdo do direito, interroga-se essencialmente sobre sua lei formal de produção. A regra de pureza indica depois que, por não ter de expor uma gênese do fato, “a ciência objetiva do direito” deverá recorrer, em sua originalidade, a esquemas de pensamento com estruturas específicas.

[...] A Teoria pura do direito **“exprime uma atitude plenamente universalista e objetivista” na qual se encontra, em “cada parte do direito, a função do direito inteiro”;** todos os dualismos, que, em sua obsessão metafísica, se empenharam em distinguir um direito ideal e um direito real, um direito objetivo e um direito subjetivo, um direito privado e um direito público, um direito estatal e um direito internacional..., tomaram o caminho errado. O monismo do normativismo kelseniano desafia todos os metajuridismos. (GOYARD-FABRE, 2007, p. 341-351, grifo nosso).

Após essas breves explicações sobre a pureza da teoria, cabe esclarecer, tal como o faz Raz (2007, p. 251), que a pureza é exclusivamente da teoria e não do objeto: lê-se uma teoria pura do Direito e não uma teoria do Direito puro. Bem assim, é importante a distinção entre aquilo que Kelsen denomina como a teoria do Direito e o próprio Direito, ou entre proposições jurídicas e proposições científicas. Tal como a distinção kantiana entre o conhecimento e o objeto representado.

Quanto ao Direito como objeto cognoscível (proposição jurídica), observa-se o mesmo caráter de indeterminabilidade essencial encontrada na filosofia de Kant: seria ele heterônomo. Analisá-lo em conjunto, sem distinção, implicaria a arbitrariedade na interpretação jurídica: seria uma escolha de valor na ciência, isto é, uma tentativa absurda de representar os fenômenos jurídicos através de um juízo de valor pessoal (prático), tendo em vista o caráter político do objeto. Nesse sentido, encontra-se, com uma retomada ao pensamento de Kant, a caracterização das normas jurídicas como imperativos hipotéticos. Tendo em vista

a impossibilidade de qualquer razão prática, restaria ao Direito, distinguindo-o da teoria, a ordenação de normas condicionadas aos interesses dos sujeitos. Diz Kelsen (1986, p. 25) que

A distinção entre normas categóricas e hipotéticas significa a distinção entre normas que estabelecem uma certa conduta incondicionalmente e as que estabelecem, como devida, uma certa conduta apenas sob determinadas condições. Esta distinção é aplicada às normas individuais, assim como às gerais.

Assim, pode-se compreender que, para Kelsen, há a radical distinção entre conhecimento e objeto do conhecimento. Para o primeiro, a construção das regras do entendimento jurídico é indispensável para poder pensá-lo; para o segundo, as proposições são fundadas sobre imperativos sempre hipotéticos. No primeiro caso, têm-se proposições científicas sobre as normas, isto é, um ato de pensamento; no segundo caso, um ato de vontade sempre relativo e hipotético (condicionado).

Tais conceitos são encontrados, ainda, na forte distinção defendida por Kelsen (2009) entre uma interpretação “não-autêntica” e uma interpretação “autêntica” das normas. Para esta, a interpretação normativa da autoridade é sempre um ato constitutivo e, logo, um ato de vontade em seu sentido subjetivo, só podendo ser interpretado, conforme Kelsen (2009), de maneira relativista, pois a decisão não proporciona uma legitimidade absoluta ao julgado. As interpretações contrárias à sentença não possuem o *status* de incorretas ou injustas, mas são politicamente indesejadas pela autoridade. Ou seja, a interpretação autêntica não é uma questão somente de conhecimento, mas de vontade, e essa é sempre relativa e relacionada com a prática, pois condicionada à vontade da autoridade que escolher uma interpretação das diversas possíveis (KELSEN, 2009, p. 393).

Dentro deste aspecto volitivo da base do ordenamento, fica evidente a distinção absoluta entre conhecimento jurídico e Direito. A interpretação dita “autêntica” faz parte do jurídico, referindo-se à vontade política da autoridade; a interpretação “não-autêntica” é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas, com o único fim de determinar os seus vários sentidos, sem, no entanto, eleger qualquer um deles como o correto ou justo (KELSEN, 2009, p. 394-396).

Por certo, a hipótese de considerar essa concretização da norma como única, correta ou justa, não invalida a decisão. O intérprete inautêntico vê tal situação como juridicamente válida, tal qual a validade de um Estado fascista, comunista ou democrático: a função do cientista não é julgar a política do Estado, mas apenas descrever seu objeto. Contudo, o cientista aponta a autoilusão de uma decisão autocrática, a qual procura impor como ato de vontade como o único possível, correto ou justo⁷. Ou seja, a possível autocracia dessa autoridade, justificada na forma de justiça absoluta ou razão prática. Em suas obras finais, Kelsen (2000b) vai além e considera esse caráter ilusório como oriundo de um *Eros* perturbado do intérprete absolutista⁸.

Em tal contexto, torna-se essencial observar a epistemologia relativista de Kelsen como completamente coerente com a sua teoria jurídica. O fato de todo o conhecimento e toda a moral serem relativos não significa, de forma alguma, que não exista conhecimento e valores, e que a autoridade não julgue conforme o seu quadro referencial cognitivo (sob uma concepção política e cultural). Ocorre, unicamente, que esse conhecimento volitivo apenas não pode ser determinado *a priori*.

⁷ Ver a Introdução de Gavazzi na obra *A democracia* (2000, p. 3).

⁸ Ver a interpretação psicológica das normas morais absolutas em Kelsen (2000b).

Assim, Kelsen (2005, p. 238) afirma que o Direito não é em si ciência, mas uma técnica social específica de controle social. Como técnica, o processo é sempre variável conforme o fim a que se destina, sendo invariavelmente relativo e referente a uma questão de poder. Essa técnica sempre evolui em relação a sua dinâmica – a criação e aplicação do direito. Ocorre, entretanto, que essa prática judicial, por ser de fato sempre relativa, não pode ser conhecida, pois invariavelmente torna-se política e não ciência do direito.

Nesse ínterim, é possível sustentar que a interpretação autêntica refere-se a um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades de interpretação resultantes da indeterminação intencional ou não das normas gerais – aqui, especificamente, tem-se a interpretação política/prática do direito, criadora de normas e de imperativos hipotéticos técnicos. A interpretação realizada pela ciência do direito, por sua vez, é pura cognição, ou seja, cabe à ciência apenas delinear moldura das possíveis interpretações das normas jurídicas.

Finalmente, observa-se que o conhecimento está restrito especificamente à interpretação das normas jurídicas. Logo, é impossível uma interpretação científica, que representa a moldura atual de aplicações e determinações de sentido das normas, tratar de outro objeto que não o sentido das normas. Assim, não há como se referir uma interpretação teórica que se afaste da prática do Direito, pois ambos possuem o mesmo objeto, diferenciando-se apenas no método de abordagem. O que se entende do conceito de prática é a aplicação de um dos sentidos das normas descritas (ou passíveis de descrição) pela ciência. Ou seja, a prática do direito não se afasta da teoria ou ciência porque esta trata necessariamente daquela no momento de sua realização. Assim, não há que se problematizar

o seu sincretismo, pois a teoria já se encontra, para ser teoria e não metafísica, inserta na realidade. Mesmo as proposições jurídicas formulando premissas não assentadas usualmente pela jurisprudência, ainda assim não é possível afirmar que a teoria afasta-se da prática, mas é justamente papel da teoria investigar todos os sentidos das normas, inclusive os não costumeiros e os indesejáveis.

Sobre o assunto, Sarlo (2011, p. 157) refere-se ao problema do divórcio entre teoria do Direito e dogmática jurídica. O autor, amparando-se na teoria pura concebida por Kelsen, sustenta que a teoria do Direito busca elaborar esquemas interpretativos dos fenômenos jurídicos com a maior extensão possível, sendo esses esquemas interpretativos referentes a fatos ou a termos linguísticos. A fundação da dogmática, por sua vez, consiste em satisfazer certas condições mínimas de racionalidade com o fim de se utilizar do saber teórico para resolução de casos práticos, tal qual o trabalho de um engenheiro na construção de pontes flutuantes. Ocorre que a prática do mesmo engenheiro limita-se a construir as tais pontes, estabelecendo suas vantagens e desvantagens, porém sem que suas preferências necessariamente refram-se à elaboração racional da tecnologia. Nesse caso, Sarlo (2011) trata da possibilidade de um conhecimento tecnológica a partir da sua leitura de Kelsen.

Sarlo (2011), como exemplo, aborda o termo “responsabilidade” e seu mapa semântico para argumentar a utilidade da análise teórica aplicada. Assim, o papel do teórico é analisar linguisticamente o alcance dos termos, *n.g.* “responsabilidade” e suas ambiguidades, determinando cognoscitivamente os seus vários sentidos. Os termos enunciam orientações gerais sobre o que significa a responsabilidade e como aplicá-la.

Ocorre que, mesmo apesar dessas orientações gerais, há como distinguir especificamente o conteúdo jurídico do termo, excluindo o seu sentido moral. Nesse sentido, compete à teoria investigar os possíveis significados do termo com sentido indeterminando, cabendo à autoridade aplicar o que lhe convém politicamente. Logo, não se sustenta o divórcio entre teoria e prática no direito, justamente porque a perspectiva é a de que a própria teoria tem por objetivo referir-se às normas, assim como a aplicação do direito⁹.

4 Considerações finais

O conhecimento, tanto para Kant quanto para Kelsen, tem características específicas que, principalmente, superam a metafísica. Toda ciência não pode fundar-se em princípios desvinculados da realidade, ou, do contrário, já não seria mais teoria, mas a proposição de argumentos não condizentes com os fenômenos. Enfim, é impossível a afirmação de que algo funciona na teoria e não na prática, justamente porque se a teoria não for a representação dos fenômenos, já não é mais teoria, mas ilusões criadas pelo mau uso da razão. Ao se aceitar a proposição da separação entre teoria e realidade, ou seja, de que a teoria é algo e a realidade pode ser completamente diferente, a teoria teria apenas função acessória, sendo, de fato, supérflua.

Assim sendo, pergunta-se: quais são os motivos da tentativa de sincretismo entre teoria e prática ou teoria e realidade

⁹ Observa-se, entretanto, que a posição de Sarlo (2011) defende a ideia de uma tecnologia do direito, que seria uma concepção vinculante entre teoria pura e aplicação normativa. Ocorre que, nesse ponto, não se encontra referência literal nos textos de Kelsen, e a hipótese de Sarlo (2011) resulta de uma interpretação extensiva dos textos. Mas, mesmo aceitando-se a hipótese, ainda assim, teoria e prática distinguem-se radicalmente e seu sincretismo leva, invariavelmente ao pedantismo e à hipocrisia do já referido desembargador aposentado.

dois séculos depois de Kant, tal como a do desembargador aposentado Doutor Vladimir Passos de Freitas? Resumidamente, algumas hipóteses:

Hipótese 1: considera-se a teoria de forma dogmática, a qual estaria, como no platonismo, além da experiência. Portanto, haveria uma teoria e uma prática distintas, e aquela precisaria ser ratificada por esta. Nesse caso, a teoria é acessória e a prática é o critério de conhecimento.

Hipótese 2: a autoridade arroga-se definidora dos critérios de cientificidade do direito através da sua própria concepção de ‘realidade’, a qual poderia autocraticamente qualificar o conhecimento como útil ou supérfluo. Assim, a teoria válida seria aquela considerada real *noumenicamente* pela autoridade. Esse procedimento é o mais usual hodiernamente nas academias jurídicas, visto a massiva participação de profissionais do direito ministrando aulas sem qualquer noção de teoria do conhecimento.

Hipótese 3: defende-se um pragmatismo grosseiro, que não investiga ou debate com as epistemologias adversárias, apenas defende-se alegando preguiçosamente a insuficiência das teorias para a representação dos fenômenos.

Hipótese 4: há o descaso para a produção acadêmica, vista como supérflua, na qual apenas a atividade profissional legitimaria a pesquisa.

Hipótese 5: por fim, é uma tentativa, ainda que inconsciente de censura, pois o conhecimento válido passa antes pelo crivo da autoridade para o julgamento da sua relevância.

Referências

- BECKENKAMP, J. Sobre Conceitos Práticos em Kant. *Dissertatio*. n. 10. Pelotas: Instituto de Ciências Humanas: Departamento de Filosofia. Verão de 1999/Pelotas: UFPEL, 1999.
- CHAUÍ, M. Vida e Obra. In: KANT, I. *Crítica da razão pura*. Tradução Valerio Rohden e Udo Balduur Moosburger. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2005. (Coleção Os Pensadores).
- FOUREZ, G. *A Construção da Ciência*. Introdução à filosofia e à ética das ciências. Tradução Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1995.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Trabalhos acadêmicos e realidade seguem caminhos divergentes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-31/segunda-leitura-divergencias-entre-trabalho-academico-realidade>>. Acesso em: 15 set. 2014.
- GAVAZZI, G. Kelsen e a doutrina pura do Direito. In: KELSEN, H. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti et al. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GOYARD-FABRE, S. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HAMMER, S. A Neo-kantina Theory of Legal Knowledge in Kelsen's Pure Theory of Law? In: Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Normativity and Norms. Critical perspective on kelsenian themes*. New York: Oxford University Press, 2007.
- HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. São Paulo. UNESP, 1999.

KANT, I. *Duas introduções à crítica do juízo*. Tradução Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Iluminuras, 1995.

_____. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.

_____. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução e notas Edson Bini. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2003.

_____. *Crítica da razão pura*. Tradução Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2005. (Coleção Os Pensadores).

KEINER, Maurício. *O conhecimento em Kant: limites da experiência*. *Mente, Cérebro e Filosofia*. Edição n. 3. São Paulo: Duetto, 2007.

KELSEN, H. *Teoria geral das normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *A democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

_____. *A ilusão da justiça*. Tradução Sérgio Tellaroli. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MONCADA, L. Cabral. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Editora 1995.

O'NEILL, O. *Constructions of Reason: explorations of Kant's practical philosophy*. Cambridge: University Press, 1998.

RAZ, J. The Purity of the Pure Theory. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Normativity and Norms*. Critical perspective on kelsenian themes. New York: Oxford University Press, 2007.

SARLO, A. Sobre la noción de responsabilidad en teoría del derecho y en dogmática jurídica. *In: RUPTURA: uma revista interdisciplinaria de análisis jurídico*. Año I. Numero I. 2011. Disponível em: <http://www.academia.edu/3013839/Sobre_la_nocion_de_responsabilidad_en_teor%C3%ADa_del_derecho_y_en_dogmatica_juridica>. Acesso em: 15 ago. 2014.

PARTE IV

Grupo de Trabalho I: epistemologia e pesquisa jurídica

CAPÍTULO XVIII



(DE)COLONIALIDADE EPISTÊMICA NA PESQUISA EM DIREITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Ademar Pozzatti Junior¹

1 Introdução

Partindo do pressuposto que a dominação colonial segue presente na América Latina, o presente trabalho propõe uma reflexão à pesquisa jurídica no campo das relações internacionais, objetivando fomentar o desenvolvimento de outras bases epistemológicas e regras metodológicas para o conhecimento jurídico na área.

Para uma verdadeira ruptura, urge repensar a pesquisa na área do direito das relações internacionais a partir de um paradigma próprio, rejeitando a herança colonial que nos foi imposta e que não foi rompida com as independências dos países latino-americanos nos séculos XVIII e XIX. Justifica-se este trabalho porque a América Latina, periferia do sistema-mundo, tem consumido muito mais do que tem produzido conhecimento nas relações internacionais.

Assim, partindo-se dos estudos pós-coloniais, pretende-se identificar um grupo significativo de pensadores que trabalham com a ruptura epistêmica gerada pelos filósofos europeus associados à chamada pós-modernidade e às críticas à metafísica e à “verdade”, ruptura essa desenvolvida por Nietzsche (2012) e Foucault (2007). Assim, da mesma forma que os autores

¹ Ademar Pozzatti Junior é Mestre e doutorando em Direito das Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: juniorpozzatti@gmail.com.

européus, os teóricos pós-coloniais apontam a relação entre os discursos ocidentais “verdadeiros” e a sua relação com o poder sobre outras culturas.

Para tanto, na primeira parte deste artigo será conceituada a colonialidade epistêmica a partir de um entrelaçamento entre o movimento pós-colonial e a crítica epistêmica feita por Nietzsche (2012) e Foucault (2007). Nesse ponto, será identificado um paradigma dominante na pesquisa jurídica com foco nas relações internacionais.

Na segunda parte, será abordada a possibilidade de rompimento da colonialidade epistêmica para pensar o direito das relações internacionais para além dos paradigmas hegemônicos (que reduzem o conceito de desenvolvimento a um mero incremento do cálculo econométrico²) e vislumbrar uma pauta de pesquisa jurídica na área das relações internacionais com bases epistemológicas e regras metodológicas “mais nossas”.

² Para uma abordagem detalhada dos conceitos de desenvolvimento criticado e pretendido neste trabalho, ver Furado (2001) e Sen (2010). Partindo de um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, o de promover intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade, reduzindo desigualdades materiais entre grupos, este trabalho propõe uma crítica da inter-relação entre direito e desenvolvimento. Buscando nos estudos de Furtado (2001) e Sen (2010) concepções alternativas de desenvolvimento e a partir daí conexões interdisciplinares com o direito, busca-se uma denúncia do mito do desenvolvimento econômico, desfraldando premissas desenvolvimentistas dos países de centro não universalizáveis aos países de periferia, quanto ao uso da dialética para se estudar as causas do subdesenvolvimento e permear uma teoria desenvolvimentista. Sen (2010) por sua vez, desnuda a necessidade de compreensão da ideia de desenvolvimento como expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam, buscando determinantes estruturados na pergunta de como as pessoas vivem de fato. Dentre essas determinantes, destaca-se a concretização de direitos civis em um país. Assim, desenvolvimento é a inter-relação entre direito e desenvolvimento, baseada em premissas complexas, contextualizadas com problemas sociais e econômicos e concatenadas com as constituições e direitos fundamentais.

2 Colonialidade epistêmica

A crítica epistêmica proposta nesta pesquisa tem forte influência do pensamento “decolonial”, segundo o qual a colonização é vista como um evento que ainda se prolonga no tempo, e não como uma etapa histórica já superada. Igualmente, a colonização é tida como um fenômeno alargado, que se estende para além da política (administração colonial) e da economia (pacto colonial), referindo-se a uma complexa estrutura de dominação, que inclui desde a imposição de um papel na divisão internacional do trabalho³ até um colonialismo epistêmico.

Para tanto, o movimento “decolonial” critica o eurocentrismo das formas de organização social e política ocidentais, e a “verdade” ocidental edificada a partir do pensamento socrático-platônico, apontando a relação entre os discursos científicos-modernos ditos verdadeiros e a sua relação com o poder entre outras culturas (FOUCAULT, 2007, p. 36).

Dessa forma, o “decolonialismo” não se esgota no campo acadêmico, mas compreende uma forte tendência política, que envolve uma pluralidade de atores sociais e reflete um enfrentamento de toda forma de imposição cultural e engodo político e social. Militando contra a alienação⁴ do sujeito, os estudos “decoloniais” dizem que a emancipação do sujeito expressa a autonomia crítica, cultural e simbólica, esclarecimento científico, libertação de toda a forma de erro, de toda submissão,

³ Sobre o local da América Latina da divisão internacional do trabalho, ver Cardoso (1981) e Furtado (2001).

⁴ O tema da alienação é antigo na filosofia, mas o contorno que se pretende neste trabalho é aquele estabelecido pela visão marxista. Nessa perspectiva, a alienação ocorre quando se perde o controle sobre os processos materiais, culturais e políticos que permeiam a existência, ou seja, quando esses processos tornam-se independentes da participação do sujeito e passam a dominá-lo. Alienação, aqui, significa, então, toda a forma de transferência para outros atores da produção de sentidos, na qual opera o próprio sujeito.

falácia ou pensamento colonizado, incapaz de esclarecer os processos materiais, culturais e políticos.

No nível teórico, o pós-colonialismo busca denunciar os mitos e falácias que sustentam e reproduzem as ciências desde a modernidade (modelo cartesiano de racionalidade) e a reordenação do conhecimento e da política no conjunto das práticas sociais que os determinam. Na prática, os estudos pós-coloniais procuram constituir-se como instrumentos estratégicos de efetiva alteração das práticas reais vigentes, capazes de impulsionar a construção de uma organização social e política mais justa e democrática.

Ao desqualificar as epistemologias “outras” para inferiorizá-las, o discurso moderno/eurocêntrico visa construir um mundo de pensamento único, o que Santos (2008) tem chamado de “modelo global de racionalidade”. Sendo um modelo global,

[...] a racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas.” (SANTOS, 2008, p. 21)

ocasionando um grande desperdício da experiência social do mundo. O projeto proposto pelo pensamento “decolonial” latino-americano implica a “decolonialidade”, que passa pelo desenvolvimento de alternativas epistemológicas e metodológicas “decoloniais”, mas não se esgota nele.

Dialogando com a noção de transmodernidade, Mignolo (2003) desenvolve o conceito de epistemologia de fronteira (pensamento liminar ou pensamento de fronteira). Fala sobre a necessidade da descolonização e da transformação “[...] da rigidez de fronteiras epistêmicas e territoriais estabelecidas e

controladas pela colonialidade do poder, durante o processo de construção do sistema mundial colonial/moderno.” (MIGNOLO, 2003, p. 35).

A identificação da dominação dos “outros” fora do centro europeu/moderno/científico é considerada uma necessária dimensão da modernidade, como a consequente subalternização do conhecimento desses grupos. Nietzsche (2012) mostrou que a história da filosofia ocidental é a busca por esse pensamento “primeiro”, pautado na ideia de que existe “uma” verdade, “um” sentido e “uma” essência para as coisas, e tudo o que não se adequa a elas está condenado à lógica da exclusão (NIETZSCHE, 2012, p. 224). Esse pensamento é desenvolvido por Foucault (2007) com a ideia de que, historicamente, esse saber “hegemônico” tem mostrado-se o elemento determinante da relação de poder entre as sociedades (FOUCAULT, 2007, p. 39).

Nessa perspectiva, Quijano (2005) e Dussel (1994) acreditam que modernidade e colonialidade são dois lados de uma mesma moeda: um não existe sem o outro. Assim, para se implementar a lógica da colonialidade, necessita-se da retórica da modernidade, e esta, da mesma forma, é sustentada pela lógica da colonialidade. Nessa esteira, o primeiro passo para se pensar “decolonialmente” é partir da premissa de que a modernidade não existe sem a colonialidade. No âmbito das ciências sociais, por exemplo, não é possível pensar a “ciência política moderna” sem analisar sua relação com a colonialidade. A partir dessa constatação, abre-se todo um campo de investigação sobre o direito das relações internacionais.

Ao construir uma visão hegemônica e deslocalizada, assumindo um ponto de vista universalista, pretensamente neutro e objetivo, o conhecimento eurocêntrico (paradigma dominante de racionalidade) sustenta a retórica da modernidade

(evolução, progresso, desenvolvimento etc.) e, ao mesmo tempo, silencia os saberes locais, já que reconhece “uma” e “só uma” forma de conhecimento verdadeiro, comprometida “[...] com os centros do poder econômico, social e político, os quais passam a ter um papel decisivo na definição das prioridades científica.” (SANTOS, 2008, p. 57).

Para a narrativa científico-moderna, a Europa sempre foi, simultaneamente, o centro geográfico e a culminação do movimento temporal. As outras formas de ser, de organização da sociedade e de conhecimento são transformadas não só em diferentes, mas em carentes, arcaicas, primitivas, tradicionais, pré-modernas.

Segundo Mignolo (2005, 2009), a retórica da modernidade vem sempre acompanhada pela lógica da colonialidade, de modo que não pode haver modernidade sem colonialidade. Assim, a partir da lógica da modernidade são criados projetos universalistas, como a cristianização, civilização, modernização, desenvolvimento, progresso, democracia, entre outros, de modo a perpetuar a lógica da colonialidade com a dominação, o controle, a exploração, a dispensabilidade de vidas humanas, a subalternização dos saberes dos povos colonizados (MIGNOLO, 2005, p. 31). Esses conceitos são elementares para o estudo do direito das relações internacionais.

Para se opor à lógica da colonialidade, os teóricos “decoloniais” propõem a prática da “decolonialidade”, que significa um tipo de atividade, um giro de enfrentamento à retórica da modernidade e à lógica de colonialidade (MIGNOLO, 2005, p. 31).

Assim, a potencialidade dos estudos “decoloniais” é a elaboração de ferramentas metodológicas que proporcionem a problematização de um *locus* de enunciação privilegiado, ou

seja, do imaginário *punto cero*⁵ do conhecimento, não eivado dos vícios colonialistas. Para tanto, pensar “decolonialmente” é pensar de outro modo, a partir de uma linguagem e de uma lógica “outra” que surgem dos saberes locais, consciente de que todo o conhecimento é autoconhecimento, sem pretensões universalistas (SANTOS, 2008, p. 80).

Não se trata apenas do multiculturalismo, permitido pela lógica eurocêntrica, somente admitindo a inclusão de saberes jurídicos locais para que esses possam ser assimilados na lógica colonial do saber, que permeia os estudos acadêmicos. A potencialidade reside na perspectiva de romper com essa lógica a partir de diferentes saberes locais, ou seja, promover uma verdadeira ruptura epistêmica.

3 (De)colonialidade epistêmica e pesquisa em Direito das relações internacionais

Identificada a lógica da colonialidade, este segundo capítulo quer pensar propostas de ruptura com os preceitos epistemológicos e com os métodos científicos da modernidade para analisar o direito das relações internacionais para além dos paradigmas hegemônicos. Isso será feito partindo-se do movimento “decolonial” latino-americano.

⁵ Imaginário *punto cero* é aquele segundo o qual um observador do mundo social pode colocar-se em uma plataforma neutra de observação que, por sua vez, não pode ser observada de nenhum ponto. Por isso, o “ponto zero” é o ponto do começo epistemológico absoluto, mas também o do controle econômico-social sobre o mundo. Localizar-se no “ponto zero” equivale a ter o poder de instituir, de representar, de construir uma visão sobre o mundo social e natural reconhecida como legítima e protegida pelo Estado (RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 49).

São muitas as fontes dos estudos “decoloniais”⁶, sendo que a sua principal força orientadora é uma reflexão continuada sobre as realidades social, cultural e política latino-americana, sendo esses estudos influenciados pelo pensamento filosófico e político desenvolvido na própria América Latina.

Para Restrepo e Rojas (2010, p. 53), são fontes importantes dos estudos “decoloniais”: a *Pedagogia do Oprimido*, desenvolvida por Paulo Freire; a *Filosofia da Libertação*, desenvolvida por Enrique Dussel e a *Teoria da Dependência*, desenvolvida por Fernando Henrique Cardoso e Enzo Faletto. São justamente esses autores que ofertam um novo referencial epistêmico para pensar o direito das relações internacionais.

3.1 Pedagogia do oprimido

Embora pouco discutido no âmbito da academia jurídica, e ainda menos no âmbito do direito das relações internacionais (geralmente preocupado com o cosmopolitismo dourado das elites globais), o monumental trabalho de Paulo Freire (1980) torna-se obrigatório para se refletir o papel da educação na construção de um projeto revolucionário e emancipador na América Latina.

Na *Pedagogia do Oprimido*, escrita em 1968⁷, Paulo Freire propõe que a lógica educacional pautada na ação antidialógica (verticalização e hierarquização da relação professor/aluno) foi e continua sendo uma forma de colonização das mentalidades e subalternização dos saberes outros, que não se enquadram na lógica totalitária do pensamento moderno-científico.

⁶ Dentre as inúmeras fontes que influenciam os estudos “decoloniais” estão as teorias europeias e norte-americanas, críticas da modernidade, os estudos chamados propriamente de pós-coloniais, a teoria feminista chicana, a filosofia africana, entre outros.

⁷ Neste artigo, trabalha-se com a 8. ed., de 1980.

A teoria da ação antidialógica parte da necessidade de conquista e da ação dos dominadores, que preferem manter a desunião dos oprimidos, os quais, divididos, ficam enfraquecidos e se tornam facilmente dirigidos e manipulados (FREIRE, 1980, p. 165)⁸.

Também caracteriza a ação antidialógica a manipulação do colonizado. “Através da manipulação, as elites dominadoras vão tentando conformar as massas populares a seus objetivos. E quanto mais imaturas politicamente estejam elas (rurais ou urbanas) tanto mais facilmente se deixam manipular pelas elites dominadoras que não podem querer que se esgote seu poder.” (FREIRE, 1980, p. 172). Outro importante elemento da ação antidialógica é a invasão cultural, que desqualifica a identidade do colonizado, como marca da opressão, através da falsa admiração do mundo⁹.

Após tal crítica, Freire (1980) faz um resgate da ação dialógica, através da colaboração e organização que conduzem à síntese cultural, que considera o ser humano como ator e sujeito do seu processo histórico (FREIRE, 1980, p. 196). Para a prática

⁸ Segundo Freire, “O primeiro caráter que nos parece poder ser surpreendido na ação antidialógica é a necessidade de conquista. O antidialógico, dominador, nas suas relações com o seu contrário, o que pretende é conquistá-lo, cada vez mais, através de mil formas. Das mais duras às mais sutis. Das mais repressivas às mais adocicadas, como o paternalismo. Todo ato de conquista implica um sujeito que conquista e um objeto conquistado. O sujeito da conquista determina suas finalidades ao objeto conquistado, que passa, por isso mesmo, a ser algo possuído pelo conquistador. Este, por sua vez, imprime sua forma ao conquistado que, introjetando-o, se faz um ser ambíguo. Um ser, como dissemos já, ‘hospedeiro do outro’. Desde logo, a ação conquistadora, ao ‘reificar’ os homens, é necrófila.” (FREIRE, 1980, p. 161-162).

⁹ Nesse sentido, segundo Freire, “Desrespeitando as potencialidades do ser a que condiciona, a invasão cultural é a penetração que fazem os invasores no contexto cultural dos invadidos, impondo a estes sua visão do mundo, enquanto lhes freiam a criatividade, ao inibirem sua expansão. Neste sentido, a invasão cultural, indiscutivelmente alienante, realizada maciamente ou não, é sempre uma violência ao ser da cultura invadida, que perde sua originalidade ou se vê ameaçado de perdê-la.” (FREIRE, 1980, p. 178).

da ação dialógica, a população precisa ser conduzida ao diálogo, canal este de libertação da opressão imperante.

Dessa forma, para a descolonização das mentalidades e a afirmação do oprimido como sujeito político, Freire (1980) defende a problematização de si mesmo como *locus* de enunciação em seu confronto com o mundo, o que significa primeiramente descobrir-se como tal, reconhecer sua identidade. A pedagogia da libertação¹⁰ é revolucionária ao retirar o colonizado da posição de objeto para ser o próprio agente da sua inserção política.

Para Freire (1980), o oprimido/colonizado está em uma posição privilegiada, pois a condição de possibilidade do processo descolonizador é que este seja empreendido pelo próprio oprimido/colonizado. Só ele, por sua situação histórica particular, pode adquirir a consciência necessária que torna possível a situação de dominação. Assim, os educadores devem assumir uma postura revolucionária passando a conscientizar as pessoas da ideologia opressora, tendo como compromisso a libertação e assumindo o protagonismo da ação libertadora (RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 56).

Sendo assim, a obra de Freire (1980) torna-se um imperativo para repensar a pesquisa em direito das relações internacionais a partir de uma ruptura epistêmica. O primeiro passo é justamente pensar que a ciência política não pode estabelecer leis universais,

¹⁰ A Pedagogia da Libertação foi desenvolvida por Paulo Freire. Está intimamente relacionada com a visão marxista do Terceiro Mundo e das consideradas classes oprimidas na tentativa de elucidá-las e conscientizá-las politicamente. As suas maiores contribuições foram no campo da educação popular para a alfabetização e a conscientização política de jovens e adultos operários. No entanto, a obra de Paulo Freire não se limita a esses campos, tendo eventualmente alcance mais amplo, pelo menos para a tradição de educação marxista, que incorpora o conceito básico de que não existe educação neutra. Segundo a visão de Freire, todo ato de educação é um ato político.

porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados.

3.2 Filosofia da libertação

Empenhado na busca de uma autêntica filosofia latino-americana, para além da tradição eurocêntrica, Dussel (1995) é o principal referencial da obra *Filosofia da Libertação*. Ele parte da oposição do oprimido/opressor para, partindo da cultura massacrada e explorada, mostrar a possibilidade do diálogo por meio da afirmação da alteridade e da diferença.

Segundo Dussel (1994), é a partir de 1492 que a Europa irá se constituir como centro e as outras civilizações irão se estabelecer como a sua periferia¹¹. É nesse momento que tem origem a modernidade e a colonialidade que delimitam epistemologicamente toda a construção da ciência política desde a modernidade.

O “descobrimento” da América converte-se no início do processo de expansão global do capitalismo – naquele movimento conceituado por Lênin (1987) de imperialismo¹² –, de expansão da ciência e também do sistema interestatal, entre outros aspectos. O “sistema mundo moderno/colonial”, que,

¹¹ Invertendo a historiografia oficial, Dussel (1994) propõe um jogo com as palavras descobrimento e encobrimento. Segundo ele, em 1492 aconteceu o encobrimento da América, e não o descobrimento como propaga a historiografia eurocêntrica. Ele refere aqui a devastação das civilizações pré-colombianas e o desperdício de todo manancial de experiência política e social, além de acúmulo cultural dos povos que habitavam o continente americano antes da chegada do europeu.

¹² O conceito de imperialismo procura dar às diferenças e conflitos horizontais (entre nações) o caráter próprio de luta de classes, superando os limites da perspectiva de Marx, segundo a qual nada mais eram do que uma manifestação no plano internacional do antagonismo desenvolvido dentro dos países capitalistas. Nesse sentido, antagonismos de classe (vertical) e de tipo nacional (horizontal) cruzam-se na ‘fase superior’ do capitalismo – o imperialismo (LÊNIN, 1987).

em algum grau, mantém-se até hoje, tem a sua origem no circuito comercial do Atlântico. Essa articulação permite a emergência do capitalismo mundial com base em centros e periferias, nações opressoras e oprimidas, desenvolvidas e subdesenvolvidas. A relação básica entre os centros e as periferias foi o saque e a exploração, tanto da mão de obra indígena e africana, como dos recursos naturais.

Mignolo (2009, p. 33)¹³ diz que a emergência da rota comercial do Atlântico possibilitou uma confluência entre o controle econômico na expansão do Ocidente e também o controle epistêmico ou do pensamento.

O termo modernidade, a partir da perspectiva europeia, refere-se a um período que remonta ao Renascimento europeu nas artes, ao “descobrimento” da América, ao racionalismo nas ciências e ao iluminismo europeu na filosofia (MIGNOLO, 2009, p. 31). Na análise social e filosófica geral, afirma-se que a modernidade começa com o *ego cogito* cartesiano, um processo exclusivamente europeu, que permitiu que a Europa avançasse racionalmente. A Europa, por conseguinte, teria qualidades internas únicas que, por exemplo, permitiram desenvolver a racionalidade tecno-científica e isso explicaria sua superioridade (COLAÇO; DAMÁZIO, 2010, p. 88).

Para Dussel (1995), a modernidade não pode ser circunscrita a essa narrativa celebratória, tampouco como emancipação da razão, que foi produzida pela “genialidade e excepcionalidade histórica dos europeus”, mas sim terá que considerar seu constitutivo lado oculto do mito da modernidade

¹³ Para muitos teóricos da modernidade, todas as culturas e sociedades do mundo são reduzidas a uma manifestação da história e cultura europeia. Entretanto, para os autores “decoloniais”, as histórias são outras. Enquanto para a história universal, ou oficial, a modernidade tem uma só face, para os estudos “decoloniais” latino-americanos têm duas. O chamado progresso da modernidade é construído a partir da violência da colonialidade.

(RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 82). Esse lado oculto da modernidade é a colonialidade.

A colonialidade, para Dussel (1995), é, então, constitutiva da modernidade. A modernidade aparece quando a Europa afirma-se como centro de uma história mundial e, por isso, a periferia é parte de sua própria definição. O que acontece é que os pensadores do “centro” (aqueles que operam dentro do mito do desenvolvimento e do progresso e se contentam com uma igualdade meramente formal entre os Estados no âmbito do sistema internacional) esquecem-se dessa “periferia” e caem na “falácia eurocêntrica”.

A perspectiva eurocêntrica, segundo Quijano (2005, p. 4), foi “[...] imposta e admitida, nos séculos seguintes, como a única racionalidade legítima. Em todo caso, como a racionalidade hegemônica, o modo dominante de produção de conhecimento”.

Dussel (1995) propõe um modelo alternativo à visão tradicional e eurocêntrica de modernidade. Afirma que a modernidade não é fruto de uma Europa independente, mas de uma Europa concebida como centro. Essa superioridade não é fruto de uma superioridade interna acumulada, mas é um efeito do “descobrimento, conquista e colonização da América”. Não há, portanto, modernidade sem colonialidade.

Há que ser reconhecido que existem muitos projetos da modernidade que carecem de ser implantados em muitas partes do mundo, já que existem muitas modernidades simultâneas segundo o enfoque “decolonial”. A primeira modernidade inicia-se com a Espanha, como a primeira nação moderna. O que Dussel (2005, p. 62) chama de segunda modernidade é a única modernidade que hegemonicamente a Europa reconhece. A subjetividade derivada da experiência do descobridor e conquistador é a primeira subjetividade moderna que localiza os europeus como centro e fim da história (RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 85).

O colonialismo e o desenvolvimento do sistema mundial capitalista são tratados como constitutivos da modernidade, ou seja, para os autores “decoloniais” a estrutura econômica mundial e suas concomitantes formas de exploração não são ignoradas. Adota-se, dessa forma, em lugar de uma visão da modernidade como um fenômeno intraeuropeu, uma perspectiva planetária na sua explicação. Assim, para Dussel (1994, p. 219), a colonialidade tornou-se o elemento determinante da modernidade, de forma que o europeu, civilizado e desenvolvido, só existe em oposição ao indígena, oprimido e subdesenvolvido.

Importante para a “decolonialidade” é o conceito de transmodernidade, proposto por Dussel (1994, p. 187). A sua crítica à modernidade não pretende o retorno a um projeto pré-moderno, antimoderno ou pós-moderno, mas sim a efetivação de um projeto de descolonização. A transmodernidade é um “projeto mundial de libertação, em que a alteridade, que era co-essencial da Modernidade, realize-se igualmente”.

A transmodernidade visa concretizar o inacabado e incompleto projeto da descolonização. Em vez de uma única modernidade, centrada na Europa e imposta ao resto do mundo como um desenho global, Dussel (1994, p. 139) propõe que se enfrente a modernidade eurocentrada por meio de “[...] uma multiplicidade de respostas críticas descoloniais que partam das culturas e lugares epistêmicos subalternos de povos colonizados de todo o mundo”.

Assim como o opressor precisa de uma teoria para manter a ação dominadora, os oprimidos igualmente precisam de uma teoria para alcançar a liberdade. Essa teoria é a filosofia da libertação. A única forma de romper com essa lógica colonial, segundo Dussel (1994), é dar voz ao “oprimido”, sujeito ativo da decolonialidade.

3.3 Teoria da dependência

A Teoria da Dependência constitui a notável exceção à falta de produção teórica das relações internacionais a partir do sul. Ela foi produzida e desenvolvida em boa parte no sul, refletindo as necessidades teóricas e os interesses geopolíticos locais.

De uma forma geral, os estudos “decoloniais” direcionam-se temporalmente para o século XVI, a partir do surgimento e consolidação do sistema-mundo moderno “decolonial” e na produção das diferenças coloniais. Ou seja, na vitória final do europeu sobre os mares e o descobrimento da América (COLAÇO; DAMÁZIO, 2010, p. 100).

É nesse contexto que tem início o processo de desenvolvimento da Europa e do subdesenvolvimento da América Latina. Partindo da lógica da troca desigual, a Teoria da Dependência subverte a lógica desenvolvimentista ao denunciar que o problema da América Latina e de toda a periferia do mundo não é o subdesenvolvimento, mas a dependência econômica das “colônias” em relação à metrópole¹⁴.

A Teoria da Dependência é bastante associada à Comissão Econômica para a América Latina da Organização

¹⁴ Sobre a Teoria da Dependência, dizem Restrepo e Rojas (2010, p. 63-64) que “La idea central de esta teoría que infuye la infexión decolonial es la concepción de la dependencia en términos de un sistema global de desigualdades estructurales, que son estructurantes de la relación entre centro y periferia. En vez de considerar el desarrollo dentro del encuadre de la teoría de la modernización (esto es, el desarrollo como una serie de fases que se dan en países autocontenidos, explicables en términos de economía nacional, y de potencialidades y limitaciones enfrentados a un mercado internacional como espacio de oportunidades), o de las explicaciones sociológicas (la existencia de sociedades tradicionales y sociedades modernas como dos realidades institucionales y culturales absolutamente diversas), la teoría de la dependencia considera que el subdesarrollo es producto de las relaciones de subordinación estructurales a las que han sido sometidos ciertos países en el proceso mismo de desarrollo de otros países. En suma: el subdesarrollo es tan desarrollado como lo es el desarrollo”.

das Nações Unidas (CEPAL), ganhando notoriedade através da obra *Dependência e Desenvolvimento na América Latina*, escrita em 1970¹⁵ pelo sociólogo brasileiro Fernando Henrique Cardoso e pelo economista argentino Enzo Faletto. Eles partiram das ideias de desenvolvimento/subdesenvolvimento e centro/periferia para investigar o atraso da América Latina em termos de desenvolvimento se comparado ao “centro” do mundo. Para eles, a origem do subdesenvolvimento remonta ao momento em que o capitalismo estabeleceu-se como o sistema mundial de produção. Foi criado, neste momento, um macro-sistema, dividido em dois tipos de sociedade, as sociedades de centro, conhecidas também como metrópoles, e as sociedades periféricas, não desenvolvidas, as quais circundavam o primeiro tipo, desenvolvendo com essa uma situação de dependência e exploração (CARDOSO; FALETTTO, 1981).

Para os dois principais autores da Teoria da Dependência, é necessário um resgate histórico do subdesenvolvimento:

O reconhecimento da historicidade da situação de subdesenvolvimento requer mais que assinalar as características estruturais das economias subdesenvolvidas. Há que se analisar, com efeito, como as economias subdesenvolvidas vincularam-se historicamente ao mercado mundial e a forma em que se constituíram os grupos sociais internos que conseguiram definir as relações orientadas para o exterior que o subdesenvolvimento supõe. Tal enfoque implica reconhecer que no plano político-social existe algum tipo de dependência nas situações de subdesenvolvimento e que essa dependência teve início historicamente com a expansão das economias dos países capitalistas originários. (CARDOSO, FALETTTO, 1981, p. 26).

É nesse marco argumentativo histórico que se fala em centro e periferia:

¹⁵ Neste artigo, usa-se a edição de 1981.

[...] o esquema de ‘economias centrais’ e ‘economias periféricas’ [...] pode-se incorporar de imediato à noção de desigualdade de posições e de funções dentro de uma mesma estrutura de produção global. (CARDOSO, FALETTTO, 1981, p. 26)¹⁶.

Nessa perspectiva, a epistemologia “decolonial” não se satisfaz com uma mera igualdade formal entre os Estados para pensar a sociedade internacional, mas parte da desigualdade material como eixo estruturante para pensar a disciplina.

É oportuno ressaltar que, durante as décadas de cinquenta e sessenta, a CEPAL, a partir da Teoria da Dependência, já realizava estudos visando a possibilidade de haver uma integração econômica na região com um mercado comum através de uma possível união aduaneira Latino-americana. Esses estudos preliminares são tidos como a base fundamental para uma releitura das pesquisas em direito das relações internacionais na América Latina.

4 Considerações finais

Em que pese haja a possibilidade de existência de um pensamento para as relações internacionais a partir do sul, o movimento pós-colonialista e a ruptura epistêmica têm tido um impacto reduzido nas pesquisas em direito das relações internacionais na América Latina, e as suas críticas têm sido pouco ouvidas pela academia jusinternacionalista brasileira. Isso

¹⁶ “La oposición estructural de centro/periferia que configura el sistema global y que deviene en principio de inteligibilidad en la teoría de la dependencia, se traduce en el vocabulario de la infexión decolonial en la de modernidad/colonialidad. Ambos pares de términos nos dan cuenta de posiciones estructurales de dos unidades en diferencia, que configuran y explican las especificidades de una totalidad social de alcance planetario. Ambas conceptualizaciones conciben estas posiciones estructurales desde una perspectiva histórica, es decir, de su emergencia y despliegue.” (RESTREPO; ROJAS, 2010, p. 64-65).

ocorre, provavelmente, porque o debate apresentado por esses pensadores incomodam as tradicionais correntes eurocêntricas de pesquisa sobre o direito das relações internacionais, preocupadas com a manutenção dos privilégios do pacto colonial.

As correntes tradicionais da pesquisa jurídica, no âmbito das relações internacionais, não encontram respostas satisfatórias às indagações apresentadas pelos pós-colonialistas, uma vez que a agenda daquelas está restrita à economia e ao poder. Entretanto, é inegável o potencial de transformação do “grito” pós-colonialista ao mostrar que, apesar de um discurso democratizante e inclusivo, o ocidente tem se dedicado a práticas autocentradas pouco abertas aos interesses “outros” na agenda do direito das relações internacionais.

Para “decolonizar” o conhecimento jurídico na área das relações internacionais não basta incluir saberes subalternizados, é preciso “decolonizar” as próprias relações internacionais. Trata-se da possibilidade de ir além do discurso político moderno/colonial e pensar condições outras da prática política e da inserção internacional.

Precisa-se “vivenciar” as relações internacionais não como sistema fechado de normas jurídicas e determinantes políticas e econômicas, pensadas sempre a partir do norte, da retórica da modernidade, do mito do desenvolvimento econômico e da lógica do progresso, mas como uma prática emancipatória dos povos do sul.

Referências

CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo.
Dependência e Desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber. Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-Americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005a.

_____. *La hybris del punto cero. Ciencia, Raza e Ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005b.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. *Um diálogo entre o Pensamento Descolonial e a Antropologia Jurídica: elementos para o resgate dos saberes jurídicos subalternizados*. Revista Sequência, v. 31, n. 61, 2010. p. 85 –109.

DUSSEL, Enrique. 1492 – El Encubrimiento del Otro. Hacia el origen del “mito de la Modernidad”. Conferências de Frankfurt. La Paz: Plural Editores, 1994.

_____. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. Tradução Georges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. Europa, modernidade, eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber. Eurocentrismo e Ciências Sociais. Perspectivas Latino-Americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

ESCOBAR, Arturo. *Más allá del tercer mundo*. Globalización y diferencia. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no College de France (1975-1976)*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A Arqueologia do Saber*. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2007.

- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1980.
- FURTADO, Celso. *O mito do desenvolvimento econômico*. 3. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001.
- LÊNIN, Vladimir. *Imperialismo, fase superior do capitalismo*. São Paulo: Global, 1987.
- MIGNOLO, Walter. *Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- _____. *Cambiando las éticas y las políticas del conocimiento: lógica de la colonialidad y postcolonialidad imperial*. Bogotá: Jornal Tabula Rasa, 2005.
- _____. *La idea de América Latina (la derecha, la izquierda y la opción decolonial)*. In: *Crítica y emancipación*, n. 2, primeiro semestre, 2009. p 251- 276.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. Tradução Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber. Eurocentrismo e Ciências Sociais*. Perspectivas Latino-Americanas. Buenos Aires: Clacso, 2005.
- RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. *Inflexión decolonial: fuentes, conceptos e cuestionamientos*. Universidad del Cauca, Popayán, Colombia, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

CAPÍTULO XIX



CONSTRUÇÃO E AQUISIÇÃO DO CONHECIMENTO: O VIÉS EPISTEMOLÓGICO DIALÉTICO NA MEDIAÇÃO

Aline Boschi Moreira¹

Mariah Rausch Pereira²

1 Introdução

Atualmente, com a massiva judicialização de demandas e a morosidade do Judiciário, percebe-se a busca por meios mais céleres de solução dos conflitos jurídicos. Nesse sentido, há maior ênfase na mediação como forma de construção consensual, voluntária e eficaz do litígio entre as partes.

O tema desenvolvido, a par dos motivos explanados, versa sobre a Epistemologia Jurídica na Mediação, tendo por problemática analisar se existe a construção do conhecimento nesse método de resolução de controvérsias. A hipótese

¹ Aline Boschi Moreira é Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela UFSC. Graduada em Administração Empresarial pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Foi bolsista PIBIC/CNPq entre 2009 e 2013. Destaque Iniciação Científica 2010 pela UFSC. E-mail: alineboschi@gmail.com.

² Mariah Rausch Pereira é Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Pós-graduada em Direito Público pela ESMESC. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Foi intercambista no *College of Charleston* em 2008, onde cursou as disciplinas de *Internacional Human Rights Law* e *Criminal Justice*. E-mail: mariahrausch@live.com.

alcançada é a de que há aquisição de uma “crença verdadeira justificada” dentro do viés dialético.

Como objetivo principal desta pesquisa, coincidente com a divisão do trabalho, procura-se expor o conceito tradicional de conhecimento, descrever as escolas que analisam as suas fontes (empirista, racionalista e dialética), e, num segundo momento, relacionar as influências e apontar as características na mediação.

2 Epistemologia e aquisição do conhecimento

Consoante a Enciclopédia de Filosofia Stanford (2005), a Epistemologia, enquanto estudo do conhecimento e das crenças justificadas, está preocupada, dentre outras inquietações, com as seguintes problemáticas: quais as condições necessárias e suficientes ao conhecimento? Quais são suas fontes? Qual é a estrutura do conhecimento e os seus limites? Para além dessas perguntas, Moser, Mulder e Trout (2004) complementam o estudo com novos pontos: como se adquirir o conhecimento? Depende-se de outras pessoas para obtê-lo?

Por objetivo do presente estudo, dentro do campo da Epistemologia, analisa-se, a partir das indagações supramencionadas, de que forma ocorre a construção do conhecimento na mediação. Antes, contudo, necessário fazer breve ingresso acerca do que se entende por ‘conhecer algo’, bem como indicar possíveis fontes do saber.

Quando se fala em conhecimento, a literatura está repleta de exemplos do que se entende por ‘saber algo’. Luz (2013)³ exemplifica alguns sentidos cotidianos vinculados à ideia. O primeiro pode ser identificado na frase “Cristiano Ronaldo *sabe* jogar futebol”; em outro sentido, pode-se construir a seguinte

³ Exemplos retirados do curta.

assertiva “Cristiano Ronaldo *sabe* que Messi é o melhor jogador do mundo”; ou ainda “Aquela pessoa no outro lado da rua me parece alguém *conhecido*”.

Na primeira construção, o autor explica que se fala em uma habilidade (saber fazer algo), enquanto, no segundo exemplo, tem-se outro sentido do termo saber, chamado de conhecimento proposicional (alguém sabe de tais e tais proposições). A última assertiva, finalmente, implica no conhecimento por familiaridade. Luz (2013) esclarece, então, que a Epistemologia, nesse contexto, preocupa-se em analisar o segundo caso, o conhecimento proposicional.

A concepção tradicional do conhecimento, partindo-se da ideia do conhecimento por proposição, alude ao conceito de “crença verdadeira justificada” (DUTRA, 2008). Consoante Moser, Mulder e Trout (2004), três seriam, pois, os componentes principais do conhecimento propositivo: a justificação, a verdade e a crença, que implicam ser preciso crer que o que se diz é sabido (crença), somado ao fato de que deve ser correta essa crença (crença verdadeira), confirmação que se obtém não pela sorte, mas sim por meio de provas (crença verdadeira justificada).

Cumpre salientar que a conceituação delineada tem suas bases desde a Grécia Antiga, não estando a visão tripartite do conhecimento isenta de críticas. De todo modo, para o presente estudo, basta o conceito supra, com as devidas ressalvas de que, como no Direito, a Epistemologia também é terreno de grandes divergências.

Tendo estabelecido, de forma resumida, o que se entende por conhecimento proposicional para a Epistemologia, interessante conhecer as suas fontes. Importa, para isso, deixar claro de antemão que a aquisição do conhecimento nas perspectivas tradicionais envolve, normalmente, um único

sujeito e objeto; ao passo que, na mediação, há dois ou mais sujeitos lidando em forte relação/tensão, muitas vezes sem o intuito de se adquirir conhecimento, mas voltados a resolver um problema. Assim, antes de ingressar no objetivo geral da pesquisa, que é analisar se há a construção do conhecimento na mediação (e, em caso afirmativo, saber como ocorre), será feito o exame de suas fontes.

Há certa convergência em situar duas escolas de pensamento antagônicas como as principais correntes acerca da aquisição do conhecimento (MARQUES NETO, 2001; MOSER; MULDER; TROUT, 2004; DUTRA, 2008). Trata-se da escola empirista, muito influenciada por Comte e Locke, e da escola racionalista, que tem suas raízes modernas em Descartes.

No que tange ao empirismo, “[...] ao sujeito caberia desempenhar o papel de uma câmara fotográfica: registrar e descrever o objeto tal como ele é. O vetor epistemológico, para o empirismo, vai do real (objeto) para o racional (sujeito).” (MARQUES NETO, 2001, p. 13). Nesse sentido, Moser, Mulder e Trout (2004, p. 112, grifo do autor) asseveram que, para o empirismo básico,

[...] não é possível adquirir conhecimento da realidade através do uso não empírico da razão. [...] não podemos ter conhecimento algum sobre a realidade ou irrealidade dos unicórnios pelo puro e simples exame do *conceito* ou *ideia* de unicórnio.

A técnica da observação seria considerada, portanto, um estudo receptivo puro do sujeito, o qual age com atenção passiva (FOUREZ, 1995).

Na visão racionalista, por sua vez, as proposições são conhecidas *a priori*, porquanto não se justificam nem são adquiridas pela experiência; ou seja, não é possível afirmar que algo exista

ou deixe de existir, como no exemplo do unicórnio, mas é possível, pela razão, determinar a causa de certos acontecimentos (MOSER; MULDER; TROUR, 2004). Aqui, o que importa é a compreensão dos fenômenos, e não a sua visualização.

A par disso, mais adiante, Marques Neto (2001) aponta para uma guinada dialética epistemológica no sentido de criticar os pressupostos do empirismo e do racionalismo, sem olvidar suas contribuições na seara. Mais conectada aos objetivos da mediação, a postura dialética, ainda para a obra referendada, busca a relação concreta que ocorre no processo do ato de conhecer, sendo uma construção ativa e engajada. De forma elucidativa, explica Marques Neto (2001, p. 19-20, grifo do autor) acerca da dialética:

O processo de reconstrução é inerente ao ato cognitivo: o sujeito não vai *em branco* observar o objeto. *Quem não sabe não pesquisa*. Ele leva consigo todo um conhecimento já acumulado historicamente e tenta superá-lo para construir conhecimentos novos. E mais: se é sobre o objeto de conhecimento que recaem todas as pesquisas, é claro que o *sujeito constrói seu próprio objeto*. A preocupação do pesquisador, antes de ser real é teórica. Os dados que ele coleta e procura explicar não são absolutamente puros, porque obtidos em função do referencial teórico e metodológico que norteia toda a sua pesquisa. É por isso que os epistemológicos dialéticos costumam sustentar que o dado não é dado: é construído.

É possível identificar, na mediação, a aquisição e a construção de conhecimento por meio de relações entre sujeitos (partes), os quais visam a resolver um problema (objeto). Essa solução é produzida pela crença dos envolvidos, que consiste na melhor resposta para o caso, segundo as evidências trazidas ao processo. Trata-se, portanto, de uma crença verdadeira⁴ e justificada.

⁴ Quanto a ser verdadeira, discute-se se o acordo na mediação pode ser entendido como um juízo plausível (crença justificada e razoável) e não necessariamente certo ou errado. Sem olvidar essa perspectiva, é suficiente

Ao encontro disso, o processo de construção do conhecimento na mediação, para Campos (2008), tem início quando as partes em litígio debatem os objetivos, as estratégias e o procedimento no intuito de alcançarem um acordo em comum. Nota-se, destarte, que o produto final da mediação será atingido por mútuo consenso.

Desta maneira, seguindo a construção dialética de Marques Neto (2001), a mediação não parte somente de pressupostos empiristas, uma vez que o conhecimento não é produzido apenas a partir do objeto (problema): os sujeitos em litígio não somente registram e descrevem o caso sob mediação, mas possuem vínculo direto com ele, transpondo o simples contato do sujeito com o objeto.

Ademais, ressalta-se haver constante relação entre os próprios sujeitos. Essa intersubjetividade não é apontada por grande parte dos autores estudiosos da Epistemologia, os quais assinalam uma atividade solitária na construção do conhecimento, olvidando-se que, em muitos casos, construção e aquisição ocorrem entre diversos indivíduos. Esse, aliás, é o ponto central da mediação⁵.

3 Construção do conhecimento na mediação

Atualmente, nota-se a maciça “judicialização” dos conflitos, estando o Poder Judiciário adstrito a oferecer respostas às demandas suscitadas. A consagração de diversos direitos,

aos objetivos deste trabalho a análise do conhecimento em seu modelo tradicional. Para ler a respeito de juízos de valor e de fato, ver Hollis (1994). Ainda, não se pode deixar de agradecer as contribuições proporcionadas pelo I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica, que enriqueceram a discussão do assunto.

⁵ Não é objetivo deste estudo verificar se a mediação constituiria um conhecimento científico ou técnico. A esse respeito, ver Campos (2014).

muitos dos quais frutos de lutas sociais, acaba por esbarrar na tutela jurisdicional quando violações ou omissões ocorrem. Sintetiza Cappelletti (1993, p. 46) que, ao lado do gigantismo do Poder Legislativo, “[...] chamado a intervir ou a ‘interferir’ em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade”, e do aumento das atividades estatais com o *Welfare State*, o Judiciário passou a ser intensamente acionado a partir da industrialização.

Nesse sentido, com Lamy e Rodrigues (2010), o processo judicial afigura-se como o principal instrumento do Estado para pacificar os conflitos de interesses, entendendo ser incumbência estatal, e não das partes, indicar um juiz para eliminar controvérsias. De todo modo, nos termos da referida obra, outras formas históricas de solução de conflitos permanecem, como a autodefesa, a autocomposição, a mediação, a conciliação e a arbitragem, as quais coexistem contemporaneamente com o processo judicial.

Nota-se que, junto a um meio oficial de pacificação da sociedade (pelo Juiz), existem maneiras alternativas de resolução de controvérsias. Antes de adentrar na análise da construção do conhecimento na mediação, cabe diferenciá-la dos demais meios exemplificados, em especial a arbitragem e a conciliação, haja vista que por muitos são confundidas.

A mediação, segundo Vasconcelos (2008), é tida como um meio de solução de disputas, baseado num complexo interdisciplinar de conhecimentos, no qual atuam, num mesmo patamar, partes e mediador para, livremente, firmarem acordo. Em suas palavras (VASCONCELOS, 2008, p. 36):

O que é mediação? Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito –, expõem o

problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo.

[...] A mediação é tida como um método em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. É, também, uma arte, em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador.

Nesse sentido, Egger (2005) esclarece que a mediação é um método extrajudicial, pacífico, consensual, sigiloso e voluntário, que envolve duas ou mais pessoas e um terceiro, o mediador (neutro e imparcial), em que se busca o acordo. O objetivo maior da mediação, ainda para o autor, é preservar o relacionamento entre as partes, proporcionando-lhes o diálogo, até então inexistente, a fim de que elas próprias caminhem ao deslinde do confronto.

A arbitragem, por sua vez, pode ser definida, nas palavras do Comitê Brasileiro de Arbitragem (BRASIL, 2006), como um meio de solução de conflitos privado – ao passo que o processo judicial é público –, em que as pessoas escolhem um árbitro de confiança com vistas a proferir parecer técnico que julgue e que solucione o conflito.

Verifica-se, assim, a principal diferença entre mediação e arbitragem: na primeira, as partes alcançam um acordo em conjunto, enquanto, na segunda, o árbitro escolhido proferirá a resposta para os sujeitos.

Já no que tange à conciliação, Vasconcellos (2008) salienta que, assim como a mediação, aquela é um procedimento não *adversarial* de solução de disputas – diferente dos procedimentos *adversariais*, como a arbitragem, em que um terceiro decide quem está com a razão. Tradicionalmente, a conciliação é utilizada nos procedimentos judiciais já instaurados, mas, em contrapartida,

afirma o autor, ela é menos eficaz do que a mediação, pois o conciliador exerce autoridade hierárquica no intuito de chegar ao interesse comum. Suprime-se a horizontalidade para a produção de conhecimento.

Lamy e Rodrigues (2010) complementam ao afirmarem que uma das distinções entre a mediação e a conciliação é o grau de intervenção do terceiro. Por sua vez, analisam que o mediador participa mais ativamente da obtenção do consenso junto às partes, enquanto o conciliador apresenta participação menos intensa.

Quanto aos aspectos positivos, Campos (2008) afirma que, na mediação, ao contrário do que ocorre nos tribunais, as partes possuem plenos poderes para resolução de seu caso – “empoderamento” dos sujeitos; não se discute quem é o culpado, mas visa-se a reestabelecer a comunicação para se alcançar um desfecho. Reconhece o autor que há flexibilidade de procedimento e técnicas, não ficando os atos adstritos ao disposto em lei; e, por fim, as partes estabelecem quem será a autoridade mediadora, conferindo-lhe confiança para ajudar no caso.

Em resumo, a mediação transcende a resolução de disputas jurídicas não adversárias, por abarcar estratégias educativas, políticas públicas (em especial aquelas voltadas para a cidadania), e incentivar o debate de questões de direitos humanos e de democracia (WARAT, 2004).

Dessa forma, na mediação, diferentemente do litígio dos tribunais e da arbitragem, as partes tentam estabelecer um acordo, havendo mútuas concessões entre elas, sem que se tenham as figuras de um ‘ganhador’ e de um ‘perdedor’, e sim um consentimento construído e benéfico para os envolvidos.

Quanto à figura do mediador, este deve auxiliar as partes, fazendo-as avaliar objetiva e subjetivamente o litígio

para melhor solucionarem o impasse. Como salienta Campos (2008), o mediador deverá ser escolhido pela sua capacidade de fazer circular a informação e de facilitar a comunicação entre as partes, além de promover uma exploração construtiva do tema, com o intuito de favorecer a composição dos litigantes.

Para o Instituto de Tecnologia Social (BRASIL, 2009, p. 170),

O mediador tem papel fundamental no processo de mediação, pois ele é quem atua como o interlocutor das partes que querem resolver os seus conflitos. A pessoa que procura mediar conflitos tem que ter alguns requisitos tais como: ter respeito pela comunidade em que vai agir; deve conhecer bem essa comunidade; ser uma pessoa responsável, e procurar formação permanente, estudando e pesquisando, sempre que necessário, a respeito de novas informações. Só assim poderá aperfeiçoar a sua prática.

É ofício do mediador aflorar os sentimentos das partes, de modo que elas deixem de interpretar o objeto em litígio, ampliando a comunicação e facilitando a construção do acordo (WARAT, 2004). Cabe ao mediador, nos moldes de Warat (2004), ter essa sensibilidade e essa despreocupação com a interpretação, fazendo com que as partes entrem em “ebulição”, possibilitando o mútuo entendimento.

No Brasil, sustenta Egger (2005), a instituição da mediação como forma de resolver conflitos é recente⁶, embora o seu início nos EUA e nos países europeus remonte à década de 70. Todavia, a modalidade apresenta um desenvolvimento

⁶ Em Santa Catarina, as Casas de Cidadania buscam implementar ações que visem ao pleno exercício da democracia, sendo um de seus objetivos específicos desenvolver atividades de mediação e formar mediadores. As Casas de Cidadania surgiram em 2001 e, até 31 de outubro de 2006, contavam com 64 unidades instaladas ativas por todo o Estado. Dentre as atividades desenvolvidas, nota-se a mediação de conflitos familiares (SANTA CATARINA, 2014).

promissor, uma vez que, consoante Campos (2008), a solução dada na mediação é geralmente tida como a mais adequada para o problema, bem como é alternativa importante à crise da morosidade do judiciário.

Feito o estudo inicial acerca das diferenças entre métodos de resolução de controvérsias e apontados alguns dos benefícios e das características da mediação, passa-se à discussão sobre o processo de construção do conhecimento em seu seio.

Para que se construa o acordo, faz-se necessária a vontade das partes, bem como o comando do mediador, que leva, de modo produtivo, ao desembaraço do caso, à construção do conhecimento e, após, ao consentimento, que é o objetivo final da mediação.

A construção do conhecimento nesse processo não é, como se observou, uma atividade solitária, mas em conjunto, porque é apenas considerando os argumentos de todos os envolvidos que se propicia e se atinge o produto derradeiro.

A mediação, nesse sentido, sem dúvidas, encontra-se inserida na corrente dialética da Epistemologia. Nela, reconhece-se a criação e recriação do conhecimento, por meio da utilização de pressupostos e de preconceitos trazidos pelas partes, discutidos em conjunto e utilizados para a construção de um deslinde que lhes seja significativo⁷ e aceitável. Parte-se de dois ou mais referenciais (as partes), atingindo-se criação uma que englobe o objeto em discussão e as consequências esperadas pelos envolvidos.

O conhecimento faz parte de um contexto social, espacial e temporal, e é limitado pelas expectativas e pelas concessões mútuas. Portanto, pode ser retificado caso passe a ser considerado

⁷ Acerca do conhecimento significativo na mediação pedagógica, ver Moran, Masetto e Behrens (2006).

desvantajoso ou caso as circunstâncias se alterem. É um “saber” válido entre as partes, porém verdadeiro (com as ressalvas já efetuadas) e justificado.

Nessa dinâmica, nada obsta que as mesmas partes utilizem-se da mediação novamente para chegarem a outro resultado, que se enquadre melhor na nova realidade, passando por todo esse processo de construção do conhecimento novamente.

4 Considerações finais

Partindo-se da análise tradicional do conhecimento por proposição, que remonta à Grécia Antiga, a Epistemologia traz o conceito de “crença verdadeira justificada”, inferindo que “conhecer” reside em acreditar, por meio de provas, que uma alegação é verdadeira. Diante de tais premissas, algumas escolas abrangem a forma de aquisição do conhecimento, seja pela razão, pelo empirismo ou pela dialética.

Nesse contexto, a mediação, entendida aqui como método não *adversarial* de resolução de controvérsias, em que as partes mutuamente tentam formular um acordo, utiliza-se do processo de construção dialético do conhecimento. Isso ocorre devido ao vínculo existente entre as partes – que registram e descrevem o problema enfrentado – com o próprio objeto em litígio.

A dialeticidade, na construção do conhecimento, possibilita apontar que a mediação não é uma atividade solitária, mas um procedimento em conjunto, porquanto é apenas considerando a interação entre os argumentos de todos os envolvidos que se atinge o produto final e esperado.

Por ser um processo dinâmico, que está inserido num contexto social, econômico, político, cultural, temporal, espacial, nada impede que, construído o conhecimento (acordo), as

partes busquem uma nova solução, que se adeque melhor à nova realidade vivenciada.

Referências

BRASIL. Comitê Brasileiro de Arbitragem. *Arbitragem: o que você precisa saber?* 2006. Disponível em: <<http://cbar.org.br/PDF/cartilha.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

_____. Instituto de Tecnologia Social. *Mediar Conflitos: você é capaz?* Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/mediar_conflitos/curso_m_conflitos_modulos_1_10.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2014.

CAMPOS, Luís Melo. Mediação de conflitos: enquadramentos institucionais e posturas epistemológicas. In: VASCONCELOS-SOUSA, José (Org.). *Mediation in Action: a mediação em ação*. Coimbra: Mediacorm/Minerva Coimbra, 2008. p. 167-195. Disponível em: <<http://rdpc.uevora.pt/handle/10174/2473>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. *Teoria do Conhecimento*. UFSC: Florianópolis, 2008. Disponível em: <<http://jerzy.cfh.prof.ufsc.br/files/LIVRO-TEXTO-Teoria-do-Conhecimento.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

EGGER, Ildemar. *O Papel do Mediador*. 2005. Disponível em: <<http://www.egger.com.br/ie/mediacao.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

ENCYCLOPEDIA of Philosophy. Stanford. 2005. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/epistemology/>>.

Acesso em: 16 jun. 2014.

FOUREZ, Gérard. *A Construção das Ciências: introdução à Filosofia e à Ética das Ciências*. Tradução Luiz Paulo Rouaner. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

HOLLIS, Martin. *The Philosophy of Social Science: an introduction*. Cambridge: Cambridge, 1994.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Curso de Processo Civil 1: Teoria Geral do Processo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

LUZ, Alexandre Meyer. *No Jardim da Filosofia: sobre a definição de conhecimento*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fnbtMnwKPDk>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: Conceito, Objeto, Método*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

MORAN, José Manuel; MASETTO, Marcos T.; BEHRENS, Marilda Aparecida (Org.). *Novas tecnologias e mediação pedagógica*. São Paulo: Papirus, 2006.

MOSER, Paul K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D. *A Teoria do Conhecimento: uma introdução temática*. Tradução Marcelo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SANTA CATARINA. Poder Judiciário. Fórum Municipal Casa da Cidadania. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/institucional/casadacidadania/cidadania.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

VASCONCELLOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e práticas restaurativas*. 2008. Disponível em: <<http://www.tjrj>>.

jus.br/documents/10136/1077863/livro-mediacao-conflitos.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2014.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: o ofício do mediado*. v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

CAPÍTULO XX



NOVAS MÍDIAS E TECNOLOGIAS DIGITAIS NA PESQUISA EM DIREITO

André Olavo Leite¹

Suelen Carls²

1 Introdução

Neste trabalho, apresentam-se e analisam-se algumas das mais recentes mídias e tecnologias digitais ao alcance do jurista-pesquisador, que podem lhe servir como ferramenta, maximizando o aproveitamento do seu tempo e a qualidade dos conteúdos pesquisados.

Assim, na primeira parte, discute-se o uso de novas tecnologias no processo de pesquisa, buscando destacar como esse uso pode ocorrer de forma eficaz e desmistificada. Abordase, de forma introdutória, o uso de novas tecnologias pelos juristas para, então, tratar do seu uso na pesquisa em direito.

A partir da terceira seção, algumas tecnologias e mídias digitais, que foram identificadas como detentoras de potencial para serem exploradas, são apresentadas e analisadas. Optou-se por dividi-las em categorias temáticas, segundo um critério teleológico.

¹ André Olavo Leite é Doutorando em Direito pelo Conservatoire National des Arts et Métiers (França). Tese em cotutela com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista École Doctorale Abbé Gregoire. Email: andre_oleite@hotmail.com.

² Suelen Carls é Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista CNPq. Email: su.carls@gmail.com.

A metodologia utilizada adota abordagem qualitativa, com enfoque indutivo na análise das informações, baseada em pesquisa bibliográfica secundária em livros, artigos e em dados estatísticos disponíveis para consulta na internet.

Embora se reconheça os benefícios das tecnologias livres (gratuitas)³, buscou-se identificar as tecnologias mais pertinentes, independentemente de seu modo de disponibilização. Nessa busca, foram identificadas diversas opções gratuitas e todos os grupos de tecnologias tratados nesse estudo contam com, ao menos, uma opção desse tipo.

2 Tecnologias, pesquisa e Direito

O papel das tecnologias nas atividades ligadas à pesquisa é objeto de estudo desde longo tempo. Em particular, o impacto da internet e de ferramentas afins na academia foi foco de uma série de trabalhos em meados da década de 1990, como os de Moran (1997) e Windschitl (1998), que buscaram compreender o então nascente papel dessas inovações nos processos de pesquisa e aprendizagem.

Como já se ressaltou, desde então, a própria internet mudou, e também mudaram o uso que se faz dela e a sua penetração na sociedade. No Brasil a população com acesso à internet saltou de 20% para 47% somente entre 2005 e 2011, e, nos grupos com 15 ou mais anos de estudo, esse percentual chega a 90% (IBGE, 2011). O acesso à internet em universidades públicas e privadas é hoje universal e, como será visto adiante, algumas das melhores ferramentas de pesquisa disponíveis são

³ Com relação às vantagens na adoção dessas tecnologias, ver Aragão Jr. e Albertin (2010).

postas à disposição de alunos e professores pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES).

A transição da internet 1.0 (ou *web* 1.0) para a 2.0, termos cunhados na década passada, assinala a mudança na qual a internet deixa de ser mero instrumento de pesquisa para se tornar um espaço de construção do conhecimento (GREENHOW; ROBELIA; HUGHES, 2009).

Esse processo evidentemente suscitou uma série de questionamentos. Ao se descortinarem oportunidades revelam-se também algumas necessidades, e têm razão os críticos em apontar a quimera de se buscar encobrir falta de rigor metodológico e profundidade teórica com truques tecnológicos (KEEN, 2008). Deve-se, portanto, encarar essas tecnologias como ferramentas, que, como tal, devem servir a finalidades específicas.

Com relação ao uso de novas tecnologias dentro da seara do direito, é interessante apontar a reticência de boa parte dos juristas face a elas. Prova disso é a ainda grande profusão de livros, códigos, *vade-mécums*, apostilas, fotocópias, autos, carimbos e petições impressas que, salvo raras exceções, continuam a fazer parte da vida jurídica.

É claro que a pesquisa jurídica não depende tão frequentemente de novas tecnologias, como as chamadas “ciências duras” para evoluir e cumprir seu papel na resolução de problemas – no sentido que lhe emprega Laudan (2011). No entanto, seja na academia, no judiciário ou em atividades como a advocacia, a modernização dos meios de pesquisa, armazenagem e processamento de informações reflete diretamente em aumento de eficiência, quando não de eficácia (PLESSIS, 2006).

E assim, apesar da cautela do jurista, muitas das novas tecnologias adentraram sua esfera de ação. Na academia ou fora

dela, trata-se não mais de uma tendência, mas de uma realidade que se consolida. O melhor, portanto, é buscar conhecer tais tecnologias para que se possa utilizá-las adequadamente e em seu contexto correto.

3 Mídias e tecnologias de publicação e disseminação de conteúdo

As mídias e tecnologias aqui tratadas inovam enquanto canais para publicação e construção de conteúdo, ou na busca e no acesso a conteúdos publicados em outros *websites*. Nesse sentido, elas importam ao jurista enquanto fontes de pesquisa, ou enquanto ferramentas de acesso a outras fontes de pesquisa.

3.1 Blogs, vlogs e podcasts

Blogs, e o mesmo aplica-se aos *vlogs*, podem ser definidos como “[...] um *website* que contém publicações periódicas, cronologicamente organizadas, em uma página comum.” (SAUER, 2005, nosso grifo).

Assim descritos, tem-se a impressão de que são mídias estáticas, como diários, em que os *posts* (cada uma das entradas que são veiculadas) são publicados sucessivamente e podem ser lidos por um determinado público. De fato, o nome *blog* vem de *web log* (em tradução livre, “diário virtual”), mas ocorre que *blogs* possuem funcionalidades que podem torná-los ferramentas muito mais complexas, permitindo ao autor envolver seu público de forma colaborativa através de comentários, discussões, enquetes e outras funcionalidades.

Existem experiências consolidadas de *blogs* e *vlogs* que tratam do direito no país. Há casos, como o do Migalhas (2014), que nascem do interesse de alunos e se transformam

em reputados veículos de notícias e discussões sobre o direito. Outros partem da iniciativa de docentes e são utilizados como ferramentas colaborativas, em que os alunos de mestrado e doutorado, sob supervisão, são chamados a colaborar e participar das discussões, como é o caso do *blog* Aprender Direito (2014). Há ainda *blogs* institucionais, como é o caso do Saber Direito (2014) do programa de mesmo nome da TV Justiça.

Quanto aos *podcasts*, a principal característica que os diferencia dos *blogs* e *vlogs* é que se organizam ao redor do conceito de episódios, funcionando em formato similar a programas de TV ou rádio, veiculados pela internet. Essa veiculação pode ocorrer através de um *website* próprio – caso dos do Direito do Estado (2014), através de um *website* especializado em *podcasts* – como os da Faculdade de Direito da Universidade de Oxford (2014), ou através de ferramentas como o Youtube e a iTunes Store⁴ – como o do *podcast* A Voz do Direito, da Associação de Juízes pela Cidadania de Portugal (2014).

Com relação ao seu conteúdo, este depende dos assuntos de interesse e da qualidade metodológica daqueles que os criam e mantêm. Alguns *blogs*, *vlogs* e *podcasts* contam com certo nível de informalidade em sua apresentação, outros podem ser muito profissionais, mas cuidados estéticos nem sempre equivalem à qualidade técnica. Como com qualquer outra fonte de pesquisa, o pesquisador deve ter uma postura crítica ao se utilizar delas⁵.

⁴ A iTunes Store, da Apple, é um *software*, que deve ser instalado para que se acesse seu conteúdo. Observando um novo nicho que se abre com o uso de *podcasts* no meio acadêmico, a empresa criou um canal próprio na iTunes Store, chamado iTunes University, que, inclusive, reúne diversos *podcasts* sobre o direito.

⁵ Esse, aliás, é um dos pontos frisados por Greenhow, Robelia e Hughes (2009, p. 249), que insistem que a pesquisa educacional tenha como prioridade investigar os processos através dos quais o pesquisador-usuário avalia diferentes formas e fontes de informação encontradas na internet.

3.2 Motores de busca, bibliotecas *online* e indexadores de conteúdo científico

Buscou-se reunir neste grupo tecnologias de disseminação de conteúdo científico que podem permitir ao jurista-pesquisador maximizar a utilização de seu tempo e a qualidade dos conteúdos pesquisados.

Para que se compreendam claramente as características desse grupo de ferramentas são necessárias algumas distinções conceituais, pois normalmente quando se fala na internet enquanto meio de pesquisa, é comum observar-se confusões entre a internet (*World Wide Web* – WWW) e as ferramentas como Google e Yahoo Search, entre outros. Esses são espécie do gênero “motores de pesquisa” ou “motores de busca”, que, com a impressionante popularização do acesso à internet e da publicação de conteúdos, passaram a ser objeto de preocupação, especialmente por parte de docentes e pesquisadores (SCHONS, 2007).

Em função dessa demanda, diversas soluções foram desenvolvidas buscando refinar o processo de pesquisa. Surgiram, assim, dois subgrupos de tecnologias, os “motores de busca acadêmicos”, como o Google Acadêmico e o Portal de Periódicos (CAPES, 2014a), e os chamados “indexadores de conteúdo”, espécies de bibliotecas digitais especializadas em disponibilizar ou vender artigos científicos, trabalhos de fim de curso e livros digitais.

Essas bibliotecas virtuais têm recorte temático e se especializam em determinadas ciências ou ramos do saber, buscando atender públicos específicos. Assim, alguns dos indexadores de conteúdo de acesso gratuito mais populares entre pesquisadores são o SciELO (2014), o Banco de Teses da Capes (CAPES, 2014b), a Biblioteca Digital Brasileira de Teses

e Dissertações – BDTD (2014), o Directory of Open Access Journals – DOAJ (2014), o Directory of Open Access Books – DOAB (2014), o Cairn (2014), o portal SEER (2014) e o Social Science Research Network – SSRN (2014).

Por outro lado, são também muito utilizadas algumas ferramentas de acesso restrito como o Scopus (2014), o JSTOR (2014), a Biblioteca Virtual 3.0 (2014), o Ebrary (2014), o Hein Online (2014), o Vlex (2014), o LexisNexis JurisClasseur⁶ (2014) e o Elsevier (2014).

No Brasil, docentes e discentes filiados a uma instituição pública de ensino superior contam com uma importante facilidade: a CAPES, através de seu Portal de Periódicos, paga pelo acesso a certas bases de dados de acesso restrito, bastando que o usuário encontre-se conectado à internet a partir da conexão disponibilizada pela própria universidade, ou através dos chamados *VPN* (que permitem o acesso remoto à conexão da universidade). As bases de dados são capazes de identificar as conexões a partir da universidade, liberando o acesso aos conteúdos restritos.

3.3 Motores de busca jurisprudencial

Os motores de busca são ferramentas que permitem pesquisar conteúdos disponíveis em outros *websites*. Como hoje grande parte dos tribunais disponibiliza consultas às suas decisões em suas próprias páginas da internet, em tese, essas decisões judiciais deveriam ser listadas nos maiores motores de busca.

⁶ O grupo LexisNexis, multinacional especializada em publicações voltadas aos operadores do direito, possui ferramentas especializadas no direito de diferentes países. No presente caso, a ferramenta citada é o Jurisclasseur, voltada ao direito francês.

De fato, o Google Acadêmico, em sua versão em inglês, oferece uma opção que permite selecionar apenas decisões judiciais (*case law*). No Brasil, por outro lado, existem outras ferramentas específicas, especialmente desenvolvidas para essa finalidade, como o sistema de pesquisa jurisprudencial do Jus Brasil (2014) e o Digesto (2014). Ambos permitem buscas compreensivas, que incluem todos os Tribunais do país. Uma vez realizadas, é possível refinar as buscas por data, por tribunal, pela legislação pertinente, pelo relator, entre outros filtros.

Essas funcionalidades, aliás, são comuns às ferramentas análogas, que se podem encontrar em outros países, como o Legifrance (2014) na França, o JuriBistro^{MD} (CAIJ, 2014) no Canadá, o FindLaw (2014), o Legal Information Institute (CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL, 2014) nos Estados Unidos, o InfoLeges (2014) na Itália, o Bailii (2014) e o Justis (2014) no Reino Unido e Irlanda do Norte, dentre muitos outros.

4 Tecnologias de organização e compartilhamento de conteúdo

Foram reunidas neste grupo tecnologias identificadas com a manipulação e gestão de bancos de dados e de eventuais arquivos digitais, que estejam associados com as fontes de pesquisa neles presentes. A gestão de uma coleção pessoal de artigos, livros, capítulos de livros, decisões judiciais, leis, gráficos, estudos e outros materiais, especialmente num campo do conhecimento como o direito, que se utiliza largamente desses materiais, pode-se tornar uma experiência espinhosa.

Metodologicamente, dividiram-se as tecnologias identificadas em dois subgrupos: tecnologias de organização de material bibliográfico e tecnologias de compartilhamento de material bibliográfico.

4.1 Tecnologias de organização de material bibliográfico

As tecnologias de organização de material bibliográfico têm por função gerir esse material e as respectivas referências bibliográficas.

Embora contem com algumas funcionalidades relacionadas à internet, a maior parte de seus recursos é utilizada *offline*. Dentre essas tecnologias, destacam-se o Zotero (2014), o Mendeley (2014) e o EndNote (2014). Os dois primeiros são gratuitos e o último é pago.

Embora sejam todos bastante populares, sem dúvida, a ferramenta mais difundida é o Zotero. Por esta razão, é abordado aqui em maior profundidade.

A tecnologia permite ao usuário registrar itens, que são marcados como sendo livros, capítulos de livros, artigos científicos, notícias de jornal, decisões judiciais ou outras fontes de pesquisa. De acordo com a marcação, o Zotero pede ao usuário que adicione certas informações (autores, tradutores, nome da obra, número de páginas, editora, data e outras), que são usadas para classificar os itens e para que se possam gerar citações e listas bibliográficas – inclusive formatadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Outra funcionalidade é permitir ao usuário criar palavras-chave para cada artigo ou capítulo de livro, permitindo selecionar com facilidade obras que tratem de temas comuns.

4.2 Tecnologias de compartilhamento de conteúdo

Trata-se de tecnologias que permitem ao pesquisador armazenar e, eventualmente, compartilhar materiais bibliográficos. Algumas das vantagens dessas ferramentas é o armazenamento dos arquivos em “sistema de nuvem” e a

permissão dada ao pesquisador para escolher o que compartilhar, com quem compartilhar e por quanto tempo compartilhar⁷.

As tecnologias identificadas como de maior potencial para o jurista-pesquisador foram o Dropbox (2014) e o OneDrive (HOTMAIL, 2014). Em sua versão gratuita, ambos permitem armazenar um volume similar de dados.

O Dropbox é um *software* que deve ser descarregado e instalado no(s) computador(es) do usuário. Deve-se também criar uma conta no respectivo *website*, que permitirá gerir os arquivos. O funcionamento é bastante simples. Uma vez instalado o *software*, ele criará uma pasta no computador denominada Dropbox. Todo arquivo salvo nesta pasta é automaticamente carregado na “nuvem” e pode, então, ser compartilhado. Uma vez deletado da pasta Dropbox, o arquivo é automaticamente deletado da “nuvem”.

O gerenciamento “do que” e “com quem” se compartilha dá-se através da própria organização dos arquivos em pastas e subpastas. Dentro da pasta Dropbox é possível criar outras pastas, e dentro destas pastas ainda outras pastas, e assim por diante. Qualquer dessas pastas pode ser compartilhada, e somente seu conteúdo (incluindo subpastas) é compartilhado.

Quanto ao OneDrive, o sistema funciona todo *online*, não necessita de instalação de *softwares*, mas o usuário deve possuir uma conta de *e-mail* do Hotmail. Através do *website*, o sistema permite que se faça *upload* e o arquivo é enviado à “nuvem”. Assim como no Dropbox, o OneDrive admite que o usuário crie pastas e subpastas, permitindo a organização dos arquivos de acordo com seus temas ou por qualquer outro critério. Também aqui é possível, clicando com o botão da direita do

⁷ Essas ferramentas devem ser utilizadas em acordo com a legislação que trata de direitos autorais.

mouse sobre uma pasta, compartilhá-la e as suas subpastas. O *link* é copiado e pode ser colado em *e-mails* ou mensagens de texto, por exemplo, permitindo ao destinatário acessar o conteúdo que se quer disponibilizar. A principal vantagem do OneDrive face ao Dropbox é permitir que os arquivos, uma vez carregados na “nuvem”, possam ser excluídos do computador.

5 Tecnologias de coleta de dados

O terceiro e último grupo de tecnologias e mídias apresentadas neste trabalho permite ao jurista-pesquisador valer-se de questionários digitais de pesquisa.

O questionário é um instrumento de coleta de dados, que pode servir a pesquisas empíricas qualitativas e quantitativas, embora seja tradicionalmente associado a estas últimas. A realização desse tipo de pesquisas no Direito, em que reinam as pesquisas bibliográficas e qualitativas, ainda é foco de algumas controvérsias, mas seu uso tem se consolidado (GUSTIN; LARA; COSTA, 2012), especialmente em ramos do Direito como a Sociologia jurídica, a Antropologia jurídica e a História do Direito.

Dentre as vantagens do questionário estão especialmente a possibilidade de se atingir um grande número de pessoas com um custo operacional reduzido e a descomplicação na realização da coleta de dados. Por outro lado, há o inconveniente de se limitar o público alvo àqueles que estão aptos a responder o questionário e, no caso de questionários virtuais, tal público deve não apenas ser alfabetizado, mas também ter acesso a um computador, *tablet* ou *smartphone* com conexão à internet.

Exemplos desse tipo de ferramenta são o Checkbox (2014), o Zoho (2014) e o SmartSurvey (2014), que permitem a

elaboração de questionários personalizados. Normalmente, neles é possível escolher elaborar o questionário a partir de modelos, o que pode tornar a tarefa mais simples. Outra vantagem desse tipo de ferramenta é que, normalmente, elas permitem que se trabalhe com imagens e outros recursos visuais, o que pode ser de grande utilidade, dependendo da pesquisa. Também permitem testar o questionário num público reduzido, o que é altamente recomendável quando se usa esse tipo de ferramenta.

Sua maior vantagem, no entanto, está possivelmente no tratamento dos dados coletados, que são automaticamente computados em categorias pré-estabelecidas e não dependem de contagem manual. Normalmente, também é possível criar, em poucos cliques, gráficos e outros demonstrativos dos dados coletados.

6 Considerações finais

Como se depreende da gama de tecnologias e mídias aqui analisadas, as opções ao alcance do pesquisador-jurista são amplas e têm possibilidade de uso em situações bastante distintas. Por limitações inerentes ao próprio trabalho apresentado, as tecnologias aqui presentes são aquelas que se consideraram mais significativas para o jurista-pesquisador.

No entanto, o trabalho ressalta que a utilização de qualquer recurso em uma pesquisa deve se inserir num planejamento mais amplo. As principais críticas à assimilação de tecnologias pela academia apontam justamente que esse processo se apresenta, muitas vezes, acompanhado de flexibilização metodológica e empobrecimento intelectual.

Ainda não foi criada uma tecnologia capaz de substituir um trabalho rigoroso e bem planejado. As que foram aqui

apresentadas, como ferramentas que são, devem servir a finalidades bem delimitadas. Assim, quando utilizadas adequadamente, podem não apenas ser úteis, mas também impactar na qualidade da pesquisa desenvolvida, uma vez que podem reduzir sensivelmente as limitações de tempo e recurso inerentes a qualquer pesquisa.

Referências

ASSOCIAÇÃO DE JUÍZES PELA CIDADANIA DE PORTUGAL. [2008]. *A voz do direito*. Disponível em: <<http://www.juizespelacidadania.eu/>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

APRENDER DIREITO. Disponível em: <<http://aprenderdireito8.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

ARAGÃO JR., D. P.; ALBERTIN, M. R. Recursos livres para estudos científicos. In: XXXVIII Congresso Brasileiro de Educação em Engenharias. Fortaleza, set. 2010. *Anais do evento*. Brasília: ABENGE, 2010. Disponível em: <www.abenge.org.br/>. Acesso em: 24 mai. 2014.

BAILII. [2010]. *British and Irish Legal Information Institute*. Disponível em: <<http://www.bailii.org/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BIBLIOTECA DIGITAL BRASILEIRA DE TESES E DISSERTAÇÕES (BDTD). [2010]. Disponível em: <<http://bdtd.ibict.br/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

BIBLIOTECA VIRTUAL 3.0. Disponível em: <<http://www.bvirtual.com.br/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

BRASIL. Fundação CAPES. Ministério da Educação. *Banco de teses*. [2014]. Disponível em: <<http://www.capes.gov.br/servicos/banco-de-teses>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

_____. Ministério da Educação. *Portal de periódicos*. [20--] Disponível em: <<http://www.periodicos.capes.gov.br/>>. Acesso em: 26 mai. 2014b.

CAIJ. JuriBristroMD. [2002]. Disponível em: <<http://unik.caij.qc.ca/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CAIRN. [2010]. Disponível em: <<http://www.cairn.info/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

CHECKBOX. [2014]. Disponível em: <<https://www.checkbox.com/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. *Legal Information Institute*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

DIGESTO. Disponível em: <<http://www.digesto.com.br/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

DIRECTORY OF OPEN ACCESS BOOKS (DOAB). Disponível em: <<http://www.doabooks.org/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

DIRECTORY OF OPEN ACCESS JOURNALS (DOAJ). Disponível em: <<http://doaj.org/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

DIREITO DO ESTADO. Centro de Cultura Jurídica da Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/podcast.asp>>. Acesso em 20 mai. 2014.

DROPBOX. [2014]. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/>>. Acesso em: 27 mai. 2014.

EBRARY. [2014]. Disponível em: <<http://www.ebrary.com/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

ELSEVIER. [2014]. Disponível em: <<http://www.elsevier.com/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

ENDNOTE. [2014]. Disponível em: <<http://endnote.com/>>. Acesso em: 27 mai. 2014.

FINDLAW. [2014]. Disponível em: <<http://lp.findlaw.com/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

GREENHOW, C.; ROBELIA, B.; HUGHES, J. Learning, Teaching, and Scholarship in a Digital Age. *Educational Researcher*. Thousand Oaks, v. 38, p. 246-259, 2009.

GUSTIN, M. B. S.; LARA, M. A.; COSTA, M. B. L. C. Pesquisa quantitativa na produção de conhecimento jurídico. *Rev. Fac. Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, p. 291-316, jan./jun. 2012.

HEIN ONLINE. [2014]. Disponível em: <<http://home.heinonline.org/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

HOTMAIL. [2014]. *OneDrive*. Disponível em <<https://onedrive.live.com/about/pt-br/>>. Acesso em: 27 mai. 2014.

IBGE. *Acesso à Internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/acesoainternet2011/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

INFOLEGES. *infoLeges.it*. [2005]. Disponível em: <<http://www.infoleges.it/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

JSTOR. [2014]. Disponível em: <<http://www.jstor.org/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

JUS BRASIL. *Jurisprudência*. [2014]. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

JUSTIS. *The Law Online*. [2013]. Disponível em: <<http://www.justis.com/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

KEEN, A. *The Cult of the Amateur*: How blogs, MySpace, YouTube, and the rest of today's user-generated media are destroying our economy, our culture, and our values. New York, USA: Random House LLC, 2008.

LAUDAN, L. *O progresso e seus problemas*: rumo a uma teoria do crescimento científico. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

LEGIFRANCE. *Recherche experte dans la jurisprudence judiciaire*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/initRechExpJurijudi.do>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

LEXISNEXIS. *LexisNexis JurisClasseur*. [2014]. Disponível em: <<http://www.lexisnexus.com/fr/droit/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

MENDELEY. [2013]. Disponível em: <<http://www.mendeley.com/>>. Acesso em: 27 mai. 2014.

MIGALHAS. ISSN 1983-392X. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

MORAN, J. M. Como utilizar a internet na educação. *Ciência da Informação*. Brasília, v. 26, n. 2, 1997.

OXFORD UNIVERSITY PODCASTS. *Law Faculty*. [2014]. Disponível em: <<http://podcasts.ox.ac.uk/units/law-faculty>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

PLESSIS, T. Knowledge management and legal practice. *International Journal of Information Management*. Amsterdam, v. 26, n. 5, p. 360–371, oct. 2006.

SABER DIREITO. [2009]. Disponível em: <<http://saber-direito.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

SAUER, I. M. *et al.* “Blogs” and “Wikis” Are Valuable Software Tools for Communication Within Research Groups. *Artificial Organs*. Honoken, v. 29, n. 1, p. 82–83, jan. 2005.

SCHONS, C. H. O volume de informações na internet e sua desorganização: reflexões e perspectivas. *Informação & Informação*. Londrina, v. 12, n. 1, 2007.

SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE (SciELO). Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

SCOPUS. [2014]. Disponível em: <<http://www.scopus.com/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

SISTEMA ELETRÔNICO DE EDITORAÇÃO DE REVISTAS. Portal SEER. [2008]. Disponível em: <<http://seer.ibict.br/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

SMART SURVEY. [2014]. Disponível em: <<http://www.smartsurvey.co.uk/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

SOCIAL SCIENCES RESEARCH NETWORK. (SSRN). [2014]. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

VLEX. [2014]. Disponível em: <<http://vlex.com.br/jurisdictions/BR>>. Acesso em: 26 mai. 2014.

WINDSCHITL, M. The WWW and classroom research: What path should we take? *Educational Researcher*. Thousand Oaks, v. 27, n. 1, p. 28–33, 1998.

ZOHO. *Survey*. [2014]. Disponível em: <<http://www.zoho.com/survey/>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

ZOTERO. Disponível em: <<https://www.zotero.org>>. Acesso em: 27 mai. 2014.

CAPÍTULO XXI



O PENSAMENTO “DECOLONIAL” NA AMÉRICA LATINA

*Bruno Ferreira*¹

*Daiane Vidal*²

*Maria Aparecida Lucca Caovilla*³

1 Introdução

A América Latina passou por um processo de colonização, com a exploração e a segregação dos povos, submetidos a uma nova forma de pensar e agir, aquém da realidade vivida no continente, especialmente dos povos indígenas. A matriz europeia colonizou a América Latina a partir da desconsideração do sujeito como ser humano, o qual foi desprovido de qualquer direito, exceto aos que fossem de interesse da coroa espanhola, justificando assim, a subalternização desses povos ao longo da história.

Nesse sentido, o pensamento europeu ainda permanece como padrão a ser seguido pela humanidade. Produziram-se,

¹ Bruno Ferreira é Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó. Bolsista do Núcleo de Iniciação Científica “Cidadania e Justiça na América Latina” desde março de 2012. E-mail: brunoadv@unochapeco.edu.br.

² Daiane Vidal é Acadêmica do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó. Bolsista do Núcleo de Iniciação Científica “Cidadania e Justiça na América Latina” desde março de 2013. E-mail: daianevidal@unochapeco.edu.br.

³ Maria Aparecida Lucca Caovilla é Docente e pesquisadora da Área de Ciências Humanas e Jurídicas – Curso de Direito da Unochapecó. Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenadora do Núcleo de Iniciação Científica “Cidadania e Justiça na América Latina”. E-mail: caovilla@unochapeco.edu.br.

assim, teorias jurídicas hegemônicas e homogêneas, elaboradas pelas elites coloniais, desconsiderando a diversidade étnico-cultural da América Latina.

O conhecimento local dos povos foi relegado, vez que somente o pensamento europeu seria capaz de atingir a universalidade, considerado como o único poder legítimo e válido. Em face dessa reflexão, pergunta-se: é possível construir uma nova perspectiva no âmbito da organização social e jurídica, a partir de uma epistemologia⁴ latino-americana, capaz de consolidar-se como legítima e própria, diante de um pensamento eurocêntrico⁵, que não condiz com o contexto essencialmente plural latino-americano?

⁴ Epistemologia é toda a noção ou ideia, refletida ou não sobre as condições do que conta como conhecimento válido. É por via do conhecimento válido que uma dada experiência social torna-se intencional e inteligível. Não há, pois, conhecimento sem práticas e atores sociais. E, como umas e outros não existem senão no interior de relações sociais, diferentes tipos de relações sociais podem dar origem a diferentes epistemologias (SANTOS; MENESES, 2009, p. 9).

⁵ Perante essa Europa do Norte, ninguém mais poderá (como hoje diante dos Estados Unidos) pretender ter qualquer direito, tal como se exprimiu Hegel na Enciclopédia: porque a história é a configuração do espírito em forma de acontecimento. O povo que recebe um tal elemento como princípio natural é o povo dominante nessa época da história mundial. Contra o direito absoluto que ele tem por ser o portador atual do grau de desenvolvimento do espírito mundial, o espírito dos outros povos não tem direito algum. Este povo, o Norte, Europa (para Hegel, sobretudo Alemanha e Inglaterra), tem assim um “direito absoluto” por ser o “portador” do espírito nesse “momento de seu desenvolvimento”. Diante de cujo povo todo outro-povo “não tem direito”. É a melhor definição não só de “eurocentrismo”, mas também da própria sacralização do poder imperial do Norte e do Centro sobre o Sul, a periferia, o antigo mundo colonial e dependente. Cre-se que não são necessários comentários. Os textos falam, em sua espantosa crueldade, de um criminoso sem medida, que se transforma no próprio “desenvolvimento” da “razão” ilustrada (da Aufklärung) (HEGEL, 1970 *apud* DUSSEL, 1993, p. 22).

2 O colonialismo na América Latina

A colonização/colonialismo⁶ da América Latina, num primeiro momento, foi concebida tão somente como “descoberta”. No entanto, a história revela o propósito do colonizador, que consistia em invadir um novo território, que pudesse servir aos interesses da elite colonial espanhola. Foi nessa perspectiva que América foi estabelecendo-se no mundo ocidental moderno como periferia, em que os povos indígenas foram rotulados como inferiores.

Para los pueblos indígenas, 1492 es el inicio de la negación de su cultura, pues la invasión española no sólo significó la conquista militar, sino el control político, corporal y espiritual de sus pueblos, es decir, la colonización total de la vida, manifestada en la subordinación, la subsunción, y la incorporación a esa totalidad dominadora, la euro céntrica, la moderna, la de occidente, la de la individualidad, negando que estos pueblos contaban con formas de organización política, económica y social, diferentes. (VARGAS, 2009, p. 99-100).

A ideia de Estado nacional acabou sendo transplantada para as nações coloniais, em uma clara e evidente verticalização do poder no sentido de “cima para baixo”, ignorando-se as normas diferenciadas que regulavam a organização social e o funcionamento das sociedades indígenas. Para Silva Filho (2006, p. 229), “Pretendeu-se impor ao índio um ‘outro ser’, ou simplesmente desconsiderá-lo. A propagação da fé e a escravização: duas faces da mesma moeda”.

A América Latina passou por um processo de exclusão e dominação do “outro”, do indivíduo pobre, vítima de um sistema

⁶ “[...] O colonialismo, para além de todas as dominações porque é conhecido, foi também uma dominação epistemológica, uma relação extremamente desigual de saber-poder que conduziu à supressão de muitas formas de saber próprias dos povos e nações colonizados, relegando muitos outros saberes para um espaço de subalternidade.” (SANTOS; MENESES, 2009, p. 5).

econômico excludente, em que as minorias foram marginalizadas, excluídas, oprimidas, submetidas a todo tipo de alijamento. O objetivo era claro, implementar práticas de dominação e obter o proveito econômico, numa política expansionista, nada preocupada com a realidade social latino-americana.

Desde o início da colonização, além da marginalização e do descaso pelas práticas costumeiras de um Direito nativo e informal, a ordem normativa oficial implementava, gradativamente, as condições necessárias para institucionalizar o projeto expansionista lusitano. A consolidação desse ordenamento formalista e dogmático está calcada doutrinariamente, num primeiro momento, no idealismo jusnaturalista; posteriormente, na exegese positivista [...] (WOLKMER, 2003, p. 45).

A cultura constitucional clássica não aceitava, nas constituições, o reconhecimento dos Direitos indígenas a um território e à aplicação nestes territórios de seu Direito próprio, porque se entendia que, assim, seria um Estado dentro de outro. (SOUZA FILHO, 2012, p. 68).

Naturalmente, a legalidade oficial imposta pelos colonizadores nunca reconheceu devidamente como Direito as práticas tribais espontâneas que organizaram e ainda continuam mantendo vivas algumas dessas sociedades sobreviventes. Vale dizer que o máximo que a justiça estatal admitiu, desde o período colonial, foi conceber o Direito indígena como uma experiência costumeira de caráter secundário [...] (WOLKMER, 2003, p. 45).

O colonizador introduziu o seu modo de viver, em favor das camadas sociais mais abastadas. Não houve oportunidade nem vontade para permitir a emancipação dos povos, pelo contrário, suas culturas e vontades foram, ao longo dos anos, “coisificadas”⁷, suprimindo-lhes seus direitos e promovendo

⁷ Expressão utilizada por Dussel (1993) para retratar a condição do negro escravo, tratado como mercadoria: “Nunca na história humana tal número

toda forma de violação social. Verifica-se que o Estado nasce das elites e não dos anseios da população, e deixa um lastro de exclusão e dominação até os dias atuais.

A propósito, a colonização, tanto no Brasil quanto na América latina, passou pela ausência de reconhecimento do ser humano como protagonista de mudanças e como agente legítimo no processo decisório, assumindo um modelo colonizador, que excluiu e importou um aparato burocrático e formalista para a cultura jurídica brasileira e latino-americana, em favor das classes dominantes.

El *hecho colonial* colocó a los pueblos originarios en una posición subordinada. Sus territorios y recursos fueron objeto de expolio y expropiación por terceros; su mano de obra fue explotada, y hasta su destino como pueblos fue alienado de sus manos. La ideología de la “inferioridad natural de los indios” y la figura de la tutela indígena permitieron estabilizar a lo largo del tiempo el modelo de subordinación indígena. La independencia política de las colonias americanas respecto de las metrópolis no significó el fin de esa subordinación. Los nuevos estados latinoamericanos se organizaron bajo flamantes Constituciones liberales, pero con proyectos neocoloniales de sujeción indígena. (FAJARDO, 2011, p. 139, grifo do autor).

Foi delineando-se uma cultura jurídica centralizada no Estado, marcada pelo monismo jurídico, uma

[...] concepção que atribui ao Estado o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo [...] (WOLKMER, 2001, p. 46).

Nesse sentido, a América Latina foi subalternizada pela dominação e pelo pretense saber Europeu, reforçando a ideia de

e de tal maneira coisificados como mercadorias, foram tratados membros de nenhuma raça. Outra glória da Modernidade!” (DUSSEL, 1993, p. 163).

universalidade, relegando e inferiorizando as outras culturas, os outros saberes, as outras formas de conceber e aplicar o Direito.

3 A América Latina subalternizada: a importância de um pensamento “decolonial”

Os efeitos da colonização da América Latina puseram a identidade dos povos, que aqui viviam, em cheque. Foi construído um império da subalternização dos povos latino-americanos, porquanto suas crenças e o seu modo de viver foram ocultados e rotulados como seres inferiores.

Esta violencia se justificaba argumentando que ‘La primera [razón de la justicia de esta guerra y conquista] es que siendo por naturaleza siervos los hombres bárbaros [indios], incultos e inhumanos, se negaban a admitir el imperio de los que eran más prudentes, poderosos y perfectos que ellos; imperios que lês traería grandísimas utilidades magnas comodidades, siendo además cosa justa por derecho natural que la materia obedezca a la forma, el cuerpo al alma, el apetito a la razón, los brutos al hombre, la mujer al marido, lo imperfecto a lo perfecto, lo peor a lo mejor, para bien de todos [...]’ (VARGAS, 2009, p. 100).

E assim, a América Latina foi concebida, subjugada e inferiorizada pelo colonialismo do poder, que impôs uma superioridade sobre a cultura dos povos latino-americanos. Embora as colônias tornaram-se independentes, isso não significou o rompimento com as matrizes dominadoras, pois a independência dos Estados consolidou-se sob o marco do Estado-Nação (VARGAS, 2009).

Nesse sentido, Vargas (2009, p. 101) faz a seguinte pergunta: “[...] cuál nación eran los nuevos estados?”. Dos “brancos” e crioulos, que optaram por uma identidade diferente, como equatorianos, colombianos, peruanos, dentre outras. Isso

significa que a identidade de tais povos não tem a ver com sua nação, colonizada e, na maioria, tida como inferior.

O contexto latino-americano revela um processo de homogeneidade dos povos a partir de uma matriz dominante, que surge de “cima para baixo” e que desvirtua o estado plural da América Latina. Para Vargas (2009, p. 102), a estrutura colonial de poder inicia com “[...] un proceso de homogenización de la población, con el sentido de eliminar las diferencias étnicas y culturales de las distintas poblaciones que habitaban en el territorio de estos estados [...]”. No mesmo sentido:

[...] a estrutura de poder foi e continua a ser organizada sobre e ao redor do eixo colonial. A construção da nação e principalmente do Estado-nação tem sido conceitualizada e trabalhada contra a maioria da população, neste caso, os índios, negros e mestiços. A colonialidade do poder ainda exerce seu domínio na maior parte da América Latina, contra a democracia, a cidadania, a nação e o Estado-Nação moderno. (QUIJANO, 2005, p. 84).

Nesse sentido, Colaço e Damázio (2012, p. 15) explicam que, ao longo de quase 500 anos, pensou-se apenas numa forma de conhecimento científico, a epistemologia ocidental, afastando-se de outros saberes. Essa construção deu-se em virtude do imaginário de que existiriam conhecimentos universais produzidos por sujeitos neutros, fixados a partir “do ponto zero”. Em suas palavras,

O ponto zero é imaginário segundo o qual um observador social pode-se colocar em uma plataforma neutra de observação e, a partir dela, pode observar tudo e ao mesmo tempo não pode ser observado de nenhum ponto. Os habitantes do ponto zero, sejam cientistas ou filósofos, estão convencidos de que podem adquirir um ponto de vista sobre o qual não é possível

adotar nenhum outro ponto de vista. (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 16).

É nessa perspectiva que o pensamento latino-americano foi sendo subalternizado pelo poder eurocêntrico, cujo saber representaria a verdade, enquanto os “outros” saberes eram tidos como “locais”, numa nítida inferiorização do último. Essa visão descaracterizou e silenciou qualquer outra forma de pensar que não fosse do padrão “europeu”, “[...] silenciando muitos saberes e práticas anteriores à colonização.” (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 19).

A América Latina subalternizada e considerada primitiva, ao longo de sua história tem a possibilidade de construir um pensamento latino-americano a partir dos diversos saberes, conhecimentos que foram silenciados, e que, agora, tem a oportunidade de se estabelecerem no marco de uma nova concepção de América Latina, a plural. Sobre a “Epistemologia do Sul”:

Entiendo por epistemología del Sur el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no-científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo. (SANTOS, 2010, p. 43).

Para Santos (2010, p. 43), o “*Sur Global*” não significa um conceito geopolítico, mas sim uma metáfora utilizada para retratar o sofrimento humano, causado principalmente pelo capitalismo e pelo colonialismo, difíceis de serem superados ou, pelo menos, minimizados seus efeitos maléficos. A reflexão permite compreender o sofrimento do ser humano, a exclusão, a dominação, e notar que também existe um “sul” no norte global.

Nessa linha, o autor fala em “ecologia dos saberes” como uma nova concepção de pensar o Direito, que reconhece a pluralidade de saberes, na qual o conhecimento é considerado “interconocimiento”. O autor faz uma leitura dos saberes que foram relegados ao longo da história, numa proposta construída a partir da “Epistemologia do Sul”, segundo duas ideias centrais: a “Ecología de Saberes y la traducción intercultural.” (SANTOS, 2010, p. 44-46).

El fundamento de la ecología de saberes es que no hay ignorancia o conocimiento en general; [...] En otras palabras, en la ecología de saberes, la ignorancia no es necesariamente el estado original o el punto de partida; puede ser el punto de llegada. Por ello, en cada fase de la ecología de saberes es crucial cuestionar si lo que se está aprendiendo es valioso, o si debería ser olvidado o no aprendido. [...] La utopía del interconocimiento es aprender otros conocimientos sin olvidar el propio. Esta es la idea de la prudencia que subyace en la ecología de saberes. (SANTOS, 2010, p. 44).

Assim, a possibilidade “decolonial” parte do pressuposto de dominação e exclusão, que marcaram a estrutura política e social da América Latina, que se constituiu a partir de uma perspectiva europeia. O pretense saber jurídico do colonizador, de pensar o Direito a partir de uma matriz dominante, não consegue alcançar a emergência da pluralidade de outros conhecimentos e saberes locais.

A perspectiva de uma epistemologia do sul passa também pela resistência latino-americana às práticas nefastas do capitalismo e da colonização. Na mesma linha de pensamento, Quijano (2009, p. 109), explica que “Los deseos y necesidades de poder y de lucro de los controladores de este poder son, cada vez más, ilimitados y perversos”. A América Latina é o centro de uma nova etapa do movimento mundial contra o capitalismo colonial/moderno. Isso significa dizer que

Ha comenzado así un proceso de des/colonialidad de la existencia social. Un nuevo horizonte histórico está emergiendo. Eso implica, en primer término, nuestra emancipación del Eurocentrismo, esa forma de producir subjetividad (imaginario social, memoria histórica y conocimiento) de modo distorsionado y distorsionante, que, aparte de la violencia, es el más eficaz instrumento de control que el capitalismo colonial/moderno tiene para mantener la existencia social de la especie humana dentro de este patrón de poder [...] (QUIJANO, 2009, p. 111-112).

A América Latina foi um espaço original para o capitalismo colonial/moderno. Porém, hoje é o centro de resistência mundial, permitindo pensar alternativas contra esse “[...] padrão de poder.” (QUIJANO, 2009, p. 110). A “decolonialidade” pretende buscar alternativas para refletir a pluralidade dentro de um contexto caracterizado pela universalidade, cujos conhecimentos locais são suprimidos, silenciados, relegados. É nessa perspectiva que

[...] a investigação das resistências latino-americanas, somadas às reflexões pós-coloniais nos âmbitos africano e asiático, além de aprofundarem a crítica à construção etnocêntrica do conhecimento, albergam novas possibilidades e propostas diante do modelo de desenvolvimento capitalista, que subjetivamente impõe o sentimento de uma comunicação individual e coletiva global já alcançada, que por sua vez encobre as desigualdades e exclusões promovidas e acentuadas pela globalização. (BRAGATO, CASTILHO, 2014, p. 22).

Há, de forma clara e evidente, resquícios de dominação e subalternização dos povos latino-americanos, sejam eles indígenas, quilombolas, negros, encobertos pela desigualdade (capitalismo/colonialismo), exclusão, opressão, opulência e indiferença com o “outro” enquanto sujeito. Assim, a América Latina surge como expoente nessa luta, insistindo em suas características plurais, o que implica incompatibilidade com o eurocêntrico, cujo postulado não permite um pensamento latino-americano. Abre-se um escopo para o pensamento plural,

para a realidade latino-americana, questionando-se o pretenso saber universal e oportunizando o estudo de um pensamento “decolonial”.

4 O novo constitucionalismo latino-americano como prática anticolonial

Com o advento da modernidade, a produção do conhecimento jurídico foi configurada por um único modelo epistemológico, como se o mundo fosse monocultural. Essa visão redutora, atrelada ao positivismo jurídico e aos desígnios do colonialismo, impediu a possibilidade de emergência de conhecimento e práticas institucionais autenticamente latino-americanas.

Nesse sentido, a hermenêutica, no contexto do conhecimento, surge

[...] sob o signo da modernidade como parte integrante de um projeto de ‘racionalização’ do saber assentado na lógica da monocultura universal que absorve e nega as diversidades, constituindo-se padrão mundial de poder, racionalidade e modelo civilizatório hegemônico. (LIXA, 2013, p. 286).

[...] a constatação da existência de uma crise concomitantemente político-ideológica e epistemológica do Direito acarreta a necessidade da construção de uma alternativa viável que possibilite a sua recuperação enquanto instância representativa das aspirações sociais. (RODRIGUES, 1993, p. 151).

Como resultado, as classes populares vêm se destacando num movimento latino-americano insurgente que, nas últimas décadas, reforça a América Latina como expoente na construção de um novo marco constitucional, que nasce de “baixo para cima”, possibilitando a superação do colonialismo e

sugerindo alternativas para a emancipação e construção de outra organização social latino-americana. O novo constitucionalismo latino-americano⁸ emerge como prática anticolonial, capaz de romper com o pensamento eurocêntrico dominante e voltado para as elites.

Contrariamente, la voluntad constituyente de las clases populares, en las últimas décadas, se manifiesta en el continente a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales. (SANTOS, 2010, p. 72).

O novo constitucionalismo chega como proposta transversal ao modelo centralizador e excludente, um novo marco teórico que permite um olhar além das normas jurídicas. Assim, arquitetam-se novos paradigmas de interpretação do Direito, capazes de atender aos anseios dessa nova realidade social, promovendo mudanças no âmbito da interpretação e aplicação do Direito, bem como a superação do modelo de Estado elitista, apontando para um novo caminho hermenêutico.

A ‘refundação’ do Estado, porém, se dá sobre novas bases, que atribuem um valor fundamental à biodiversidade e à sociodiversidade,

⁸ “[...] o novo constitucionalismo latinoamericano é um **constitucionalismo sem país**. Ninguém, tirando o povo, pode sentir-se proxenitor da Constitución, pola xenuína dinámica participativa e lexitimadora que acompaña os procesos constituíntes.” (MARTÍNEZ DALMAU, 2008, p. 6, grifo do autor). Assim, o velho constitucionalismo das elites tem mais dificuldades em impor seus interesses se o poder for emanado do povo, o qual é parte legítima no processo decisório.

reconhecidas constitucionalmente como bens da comunidade e das coletividades e como prerrogativas para o futuro. Estas evoluções representam desafios significativos e estimulantes, tanto para a hermenêutica, a interpretação e aplicação das disposições constitucionais, quanto para as políticas públicas e para a redefinição das relações sociais no âmbito de um novo paradigma de sustentabilidade socioambiental que, pela primeira vez na história da América Latina, e também como uma grande inovação para a teoria constitucional, parte dos princípios da cosmovisão indígena, que concebe os recursos e a própria estrutura social como bens comuns, expressões da *Pachamama*. (MELO, 2013, p. 77, grifo do autor).

Exemplos disso são as novas cartas políticas do Equador e da Bolívia, cujas reformas constitucionais recentes, respectivamente em 2008 e 2009, reconhecem a diversidade de gênero, de cultura, de opções de vida e de convicções religiosas, destacando-se ainda o deslocamento da visão do homem como centro do universo e principal detentor de direitos, bem como a consolidação da natureza como um sujeito de direitos. Essas novas constituições configuram uma nova forma de interpretar o Direito, não aquele que atende às elites, mas que compreende as novas mudanças e a realidade da América Latina.

Tal perspectiva permite a re colocação dos direitos fundamentais e a releitura da dogmática jurídica para além das teorias tradicionais. O novo constitucionalismo latino-americano permite uma nova hermenêutica, ou seja, visa aproximar a Constituição à realidade da América Latina. Essa nova percepção de interpretação do Direito contribui para a tomada de consciência, a modificação de valores e posturas, na busca de uma visão jurídica pluralista, democrática e antidogmática, em conformação com a realidade latino-americana.

5 Considerações finais

A colonização na América Latina inseriu o colonizador no Direito ocidental moderno, provocando uma imensa perda de conhecimentos, inclusive locais, de novas formas de conceber e aplicar o Direito e, ao mesmo tempo, a afirmação do mito da superioridade epistemológica do pensamento europeu, ensejado na colonialidade do saber.

O pensamento eurocêntrico passa por uma crise de esgotamento, uma vez que a realidade da América Latina coloca-se como plural. O padrão europeu não consegue atender à realidade dos diferentes povos, das diferentes culturas encontradas na América Latina. A colonização trouxe profundas marcas no desenvolvimento dos Estados, que passaram a aplicar e conceber o Direito e a Justiça nos moldes eurocêntricos, dominantes, excludentes. O colonialismo e o capitalismo figuram como fatores que impedem o pensamento latino-americano.

A faceta do novo constitucionalismo latino-americano sugere uma nova perspectiva de construção social, capaz de encontrar na “diferença” o ponto central para a autonomia e emancipação dos povos. A superação do modelo colonial não é uma tarefa fácil, mas, nas últimas décadas, o novo constitucionalismo latino-americano constitui-se como uma possibilidade para uma nova hermenêutica, com a inserção de novos valores, possibilitando o empoderamento, capaz de atender a um novo pensamento autêntico latino-americano, que nasce de “baixo para cima”.

Na proposta desse novo modelo constitucional, a hermenêutica prospera de maneira plural, inovadora, integralmente voltada aos apelos de um novo projeto de sociedade latino-americana, fincada em princípios voltados à autonomia e à emancipação dos sujeitos historicamente relegados.

Referências

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. *In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (Org.). O pensamento pós e descolonial latino-americano.* Caxias do Sul, RS: Edusc, 2014.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter (Org.). *Novas perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o Direito e o pensamento decolonial.* Florianópolis: Fundação Boitex, 2012.

DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade.* Conferências de Frankfurt. Tradução Jaime A. Classen. Petrópolis: Vozes, 1993.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI.* *In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.).* 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito.* Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo, novo constitucionalismo latino-americano e resignificação hermenêutica: aproximações necessárias. *In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (Org.). Crítica Jurídica na América Latina.* Aguascalientes: CENEJUS, 2013.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina. *Tempo Exterior.* n.17. (segunda época). España: xullo/dецembro 2008.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do constitucionalismo na América latina: neoconstitucionalismo? *In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). Constitucionalismo Latino-americano: tendências contemporâneas.* Curitiba: Juruá, 2013.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In: LEHER, Roberto & SETÚBAL, Mariana (Org.). Pensamento crítico e movimentos sociais: diálogos para uma nova práxis.* São Paulo: Ed. Cortez, 2005.

_____. Des/colonialidad del poder. *In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comp.). Plurinacionalidad: democracia en la diversidad.* Quito-Ecuador: Ed. Abya-Yala, febrero 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo.* São Paulo: Acadêmica, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el estado y la sociedad: desafíos actuales.* 1. ed. Clacson – Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.

_____. *Refundación del Estado en América Latina: perspectiva desde una epistemología del sur.* Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

_____; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul.* Coimbra: Editora Almedina, 2009.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “Invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” Latino-Americana. *In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito.* 3 ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

VARGAS, Edwar. La Plurinacionalidad: un paradigma de transformación social. *In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comp.). Plurinacionalidad: democracia en la diversidad*. Quito-Ecuador: Ed. Abya-Yala, febrero del 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAPÍTULO XXII



A CONTRIBUIÇÃO DA PESQUISA PARA A QUALIFICAÇÃO DA EDUCAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA: DISTRIBUIÇÃO CURRICULAR E REVISÃO NO CONTEÚDO DA DISCIPLINA DE METODOLOGIA

Carolina Elisa Suptitz¹

1 Introdução

Independentemente do aspecto da educação jurídica para o qual se olhe, o fato é que há sempre muita discussão e buscas ansiosas por melhores alternativas. No âmbito da pesquisa não poderia ser diferente, antes pelo contrário.

A pesquisa em Direito no Brasil tem mostrado-se incapaz de analisar a realidade e muito menos de propor soluções às dificuldades sociais às quais se relaciona. Explicativas para tal incompetência são várias. Dentre elas: distanciamento do Direito para com outras áreas; ausência ou fragilidade na utilização de pesquisa empírica; falta de investimentos ou de qualificação científica dos docentes e discentes; confusão entre pesquisa e prática profissional.

Outras explicações, porém, foram privilegiadas no presente estudo. Trata-se da forma como a pesquisa é desenvolvida nos cursos de graduação em Direito, tanto no que se refere à

¹ Carolina Elisa Suptitz é Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora e Coordenadora de Pesquisa, Monografia e Extensão da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). E-mail: carolina.suptitz@gmail.com

distribuição da temática na grade curricular, quanto ao conteúdo com que é abordada.

O presente artigo, que pretende contribuir minimamente para a problemática das pesquisas jurídicas, focou-se, num primeiro momento, na importância da pesquisa para a qualificação do estudante de Direito e nas principais razões para a insuficiência da pesquisa tradicionalmente realizada.

Já, num segundo momento, o objeto de estudo voltou-se à propositura ou, melhor, ao reforço de proposta já existente, no sentido de que a pesquisa perpassasse, ao longo do currículo do curso, sempre com tratamento digno de provocar reflexão, despertar disposição, habilitar o raciocínio e escrita científica e, ainda, animar e instigar os estudantes para os prazeres da pesquisa.

2 A importância e a (in)suficiência da pesquisa nos cursos de Direito

Deficiência comum entre as Instituições de Ensino Superior (IESs) é a ausência ou falta de investimento em extensão e pesquisa. Em grande parte das vezes, a legislação e, inclusive, a Constituição Federal², é descumprida ou minimamente atendida, como se pesquisa e extensão fossem tão somente uma exigência formal. No entanto, a extensão e a pesquisa exercem função fundamental para, juntamente com o ensino, instruir o estudante adequadamente.

Nas palavras de Roberto (2010), enquanto o ensino é responsável por propiciar ao aluno o olhar para trás³ e para

² “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.” (BRASIL, 2014).

³ O olhar para trás ou para o passado “[...] ocupa [-se] tão somente do que

dentro⁴ do próprio Direito, a extensão e a pesquisa promovem o olhar para fora e para frente, respectivamente. Em outras palavras, é através do ensino que se aprende o que é vigente, quais são os princípios e regras do sistema jurídico, o passado e a evolução dos institutos etc.; enquanto que é através da extensão que se conhece a realidade na qual o Direito pretensamente quer intervir, e é através da pesquisa que se projetam transformações, que se agregam à função de repetir o que existe a de criar algo novo.

Essa é a forma de uma educação jurídica de qualidade, em que se pressupõe a comunhão entre ensino, extensão e pesquisa. Considerando-se que a grande maioria das experiências de prática jurídica são vivenciadas em escritórios, órgãos jurisdicionais ou Instituições de Ensino Superior e tem por finalidade a prestação de um serviço à comunidade – isto é, uma relação unidirecional –, cumpre acrescentar a prática jurídica como uma quarta preocupação dos Cursos de Direito, já que, nessa perspectiva, a prática não pode ser confundida com atividade ou projeto de extensão.

O fato, porém, é que os currículos e Projetos Pedagógicos, via de regra, privilegiam o ensino e, de certa forma, a prática jurídica. A extensão ou inexistente em separado da prática ou aparece como rara oportunidade a ser incluída no currículo do estudante na forma de Atividades Complementares de Graduação. E a pesquisa, por sua vez, tradicionalmente restringe-se a um Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), elaborado por alunos

já foi feito, das leis que já foram aprovadas, das correntes doutrinárias que já foram construídas, ou das tendências jurisprudenciais que já se consolidaram.” (ROBERTO, 2010).

⁴ O olhar para dentro “[...] ocupa [-se] apenas do que lhe interessa imediatamente, das matérias que devem ser incluídas nos currículos, das bolsas que devem ser distribuídas desse ou daquele modo, dos novos prédios que devem ser construídos.” (ROBERTO, 2010).

que buscam cumprir mais um requisito formal, orientados por professores sem maiores habilidades de pesquisa, resultando num texto em que autores e ideias são copiados, colados e reescritos num número mínimo de páginas.

Um dos objetivos principais deste artigo é tratar da pesquisa, ressaltando-se sua fundamental importância para: a) orientar a busca e seleção de fontes, bem como a correta indicação delas; b) instruir em termos de interpretação, síntese, análise e crítica de informações; c) treinar a escrita, o raciocínio e a argumentação científica; e d) provocar a criatividade e a habilidade de transformar o presente e projetar o futuro.

Ao contrário do discurso frequente entre professores e estudantes de Direito, realizar pesquisa não é exclusividade daquele que objetiva profissionalizar-se enquanto pesquisador ou professor. Afinal, todas as profissões, carreiras e funções passíveis de serem exercidas por graduados em Direito exigirão uma ou mais das competências mencionadas. E essa é uma primeira questão que precisa ser desmitificada: a realização da pesquisa não se destina exclusivamente a qualificar futuros pesquisadores profissionais.

Destacada a importância da pesquisa para todo e qualquer estudante de Direito, importa analisar em que sentido a pesquisa tem sido relegada a segundo (ou terceiro) plano, atrás do ensino e da prática profissional. O problema da pesquisa nos Cursos de Direito resume-se a duas insuficiências: de quantidade e de qualidade.

Em primeiro lugar, é preciso ter claro que a pesquisa, como dito, é oferecida muito poucas vezes ao estudante. Em muitos Cursos de Direito, o aluno somente é estimulado, ou até forçado a pesquisar próximo da sua formatura, quando da elaboração do TCC. Nesse momento, a probabilidade de o aluno

não realizar efetivamente uma pesquisa é muito grande, pois ou falta tempo para ele aprender a pesquisar, ou a pressão é tanta que ele jamais conseguirá ver naquele TCC uma oportunidade para crescer intelectual, pessoal e profissionalmente.

Sendo assim, a pesquisa ou não tem tempo para devidamente “conquistar” o aluno, já que quando ele a conhece já está na hora de largar os bancos escolares, ou o traumatiza. E, assim, vão-se milhares de potenciais pesquisadores ou potenciais profissionais diferenciados pelo “ralo” da desorganização curricular e pedagógica.

A pesquisa deveria, obrigatoriamente, ser apresentada aos estudantes desde o início do curso, permitindo, assim, que eles não só a conhecessem e aprendessem a realizá-la, como também se divertissem e, quiçá, apaixonassem-se pelo aprendizado e transformação que ela propicia no próprio sujeito-pesquisador e na sociedade.

Em segundo lugar, não há como negar a baixa qualidade das pesquisas realizadas nos Cursos de Direito. Mesmo que o Curso de Direito seja um dos mais importantes⁵,

A pesquisa jurídica é das mais atrasadas do país. [Para ele, essa baixa qualidade deve-se a vários fatores,] [...] como a profissionalização (e mesmo proletarização) da profissão, mercantilismo nos cursos jurídicos privados, omissão do Estado e da sociedade, sem falar nas duradouras consequências do esvaziamento qualitativo do corpo docente jurídico levado a efeito pelo governo militar que se estendeu desde 1964. (ADEODATO, 2014, p.1).

⁵ Adeodato não desenvolve o porquê de considerar o Curso de Direito um dos mais importantes, apenas comenta o fato de ser um dos mais procurados. Contudo, inúmeros argumentos podem ajudar a confirmar sua afirmação, como é o caso dos que seguem: o enorme número de Cursos e estudantes de Direito no Brasil e a importância social comumente exercida pelos bacharéis em Direito, que contribuem para a orientação e regulação da convivência social, dentre tantas outras funções.

Carvalho (2010) ocupa praticamente a metade do seu provocativo livro para apresentar os modelos mais tradicionais de pesquisa e, na sequência, apontar todos os seus vícios e o quão pouco contribuem para a produção do saber. O foco de Salo está nos temas (ou delimitações de tema) e na estrutura (ou plano) que frequentemente sustentam as pesquisas jurídicas.

Afirma ele que os temas são negligenciados pelos estudantes e pelos orientadores, e que há estruturas universais que minam as pesquisas de etapas e itens repetitivos e, por via de consequência, são desnecessárias e improdutivas. De outro modo, afirma o autor que as pesquisas jurídicas normalmente não trabalham com dados da realidade, de modo a discuti-los, analisá-los e criticá-los, nem se propõem a uma reflexão séria de conteúdo e conceitual.

Veronese (2007), por outro lado, destaca a baixa qualidade das pesquisas realizadas nos Cursos de Direito devido ao problema da pesquisa empírica, que é pouco ou quase nada compreendida e muito menos realizada entre estudiosos da área. Para ele, a pesquisa empírica é “[...] elemento central para ampliar a interação do direito com outras ciências sociais, que pode ensejar uma maior inserção científica do direito.” (VERONESE, 2007, p. 6016). Contudo, a dificuldade para a realização de pesquisa empírica é mundial, devendo ser sanada com o propósito de qualificação do conhecimento a ser produzido na área⁶.

⁶ Os Estados Unidos estariam investindo na área a partir de cinco sugestões: “1. Para atender aos estudantes de direito (mestrado e doutorado), é recomendado que as instituições ofereçam cursos sobre pesquisa empírica com a contratação de docentes capacitados para tal, se for o caso; 2. No caso dos pesquisadores, é importante ampliar as possibilidades para realização de pesquisas empíricas (eles devem ter oportunidade de ser treinados em ferramentas metodológicas para tal, bem como podem ser agregados pesquisadores auxiliares para equipes interdisciplinares); 3. No âmbito da prática jurídica, ou seja, em relação aos advogados, magistrados e etc., há a recomendação de que seja considerado o treinamento em ferramentas

Por fim, aborda-se Nobre (2014) para apresentar mais uma perspectiva relacionada à má qualidade da pesquisa realizada no âmbito jurídico. Ele parte do pressuposto de que, independente da criação de muitos Cursos de Pós-Graduação em Direito, a qualidade da pesquisa nessa área não se desenvolveu no mesmo nível das pesquisas realizadas em outras disciplinas das humanas.

Para esse autor, dois são os fatores fundamentais que afetam a produção científica no Direito: “[...] o isolamento em relação a outras disciplinas das ciências humanas e uma peculiar confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica.” (NOBRE, 2014, p. 4). O isolamento do Direito teria como origem certa arrogância dele com relação aos outros cursos, devido ao fato de ter sido o primeiro curso criado na pátria independente.

Quanto à confusão entre a prática e a pesquisa, esta sofreria as consequências negativas da confusão com aquela, na medida em que a investigação científica acabasse seguindo os moldes de um parecer em que o trabalho é muito mais de justificação da tese defendida do que de investigação em torno da validade, legitimidade e propriedade da tese⁷.

empíricas como habilidade valorizada no momento de contratação por um escritório; o que parece importante é a noção de que a proficiência com pesquisa empírica pode auxiliar o entendimento, produção e refutação de argumentos empíricos (nos Estados Unidos, isto é particularmente verdadeiro); 4. Os periódicos acadêmicos (“law reviews”) devem passar por uma profunda reformulação porque eles são controlados pelo corpo discente e não possuem avaliação de pares; para os autores, isto é particularmente chocante porque os professores são editados pelos estudantes; e 5. Por fim, os sistemas de arquivo e de documentação das informações jurídicas (decisões judiciais, por exemplo) devem ser padronizados para utilização em pesquisas empíricas como fontes confiáveis.” (VERONESE, 2007, p. 6027).

⁷ “O advogado (ou o estagiário ou estudante de direito) faz uma sistematização da doutrina, jurisprudência e legislação existentes e seleciona, segundo a estratégia advocatícia definida, os argumentos que possam ser mais úteis à construção da tese jurídica (ou à elaboração de um contrato complexo) para uma possível solução do caso (ou para tornar efetiva e o mais segura

Sendo assim, apesar de importante para a formação profissional do estudante de Direito, a pesquisa é insuficientemente desenvolvida na educação jurídica, o que prova a má qualidade dos trabalhos. Essa insuficiência na qualidade dos resultados das pesquisas tem como causa vários fatores, conforme breve levantamento realizado nos autores citados até aqui.

Para além dos motivos apresentados, outras causas são talvez ainda mais importantes, como é o caso da distribuição (ou ausência de distribuição) da pesquisa no currículo quanto à quantidade de momentos em que se trabalhará com pesquisa no Curso de Direito, e da qualidade como ela é ensinada.

Com efeito, a má qualidade da pesquisa jurídica é um problema decorrente de muitos aspectos, dentre eles: a pouca quantidade de pesquisa que se realiza (razão por que a insuficiência de quantidade mostra-se ainda mais perniciosa) e a pouca qualidade do ensino para a pesquisa (ou metodológico). Sendo assim, a pouca quantidade de pesquisa ou a pouca qualidade do ensino para a pesquisa resultam em pouca qualidade na pesquisa (ou nos resultados da pesquisa).

possível a realização de um negócio). Quando se trata de um parecer, tem-se à primeira vista a impressão de que essa lógica advocatícia estaria afastada, o que garantiria então sua autonomia acadêmica em relação ao exercício profissional direto. No caso do parecer, o jurista se posiciona como defensor de uma tese “sem interesse ou qualquer influência” da estratégia advocatícia definida. Assim, a escolha dos argumentos constantes da doutrina e da jurisprudência a interpretação da legislação, seria feita, por assim dizer, “por convicção”. Ocorre que, mesmo concedendo-se que o *animus* seja diverso, a lógica que preside a construção da peça é a mesma. O parecer recolhe o material jurisprudencial e doutrinário e os devidos títulos legais unicamente em função da tese a ser defendida: não recolhe todo o material disponível, mas tão-só a porção dele que vem ao encontro da tese a ser defendida. O parecer não procura, no conjunto do material disponível, um padrão de racionalidade e inteligibilidade para, só então, formular uma tese explicativa, o que seria talvez o padrão e o objetivo de uma investigação acadêmica no âmbito do direito. Dessa forma, no caso paradigmático emodelar do parecer, a resposta vem de antemão: está posta previamente à investigação.” (NOBRE, 2014, p. 10-11).

3 Proposta para currículo e conteúdo: a promoção da cultura da pesquisa na educação jurídica

É importante ter claro que a questão da pesquisa jurídica está sendo analisada aqui a partir do pressuposto de que uma das maiores responsáveis pela sua baixa qualidade é a graduação, isto é, antes de se atribuir à pós-graduação a culpa pelos precários resultados obtidos com a pesquisa, faz-se necessário anteceder o olhar ao bacharelado.

Afinal, ainda que a pós-graduação tenha pecado na avaliação das pesquisas, que nela são realizadas, boa parte dos vícios de pesquisa são decorrências de falhas anteriores. Na verdade, não é possível afirmar que os problemas de pesquisa são exclusividade de um ou outro nível de ensino. Nem pós-graduação, nem graduação podem ser eximidas.

Mas a graduação talvez mereça atenção especial já que o número de alunos de graduação em Direito é muito maior que o de pós-graduação. Sem falar que, com a conclusão do ensino superior, talvez falem oportunidades para sensibilizar o profissional para a importância da pesquisa, bem como pequeno seja o tempo disponível para a execução desse tipo de atividade, que, menos ainda, receberá atenção quanto maior for a descrença prévia na pesquisa. Assim, supõe-se que a qualificação da pesquisa na graduação atingirá um público maior e a tempo de efetivamente fazer a diferença.

Tendo em conta esse espaço (graduação) de análise, dois serão os alvos da discussão: currículo e conteúdo das disciplinas destinadas mais propriamente à pesquisa. Em termos de currículo, a proposta é no sentido da disseminação da pesquisa na grade das disciplinas do Curso de Direito. Tradicionalmente,

a pesquisa é inserida como objeto principal de uma ou duas disciplinas localizadas ambas no final, ou uma no início e outra no fim.⁸

Limitar a discussão da pesquisa em disciplinas obrigatórias do final do curso praticamente inviabiliza que grande parte dos estudantes realizem pesquisa além da mínima obrigatória. Afinal, muitos estudantes desconhecerão os propósitos e meios de pesquisa até que isso lhe seja apresentado em disciplinas do ensino. Por outro lado, promover a pesquisa em sala de aula através de uma disciplina no início e outra no fim do Curso, apesar de parecer solução muito mais adequada que a anterior, acaba por criar um vácuo em que o estudante poderá esquecer o mundo da pesquisa ao qual foi introduzido.

O *déficit* na oferta de disciplinas relacionadas à pesquisa está, portanto, na restrição das preocupações metodológicas e de pesquisa em momentos pontuais e em algumas poucas disciplinas específicas, tratadas de modo rígido e lateral nos cursos jurídicos, mesmo na pós-graduação. Ao contrário disso, o ideal seria traçar estratégias para restaurar a ligação entre metodologia, pesquisa e ensino para fomentar a crítica e o questionamento do que está posto, e permitir que o discente possa construir seu conhecimento para além da lógica de reprodução e compilação de ideias alheias, habilitando-se a formular diferentes soluções aos problemas jurídicos atuais.

Nesse sentido, a proposta é de melhor distribuir as disciplinas que se preocupam prioritariamente com a pesquisa pela diretriz curricular e, se for o caso, ampliar a carga horária e/ou disciplinas com tal finalidade. Contudo, somente isso

⁸ Ainda que o currículo preveja uma disciplina no início do curso e duas no fim, como é bastante comum (sendo estas últimas diretamente associadas ao TCC, uma, por exemplo, voltada à orientação do Projeto de Pesquisa e a outra ao TCC propriamente dito), a situação é absolutamente insatisfatória.

não é o suficiente. A pesquisa deve ser estimulada e realizada também em outras disciplinas, de modo a deixar claro que toda e qualquer temática destina-se à pesquisa e que o curso como um todo está uniformizado em prol de uma formação educacional mais ampla e qualificada.

Rodrigues (2014, p. 12) inclusive afirma que “É necessário que se veja a pesquisa como inerente ao processo educacional, como o principal instrumento de aprendizagem no ensino superior. Isso exige uma mudança de postura frente à disciplina, que deve ser colocada no início do curso”. Em outra oportunidade, ele defende que

muitas das competências e habilidades propostas para o Bacharelado em Direito apenas podem ser desenvolvidas de forma adequada em um processo de ensino-aprendizagem em que a pesquisa seja um instrumento do processo como um todo e não um apêndice, alocado em um único espaço, a Monografia Final ou o Trabalho de Conclusão de Curso. É nesse contexto que aparece e ganha importância a Metodologia da Pesquisa, como disciplina institucionalizada. (RODRIGUES, 2014, p. 5).

Quanto ao conteúdo, a crítica principal terá por destino a disciplina de Metodologia, ou outra semelhante. Assim como a discussão e prática da pesquisa deve ser melhor distribuída pelo currículo, em disciplinas especializadas e outras, o objeto de tantos espaços deve ser radicalmente distinto daquele que seguidamente está presente num Curso de Direito, graduação ou pós-graduação.

Tanto é assim que Rodrigues (2014, p. 14) sustenta ser necessário

[...] superar a visão dominante nas disciplinas de Metodologia da Pesquisa, que confundem pesquisa com normalização [...], [assim como é fundamental] [...] priorizar, nessas disciplinas, o fazer

pesquisa, superando a atual limitação de seus conteúdos nas questões da elaboração de projetos e de relatórios⁹.

Enfatizando a oposição que existe entre pesquisa e normalização metodológica, Carvalho (2011) ironiza dizendo que só escreveu o seu livro sobre pesquisa porque odeia metodologia. Logo na sequência do texto, ele é ainda explícito para afirmar que “[...] o método é demasiado importante para ser empobrecido com questões exclusivamente formais.” (CARVALHO, 2011, p. 2).

Ventura (2014), por sua vez, é extremamente feliz em texto que trata do método e da disciplina de Metodologia no Curso de Direito. Quanto ao método, além de dizer que se trata de estratégia ou planejamento de que se utiliza (ou se deva utilizar) para tudo na vida, sobretudo nas pequenas ações diárias, a autora ressalta ser importante que se aprenda a transformar e criar um método que seja apropriado às capacidades e potencialidades de cada um.

Quanto à disciplina, dentre inúmeros aspectos, Ventura (2014) destaca ter por objeto a razão, o método, a técnica, mas também a paixão, a vontade, a motivação, a gana. Nesses termos, a pesquisa e, conseqüentemente, a preocupação da disciplina de Metodologia não apenas corresponderiam à organização lógica do pensamento e da escrita, mas também ao estado de

⁹ Em outras palavras, “Entretanto, o que se percebe quando da leitura de muitos manuais de Metodologia da Pesquisa e de muitos programas dessas disciplinas, em todos os graus do ensino superior, é que os conteúdos, habilidades e competências trabalhados são apenas parcialmente adequados aos objetivos mais amplos do processo educacional. Na prática é comum perceber-se a redução da Metodologia da Pesquisa à normalização do trabalho acadêmico: o que se ensina é como fazer um projeto de pesquisa, como formatar o trabalho final (relatório, artigo, monografia, TCC, dissertação ou tese) e apresentá-lo segundo as normas da ABNT. Isso tudo é importante, mas com absoluta certeza é também muito pouco.” (RODRIGUES, 2014, p. 5-6).

ânimo favorável à descoberta de novos saberes e à elaboração de perguntas e busca de respostas científicas.

A(s) disciplina(s) de Metodologia serve(m), antes de mais nada, para a orientação dos estudantes acerca do ensino, extensão, prática jurídica e pesquisa. Num segundo momento, para conscientizá-los do quanto cada uma dessas modalidades educacionais exerce uma importante função para o seu aprimoramento. Depois, para motivá-los à pró-atividade e participação. Ainda, compete à(s) disciplina(s) de Metodologia instruí-los com informações suficientes ao exercício da pesquisa e despertá-los prazerosamente para a produção do conhecimento científico.

A defesa da distribuição da pesquisa por todo o currículo do Curso de Direito e da revisão do conteúdo da disciplina visam, ao fim e ao cabo, ao desenvolvimento de uma cultura de pesquisa na educação jurídica, que deverá refletir positivamente no aprendizado do estudante de graduação, na pós-graduação e na sociedade, que receberá profissionais mais bem preparados para a reflexão e atividades profissionais das mais variadas ordens.

4 Considerações finais

Quatro são os pilares de um Curso de Direito: ensino, prática jurídica, extensão e pesquisa. Desses, ao menos dois apresentam inúmeras deficiências quando das suas implementações. No caso, a extensão e a pesquisa. Objeto principal do presente trabalho, a pesquisa tem recebido avaliações sob as mais distintas perspectivas.

No presente trabalho, primeiro destacou-se a importância da pesquisa enfatizando-se inúmeras das suas funções. Na

sequência, ainda no primeiro capítulo, foram discutidas as suas insuficiências, considerando especialmente a realidade brasileira. Nesse aspecto, apresentaram-se distintas análises acerca da fragilidade da pesquisa científica no âmbito do Direito pátrio.

No segundo capítulo, referiram-se duas propostas de desenvolvimento da pesquisa a partir da graduação. A primeira delas trata da disseminação ou distribuição das disciplinas e discussões em torno da pesquisa pelo currículo dos cursos jurídicos. A segunda sugere que os conteúdos das disciplinas, cujo objeto principal é a pesquisa, como é o caso da disciplina de Metodologia, sejam ampliados para além da normalização técnica dos trabalhos.

Distribuída a preocupação, a orientação e o exercício da pesquisa, bem como concentrados os debates relativos à pesquisa em torno de temáticas efetivamente relevantes, produtivas e, inclusive, prazerosas, espera-se contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de pesquisa na educação jurídica e, conseqüentemente, para a qualificação que é dada aos futuros profissionais do Curso de Direito.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito*. Disponível em: <http://www.planejamentotributario.ufc.br/artigo_Bases_Metodologia_Pesquisa_em_Direito.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2014.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 mai. 2014.

CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito (especialmente das ciências criminais)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOBRE, Marcos. *Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil*. Cadernos Direito GV. n. 1, 29 set 2009. São Paulo: EDESP/FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2779>>. Acesso em: 13 jun. 2014.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *A educação jurídica faz mal à saúde*. Comunicação apresentada na Faculdade de Direito da UFMG. Semana Acadêmica organizada pelo Centro Acadêmico Afonso Pena. Belo Horizonte, 30 ago. 2010. Sem paginação. Disponível em: <<http://magisteriojuridico.blogspot.com.br/2010/08/educacao-juridica-faz-mal-saude.html>>. Acesso em: 14 dez. 2010.

RODRIGUES, Horácio. *Metodologia da pesquisa nos cursos de direito: uma leitura crítica*. XIV Congresso Nacional. Fortaleza, nov. 2005. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/129.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2014.

VENTURA, Deisy. *Do direito ao método, do método ao direito*. [2012]. Disponível em: <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Do-Direito-Ao-Metodo-e-Do/173461.html>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

VERONESE, Alexandre. *O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na Área de Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro*. In: Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte, 2007. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 6011-6030.

CAPÍTULO XXIII



ECOLOGIA POLÍTICA E RACIONALIDADE: O PROBLEMA DA JUSTIFICAÇÃO DE VALORES NO DISCURSO JURÍDICO

Daniel Fioreze¹

Albano Marcos Bastos Pêpe²

1 Introdução

A ecologia política assume lugar diferenciado para a reflexão sobre temas que, de alguma forma, reconduzem o pensamento humano na sua relação com a exterioridade (vida). Desse modo, a ecologia política realoca uma pergunta sobre a finitude humana, ao mesmo tempo em que se debruça sobre a compreensão do humano sobre si mesmo diante do “mundo da

¹ Daniel Fioreze é Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria – RS (FADISMA). Aluno do curso de graduação em Filosofia Licenciatura na Universidade Federal de Santa Maria – RS (UFSM). Aluno do curso de pós-graduação em Direito Processual Civil no Complexo Educacional Damásio de Jesus. Mestrando do programa de pós-graduação em Direito na UFSM. Advogado, atuando junto ao escritório Jair Coitinho Advogados, nas áreas de Direito Civil e Direito Processual Civil. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Teoria do Direito, trabalhando, principalmente, com os seguintes temas: Filosofia da Ciência, Filosofia do Direito e Direito Processual Civil. E-mail: daniel.fioreze@gmail.com.

² Albano Marcos Bastos Pêpe é Graduado em Filosofia pela Universidade Católica de Pernambuco. Mestrado em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Sócio efetivo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito e da Associação Brasileira de Filosofia do Direito. Professor colaborador do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – RS (UFSM). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito e Teoria do Estado, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito, Ética, Racionalidade, Lei, Epistemologia e Ecologia Política. E-mail: pepeamb@uol.com.br.

vida”. Para tal empreendimento, o discurso ecológico-político é atravessado pelas mais diversas áreas do saber, produzindo, assim, certo horizonte, que se afigura, hoje, como um “pano de fundo” crítico capaz de reorientar a compreensão de mundo. Isso porque, enquanto crítica, o discurso ecológico-político evidencia uma postura “danosa” – senão puída – da subjetividade humana na produção de suas instituições sociais ao longo da história. Atualmente, de forma mais latente, é possível reconhecer que tais relações, no campo social histórico, acabam por comprometer a vida planetária de forma geral.

A ecologia política, ao se debruçar sobre tais temas, abre-se para uma perspectiva ética, ou a uma “ecosofia social”, “[...] que procura reconstruir o conjunto das modalidades do ser-em-grupo.” (GUATTARI, 2001, p. 16). O que fica evidente aqui, portanto, é que, se é possível reconhecer uma crise da subjetividade humana e da coletividade, tendo como consequência o comprometimento da vida em nível global, há que se de admitir, igualmente, que se está diante de uma discussão de valores. Sobre esse pano de fundo, chamado ecologia política, implica reconhecer uma postura “eco-ética”, a qual se julga capaz de reorientar as práticas sociais e individuais, “[...] pois as relações da humanidade com o *socius*, [...] com a ‘natureza’ tendem, com efeito, a se deteriorar cada vez mais [...]” (GUATTARI, 2001, p. 16). Estar-se-á, portanto, diante de uma espécie de “recomposição das práticas sociais e individuais”, entre o social (ecologia social), o subjetivo (ecologia mental) e o meio ambiente (ecologia ambiental).

Essa dimensão ética, de recomposição da subjetividade através de uma dimensão ecológica – que é política –, atravessa de maneira peculiar os discursos ambientais no momento em que apreende esse sujeito na pluralidade cultural em que emerge. Através de uma nova perspectiva – dolente aos partidários das

teorias clássicas de ciência – os problemas de universalização de postulados normativos e de justificação de valores no interior de um pensamento epistemológico e científico, erguem-se então problemas que jaziam irrequietos no amálgama proposicional da ciência, quando recepcionada em seu legado instrumental. Eis aí a problemática de se discutir uma ética ambiental, uma ecoética, ou os valores que a ecologia política coloca: a relatividade de toda a opinião, ou seja, a possibilidade de se conduzir conceitos a uma construção teórica e prática.

É preciso reconhecer, portanto, uma dependência hermenêutica no pensamento epistemológico, dependência que remeta a uma compreensão histórica do sujeito no contexto social em que emerge, resgatando, em um movimento de alteridade e de autonomia, certa lucidez na produção de valores no âmago dos postulados científicos, a fim de lhes emprestar racionalidade. Contudo, para haver tal abertura (hermenêutica), será preciso reconhecer uma mudança de perspectiva metodológica para a ciência jurídica mais especificamente, ou seja, realocar o discurso jurídico – ordinariamente fundado em um tipo de racionalidade instrumental (que dá conta de atos de fala descritivos: típicos das ciências da natureza) – para um tipo de racionalidade comunicativa (que dê conta de atos de fala prescritivos: típicos de discursos éticos e normativos), e é sobre isso que se debruçará o presente texto.

2 Epistemologia jurídica entre descrição (dever-ser) e prescrição (ser)

A ecologia política remete a um panorama de crise ecológica, que se prefigura, na verdade, como uma crise da própria subjetividade humana. Portanto, é a relação alienante do humano com o mundo em que habita (*oikós*) que produz

esse tipo de crise. São vários os elementos históricos que, de alguma forma, contribuem para as atuais preocupações dos discursos ecológicos e ambientais, preocupações que, em certa medida, são inescapáveis ao Direito, posto que são capazes de regular a intervenção de práticas e condutas no meio ambiente. É o Direito, nesse sentido, seu guardião mais zeloso, mas não menos obrigado do que os próprios sujeitos. Contudo, o que fica evidente com a pluralidade de saberes, que atravessa hoje a ecologia política, é que grande parte de suas preocupações reside na alienação dos sujeitos em relação ao meio em que vivem, pois, sob a lógica do capital e do lucro, bem como de uma maquinização e potencialização radical do trabalho, ocasionam uma deterioração diuturna da vida planetária, ao tempo em que retira qualquer possibilidade de uma postura coletiva pró-ativa na produção de valores que orientem as práticas sociais e que sejam capazes de preservar a vida em uma dimensão de escala planetária.

Naturalmente, a questão desloca-se de um problema ambiental, como fato isolado, para realocar-se como um problema da produção de sentido de mundo, radicado na relação da subjetividade humana com os processos históricos de suas instituições ao longo do tempo. Assim sendo, exige-se uma postura de ressignificação ética e de valores, por assim dizer, pois que, conforme diz Guattari (2001, p. 52), “[...] cada vez mais, os equilíbrios naturais dependerão das intervenções humanas [...]”. Encontra-se, portanto, um panorama de imperiosa orientação dos campos técnico-científicos, incorporando, em sua prática, através de uma noção política da ecologia, outro tipo de relação com o meio em que se habita, seja ele social, ambiental, ou até mesmo mental (intelectivo).

Por outro lado, ao mesmo tempo em que é flagrante a necessidade de se retomar uma discussão ética e de valores, vê-se

que esse empreendimento, para o pensamento epistemológico, é uma “floresta densa e escura”. E não só ao discurso jurídico, mas também para os demais campos do saber, já que o tipo de postura científica desenvolvida na modernidade nega-se a discutir valores, sejam eles éticos ou normativos, no interior do pensamento científico. A diferenciação entre “ser” – enquanto elemento subjetivo e de engajamento da vontade humana – e “dever-ser” – enquanto conhecimento objetivo, na ciência jurídica, torna-se um empreendimento exaustivo e com complicações muito sérias, posto que o discurso jurídico carrega, no âmago de suas normas, uma série de valores que, através do monopólio da violência legal (atualmente realizada na figura do Estado), tem como exigível, ou seja, imputável essa diferenciação. Então, a separação entre “ser” e “dever-ser” não é facilmente realizável na ciência jurídica, por mais que se tente alçar uma postura “descritiva” nos enunciados jurídicos. Ao fim, percebe-se que, no Direito, essa dicotomia não passa apenas de um corte retórico, tendo em vista que as normas jurídicas, em última instância, são “prescritivas” de conduta. O grande temor que reside nesse tipo de discussão é a ameaça da perda de objetividade científica na produção do conhecimento. Vê-se, então, que a diferenciação entre ciência e ética é algo que a teoria da ciência deve dar conta.

Portanto, trata-se aqui

[...] de um certo modo, de um ‘princípio de ligação’ – uma máxima para vencer a distância entre enunciados de dever-ser e enunciados objetivos, e com isso também entre ética e ciência – cuja função consiste em possibilitar uma crítica científica dos enunciados normativos.” (ALBERT, 1976, p. 96).

Então, o dilema que se coloca diante da epistemologia jurídica é a possibilidade de fundamentar ou justificar

racionalmente valores éticos, ou seja, como, em última instância, será possível dotar de consistência interna os enunciados de um discurso valorativo “prescritivo” de condutas. Para o discurso jurídico ordinário, ou seja, para a teoria normativista do Direito, essa perspectiva, em um primeiro momento, terá uma resposta negativa, pois, pelo princípio da pureza metodológica, formulado por Kelsen (1998), procura-se eliminar da ciência jurídica valores morais ou políticos que tratem a aplicação das normas jurídicas no tecido social. Nesse sentido, ver as normas como a dimensão objetiva das condutas, como Kelsen (1998) pretendia, não deixa de ser uma forma inadequada de apresentação da função social do Direito, motivo pelo qual é preciso retomar a discussão de valores éticos numa perspectiva epistemológica do discurso jurídico: “[...] é conveniente não esquecer que o postulado kelseniano da pureza metodológica separa o conhecimento do Direito de sua função na sociedade”. (WARAT; PÊPE, 1996, p. 57).

3 A perspectiva metodológica do discurso científico

É preciso reconhecer uma mudança na forma de conhecer das ciências. O conceito de formação na ciência resta superado, dando lugar a uma noção de função da ciência. Isso porque, no conceito de formação, o humano carregava, junto de si, uma imagem ou representação de mundo. Tratava-se de um processo secular, que estava para além da profissionalização técnica. Tal “apartamento” implicou uma postura positivista, que é a forma de se garantir o conhecimento nas ciências positivas. A ciência passa a exercer uma função mais limitada e específica. Weber (1989) põe fim à ilusão de que a formação do humano e de sua humanidade, conduzida pela ciência, pudesse ser realizada. Ele remete a uma noção fundamental denominada de racionalização

intelectualista: “[...] não existe nenhum poder misterioso ou imprevisível que interfira no curso de nossas vidas [...]” (WEBER, 1989, p. 31). Então, o processo de racionalização intelectualista, em última instância, é um processo técnico, objetivo e tem essa significação teórica e técnica: o desencantamento do mundo.

A conclusão de Weber (1989) é a de que não há sentido na ciência. Não se podem justificar valores e sentidos através da ciência em que pese ela os pressuponha. Precisamente aqui insere-se um problema fundamental, porque não há ciência sem pressupostos. E tais pressupostos é o que há de menos problemático, pois

[...] a ciência pressupõe ainda que o resultado que o trabalho científico leva é importante em si, isto é, merece ser conhecido [...] [e que] [...] a ciência tem um suposto normativo [...] (WEBER, 1989, p. 31-38).

Um suposto valorativo. Não há ciência sem valores. Em nível mais geral, que não é um valor de conteúdo, toda a investigação científica supõe que os resultados em que se chegam (provisórios, parciais, falíveis etc.), são importantes, e têm valor. “Há um valor em conhecer um certo domínio.” (WEBER, 1989, p. 38). E isso é um pressuposto valorativo³.

Assim, a colocação imprescindível de Weber (1989) é, talvez, a mais dramática, posto que esse pressuposto escapa a qualquer demonstração por meio científico. Que a ciência

³ “[...] Todo o trabalho científico tem sempre como pressuposto a validade das regras da lógica e da metodologia, que são os fundamentos gerais da nossa orientação no mundo. Ora, estes pressupostos não suscitam grandes problemas, pelo menos no tocante à nossa questão particular. Mas pressupõe-se ainda que o resultado do trabalho científico é “importante”, no sentido de que é “digno de ser sabido”. E aqui residem, evidentemente, todos os nossos problemas. Pois semelhante pressuposto não é, por seu lado, passível de uma demonstração científica. Só se pode interpretar de acordo com o seu sentido último, e deve rejeitar-se ou aceitar-se de harmonia com a atitude derradeira que cada um tem perante a vida.” (WEBER, 1989 p. 39).

tem valor não é um pressuposto que pode ser cientificamente justificado. Vale dizer que Weber (1989) trata de um tipo de “racionalidade instrumental”, típica das ciências descritivas. Para tais saberes, das ciências da natureza, encontra-se uma redução daquilo que é possível conhecer através desse tipo de ciência e de seus métodos. Então, está-se diante de um domínio técnico da vida, em que a ciência tem capacidade de gerar um conhecimento de tipo condicional ao seu método de proceder. Porém, algo lhe escapa: uma dimensão de valor que não pode ser cientificamente justificado. Tal frustração do empreendimento científico descritivo, de uma razão prático-instrumental, provém notadamente no reconhecimento da existência de diversas ordens valorativas e na impossibilidade de se produzir uma ordem valorativa universal. Nas palavras do autor, “[...] tal atitude é, em princípio, absurda, porque as diversas ordens de valores se defrontam no mundo, em luta incessante [...]” (WEBER, 1989, p. 39). Então, a ciência terá algo a dizer somente quando se aceitarem determinados pressupostos valorativos, inquestionáveis no interior da própria ciência.

O resultado do “desencantamento do mundo” consiste em mostrar que não há ciência das ordens valorativas. Mas, do ponto de vista do conhecimento instrumental, na relação de meios e fins, – e, se aceitos determinados valores – a ciência pode, sim, oferecer meios para preservar a vida, por exemplo. Mas aí reside um problema muito sério. Eis que,

[...] se o conhecimento científico é um campo da *práxis* social, no qual valorações e decisões desempenham um papel considerável, então é natural a pergunta se não surgem consequências para o princípio de ausência de valoração da ciência formulado por Max Weber.” (ALBERT, 1976, p. 83).

Percebe-se que o princípio de ausência de valoração, portanto, é um princípio metódico, que cumpre uma função normativa no âmbito das ciências. Dessa forma, caracteriza-se

[...] um princípio que se deixa manter sem grandes dificuldades, pelo menos para grande parte da ciência, de modo que seus adversários no debate de juízos de valor em geral, só reivindicam uma posição metodológica privilegiada para determinadas ciências [...] (ALBERT, 1976, p. 86).

Para esse tipo determinado de ciência (não descritiva), o princípio de ausência de valoração, formulado por Weber (1989), é inútil, e aí aloca-se a necessidade do reconhecimento de uma metodologia a que não se valem as ciências da natureza, em seu legado instrumental. Conforme Albert (1976, p. 85), “[...] assim, ainda hoje, é muitas vezes feita uma reivindicação de autonomia metodológica para as chamadas ciências do espírito, que deve excluir a aceitação do postulado de Max Weber”.

O aparecimento de outro tipo de “racionalidade” (comunicativa), ao nível de organização prática da vida, ao nível da comunicação, ao nível ético, trata-se de uma questão grave, pois “[...] a racionalidade ao nível dos enunciados prescritivos é algo que não se comprova facilmente dentro das tendências científicas atuais.” (STEIN, 1987, p. 52-53). Contudo, o questionamento que se impõe agora, problema ainda insolúvel numa tradição de racionalidade descritiva (instrumental) e que constringe praticamente toda pretensão de racionalidade em qualquer campo da ciência, é como tal racionalidade, típica das ciências da natureza, poderá justificar valores com o intuito de lhes dar racionalidade. A resposta, em um primeiro momento, será negativa. Há que se reconhecer certo limite na “racionalidade” instrumental. Em que pese esse tipo de racionalidade aparentemente ser suficiente em dar

conta de uma estrutura interna dos discursos científicos mais duros, especificamente no que trata o empreendimento em dar consistência a seus postulados, seu limite estará demarcado pelo princípio da ausência de valores de que fala Weber (1989). Por outro lado, deve-se reconhecer também que, para as ciências histórico-hermenêuticas, como no caso do Direito, esse tipo de racionalidade (instrumental), de atos de fala “descritivos”, não deixa de ser uma forma inadequada de tratar de um expediente em que “opera” o Direito, notadamente no tecido social.

4 Considerações finais

É preciso reconhecer, no discurso jurídico, a necessidade de discussão de valores e de preceitos éticos. Para isso será necessário dois deslocamentos no âmago do discurso jurídico: o “primeiro deslocamento” consistirá em um “apartamento” de sua tradição positivista, naquilo que interessa a produção de sua racionalidade. O positivismo jurídico, do modo como se estabeleceu epistemologicamente na modernidade, em sua pretensa autonomia de aplicabilidade normativa, faz-se inadequado justamente por ser incapaz de justificar (dar racionalidade) ao objeto jurídico por excelência: a “prescrição” de determinado tipo de conduta (valor) apregoado em determinado tipo de norma jurídica (dever-ser); o “segundo deslocamento” dirá respeito a uma postura de desvencilhamento da imagem secular do Direito, compreendido como ciência do Estado, arraigada também no jurista. É nesse “segundo deslocamento” que se deve reconhecer um método próprio para o Direito ao se tratar de seu “objeto”: a norma jurídica, compreendida na contemporaneidade.

A pretensão de aplicabilidade da norma somente será concretizada no âmbito da sua legitimidade, ou seja,

na acedência ou não acedência dos postulados valorativos incorporados na norma. Percebe-se aí, claramente, a necessidade de um deslocamento de perspectiva metodológica para a produção da racionalidade do discurso jurídico, vez que, em que pese ordinariamente privilegiar-se a consistência interna do discurso (formal) do Direito, a separação de sua “exterioridade” (campo social histórico) não passa apenas de um corte retórico, pois será somente na aplicabilidade da norma no tecido social que se verificará a legitimidade dos postulados prescritivos do discurso jurídico. É aqui que reside a justificativa para se pensar o Direito como ciência histórico-hermenêutica, abandonando de vez o constrangimento (ou a “terraplanagem”) que as ciências da natureza (e sua racionalidade instrumental) exercem sobre os demais campos do saber. Em decorrência do comportamento do “objeto” da ciência jurídica, ao longo de sua história, será possível definir o caminho (método) mais adequado à sua racionalidade.

A mera regularidade do procedimento científico, de certa maneira “reaproveitada” das ciências da natureza, não é outra coisa senão o velamento de um problema que se oculta nas ciências humanas. Conforme Gadamer (2003, p.23),

[...] a simples constatação de que a descoberta de regularidade realiza um progresso efetivo nas ciências humanas não faz mais, em última instância, do que encobrir o verdadeiro problema posto por essas ciências [...].”

Um pensamento epistemológico que queira se debruçar sobre as ciências histórico-hermenêuticas tem como dilema reconhecer exatamente isso: a necessidade de uma busca histórica incessante dos postulados valorativos, produzidos pelas instituições, para além de sua regularidade formal. E só o é incessante porque não há limite para o conhecimento. Negar isso significaria tornar absoluta a capacidade de conhecer

do humano. Evidentemente que uma racionalidade de tipo “instrumental” não dará conta de tal empreendimento,

[...] pois o que quer que se entenda por *ciência*, não será encontrando regularidades, nem as aplicando aos dados históricos, que se apreenderá o elemento específico do conhecimento histórico [...] [cuja] verdadeira intenção [...] não é explicar um fenômeno concreto como caso particular de uma regra geral, mesmo que esta última fosse subordinada aos desígnios puramente práticos de uma eventual previsão. Seu verdadeiro objetivo é antes compreender um fenômeno histórico em sua singularidade, em sua unicidade [...] (GADAMER, 2003, p. 23-24, grifo do autor).

Isso porque

[...] o que interessa ao conhecimento histórico não é saber como os homens, os povos, os Estados se desenvolvem *em geral*, mas, ao contrário, como *este* homem, *este* povo, *este* Estado veio a ser o que é; como todas essas coisas puderam acontecer e encontrar-se *aí* [...] (GADAMER, 2003, p. 23-24, grifo do autor).

O termo “compreensão” remete imediatamente a uma dimensão hermenêutica. É tarefa típica da hermenêutica compreender historicamente. Segundo Gadamer (2003, p. 57),

[...] o conhecimento histórico não pode ser descrito segundo o modelo de um conhecimento objetivista, já que ele mesmo é um processo que possui todas as características de um acontecimento histórico.

A marca que se imprime aqui, nesse tipo de “racionalidade comunicativa”, é o horizonte de compreensão que se abre (horizonte hermenêutico), desiludindo-se do objetivismo dos enunciados “descritivos”, típicos da racionalidade instrumental das ciências da natureza.

Nesse sentido, é preciso reconhecer o trabalho desenvolvido por Habermas, capaz de dar a densidade necessária

ao discurso jurídico. Pode-se encontrar nesse autor, na teoria do agir comunicativo, uma superação da racionalidade instrumental, que remete a uma dimensão intersubjetiva na pretensão de legitimidade dos postulados jurídicos no mundo da vida (mundo pré-reflexivo): trata-se de um agir comunicativo.

O agir comunicativo vem a ser a disponibilidade que existe entre falantes e ouvintes a estabelecer um entendimento que surge de um consenso sobre algo no mundo [...] (MOREIRA, 2004, p. 110).

Será na pretensão de aplicabilidade das normas, no seu pouso sobre o tecido social, que esse tipo de “racionalidade comunicativa” exigirá do discurso jurídico um método não objetivista (não reducionista) em seu empreendimento epistemológico. Habermas (*apud* DUPEYRIX, 2012, p. 109) “[...] não elimina a ideia de razão da esfera das ciências humanas, mas a reintroduz de maneira deflacionista sob a forma de uma teoria geral da racionalidade comunicativa de toda a sociedade [...]”. Nesse sentido, é possível alcançar a consistência interna ou a justificação de valores (racionalidade) somente a partir de uma atividade comunicativa, orientada para o entendimento e a intercompreensão. É através de um agir comunicativo que os valores éticos terão consistência racional, sem que, para isso, precise-se abandonar a perspectiva da ciência ou socorrer-se nos braços das velhas igrejas.

Se há alguma insuficiência na racionalidade instrumental, esta decorre do pressuposto de que o Direito realiza-se de forma autônoma à moral: “[...] através da utilização dessa racionalidade autônoma que vai ser possível a Weber articular uma concepção de legalidade que se legitima a partir de si mesma [...]” (MOREIRA, 2004, p. 65). Trata-se, portanto, de um discurso que se entende racional porque essa racionalidade emana de qualidades formais próprias. “A presença de elementos morais e de uma justiça

material no âmbito jurídico acarreta, segundo a interpretação dada por Habermas ao pensamento de Weber, a destruição da racionalidade formal inerente ao Direito [...]” (MOREIRA, 2004, p. 66). Estar-se-á diante de discussões acerca de valores e preceitos éticos, insolúveis aos olhos do princípio da ausência de valor, formulado por Weber (1989), na escolha metodológica de uma “racionalidade instrumental”. No campo do Direito, a mudança de perspectiva metodológica, além de necessária, é condição de racionalidade de seu discurso. A legitimidade exige da epistemologia uma postura hermenêutica no que trata seu método, pois evoca para si o reconhecimento de uma estrutura histórica de compreensão intersubjetiva (comunicacional) capaz de dar consistência aos enunciados jurídicos valorativos.

A partir de uma teoria dos atos de fala, Habermas (2012) tem a pretensão de dar maior inteligibilidade aos conceitos epistêmicos e histórico-hermenêuticos. Para tanto, há uma estrutura procedimental que aponta para determinadas pretensões, seja de validade, de legitimidade, de veracidade e justiça. Diz respeito também à maleabilidade da linguagem utilizada no âmbito do Direito em sua intervenção no meio-ambiente. Nesse sentido, a ecologia política é o pano de fundo necessário para que tais relações linguísticas possam ocorrer. Habermas procura quebrar a estrutura metódico-metodológica herdada do positivismo, em que se ficaria restrito a uma máscara de ferro imposta pelo próprio positivismo. Ele entende que é através do estudo dos atos de fala, que fundamentam as formações discursivas, que se fará a comunicação de maneira democrática, nas suas mais diversas manifestações. Em Habermas, tudo isso implica no esclarecimento entre os interlocutores. É necessário, nesse caso, que o Direito dialogue com a ecologia política para, daí, resultar uma melhor compreensão da formulação e aplicação do próprio Direito, no que trata sua intervenção no meio ambiente.

Referências

- ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Tradução Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1976.
- APEL, Karl-Otto. *Com Habermas, contra Habermas: Direito, discurso e democracia*. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- CASTORIADIS, Cornelius; COHN-BENDIT, Daniel. *Da ecologia à autonomia*. Tradução Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.
- DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.
- _____. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*. Volume 2. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2007.
- GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. Tradução Maria Cristina F. Bittencourt. 11. ed. Campinas, SP: Editora Papirus, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Ciencia y técnica como 'ideología'*. Traducción Manuel Jiménez Redondo y Manuel Garrido. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Verdad y justificación*. Traducción Pere Fabra y Luis Díez. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HART, H. L. A. *Ensaio sobre teoria do Direito e filosofia*. Tradução José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

JAPIASSU, Hilton. *Introdução ao pensamento epistemológico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves, 1977.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. vol. 2 – o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. *A Filosofia do Direito e a filosofia prática: o 'ethos' enquanto mundo compartilhado: a questão da legitimidade no direito*. 2002. 121 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra, v. 1, p. 1033-1065, 2008.

_____. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2003.

STEIN, Ernildo. *Paradoxos da racionalidade*. Porto Alegre: Editora PyR, 1987.

_____. *Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas*. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

WARAT, Luis Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Editora Moderna, 1996.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1989.

CAPÍTULO XXIV



UMA ETNOCARTOGRAFIA DA SALA DE AUDIÊNCIA: UMA POSSIBILIDADE METODOLÓGICA PARA AS PESQUISAS JURÍDICAS

Ísis de Jesus Garcia¹

1 Introdução

Neste trabalho, será feita uma apresentação do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher na cidade de Anastácia². Por meio da etnografar de uma audiência de instrução e julgamento, será articulado como é produzida a justiça a partir das práticas vivenciadas na sala de audiência, salientando os fluxos e os movimentos de agenciamento. Dessa forma, destacam-se, inicialmente, as características da etnografar; posteriormente, apresenta-se o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher na cidade de Anastácia; e, por fim, apresenta-se a etnografar da produção da justiça, ou seja, uma etnografar dos agenciamentos concretos: ao invés de micro e macro, pretende-se averiguar as tramas moleculares que compõem as duas esferas (CAIAFA, 2007; BENE; DELEUZE, 1979). Assim, a possibilidade de etnografar, no sentido de que mapear as teias que compõem a sala de audiência ressalta suas múltiplas redes e aponta para a criação e para a construção desse tempo/espaço – sala de audiência, pode ser uma

¹ Ísis de Jesus Garcia é Graduada em Direito. Mestre em Teoria e Filosofia do Direito. Doutoranda em Antropologia Social na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista CNPq. E-mail: hycso@yahoo.com.br.

² Anastácia é o nome fictício da cidade na qual foi realizada esta pesquisa.

ferramenta interessante para as pesquisas jurídicas. (DELEUZE; GUATTARI, 1995).

2 *Etnocartografia*

A possibilidade metodológica de etnocartografar advém do diálogo entre a antropologia simétrico-reflexiva³, a filosofia da diferença de Deleuze e Guattari (1995) e a cartografia das controvérsias proposta por Venturini (2008) para colocar a Teoria Ator-Rede de Latour (2000) em prática. Como consequência do estudo desse diálogo, encontrou-se a palavra *etnocartografia*, ou seja, uma maneira de acompanhar os processos e devires, que fizeram parte deste trabalho, em permanente arranjo e rearranjo. Em outras palavras, buscou-se seguir os “devires”⁴ como processos dinâmicos, que traçavam novas singularidades a cada encontro. A pretensão foi vincular em

³ Quando se fala em antropologia simétrico-reflexiva, filia-se principalmente a “[...] Roy Wagner (2002), com sua noção de Antropologia Reversa e sua elaboração de uma semiótica da invenção e da convenção; a Marlyn Strathern, responsável pela desconstrução potencializadora e de uma vinculação das teorias feministas com a antropologia; e, a Bruno Latour, com seu conceito de ator-rede, bem como o movimento Jamais fomos Modernos.” (VIVEIROS DE CASTRO, 2007). No entanto, os objetivos deste trabalho não requerem que essas questões sejam exploradas.

⁴ Conforme Pál Pelbart (1989), o termo “devir” em Deleuze (1999) sofreu alterações. Em *O Bergsonismo*, Deleuze (1999) recusa o termo, considerado uma combinação de conceitos contrários (o “um” e o múltiplo) e contraposto à ideia de “duração”, isto é, o “devir” abrangeria uma concepção de multiplicidade qualitativa. Por outro lado, na obra *Nietzsche e a Filosofia*, o “devir” aparece vinculado à multiplicidade, diferença e objeto de plena afirmação da vida. Segundo François Zourabichvili (2004, p. 24-25, grifo nosso), para compreender o “devir”, deve-se “[...] considerar toda a sua lógica: todo *devir* forma um ‘bloco’, em outras palavras, o encontro ou a relação de dois termos heterogêneos que se ‘desterritorializam’ mutuamente. Não se abandona o que se é para devir outra coisa (imitação, identificação), mas uma outra forma de viver e de sentir assombra ou se envolve na nossa e a ‘faz fugir’”.

uma palavra perspectivas teórico-metodológicas distintas, mas que dialogavam constantemente com este trabalho.

Em linhas gerais, afirma-se que a etnografia pode ser entendida como uma forma de representação por meio da escrita e também como um processo de pesquisa de campo. A cartografia assume que seu trabalho é estar em constante processo, em obra (BARROS; KASTRUP, 2012, p.79). Por outro lado, não se trata de uma livre experimentação, sem objetivos pré-definidos. Inicialmente, foi-se a campo com alguns objetivos já traçados e, no processo, novos objetivos foram surgindo e antigos foram sendo abandonados⁵.

Por sua vez, a cartografia das controvérsias foi importante para que se considerasse os(as) operadores(as) do Direito, as partes do processo e a legislação, como *actantes* da rede formada na sala de audiência, já que produziam diferenças e efeitos nela. Em outras palavras, encontraram-se *actantes* por meio de suas ações e das diferenças que provocam em associação na rede *etnocartografada*. Segundo Venturini (2008, p.4), um *actante* pode ser um ser humano, um elemento natural, um artefato tecnológico, uma entidade, o Estado de Direito, um conceito teórico, entre outros; trata-se de uma extensão radical da definição de ator.

Assim, o diálogo entre a cartografia, a etnografia e a cartografia das controvérsias parece auxiliar a traçar um mapa que abranja as instâncias individuais, coletivas e institucionais envolvidas na formação do território experimentado, especialmente o juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher. A etnocartografia descrita aqui aponta para o trajeto percorrido pelos *etnocartógrafos* (pesquisadora e nativos/nativas),

⁵ Como bem alerta Suely Rolnik (1989, p. 68), “Restaria saber quais são os procedimentos do cartógrafo. Ora, estes tampouco importam, pois ele sabe que deve inventá-los em função daquilo que pede o contexto em que se encontra. Por isso ele não segue nenhuma espécie de protocolo normalizado”.

ao longo do qual foi-se traçando os esboços que agora aparecem na forma deste texto.

Esta escrita, semelhante ao mapa desenhado pelo cartógrafo, acompanhou os movimentos e as retrações, os processos de invenção e de captura que se ampliavam e se bifurcavam, às vezes desterritorializando-se, outras *reterritorializando-se*. Assim, como o rizoma é sempre inventor, mapear um acontecimento é um processo de invenção, pelo qual deve-se seguir o *devenir* (DELEUZE; GUATTARI, 1995).

Ao realizar uma etnocartografia do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, seguiu-se os acontecimentos e os/as *actantes* com o objetivo de traçar os movimentos de *territorialização* e *desterritorialização* produzidos pela multiplicidade de agenciamentos e dispositivos, que atuavam na produção de subjetividade. As infinitas escolhas e conexões feitas no momento da audiência transformam-se numa forma de subjetivar-se a cada instante, a cada pergunta.

Contrariando a lógica binária que, segundo Deleuze e Guattari (1995), seria a lógica da árvore-raiz, na qual tudo seria remissível a uma unidade principal (um tronco que desce às origens da planta), os autores propõem o *rizoma* que, como ferramenta-conceitual, auxilia a refletir sobre a produção da justiça na sala de audiência, bem como ressalta as redes que estão sendo desenhadas, as conexões entre as práticas discursivas e não-discursivas, as relações de poder e a produção de subjetividade.

O rizoma é caracterizado segundo seis princípios. O princípio da conexão remete à ideia de que qualquer ponto pode ser conectado, pois não há pontos de partidas fixos, determinados, ou seja, não existe nenhuma pré-determinação. Não estão sujeitos a ordens hierárquicas de filiação ou causalidade, conectam-

se por aproximação ou aliança para qualquer lado e qualquer direção (DELEUZE; GUATTARI, 1995). Nesse sentido, pode-se pensar em uma conexão de pontos na sala de audiências com “n” possibilidades de se produzir *justiça*, avaliando também as singularidades específicas do caso concreto, das intervenções e das múltiplas possibilidades de fluxos.

O segundo princípio, denominado de heterogêneo, aponta para a possibilidade de linhas distintas (DELEUZE; GUATTARI, 1995), já que elas não são necessariamente da mesma natureza, ou seja, na sala de audiência elas podem estar ligadas às relações de poder, à legislação, às reivindicações da vítima ou do denunciado, ao sofrimento, ao sentimento, à revolta etc. O terceiro princípio, chamado de multiplicidade, destaca que um rizoma não é feito de unidades, ele se opõe à ideia de uma estrutura definida por um conjunto de pontos e posições, já que ele é constituído por linhas. Suas linhas estabelecem movimentos e potencialidades sujeitas aos agenciamentos, que são capazes de atualizarem possíveis conexões através de operações de subtração (n-1) (DELEUZE; GUATTARI, 1995).

O próximo princípio é o da ruptura a-significante, uma vez que o rizoma não pressupõe qualquer processo de significação. Embora constitua um mapa, sua cartografia é um “devir”. O mapa desenhado em cada audiência é constantemente constituído, produzindo devires com os sujeitos e as teias legais e não legais. A cartografia possibilita visualizar que o rizoma possui múltiplas entradas, isto é, ele pode estabelecer conexões a partir de inúmeros pontos, remetendo a quaisquer outros em seu território, podendo ser rompido e quebrado em qualquer lugar e momento (DELEUZE; GUATTARI, 1995).

O quinto e o sexto princípios dizem respeito à cartografia e à decalcomania. O decalque aponta para o modelo

representativo, isto é, para a reprodução de si mesmo. O princípio da cartografia, por sua vez, remete ao mapa, que é sempre “[...] aberto, conectável, reversível, suscetível de receber modificações constantemente [...]” (DELEUZE; GUATTARI, 1995, p. 22).

Pode-se dizer que o princípio da cartografia é metodológico e diz respeito ao mapa que está sendo desenhado. Mapear significa acompanhar os movimentos e as retrações, os processos de invenção e de captura, que se ampliam e se bifurcam, desterritorializando-se e reterritorializando-se no momento em que o mapa é esculpido. A criação se dá no plano da invenção e não mais no da representação. Assim, como o rizoma é sempre inventor, mapear um acontecimento é um processo de invenção, no qual se deve seguir o “devir”. Portanto, etnocartografar é perceber as formas que o desejo encontra de realizar-se no campo social, não sendo relevantes os juízos de valor acerca de falsidade/verdade e de teórico/empírico. Por outro lado, o decalque é utilizado pelo sistema arborescente e pelo sistema radícula, e passa por uma forma de hierarquização, binariedade e transcendência, tornando-se um paradigma. Assim, o decalque aprisiona e engessa em determinado momento o mapa, constituindo juízos e valores. No entanto, não há oposição entre o decalque e o mapa, uma vez que ambos relacionam-se diretamente (o decalque como representação do mapa). Mas, para não se aprisionar o mapa, “[...] é preciso sempre projetar o decalque sobre o mapa [...]” (DELEUZE; GUATTARI, 1995, p.23). Em outras palavras, o decalque deve estar sempre submetido ao plano da imanência. O mapa, por sua vez, está em constantes alterações por meio de movimentos de territorialização e desterritorialização, produzindo novas linhas de fuga. Salienta-se, contudo, que o ponto central não é classificar o que é um mapa, o que é um decalque, o que é um

rizoma ou o que é uma árvore, mas deixar visível que o processo de produção e de agenciamentos é caracterizado por fluxos que abrangem cada uma dessas instâncias. Portanto, a etnografografia segue os acontecimentos e os atores com o objetivo de traçar os movimentos de territorialização e desterritorialização produzidos por meio da multiplicidade de agenciamentos e dispositivos, que atuam na produção de subjetividade, bem como na produção da justiça (GUATTARI; ROLNIK, 2011).

3 O juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher

O Fórum no qual se realizou esta pesquisa está localizado no centro da cidade. É um prédio com dez andares em formato redondo. A sala de audiência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher está localizada no segundo andar do Fórum. Em sua porta de entrada, há um cartaz com a seguinte frase: “Audiências em segredo de justiça, conforme o artigo 155 do Código de Processo Civil. Aguarde sua chamada”. No interior da sala de audiência, há uma mesa retangular, que ocupa praticamente todo o recinto, com duas cadeiras no lado direito e duas no lado esquerdo, nas quais *vítima* e *agressor*⁶ podem sentar-se frente a frente, acompanhados de seus respectivos advogados(as). Ao fundo da sala, há outra mesa, na qual se sentam o(a) Juiz(a) no centro; o(a) estagiário(a) no lado esquerdo do magistrado; e o(a) Promotor(a) de Justiça no lado direito.

⁶ Utilizam-se as expressões *vítima* e *agressor* como categorias nativas, ou seja, a mulher que oferece a denúncia contra o companheiro é, na maioria das vezes, chamada de vítima, e o homem de acusado ou agressor. Por isso, neste trabalho, essas denominações e seus sinônimos aparecerão sempre entre aspas.

No Juizado, observaram-se duas formas de audiências, a chamada audiência de *ratificação* e as audiências de *instrução e julgamento*. Salienta-se que na primeira conversa com a Juíza, foi informada a necessidade de solicitar, para estar ali, uma autorização das *vítimas* e dos *agressores*, por meio de um termo de consentimento livre e esclarecido. Dessa forma, durante o período em campo, foi sempre conversado com as mulheres e com os homens no corredor da sala de audiência para se explicar este trabalho. Nesses momentos, era falado também sobre os relacionamentos e sobre o processo do qual se aguardava a audiência.

4 A produção da justiça *rizomática*

Relata-se agora a história de Amélia, contada por ela no corredor da sala de audiências. Ela teve um relacionamento conturbado com Ricardo, a outra parte no processo a ser relatado, do qual nasceu uma criança, mas Ricardo duvidou da paternidade. Assim, ele ingressou com uma investigatória com o objetivo de realizar um exame de DNA e provar que ele não era o pai biológico da criança. Segundo Amélia, Ricardo havia “forjado o exame” para que o resultado fosse negativo, pois possuía uma prima que trabalhava no laboratório no qual o exame havia sido realizado.

Ela conta que, após inúmeras discussões entre eles, em uma tarde de domingo na casa de amigas do casal, ambos lançaram-se a um novo debate e Ricardo agrediu verbal e fisicamente Amélia que, então, foi até à Delegacia realizar um boletim de ocorrência contra Ricardo por lesões corporais e por ameaça. Em seguida, ela foi levada ao Instituto Geral de Perícia para realizar um exame de corpo de delito a fim de obter provas materiais contra Ricardo. Após alguns meses da realização do

boletim de ocorrência, os protagonistas dessa história foram chamados para uma audiência de instrução de julgamento.

Amélia chegou primeiro ao corredor da sala de audiência. É uma mulher jovem, com cerca de 30 anos, vendedora em uma loja de shopping. Na conversa, na qual ela contou sobre seu relacionamento com o Ricardo, falou sobre ele, o relacionamento tenso, o filho e sobre como a ex-esposa e a atual companheira de Ricardo estavam perturbando sua vida. Amélia se emocionou e chorou.

Logo, chegou Ricardo – um homem jovem e bem arrumado –, acompanhado de seis mulheres. Uma delas dirigiu-se até Amélia, encarando-a. Perguntou-se sobre quem seriam aquelas mulheres, que estavam há uns três metros de distância. Amélia contou que “[...] a de camisa branca é a ex-mulher, a que está do lado dele é a atual, aquelas duas são nossas amigas. Foi na casa delas que tudo aconteceu. Aquela outra é a irmã dele. Aquela loira eu não sei quem é [...]”. Era a advogada de Ricardo.

A porta da sala de audiência abriu-se e um estagiário verificou se todas as pessoas intimadas a comparecerem na audiência estavam presentes. Em seguida, ele perguntou para Amélia se ela preferia falar na frente de Ricardo, ao que ela respondeu que não. Já na sala de audiência, na qual se encontravam a Juíza e o Promotor de justiça, novamente lhe foi questionado se ela gostaria de falar na presença do *agressor*, e, dessa vez, quem perguntou foi a juíza. Amélia respondeu que não. Em seguida, a advogada de Ricardo ingressou na sala.

A juíza apresentou-se para Amélia, e pediu que ela falasse olhando para a câmera, pois as audiências de instrução e julgamento eram gravadas. No momento seguinte, a juíza passou a palavra ao promotor de justiça, que iniciou sua fala relatando

os fatos lendo o processo. Em seguida, ele mesmo questiona Amélia nos seguintes termos:

[...] o réu lhe empurrou, a Senhora caiu em uma cadeira que quebrou, a Senhora teve lesões nas costas e no pé, após ele lhe ameaçou, dizendo que lhe tiraria o filho [...] sobre esses fatos, o que a Senhora poderia contar, assim, me conte a historinha, como aconteceu?.

Ela contou que, durante o relacionamento com Ricardo, eles sempre estavam *indo e vindo*, mas, depois que ela descobriu que estava grávida, o relacionamento acabou. No entanto, ele a continuava procurando e prometendo que iria deixar a esposa. Certa vez, seu filho ficou doente e Amélia ligou para Ricardo, pedindo que ele levasse a criança ao hospital. Depois disso, a esposa de Ricardo passou a ameaçá-la. Um dia, Amélia estava na casa das amigas Amanda e Júlia, quando Ricardo apareceu. Eles discutiram e Ricardo lhe bateu. Amanda socorreu-lhe. O promotor de justiça perguntou se Ricardo bebia, ela falou que no dia do fato ele não havia bebido, mas “[...] estava muito alterado, e que foi inúmeras vezes”. Sem compreender a frase de Amélia, o promotor perguntou: “o quê?”. Amélia prosseguiu: “[...] ele aparecia e depois sumia”. Ou seja, ela estava inconformada com as “idas e vindas” de Ricardo. Além disso, ela falou que o maior problema é a atual esposa dele, que, após o resultado do DNA, “[...] colocou no Facebook várias coisas, que eu era [...]; mas depois que eu conseguir provar que o filho é dele, eu vou processá-la”.

Os questionamentos do Promotor de Justiça para que Amélia relatasse os fatos descritos na delegacia apontam para uma complexa relação entre aquilo que ocorreu, os fatos relatados na delegacia, os fatos agora transformados em fatos jurídicos no processo criminal e a exigência de produção de provas na sala de audiência. Questionar Amélia sobre os fatos narrados na delegacia, bem como sobre as circunstâncias da

infração, buscando saber detalhadamente como ocorreram, complementando as provas de que já se dispõe é uma orientação prevista no Código de Processo Penal⁷. Dessa forma, o papel do Promotor, que, nesse caso, seria o de transformar as alegações de Amélia em fatos jurídicos, é complexo, pois a *rede* que se estabelece entre Amélia, Lei e Promotor de Justiça é fruto da relação entre diferentes *actantes* em associação na sala de audiência. Assim, a construção de um fato jurídico é um processo coletivo, em que o objeto é transmitido de um *actante* para outro, mas a *historinha* – empregando-se aqui o termo do Promotor em sua solicitação para Amélia – vai sendo narrada de diferentes formas, pois a cada nova emissão, a história vai se constituindo e se transformando à medida que passa de um *actante* para outro. Percebe-se aqui que a Lei – Código de Processo Penal e Lei Maria da Penha – representa um *actante* fundamental na construção desses fatos, pois os enunciados normativos na audiência *fazem-fazer*, ou seja, impelem uma ação/reação do Promotor de Justiça e de Amélia. A construção de um fato é um processo coletivo, assim, os fatos jurídicos são construídos por uma rede de *actantes*.

A Lei Maria da Penha age nessa audiência, deixa seus traços e demonstra a produção da justiça em processo, ou seja, “dando-se”; age ao fazer com que o Promotor de Justiça questione Amélia sobre os fatos e age ao fazer com que Amélia fale sobre seus problemas pessoais com Ricardo, além da agressão e da ameaça. Ou seja, recordar-se do fato da agressão faz com que Amélia se recorde de todo o seu relacionamento com Ricardo.

O Promotor de justiça prosseguiu com seus questionamentos para Amélia: “Ricardo ia visitar apenas o filho

⁷ Segundo o Artigo 201, *caput*, do Código de Processo Penal: “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações”.

ou também queria visitá-la?”. Amélia falou que ficava com medo quando ele aparecia, e que tinha que tomar medicamentos. “Por quê?”, questionou o Promotor. “Eu não sei, eu passei a tomar fluoxetina, eu fui transferida de setor do meu serviço, pois eu comecei a ficar com medo de todo mundo”, responde Amélia. O Promotor de justiça insiste na questão: “Ele procurava a senhora, pois queria estar com a senhora?”. Amélia responde que sim,

ele dizia que era feliz comigo, que era comigo que queria ficar. Um dia ele foi na minha casa, mas falou para a mãe dele que tinha ido ao *super* comigo, mas ele ficou na minha casa até a meia noite”.

O Promotor de justiça pergunta se Ricardo possuía ciúmes de Amélia. Então, ela mostrou o celular para provar que Ricardo continuava lhe ligando.

O Promotor de justiça finalizou seus questionamentos; a Juíza perguntou para a defesa se havia perguntas. A advogada de Ricardo passou, então, a questionar Amélia, com objetivos de quem estava produzindo uma defesa para Ricardo. Em seguida, Amélia foi liberada da sala e a audiência prosseguiu com a oitiva das testemunhas. No entanto, para o objetivo deste trabalho, finaliza-se a narrativa aqui.

Percebe-se que, ao focar a produção da justiça, passou-se a problematizar não apenas o Poder judiciário, a Lei, as ideologias que a acompanham, mas também as estratégias presentes e às formas de assujeitamento que o poder utiliza. No entanto, o assujeitamento pelo qual passou Amélia, por exemplo, não assume um caráter apenas totalitário, isto é, não impede os movimentos de fuga, podendo ser emancipatório e libertador. Já que o dispositivo de poder encontrado na sala de audiência pode ultrapassar a ideia de repressão e de lei.

Nesse sentido, o conceito de linhas de fuga auxilia a refletir a respeito dos movimentos constitutivos da produção de justiça

para além dos regimes jurídicos e institucionais, que apontam para a uniformização e para o regramento social. Assim, o dispositivo de poder na sala de audiência pode apresentar sua face produtiva, ou seja, seu caráter positivo⁸. Em outras palavras, o dispositivo de poder produz novas configurações caso a caso, através das histórias que são contadas e vividas na sala da audiência.

A associação entre lei e questões pessoais, ou melhor, entre lei interna (autonomia) e lei externa (leis estatais), aponta para a relação entre o molecular e o molar (DELEUZE; GUATTARI, 1995). Os elementos presentes nos fluxos, na rede e nos agenciamentos na sala de audiência estão organizados conforme um modelo molar e conforme um modelo molecular. As linhas molares dizem respeito às estratificações, que limitam objetos, sujeitos, representações e seus sistemas de referência, como, por exemplo, a lei. As linhas moleculares, por outro lado, são aquelas dos fluxos, dos devires, das transformações de fases e de intensidades. Ambas as linhas estão presentes na sala de audiência, ainda que em permanente tensão. Aqui, é importante destacar que, para Deleuze (1990, p.136), os dispositivos são caracterizados por possuírem “[...] linhas de força, linhas de subjetivação, linhas de ruptura, de fissura, de fratura que se entrecruzam e se misturam, enquanto umas suscitam, através de variações ou mesmo mutações de disposições”. O dispositivo encontrado na sala de audiência é constituído por linhas sem destinos determinados, que se aproximam ao mesmo tempo em que se afastam e que fazem parte de processos indefinidos;

⁸ Segundo Agamben (2009, p.40), dispositivo é tudo o que tem “[...] de maneira ou outra, a capacidade de capturar, de orientar, de determinar, de interceptar, de modelar, de controlar e de assegurar os gestos, as condutas, as opiniões [...]”. Para o autor, a genealogia foucaultiana desse termo remonta a outro, isto é, à positividade.

cada linha está “[...] quebrada e submetida a variações de direção (bifurcada, enforquilhada) [...]” (DELEUZE, 1990, p.133).

Os processos de *desterritorialização* e *reterritorialização* podem ser percebidos, ainda que implicitamente, no momento em que o Promotor de justiça proclama a Lei, deixando, no entanto, que imediatamente tópicos de outra natureza passem a orientar seus questionamentos. Considerando-se a fluidez dos processos de subjetivação que são atravessados por conexões instantâneas e dinâmicas, pode-se perceber uma multiplicidade de subjetividades cambiantes, pela qual cada nova questão do Promotor e cada resposta de Amélia configura uma oportunidade para outros atravessamentos e possibilidade de subjetivação. Assim, o “devir-justiça” está em constante produção na sala de audiência, afetando e sendo afetado por todos os participantes e produzindo novas subjetividades.

A rede estabelecida na sala de audiência é formada por fluxos, amálgamas e conexões com múltiplas entradas e saídas. O processo de enredamento dá-se a todo instante, apresentando e bifurcando novos territórios. Algumas linhas são mais maleáveis que outras, nos permitindo movimentos de fuga. Amélia, por exemplo, tornou-se companheira e mãe, passou de algumas linhas de segmentariedade duras a outras. As linhas duras fizeram parte de seu processo de subjetivação, mas é possível que ela esteja em uma linha e, ao mesmo tempo, outras linhas estejam sendo traçadas. Desse ponto de vista, a produção da justiça é percebida como processo contínuo dentro de agenciamentos heterogêneos, desprovidos de instâncias de controle definidas.

Assim, é possível pensar a produção de justiça a partir de uma perspectiva relacional, isto é, por meio dos múltiplos agenciamentos que compõem a etnocartografia da sala de audiência. A complexidade dos discursos descritos na audiência

referida é o resultado tanto da relação que cada um estabelece com os grandes agenciamentos (judiciário, familiar, entre outros) quanto do mapa subjetivo de cada um dos sujeitos envolvidos na sala de audiência.

5 Considerações finais

Na audiência narrada, identificaram-se alguns *actantes* importantes: a Lei, os questionamentos realizados pelo Promotor e as respostas de Amélia. Assim, na pesquisa sobre a produção de justiça, é possível perceber que os operadores do direito não são os únicos produtores da justiça; ao lado deles estão as *vítimas* e os *réus*, a Lei e a própria sala de audiência. No encontro entre essas instâncias, é notável a capacidade de todas afetarem-se mutuamente, o que ocorre devido à intensidade que permeia as relações estabelecidas entre o Promotor de justiça e Amélia, por exemplo, mas também entre eles e as normas e os saberes; ou seja, entre eles são estabelecidas alianças e negociações, das quais emanam as decisões a serem tomadas a respeito da produção da justiça.

Buscou-se apresentar aqui uma imagem da produção da *justiça* – no juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher – que não se aproxima daquela de um rio que aponta linearmente a uma origem, em um percurso marcado por um fim ou por uma finalidade, mas que é comparável, sim, à forma de um rizoma, representação pela qual a “produção de” justiça seria apresentada como uma teia múltipla de formas de produzir *justiça*. A etn-cartografia desse território permite visualizar os fluxos hierarquizados, horizontais ou transversais, a racionalidade, a emoção, uma lógica de apoio estatal, de corresponsabilidades, uma teia capilarizada, envolvendo múltiplos recursos, conhecimentos e saberes. Uma vez que

cartografar é esboçar as “n” possibilidades de conexões, isto é, uma lista ampla, caracterizada por estar em constante estado de criação e sofrendo contínuas atualizações, um rizoma é, de forma similar, traçado sem o julgamento de uma unidade transcendente, sem demarcações estabelecidas e sem bordas pré-definidas, ou seja, um rizoma aponta para a realização das multiplicidades. Assim, desenhando essa rede, seus múltiplos fluxos e associações, quiçá se possam perceber os modos de produção de justiça na sala de audiência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A complexidade que a etn-cartografia permite visualizar na sala de audiências pode contribuir para as demais pesquisas empíricas jurídicas.

Referências

AGAMBEM, Giorgio. *O que é o contemporâneo?* E outros ensaios. Tradutor Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó, SC: Argos, 2009.

BARROS, Regina Benevides de; KASTRUP, Virgínia. Movimentos-funções do dispositivo na prática da cartografia. *In: PASSOS, Eduardo; KASTRUP, Virgínia; ESCÓSSIA, Liliana da (Org.). Pistas do método da cartografia: pesquisa-intervenção e produção de subjetividade.* Porto Alegre, 2012. p. 76-91.

BENE, Carmelo; DELEUZE, Gilles. *Superpositions.* Paris: Les Éditions de Minuit, 1979.

BRASIL. Decreto Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 03 mar. 2008.

_____. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 mar. 2008.

CAIAFA, Janice. *Aventura das cidades*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.

DELEUZE, Gilles. *Nietzsche e a Filosofia*. Tradução Ruth Joffily Dias e Edmundo Fernandes Dias. RJ: Rio, 1976. Disponível em: <poars1982.files.wordpress.com/2008/06/deleuze_nietzsche_ea_filosofia.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Que é um dispositivo? In: _____. *Michel Foucault, filósofo*. Barcelona: Gedisa, p.133-161, 1990. Tradução Wanderson Flor do Nascimento. Disponível em: <www.floesco.unb.br/foucault>. Acesso em: 15 ago. 2011.

_____. GUATTARI, Félix. *Mil Platôs*. Capitalismo e Esquizofrenia. vol. 1. Tradução Aurélio Guerra Neto e Cecília Pinto Costa. São Paulo: Editora 34, 1995.

GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. Petrópolis: Ed. Vozes, 2011.

LATOUR, Bruno. *Ciência em Ação: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora*. São Paulo: UNESP, 2000.

PÁL PELBART, Peter. *O Tempo Não-Reconciliado*. Imagens de Tempo em Deleuze. São Paulo: Editora Perspectiva. 1989.

ROLNIK, Suely. *Cartografia sentimental: transformações contemporâneas do desejo*. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

VENTURINI, Tommaso. *Piccola introduzione ala cartografia dela controversie*. Etnografia e ricerca qualitativa. 2008. Disponível em: <[www.tommasoventurini.it/wp/wp-content/uploads/2013/05/Introduzione Cartografia Controversie.pdf](http://www.tommasoventurini.it/wp/wp-content/uploads/2013/05/Introduzione%20Cartografia%20Controversie.pdf)>. Acesso em: 05 mai. 2013.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *Filiação intensiva e aliança demoníaca*. Novos Estudos Cebrap. São Paulo, n.77, p. 91-126, mar. 2007.

ZOURABICHVILI, François. *O vocabulário de Deleuze*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 2004.

CAPÍTULO XXV



A EDUCAÇÃO “DECOLONIAL”: UMA PROPOSTA EMANCIPATÓRIA PARA O ENSINO JURÍDICO

Ligiane Franceschi¹

Bruno Ferreira²

Maria Aparecida Lucca Caovilla³

1 Introdução

O ensino jurídico reproduzido atualmente nos cursos de Direito tem seu foco extremado no mercado de trabalho, caracterizando uma formação tecnicista, deslocada da *práxis* social latino-americana, pois se configura em reprodução de conceitos elaborados a partir de uma matriz eurocêntrica.

A população latino-americana é fundamentalmente heterogênea, no entanto, no processo de formação das diversas “nações” latinas, determinados povos e etnias sofreram forte

¹ Ligiane Franceschi é Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó. Acadêmica do curso de Licenciatura em Ciências Sociais da Universidade Federal Fronteira Sul (UFFS – Chapecó). Bolsista de iniciação científica pela modalidade do art. 171 da Constituição Estadual do Estado de Santa Catarina. Integrante voluntária do Núcleo de Iniciação Científica Cidadania e Justiça na América Latina desde outubro de 2013. E-mail: ligianefranceschi@unochapeco.edu.br.

² Bruno Ferreira é Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito, da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó. Bolsista do Núcleo de Iniciação Científica Cidadania e Justiça na América Latina desde março de 2012. E-mail: brunoadv@unochapeco.edu.br.

³ Maria Aparecida Lucca Caovilla é Docente e pesquisadora da Área de Ciências Humanas e Jurídicas – Curso de Direito da Unochapecó. Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenadora do Núcleo de Iniciação Científica Cidadania e Justiça na América Latina. E-mail: caovilla@unochapeco.edu.br.

exploração e discriminação, o que, por diversas vezes na história, se manifestou ou se legitimou no plano jurídico-institucional. As diferentes formas de tratamento que a legislação atribuiu às diversas etnias é resultado desse processo de exclusão e exploração.

Diante disso, é fundamental encontrar outras formas de educar para o Direito, enquanto construção do saber, que não mais promova a reprodução de padrões de exclusão. Nesse contexto, o novo constitucionalismo latino-americano pode propor a superação da educação tradicional, trazendo questões que até então não se discutiam nos cursos de Direito, apresentando um novo paradigma que contemple as mudanças trazidas pelos novos direitos, pelos novos sujeitos sociais e pela nova sociedade que emerge na transição do século XX para o XXI, na América Latina.

2 O saber colonizado da América Latina

O ensino jurídico que se reproduz em grande escala nos cursos de Direito do Brasil, e da própria América Latina é fruto do processo de colonização e está distante da realidade dos sujeitos envolvidos. É um saber e uma forma de ensino residual em relação ao passado colonial dos países latino-americanos, que se perpetuam no sistema neoliberal⁴.

Diante de tal panorama, entende-se que o pensamento científico moderno tende a naturalizar as relações sociais como um processo espontâneo de desenvolvimento da sociedade, constituindo o modelo liberal como desejável, além de única perspectiva possível. Conforme defende Lander (2005, p. 8),

⁴ O neoliberalismo deve ser compreendido como o “discurso hegemônico de um modelo civilizatório”, como valores da sociedade liberal moderna (LANDER, 2005, p. 8).

Essa força hegemônica do pensamento neoliberal, sua capacidade de apresentar sua própria narrativa histórica como conhecimento objetivo, científico e universal e sua visão da sociedade moderna como a forma mais avançada – e, no entanto, a mais normal – da experiência humana, está apoiada em condições histórico-culturais.

Além disso, o fracasso e a derrota das demais posições políticas, que se opunham ao liberalismo, reforçam a ideia deste como única alternativa possível e, portanto, naturalizam a sociedade (neo)liberal. As alternativas críticas, que propunham superar a legitimação de uma ordem social desigual, levam ao

[...] questionamento das pretensões de objetividade e neutralidade dos principais instrumentos de naturalização e legitimação dessa ordem social: o conjunto de saberes que conhecemos globalmente como ciências sociais. (LANDER, 2005, p. 8).

Duas são as dimensões responsáveis por promover a reprodução dessa ordem social liberal naturalizada:

[...] a primeira diz respeito às separações do mundo real que se dão historicamente na sociedade ocidental e as formas como se vai construindo o conhecimento sobre as bases desse processo de sucessivas separações. A segunda dimensão é a forma como se articulam os saberes modernos com a organização do poder. (LANDER, 2005, p. 9).

Com o desenvolvimento das ciências modernas, institui-se a ruptura ontológica (na perspectiva de Descartes) entre corpo e mente, entre a razão e o mundo, criando uma fissura entre ambos⁵. Tais características constituem um tipo de conhecimento

⁵ “Esta total separação entre mente e corpo deixou o mundo e o corpo vazios de significado e subjetivou radicalmente a mente. Esta subjetivação da mente, esta separação entre mente e mundo, colocou os seres humanos numa posição externa ao corpo e ao mundo, com uma postura instrumental frente a eles.” (APFFEL-MARGLIN, 1996 *apud* LANDER, 2005, p. 9).

descorporizado e descontextualizado que pretende ser universal (objetivo). Distanciam-se consubstancialmente os saberes populares do conhecimento dos especialistas (científico). Essas separações são o fundamento “justificador” da ruptura entre o mundo “europeizado” e os “outros”.

Partindo desse contexto, a colonização da América inicia a organização colonial do mundo, assim como a constituição colonial dos saberes, da linguagem, da memória e do imaginário, pelos quais a Europa coloca-se no centro do mundo, instituindo um “poder imperial” (LANDER, 2005, p. 10). Esse universalismo, portanto, não é nem um pouco universal, pois nega qualquer direito àqueles que diferem dos moldes liberais europeus.

A partir de um processo de disputas internas, o projeto liberal constituiu-se como hegemônico no interior do território, agora europeu, rompendo com os modos anteriores de vida e transformando a população camponesa em massa proletária, em uma massa falsamente e forçadamente homogeneizada, incessantemente explorada, e para a qual era negada toda sorte de direitos.

O próprio surgimento do Direito e das Ciências Sociais ocorreu em espaço e tempo específicos, ou seja, em países europeus industrializados, herdando grande parte de sua tradição desse contexto, construindo uma forma de objetividade que pretendia ser universal.

O primeiro passo para a resistência a esses moldes é a tomada de consciência por parte dos colonizados, da sua situação histórica e social, ou seja, perceber o processo de inculcação dos ideários arbitrários oriundos de padrões europeus e com forte herança liberal/iluminista. Esse processo de tomada de consciência está intimamente ligado com a concepção do que é saber, e, portanto, qual saber é legítimo e universalmente disseminado, desde a academia.

3 Uma relação entre dominantes e dominados: um modelo a ser superado na educação

O processo educacional pode ser pensado como uma das bases das relações de poder e dominação. Deriva daí a necessidade de criar, de acordo com a concepção de Adorno (1995), uma dinâmica compreensiva em relação ao processo de formação do opressor e do oprimido, e entender como os sujeitos são preparados para “mandar ou obedecer”, de maneira que se possa compreender como se produziu a mentalidade do opressor.

Os problemas devem então, ser analisados em sua gênese, pautando-se no processo educacional. A educação aparece na obra de Adorno (1995) como forma de evitar a repetição neurótica e a retórica idealista, e como a responsável por promover a autorreflexão crítica. Para tanto, é necessário repensar o processo educacional para além da sala de aula.

O modelo da educação disciplinar, por meio da dureza da imposição de conceitos é o que se deve combater, pois produz a “consciência coisificada”, ou seja, acaba por gerar predisposição à repetição, assim, ocorre a mutilação da consciência, da compreensão e sensibilidade em relação ao outro (ADORNO, 1995).

Althusser (1978) estabelece uma compreensão simples da teoria marxista, não desconsiderando totalmente uma análise ortodoxa da “infraestrutura”⁶, mas introduzindo a análise da superestrutura⁷, sendo essa a responsável por manter a estrutura. A “superestrutura” tem certo papel na determinação da “infraestrutura”, isso ocorre via Aparelhos Ideológicos do

⁶ Refere-se à economia, aos meios de produção das condições de vida.

⁷ Diz respeito ao âmbito cultural, à reprodução das condições de produção. É aqui que se aplicam os aparelhos ideológicos do Estado.

Estado (AIE)⁸, dentre eles fundamentalmente a escola. Embora trate Althusser (1978) da escola como um AIE, a abordagem aqui realizada faz uma analogia com as Instituições de Ensino Superior, sobretudo os Cursos de Direito.

É necessário lançar o olhar para a “superestrutura” para que, nesse espaço de lutas, transforme-se a realidade estrutural. A análise social deve partir da “superestrutura”, pois é no âmbito desta que se efetiva a dominação proveniente do poder exercido na “infraestrutura”. Vive-se em um processo de acelerada radicalização das desigualdades, a “modernidade” está produzindo essa intensificação, reproduzindo padrões de exclusão, e a educação, seja nas escolas ou nas universidades, é o seu principal dinamizador.

Manter as estruturas sociais de exclusão significa produzir cada vez mais uma massa de homens comandados e uma elite de homens comandantes. Quando se pensa nos cursos de Direito, essa reprodução da exclusão fica ainda mais nítida. Gramsci (2000, p. 71) escreve que “[...] a marca social é dada pelo fato de que cada grupo social tem um tipo de escola próprio, destinado a perpetuar nesses grupos uma determinada função tradicional, diretiva ou instrumental”.

Nesse contexto, pode-se pensar que a educação jurídica tradicional, disseminada pelo processo de ensino-aprendizagem, com base na “transmissão” e não na construção do conhecimento, perpetua os valores da sociedade burguesa em detrimento das minorias de direito historicamente sobrepujadas.

⁸ “Designamos por Aparelhos ideológicos de Estado, um certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato, sob a forma de instituições distintas e especializadas.” (ALTHUSSER, 1978, p. 43-44). Este autor ainda lista como Aparelhos Ideológicos do Estado a religião, a escola, a família, o sistema jurídico, político, sindical, de informação e o cultural.

Assim, a manutenção da relação entre dominantes e dominados impossibilita a formação de uma educação libertadora, pois reproduz a ordem social vigente e naturaliza a dominação. Essa relação desigual deve ser combatida dentro dos cursos de Direito como ponto de partida para a disseminação de um modelo emancipatório de educação. O ensino e a educação jurídicos somente serão capazes de emancipar quando os sujeitos envolvidos passarem por um processo de tomada de consciência de sua condição social; seja ela de dominante ou dominado, essa deve ser uma preocupação dos docentes e dos currículos jurídicos.

4 Uma proposta emancipatória: a educação “decolonial”

A educação deve ser entendida como um processo dialético de desenvolvimento de um homem histórico, isto é, indissociável de seu mundo. Pimenta (2011) escreve que a educação deve compreender a totalidade da organização social humana, não se distanciando da análise acerca das relações de classe, historicamente determinadas por um modo de produção dominante e pelas lutas sociais.

Fundamental é perceber que os cursos de Direito não se encontram em um vazio histórico, social e geográfico, portanto, pensar a respeito da efetiva possibilidade de que uma nova forma de educação jurídica promova a emancipação em seus vários níveis revela a necessidade de abordar de maneira mais densa tal problemática, pois a própria relação entre professor e estudante deve passar por mudanças.

O estudante, assim como o local onde o curso de Direito está inserido, não pode ser entendido como uma lacuna a

ser preenchida por conceitos e teorias predeterminadas e desconectadas da realidade ali existente. Pelo contrário, o conhecimento deve ser construído e compartilhado, deve haver o diálogo, a troca de saberes e experiências, respeitando-se o fato de que

[...] a liberdade de ensinar é uma liberdade limitada, pois divide espaço com a liberdade de aprender dos alunos e com as garantias mais amplas de pluralismo de ideias e de abordagens pedagógicas, integrando todas, o direito maior, que é o direito à educação. (RODRIGUES, 2012, p. 370).

Por outro lado, é importante não confundir as mudanças ocorridas nas estruturas dos cursos de Direito com mudanças do processo de ensino aprendizagem, na relação entre professor e estudantes. Como quer Bissoli Filho (2012, p. 18),

Faz-se necessário distinguir as reformas dos cursos de Direito, que estão relacionadas com os conteúdos, currículos, requisitos de funcionamento e políticas expansionistas, descentralizadoras e de privatização desses cursos, das reformas do ensino jurídico, que dizem respeito ao processo ensino-aprendizagem propriamente dito, abrangendo, por isso, a relação professor-aluno e as demais dimensões desse processo.

A emancipação humana deve projetar-se desde a sua concepção, produzida pelo próprio indivíduo. Esse processo deve vincular-se a um modelo de educação, que fecunde a ideia de emancipação humana. No entanto, o próprio modelo de educação pode acabar por tutelar o indivíduo. Questiona-se, então, sobre como a educação poderá promover um processo de esclarecimento e emancipação se ela é, muitas vezes, um processo de tutoria. É nesse sentido que cabe distinguir entre a educação tradicional e a educação emancipatória.

Historicamente, coube às escolas tradicionais de Direito a tarefa de “transmissão” do conhecimento, com a expectativa de que os conteúdos fossem transmitidos com base na relação professor/aluno. Essa concepção de transmissão (presente ainda hoje) revela a presença constante da tutela e impossibilita a formação de um processo emancipatório, inserindo os sujeitos em um contexto de reprodução do sistema e não de transformação.

Essa contradição evidencia a necessidade de se pensar um novo modelo de ensino, que possibilite a construção (e não mais transmissão) de conceitos a partir de experiências da *práxis* social. O docente deve partir da perspectiva da emancipação para introduzir a análise sociológica no âmbito do estudo do Direito, abordando problemas sociais, incluindo as demandas materiais de produção, desnaturalizando relações sociais e apontando para uma formação humanizadora. A interdisciplinaridade é peça fundamental nesse processo, pois permite articular diversas áreas de conhecimento para a construção conjunta do saber.

Se por outro lado isso tudo traduz-se num processo lento ou quase utópico é porque o próprio modelo dos cursos jurídicos, pensados a partir da lógica do capital, da educação como mercadoria, produto do ideário iluminista e liberal, encontra-se incrustado nas relações, tanto do docente para com o estudante, como de todos os agentes que formam o corpo de ensino, e é a isso que se deve combater.

De acordo com o pensamento de Gramsci (2000), todos os homens precisam de uma educação que o capacite a ser senhor de si mesmo, mas a promoção dessa emancipação deve se dar em âmbito coletivo, diferente daquela conhecida, que fortalece o traço hegemônico das elites. Nesse sentido, “[...] todos os homens são intelectuais, poder-se-ia dizer então: mas

nem todos desempenham na sociedade a função de intelectuais.” (GRAMSCI, 2000, p. 7) porque, apesar de o serem, não têm possibilidades e até mesmo tempo para contemplar a realidade e teorizá-la.

Diante disso, a educação jurídica não deve restringir-se à relação entre professores e estudantes ou a discussões sobre currículos dos cursos de Direito. Embora tais assuntos sejam de fundamental relevância, o objeto maior de uma educação jurídica, que se propõe emancipatória e que visa à disseminação de propostas “decoloniais”, deve envolver toda a comunidade e realidade local, reconhecendo e abordando, dentro do processo de ensinagem⁹, conhecimentos plurais, não apenas aqueles tradicionais, positivados.

A Universidade precisa construir a educação de maneira igualitária entre as classes e culturas, uma educação que possibilite a todos, respondendo as suas particularidades, tomar para si o protagonismo de atuar como agentes de sua própria história, fornecendo meios para que esses sujeitos tornem-se autônomos e não submissos.

A proposta de uma educação jurídica “decolonial”, que seja pautada na realidade latino-americana, implica necessariamente trazer para o debate acadêmico a interculturalidade, apostando inclusive, como já mencionado, na interdisciplinaridade como ferramenta auxiliadora no processo de construção do conhecimento. Nesse sentido, Walsh (2009, p. 27) escreve sobre a “decolonialidade”:

⁹ “Trata-se de uma ação de ensino da qual resulta a aprendizagem do estudante, superando o simples dizer do conteúdo por parte do professor, pois é sabido que na aula tradicional, que se encerra numa simples exposição de tópicos, somente há garantia da citada exposição, e nada se pode afirmar acerca da apreensão do conteúdo pelo aluno. Nessa superação da exposição tradicional, como única forma de explicitar os conteúdos, é que se inserem as estratégias de ensinagem.” (ANASTASIOU, 2006, p. 15).

[...] diante das mudanças vividas na América Latina na última década, a insurgência social, política, mas também epistêmica de movimentos afro e indígenas, e a emergência cada vez mais forte de propostas, agenciamentos e projetos que apontam para a descolonização, é oportuno pensar e significar hoje uma perspectiva pedagógica – ou de pedagogias – que se enlace(m) com os projetos e perspectivas de interculturalidade crítica e de-colonialidade. Pedagogias que dialogam com os antecedentes crítico-políticos, ao mesmo tempo em que partem das lutas e práxis de orientação de-colonial.

A “decolonialidade” pensada com o propósito de oferecer contribuições do pensamento regional para a solução de problemas do mundo contemporâneo, a partir dos modos de vida e perspectivas locais, constitui-se em ferramenta para a emancipação dos sujeitos, pois sua proposta insere as concepções dos povos, antes silenciados, nos debates políticos, científicos e filosóficos.

Há que se pensar em outra maneira de ver e interpretar a história nos cursos de Direito, disseminar uma educação de viés “decolonial”, reconhecendo que as lutas de resistência dos povos nativos da América Latina também são legítimas e estão fora da visão linear de tempo, imposta pela concepção liberal, colonial. Nessa discussão, impõe-se destacar que, dentro do campo amplo da educação jurídica, o ensino jurídico desempenha papel relevante nesse processo, pois implica relação direta com a postura dos sujeitos egressos dos cursos de Direito. Sobre o tema, escreve Rodrigues (2000, p. 15, grifo do autor):

[...] o ensino jurídico não é apenas fonte material do Direito, tendo em vista que forma o senso comum sobre o qual se estrutura a prática dos egressos dos cursos de Direito, mas é também fonte política, pois os saberes por ele transmitidos reproduzem a sociedade autoritária e o estado burocrático existentes no país, servindo, dessa forma como força conservadora e estagnadora do *status quo*, e como mais um empecilho à construção de uma sociedade verdadeiramente democrática.

Partindo do pressuposto de que os direitos nascem a partir das necessidades materiais da sociedade, é necessário pensar para além do campo produzido pela teoria liberal, para disseminar uma educação jurídica “decolonial”, ou seja, uma educação jurídica que reconheça as diversas formas de conhecimento e saberes latino-americanos, e que os traga para dentro do processo educacional, a fim de que se promova uma nova epistemologia jurídica, que não se caracterize pelo saber monolítico, mas sim pelo conhecimento plural e diversificado (CARNEIRO, 2013, p. 2788).

Essa ideia só se transforma a partir de seu âmago, retornando às concepções de Estado-nação para, então, superar a concepção de homogeneidade, introduzindo a ideia do plurinacional e intercultural. É nesse aspecto que uma educação jurídica, voltada para a emancipação dos sujeitos, mostra-se fundamental. Isso porque, como bem avalia Rodrigues (2000, p. 27),

Para que se possa mudar estruturalmente o ensino jurídico é necessário mudar antes a própria ciência do Direito e, conseqüentemente a própria concepção do que é Direito. É necessário mudar o paradigma dominante na ciência do Direito, pois só assim poder-se-á alterar efetivamente o seu ensino, que é ao mesmo tempo reprodutor e realimentador dos saberes por ela produzidos.

A corrente teórica do novo constitucionalismo latino-americano, insurgente na última década em diversos países andinos, em especial Bolívia, Venezuela, Colômbia e Equador, insere-se nesse contexto como ferramenta capaz de promover a legitimidade popular por meio do envolvimento de atores sociais até então tomados como invisíveis pelos textos constitucionais anteriores, bem como, o comprometimento da então elaborada Constituição, com as demandas sociais reais

postas por populações historicamente relegadas de seus direitos fundamentais. Entende Wolkmer (2013, p. 36) que “[...] mais do que perfilar no âmbito do que se pode denominar de um constitucionalismo andino, trata-se de um novo direito de tipo comunitário plurinacional e descolonial”.

O novo constitucionalismo latino-americano apresenta-se como uma experiência de ressignificação, uma nova forma de pensar o Direito e sustentar outras reflexões no campo da educação jurídica, voltada ao debate sobre alteridade, emancipação, humanização e interculturalidade, reconhecendo e valorizando a pluralidade de saberes.

5 Considerações finais

É fundamental a participação dos estudantes de Direito no processo de construção do conhecimento. Para isso, a educação deve ser capaz de lhes fornecer instrumentos para mudanças nas estruturas sociais, concebendo-os como sujeitos históricos, contribuindo assim para a *práxis* social.

Nesse sentido, somente existirão atores jurídicos comprometidos com a solução dos problemas sociais à medida que, imbuídos numa relação de alteridade, compreendam e respeitem a diversidade que se encontra em cada sujeito ou povo. Essa construção deve se dar desde a academia, desde a base dos cursos de Direito.

A América Latina começa a desvelar um Direito diferenciado, tomando por base a corrente teórica do novo constitucionalismo latino-americano, que respeita, inclui e legitima as particularidades históricas dos povos e sujeitos andinos.

O desafio maior é utilizar a experiência do novo constitucionalismo latino-americano dentro da academia, nos

cursos de Direito, criando espaços democráticos de debate que não se limitem apenas ao processo de ensino-aprendizagem.

Nesse contexto, é preciso romper com a lógica da educação tecnicista, libertando o ensino jurídico para a construção de um novo caminho, qual seja, a educação jurídica com o propósito de renovar a construção dos saberes, com base nas necessidades sociais. Isso pode se dar por meio do intercâmbio das ciências, da interdisciplinaridade e da interculturalidade, do reconhecimento e disseminação dentro do campo amplo da educação jurídica e no processo de ensino, de saberes populares, por muitas vezes relegados, provenientes dos sujeitos históricos de cada região, para que se pense o Direito a partir da realidade social existente e para que o conhecimento seja construído com base nas relações de alteridade, instigando-se de forma mais efetiva a consciência crítica e cidadã dos estudantes.

Referências

ADORNO, Theodor W. *Educação e Emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

ANASTASIOU, Léa das Graças Camargos; ALVES, Leonit Pessate (Org.). *Processos de ensinagem na universidade: pressupostos para as estratégias de trabalho em aula*. 6. ed. Joinville: Univille, 2006.

BISSOLI FILHO, Francisco. Das reformas dos cursos de Direito às reformas do ensino jurídico no Brasil: a importância dos professores e alunos na discussão das reformas e no processo ensino-aprendizagem. *In*: RODRIGUES, Horácio

Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). *Educação jurídica*. 2. ed. corr. Florianópolis: FUNJAB, 2012. (Pensando o Direito no Século XXI; v.2). p. 11-50.

CARNEIRO, Maria Francisca. *Reflexões sobre a epistemologia jurídica contemporânea no Brasil*. RIDB. Ano 2, n. 4, p. 2777-2790, 2013. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_02777_02790.pdf>. Acesso em: 05 set. 2014.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Os intelectuais, o princípio educativo. Jornalismo. Vol. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Edgardo Lander (Org.). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. set. 2005. p. 08–24.

PIMENTA, Selma G. Práxis – ou indissociabilidade entre teoria e prática e a atividade docente. In: PIMENTA, Selma Garrido. *O Estágio na Formação de Professores: unidade teoria e prática?* 10 ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 84-97.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O ensino do direito, os sonhos e as utopias. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: FUNJAB, 2000. p. 15-33.

_____. Avaliação da aprendizagem nos cursos de Direito: velhas e novas possibilidades. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). *Educação jurídica*. 2. ed. corr. Florianópolis : FUNJAB, 2012. (Pensando o Direito no Século XXI; v.2). p. 253-278.

WALSH, Catherine. Interculturalidade Crítica e Pedagogia Decolonial: in-surgir, re-existir e re-viver. *In: CANDAU, Vera Maria (Org.). Educação Intercultural na América Latina: entre concepções, tensões e propostas.* Rio de Janeiro: 7 letras, 2009. p. 12-42.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. *In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas.* Curitiba, Juruá, 2013. p. 19-42.

CAPÍTULO XXVI



A CONSTRUÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO A PARTIR DA Análise Econômica: DA MAXIMIZAÇÃO DA RIQUEZA AO PRAGMATISMO DE RICHARD POSNER

Lyza Anzanello de Azevedo¹

Jéssica Gonçalves²

1 Introdução

O homem sobrevive com os escassos recursos existentes na sociedade, de modo que o seu convívio social ocorre em meio à economia. Dessa maneira, o Direito, enquanto ciência que se propõe reguladora de condutas humanas, não pode mostrar-se alheio ao processo de interdisciplinaridade com os demais ramos do saber científico, especificadamente a economia.

Partindo dessa premissa, tornam-se indissociáveis a área jurídica e a econômica, cujo encontro se dá pelo corpo teórico da disciplina da Análise Econômica do Direito, fundada na

¹ Lyza Anzanello de Azevedo é Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestranda do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Email: lyzabyba@gmail.com.

² Jéssica Gonçalves é Graduada em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Formada pela Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (módulos I e II). Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós Graduada em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pós-Graduada em Direito Aplicado pela Universidade Regional de Blumenau – (FURB). Mestranda do Curso de Direito da UFSC. Email: jessic.goncalves@hotmail.com

aplicação da economia às normas e instituições jurídicas, capaz de expandir o exame das celeumas para além da realidade abstrata da norma.

Nessa senda, o mencionado movimento teórico, ao perceber as diversas mudanças econômicas, alerta o ordenamento jurídico sobre a sua pseudoautonomia como ciência e, propõe uma visão inovadora da construção teórica do direito pela racionalidade lógica formal das escolhas humanas, que leve à maximização dos interesses.

Assim, o presente artigo, não desconhecendo a epistemologia da Análise Econômica, que visa explicar o “que é o Direito” (repercussões do direito sobre os fatos econômicos), e com base no modelo descritivo (positivo) do autor Bruno Salama (2008) propõe, numa abrangência normativa (prescritiva), compreender como “deve ser o Direito” (como o Direito se entrelaça com a maximização da riqueza, eficiência e o pragmatismo), a partir do marco teórico explicativo de Posner (2000, 2007, 2010).

Dessa forma, no primeiro capítulo, serão abordadas as matrizes históricas do surgimento da Análise Econômica enquanto epistemologia prescritiva, bem como sua fundamentação para a construção do direito, no tocante à formulação das leis ou decisões judiciais, como uma ciência autônoma e racional.

No segundo, será apresentada a mutação do pensamento teórico na obra de Richard Posner, desde seu viés utilitarista do direito como instrumento eficiente, quando maximiza a riqueza, até o amadurecimento da sua última obra com a adoção do pragmatismo com outras variáveis na construção do conhecimento jurídico.

Por fim, será demonstrado que a construção do conhecimento jurídico, pelas lentes econômicas, não se traduz

como o único meio de entendimento sobre o direito, mas tão somente como mais uma ferramenta colocada à disposição do pesquisador científico.

2 A construção do conhecimento jurídico pelo viés epistemológico da Análise Econômica

Assim como duas retas paralelas, que muitas vezes quase se tocam sem nunca se encontrarem, estariam o direito e a economia, se não fosse a disciplina da Análise Econômica do Direito.

Embora ainda existam algumas dúvidas quanto ao uso conjunto desses dois campos do conhecimento, uma vez que a Análise Econômica do Direito

[...] tem sido duramente criticada por enfatizar a eficiência e a eficácia das decisões, em detrimento do critério de justiça. A ética da convicção teria sido substituída pela tradição utilitarista da economia [...] (FERRAZ JR.; SALOMÃO FILHO; NUSDEO, 2009, p. 13).

Fato é que o Direito não pode permanecer como uma justiça cega, que não enxerga que o ambiente social ocorre em meio à economia, havendo uma transversalidade nos dois conceitos.

Não é porque a Economia se preocupa em administrar de forma eficiente as decisões humanas frente à escassez de recursos, e que o Direito é uma perspectiva de regular o comportamento humano, que as duas ciências não possam convergir para o aperfeiçoamento do conhecimento jurídico.

Nesse sentido, sem desconsiderar as críticas, o presente artigo prefere considerar a intersecção dessas duas linhas de pesquisa como origem de uma ciência, que amplia a compreensão e o alcance do Direito por intermédio da utilização das ferramentas econômicas, que auxiliam no aperfeiçoamento,

aplicação e avaliação das normas jurídicas e suas consequências (GICO JR., 2010).

Essa interligação, que iniciou ainda no fim da Idade Média com Cesar Beccaria e Jeremy Bentham (Século XVIII), acompanhou a visão crítica de Karl Marx (Século XIX) e Max Weber (Século XX), tornou-se a moderna Análise Econômica do Direito com Ronald Coase e sua obra *The Problem of Social Cost* (1960) e, consolidou-se como disciplina autônoma por meio da obra *Economic Analysis of Law* (1973) de Richard Posner.

O princípio das relações interativas entre o Direito e a Economia, embora incerto, costuma ser atribuído a Beccaria e Bentham (FISCHMANN, 2010). Nesse contexto, enquanto Beccaria abordava os crimes e punições pelo utilitarismo, Bentham adotava o utilitarismo como princípio normativo para reconstrução da política e do direito (BATTESINI; BALBINOTTO, 2010).

Também apontado como possível precursor das relações entre Direito e Economia, porém voltado para a garantia da propriedade privada, Adam Smith discorre em suas obras sobre o aumento da complexidade das sociedades, que gera a necessidade de ampliação do número de leis e regulamentos, os quais não poderão ser excessivos, para que não prejudiquem a dinâmica dos mercados (BATTESINI; BALBINOTTO, 2010).

Nesse período um pouco mais conturbado das relações entre o Direito e a Economia, surgem as concepções de Max Weber sobre essas duas disciplinas, concepções que estão intrinsecamente ligadas à Sociologia e à ideia de abandono do formalismo em detrimento das soluções concretas, com a utilização do sentido econômico ou prático-utilitário das normas para alcançar as expectativas sociais.

De igual forma, o materialismo histórico, defendido por Karl Marx com a estrutura (mundo real) gerando a superestrutura (mundo formal), é mais uma demonstração da união entre o Direito e a Economia (GONÇALVES; STELZER, 2012).

Somente a partir de 1961, com a obra *The Problem of Social Cost* de Ronald Coase, passou-se à moderna Análise Econômica do Direito. Nessa obra, o autor traça as diretrizes do que ficará conhecido como Teorema de Coase, modelo que pressupõe a ocorrência de transações com custos iguais a zero, nas quais a solução eficiente sempre será encontrada. Quanto à convergência entre o Teorema de Coase, predominantemente econômico, e o Direito, discorre Klein (2011, p. 75):

O impacto do Teorema de Coase no Direito é claro. Afinal, o Teorema afirma que existindo direitos de propriedade bem definidos e podendo as partes negociar, a solução eficiente será alcançada, a despeito dos comandos legais. Alguns autores exploram a ideia de um direito com função de criação de um ambiente sem custos de transação. Para outros, o Teorema trás uma refundação do direito de propriedade. Ainda, outros procuram aplicar o Teorema para os mais diversos campos do direito, como o direito de família e o direito penal.

Desse modo, observa-se que a Análise Econômica do Direito

[...] corresponde a uma elaboração teórica que utiliza a ordem jurídica para produção de conseqüências de ordem Econômica, em especial a eficiência [...] (DEL MASSO, 2007, p.156).

Neste momento, faz-se necessária uma breve abordagem do que seria essa eficiência amplamente utilizada e criticada pelos teóricos que estudam a Análise Econômica do Direito, que pode ser entendida pelo autor Wilfredo Pareto (*apud* DOMINGUES, 2011) e pelos autores Kaldor – Hicks (*apud* DOMINGUES, 2011).

A eficiência econômica, estudada dentro da Microeconomia com objetivo de tornar eficientes as trocas de mercadorias entre dois consumidores, baseia-se, inicialmente, no Teorema de Pareto, que considera uma distribuição eficiente de mercadorias a “[...] alocação de bens onde ninguém consegue aumentar seu bem-estar sem que seja reduzido o bem-estar de outra pessoa [...]” (PINDYCK; RUBINFELD, 2005, p. 502).

Diferentemente desse modelo voltado para os possíveis perdedores, desenvolvido por Pareto, o modelo de Kaldor e Hicks observa as mudanças sob a ótica dos vencedores, ou, em outra análise, admite que haja perdedores desde que os benefícios gerados sejam suficientes para compensar as perdas (BITTAR; SOARES, 2004). Comparando os dois modelos, Caliendo (2009, p. 74) afirma que

Para Pareto uma mudança será eficiente se não trouxer perdas para nenhuma das partes, enquanto o modelo de Kaldor-Hicks irá indicar qual oferta que os perdedores estão interessados em realizar capaz de impedir que os ganhadores sejam compensados pela não-implementação da mudança.

Com base nesses conceitos de eficiência, infere-se que a Análise Econômica do Direito é uma metodologia que permite escolher:

[...] dentre as opções de política jurídica, que se apresentem, aos legisladores e aos operadores do direito, de forma a, eficientemente, ser obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem-estar social [...] (GONÇALVES; STELZER, 2007, p. 2).

Por outro lado, a Análise Econômica do Direito também pode ser estudada partindo da descrição do conceito de eficiência e sua prescrição com relação aos valores da justiça, maximização da riqueza e bem-estar.

De modo geral, até porque esse é o objetivo do presente artigo (estudar a epistemologia prescritiva da Análise Econômica), essa dimensão sustenta uma fundamentação econômica à teoria do Direito, para além dos efeitos das normas, também na maximização da riqueza como fundamento ético (objetivo a ser alcançado pelos operadores do Direito) e na visão pragmática (estudo do moderno Estado de bem-estar).

Dessa forma, conforme salienta Salama (2008, p. 9), há duas dimensões epistemológicas das disciplinas Direito e Economia:

É comum destacar duas dimensões, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e à segunda de Direito e Economia Normativo. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar.

E, nesse sentido, embora o conceito de eficiência da norma, à luz de Pareto e Kaldor -Hicks, seja o pano de fundo epistemológico da Análise Econômica em sua forma descritiva, fato é que Posner (2010) não desconhecia esta maneira explicativa, porém, preferiu fundamentar a construção da teoria jurídica pela maneira prescritiva da maximização da riqueza ao pragmatismo.

3 A teoria jurídica: entre a maximização da riqueza e o pragmatismo de Richard Posner

Contemporâneo de Ronald Coase, Richard Posner inicia seus escritos em Análise Econômica do Direito com o

livro homônimo de 1973, tendo “[...] o mérito de sistematizar e expandir a aplicação dos postulados econômicos aos vários ramos do direito [...]” (GONÇALVES; AZEVEDO, 2014), especialmente pelo estudo do que “é o Direito” como ciência normativa (prescritiva).

Nesse sentido, pelo marco teórico de Richard Posner, a epistemologia do entendimento sobre o Direito é prescritiva (normativa), com o escopo de refutar a visão tradicional do direito formalista.

A ideia, portanto, é ultrapassar a concepção do Direito e das normas como fatos sociais para construir o conhecimento jurídico a partir ou, pelo menos, junto à ciência econômica que, “[...] dotada de racionalidade, auxiliará os aplicadores do Direito a alcançar o resultado mais ‘justo’, consequencialista e eficiente.” (CARVALHO, 2010, p. 223).

O movimento, portanto, reformula o conceito jurídico à luz da ciência econômica, questionando os estudos e propondo “[...] um nuevo vocabulário y aporta su peculiar estructura analítica para el examen de los problemas jurídicos aunque que estos no tengan el carácter de econômico [...]” (MERCADO, 1994, p. 34-35). Em outra linguagem, a proposta é a análise dos fatos jurídicos sob o prisma da maximização da riqueza, aplicado ao método da análise da eficiência, fornecido pela economia (TOKARS, 2008).

Dessa forma, a maximização da riqueza como fundação ética para o Direito é uma tese radical de Richard Posner, formulada a partir de uma série de artigos da segunda metade da década de 1970 e, posteriormente, publicados também em 1983, os quais foram consolidados em um livro cujo título é bastante sugestivo, *A Economia da Justiça* (2010) (*The Economics of Justice*), conforme relata Salama (2008, p. 27):

Detalhadamente, as predominantes ideias do genuíno representante do movimento, o juiz Richard Posner, tornam as normas, instituições e os comportamentos jurídicos como fenômenos econômicos, ou seja, como bens escassos afetos à satisfação das necessidades humanas. Segundo o mencionado magistrado, a economia é a ciência das escolhas racionais, orientada para um mundo no qual os recursos são inferiores aos desejos humanos. Nesse sentido, o homem é um maximizador de utilização racional.

Nesse âmbito, a aproximação entre Direito e a teoria econômica, tornando o primeiro racional, conforme os parâmetros da segunda ciência, cria o método de escolha racional de Richard Posner mediante a imposição de um único critério, qual seja, a maximização da riqueza submetida à lógica da determinação dos custos e benefícios em prol da retórica da justiça econômica (GONÇALVES; AZEVEDO, 2014).

Segundo Posner (2000), a economia é a ciência das escolhas racionais, orientada para um mundo no qual os recursos são inferiores aos desejos humanos. Nesse sentido, o homem é um maximizador de utilização racional e as satisfações são aumentadas à medida que os comportamentos são alterados.

Daí porque o autor defende que o papel do operador do Direito, em específico do magistrado, na construção do conhecimento jurídico como fonte decisória, é estabelecer “[...] regras que maximizem a dimensão do bolo econômico, deixando a repartição a cargo da gestão legislativa e executiva [...]” (ALVAREZ, 2006, p. 23), tornando, portanto, a maximização da riqueza a função prioritária do Direito, pois os

[...] instrumentos da economia quando aplicados ao direito não tem a pretensão de predizer o que é melhor, no sentido moral do que deve ser, mas sim do que é eficiente [...] (DOMINGUES, 2011, p. 41).

Portanto, no primeiro momento da carreira posneriana, a construção do conhecimento teórico jurídico encontra fundamento na epistemologia da Análise Econômica do Direito como maximização da riqueza, preferencialmente no papel eficiente do Direito, isto é; de quanto as pessoas estão dispostas a pagar pelo direito alheio ou a vender o seu, numa perspectiva puramente econômica.

Ocorre que, essa perspectiva, segundo os críticos, engessa o arcabouço das normas, substituindo “[...] o estado de direito pelo império dos economistas, rebaixando a hierarquia das leis à submissão completa da lógica do custo e benefício [...]” (ROSA; LINHARES, 2011. p. 21), uma vez que tal teoria despreza todas as outras ciências da sociedade, já que se baseia no método exclusivamente econômico para aplicação do direito. (GONÇALVES; AZEVEDO, 2014).

Assim, repensando a ótica do atendimento ao lema da maximização da riqueza no início dos anos 1990, o pesquisado autor abandona a mencionada ideia, publicando uma obra em que defende o pragmatismo jurídico que, segundo ele

[...] tanto ao defender um papel significativo para a justiça corretiva quanto ao insistir na atribuição de um papel apenas limitado à maximização da riqueza, este livro altera alguns de meus pontos de vista anteriormente publicados. (POSNER, 2007, p. 45).

Analisando a transformação do pensamento do autor, Salama (2008, p. 12) disserta:

Ao “converter-se” ao pragmatismo jurídico, Posner deu novos contornos à noção de que a eficiência possa útil ao Direito. Descartou tanto a noção de que a eficiência seria um critério operativo suficiente para avaliar as questões postas ao Direito, quanto a noção de que a eficiência deveria se sobrepor aos demais valores da sociedade. Em

seu lugar, colocou o problema da maximização de riqueza em um contexto mais amplo, o da jusfilosofia pragmática.

Posner (2010, p. 2) defende o uso do pragmatismo cotidiano em detrimento ao filosófico e afirma que

Não devemos ter medo do pragmatismo ou confundi-lo com cinismo ou com desdém pela legalidade ou pela democracia. Seu âmago é meramente uma tendência em basear ações em fatos e consequências, em vez de conceitualismos, generalidades, crenças e *slogans*.

Logo, na construção do conhecimento jurídico, além da ideia de maximização cultuada pela eficiência do Direito, outras variáveis entram no cálculo jurídico, de modo que a teoria jurídica, enquanto ciência, também teria um fim social.

4 Considerações finais

Reafirmando a escassez de recursos que permeiam a vida em sociedade, foi possível demonstrar a interligação histórica do Direito e da Economia, partindo do utilitarismo de Beccaria e Bentham ao pragmatismo posneriano. Nesse contexto, a economia como fundamento à teoria do Direito ultrapassa os efeitos das normas e reflete na maximização da riqueza e no pragmatismo, utilizando-se da racionalidade econômica para auxiliar os aplicadores do Direito a obterem resultados mais justos, “consequencialistas” e eficientes.

Diante do exposto, foi possível demonstrar a evolução da Análise Econômica do Direito com uma intervenção econômica que não mais atua como âncora a aplicação das leis, nem tem a pretensão de melhorar o Direito, mas, tão somente, torná-lo eficiente, limitando o papel da maximização da riqueza, a qual deixou de ser considerada como função prioritária do Direito.

Não obstante, essa visão transforma-se em novo viés para além da análise abstrata da norma, voltado não para as teorias sobre valores, mas para as relações cotidianas, com objetivo de alcançar o bem-estar social.

Assim, contrapõem-se as duas dimensões epistemológicas do Direito e Economia com a obtenção de uma linha de pesquisa que não se limita a dimensão positiva (descritiva) ou a normativa (prescritiva) para gerar uma disciplina mais completa, que melhor atenda às necessidades de toda sociedade.

Referências

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*. v.9, n.29, p 49-68, jul/dez 2006. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO, Giácomo. A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada: conexões com o estudo da responsabilidade civil no Brasil. *Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Iberian Law and Economics Association (ALACDE)*. Annual Papers (University of California, Berkeley), 2010. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg>>. Acesso em: 16 maio 2014.

BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de Menezes. *Temas de Filosofia do Direito: velhas questões, novos cenários*. Barueri/SP: Manole, 2004.

CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica*. São Paulo: Elsevier, 2009.

CARVALHO, João Henrique Eulálio. Racionalidade Econômica no Direito. *Revista Arquivo Jurídico*. Teresina/PI v. 1, n. 1, jul/dez 2011. p. 223.

COASE, R. H. The problem of social cost. *In: Journal of Law and Economics*. vol. 3. Chicago/IL, out. 1960.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. *In: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coord.). O que é Análise Econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 38-47.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar M. A desregulação dos mercados e as recentes crises econômicas: questionamentos acerca da teoria das expectativas racionais no âmbito da Law and economics. *Boletim de Ciências Econômicas*. Coimbra, v. XLIX, 2006. p. 103-105.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (Org.). *Poder Econômico: Direito Pobreza Violência Corrupção*. Barueri/SP: Manole, 2009.

FISCHMANN, Filipe. *Direito e Economia: um estudo propedêutico de suas fronteiras*. São Paulo, 2010. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*. Brasília, v. 1, n. 1, jan-jun 2010. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>>. Acesso em: 04 jun. 2014. p. 7-28.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *O direito e a ciência econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito*. Berkeley Program in Law & Economics Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE). Annual Papers (University of California, Berkeley), 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direito_intern_everton_goncalves_e_joana_stelzer.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

_____; _____. Eficiência e Direito: Pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. *Revista Jurídica*. Curitiba, v. 1, n. 28, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/50>>. Acesso em: 23 mar. 2014. p. 77-122.

GONÇALVES, Jéssica; AZEVEDO, Lyza Anzanello de. Análise Econômica do Direito: a (im)possibilidade motivacional para as decisões judiciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1. quadrimestre 2014. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 04 jun. 2014.

KALDOR, Nicholas; HICKS, John. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é Análise Econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 38-47.

KLEIN, Vinícius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é Análise Econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 71-77.

MERCADO, Pacheco Pedro. *El analisis economico del derecho uma reconstrucion teorica*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARETO, Wilfredo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia; KLEIN, Vinícius (Coord.). *O que é Análise Econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 38-47.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Tradução Eleutério Prado, Thelma Guimarães. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, p. 502, 2005.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977.

_____. *El análisis económico del derecho*. México. D.F. Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 123.

_____. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law e Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? *Cadernos Direito GV*. Fundação Getúlio Vargas: Escola de Direito de São Paulo, v.5, n.2, março 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

TOKARS, Fábio. *Por uma law and economics tupiniquim*. Estado do Paraná, Curitiba, 13 de janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.marinsbertoldi.com.br/artigos/por-uma-law-and-economics-tupiniquim/>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

CAPÍTULO XXVII



EPISTEMOLOGIA DO PROCESSO JUDICIAL

Luís Fernando Reis¹

1 Introdução

O termo Epistemologia (do grego *epístème* – “ciência”, “conhecimento” – mais “o” mais “logia”) significa:

O conjunto de conhecimentos que tem por objetivo o conhecimento científico, visando a explicar os seus condicionamentos (sejam eles técnicos, históricos, ou sociais, sejam lógicos, matemáticos, ou linguísticos), sistematizar as suas relações, esclarecer os seus vínculos e avaliar os seus resultados e aplicações. (FERREIRA, 1999, p. 780)

Epistemologia – “in. *Epistemology*; fr. *Épistémologie*; al. *Epistemologie*; it. *Epistemologia*” (ABBAGNANO, 2012, p. 392) – apresenta, ainda, duas acepções de fundo. Num sentido (na língua inglesa, por exemplo), é sinônimo de gnosiologia ou de teoria do conhecimento. Noutra, é sinônimo de filosofia da ciência. Os dois significados estão estreitamente interligados, pois o problema do conhecimento, na filosofia moderna e contemporânea, entrelaça-se (e, às vezes, confunde-se) com o da ciência.

¹ Luís Fernando Reis é Graduado em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Ciências Contábeis na UFRJ. Graduado em História na Universidade Veiga de Almeida (UVA). Graduado em Filosofia na Faculdade de São Bento do Rio de Janeiro (FSBRJ). Especialização em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Mackenzie. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Professor de História no magistério estadual do Rio de Janeiro. Advogado e Contador autônomo. E-mail: luisfernandoreis@gmail.com.

Num panorama histórico, podem-se considerar quatro momentos como importantes para o surgimento da disciplina Epistemologia. Com Descartes, primeiramente, houve a busca de uma verdade que resistisse a qualquer dúvida, de uma evidência que permitisse a edificação da Ciência sobre ela. A única certeza, porém, que esse filósofo logrou foi a de que ele mesmo existe, mediante o argumento *cogito ergo sum*. As dúvidas que lhe restaram quanto à existência de tudo, além dele, deixaram uma ciência fundamentada sobre a metafísica.

Já Kant, num segundo momento, prendeu-se à distinção entre a metafísica e as ciências naturais, que têm seu conhecimento factível mediante os sentidos. A metafísica dá a possibilidade de pensar sobre seus objetos, mas não conhecê-los, vez que são imateriais.

Num terceiro momento, Auguste Comte, considerado pai do Positivismo, descarta a explicação da realidade pela metafísica. Para ele, a ciência deve pautar-se no empirismo, ocupando-se somente dos fenômenos positivos por intermédio de observação e experimento.

O quarto momento a ser considerado no surgimento da Epistemologia é o da crise da Ciência Positiva, quando passaram a surgir teorias contraditórias, que podiam ser aceitas simultaneamente do ponto de vista empírico, não se podendo decidir qual a verdadeira. Essa crise gerou uma consequência importante: o retorno da Filosofia, pois, a partir dela, era a Ciência que precisava ser repensada.

No que diz respeito ao desenvolvimento da Epistemologia, é importante citar algumas das principais ideias que contribuíram para a sua evolução, uma vez que esses pensamentos norteiam os conceitos do que é hodiernamente aceito como ciência e válido socialmente como verdade.

No Círculo de Viena, ocorrido nesta cidade entre os anos de 1922 e 1936, buscava-se alcançar uma concepção puramente científica do mundo. Em muitos aspectos, os filósofos que dele participaram eram continuadores do pensamento de Conte. Tinham a intenção de definir se enunciados poderiam ou não ser considerados como ciência. Para tanto, eles deveriam ser passíveis de verificação empírica. Tal disciplina filosófica, o Positivismo ou Ciência Positiva, constituiu o que logo foi denominado epistemologia.

Karl Popper (1993, p. 51) desenvolveu na sua obra o método hipotético dedutivo:

O qual toda investigação começa a partir de uma intriga, um vestígio; depois, é criada a hipótese; posteriormente, uma constatação com hipótese *ad hoc*, ou seja, para que uma teoria seja considerada válida, ela deve ser refutada por outras teorias, de forma que, para que uma ideia possa ser considerada científica, deve ser cogitada ao menos uma experiência que tente provar sua falsidade, sua refutação deve ser ao menos imaginável.

O físico e filósofo norte-americano Thomas Kuhn (1922-1996), crítico de Popper, em sua obra *A função do Dogma na Investigação Científica* diz

Que a ciência deve ir progredindo, acumulando conhecimento de forma arquetônica. Nem paradigma derrota o outro; o anterior apenas acumularia contestações negativas e seria substituído por outro. Nenhum paradigma resolve todas as questões que se apresentam. (KUHN, 2012, p. 45).

Já Paul Feyrabend (1924-1994), cuja principal contribuição foi sua obra *Contra o método*, desenvolveu a sua teoria sobre a ciência afirmando “[...] que o progresso desta não se dá por acumulação linear do conhecimento, mas, sim, de forma anárquica.” (FEYRABEND, 2007, p. 306).

2 A epistemologia e o pensamento jurídico

A partir da epistemologia, é comum, no pensamento jurídico, quando se menciona a “ciência do Direito”, fazer-se referência à dogmática jurídica, que é um conceito tradicional.

Segundo a definição dada por Bielsa (1961, p. 69), a dogmática jurídica é disciplina científica que tem por objeto o ordenamento sistemático dos conceitos jurídicos, levando-se em conta que se forma de “[...] acordo com os preceitos científicos e técnicos”.

Portanto, a dogmática jurídica apresenta-se como a tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem formular nenhum juízo de valor sobre ele, convertendo-o em mera ciência formal, segundo Bielsa (1961, p. 71).

De acordo com o pensamento de Bielsa (1961, p. 70), a dogmática jurídica partiria do pressuposto de que é possível descrever a ordem legal sem nenhum tipo de referências de caráter sociológico, antropológico, político e econômico. Seria mera ciência lógico-formal dedicada ao estudo exclusivo das normas legais. O texto legal é o dado imediato do qual parte o jurista em seu trabalho científico.

Segundo o conceito tradicional, o “homem jurídico” tem pensamento jurídico, que gera a ciência do Direito; esta, por sua vez, torna-se a dogmática jurídica, representada pelos códigos e pelas leis.

A dogmática jurídica requer um trabalho de lógica e de técnica jurídica, através do qual se realizam operações de análise e síntese, de dedução e indução, que resultam numa série de conceitos e princípios por meio dos quais se obteria uma interpretação clara das regras legais integrantes do Direito positivo. Segundo definição dada por Coelho (2003, p. 171),

A Dogmática Jurídica é uma forma de conhecimento teórico e prático acerca do “Direito” predominante no mundo europeu e espalhado pelo mundo em virtude do colonialismo e após o advento do Estado Moderno. Caracteriza-se pela “aceitação da normatividade revelada nas expressões semiológicas do direito, em especial no discurso normativo da legislação, como ponto de partida e núcleo de convergência dos respectivos atos de conhecimento.

O sentido comum teórico orienta e contribui para a formação de todo o conhecimento científico, originando os condicionantes e determinantes da atividade científica e de seu produto. Tal sentido não só compreende a ideologia, mas também abarca todos os demais componentes do conhecimento, derivado das diversas disciplinas sociais. Surge do saber acumulado e da experiência histórica, mas como produto de uma atividade cognoscitiva deliberada. Nunca aparece, porém, como um saber explicitamente tematizado.

A dogmática jurídica praticada como ciência limita, *ab initio*, e inclui seu campo de investigação ao direito positivo vigente. Com essa premissa fundamental, a dogmática não pode produzir outro conhecimento que, tautológico ou autorreprodutor, não permita o avanço científico; ela define regular e controlar o comportamento, evitar, no possível, os conflitos e resolver os problemas.

É por isso que a dogmática teve que recorrer, ainda que de forma velada, e nem sempre confessada, a outros domínios cognoscitivos para poder dar cumprimento a seus objetivos. Apelou à razão, à história, ao interesse protegido, ao fim do Direito, à natureza do homem, à função social e à justiça, em busca de sua revitalização.

3 Dogmática e epistemologia

Os juristas, em regra, aceitam sem discussão que sua atividade é científica. Os dogmáticos afirmam ter a cientificidade como característica de suas atividades, já que estariam baseadas em raciocínios lógico-demonstrativos. Contudo, epistemologicamente, isso é inaceitável, pois o discurso jurídico é persuasivo, e não demonstrativo. Os dogmáticos, que formulam uma teoria geral do direito, expressam-na com os atributos de axiomatização e cientificidade, com a afirmação de que o raciocínio jurídico amolda-se às regras da lógica estrita e formal, buscando recobrir a atividade teórica do Direito com a auréola prestigiosa que as atividades científicas têm. Buscam obter, assim, um efeito de objetividade dos juízos de valor, dos argumentos persuasivos e dos tópicos.

A Epistemologia, hoje, questiona tais critérios, assumindo-os como pressupostos metodológicos deformantes, enquanto se apresentam às meras opiniões como axiomas, postulados ou dogmas, ideológica e politicamente determinados e metodologicamente discutíveis, sobre questões, problemas e conflitos jurídicos, que não podem ser logicamente enquadrados, mas racional, emotiva e ideologicamente valorados e decididos, não apenas com a presença das normas, teorias e princípios da dogmática jurídica, mas também com a do sentido comum teórico. A epistemologia deve estender seus domínios sobre ambos.

É verdade que se pode obter um raciocínio jurídico com base em regras de lógica estrita. O que resulta duvidoso é se esse tipo de raciocínio é eficaz, recomendável ou alcançável em um discurso prático de Direito.

Quando, no Direito, fala-se de uma atividade científica, em regra faz-se referência ao trabalho da dogmática jurídica.

E, o que se entende? É uma atividade que tem a pretensão de estudar, sem emitir juízos de valor, o direito positivo vigente. É a pretensão de elaborar uma teoria sistemática do direito positivo. Essa prática pretendidamente objetiva e rigorosa que, através de uma elaboração racional das normas vigentes, explicita sua coerência, busca organizar e mostrar a estrutura lógica inerente ao Direito positivo. Dando-se através da elaboração de um método adequado, poderá descrever, sem nenhuma referência ideológica, a ordem legal, à margem de suas, às vezes, aparentes incoerências e compromissos políticos.

A dogmática é uma atividade que não só acredita produzir um conhecimento neutralizado ideologicamente, mas também desvinculado de toda preocupação, seja de ordem cultural, sociológica, antropológica, econômica e/ou política. Por outro lado, os dogmáticos se desinteressaram, quase que completamente, pela construção de uma teoria geral que lhes servisse de suporte, portanto existem tantas dogmáticas quantos ramos do Direito.

As teorias jurídicas tradicionais, jusnaturalismo, juspositivismo e materialismo marxista, adquirem, então, o *status* de racionalização ideológica, através da qual se explicitam as duas funções básicas da ideologia: o controle social e a reconstrução cognoscitiva. Para cumprir com essas funções, o dogmático constrói um discurso aparentemente científico, mas que, no fundo, está impregnado de categorias pseudoexplicativas, que encobrem a cosmologia valorativa com a qual se pretende a reprodução, a manutenção do *status quo*, da ordem social.

Na verdade, a dogmática consegue para o Direito que o valor retórico adquira uma aparência analítica, e o interesse, uma aparência de legalidade. A adesão explícita à ordem legislada serve como fachada para encobrir a função de redefinir

ideologicamente o significado das normas. É evidente que essa reformulação jamais implica a incorporação de soluções contestadoras ao projeto de sociedade jurídica existente.

Mas, como se pode construir uma teoria jurídica que possa assumir os riscos da ideologia? Primeiro, mediante a passagem de uma consciência ingênua a uma consciência crítica do Direito e da Sociedade à que o Direito serve; segundo, mediante a passagem de um condicionamento explicativo como natural e inevitável a um entendimento da realidade como problema suscetível de mudanças valorativamente comprometidas.

Essa segunda perspectiva, que fundamenta as contradições dos discursos míticos, metafísicos ou substancializados da realidade em relação a essa mesma realidade, daria conta das representações imaginárias vinculadas ao Direito. Pretenderia a constituição de uma teoria de ideologias. Buscaria elaborar um instrumental com o qual se poderia abrir o campo teórico para a crítica das próprias teorias jurídicas. A busca por elementos básicos formadores da teoria do direito é o acontecimento teórico que, todavia, aguarda sua concretização no campo do Direito.

Com Kelsen (2000), inicia-se uma etapa muito importante. Sua concepção epistemológica do Direito não permitiu consolidar o valor de uma teoria geral em relação à atividade dogmática, mas conseguiu colocar pedras angulares de um trabalho epistemológico.

Precisa-se, na verdade, de uma ruptura para que a atividade epistemológica elabore uma teoria crítica do Direito, que não seja apenas uma reconstituição crítica, mas acrítica, autônoma e independente, com relação à realidade social.

As novas preocupações e caminhos que podem ser trazidos pela Epistemologia e pela metodologia são assimiladas

como preocupações contemporâneas de uma teoria geral ou de uma filosofia jurídica.

4 Metodologia

As incidências da filosofia analítica nos estudos jurídicos colocaram em questão as insuficiências com que o conhecimento jurídico apresenta seu objeto. Acentuando os problemas de linguagem, renovam-se as exigências de uma epistemologia jurídica principalmente voltada para a enumeração dos requisitos que legitimam um discurso como científico. A dogmática jurídica começou, então, a ser questionada como conhecimento jurídico, com base em um conhecimento paradigmático empregado como critério de legitimação. A partir da crítica desse saber predominante, a Epistemologia teria a missão de construir um sistema unitário e rigoroso sobre as normas e as teorias com que se pretende descrever a dogmática como uma ciência.

Sua metodologia tem como preocupações básicas: a) as condições de objetividade: o empirismo considera que uma determinada disciplina satisfaz a exigência de objetividade quando consegue organizar o conhecimento vulgar, acrescentando-lhe, no interior de um discurso, controle e rigor lógico. Essa objetividade estaria dada pelo processo de transformação de um conhecimento pré-científico em científico, pela transformação de uma linguagem ordinária em uma linguagem consistente; b) as condições de autonomia de um objeto teórico: a objetividade deve ser substituída pela objetivização e o objeto de conhecimento é construído a partir do conhecimento e apenas condicionado pela realidade.

Todo processo que descreva a produção de um objeto de conhecimento vai, portanto, desde um sistema complexo de pensamento até a experiência imediata. Os atos de produção do

conhecimento, dessa forma, implicam o enfrentamento dialético com a história do pensamento científico.

5 Debate em torno da epistemologia no processo

A filosofia começa no assombro. (Platão).

As pessoas podem submeter qualquer campo da atividade humana a um questionamento essencial, ou seja, a uma contradição, outro modo de dizer que pode haver filosofia para qualquer coisa.

Os operadores de Direito constantemente se referem à culpa, à inocência, à justiça, ao julgamento imparcial. Mas, ao se questionar “Quando se fala de justiça, tem-se em mente o mesmo que o político ao falar de justiça social, ou algo diferente?”, começa-se a fazer Filosofia do Direito.

É importante compreender que, quando o filósofo do Direito pergunta “Que é Direito? O que é o princípio de ser livres?” ele não está apenas pedindo uma definição da palavra. Se quisesse apenas isso, poderia consultar dicionários, códigos, jurisprudência e, até, a Constituição. Porém, sua pergunta vai muito além: ele busca uma compreensão bem mais profunda do conceito, de como o Direito realmente funciona no pensamento e na vida, dos outros modos como também pode ser usado, dos possíveis perigos de seu uso – dependendo da posição de cada filósofo, de como se relaciona ou poderia relacionar-se com outros conceitos-chave do Direito.

Além de questões sobre o mundo, os filósofos indagam acerca da natureza da percepção, da experiência e do entendimento humanos.

Assim, no que tem de mais básico, a Filosofia desenvolveu-se de tal modo que duas questões fundamentais residem em seu núcleo:

- a) “Qual a natureza de tudo quanto existe?” – a investigação em torno da questão acerca do que existe e da natureza da existência constitui o ramo da Filosofia conhecido por Ontologia, um ramo da metafísica;
- b) “Como se pode, se é que se pode, saber?” – a investigação acerca da natureza do conhecimento e daquilo que se pode, e se se pode, saber chama-se Epistemologia. Pode-se dizer que, na prática, é o ramo dominante da Filosofia.

O desenvolvimento de ambas, Ontologia e Epistemologia, ao longo dos séculos – e de todas as questões subsidiárias delas derivadas – constitui o curso principal da história da Filosofia. Para a Epistemologia, correm todos os afluentes importantes, como a Moral, a Filosofia Política e a Filosofia da Ciência.

6 Considerações finais

A Epistemologia enfrenta constantemente questionamentos e desafios diante do avançar das ciências e dos saberes em geral. Portanto, é uma tarefa para o futuro construir uma Epistemologia que encare o estudo da metafísica das práticas metodológicas do pensamento.

A Epistemologia Jurídica, por consequência, é o estudo da ciência do Direito. Mesmo assim, há uma discussão entre os juristas sobre se o Direito é ou não uma ciência, e, sendo, quais são suas principais características. Alguns afirmam que a sistematização lógica, por si só, já outorga que o Direito seja uma ciência; afirmativa com a qual aqui se concorda. Mas há os que contradizem essa afirmação.

A razão humana ainda não conseguiu chegar a uma solução satisfatória com a qual todos possam concordar. Há as alternativas clássicas: idealismo ou realismo? Racionalismo ou positivismo?

Aceitando essa situação pouco confortável, o recinto da pesquisa poderia ser abandonado. Mas, essa não é melhor decisão, pois o homem, na essência, é um filósofo dotado de razão para procurar a razão das coisas, ou seja, para achar uma explicação profunda, geral e exaustiva, uma explicação filosófica.

Assim, sobre todos os aspectos da realidade e sobre todos os setores do conhecer e do agir, será preciso continuar a filosofar mesmo no futuro. E, no futuro, como no passado, serão obtidos resultados alternativos.

Por derradeiro, acredita-se que a Epistemologia Jurídica ou a Metodologia deva prosseguir evoluindo em conformidade com as transformações econômicas, sociais, culturais, apropriando-se de conceitos de pessoas, da sociedade e do próprio Direito. Há que se “evoluir” em relação aos métodos empregados pelo Direito em sua caminhada epistemológica.

Referências

ABBAGGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 6. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

BIELSA, Rafael. *Metodologia Jurídica*. Santa Fé, Argentina: Editora Castellvi S.A., 1961.

BUCKINGHAM, Will *et al.* *O Livro da Filosofia*. Tradução Rosemarie Ziegelmaier. Revisão Hebe Ester Lucas. São Paulo: Globo, 2011.

- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FEYRABEND, Paul. *Contra o Método*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny da Mota. 1.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed . São Paulo: Edições Martins Fontes, 1998.
- KUHN, Thomas. *A função do Dogma na Investigação Científica*. Eduardo Salles O. Barra (Org.). 1.ed. Curitiba: UFPR – SCHLA, 2012.
- MACHADO NETO, Antonio Luís. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva 1975.
- MAGEE, Bryan. *História da Filosofia*. Tradução Marcos Bagno. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.
- MONDIM, Batista. *Introdução à Filosofia*. Tradução J. Renard. 18. ed. São Paulo: Paulus, 1980.
- POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 3.ed. São Paulo: Cultrix, 1993.
- REALE, Giovanni. *História da Filosofia*. v.3. Do Romantismo até nossos dias. 8. ed. São Paulo: Paulus, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

CAPÍTULO XXVIII



NOVOS HORIZONTES EPISTEMOLÓGICOS NO ENSINO JURÍDICO: APORTES DA TEORIA DA COMPLEXIDADE E DA TRANSDISCIPLINARIDADE PARA SUPERAÇÃO DA CRISE EM PESQUISA JURÍDICA

Luís Marcelo Mendes¹

Jerônimo Siqueira Tybusch²

1 Introdução

O ensino jurídico, no Brasil, atravessa um momento conturbado em que mudanças são necessárias para suplantar a crise pedagógica instaurada. O processo de fragmentação do conhecimento, instaurado por Descartes (1973), influenciou sobremaneira todas as áreas do conhecimento.

¹ Luís Marcelo Mendes é Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria na Linha Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade (2013). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pela Universidade de Passo Fundo (2010). Graduado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2007). Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – Campus Carazinho, RS. Email: mendesczo@gmail.com.

² Jerônimo Siqueira Tybusch é Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor Adjunto no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSM). Professor do Programa de Pós-Graduação em Tecnologias Educacionais em Rede (PPGTER/UFSM). Mestre em Tecnologias Educacionais em Rede. Coordenador do Curso de Direito Noturno da UFSM. Email: jeronimotybusch@ufsm.br.

Na ciência do direito, Kelsen (1998) desencadeia o processo de compartimentalização, a partir da instauração da matriz normativista positivista. Esse processo acaba por afastar o ensino jurídico da realidade social, pois esse aporte metodológico prima pela aplicação da norma em detrimento da realidade social.

Para tentar suplantar uma problemática complexa, é preciso repensar os mecanismos de solução dessas controvérsias. Nessa linha de ideias, o direito necessita adaptar-se para responder a essa gama de novos direitos, produtos dessa sociedade. Para tanto, é necessário repensar a matriz racionalista sobre a qual se assenta, no sentido de buscar novos aportes metodológicos para a resolução dos problemas oriundos de uma sociedade complexa. Sob o aspecto metodológico, o artigo vale-se do método dedutivo para realizar uma análise ampla, bem como procura elencar aspectos relevantes acerca do fenômeno pesquisado. Aportes dialéticos findaram o processo de análise, uma vez que é preciso confrontar as práticas metodológicas que são a gênese e a possível solução do problema.

Num primeiro momento, serão delineados alguns apontamentos sobre aspectos relevantes que deflagram a crise no ensino jurídico e seus consequentes desdobramentos na pesquisa. As práticas pedagógicas implantadas sobre uma matriz racionalista, atrelada à Matemática e à Geometria para a busca de uma verdade científica absoluta, acabam por compartimentar o conhecimento e afastá-lo da realidade social. Posteriormente, será realizado um diagnóstico acerca do método científico dominante e sua influência na formulação do conhecimento absorvido pela ciência do Direito. Será demonstrado o enclausuramento do Direito frente outras áreas do conhecimento no intuito de buscar respostas para os problemas complexos que assolam a sociedade, em especial, devido ao positivismo instaurado por Kelsen (1998).

Por fim, é feito um breve exame acerca da teoria da complexidade e da transdisciplinaridade, que vem contrapondo-se à teoria hegemônica de compartimentação dos saberes. Esse aporte metodológico apregoa uma reorganização dos saberes no sentido de superar os velhos dogmas acadêmicos, que foram baseados numa matriz racionalista de pensamento. Dessa forma, espera-se alterar as estruturas nas quais a ciência jurídica está sedimentada.

2 As mazelas do ensino jurídico brasileiro

A educação tem como função primordial aprimorar o conhecimento humano no intuito de transcender as diferenças e suplantar as desigualdades sociais. A educação deve atuar como prática libertadora, mas os métodos pedagógicos de aprendizado têm refletido uma concepção “bancária” de educação, em que o processo de “ensinagem” figura apenas como “[...] ato de depositar, de transferir valores e conhecimentos, não se verifica nem pode verificar-se esta superação [...]” (FREIRE, 1987, p. 59) no contexto educacional.

É possível perceber que essas práticas pedagógicas estão em sintonia com um sistema educacional que não permite a emancipação do educando e funciona apenas como instrumento para a replicação de métodos de ensino ultrapassados, com objetivo de assegurar/facilitar a manutenção do *status quo*. Os métodos tradicionais de ensino, que compartimentalizam o conhecimento, não condizem com contexto social, pois não atendem os anseios de uma sociedade complexa.

Na perspectiva de Althusser (2007), a escola reflete e reproduz a ideologia dominante. Os educadores, na maioria das vezes, não questionam as práticas educacionais propostas, contribuindo para a perpetuação da representação ideológica da

escola como aparelho de controle social, a serviço da ideologia dominante. O modelo pedagógico dominante afasta o ensino da realidade social e se irradia por todas as áreas do conhecimento, atingindo também o ensino jurídico. O processo de ensino acaba sendo comprometido pela visão ideológica dominante, e essa condição nefasta acaba por gerar reflexos negativos junto à formação intelectual dos sujeitos.

A crise do ensino jurídico no Brasil tem como uma de suas principais causas a forma de produção científica oriunda das Faculdades de Direito. Segundo Mattos e Pereira Neto (2007), esse colapso é deflagrado por dois fatores: o primeiro constitui-se na incompatibilidade dos métodos tradicionais de ensino jurídico frente às necessidades impostas por um mercado em constante processo de transformação. O segundo ponto tange o exaurimento da prática expositiva do processo de “ensinagem”, com a abordagem do docente centrada em “[...] conceituações dogmáticas abstratas de uma perspectiva essencialmente dedutivista [...]” (MATTOS; PEREIRA NETO, 2007, p. 02), que não reflete a realidade social.

As defasagens nas *práxis* pedagógicas no ensino jurídico florescem no paradigma racionalista-positivista. Essa metodologia científica possui sua gênese em Descartes (1973), o filósofo que desenvolveu um novo aporte epistemológico para a investigação científica a partir do método cartesiano, que consiste no ceticismo metodológico – *Cogito, ergo sum*. Descartes (1973) instaurou a dúvida: a incerteza é essencial para a ciência, uma vez, que para o filósofo, só existe aquilo que puder ser provado. Assim, ele inaugura a matriz racionalista moderna de pesquisa, indubitavelmente conectada à Matemática e a Geometria.

O modelo racionalista-positivista tem como traço marcante o reducionismo. É necessário fracionar o conhecimento, simplificando, assim, o fenômeno ou objeto pesquisado a fim de explicá-lo.

[...] o positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia de ordem sobre o caos tanto da natureza como na sociedade. [...] a ciência moderna e o direito moderno são as duas faces do conhecimento-regulação. (SANTOS, 2002, p. 141).

Na ciência jurídica, Kelsen (1998, p. 296) conjectura a existência de uma norma fundamental, que seria “[...] a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa”. Para atingir seu intento, o filósofo faz uso do mesmo método das ciências exatas nas ciências sociais, no intuito de comprovar a sua teoria. Com essa construção teórica, ele “expulsa” os fenômenos sociais do processo de interpretação da norma jurídica..

Essa matriz teórica exerce uma influência poderosa no universo jurídico, pois, ao reduzir a complexidade dos fenômenos jurídicos, o Direito tem apenas a norma jurídica positivada³ como mecanismo de orientação para a produção da justiça. Essa pureza metodológica causa reflexos no ensino jurídico das faculdades. O educador acaba por reproduzir o conhecimento posto, pois “[...] pensar autenticamente é perigoso.” (FREIRE, 1987, p. 61). O *déficit* no processo de aprendizagem recai sobre o discente.

Existe um descolamento entre a norma jurídica e a realidade social para a qual a norma fora criada, e o ensino jurídico tradicional não consegue acompanhar as transformações sociais, no sentido de lidar com uma nova gama de conflitos sociais oriundos desse novo modelo de sociedade.

³ Para Bobbio (1995, p. 135, grifo do autor), “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 *avaloratividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fatos* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão desses últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízo de fato.”

A educação jurídica é permeada por práticas anacrônicas, das quais se utiliza para tentar suplantar a complexidade dos problemas da sociedade moderna, por meio de técnicas calcadas num apego exagerado ao normativismo jurídico racionalista, que propaga a sensação de segurança jurídica⁴ para os atores do sistema. Os frutos desse apego às práticas normativistas, aliado ao racionalismo exacerbado, têm produzido uma situação funesta junto ao ensino do Direito. O docente atua como replicador dessas práticas ultrapassadas, numa “concepção bancária” de ensinar, em que “[...] o ‘saber’ é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber.” (FREIRE, 1987, p.62).

O processo de ensinar o Direito acaba por estar mais intimamente ligado ao funcionamento do conjunto de normas e regras de nossa legislação do que aos fatos sociais que essas normas deveriam regular. Essa conduta gera um ensino jurídico desprovido de humanidade, apegado apenas ao formalismo exacerbado, fruto de um sistema jurídico alicerçado na codificação. Assim, “[...] se pretendemos a libertação dos homens não podemos começar por aliená-los ou mantê-los alienados. A educação não pode ser depósito de conteúdos, mas a da problematização dos homens em suas relações com o mundo.” (FREIRE, 1987, p. 67).

A expansão dos cursos jurídicos no país auxilia no processo de precarização do ensino jurídico, em especial, pelo setor privado, pois existe um *déficit* na estrutura pedagógica, já que não raras vezes a preocupação acerca da qualidade no processo de aprendizagem é posta de lado. Esse fato é facilmente constatado

⁴ Para Silva (2006, p. 36), “[...] a busca de segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou da matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino universitário suprimissem o estudo de ‘casos’ preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a ‘norma’, com a eliminação do ‘fato’”.

pelos elevados índices de reprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (HIRONAKA, 2005).

O tema assume um papel de relevância na atualidade. No dia 22 de março de 2013, o Ministério da Educação e a OAB assinaram um acordo de cooperação técnica, a fim de realizar estudos com o objetivo de fundamentar a construção de um novo marco regulatório para o ensino jurídico. O estudo tem o objetivo de aprimorar a qualidade do ensino ministrado pelos cursos de Direito no país (BRASIL, 2013).

Segundo dados do último censo de ensino superior, realizado pelo Ministério da Educação, existem 1,2 mil cursos de Direito em funcionamento, com 800 mil matrículas realizadas no ano de 2013, bem como há 100 cursos de Direito aguardando autorização para funcionamento junto ao Ministério da Educação. Entretanto, o processo de reconhecimento será efetivado somente após a implantação da nova política de regulação, conforme declarações do próprio Ministro da Educação (BRASIL, 2013).

A crise possui raízes mais profundas, conforme se percebe no decorrer dos apontamentos feitos até aqui. Entende-se, com isso, que criação de um novo marco regulatório para autorizar a implantação de novos cursos de Direito trata-se apenas de uma abordagem paliativa para um problema tão complexo.

3 A monocultura do conhecimento na pesquisa jurídica

O Direito é uma ciência social aplicada, e tem, na pesquisa, seu mecanismo de aprimoramento. Nessa senda, a pesquisa social, para Gil (1999, p. 42), divide-se em dois modelos: a pesquisa pura que “[...] busca o progresso da ciência, procura

desenvolver os conhecimentos científicos sem a preocupação direta com suas aplicações e consequências práticas.”, e a pesquisa aplicada, que possui uma proximidade com a pesquisa pura. “[...] todavia, [a pesquisa em si] tem como característica fundamental o interesse na aplicação, utilização e consequências práticas do conhecimento.” (GIL, 1999, p. 43).

É necessário aporte metodológico para o desenvolvimento da atividade de pesquisa. A metodologia consiste na estratégia utilizada pelo pesquisador para coletar, analisar e comprovar a veracidade dos dados pesquisados. Existe uma inúmera gama de métodos investigativos e exploratórios para determinar e ratificar o objeto da pesquisa. Na concepção de Demo (1995, p. 31) “[...] a produção científica é o mundo que a ciência imagina, de certa maneira, ser seu mundo. Há interesse em apresentá-lo perfeito, atraente e acreditável”.

O modelo de pesquisa implantado nas Faculdades de Direito sofre influência da metodologia tradicional. Nessa acepção, “[...] a ciência caracteriza-se por ser instrumentação técnica, de teor formal, com vistas a dominar a realidade, sem, porém discuti-la.” (DEMO, 1995, p.23). Esse modo de fazer ciência permeia os estudos jurídicos, que estão intimamente ligados às práticas formalistas. A ciência jurídica deve

[...] excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente determinar como Direito. Quer isto dizer que ele pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (KELSEN, 1998, p.01).

Essa forma de pensar o Direito enquanto ciência ainda arrebatava um grande contingente de pesquisadores.

O enclausuramento da ciência jurídica associado ao formalismo e ao instrumentalismo gera um conhecimento

limitado, pois exclui o aporte das demais áreas das ciências para se analisar determinado objeto ou fenômeno. Assim, o Direito é transformado num sistema fechado e autômato, que só pode ser compreendido a partir da sua dinâmica interna. (BOURDIEU, 2006). Essa problemática está indubitavelmente associada à prática racionalista, adotada e disseminada pelo método de pesquisa hegemônico, tratado ainda como dogma pela academia. Esse modelo arraigado numa matriz racionalista-positivista de investigação impede a inovação da pesquisa jurídica brasileira, pois está comprometido com “[...] a perpetuação dos métodos analítico-descritivos e hermenêutico-interpretativos de reconstrução dogmática, havendo poucos pontos para abertura e inovação.” (MATTOS; PEREIRA NETO, 2007, p. 05).

Os modelos epistemológicos dominantes em pesquisa jurídica, quais sejam, o modelo analítico hartiano, retomam

[...] em certa medida, a distinção que Kelsen fez em sua teoria do direito entre *ciência normativa* e *ciência casual*, entre *forma* e *conteúdo* e entre *pureza* e *sincretismo*. [...] [De outra banda,] [...] a teoria do direito formulada por Dworkin assume, como seu objeto, *proposições normativas* e não a norma em si mesma, ou o sistema normativo isolado dos fatos sociais ou da dimensão empírica de operações do direito. (MATTOS; PEREIRA NETO, 2007, p. 07-09, grifo do autor).

É sob esses modelos epistemológicos que a academia está estruturada. Dessa forma, a evolução da ciência jurídica dá-se a passos lentos. As instituições reforçam a manutenção de sistema; o sistema de graduação, mestrado e doutorado contribui para evitar essa transformação; o processo de orientação e as bancas ainda estão atrelados aos velhos dogmas acadêmicos – racionalista/positivista/formalista –, coibindo o avanço metodológico (MATTOS; PEREIRA NETO, 2007).

Outro aspecto relevante para a manutenção desse cenário de inércia metodológica diz respeito ao mercado editorial brasileiro, que prima pela editoração de manuais para atender a demanda de alunos dos mais de 1,2 mil cursos de Direito do país, atendendo suas expectativas para a prova da OAB e dos concursos públicos, abordando

[...] discussões abstratas sobre ramos inteiros da dogmática jurídica. Com isso, ao invés de premiar a inovação e o pluralismo, o mercado editorial estimula a reprodução dos mesmos tipos de trabalho prevalentes no passado. (MATTOS; PEREIRA NETO, 2007, p. 19).

A superação dessa crise é tarefa complexa, mas está condicionada à ruptura do atual paradigma científico, o que passa essencialmente pelos bancos acadêmicos. Se

[...] o valor epistemológico dessas grandes verdades for medido por comparação com os conhecimentos falhos que elas substituíram, não há dúvida de que essas leis gerais foram eficazes. Mas já não o são. (BACHELAR, 1996, p. 71).

Faz-se necessário transcender essas práticas exploratórias e “[...] é possível constatar que essas leis gerais *bloqueiam* atualmente as ideias [...]” (BACHELAR, 1996, p.71, grifo do autor), impedindo a elaboração de novos saberes.

É preciso romper com esse modelo hegemônico de “construção do saber”, a fim de abrir espaço para a inovação e o pluralismo metodológico, possibilitando, assim, uma nova fase na construção do conhecimento jurídico. A construção desse novo cenário permitiria a transformação/aprimoramento dos saberes jurídicos, ocasionando, dessa forma, um impacto positivo sobre o modelo de ensino jurídico perpetrado pelas Faculdades de Direito a partir da construção de um conhecimento que aproxime teoria e prática.

4 A teoria da complexidade e da transdisciplinaridade como aporte para a superação da crise no ensino e na pesquisa jurídica

Os modelos de ensino e pesquisa estão intimamente atrelados ao processo de compartimentação do conhecimento. Essa conduta descaracteriza a construção do saber, haja vista a ocorrência de uma limitação da visão acerca do objeto ou fenômeno estudado. Na concepção de Santos (2008, p. 72),

[...] a prática pedagógica tendeu a organizar-se nos moldes da disjunção dos pares binários: simples-complexo, parte-todo, local-global, unidade-diversidade, particular-universal [...]. [Em decorrência disso,] [...] cristalizou-se a subdivisão do conhecimento em áreas, institutos e departamentos, cada qual delimitado pelas fronteiras epistemológicas.

Sob esse auspício, a pesquisa jurídica está condenada a reproduzir, em sua maioria, estudos de reconstrução dos conceitos doutrinários jurídicos, da descrição legislativa e da exposição dos julgados. Essa *práxis* reflete o caráter formalista da produção científica da área jurídica. O rompimento desse processo complexo passa indubitavelmente pela construção de um ensino jurídico capaz de articular os saberes, erigido a partir da teoria da complexidade e da transdisciplinaridade⁵.

⁵ Segundo Santos (2008, p. 71) “[...] a teoria da complexidade e transdisciplinaridade surge em decorrência do avanço do conhecimento e do desafio que a globalidade coloca para o século XXI. Seus conceitos contrapõem-se aos princípios cartesianos de fragmentação do conhecimento e dicotomia das dualidades (Descartes, 1973) e propõem outra forma de pensar os problemas contemporâneos. A fragmentação do conhecimento, que se generaliza e se reproduz por meio da organização social e educacional, tem também configurado o modo de ser e pensar dos sujeitos. A teoria da complexidade e transdisciplinaridade, ao propor a religação dos saberes compartimentados, oferece uma perspectiva de superação do processo de atomização. Como uma teoria pedagógica, a complexidade e a

[...] embora concebidas separadamente, a complexidade (também chamada de pensamento complexo) e a transdisciplinaridade articulam-se. Se vistas separadamente, uma torna-se princípio da outra. (SANTOS, 2008, p. 71).

No intuito de demonstrar a importância epistemológica da teoria da complexidade e da transdisciplinaridade na construção de novos aportes para a produção do conhecimento, em especial, a religação do conhecimento jurídico, será feito uso do fenômeno físico da *paralaxe*. Trata-se da medida da aparente mudança de posição de um objeto observado com relação a um segundo plano mais distante, causando uma mudança da posição do observador, que passa a observar o objeto por outro ângulo e pode mudar a sua percepção sobre ele.

O filósofo Zizek (2008) vale-se desse conceito para desenvolver, em parte do livro, a ideia de que o reconhecimento de antagonismos na ordem social é a maior tarefa de nossos tempos. Apropriando-se desse conceito da física, verifica-se que os fenômenos sociais são multifacetados. No intuito de compreender, de maneira precisa, como fazem as ciências exatas, os cientistas sociais também se valem da utilização de métodos científicos para observar o fenômeno desejado com o objetivo de desvelá-lo dentro de uma lógica cartesiana.

Dessa forma, a objetividade científica é afetada pela lente de observação escolhida pelo pesquisador, em especial, o cientista social, que “[...] lida com fenômenos afetados por [suas] ideologias – religiosas, políticas, filosóficas – e, ideologias são menos abertas a modificações que a ciência.” (BABBIE, 2001, p. 66). Não raras vezes, a posição ideológica do pesquisador acaba

transdisciplinaridade encontram-se ainda na fase de construção, no entanto, já se nota um grande número de educadores que recorrem a seus conceitos, como também se observam núcleos de docentes-pesquisadores nas universidades começando a se organizar nos níveis local e nacional”.

por deturpar a sua visão científica frente ao objeto investigado, uma vez que este está imbuído de uma carga ideológica deflagrada pelo meio ao qual se encontra inserido.

Por meio dessa concepção, é possível constatar que “[...] as teorias científicas nunca são inteiramente justificáveis ou verificáveis, mas que, não obstante, são suscetíveis de se verem submetidas à prova [...]” (POPPER, 1972, p. 44), haja vista as análises feitas a partir da escolha de um método, que dependem da visão do observador para comprovar a sua veracidade (espaço–tempo na observação do fenômeno). Contudo, Morin (2002b, p. 91, grifo do autor) aponta que

[...] não podemos eliminar, para conceber a ciência, o problema das *observações* [...] [uma vez que o pesquisador] [...] pode encontrar em si mesmo e na sua cultura não só uma ideologia de ilusão, mas também ideias de elucidação. [Dessa forma,] [...] [ele] não pode passar sem a investigação dum método para compreender as articulações-chave objecto/sujeito, natureza/cultura, physis/sociedade, que ocultam e rompem os conhecimentos simples. [Nessa perspectiva,] [...] o desconhecido, o incerto e o complexo situam-se precisamente nestas articulações.

Nessa linha de ideias, o Direito necessita se adaptar para responder a essa gama de novos direitos, produtos dessa sociedade complexa. Dessa forma, para tentar compreender a multiplicidade dos fenômenos sociais, é preciso aporte de diversas áreas do conhecimento. “[...] a aptidão para contextualizar e integrar é uma qualidade fundamental da mente humana, que precisa ser desenvolvida e não atrofiada.” (MORIN, 2002a, p. 16). Assim, a teoria da complexidade e da transdisciplinaridade seria fundamental para transcender a visão de fragmentação do conhecimento. Não obstante, é preciso estar atento para a “[...] expansão descontrolada do saber [...]. [...] o conhecimento

só é conhecimento enquanto organização, relacionado com as informações e inserido no contexto destas.” (MORIN, 2002b, p.16).

Para resgatar o caráter autorreflexivo da pesquisa jurídica é necessária uma gama de novos aportes metodológicos para romper o paradigma dominante, agregando desse modo aplicabilidade entre teoria e prática frente ao objeto ou fenômeno analisando. Segundo Santos (2001, p. 200), a universidade isolou-se “[...] numa torre de marfim insensível aos problemas do mundo contemporâneo, apesar de sobre eles ter acumulado conhecimentos sofisticados e certamente utilizáveis na sua resolução”. Na acepção de Morin (2002a, p. 20), é preciso repensar acerca da capacidade cognitiva na elaboração do conhecimento a fim de reorganizá-la. “[...] trata-se de uma reforma não programática, mas paradigmática, concernente a nossa aptidão para organizar o conhecimento”.

Nesse cenário, apenas a inserção de novas metodologias de ensino seriam medidas paliativas, pois a mudança no cenário da pesquisa jurídica é de ordem complexa. Essas transformações afetariam todo o universo jurídico e seus atores, pois envolveriam uma alteração profunda das estruturas pedagógicas das Faculdades de Direito, de modo a contemplar uma *práxis* jurídica que privilegiasse o raciocínio complexo e transdisciplinar em detrimento das práticas formalistas ultrapassadas.

5 Considerações finais

O artigo discutiu a crise do ensino jurídico e seus consequentes desdobramentos no campo da pesquisa. Pode-se constatar que o processo de compartimentação do conhecimento, deflagrado por Descartes (1973), contribui para o avanço da ciência. Entretanto, a sedimentação do conhecimento acaba por afastar o saber, que é produzido através da realidade social.

O normativismo positivista, instaurado por Kelsen (1998), foi determinante para “expulsar” as demais áreas do conhecimento do universo jurídico, além de tentar conduzir a ciência jurídica ao *status* de pureza. Contudo, esse processo levou o Direito a preocupar-se apenas com a aplicação da norma em detrimento do contexto social, no qual se encontra inserido.

O reflexo desse processo desdobra-se no universo da pesquisa jurídica, uma vez que a pesquisa está ligada ao modelo metodológico hegemônico. As pesquisas produzidas, em sua grande maioria, orbitam entre trabalhos atrelados aos métodos analítico-descritivos e hermenêutico-interpretativos, que reproduzem o conteúdo dogmático dominante. Não há espaço para a inovação nem para o pluralismo jurídico. Com isso, a conjectura das instituições corrobora para a manutenção do *status quo*, pois a academia é permeada por práticas anacrônicas de ensino jurídico, em que é vedada qualquer forma de “transgressão” dos dogmas jurídicos. O mercado editorial jurídico é avesso à mudança e segue o padrão posto, acatando a vontade de um mercado ávido por publicações de manuais, que reproduzem a dogmática jurídica a fim de atender às necessidades do exame da OAB e dos concursos públicos.

Por fim, ventilou-se como a teoria da complexidade e da transdisciplinaridade atuaria como mecanismo para auxiliar na superação da crise que se instaurou no âmago do universo jurídico, impedindo que o Direito liberte-se de seus grilhões dogmáticos. Esses novos aportes metodológicos possuem a premissa de religar os saberes, a fim de efetivar a participação de outras áreas do conhecimento, auxiliando, dessa forma, a aproximação do Direito com a realidade social.

Contudo, ainda há um longo caminho a ser percorrido. Faz-se necessária uma mudança drástica nos métodos de

“ensinagem” do Direito, e o primeiro contato dessas novas práticas pedagógicas deve ocorrer com o ensino jurídico, no intuito de que seus reflexos possam ser sentidos dentro do universo da pesquisa. A problemática é complexa, pois depende de ações coordenadas nas áreas de ensino, pesquisa e extensão. Por isso, a ruptura do padrão dogmático hegemônico é necessária para permitir o aporte de novas práticas pedagógicas junto à ciência jurídica e resgatar a humanidade do Direito.

Referências

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Tradução Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 10. ed. São Paulo: Graal, 2007.

BABBIE, Earl. *Métodos de Pesquisas de Survey*. Tradução Guilherme Cezarino. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução Esteia dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de Filosofia do Direito. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL. Ministério Da Educação. *MEC e OAB assinam acordo para aprimorar cursos de direito*. 22 mar. 2013. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=18533>. Acesso em: 02 Jun. 2013.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica e ciências sociais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1995.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. In: René Descartes. Tradução J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 33-81 (Coleção Os Pensadores).

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. Ensino do Direito: dos primórdios à expansão pelo setor privado. In: *Anuário ABEDI*. ano 3, n. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. *A Crise da Pesquisa em Direito no Brasil: armadilhas e alternativas ao formalismo jurídico*. Seminário Sela, Yale Law School, Puerto Rico, 2007. (versão preliminar). Disponível em: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/CaiodaSilvaPereiraandPauloTodescanLessaMattos__Portuguese_.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2013.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002a.

_____. *O Método 1. A natureza da natureza*. 2. ed. Tradução Maria Gabriela de Bragança. Porto Alegre: Sulina, 2002b.

POPPER, Karl Raimund. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta. São Paulo: Cultrix, 1972.

SANTOS, Akiko. Complexidade e transdisciplinaridade em educação: cinco princípios para resgatar o elo perdido. *Rev. Bras. Educ.* Online. vol.13, n. 37, p. 71-83, 2008. (ISSN 1413-2478).

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZIZEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Tradução Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

CAPÍTULO XXIX



A PESQUISA EMPÍRICA NO CONHECIMENTO DO DIREITO: RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA

Sergio Roberto Lema¹

1 Introdução

Este artigo objetiva destacar a importância da pesquisa empírica no conhecimento do direito a partir da experiência obtida com a realização de pesquisa de campo e documental, desenvolvida para o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em parceria com o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), iniciada no segundo semestre de 2011 e concluída em meados de 2012, cujo relatório final foi publicado com o título *Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais no final de 2012*.

Defende-se, aqui, a relevância e a necessidade de pesquisas empíricas e documentais para retratar a realidade social do Direito e entender o fenômeno jurídico como fato social. Considera-se, para análise dos resultados obtidos com esta pesquisa, a prévia experiência em diversos trabalhos de graduação com alunos, em que foram realizadas pesquisas empíricas e/ou documentais; a participação em pesquisa sobre o aprendizado

¹ Sergio Roberto Lema é Mestre e Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Professor de Metodologia da Pesquisa em Direito, Antropologia Jurídica e Sociologia do Direito no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis, mantida pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (FCSF/CESUSC). Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito e Sociedade (GEDIS/FCSF/CESUSC). E-mail: srlema@yahoo.com.br.

político em direitos humanos, a partir das organizações de base em comunidades de periferia da Grande Florianópolis; além de outras atividades com pesquisas empíricas, que constituem um conjunto de experiências que corroboram a hipótese defendida naquelas e nesta pesquisa.

Nesta breve introdução, explicita-se ainda o problema que norteia o presente trabalho e que se coaduna com os objetivos do I Encontro Brasileiro de Pesquisa e Epistemologia Jurídica (I EBPEJ), organizado pelo Núcleo de Estudos Conhecer Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (NECODI/PPGD/UFSC), evento em que o presente trabalho foi apresentado, e em que se discutiu como entender a pesquisa no Direito para além da mera compilação de doutrina, isto é, “coleção” de ideias já desenvolvidas por renomados autores, sem padrões mínimos de reflexão crítica, e nem a utilização de instrumentos metodológicos para avaliação de caráter qualitativo e quantitativo dos objetos de pesquisa? Essas produções, que pretendem o *status* de conhecimento científico, em muito se afastam ou carecem do requisito principal da ciência, que é a possibilidade de verificação das informações apresentadas como resultado da pesquisa. É claro, dirão alguns, que a ciência jurídica difere das ciências causais, conforme já explicitado no pensamento kelseniano, porque não precisa de comprovação, já que não utiliza o princípio da causalidade e sim o da imputação. Porém, é possível, insiste-se, pretender desvincular a pesquisa empírica sobre a realidade social do Direito do objeto específico de conhecimento da ciência jurídica?

A essa indagação responde-se aqui, a título de hipótese, afirmando-se que o Direito contemporâneo tanto não pode mais desincumbir-se do conhecimento científico da sua dinâmica na concretude das relações sociais, como também

não pode pretender atingir o *status* de conhecimento científico, mesmo que para alguns o seu objeto principal seja a dimensão jurídico-normativa da conduta humana, desconsiderando-se a dimensão factual e axiológica que o completam e integram dialeticamente, já que o mundo ideal do “dever ser” afirma-se e nega-se antagonicamente, dentro da conflitividade social, em busca de permanentes superações.

A relevância científica da hipótese aqui lançada remedia uma importante lacuna existente no campo do conhecimento jurídico-político da realidade institucional contemporânea, em busca da superação de fundamentações baseadas apenas na intuição própria de sensibilidades, normalmente minadas pelo senso comum para, a partir deste, buscar uma superação dialética que possibilite a reflexão serena e metodológica, própria da atividade científica.

Fora situações excepcionais, que ganham cada vez maior relevância e protagonismo no cenário da construção do conhecimento jurídico, os cursos de Direito do Brasil e os operadores do Direito não têm se interessado pela pesquisa científica de base empírica acerca da realidade social do Direito, isto é, sobre a reflexão metodológica a partir de dados objetivos, que avaliem e questionem os direitos previstos no plano ideal do “dever ser”, como conjunto de normas de natureza eminentemente dogmática, mediante seu confronto com informações obtidas pela pesquisa documental e/ou empírica.

Portanto, para um eficaz diagnóstico da real situação do direito e seu contraponto com os objetivos previstos em lei, resulta fundamental e indispensável a realização de pesquisa empírica. A única maneira de tomar medidas legislativas e/ou administrativas certas em termos de políticas públicas é o prévio diagnóstico de situação com base em pesquisa científica,

caso contrário, a realidade continuará sendo substituída pelo mundo ideal da norma, bem como se estará a reproduzir o *déficit* crônico do conhecimento jurídico, que pretende o *status* de ciência.

A abordagem aqui proposta vale-se da seguinte dedução: se a ciência social moderna não pode abrir mão de pesquisa empírica e/ou documental, utilizando instrumentos metodológicos que possibilitem avaliações quantitativas e qualitativas dos dados obtidos, e o Direito contemporâneo pretende o *status* de conhecimento científico, na condição de ciência social aplicada, esse tipo de conhecimento não pode continuar em segundo plano, relegado à condição de acessório ou auxiliar da ciência jurídica.

Como método de procedimento, destaca-se a reflexão baseada em síntese provisória da experiência, conforme já adiantado, de pesquisa documental e empírica, desenvolvida para o Ipea no segundo semestre de 2011 e primeiro de 2012. Além da técnica documental e empírica, este trabalho também se vale de consulta bibliográfica de material específico, que destaca a relevância do tema proposto.

2 Breve contextualização teórica

Sobre os tipos de pesquisa desenvolvidos nos cursos de Direito, cabe citar a esclarecedora classificação proposta por Rodrigues (2005, p. 276):

[...] pode-se realizar pesquisa técnico-profissional (busca de argumentos), pesquisa escolar-acadêmica (levantamento, organização e sistematização do conhecimento acumulado) ou pesquisa científica (produção de conhecimento novo).

Importa também destacar a necessidade do desenvolvimento de maior quantidade de pesquisa científica da natureza empírica no conhecimento do Direito, já que, conforme crítica efetuada por Rodrigues (2005, p. 279),

Na pesquisa jurídica, em regra geral, a realidade sequer existe. É confundida com a descrição presente nos autos do processo, com a norma positivada ou um ideal vago de justiça. É a formalização do real. Positivismos, jusnaturalismos e teorias críticas se perdem em uma explicação do real pela idéia. Parece que os juristas têm medo do mundo concreto.

A preocupação inicialmente levantada encontra terreno fértil no objeto de estudo proposto pela Sociologia do Direito e continua a atestar a necessidade de novos estudos sociológicos sobre o Direito e as instituições jurídicas, como salienta Arruda Jr. (2001, p. 91):

À sociologia do direito, como campo do conhecimento teórico, não é dada a tarefa primeira do discurso normativo. Cabe à sociologia do direito, principalmente, oferecer modelos compreensivos sobre referenciais empíricos a serem utilizados nas ações sociais [...] No caso dos operadores do direito, a sociologia jurídica fornece ricas possibilidades analíticas orientadoras de ações sociais voltadas à construção de alternativas positivas à racionalização do direito.

Também, sobre a necessidade de identificar o estatuto epistemológico da Sociologia do Direito, esclarece Sousa Jr. (2002, p. 145) que:

Da contraposição entre o direito oficialmente instituído e formalmente vigente e a normatividade emergente das relações sociais; da distinção entre a norma abstrata e fria das regras que regem os comportamentos e as normas concretas aplicadas pelos juízes; tem se acentuado a necessidade de se compreender novas condições sociais e novas

condições teóricas, aptas a reorientar o conhecimento do direito e a atuação daqueles que o operam.

Dessa maneira, em busca de informação obtida a partir de pesquisa empírica, que verifique ou refute o discurso jurídico oficial sobre a prestação jurisdicional, é que surge, como primeiro grande tema da sociologia dos tribunais, os obstáculos para o efetivo acesso à justiça, principalmente quando se está a falar de classes populares, isto é, estratos econômicos de baixa renda que procuram o Poder Judiciário para resolver uma demanda de natureza jurídica.

Nesse aspecto, o papel específico da Sociologia do Direito, nas palavras de Arruda Jr. (2001, p, 93),

[...] parece ter nesse campo da relação entre validade das normas e efetividade (eficácia social) um terreno a ser cultivado, mesmo porque se trata de domínio mais propício a oferecer conhecimentos teóricos sobre o nível empírico-prático de relevância imediata para os profissionais do direito, tanto sob o ponto de vista da situação particular de técnicos, como da condição social de cidadãos.

Assim, percebe-se a importância do papel desempenhado pela pesquisa empírica em Sociologia do Direito para o entendimento dos verdadeiros desafios que as instituições jurídicas enfrentam na sua relação com o público destinatário da norma e titular de direitos. Sobre esse assunto, na perspectiva da construção de uma fundamentação ética e hermenêutica, entendida como alternativa para o Direito, vale lembrar as acertadas ponderações de Gonçalves e Arruda Jr. (2002, p. 106):

[...] Naturalmente, um tal direito exige também uma nova ciência jurídica, agora compreendida como uma ciência social, normativa e comportamental, uma ciência jurídica cuja teoria da validade seja complementada por uma teoria da eficácia, segundo a qual os conteúdos normativos a serem aplicados pela jurisdição ou

observados pelos destinatários mantém um compromisso mínimo com os interesses integrativos e incorporativos da sociedade [...].

Ainda sobre a relevância de pesquisas que indaguem acerca da eficácia no âmbito da Sociologia do Direito, afirmam os mesmos autores que

A problemática eficaz, encarada assim como o principal horizonte de preocupação da sociologia jurídica, permite repensar as relações e a complementaridade entre a ética e o direito desdobradas em dois âmbitos analíticos inter-relacionáveis: a criação/aplicação do direito pelas instituições e sua observância pelos destinatários. Aceitando-se esse desdobramento, o campo de pesquisas de uma sociologia da eficácia enquanto aplicação pode ser concebido, entre outros, como o de uma sociologia dos tribunais e da organização da Justiça [...] (GONÇALVES; ARRUDA JR., 2002, p. 316-317).

Feitos breves destaques do papel e da relevância da pesquisa empírica no conhecimento do Direito, em particular como âmbito privilegiado de trabalho da Sociologia do Direito e, especificamente, como Sociologia Judiciária ou do sistema de justiça, cabe, na continuação, o relato de como o tema aqui proposto teve momento de concretização durante a pesquisa desenvolvida para o Ipea.

3 Alguns aspectos da metodologia de pesquisa sobre o acesso à justiça nos juizados especiais federais

A teoria de base utilizada para o desenho do projeto, posterior elaboração dos instrumentos de pesquisa e análise de dados na apresentação do relatório final, foi principalmente a obra de Cappelletti e Garth (1988).

A partir dos obstáculos para o acesso à justiça e das ondas da sua democratização, foram desenhadas as seguintes dimensões de análise dos Juizados Especiais Federais (JEFs):

- Diversidade do perfil do usuário
- Abertura a novos direitos/demandas
- Celeridade, presteza, agilidade dos procedimentos
- Prestação de assistência jurídica gratuita e eficácia do *jus postulandi*
- Adequação da estrutura do Judiciário e funcionamento dos outros órgãos do sistema de justiça
- Incorporação de mecanismos informais de solução de conflitos
- Exercício do direito ao duplo grau de jurisdição
- Ampliação da capacidade dos cidadãos reconhecerem seus próprios direitos
- Produção de resultados individual e socialmente justos (ACESSO À JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 20).

O objeto foi dividido em “três grandes eixos de pesquisa: a) demandas judiciais; b) atores relevantes; e c) organização dos juizados especiais federais.” (ACESSO À JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 21).

Ainda, a estratégia metodológica foi pautada por duas grandes linhas de atuação:

ESTRATÉGIA 1: estudo quantitativo a partir de visitas a uma amostra estatisticamente representativa dos juizados especiais cíveis de todo o país. Focos: análise de autos findos; aspecto da estrutura e da organização desses juizados; e perfil de magistrados e servidores.

ESTRATÉGIA 2: estudo qualitativo a partir de visitas a um pequeno subconjunto de juizados especiais federais, incluído aqueles com competência criminal. Foco: os atores e sua percepção sobre o juizado e as condições de acesso à justiça ali presentes. (ACESSO À JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 25).

Cabe informar que, na referida pesquisa, o momento central do trabalho foram a colheita e a análise dos dados de cada região, tanto pelos pesquisadores de campo quanto pelos supervisores técnicos do Ipea e assistentes com atuação em Brasília, que acompanharam o início e retornaram para supervisionar o levantamento de dados no final do campo, na última ou últimas visitas programadas. Além dessa supervisão *in loco*, houve verificação dos dados levantados nas análises de autos através de conferência aleatória de autos acessíveis pela internet no sistema e-proc.

Portanto, vale repetir, a preocupação com a veracidade das informações colhidas em campo foi constante ao longo da realização da pesquisa, e o acompanhamento possibilitou que as projeções realizadas apresentassem margens de erro mínimas dentro do limite estatisticamente considerado aceitável para atestar plausibilidade às informações apresentadas no relatório final. Assim, o estudo quantitativo utilizou o plano

[...] conhecido como *amostragem estratificada* e permite grande precisão nas estimativas. Após a estratificação, foram utilizadas, dentro de cada estrato, as fórmulas de tamanho amostral da técnica de *amostragem aleatória simples*, com variância máxima de 0,25 em cada subpopulação. Devido à falta de informação *a priori* sobre a estrutura de variância dos estratos utilizados no plano amostral, optou-se pela *alocação proporcional*, que permite uma alocação eficaz em termos de custos e precisão obtida. Estabeleceu-se para os processos, o nível de confiança de 95% e o erro máximo tolerado de 5%; e para as varas, 90% e 5%, respectivamente. (ACESSO À JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 28, grifo do autor).

O número total de processos que foram amostrados foi de 1.149 em 207 varas. Desse universo total, o autor deste artigo atuou na região 3 do respectivo edital, e analisou 108 processos em 20 varas adjuntas e autônomas.

A estratégia de produção de informação utilizada na análise qualitativa utilizou os recursos da “observação direta” que

[...] visou captar valores, atitudes, percepções, sentidos e experiências que fundamentam as visões de mundo e o dia a dia dos atores na sua relação com os juizados especiais federais. [...] [Das “entrevistas” que] [...] seguiram um esquema geral, mas puderam incorporar temas adicionais que pareciam pertinentes a cada um dos sujeitos em questão (usuários, juízes, servidores, procuradores, defensores e advogados). [...] [Dos grupos focais ou grupos de discussão”] [...] por meio das entrevistas direcionadas a grupos selecionados a partir de determinadas características identitárias. [...] tendo o apoio de um roteiro temático estruturado. [e a “pesquisa em fontes secundárias”] [...] que implicou na reorganização dos dados disponíveis sobre o município e os juizados especiais federais visitados. (ACESSO À JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 37-38).

4 A experiência

A pesquisa organizada pela equipe de técnicos do Ipea destacou-se pelo profissionalismo de todos os participantes e seriedade com que foi planejada, executada e com que foram apresentados os resultados.

Em primeiro lugar, cabe destacar que o núcleo que atuou em Brasília foi composto pela Mestra em Sociologia Luseni Aquino, coordenadora do projeto, pelo Doutor em Direito Alexandre dos Santos Cunha, pelo Mestre em Direito Bernardo Medeiros, todos servidores de carreira concursados lotados na Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (DIEST/IPEA), também pelos consultores e

bolsistas assistentes de pesquisa, a Doutora em Antropologia Carla Coelho de Andrade, a Mestra em Sociologia Elisa Sardão Colares, o Doutor em Direito Paulo Eduardo Alves da Silva, e pela Estatística Isabela Klin, a Engenheira Florestal Ana Carolina Salgado de Freitas, a Mestra em Sociologia Ana Paula Antunes Martins, a Cientista Política Olívia Alves Gomes Pessoa, a Doutora em Antropologia Rebecca Lemos Igreja e a Mestra em Direito Talita Tatiana Dias Rampin.

Para o trabalho de campo, foram selecionados, através de edital com chamada pública no Diário Oficial da União, 12 pesquisadores que, inicialmente, submeteram suas propostas de projeto de pesquisa e, na etapa final, foram entrevistados pela banca integrada por Luseni Aquino, Alexandre dos Santos Cunha e Carla Coelho de Andrade.

A equipe de bolsistas assistentes de pesquisa foi composta de maneira interdisciplinar por uma Doutora em Direito, nove Mestres em Direito, uma Mestra em Sociologia e uma Mestra em Ciências Sociais.

Vale destacar que, antes do processo seletivo, a equipe de técnicos e assistentes de Brasília já tinha elaborado instrumentos de pesquisa, a partir dos problemas levantados no projeto, que foram testados em incursão exploratória realizada entre os meses de abril e julho de 2011, nos juizados de diversas cidades, desde Passo Fundo – RS até Santarém – PA, passando por São Paulo – SP, Campo Grande – MS, Brasília – DF, Lavras – MG, Vitória – ES e Maceió – AL (ACESSO À JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 20-21).

Na primeira reunião na sede do Ipea, em Brasília, os instrumentos propostos pelos técnicos foram submetidos à discussão, e a equipe de pesquisadores de campo, durante o

treinamento, pôde fazer críticas e sugestões de modificação e/ou alteração das questões propostas nos formulários.

Na segunda reunião, antes do início do campo de cada pesquisador (no total, o território brasileiro foi dividido em 12 regiões a partir da localização dos JEFs, conforme a categorização em metrópoles, capitais e centros regionais nos termos da classificação elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), foram novamente apresentados os instrumentos de pesquisa após consolidação com as sugestões feitas por toda a equipe (técnicos, consultores e assistentes), e feito um treinamento da aplicação dos formulários quantitativos e dos roteiros de observação em dois JEFs, um em Brasília e outro na cidade de Formosa, distante 80 km do Distrito Federal. Nessa ocasião, foram entrevistadas a diretora de secretaria, a juíza titular do juizado e alguns servidores, bem como acessados alguns processos eletrônicos nas máquinas dos técnicos do juizado, o que possibilitou apreender o funcionamento do sistema e-proc e o fluxo das informações nesse meio.

Após esses dois encontros, cada pesquisador de campo elaborou seu cronograma de visitas aos juzizados de cada cidade das respectivas regiões. Para esta pesquisa, foi percorrido o Estado de Santa Catarina, desde o final de 2011 e durante o primeiro semestre de 2012, para visitas aos Juzizados Especiais Federais cíveis e previdenciários, tanto os autônomos quanto os adjuntos, nas cidades de Criciúma, Tubarão, Laguna, Lages, Florianópolis, Brusque, Itajaí, Blumenau, Rio de Sul, Jaraguá do Sul e Joinville.

Em cada cidade visitada, uma realidade diferente e, numa mesma cidade, às vezes, realidades opostas entre os JEFs previdenciários e os cíveis. Foi o caso de Blumenau, onde os juízes dos JEFs previdenciários mostraram-se, no discurso e na

prática (verificada depois das audiências assistidas, das entrevistas feitas e da análise de autos), afinados com os objetivos propostos pela Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, que criou os JEFs; e, em um JEF cível adjunto dessa mesma cidade, a juíza titular da vara manifestou-se contrária à tramitação diferenciada entre processos em rito de JEF e de vara comum, fato que inviabiliza o JEF na prática, mesmo que existente nos dados oficiais.

Esse, entre tantos outros fatos constatados em campo, fizeram da pesquisa empírica um conjunto de experiências sumamente ricas no que diz respeito ao confronto entre os objetivos declarados em lei, as informações oficiais e o que pode ser levantado estando-se em contato direto com os operadores dos juizados (magistrados, técnicos, analistas, assessores e estagiários), e o que se pôde levantar com a análise documental de autos findos com baixa e arquivamento até o final de 2011 (ano em que os JEFs completavam 10 anos de criação) e com a elaboração dos diários da etnografia, denominados na pesquisa como roteiros de observação.

Os diários resultaram em rico material, obtido da observação e registro através de anotações e fotografias, considerado principal material etnográfico sobre o funcionamento do “atendimento inicial” dos usuários dos JEFs (como era acolhido, ou não, o público, tanto em termos de instalações físicas como de atendimento, informações e orientações). Outro quesito objeto de pesquisa foi a “dinâmica da secretaria”, analisada a partir dos dados levantados sobre as rotinas de organização do trabalho, mecanismos de supervisão e gestão, o clima no ambiente de trabalho, tanto em relação à cultura organizacional como à adequação do espaço físico. Também os roteiros de observação incluíram o levantamento de informações sobre as “audiências” de conciliação, instrução e julgamento, bem como sobre toda

a dinâmica relacionada à realização de “perícias” médicas nas instalações dos JEFs.

Interessante registrar como em JEFs previdenciários extremamente próximos, como os de Blumenau e Itajaí, ou os de Laguna e Tubarão, os dois casos mais relevantes de contraste, enormes diferenças foram encontradas em termos de eficácia e presteza na gestão dos procedimentos em prol da agilização, com respeito e qualidade, do atendimento ao usuário.

A pesquisa permitiu constatar como um dos fatores de maior influência, nas realidades tão antagônicas verificadas, o “perfil do magistrado” responsável pelo juizado e, em segundo lugar, a cultura organizacional implementada pelo juiz e diretor de secretaria das varas, bem como de servidores que desempenhavam funções estratégicas como juízes leigos conciliadores.

Lamentavelmente, o espaço deste trabalho é pequeno para possibilitar a socialização dos diferentes aspectos positivos e negativos da realidade observada nos JEFs visitados. Todavia, para a análise complementar dos dados obtidos nesta pesquisa, pode-se ainda consultar outro trabalho, publicado com o título *Obstáculos para o Acesso à Justiça em Juizados Especiais Federais de Santa Catarina* (LEMA, 2014a).

Após a finalização do relatório individual de pesquisa de cada campo, os pesquisadores foram à sede o Ipea, em Brasília, para apresentar os dados e as informações levantadas em cada campo, bem como para a análise parcial a partir do marco teórico proposto e de outras obras, que possibilitaram uma compreensão crítica do material colhido em campo. Para esta pesquisa, optou-se por utilizar como teoria de base, para análise dos resultados obtidos no relatório, trabalhos de Santos (1996, 2007) sobre a sociologia dos tribunais e a democratização do acesso à justiça,

bem como o manuscrito que, posteriormente, foi publicado com o título *Roberto Lyra Filho e o direito alternativo brasileiro* (LEMA, 2014b). A atividade foi desenvolvida na modalidade de seminário, e todos os participantes (pesquisadores de campo, assistentes de pesquisa, consultores e técnicos do Ipea) interagiram em análise crítica, o que, posteriormente, subsidiou o relatório final.

Antes da publicação do relatório final, houve a apresentação do resultado consolidado da pesquisa a partir de dados obtidos em nível de Brasil, durante um evento na sede do Conselho da Justiça Federal – CJF, no Distrito Federal, no início do segundo semestre de 2012. No evento, encontrava-se toda a equipe de pesquisadores, apresentando seus resultados aos juízes, desembargadores federais e integrantes do CJF. Depois da apresentação formal do evento, feita pela autoridade do CJF, iniciou-se a comunicação dos resultados. A coordenadora da pesquisa, Luseni Aquino, informou que a duração média do trâmite de uma ação no sistema de juizados especiais federais, com base na amostra de autos findos com baixa e arquivamento em 2010, foi de “[...] um ano, oito meses e quinze dias, ou 624 dias [...]” (ACESSO À JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 111). Diante dessa informação, uma autoridade do CJF fez uma intervenção, manifestando-se preocupado pelo resultado não imaginado, já que a expectativa era da necessidade de alguns ajustes, e não de que o problema fosse tão grave.

Ao longo da apresentação dos resultados da pesquisa, vários juízes, que integravam o público da plateia, manifestaram-se contrários aos resultados, já que, na sua vara, o que foi apresentado não correspondia à realidade. Portanto, houve resistência aos dados, mesmo os não contestados por terem, antes, sido autorizados por sólida metodologia previamente explicada aos presentes na reunião. Restou claro que, conforme adiantado aqui, o perfil do magistrado não somente constitui

fator decisivo na adequação da dinâmica e estrutura do JEF aos objetivos previstos em lei, como também da aceitação ou rejeição da pesquisa e seus resultados, como elemento de diagnóstico crítico e autocrítico da realidade nacional em que se insere a atividade profissional e a prestação do serviço de justiça.

5 Considerações finais

Conforme foi apresentado neste trabalho, o Direito precisa desenvolver mais e melhor a pesquisa científica para se legitimar como conhecimento científico.

Pesquisas empíricas e documentais, principalmente a partir da contribuição aportada pela Antropologia Jurídica e a Sociologia Jurídica e Judiciária, constituem ferramentas de singular relevância na perspectiva de alicerçar o Direito em bases concretas possibilitadas pela leitura quantitativa e qualitativa de dados e informações, colhidas em campo e documentos oficiais através da leitura externa propiciada pela atividade do cientista.

A pesquisa sobre o acesso à justiça nos JEFs, desenvolvida pelo Ipea, foi uma experiência concreta da relevância da realização de pesquisa científica séria, desde o início do desenvolvimento do projeto, sobretudo durante a etapa do levantamento dos dados em campo e, finalmente, na apresentação dos resultados; primeiro no corpo-a-corpo durante o evento citado e, finalmente, na hora da publicação do relatório final. Essa, que é uma atividade normal para sociólogos, antropólogos e cientistas políticos, ainda causa surpresa no mundo do Direito.

Todavia, a pesquisa aqui destacada não foi uma atividade isolada, já que a DIEST do Ipea já tinha desenvolvido outras pesquisas de porte semelhante sobre temas vinculados ao sistema de justiça e, após a finalização do trabalho sobre os

JEFs, novas pesquisas foram realizadas ou se encontram em andamento. Ainda, o Ipea não é único nessa atividade. Outras pesquisas desenvolvidas por outras instituições, que fogem ao objeto deste artigo, poderiam ser citadas, fato que atesta um crescente desenvolvimento da pesquisa científica dentro do Direito, sobretudo na última década.

Portanto, o caminho está traçado e parece não ter possibilidade o retorno às velhas perspectivas, que desdenham do método e da metodologia científica como componente indispensável para o avanço na construção de uma ciência jurídica moderna, pautada pela interdisciplinaridade e reflexão a partir da avaliação da eficácia das políticas públicas no âmbito da democratização do acesso à justiça e outros temas pertinentes na construção permanente do Estado Social e Democrático de Direito.

Referências

ACESSO À JUSTIÇA FEDERAL: dez anos de juizados especiais. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea)*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. (Série pesquisas do CEJ 14).

ARRUDA JR., Edmundo Lima de. *Direito, Marxismo e Liberalismo*. Ensaios para uma sociologia crítica do Direito. Florianópolis: CESUSC, 2001.

_____; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica* – alternativas para o Direito. Florianópolis: CESUSC, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em: 09 dez. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

LEMA, Sergio Roberto. Obstáculos para o acesso à justiça em Juizados Especiais Federais de Santa Catarina. *Revista Crítica do Direito*. n. 4, vol. 62. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-4---volume-62/obstaculos-para-o-acesso-a-justica-em-juizados-especiais-federais-de-santa-catarina>>. Acesso em: 07 ago. 2014a.

_____. *Roberto Lyra Filho e o direito alternativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014b.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1996.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SOUSA JR., José Geraldo. *Sociologia Jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

PARTE V

Grupo de Trabalho II: hermenêutica e aplicação do direito

CAPÍTULO XXX



PENSAR SOBRE O DIREITO A PARTIR DOS EFEITOS AMBIENTAIS DO TRABALHO NA MINA DE AMIANTO EM BOM JESUS DA SERRA

Carlos Eduardo Soares de Freitas¹

1 Introdução

A partir da investigação² feita sobre ex-trabalhadores de uma mina desativada de amianto e seus dramas relacionados aos efeitos da exposição ao mineral (FREITAS, 2010), percebe-se a insuficiência do Direito ambiental do trabalho para responder demandas complexas, que exijam uma compreensão interdisciplinar para interpretar fatos, processos e normas. Esse problema é discutido neste texto a partir de duas hipóteses: 1) a aplicação efetiva do Direito ambiental do trabalho necessita, previamente, de uma análise ampla da realidade, sem os limites de uma leitura tradicional e fragmentada, a partir de áreas do

¹ Carlos Eduardo Soares de Freitas é Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1988). Mestre (2000) e Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (2005). Advogado. Professor Titular de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Professor Adjunto da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenador dos seguintes projetos de pesquisa: Direito e Política: Estudos de casos sobre meio ambiente do trabalho na Bahia; Relações de trabalho no período do regime militar (1964/1985) no território baiano: investigações sobre o despotismo patronal como reflexo do contexto autoritário; e Memória e verdade histórica na Faculdade de Direito da UFBA durante a ditadura militar (1964/1985). Membro relator da Comissão de Memória e Verdade Eduardo Collier Filho da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

² Este trabalho toma por base a pesquisa realizada com o projeto Direito e Política: estudos de casos sobre meio ambiente do trabalho na Bahia, em especial a visita a Bom Jesus da Serra e as conversas com ex-trabalhadores na reunião da Associação Baiana dos Expostos ao Amianto. Ver Freitas (2010).

Direito desabituaadas a articularem-se entre si; e 2) o Direito ambiental do trabalho, por sua natureza, exige um diálogo do Direito com outras áreas das ciências sociais, como Sociologia e História, sob o risco de se tornar inócuo no enfrentamento dos conflitos sociais que se lhe apresentam.

2 A mina de amianto em Bom Jesus da Serra

O município de Bom Jesus da Serra situa-se no sudoeste da Bahia, próximo ao de Poções. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010, sua população era de 10.113 pessoas (contra 10.275 em 2005), quase três quartos na zona rural. O censo de 2010 indica registro de 353 pessoas ocupadas, com 316 assalariados. O município tem 421.517 km², com densidade ocupacional de 23,99 hab/km². O IBGE informa movimentação econômica no passado em torno da produção de mamona, caroá, feijão e mandioca, que era vendida em feira livre e auxiliava o abastecimento da região. A sede do município tem poucas vias públicas, onde trafegam poucos veículos. O comércio é escasso e o clima é quente.

A mina de São Felix é próxima da sede do município, e, enquanto esteve ativa, dedicou-se à extração da fibra mineral amianto, ou asbesto. O acesso à mina é livre e ainda há vestígios da estrutura que mantinha, como a pista de pouso de pequenas aeronaves, o campo de futebol com boa dimensão, escombros de onde funcionavam uma escola e um restaurante, em que eram projetados filmes, além de duas casas da época da exploração mineira; uma servia de residência ao executivo estrangeiro que gerenciava a mina. Havia ainda uma espécie de vila operária. No local da mineração, restam construções semidestruídas, uma ainda hígida de tijolos de pedra sem cobertura e abertura para a porta, conhecida como “câmara de poeira”. No morro da mina,

as cavernas exploradas por mineiros continuam abertas e ao lado delas há um lago formado com as explosões. A feira livre tinha lugar entre a estrada e entrada da mina.

Impressionam os escombros da mina montada pela S.A. Minerações Associadas (SAMA), responsável pela exploração extrativista que durou quase 30 anos. Em todo o redor do tosco calçamento de acesso à mina, há pedaços de rochas com amianto. Com o encerramento da exploração, no final dos anos 60, a SAMA iniciou a mineração do amianto em Goiás, onde seria erguida a cidade de Minaçu. Trabalhadores de Bom Jesus da Serra foram deslocados para Minaçu para o início do empreendimento. Na nova mina, denominada Cana Brava, as investigações da SAMA apontaram uma fibra de amianto mais produtiva, com previsão de extração menos custosa que em Bom Jesus da Serra.

Essas duas cidades, Bom Jesus da Serra e Minaçu, possuem, em dois períodos distintos, históricos similares na exploração do amianto. Entre os anos 30 e 60, a exploração na cidade baiana estimulou o deslocamento de trabalhadores rurais para a mineração e o desenvolvimento da localidade, a ponto de se tornar município autônomo. A mina movimentou a região e mobilizou a população local. Em Minaçu, a extração do amianto deu-se enquanto a cidade evoluía. Nas duas cidades, estabeleceu-se a dependência da extração da fibra. Com o fim da mina e sem um substituto econômico expressivo, os trabalhadores voltaram às atividades rurais. A mina de amianto não agregou àquela localidade o sucesso econômico da SAMA na indústria extrativista. Esta, ao se retirar de Bom Jesus da Serra, não deixou herança econômica positiva aos seus habitantes, tanto que os equipamentos de então (escola com ginásio, sala de projeção de filmes, campo de futebol, pista de pouso de aeronaves) deixaram de existir. Na hipótese de fechamento da mina de Cana Brava,

é possível que Minaçu acompanhe o destino de Bom Jesus da Serra, mesmo com a proximidade da cidade goiana à Serra de Mesa e com as alternativas econômicas que daí podem ser geradas. Dados de 2010 permitem comparações entre os dois municípios: Minaçu é maior e sua população é três vezes a de Bom Jesus da Serra, com mais de quatro quintos de população urbana. O PIB *per capita* a preços correntes de 2008 em Minaçu contabilizou R\$ 22.531,61 e Bom Jesus da Serra, R\$ 2.444,60. O IBGE indica uma precariedade social e econômica mais acentuada em Bom Jesus da Serra que em Minaçu.

Casale Monferrato, pequena cidade do noroeste da Itália, na região do Piemonte, com 35.993 habitantes em 2010, tornou-se mundialmente conhecida pelos efeitos nefastos que a produção fabril do cimento com amianto provocou em sua população (ROSSI, 2010, p.71). Região também conhecida pelas cidades históricas e pela produção de vinhos de qualidade. O uso industrial do amianto em larga escala coincide com o início do século XX: uma fórmula de cimento-amianto criada em 1901 promoveu a fundação da Eternit em 1903. A fábrica de Casale Monferrato, posicionada no triângulo industrial Torino-Gênova-Milão, iniciou sua produção em 1907, ano da primeira publicação científica que sugere a exposição ao amianto como geradora de moléstias graves (MENDES, 2001). Suas atividades encerraram-se em 1987, por lei municipal, refirmada em 1992, com a lei italiana que baniu o amianto do país.

A fundação da mina em Bom Jesus da Serra, em 1939, indica um momento histórico propício para a produção do cimento com amianto. Se os antigos agricultores da cidade piemontesa foram atraídos pela fábrica que então representava uma boa oportunidade de emprego, os camponeses de Bom Jesus da Serra acompanharam essa tendência. O êxodo econômico era desacompanhado, no entanto, de qualquer esclarecimento

sobre malefícios à saúde provocados pelo pó do amianto. Os trabalhadores italianos, na atividade de produção fabril, ao menos sabiam qual o uso que se fazia do fibrocimento; já os baianos ignoravam a serventia do amianto ou o destino dos sacos da poeira extraída. O isolamento geográfico e cultural da cidade baiana, a oferta de empregos que a empresa estrangeira oferecia à população, a atração por uma atividade diferenciada da camponesa, acompanhada de um dinheiro ao qual chamavam de salário e que era pago mensalmente (coisa rara na região e na época), a possibilidade de moradia em uma vila de trabalhadores, escola para os filhos e outros fatores somavam-se à total indiferença da empresa quanto ao acesso de informações acerca da insalubridade da poeira do amianto. O contexto histórico mostrou-se formidável para a exploração do amianto sem alarde para os males da sua exposição. O período Vargas foi uma época de incentivos à industrialização. No campo político, a atividade da mina, de 1939 a 1967, acumulou 10 anos de ditaduras. Em Minaçu, a produção iniciou em ambiente político autoritário, no isolado extremo norte de Goiás. O apelo ideológico da extração como atividade promotora do progresso, com ofertas de oportunidades de empregos, funcionou para anular suspeitas sobre os efeitos do pó de amianto na saúde das pessoas. Notícias sobre moléstias decorrentes do amianto eram contestadas por trabalhadores, que defendiam os interesses da mineradora, sob o argumento da defesa dos empregos. Em recentes debates parlamentares sobre o banimento do amianto ou a possibilidade do seu uso controlado, o governo do Estado de Goiás contestou com veemência as alegações de que o amianto, usado no Brasil, era causador de cânceres ou doenças graves, e que a extração da fibra significava recursos para o Estado. Ainda após o período ditatorial, manteve-se o apoio do aparelho estatal à exploração do amianto, mesmo com seu banimento em vários países.

A mina baiana iniciou a extração de amianto após mais de 30 anos de produção de fibrocimento em Casale Monferrato. Na época, publicavam-se pesquisas que indicavam os malefícios da exposição ao pó. Em 1955, um desses estudos marcou em definitivo a ligação da fibra com o câncer (MENDES, 2001). Os trabalhadores de Casale Monferrato, oriundos da agricultura, habituaram-se a questionar à Eternit acerca das frequentes tosses e doenças e sua possível relação com a poeira. Os avanços das pesquisas médicas ainda não eram acessíveis aos operários, que apenas conseguiram articular um movimento por melhores condições de trabalho e de saúde em 1961. A organização sindical italiana consolidou a resistência dos trabalhadores, convenceu as autoridades locais a fechar a fábrica e encaminhou ao judiciário pedidos de indenizações em favor dos que se adoentaram pela exposição ao amianto.

As vítimas do amianto em Casale Monferrato encontravam apoio no serviço de saúde local, diferente das realidades de Bom Jesus da Serra e Minaçu. Passados mais de 40 anos do encerramento das atividades da mina baiana, o sistema de saúde ainda não se encontra habilitado ao diagnóstico de doenças do amianto.

Na cidade italiana, havia um armazém e uma fábrica da Eternit com produção de chapas, canos e telhas (ROSSI, 2010, p.47). A fábrica recebia o amianto sob a forma de pó, para se misturar com o cimento e formar o fibrocimento. O pó era fornecido por mineradoras, que o extraíam da natureza, refinavam-no e ensacavam-no, tal como faziam as minas de Bom Jesus da Serra e de Minaçu, prováveis fornecedoras de amianto para a fábrica de Casale Monferrato. A exposição dos trabalhadores ao amianto na produção da Eternit italiana mantinha semelhanças com a das minas brasileiras. A poeira cobria toda a cidade e, no momento da refeição, era comum que

os pratos fossem atingidos pelo pó branco (ROSSI, 2010, p.48). Em Bom Jesus da Serra, o alimento do obreiro era levado pelo filho (ainda sem idade para o labor na mina) ao local de trabalho coberto de poeira. Ao longo dos anos, crianças e adolescentes se expuseram perigosamente ao amianto em Casale Monferrato, nas ingênuas brincadeiras em escórias de mercadorias esquecidas, como tubos ou calhas, e em Bom Jesus da Serra, onde eles recolhiam pedaços de rochas na escória da mina, para separar as lãs minerais e vendê-las à mina.

Havia, pois, uma divisão social do trabalho, considerando-se não apenas os empregos oferecidos pela Eternit, na Itália, ou pela SAMA, no Brasil, mas também as atividades exercidas por prestadores de serviços e por familiares.

Trabalhar na mina de amianto em São Felix era extenuante. A produção não parava: havia revezamento de turmas de trabalhadores em turnos de 12 horas (D'AREDE, 2008) e todo o ambiente da mina era tomado pela névoa de amianto. Os trabalhadores saíam de lá cobertos de pó e não se limpavam após o término das atividades diárias, o que faziam apenas em suas casas, na vila de trabalhadores próxima à mina, hoje em ruínas. Suas companheiras, encarregadas de lavar as roupas usadas durante o trabalho, eram expostas diariamente nessa tarefa de apoio à empresa. O cotidiano produtivo era marcado por uma divisão de atividades e tarefas em que não se descartavam desvios para funções diversas, sempre que necessários e direcionados para proporcionar uma maior exploração do trabalhador. A produção na mina aparenta ter sido ao mesmo tempo rudimentar (sem treinamentos ou equipamentos de proteção contra acidentes) e intenso (o cenário atual da mina inativa ainda revela uma sanha extraordinária na busca da poeira da fibra).

A produção contínua e sem interrupções gerou uma quantidade imensa da poeira. Como empreendimento capitalista europeu que se deslocou para uma região inóspita, a exploração na mina São Felix expõe o objetivo da SAMA em extrair o máximo da fibra sob a forma de pó para fornecimento de matéria prima para indústrias como a Eternit, dentro e fora do Brasil. Ao contrário da cidade italiana, onde a mobilização dos trabalhadores provocou a empresa a se justificar quanto à poluição, em Bom Jesus da Serra não se percebeu a presença de organizações reivindicatórias, incluindo as associações sindicais. A reivindicação mais ousada limitou-se a cobrar registros em carteiras profissionais. Alguns trabalhadores da mina de São Felix, como as mulheres que laboravam na “câmara de poeira”, sob uma grande concentração de poeira, adaptavam proteções, como o pano no rosto. Mesmo diante da poluição evidente, na época da atividade da mina baiana, os trabalhadores de então não vinculavam as doenças que sofriam à exposição ao amianto. A SAMA não se preocupou com a prevenção de doenças nos trabalhadores durante o funcionamento da mina. Com a chegada da campanha pelo banimento do amianto na região de Poções, em 2002, a empresa então passou a oferecer aos ex-trabalhadores exames médicos e laboratoriais, para monitorar achados de doenças respiratórias. Para isso, a empresa mantém um discreto escritório em Poções, onde gerencia e controla a realização desses exames (D’AREDE, 2008). Os resultados dos exames não são divulgados ou devolvidos àqueles que a eles se submetem, sugerindo que sua relevância seria assegurar à empresa um conjunto de informações sobre os antigos mineiros, provavelmente para fins de defesas em ações judiciais.

Na mina São Felix, o trabalho da extração do minério era dividido em distintas tarefas, em uma dinâmica que dispensava treinamentos e cuidados preventivos, mas que prezava por uma

organização aparentemente rigorosa e referenciada na busca de produtividade. A organização do trabalho na mina pode ser descrita da seguinte maneira:

- a) A primeira tarefa consistia na investigação exploratória do ambiente. A finalidade era verificar as melhores áreas para retirar o minério, com o propósito de maior produtividade, entendendo-se como tal a viabilidade de acesso a rochas que contivessem fibras.
- b) Uma vez identificadas as áreas com rochas contendo amianto, passava-se à detonação das rochas, por meio de explosivos pesados, para o descolamento de pedaços que pudessem ser transportados para a posterior trituração.
- c) Esses pedaços de rochas eram levados por caminhões ao alto de um morro, ao lado da mineração, em área onde ainda resiste o escombros do equipamento que funcionava como primeiro triturador.
- d) As rochas com asbesto, após o primeiro processo de trituração, eram deslocadas do alto do morro, por meio de uma esteira, a um segundo triturador, cujo escombros persiste ao tempo ainda hoje. A cada trituração, o material que interessava era separado do restante da rocha, e, a cada processo, eram produzidas escórias que seriam, depois, exploradas por crianças na cata de fibras para venda à própria mina. Evidente que essa tarefa, mesmo considerada coisa de criança tanto por elas quanto por seus pais, envolvidos na atividade mineira, constituía-se em efetivo trabalho produtivo (MARX, 1988).
- e) O segundo triturador fazia seu papel, e as rochas com asbestos eram processadas em pedaços cada vez menores. Encontradas na internet, fotografias dos anos

50 da mina em atividade revelam uma impressionante similaridade entre a aparência da produção do fibrocimento em Casale Monferrato e a de Bom Jesus da Serra: uma névoa branca sobre o tom cinzento predominante das usinas.

- f) É possível identificar nas fotos antigas da mina (D'AREDE, 2008) uma série de esteiras, que mantinham com a eficiência possível da época a contínua separação do asbesto da rocha. E, a cada processo, o material tornava-se mais fino, com menor quantidade de rocha e grande predominância da fibra.
- g) Em seguida, o material selecionado passava por um procedimento de aquecimento e ventilação, que fazia com que a poeira das fibras se elevasse da rocha e permanecesse suspensa, como parte do esforço de separação do amianto das rochas.
- h) O material chegava à “câmara de poeira”, um ambiente fechado, construído com pedras, cujo escombro ainda está de pé, onde trabalhadores, na maioria mulheres, pilonavam as fibras de asbesto e os pequenos pedaços de rocha que ainda continham fibras a fim de “refinar” ainda mais o pó do amianto. A poeira dominava todo o ambiente e as únicas proteções eram singelos panos a cobrir as narinas, trazidos de casa pelas operárias.
- i) Após todo o processo, a produção era submetida à análise de qualidade, com a finalidade de assegurar que a fibra havia sido efetivamente separada da rocha.
- j) Finalizada a produção, ensacava-se a poeira, o que provavelmente produzia uma elevada exposição dos trabalhadores submetidos à tarefa.
- k) Os sacos eram carregados nos caminhões que seguiam em estradas muitas vezes toscas para as fábricas, que

utilizariam a fibra em pó como matéria-prima. Nesse trajeto, o pó se espalhava pelo caminho de maneira a marcar outra forma de exposição ao amianto.

- l) Parte importante da escória da produção era jogada ao lado da mineração. Os pedaços de rochas descartados eram usados como material para pavimentar estradas, pistas de pouso de aviões, campos de futebol, casas dos trabalhadores e escolas. O lixo mineral permaneceu no local após o encerramento da atividade mineira. Conta-se na cidade que, depois de abandonado o local, outra empresa carregou grande quantidade de amianto dos morros de resíduos que havia por lá, provavelmente para reutilizá-lo ainda como matéria-prima na confecção de mercadorias.

A extração intensa do amianto foi encerrada em 1967, mas a área continuou a servir a quem se interessava pelo mineral. A SAMA não fechou o local, não o tornou inacessível e nem se colocou na posição de negociar a escória do asbesto a outros empreendimentos. Conclui-se que, além de abandonada a mina, restou um impressionante passivo ambiental, caracterizado pela presença de uma imensa carga de resíduos da atividade de mineração. Com a desativação da mina, alguns ex-trabalhadores retornaram à atividade agrícola ou à criação de animais, outros foram escalados para trabalhar na mina em Goiás, cujo veio revelava-se mais produtivo. Os ex-trabalhadores baianos desconheciam a finalidade da fibra e o destino da poeira produzida na mina³.

Em meados do século XIX, ao analisar a situação dos trabalhadores ingleses, Engels (1985, p.31) comentou sobre a precária consciência dos mineiros em relação aos operários da

³ Informação coletada durante reunião da Associação Baiana dos Expostos ao Amianto em Bom Jesus da Serra.

indústria. Os mineiros não conseguiam, segundo ele, atingir uma compreensão política mais profunda do seu trabalho, em comparação com operários da indústria de transformação. Da mesma forma aconteceu com os trabalhadores de Bom Jesus da Serra, que não conseguiam superar uma alienação coletiva sobre aquele material com o qual trabalhavam e cuja exploração extrativista mudou inteiramente o local onde muitos deles nasceram ou se criaram. Se os trabalhadores ignoravam a destinação do amianto extraído e refinado na mina, também desconheciam o poder de destruição da fibra na saúde humana. Tal como em Casale Monferrato, os trabalhadores eram acometidos de doenças e problemas respiratórios, mas a constatação de que isso havia relação com a fibra deu-se após décadas.

O contexto histórico em que a mina São Felix funcionou não se caracterizou, no Brasil, pela garantia de direitos ambientais às populações ou trabalhistas aos empregados. Criada antes da CLT, a mina percorreu um tempo em que a legislação trabalhista tentava assentar-se como patamar civilizatório mínimo nas relações de trabalho e que até os anos 60 manteve-se em grande parte inócua. Em se tratando de empresa sediada em área longínqua, como a região do interior de Poções, é de se supor que as leis trabalhistas estavam ainda mais longe de ser respeitadas com o rigor necessário. A introdução de regras públicas relativas à segurança do trabalho no Brasil deu-se apenas com Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978, com as Normas Regulamentadoras. No tocante ao Direito Previdenciário, o Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964 previa o direito de aposentadoria especial aos expostos ao asbesto após 15 ou 20 anos de trabalho em atividades no subsolo, consideradas insalubres, perigosas e penosas, e após 25 anos em trabalhos permanentes a céu aberto (RIBEIRO, 2008). A dificuldade de

acesso ao Direito manteve-se: os trabalhadores da mina não alcançaram a norma trabalhista de 1978, e alguns puderam ser beneficiados pelo decreto previdenciário de 1964, desde que cumprissem as condições legais e necessárias.

Se desde 1964 o benefício à aposentadoria especial aos trabalhadores do amianto estava garantido, é de se supor como pacífica a orientação de que a exposição à fibra representava, no mínimo, um ambiente não saudável, o que justificaria a compensação previdenciária. Mesmo com o reconhecimento público da recomendação a um ambiente saudável, sob a forma do estabelecimento de um benefício oficial compensatório, essa política parece não ter chegado a Bom Jesus da Serra como um alerta de perigo à saúde ou à vida dos trabalhadores expostos ao amianto. E em Minaçu, anos depois, também não.

Antes, a Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960, que tratou pela primeira vez do instituto da aposentadoria especial (MARTINEZ, 1999), delegou ao Poder Executivo a indicação de atividades que se enquadrassem em tempos mínimos de 15, 20 e 25 anos de serviço. Evidente que, ao tomar para si a responsabilidade de dizer à sociedade quais os ambientes mais contaminados e que, assim, afetariam mais a saúde, o Estado obrigou-se a reconhecer quais os produtos mais poluentes e agressores ao homem. Na época, o conhecimento internacional apontava que o amianto era prejudicial à saúde e, em se tratando do trabalho de extração da fibra da natureza, a extensão de perigo e insalubridade ampliava-se ainda mais. A aposentadoria especial introduzida em 1960, e a partir daí cada vez mais esmiuçada, indicou a necessidade de compensar uma perda ao trabalhador no tocante ao risco a que ele foi submetido no trabalho: aposentar-se mais cedo para equilibrar a situação de desvantagem sofrida ao longo dos anos de labor. Assim, para o período laboral em que estaria sob risco ou que sua saúde poderia

definhar, o trabalhador não seria obrigado a trabalhar todo o tempo previsto para a aposentadoria normal ou comum. A ideia de compensação assemelhava-se, de certa forma, ao adicional de insalubridade, pois ambos os “benefícios” têm como condição a exposição da saúde a agentes agressivos que podem, em dadas circunstâncias, reduzir o bem-estar do trabalhador exposto no período laboral, ou posteriormente.

De certa forma, a exploração da força de trabalho na mina de Bom Jesus da Serra sinalizava a presença de elementos examinados outrora por Engels (1985), como a brutalidade da atividade e a exaustão a que chegavam os trabalhadores, a partir da análise de relatórios públicos sobre condições de trabalho na Inglaterra, tal como fez Marx (1988). Mesmo diante de um perigo que se supunha conhecido internacionalmente desde meados do século XX, a empresa exploradora da mineração do amianto na Bahia não informava aos trabalhadores e à comunidade local sobre a letalidade da exposição à fibra, fosse pelo desgaste cotidiano imposto pelo trabalho, pela ausência de isolamento da região ou pelo profundo desrespeito dos proprietários da mina às pessoas do lugar, estivessem elas trabalhando ou não com registros profissionais.

Se a empresa desobrigava-se de informar aos mineiros e às pessoas que circulavam em torno da mina sobre o prejuízo da exposição ao amianto, ao mesmo tempo em que mantinha a intensidade na extração e, por efeito, continuava a acumular a poeira da fibra no ambiente, é possível apontá-la como responsável pela poluição resultante e por seus efeitos. É notório o maior acesso aos direitos dos trabalhadores em grandes centros urbanos, em comparação com territórios isolados. Na época em que a mina baiana funcionou, a legislação protetiva era ainda incipiente e mesmo desconhecida, a depender das condições objetivas de uma dada comunidade e de onde ela se

localizava em termos regionais. O isolamento era ainda mais significativo se aqueles que tinham informações permaneciam silenciosos e não as repassavam, fator que se colocava como indubitado instrumento político de dominação e que, no caso da mina, tornava os trabalhadores uma massa ainda mais brutalizada. De certa forma, a postura imposta aos mineiros de Bom Jesus da Serra enquadrava-se em uma posição de anulação a direitos básicos, equiparando-os à figura do *homo sacer*, tal qual elaborada por Agamben (2002, p.88). As relações entre trabalhadores e a mina, na época do seu funcionamento (1939-1967), e entre os ex-trabalhadores e a empresa não se limitam a uma dimensão trabalhista em seu sentido estrito. Os vínculos de trabalho geraram efeitos na saúde das pessoas envolvidas, e o local onde se deu a exploração da atividade ainda mantém a exposição ao amianto àqueles que por lá circulam. Trata-se, pois, de questão que exige um necessário diálogo entre disciplinas distintas do Direito.

Ao ter em sua abrangência campos jurídicos diferenciados, como a saúde, as relações de trabalho e o meio ambiente, o Direito ambiental do trabalho deve ser compreendido como área de conhecimento complexa. Nesse sentido, é possível que os debates influenciados pela defesa de um ambiente saudável venham a se defrontar com posicionamentos representativos de um antigo patrimonialismo do Direito Civil, que marcam uma visão que pode ser chamada de tradicional, que recusa análises mais abrangentes e que leva em conta o exame da realidade e o diálogo entre diferentes disciplinas e áreas de conhecimento. A condução teórica sobre a aplicação efetiva do Direito a um ambiente de trabalho saudável tende, assim, a aproximar o Direito do Trabalho ao Direito Público, aí inserida a seguridade social, em que se incluem as políticas de saúde e de previdência. No Brasil, dois fatores relevantes e recentes sugerem uma

melhor pavimentação para essa proposta: a influência da Constituição para tornar o Direito Civil mais atento às relações entre pessoas, e a valorização do Direito Ambiental, que passa a penetrar em praticamente todas as áreas jurídicas. Exemplo disso é o fato de o direito da comunidade, em saber dos efeitos nefastos de determinado elemento da natureza que se encontrava imobilizado até sua exploração pela ação humana, comparecer não apenas como princípio ambiental (ROCHA, 2002), mas também como um Direito constitucional (BARROSO, 2011) e como um Direito civil, especialmente pela via dos direitos da personalidade. Esse tipo de análise revela a fragilidade de uma visão dicotomizada e compartimentalizada entre Direito público e Direito privado, em vista da sua transversalidade. Em paralelo, é relevante que se estabeleça um campo interdisciplinar de debates em torno da realidade examinada e, em especial, sobre a saúde do trabalhador. Na presente investigação, a Sociologia do trabalho (FREITAS, 2013) e a História social do trabalho (LINDEN, 2013) comparecem como elementos essenciais para a investigação sobre o Direito ambiental do trabalho.

Nesse sentido, está assegurado o direito do trabalhador, vitimado por câncer gerado pela exposição ao amianto, em reclamar reparações por danos contra a empresa que o contratou, mesmo que a moléstia se manifeste décadas após o fim desse vínculo. As normas ambiental e civil garantem a esse trabalhador que o pedido de reparação ampare-se na teoria da responsabilidade objetiva do poluidor, sem a necessidade de demonstração, pela vítima, da presença de culpa ou dolo por parte desse mesmo poluidor. O Direito ambiental do trabalho (OLIVEIRA, 2007) introduz elementos para a compreensão jurídica dos acidentes de trabalho e das doenças ocupacionais, de forma a submetê-los a um novo tratamento. Os tribunais, em especial os trabalhistas, têm papel relevante e uma oportunidade

significativa nesse contexto, que é apreender esse tratamento teórico complexo e interdisciplinar na disciplina das relações de trabalho na perspectiva de defesa da saúde do trabalhador, deixando de lado a visão até agora hegemônica e injurídica, pautada em um protecionismo às avessas, mais atento e cuidadoso com os interesses do dono do negócio poluidor do que com a garantia a um ambiente de trabalho equilibrado e saudável e à saúde do trabalhador.

Há normas suficientes para a aplicação do Direito ambiental do trabalho que, com o rigor necessário, podem contribuir em situações concretas, como a dos trabalhadores de Bom Jesus da Serra, a partir do diagnóstico do problema, que atinge um universo de pessoas expostas ao amianto, e da responsabilização objetiva da empresa exploradora, e também do Estado, pela omissão histórica e atual. Nesse sentido, Casale Monferrato revela uma bela questão: ao longo dos anos, familiares e vítimas da exposição ao amianto articularam o movimento social de resistência e construíram um argumento jurídico e interdisciplinar tão consistente que acabaram por conquistar um produto social significativo, que teve como condição a superação da condição de *homo sacer*: a busca pela aplicação do Direito, substanciado sob a forma do processo judicial contra os donos da Eternit, que os enquadraram como responsáveis pelas perdas humanas decorrentes da exposição (ROSSI, 2010).

3 Considerações finais

A aplicação integral do Direito ambiental do trabalho requer uma análise ampla da realidade, com a renúncia dos limites de uma visão jurídica fragmentada. Nesse sentido, o tradicional isolamento do Direito (NOBRE, 2005) deve ser substituído

pelo diálogo com outras áreas das ciências sociais. Cuida-se de uma equação que potencializa, aprofunda e enriquece uma interpretação justa e necessária da questão social a ser tratada pelo Direito, especialmente na perspectiva de compreensão de algo tão complexo, como o ambiente do trabalho. Os ex-trabalhadores da mina em Bom Jesus da Serra, assim como os de tantos outros ambientes marcados por condições agressivas à saúde dos trabalhadores, parecem reivindicar respostas que exigem essa postura interdisciplinar dos juristas.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm>. Acesso em: 14 dez. 2014.

_____. Presidência da República. Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964. Dispõe sobre a aposentadoria especial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D53831.htm>. Acesso em: 14 dez. 2014.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978. Aprova as normas regulamentadoras. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BE914E6012BE96DD3225597/p_19780608_3214.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2014.

D'AREDE, Claudia de Oliveira. *O tempo das águas e dos ventos: significações do asbesto atribuídas às viúvas e ex-trabalhadores da Mina de São Felix, em Bom Jesus da Serra, Bahia, Brasil*. Dissertação (Mestrado, Programa de Saúde, Ambiente e Trabalho, Dep. Medicina Preventiva e Social) – Universidade Federal da Bahia (UFBA). Salvador, UFBA, 2008.

ENGELS, F. *A Situação da Classe Operária na Inglaterra*. São Paulo: Editora Global, 1985.

FREITAS, Carlos E. S. *Trabalho docente e saúde: efeitos do modelo neoliberal*. Feira de Santana, BA: Editora da UEFS, 2013.

_____. Projeto de Pesquisa Direito e Política: estudos de casos sobre meio ambiente do trabalho na Bahia. *Relatório de Pesquisa*. Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS), 2010.

LINDEN, Marcel van der. *Trabalhadores do mundo*. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial*. 2. edição. São Paulo: LTr, 1999.

MARX, Karl. *O Capital*. Vol. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MENDES, René. Asbesto (amianto) e doença: revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão. In: *Caderno de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, 17(1):7-29, jan-fev 2001.

NOBRE, Marcos. *Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil*. Cadernos Direito GV; 2005, v. 1, n. 1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/2779>>. Acesso em: 16 dez. 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2007.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria Especial*. Curitiba: Juruá, 2008.

ROCHA, Julio César de Sá. *Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2002.

ROSSI, Giampiero. *A Lã da Salamandra – A verdadeira histórica da catástrofe do amianto em Casale Monferrato*. São Paulo: Editora Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2010.

CAPÍTULO XXXI



A ARQUITETURA POLÍTICA DO DIREITO E A INADEQUAÇÃO FUNDAMENTAL DO UTILITARISMO CLÁSSICO PARA O DIREITO AMBIENTAL

*Cristiane Derani*¹

*João da Cruz Gonçalves Neto*²

1 Introdução

É muito evidente que os valores que fundamentam a interpretação e a aplicação do Direito são extraídos do fundo da cultura, do contexto de significados partilhados ao longo do tempo por uma comunidade, assim como do conjunto de técnicas sociais que não apenas regulam, mas condicionam as possibilidades interpretativas e o que deve ou não ser tomado como um objeto cognitivo possível. Não se muda, portanto, uma prática social a partir da argumentação acadêmica, embora esta possa contribuir ao longo do tempo e de forma associada à produção cultural coletiva e a influenciar as formas perceptivas da realidade social, em especial no âmbito do corpo político mais técnico da República, o Poder Judiciário, de estreita vinculação com a prática acadêmica.

¹ Cristiane Derani é Professora no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Email: cristiane.derani@ufsc.br.

² João da Cruz Gonçalves Neto é Professor na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Email: dellacroce@dellacroce.pro.br.

Quando, entretanto, os paradigmas interpretativos e constitutivos da realidade social e jurídica começam a apresentar problemas frequentes de ajustes, distantes dos simples esforços de integração e criação próxima ao contexto, de forma a ter-se que criar institutos complexos e difíceis para se manter a coerência do quadro semântico, não é a simplicidade que se sacrifica simplesmente, mas o próprio bom senso inteligente, esse talvez o principal fundamento do Direito em todos os tempos.

Este texto visa a expor e questionar um dos principais elementos do contexto formativo das percepções jurídicas contemporâneas, a saber, o seu componente ético utilitarista. Seu objetivo principal é demonstrar que essa base ética é incapaz de orientar a percepção jurídica da nova realidade ambiental, quando busca no individualismo e na expressão econômica da realidade natural a garantia que somente na apreensão sistêmica da vida social pode encontrar adequação.

Inicia-se esta tarefa examinando um instituto jurídico específico, o do mínimo existencial ambiental, deixando que em outras ocasiões e em processo de amadurecimento argumentativo estenda-se a crítica e aplicação a outros casos. É por esse instituto que se pretende demonstrar, em caráter preliminar, a inadequação da busca de proteção ao indivíduo e ao ambiente a partir dos direitos individuais, quando os problemas individuais possuem sua origem em fatores políticos. No mesmo raciocínio, pretende-se expor o cálculo econômico e compensatório como impróprio para preservar qualquer direito social que não seja mero paliativo pessoal, destinado a deixar o quadro político-econômico formador intacto, o que se dá pela própria compreensão jurisprudencial do Direito em sua relação com a política.

2 O utilitarismo

A matriz jurídica brasileira é herdeira da tradição da *civil law*, que pressupõe um quadro racional anterior e organizador da experiência social, justificada genericamente a partir do modelo epistêmico kantiano e cristão³. Essas profundas tradições alimentam o imaginário público contemporâneo com seus pressupostos políticos e morais a partir das ideias de progresso, de justificação transcendental ou “transcontingencial” das normas e tendo em vista apenas as normas que desempenham um papel na vida intersubjetiva de adultos contemporâneos e situados em uma proximidade espaço temporal⁴.

A despeito da força dessa antiga tradição, ela compete no imaginário público contemporâneo brasileiro com um modelo moral que acompanhou a hegemonia política e econômica na modernidade capitalista – o utilitarismo. Vê-se, assim, no bojo de uma sociedade diversa, empresários pensando o mundo como um vasto mercado, sem limites nacionais ou morais; políticos pensando a complexidade social e política a partir de uma visão particular de mundo, essencialmente provinciana, pessoalizada

³ Assim David (2002, p. 23) caracteriza a família romano-germânica: “Essa família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por esta tarefa, a ‘doutrina’ pouco se interessa pela aplicação do direito que é assunto para os práticos do direito e da administração. A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído... à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de ‘códigos’ [...] Uma outra característica dos direitos da família romano-germânica reside no fato de esses direitos terem sido elaborados, antes de tudo, por razões históricas, visando regular as relações entre os cidadãos; os outros ramos do direito só mais tardiamente e menos perfeitamente foram desenvolvidos, partindo dos princípios do direito civil, que continua a ser o centro por excelência da ciência do direito”.

⁴ A esse respeito, ver Tugendhat (2012, p. 13).

e emotivista; padres e pastores, com seu gigantesco exército de seguidores, acreditando ser a moral e o individualismo a última explicação para todas as relações sociais; e juristas a pensarem como padres, administrando a pouca salvação possível – o recurso a cláusulas contratuais punitivas ou à força indulgente do estado. Na contradição entre a supremacia dos fins e o amparo em regras fundamentais perenes, a vida social e jurídica vai descrevendo caminhos dúbios, fazendo com que o mundo que se pensa seja assaz distante do mundo em que se vive.

Entretanto, de qual utilitarismo se fala: desse que se mescla a um deontologismo religioso de matriz cristã e que compete confusamente por sentidos de justiça e realidade na visão de mundo das pessoas da rua? A julgar pelas pautas jornalísticas, que visam eleger fatos que correspondam a juízos morais comuns e simplistas, tem-se um utilitarismo em sua formulação clássica (o maior bem para o maior número de pessoas possível) em convivência conflituosa com um sentido deontológico (igualitarista e que vê na sociedade uma forma de salvação da natureza). Mesmo sem pesquisas de campo que afirmem essa hipótese, neste artigo, parte-se de uma asserção genérica, confiante de seus largos traços contidos no senso comum educado, e que podem ser expressos em notícias como as que seguem em exemplos paradigmáticos.

Rato ganha cérebro robótico que funciona normalmente. [...] Uma nova pesquisa de Israel colocou um cerebelo robótico minúsculo dentro do crânio de um rato, em um esforço para ajudá-lo a recuperar movimentos (ROMANZOTTI, 2011.).

Embora haja uma sensação de desconforto ao se saber que os danos ao cérebro do animal foram feitos pelos próprios cientistas e que milhões de animais são torturados em laboratórios para outros fins, a consciência moral fica

parcialmente pacificada com os benefícios que as pesquisas poderão trazer às pessoas humanas no futuro. O raciocínio, então, é: torturam-se e sacrificam-se os animais agora em prol de um benefício humano futuro.

Em artigo datado de 21 de março de 2014⁵, Paul Krugman, prêmio Nobel de Economia, refere-se a uma política econômica que impõe medidas recessivas com custos sociais gigantescos, justificada pela necessidade de ajustes corretivos e com promessa de compensações futuras. Sintetizando um tema recorrente nas últimas décadas, tratado em milhares de artigos e notas econômicas nos jornais, Krugman (2014) – entre vários outros notáveis – acusa a desnecessidade dessas políticas recessivas e do sofrimento social consequente, impostas para manter apenas alguns interesses poderosos intocados. O argumento moral implícito nas notícias a respeito (sustentado sobre base informacional sempre incompleta e tendenciosa) é que o amargo remédio é necessário para a recuperação da saúde social no futuro, e, sobretudo, em mensagem indireta ou dissimulada, as parcelas sociais afetadas serão majoritariamente compostas de pessoas descartáveis, de pouco peso econômico, político e moral.

Em suma, entende-se que uma detida análise do discurso jornalístico demonstrará um íntimo utilitarista, de formato clássico e pouco atualizado quanto às suas consequências teóricas. Entretanto, o que seria, em larga configuração, esse utilitarismo clássico?

David Hume (1711-1776) foi um dos principais formuladores do utilitarismo clássico e tem como tese a de que

⁵ Ver Krugman, 2014.

[...] o valor moral das virtudes gerais consiste no fato de estas disposições de caráter serem úteis, em parte para nós mesmos e em parte para os outros. (HUME, 1902 *apud* TUGENDHAT, 2012, p. 322).

Assim, postula Hume:

Quando enaltecemos mesmo uma simples planta ou animal como sendo *útil e benéfico (a)*, fazemos-lhe um louvor e uma recomendação adequados à sua natureza; assim como, por outro lado, uma reflexão sobre a influência danosa de qualquer desses seres inferiores sempre nos inspira um sentimento de aversão... Em todas as decisões morais, esta circunstância de utilidade pública é o que sempre se tem em vista; e onde quer que surjam disputas, seja em filosofia ou na vida cotidiana, referentes aos limites do dever, não se pode de nenhum modo decidir melhor a questão do que averiguando, em cada um dos lados, os verdadeiros interesses da humanidade. (HUME, 1995, p. 31, grifo do autor).

É, entretanto, Hutcheson (1725 *apud* HUME, 1995, p. 324). quem primeiro formula o princípio do utilitarismo: “[...] a melhor conduta é aquela que proporciona a maior felicidade para o maior número.”

Para um sistema moral que se baseie na quantificação matemática do bem e da felicidade, é preciso que haja uma ligação adequada do bem individual e do bem coletivo. Bentham (1974) empenha-se em realizar essa tarefa decompondo a felicidade geral em somatório de partes de felicidades individuais. Assim, ele pretende dar conta do maior problema do utilitarismo, a saber, o de contabilizar o crescimento econômico, mas não dar conta da distribuição da riqueza, sendo, como num reflexo, a ideologia do capitalismo (BENTHAM, 1974 *apud* HUME, 1995, p. 326-327). Dessa forma, Bentham (1974, p. 23-24) relaciona a sociedade ao indivíduo:

Método para medir uma soma de prazer ou de dor: [...] (6) Faze uma avaliação do número das pessoas cujos interesses aparecem em jogo e repete o processo acima descrito em relação a cada uma delas. Soma depois os números que exprimem os graus da tendência boa inerente ao ato, com respeito a cada um dos indivíduos em relação ao qual a tendência do ato é boa em seu conjunto. Ao depois, faze o mesmo com respeito a cada indivíduo em relação ao qual a tendência do ato é má em seu conjunto. Feito isso, procede ao balanço. Este, se for favorável ao prazer, assinalará a tendência boa geral ao ato, em relação ao número total ou à comunidade dos indivíduos em questão. Se o balanço pesar para o lado da dor, teremos a tendência má geral, com respeito à mesma comunidade.

O utilitarismo como teoria ética teve largo desenvolvimento desde essas primeiras formulações, tentando contornar suas inconsistências e atualizar seus contextos de aplicação. É pressuposto aqui adotado, entretanto, que os valores que mobilizam o largo senso comum moral, de forma intuitiva e predominante, são ainda o modelo clássico, que pode ser assim apresentado:

Entendemos por utilitarismo clássico um conjunto de teorias morais que subscrevem o princípio de utilidade como princípio axiológico supremo e critério último para se avaliar a qualidade moral de uma ação ou regra de ação. Enquanto princípio axiológico, o princípio de utilidade estatui que o valor supremo da moralidade é a felicidade ou o bem-estar dos envolvidos ou ainda a satisfação dos interesses de todos os concernidos por uma ação ou regra de ação. Enquanto critério para se ajuizar da qualidade moral de uma ação/regra, o princípio de utilidade pode ser explicitado como uma conjunção de três subprincípios, a saber: a) do consequencialismo, segundo o qual uma ação ou regra de ação há de ser apreciada exclusivamente em função de suas consequências; b) da maximização, que prescreve ser nosso dever optar pela ação ou regra que previsivelmente acarretará o maior saldo possível de bem em relação ao mal comparativamente a qualquer alternativa de ação ou de regra disponível ao agente; c) da beneficência universal, que requer a escolha da ação (ou regra) que previsivelmente promova o maior bem geral ou a máxima satisfação do interesse de todos os concernidos. (CARVALHO, 1997, p. 267).

Nota-se que duas relações são essenciais à ética utilitarista: primeiro, a consideração moral restrita a indivíduos, no tempo presente (como em Hume) e a redução do interesse social à contabilidade de interesses privados (como em Bentham); segundo, a limitação da sociabilidade ao aspecto econômico da vida, expressa em interesses e bens correspondentes.

Na contemporaneidade, os problemas ambientais surgem como um elemento novo não em sua dimensão teórica, pois a relação do ser humano com a natureza é um problema filosófico tão antigo quanto a cultura, mas em sua dimensão irreversivelmente prática, e por consequência, jurídica, que tende a forçar reposicionamentos conceituais e normativos. Ainda tomado pelo esforço de conciliar um utilitarismo individualista e produtivista com o interesse coletivo de base igualitária e deontológica, o Direito ambiental tende a encontrar dificuldades crescentes para conciliar sua normatividade economicista com as necessidades de mudanças morais e epistemológicas. A seguir, demonstram-se alguns pontos de atrito.

3 Modelos políticos, consequências jurídicas

Sem muita dificuldade, pode-se imaginar um sistema de saúde mais eficiente e mais barato do que o que se tem no Brasil. Esse não é, inteiramente, um problema de ordem teórica, mas uma questão de possibilidades políticas. Caso não se entendesse que a melhor maneira de se servir ao público fosse por meio da ambição privada, da busca de lucros amparada por uma dinâmica jurídica e moral favorável a ela, possivelmente haveria um sistema mais “racional” e mais “econômico”, arregimentados para a proteção eficiente dos interesses mais elementares, como

a vida e a saúde⁶. Em defesa do modo como, neste artigo, concebe-se a economia, afirma-se que ela é menos funcional no Brasil pelo baixo amadurecimento das instituições, nas quais a corrupção e a falta de sentido de comunidade impedem o pleno desenvolvimento de uma dinâmica apropriada de mercado. Tal argumento é minimizado quando se sabe que os efeitos negativos de tal opção política, mesmo em seu mais puro estado ideal, é severamente rude com grande parcela da população e em seus direitos mais básicos, efeitos esses contados como preços a pagar pelo aumento da eficiência econômica no tempo. Uma vez que não se vive em um mundo ideal, a solução, assim, seria minimizar o número de vítimas das deliberações políticas, em conformação rigorosa à fórmula ética. Chega-se ao ponto, de todo modo, a ter como metas políticas prioritárias favorecer a lucratividade dos serviços de saúde ao invés de permitir a própria saúde a todos.

Mesmo sem ser especialista, não é difícil imaginar que o investimento em prevenção, em muitas áreas, custaria bastante menos que procedimentos terapêuticos caros, lucrativos e de eficiência reduzida, como hoje se busca oferecer⁷; da mesma forma, é razoável pensar que o mínimo existencial incluísse a saúde e a vida, em termos rigorosamente igualitários, de forma que, ao invés de se exigir judicialmente do estado mais recursos para tratamentos de saúde e, entre eles, os mais caros e urgentes para os necessitados da hora, que simplesmente fosse proibida

⁶ Sim, pode-se argumentar que a alternativa seria a ineficiência de um estado burocratizado. Fala-se, aqui, todavia, de uma racionalidade técnica, não política.

⁷ “Em todo o mundo, ainda existem divergências sobre o percentual ideal de investimento em promoção da saúde, em comparação com o volume destinado à assistência. Apesar de essa conta ser complexa e flexível, existe uma certeza: é necessário investir cada vez mais para evitar que as pessoas adoçam⁵. A prevenção não é um custo, mas um investimento com lucro certo, desde que bem realizada.” (PORTER ME, 2009 *apud* VERAS, 2012).

tornar a saúde um bem de consumo, que a medicina não fosse exercida verdadeiramente pelos laboratórios farmacêuticos e que fosse efetivada a partir de uma abordagem integral e sistêmica, e não apenas pelos efeitos das patologias.

Há muitos motivos para crer nesses ideais como sonhos implausíveis e distantes, uma vez que as maiores lucratividades geralmente se encontram nas necessidades mais básicas, e o crescimento econômico alimenta-se precipuamente da necessidade e da dor, ao invés dos proclamados bem-estar e felicidade, dependendo do ponto de vista que se escolha. A racionalidade política, enfim, dá lugar à racionalidade individual vencedora. Para manter o funcionamento desta última racionalidade e para estendê-la a todos, dispõe-se de instrumentos jurídicos que tomam à política o seu mister, como dispor ao indivíduo da possibilidade de reclamar quando o funcionamento sistêmico violenta para além do mínimo existencial individual. É irresistível pensar que uma ação política seria mais econômica que milhares de ações jurídicas individuais, e que essas jamais serão potentes o suficiente para qualquer modificação sistêmica, pela falta de conjunto. Todavia, é assim que a racionalidade se constitui – haverá benefícios propiciados pela competição para muitos, mas pelo preço de muitas mortes e desassistências dos que não poderão pagar. Em outras palavras, a mercantilização da saúde e da vida é o comando político que busca nos remédios jurídicos apenas paliativos, mas jamais a defesa da dignidade individual, já assumida previamente como matéria de barganha pela macroeconomia.

O mesmo raciocínio pode ser estendido à questão ambiental. Embora a complexidade da vida social supere as formas de compreendê-la, há raciocínios que suportam os ideais e melhores programas de ação, independentemente de sua viabilidade política. E seguramente as questões ambientais necessitam de posturas políticas efetivas a serem ainda forjadas,

sob outra base cultural. Mas mesmo sob a compreensão comum de uma contingência, não é difícil pensar as medidas políticas a serem tomadas sobre os dados já suficientemente demonstrados sobre o clima e as condições materiais da vida humana no planeta, para além do comando de que todo o interesse público deva ser mediado pelo interesse comercial do indivíduo, em sociedades nas quais ganhadores e perdedores competem por uma realidade que deve se ajustar à força a seus valores sociocêntricos.

Também aqui as primeiras medidas de proteção ao ambiente devem ser políticas, embora a polêmica sobre a intervenção à livre empresa dificulte ou inviabilize a formação tempestiva da vontade popular, necessária a ações eficientes. Essa necessidade de medidas políticas, assim, contrasta fortemente com as tendências ideológicas das últimas três décadas, quando a economia determina a política e essa é desacreditada e identificada com sistemas pretensamente tirânicos, atribuídos às esquerdas.

Mudar os marcos de uma economia de mercado, incentivando o consumo coletivo; mudar e implementar regimes de propriedade mais próprios à proteção dos bens comuns; buscar um regime econômico que vise à sustentabilidade, no sentido que Herman Daly lhe dá⁸, numa perspectiva de república mundial⁹; implementar limites severos à produção, nos marcos da economia ecológica¹⁰ – esses e outros ideais pautarão as ações

⁸ “A economia sustentável deve, em algum ponto, parar de crescer, embora isso não signifique, necessariamente, parar de se desenvolver. Não há razão para limitar a melhoria qualitativa no projeto de produtos, o que pode fazer crescer o PIB sem incrementar a quantidade de recursos usados. A principal idéia por trás da sustentabilidade é mudar a trajetória de progresso – de crescimento não sustentável para desenvolvimento, presumivelmente, sustentável.” (DALY, 2014).

⁹ Tal como proposta por Höffe (2003).

¹⁰ “A economia ecológica reconhece empiricamente, antes de mais, que os actos econômicos, para além do comportamento do *homo oeconomicus* e das relações sociais do mercado, correspondem a uma utilização material,

públicas nas próximas décadas, num afastamento progressivo da hegemônica competição econômica entre agentes privados e públicos, que dominam toda a dinâmica social da atualidade. E nada mais tão antiecológico que a hegemonia da competição econômica sobre outros aspectos da vida social, assim como nada mais tão irracional que o pretense concerto virtuoso de interesses privados, quando se tem que levar em conta a natureza e outras formas de vida e culturas.

Enquanto não se produz a mudança cultural necessária a uma formação política mais próxima das necessidades públicas reais, cuja distância prenuncia crises severas de ajustes para os próximos anos, lança-se mão de expedientes jurídicos e mecanismos econômicos para mitigar os efeitos mais nocivos das formas produtivas atuais, com frequência fazendo as vezes da tímida ação política. Um desses instrumentos no Direito brasileiro é o mínimo existencial ambiental, cujo exemplo toma-se para demonstrar um parcial desajuste das perspectivas política e jurídica com respeito à proteção individual.

4 O mínimo existencial ambiental

No *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 consta que

[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

energética e viva do ambiente e que esta utilização é, fundamentalmente, uma destruição criadora (Passet). Reconhece, em seguida, racionalmente que o mercado não decide a escala à qual utiliza o ambiente e que desta interrelação resultam restrições globais. No total, reconhece de facto – embora possa parecer surpreendente – que o ambiente é economia.” (PILLET, 1997, p.201).

Vê-se neste enunciado a criação de um direito ao ambiente equilibrado e à sua titularidade, estabelecido tanto ao indivíduo como à coletividade, em abstrato. O direito ao ambiente é entendido como direito à vida e sua proteção integra o rol dos direitos fundamentais, sob o abrigo da concepção da dignidade humana (BRASIL, 1988, art. 1, III)¹¹. O Superior Tribunal de Justiça afirma como um dos princípios que orienta suas decisões o do mínimo existencial ambiental. Esse princípio

Postula que, por trás da garantia constitucional do mínimo existencial, subjaz a ideia de que a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionada à qualidade ambiental. Ao conferir dimensão ecológica ao núcleo normativo, assenta a premissa de que não existe patamar mínimo de bem-estar sem respeito ao direito fundamental do meio ambiente sadio. (STJ, 2010).

Tem-se efetivada normativamente, então, a justa proteção aos requisitos ambientais mínimos à vida do indivíduo e das comunidades, sob a rubrica da fundamentalidade. Interessa aqui, entretanto, apreender esse princípio no contexto jurídico-político e esclarecer qual a sua localização ética no sistema normativo.

Do ponto de vista jurídico, o mínimo existencial ambiental pode ser concebido sob duas funções: a de reconhecer ao indivíduo o direito de autoproteção em questões ambientais; e a de reconhecer ao indivíduo a prerrogativa de, no autointeresse, defender um bem coletivo ambiental. No primeiro caso, o princípio visa assegurar a dignidade da pessoa, tomada pelo direito a ter as condições básicas à existência e às suas condições socioambientais salutaras; no segundo, visa instrumentalizar o

¹¹ “É possível afirmar um direito ao meio ambiente, como direito individual e coletivo ao mesmo tempo, que mereça a qualificação de direito fundamental da pessoa.” (MADDALENA, 2010 *apud* MACHADO, 2013, p. 152). É nesse sentido que tem sido entendido o direito ao meio ambiente no direito pátrio.

indivíduo para, de uma forma indireta, uma vez que qualquer agressão não ponderada às formas e condições de manifestação da vida é contra o interesse social, defender o patrimônio ambiental coletivo.

Todavia, o que interessa a esta argumentação é o papel político e ético do Direito. Se ao Poder Judiciário cabe garantir as mínimas condições de vida do indivíduo, invocando os direitos fundamentais por meio do mínimo existencial (tais como os direitos à saúde, à segurança, à educação etc.) e do mínimo existencial ambiental (tal como o direito ao ambiente equilibrado), essa defesa é feita no interior de um contexto político utilitário, que impede que o Direito avance efetivamente às causas dos problemas, sob o risco de descaracterizar-se.

O princípio que se opõe ao da dignidade da pessoa não é o da reserva do possível ou da separação dos poderes da república, mas o princípio político do desenvolvimento econômico nos marcos de uma economia neoclássica¹² de mercado, a mais desregulamentada possível, com todas as suas garantias jurídicas necessárias, tais como a da livre-empresa, da propriedade privada como reserva de capital e do financiamento da vida social. Mas esse princípio (ou diretriz) está fora do alcance do Poder Judiciário.

A arquitetura utilitarista labora na distribuição das funções de estado a partir do seguinte raciocínio tácito: o desenvolvimento econômico neoclássico é de interesse geral de

¹² “A economia neoclássica estendeu esse princípio econômico universal da alocação de dados recursos entre usos alternativos para todas as áreas de investigação. Essa tendência foi reforçada ao longo do século XX, culminando no argumento de que há um simples princípio no coração de todo problema econômico: uma função matemática para maximizar sob restrições. [...] A economia de boa parte do século XX foi uma combinação da microeconomia neoclássica com a macroeconomia inspirada no keynesianismo. Essa junção foi chamada de síntese neoclássica e tem Paul Anthony Samuelson como importante articulador.” (CECHIN, 2010, p. 36-39).

toda a comunidade, que cabe a todos proteger com primazia, cuja gestão, orientação, proteção e definição de interesses dominantes são de competência política (Poder Legislativo), e os efeitos desse desenvolvimento, tidos como colaterais (mas não intrínsecos e inevitáveis), tais como pobreza para o maior número, o desemprego, a destruição ambiental, a unidimensionalidade cultural, o sofrimento psíquico decorrente da competição excludente, a apropriação desigual do comum, são naturalizados e distribuídos à competência do Executivo, quando se é para a proteção da estabilidade política, e do Judiciário, quando se é para evitar ou mitigar danos anteriores ou maiores. O lema clássico aqui é mantido: como não se vive num mundo ideal, o desenvolvimento econômico (o maior bem socialmente considerado) gerará vítimas individuais (o menor mal), e caberá aos poderes constituídos politicamente buscar meios de minimização social preventiva dos danos, e aos constituídos juridicamente buscar soluções pontuais e paliativas dos efeitos moralmente naturalizados.

Mesmo cientes da arquitetura ética do sistema político brasileiro, é incontornável aos funcionários do Direito a difícil missão de proteger o que quer que tenha sido naturalizado politicamente. Se, pelos efeitos sociais, tem-se uma estrutura política de forte injustiça social, é essa injustiça que se deverá proteger, ainda que a busca desenfreada por novos princípios de proteção social e a vontade de extrapolar os limites institucionais num ativismo inconsequente pese na consciência moral daqueles que não se burocratizaram inteiramente. Cabe ao Poder Judiciário proteger de todas as formas essa injustiça estrutural (de competência exclusiva da política), garantindo-lhe funcionalidade, sob pena de fracassar em seu ideal institucional. Esse papel lhe é constitutivo e constitucional.

Ao analisar o direito de alguns pacientes de doenças graves de exigir do estado a aquisição de medicamentos de uso contínuo e custosos, em nome do direito à vida e da dignidade, prejudicando o direito de outros aos mesmos direitos, o ministro Luis Roberto Barroso, em estudo realizado por solicitação da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, afirma que

Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, a luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático. (BARROSO, 2007, p. 6).

Nesses termos, ao afirmar que o Poder Executivo é quem detém a prerrogativa de atender ao direito à saúde, quem detém a *expertise* na distribuição dos recursos destinados à saúde e às suas prioridades, o Judiciário deve respeitar as diretrizes políticas, atendo-se a dois elementos essenciais e norteadores da ação judicante: o respeito à lei e ao mínimo existencial. Assim,

A extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza (fundamentais) e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial. (BARROSO, 2007, p. 12).

Em suma,

[...] onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos,

e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção. (BARROSO, 2007, p. 12).

É dessa maneira, então, que Barroso (2007), num parecer relativo ao direito à saúde, esclarece os limites constitucionais do Poder Judiciário, demonstrando o alcance de sua possibilidade de ação, e condenando o ativismo jurídico, que tenta fazer extrapolar os limites de sua competência ao não compreender as naturezas dos princípios (políticos ou jurídicos) com que lidam e de suas funções institucionais.

4 O ambientalismo utilitário

São três as características essenciais de uma cultura essencialmente utilitária: os valores que importam nessa sociedade são os valores individuais; por isso, o interesse social é o somatório dos interesses individuais, geralmente aferido por expressão da maioria; a sociabilidade tende a ser reduzida ao econômico.

A invocação constitucional dos princípios que constituem os direitos fundamentais (da dignidade, dos direitos à vida, à saúde, à segurança, à educação, ao ambiente equilibrado etc.) é aberração política, embora juridicamente racional, pois dispõe de uma engenharia hermenêutica sofisticada para não avançar no óbvio – a de um modelo de estado que foi concebido para manter o povo distante das decisões políticas¹³. A valoração

¹³ “Muchas de las instituciones establecidas a partir del siglo XVIII presentaron novedades tanto en su fundamentación teórica cuanto en su organización práctica. La Constitución norteamericana aquí analizada resultó un punto culminante en ambos sentidos: ya en el ingenio de las soluciones presentadas, ya en la brillantez con que tales soluciones se defendieron. De

utilitarista apenas fundamenta algo que é difícil de vir à tona na percepção das reais funções institucionais desse estado.

No caso das questões ambientais, que se repesam ante uma barragem institucional e cultural sólida, as ações paliativas e voltadas ao passado do Poder Judiciário entrarão em conflito crescente com as demandas por ações políticas (sistêmicas) na mesma proporção em que os danos exponenciais, pautados por uma lógica econômica individualista correspondendo a uma lógica normativa igualmente monocêntrica, forem deteriorando e ameaçando as condições de vida como um todo, sem permitir mais que o cálculo que hierarquiza os princípios, deixando o da igualdade para depois, possa fazer sentido num contexto de risco equalizado¹⁴.

Da mesma forma, no bojo da luta ambientalista está embutida uma luta por igualdade e por diversidade, não compatível com a lógica utilitarista clássica própria do senso comum educado. Mesmo no interior de grande confusão significativa, do que seja político ou jurídico, do que seja o melhor socialmente ou melhor para o indivíduo, o enriquecimento da massa das populações nos últimos anos e o acesso a melhoramentos tecnológicos não aplacaram o desconforto da desigualdade e da redução das formas de vida aos formatos únicos exigidos pelo comércio.

todos modos, según dijera, una nota esencial de este sistema fue su carácter eminentemente elitista. Conforme sostuviera más arriba, tal instrumental político fue destinado a promover un sistema deliberativo del cual resultaba totalmente excluída la 'ciudadanía común'. Los fundamentos elitistas de dicho esquema institucional resultan hoy, entiendo yo, profundamente inaceptables, al menos en el modo en que fueron presentados." (GARGARELLA, 2002, p. 77).

¹⁴ "Com a distribuição e incremento dos riscos, surgem situações sociais de ameaça. Estas acompanham, na verdade, em algumas dimensões, a desigualdade de posições de estrato e classe sociais, fazendo valer entretanto uma lógica distributiva substancialmente distinta: os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles. Eles contêm um efeito bumerangue, que implode o esquema de classes. Tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles." (BECK, 2010, p.27).

5 Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 elege a dignidade humana como um dos fundamentos da República, ao mesmo tempo em que a livre iniciativa também é considerada como tal¹⁵. A hermenêutica necessária a compor esses dois valores fundamentais foi moldada politicamente ao longo do tempo e seu equilíbrio é sutilmente delicado. O que será de responsabilidade do estado e o que será deixado ao arranjo mais ou menos espontâneo das forças sociais são motivos de disputas severas e terão consequências interpretativas de amplo espectro, de acordo com o princípio priorizado.

A novidade ambiental certamente forçará mudanças políticas profundas, caso seja combinada com interesses igualitários. Todavia, a abertura hermenêutica jurídica, que pretenda ir além de seu contexto político determinante e dotador de significados, arrisca-se em aventuras quixotescas, mesmo sendo um dos elementos capazes de influenciar decisivamente a direção política.

Crê-se que a invocação da dignidade como um marco legal limite para a ação econômica e a proteção ambiental, como no instituto do mínimo existencial ambiental, por exemplo, tende a ser uma estratégia discursiva deslocada em esfera, quando busca uma solução individual para um problema de ordem organizacional ou sistêmica. Embora esse possa ser um caminho efetivo e prudente, o que por si só já o justifica, o principal

¹⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.” (BRASIL, 1988).

motivo é evitar (ou ativar) a querela política e o enfrentamento das questões essenciais, tais como o limite político e ecológico ao crescimento econômico, a forma de inserção do país na economia internacional, a forma de se conciliar a livre empresa com o sentido social do esforço coletivo e outros, a partir da racionalização da economia em termos igualitários.

Quando a desigualdade e a hierarquização econômicas são assumidas como princípios da república e a busca dos fins sociais deve ser viabilizada pelo mercado, com todas as consequências humanas e morais implícitas nesses princípios, ao sentido semântico da proteção individual resta apenas a garantia da dignidade entendida como o mínimo, em múltiplas e pontuais ações, sem que se possa atingir a dignidade advinda da igualdade política, esta somente possível com as condições políticas necessárias à formação de novo contexto significativo e moral.

Referências

BARROSO, Luiz Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Parecer desenvolvido por solicitação da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 22 out. 2007. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 28 jul. de 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril S.A., 1974.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

CARVALHO, Maria Cecília M. O utilitarismo: uma ética de máximas e seus problemas. In: BRITO, A.N., HECK, J.N. *Ética e política*. Goiânia: Editora da UFG, 1997.

CECHIN, Andrei. *A natureza como limite da economia – A contribuição de Nicholas Georgescu-Roegen*. São Paulo: Editora Senac SP/Edusp, 2010.

DALY, Herman E. Sustentabilidade em um mundo lotado. In: *Scientific American Brasil*. [2014]. Disponível em: <www2.uol.com.br/sciam/reportagens/sustentabilidade_em_um_mundo_lotado.html>. Acesso em: 20 jun. 2014.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la representación política*. México, D.F.: Distribuciones Fontamara S.A., 2002.

HÖFFE, Otfried. Visão democracia mundial: democracia na era da globalização. In: OLIVEIRA, Nythamar Fernandes; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Org.). *Justiça e política – Homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 205-224.

HUME, David. *Uma investigação sobre os princípios da moral*. Campinas/SP: Editora da Unicamp, 1995.

HUTCHESON, Francis. *An Inquiry Concerning the Original of our Ideas of Virtue or Moral Good*. 1725.

KRUGMAN, Paul. A armadilha da timidez. *Folha de S. Paulo*. 21 mar. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/paulkrugman/2014/03/1428848-a-armadilha-da-timidez.shtml>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Org.). *Justiça e política – Homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

PILLET, Gonzague. *Economia ecológica: introdução à economia do ambiente e recursos naturais*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

ROMANZOTI, Natasha. In: *Hypescience*. Rato ganha cérebro robótico que funciona normalmente. 6 out. 2011. Disponível em: <<http://hypescience.com/rato-ganha-cerebro-robotico-que-funciona-normalmente/>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Especial/ Meio Ambiente*. Princípios de interpretação ajudam o STJ a fundamentar decisões na área ambiental. 31 mai. 2010. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97483>. Acesso em: 02 jun. 2014.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Petrópolis: Vozes, 2012.

VERAS, Renato Peixoto. Prevenção de doenças em idosos: os equívocos dos atuais modelos. In: *Cadernos de Saúde Pública*. vol. 28, n. 10. Rio de Janeiro, out. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2012001000003>. Acesso em: 20 jun. 2014.

CAPÍTULO XXXII



PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICO-SOCIAL (PEES) POSSIBILIDADE EPISTÊMICA PARA O DIREITO SEGUNDO A CIÊNCIA ECONÔMICA

Everton das Neves Gonçalves¹

Joana Stelzer²

1 Introdução

O *debruçar* acadêmico sobre as diversas possibilidades do conhecimento em busca de verdades científicas sugere pensamento inovador, não preconceituoso, crítico, porém construtivo e, obviamente, humilde para aceitar as contribuições de diferentes formas de pensar a fenomenologia social. A epistemologia jurídica pode ser ampliada e consolidada a partir de verdades advindas das Ciências Econômicas, que lhe dão fundamentação pragmática e descritiva, além de lhe sugerir políticas públicas ou privadas a serem juridificadas. Stammler

¹ Everton das Neves Gonçalves é Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doctor en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da UFSC. Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento (CEJEGD). Email: evertong@vetorial.net.

² Joana Stelzer é Doutora e Mestre em Direito, na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora na Graduação em Administração e na Graduação e Especialização em Administração EaD no Centro Sócio-Econômico da UFSC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da UFSC. Vice-Coordenadora do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento (CEJEGD). Email: contatojoana@yahoo.com.br.

(1929, p. 138) já alertava para a *verdade formal* do Direito e a *verdade real*³ da Economia como duas vertentes de apropriação da fenomenologia. Restam, assim, inovadoras possibilidades para a episteme jurídica a partir das considerações econômico-jurídicas. O Direito disciplina e concatena a ação dos indivíduos em sociedade, visando atingir dado objetivo social e, para tanto, seu conhecimento necessita perpassar por um olhar multidisciplinar e interdisciplinar da realidade. A Ciência Econômica torna o Direito eficaz, considerando, no cálculo econométrico, variáveis de inclusão social e de eficiente tomada de decisão normativo-jurídica; ainda mais se considerado o que se defende como Princípio da Eficiência Econômico-Social (PESS)⁴.

As circunstâncias políticas, jurídicas e econômicas caracterizam o respectivo Direito. A política almeja a liberdade; a economia vislumbra a fraternidade; e a justiça visa à igualdade. O Direito, analisado pela Ciência Econômica, é eficiente, especialmente quando incluídas, no cálculo econométrico-

³ Defendendo a possibilidade de convivência entre Direito e Economia como partes formal e substancial da mesma realidade, este autor expressa seu pensamento afirmando que “A Economia política deverá dar-se de conta, mais do que fez até agora, de que esta chamada a ser testemunha da existência social do homem. Seu ponto de partida exato – por conseguinte com o que constitui seu verdadeiro plano - não será, pois, o conceito da Economia em abstrato, que se refere às necessidades humanas e aos bens a que se socorre para satisfazê-las, senão o conceito da vida social, entendendo por tal, como resta exposto, uma convivência humana submetida à regulação exterior de conduta. Dentro desta vida social, a forma da regulação, seja jurídica ou convencional, deverá distinguir-se da matéria sujeita a normas de conduta humana em cooperação para à satisfação das necessidades. Sobre esta, sobre a matéria da vida social, é sobre a qual a Economia Política deve recair. Uma vez que esta conduta humana em cooperação, só pode surgir, em quanto social, sob-regulação exterior determinada e não sendo a investigação da mera forma da vida social uma tendência, só resta como objeto próprio da Economia Política: a estrutura concreta de uma determinada cooperação sujeita a normas, para a satisfação das necessidades humanas.” (STAMMLER, 1929, p.138, tradução nossa).

⁴ Sobre o PEES, ver, também, Gonçalves e Stelzer (2007, p. 1-25; 2013, p. 56-78).

jurídico para a tomada de decisão normativo-jurídica, variáveis para a inclusão social. Este artigo trata do Princípio da Eficiência Econômico-Social e justifica, como categoria teórica, a interação econômico-jurídica socialmente inclusora e progressista para a realização dos direitos individuais e sociais, permitindo racionalidade e humanização para a norma positivada, sem descuidar dos aspectos econômicos, políticos e jurídicos, buscando critério que associe justiça e eficiência. Objetiva-se assumir o PEES, como opção de política jurídica para a elaboração, aplicação e análise judicial da norma.

2 Direito, economia e o princípio da eficiência econômico-social

A aproximação entre Direito e Economia pode ser vista sob o enfoque do Direito Econômico e das Escolas⁵ da Análise Econômica do Direito (AEDI), segundo o enfoque tradicional da Escola de Chicago – *Law and Economics* (LaE), o enfoque Neoinstitucional ou vertente dos *Property Rights*, o enfoque da Eleição Pública – *Public Choice* e, ainda, pelos conhecidos Estudos da Crítica Jurídica (ECJ), destacando-se autores, como Coase (1960), Calabresi (1961) e Posner (1977). Nos Estados Unidos da América (EUA) dos anos 60, o ambiente social e ideológico era favorável à volta do liberalismo político-econômico-jurídico, agora conhecido como neoliberalismo⁶. Assim, para além do

⁵ Roemer (1994, p. 4) analisa quatro enfoques da disciplina em questão: o tradicional – de Posner, o neoinstitucional, o da *public choice* e os Estudos da Crítica Jurídica. Consagrou-se a expressão *Law and Economics* para designar o enfoque tradicional da Escola de Chicago, também conhecido como institucionalista.

⁶ Hayek (2009, p. 279-280) já havia, em 1944, escrito a obra que defenderia, incondicionalmente, a “liberdade e a responsabilidade pessoal”; tratava-se do Caminho para a Servidão.

movimento acadêmico-economicista, mormente, em Chicago e Yale, verificou-se a ascensão, nos países capitalistas dos anos 80, de Ronald Reagan no governo norte-americano, de Margaret Thatcher no Reino Unido e de Helmut Kohl, na Alemanha, dentre outros, que implementaram mudanças radicais de cunho neoliberal, minimalistas de Estado e flexibilizadoras das relações de produção. Verificou-se, dessa forma, uma espécie de transição entre o velho Direito Econômico e os novos Direito e Economia – (AEDI)⁷, que trataram de aplicar as premissas básicas da Microeconomia aos diversos ramos do Direito. Foram pioneiros autores, como Coase (1960), Calabresi (1961) e Posner (1977). A AEDI é uma opção de critério de justiça não aleatória e nem política. Passados 53 anos, o famoso Teorema de Coase⁸, enaltecido por Stigler (1987), é vigente na releitura que Coase (1960) fez de Pigou (1932). Agora, reestruturado o próprio pensamento de Posner (2010) como pragmático, acredita-se, pois, que o método analítico-interpretativo-constructivista da AEDI torna o “Direito jurídico-persuasivo” em processo de análise de custo e benefício, esgotando o paradigma jurídico-coercitivo vigente. Entende-se, assim, a prática jurídico-econômica, em mercado-social, como discurso para a maximização de resultados em meio à dialética social-

⁷ AEDI refere-se à utilização da Teoria Econômica para análise do Direito. Em visão *stricto sensu*, a LaE refere-se à idealização de Richard A. Posner e busca a compreensão do universo jurídico, partindo de pressupostos e valores metajurídicos econômicos.

⁸ Segundo o Teorema de Coase, uma vez inexistentes os custos de transação, é indiferente que os direitos sejam determinados previamente, restando, sempre, a possibilidade de realocação dos mesmos segundo interesses dos particulares envolvidos. Resta, sim, papel de relevada importância para o Direito, no caso de verificação de desvios de mercado – falhas de mercado – ou quando existirem altos custos de transação, que impeçam as partes em conflito de transigirem, além do controle do poder de polícia em relação ao comportamento social dos indivíduos. Sobre os custos de transação, ver Coase (1960, p.1-44).

econômico-normativa inclusiva e progressista, ainda conforme ao que se defende como Mínimo Ético Legal (MEL).

A Economia é uma ciência analítica por natureza e aplica-se, ao Direito, como metodologia necessária para quantificar interesses, analisar procedimentos e indicar soluções com tendências probabilísticas, que levem à dissipação dos conflitos e à satisfação das necessidades, bem como à elaboração legislativa progressista. O Direito racional se faz necessário para que a exploração das diversas atividades econômicas possa ser desenvolvida dentro de perspectiva de segurança jurídica, que impeça as incertezas e instabilidades não permissivas da acumulação.

Como postulados da LaE, defendem-se: 1) Prevalece, como método, na aplicação da Economia ao Direito, o individualismo metodológico, segundo a racionalidade maximizadora economicista; 2) As leis jurídicas devem guardar mínima harmonia com as leis econômicas; e 3) O Paradigma jurídico deve volver-se para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção e utilização da riqueza individual e social. Por outro lado, resta, como *desideratum* nas relações sociais, o “equilíbrio político-econômico-jurídico” através da negociação de interesses que, em última análise, são recíprocos. É nessa perspectiva de reflexão que se discute o papel do Estado e do Direito para a resolução de controvérsias. Defende-se, pois, que se pode distribuir renda e alocar recursos a partir de tomada de decisão racional consideradora do social, fato que o mercado, por si, é incapaz de fazer. Dessa forma, o sistema econômico ideal deve perpassar o mercado globalizado e universalmente regulamentado, sob a égide do PEES, como forma de atenuação entre a planificação – em que se tem a desvantagem de perder o referencial do valor econômico – e a concorrência de mercado – que faz desaparecer

as possibilidades de coexistência. Parte-se do pressuposto de que, incrementando a eficiência, aumenta-se a riqueza, o que, necessariamente, pode não levar à equidade e à distributividade. Necessário, portanto, é, ao aplicar métodos jurídico-econômicos, ampliar a riqueza, porém, sem descuidar da inclusão social como forma ideal de eliminação das externalidades, tal qual defendido pelo PEES e segundo ação Estatal, conforme a garantia do Mínimo Ético Legal (MEL).

A eficiência deve ser vista, conceitual e economicamente, a partir das ideias de Pareto (1984), de Kaldor (1939, p. 549–552) e de Hicks (1939, p. 696–712). Assim, a doutrina econômica conhece o que se chama de melhoria de Pareto, ótimo de Pareto e critério Kaldor-Hicks. Resta, pois, o novo arranjo do Direito com a Economia, buscando eficiência, sim; porém, dentro de limites determinados pelo Estado, segundo se entende por Mínimo Ético Legal (MEL). Tal arranjo denomina-se Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES). Destarte, se a Análise Econômica de custos e benefícios não considera critérios distributivos e, preconizando maiores lucros para um grupo, submete outro a carências, por outro lado, a distribuição regressiva da riqueza leva a maiores injustiças em termos materiais. Dessa forma, devem ser considerados os critérios progressistas de distribuição da riqueza, segundo um processo de tomada de decisão que não leve à estagnação ou inoperância da atividade econômica. Torna-se útil o critério de eficiência de Kaldor-Hicks para a adjudicação do Direito, além de programas ou políticas distributivas a serem, cautelosamente, implementadas pelo Estado, já que, nem sempre, são computadas, no cálculo utilitário decisório, as externalidades negativas e positivas. A regulamentação, em busca da eliminação do desequilíbrio social, deve compensar os desfavorecidos em função da adoção de possibilidades eficientes. Trata-se da elaboração e aplicação da

norma de forma eficiente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter recíproco das ações e interesses, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente, ou mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas. Ainda, tem-se que o PEES considera, no cálculo econométrico, as variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades auferidas, quando se sacrificando determinados bens e serviços de outrem, considerado o maior número ou a totalidade dos agentes envolvidos. Concorde-se com Pigou (1932) que o custo social não pode se justificar pelo ganho privado; também se concorda com Coase (1960) que interesses recíprocos devem ser equacionados de forma eficiente.

A aproximação entre o Direito e a Teoria Econômica torna-se possível segundo aplicação do PEES, dadas as restrições materiais, e segundo se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos envolvidos no caso concreto, difundindo-se incentivos para a ação socialmente desejada ou obstáculos para atos condenados pelo acordo social previamente estabelecido em normas e nos costumes. Falhas de mercado distorcem a distribuição ideal de recursos e a alocação eficiente destes restará prejudicada, implicando injustiça em função do desperdício e da escassez, fazendo urgir a ação do Estado e do Direito para organizar as relações econômico-sociais. Ademais, justiça é fazer, aos outros, o que se gostaria que fosse feito a si – alteridade. Segundo o PEES, a justiça deve ser alcançada pela composição ideal das partes, relevados os interesses sociais reciprocamente considerados. Para tanto, a Justiça no Direito, seja em esfera normativa ou judicial, implica tomada de decisão,

que leve em consideração os questionamentos indissociáveis do PEES, tais como: 1) a inclusão do maior número de variáveis no cálculo econométrico de custo e benefício para a tomada de decisão econômico-jurídica; 2) A consideração da totalidade dos agentes econômicos e sujeitos de direitos envolvidos, ou que venham a sofrer reflexos em virtude da tomada de decisão econômico-jurídica; 3) o primado da distribuição e redistribuição dos escassos recursos em função da eficiência econômico-social, segundo o Mínimo Ético Legal determinado pelo Estado; 4) a eliminação dos reflexos das externalidades individuais ou coletivas, que venham a determinar injustificáveis custos sociais, bem como dos reflexos negativos da ação, presentes com relação às gerações futuras e; 5) a avaliação dos resultados do sistema jurídico e de sua concreta aplicação a partir da consideração dos incentivos indutores ou obstantes da ação social. Necessário alcançar o desenvolvimento pela busca de mínimas condições de justiça asseguradoras e mantenedoras da liberdade no exercício da atividade econômico-social pelo uso eficiente dos escassos recursos, segundo o PEES. Não se pode esquecer que a humanidade cresce globalmente e a transitoriedade da vida individual não representa, nem justifica, o isolacionismo do poder ineficiente e descomprometido com a própria sobrevivência e a dos demais componentes da humanidade. Muito menos, justifica-se a destruição do suporte material da vida na Terra, uma vez que se entende, dentro de perspectiva progressista e includente, ser, a riqueza social, individualmente apropriada. É nessa perspectiva de reflexão que se discute o papel do Estado, do Direito e do mercado, diminuindo os altos custos de transação. Através da reforma íntima, a partir da educação e do amadurecimento dos processos cognoscitivos, supera-se a insanidade pela alteridade, segundo padrões ético-comportamentais próprios do “homem integral” – ser humano

consciente e capaz de “amar” o outro. Não há mais espaço para o isolamento e, nesse contexto, necessário é o repensar de nova Teoria Geral do Direito que, “flexível”, abandone o “ranço dogmático” de tradição individualista, embasado em conceitos absolutistas e volva-se para a normo-instrumentalização moderna, eficiente e racional de melhor aproveitamento da riqueza satisfazendo, por fim, os anseios individuais e sociais em perspectiva global. Evidente, no entanto, é que a grande maioria da humanidade, ainda não educada, transgride sua própria lei de autopreservação.

Utilizar a Teoria Econômica para interpretar ou analisar o Direito significa utilizar método dedutivo de prognósticos em função da norma analisada, objetivando a produção de determinado comportamento social desejado. No ambiente integrado, necessária é a busca de mínimas condições de justiça asseguradoras e mantenedoras da liberdade regulada e o exercício da atividade econômica, uma vez que se reconhece, em um estado de mercado-social, o estado “utópico do sistema econômico”, que propicie, apesar da existência de falhas de mercado, a sobrevivência socioeconômica racional e eficiente em perspectiva de equilíbrio dinâmico nacional, regional e, quiçá, global. Compatibilizam-se, em termos de práxis ideológico-normativa, os fins racionais economicistas do Direito e a necessidade elementar de equidade através do PEES, uma vez adotados o apropriar individual racional – uso eficiente dos recursos e relevadas as consequências sociais – e as externalidades. Propõe-se, então, como viável o PEES, enquanto critério orientador para criação e aplicação das normas de Direito minimamente éticas (MEL), disciplinando o apropriar e o usar da riqueza social, individualmente apropriada, em sociedade, ainda, lembrando-se de que, o homem, sendo mais que seus desejos materiais, é ser espiritual e social que necessita

da sociedade para, assim, usufruir com plena intensidade o seu direito de vida.

3 Considerações finais

A norma jurídica deve ser criada e aplicada segundo valores que não permitam o uso ineficiente da riqueza, do meio ambiente e do trabalho. Para tanto, é necessária a interatividade entre as Ciências Econômicas e o Direito, como também é necessário desestimular as desigualdades, compatibilizando-se os ideais individuais, sociais e os princípios econômicos.

Inserida no estudo do Direito na década de 60, a AEDI questiona sua racionalidade econômica e apresenta metodologia para a análise do fenômeno jurídico. A tendência, no campo das ações normativas e judiciais, deve visar à tomada de decisões universais rompendo com as resistências individualistas, pois, como primeira razão, a humanidade tem de sobreviver, o Planeta tem de continuar vivo. A Microeconomia apresenta parâmetros técnicos para a tomada de decisão normativo-jurídica eficiente, inclusive própria do defendido PEES que, afetando a totalidade dos indivíduos envolvidos e elidindo suas crises, não deve propiciar externalidades aos demais atributos da realidade, quais sejam: a sociedade presente e as futuras gerações – que perpetuam a inteligente ação humana; a natureza – que mantém a vida em condições ecológicas; os atributos da idealidade – como podem ser lembrados os valores da justiça, da honestidade, do belo, do correto, do amável, do razoável, do espiritual, da divindade. Nesse diapasão, o que se defende é o convencimento e a persuasão. Por consequência, resta defender-se o Direito Persuasivo para a instrumentação moderna de caráter racional-eficiente de melhor aproveitamento da riqueza social e individualmente apropriada. Compete, para o Direito, um ideal

de justiça próprio da sociedade eficiente, que avalie os benefícios e os custos advindos da tomada de decisão individual e social em ambiente institucional de mercado-social, regulado pelo Estado, conforme ditames do MEL. O sistema econômico interage com o jurídico-institucional; conseqüentemente, o Estado e o Direito assumem papel defensor da ação dos indivíduos, segundo suficiente flexibilidade para a adjudicação de direitos e a fixação de obrigações. O PEES, como metodologia normativa e normativo-analítico-interpretativa da Ordem Jurídica, sugere a adoção do que se considera o Sistema Econômico Líbero-Social ou economia de mercado-social, disciplinada pelo MEL Estatal; prevalecendo o livre arbítrio das escolhas em meio à atitude socialmente responsável de maximização dos interesses individuais que, por sua vez, devem ser negociados, considerando-se a natureza recíproca e futura das suas conseqüências quando da tomada de decisões por parte dos agentes sociais.

Sugerem-se as seguintes estratégias, no intuito de tornar o Direito justo e capaz de viabilizar condições sociais asseguradoras do almejado desenvolvimento: a) demonstrar que as ciências sociais devem interagir em visível processo dialético; b) apontar procedimentos e máximas interpretativo-jurispcionais na esfera do PEES, que legitimem a prática econômica global, desburocratizada e livre dos resquícios fundamentalistas extremados; c) levantar estratégias que viabilizem o sistema econômico líbero-social dentro da perspectiva de interação entre interesses capitalistas e necessidades sociais; d) avaliar a crise jurídico-normativa do Direito em função da crise econômico-social; e) evidenciar que os padrões jurídico-normativos expressam-se como oriundos do poder político e econômico, mas, indubitavelmente, apresentam-se eficazes, desde que observados e considerados a articulação de valores e os anseios sociais; f) avaliar o controle jurídico interpretativo-normativo da atividade

econômica – grau de intensidade e necessidade; g) verificar a crise existente entre a ineficiência das regras de Direito e a busca da eficiência econômica; e h) constatar a mudança do paradigma mecanicista-procedimental para o modelo holístico-interativo nos diversos campos do conhecimento, em especial, das Ciências Sociais como o Direito e a Economia. Portanto, determinando políticas econômicas progressistas, as leis jurídico-econômicas devem buscar a eficiência social para a adjudicação dos diversos fatores de produção, objetivando o desenvolvimento e a garantia da seguridade e certeza jurídica em pragmática legalista, que combinem a racionalidade material do economista e a formal do jurista, conforme consenso para a governabilidade substantiva e a inclusão social, segundo o PEES. Ao Direito compete eliminar as externalidades causadas pela ação no mercado-social e possibilitar a negociação para a conseqüente diminuição dos custos de transação. Deve, pois, o Direito indicar quanto de determinado bem, considerado individualmente, está-se disposto a perder para a implementação da riqueza de outro, segundo adoção do MEL e do PEES, sob pena de esterilidade normativa. Da mesma forma, o paradigma jurídico-persuasivo não pode ser indiferente ao pluralismo Líbero-Social, adotando a liberdade para a tomada de decisão que, sem embargo, não pode desconsiderar os reflexos sociais causados e, observando o PEES, deve internalizar, de forma racional-econômica, por meio do cálculo econométrico, os ganhos e perdas individuais e sociais, de forma que o ganho individual não ocorra pela imposição de custo social. A responsabilidade pelo uso social da riqueza individualmente apropriada, antes de imposição, é necessidade que torna a convivência dos indivíduos pacífica, assim como eficiente, uma vez que, se garantida a propriedade privada, não se deixa de, também, assegurar a necessária geração de riqueza que deve, assim, traduzir a conseqüente criação de

novas oportunidades de emprego de recursos para a sociedade que, então, passa a ser beneficiada pelo uso racional da riqueza social e individualmente apropriada.

Seguramente, a ação conjunta advinda de tal intento fortifica o desenvolvimento universal, uma vez superada a etapa dos regionalismos, segundo negociação eficaz dos termos da globalização, da internacionalização de mercados e da abertura econômico-política neoliberal, sob pena de, não o fazendo, procrastinar-se o grande resultado desejado: um mundo melhor, no terceiro milênio, livre de conflitos gerados pela insensatez do radicalismo e no qual se vislumbre o definitivo desenvolvimento.

Referências

CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts*. Yale Law Journal, v. 70, p. 499, 1961.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-44, 1960.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Efeitos Econômicos de Políticas Licitatórias e Empreendedorismo Socialmente Responsável. *In: Economic Analysis of Law Review*. v. 4, n 1, p 56-78, jan-jun 2013.

_____; _____. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na Contemporânea Teoria Geral do Direito. *In: XI Conferência Anual da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia – ALACDE (1)*. Brasília, DF. Anais. *Escholarship University of California*. Berkeley University, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/39q6m55k>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

HAYEK, Friedrich. *O Caminho para a Servidão*. Lisboa: Edições 70, 2009.

HICKS, John. The Foundations of Welfare Economics. *In: Economic Journal*. v. 49, n. 196, p 696–712, 1939.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *In: Economic Journal*. v. 49, n. 195, p 549–552, 1939.

PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Coleção Os Economistas.).

PIGOU, Arthur Cecil. *The Economic of Welfare*. 4. ed. London: Macmillan.1932.

POSNER, Richard Allen. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1977.

_____. *Economic Analysis of Law*. 7.ed. Boston: Austin: Kluwer. 2007.

_____. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. São Paulo: Forense. 2010.

ROEMER, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Tradução José Luis Pérez Hernandez. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

STAMMLER, Rudolph. *Economia y Derecho Según La Concepción Materialista de La História*. Madrid: Editorial Reus, 1929.

STIGLER, George J. *The Theory of Price*. 4. ed. New York: Macmillan Publishing Company, 1987.

CAPÍTULO XXXIII



A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DO SOPESAMENTO

Fausto Santos de Moraes¹

1 Introdução

A aplicação dos Direitos Fundamentais, na sua caracterização como princípios jurídicos, demanda a observação de um esquema formal condutor da argumentação jurídica, necessária à legitimação das decisões judiciais no exercício da jurisdição constitucional.

Esse elemento formal e, posteriormente, o elemento substancial, são os requisitos necessários para conferir legitimidade à aplicação do Direito em consideração à sua fundamentação racional. Consequentemente, as decisões que aplicam os Direitos Fundamentais e se orientam pelo sopesamento não devem sonegar a contribuição teórica desse modelo para a realização da ordem constitucional brasileira de fundamentação das decisões judiciais, previstas no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Este trabalho parte do pressuposto da aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de resolução do conflito de Direitos Fundamentais, notadamente, princípios jurídicos, identificados mediante o critério semântico-estrutural desenvolvido por Alexy (2008a). Por causa disso e para privilegiar as discussões quanto às leis de sopesamento, que orientam a

¹ Fausto Santos de Moraes é Doutor em Direito Público. Docente do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional do Rio Grande do Sul (PPGD – IMED). Email: faustosmoraes@gmail.com.

construção da Fórmula de Peso e sua posterior justificação racional, as costumeiras distinções entre regras e princípios não serão tratadas aqui.

Nesse sentido, os dois elementos essenciais, formal e substancial, serão apresentados como modelo de base da aplicação dos Direitos Fundamentais, idealizado por Robert Alexy, para que possa servir de paradigma à aplicação argumentativa do Direito no Brasil.

2 Da lógica à fórmula: o elemento formal da argumentação jurídica de Robert Alexy

O estudo da proposta de Robert Alexy apresenta a proporcionalidade como um sistema que coordena a aplicação e fundamentação das normas de Direitos Fundamentais, mais precisamente, de princípios jurídicos, existindo, como sustenta o autor, algumas estruturas que devem ser consideradas para tanto.

A intenção do jurista alemão seria construir uma Lei de Colisão, que representasse a relação entre a existência de princípios colidentes em um determinado caso concreto. Conseqüentemente, a Lei de Colisão determinaria a fixação de uma relação de precedência, condicionada entre os princípios jurídicos em um determinado caso concreto (ALEXY, 2008a, p. 98-99).

Um dos primeiros passos a ser observado na aplicação da máxima da proporcionalidade seria a verificação subsidiária das submáximas que a compõem. Assim, propõe-se denominar essa primeira estrutura de aplicação do sistema da proporcionalidade como a lei da subsidiariedade entre as máximas.

Portanto, sempre que um ato for analisado como válido a partir da proporcionalidade, será devido a sua submissão às

submáximas referidas. Primeiro, verifica-se se o ato é adequado; depois, se é necessário. Após o preenchimento desses dois requisitos, será feita a ponderação entre os princípios jurídicos envolvidos. O mesmo aconteceria com os Direitos a prestações, cujo exame da necessidade e adequação estaria orientado pela eficiência e sopesamento.

Eis a importância de conhecer o sopesamento. Para tanto, Alexy (2008a) orienta o sopesar para a existência de uma lei, denominada lei de sopesamento². Essa estrutura compõe a máxima da proporcionalidade quando se procura analisar a terceira submáxima: a proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, sempre que se estiver falando sobre a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito, seria necessário observar a incidência da lei de sopesamento.

Faz-se necessário o seguinte esclarecimento: a lei de sopesamento é diferente da lei de colisão. A segunda diz respeito à forma lógica de ordenação da precedência entre os princípios jurídicos envolvidos. Quer dizer, determina a formulação da seguinte estrutura lógica: (P1 P P2) C (ALEXY, 2008a, p. 98). Na verdade, não é forçoso entender que a formulação da regra de precedência entre os princípios jurídicos envolvidos em dado caso concreto implicaria a construção do suporte fático para aplicação da regra.

Nesse sentido, a equação de precedência, (P1 P P2) C, implica a consideração de condições fáticas e jurídicas do caso concreto como elementos constituidores do suporte fático, C (T1 e T2 e T3 e T4) → R.

A construção desse suporte fático dá aplicabilidade a uma regra específica, que dilui a tensão entre diferentes princípios

² Na verdade, seria possível indicar duas leis de sopesamento. A primeira, que colocaria em discussão o grau de satisfação e de intervenção, complementada pela segunda, que exigiria grande certeza das premissas empíricas e normativas.

jurídicos perante o caso concreto que, numa situação inicial, envolva a discussão sobre a tensão entre dois princípios e produza uma regra que organize a relação entre eles. Essa regra, como já se viu, goza da estrutura lógica da subsunção. Eis a estrutura lógica apresentada por Alexy (2003, p. 447) para a subsunção:

- a) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
- b) $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
- c) $(x) (M^2x \rightarrow M^1x)$

O autor afirma que a aplicação da regra, mediante subsunção, envolveria tanto a consideração da estrutura lógico-conceitual (ALEXY, 2003, p. 447)³, como recursos para esclarecer os passos lógicos-dedutivos entre as premissas utilizadas na dedução. Feito isso, o próximo passo seria, conforme o autor, exercer a justificação interna do silogismo. Ele não esquece, contudo, as exigências de justificação interna e externa do silogismo⁴.

Construir essa regra de precedência, aplicada mediante a subsunção, requer o passo anterior que transitaria pela máxima da proporcionalidade. Isso porque seria o sopesamento a operação lógica anterior à construção dos elementos lógicos necessários à criação de uma regra de precedência aplicada mediante subsunção.

³ Mesmo quando este autor fala em subsunção, ele não ignora a necessidade de apresentação de razões que sustentem essa operação lógica de forma argumentativa. Assim, mesmo quando se estivesse diante de casos fáceis, as premissas do raciocínio, as regras semânticas no uso dos conceitos utilizados e sua interligação aos casos, bem como a consistência do resultado deveriam ser argumentativamente apresentadas (ALEXY, 2003, p. 447).

⁴ Explica-se: mesmo acreditando na lógica deducionista, Alexy (2003) não deixa de lado a necessidade de justificação da operação de subsunção. Essa necessidade de justificação envolveria tanto o âmbito interno quanto externo.

Falar em sopesamento é determinar a relação entre os princípios jurídicos envolvidos, considerando a seguinte lei (de sopesamento): “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação de outro.” (ALEXY, 2008a, p. 167).

A lei supra pode ser correspondida por uma formulação lógica que considera a discussão concreta sobre a intervenção e satisfação sobre os princípios jurídicos envolvidos (P1 e P2). Assim, quanto:

- a) à intervenção, compreende-se a fórmula: $IPiC = P1$.
- b) à satisfação, opera-se com a fórmula: $WPjC = P2$.

Entende Alexy (2008a, p. 602) que os graus de intervenção e satisfação poderiam ser avaliados gradualmente, considerando-se como leves (*l*), médios (*m*) ou severos (*s*). Aplicar a lei de sopesamento envolveria três passos, sendo os dois primeiros correspondentes a uma avaliação do grau de intervenção/satisfação entre os princípios jurídicos envolvidos.

Num determinado caso concreto, seria possível orientar a primeira lei de sopesamento através da seguinte fórmula (ALEXY, 2008a, p. 603):

$$GPijC = IPiC \\ WPjC$$

Assim, a determinação do peso concreto dos princípios ($GPijC$) colocaria em jogo relações entre intervenção e satisfação, e entre os princípios jurídicos, considerando a atribuição de juízos de valor sobre a intensidade (*l,m,s*). Essas relações poderiam determinar três tipos de resultados: a) precedência

de P1⁵; b) preponderância de P2⁶; c) impasse na relação, em que seria reconhecida a discricionariedade do legislador e a impossibilidade de controle pelo poder judiciário – denominado por Alexy (2008a) como espaço estrutural de discricionariedade⁷.

Essa pode ser considerada a primeira lei de sopesamento que possui associação à importância material das razões que sustentam a intervenção/satisfação (lei material do sopesamento) (ALEXY, 2008a, p. 617). Isso porque, adicionalmente à ideia de afetação e satisfação entre os princípios jurídicos envolvidos, também se mostra necessário conhecer as condições epistêmicas envolvidas. O próprio autor reconhece, na existência da segunda lei de sopesamento, essa condição, indicando a seguinte relação: “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia.” (ALEXY, 2008a, p. 617). Ele vai chamá-la de “lei epistêmica de sopesamento.” (ALEXY, 2003, p. 446).

Tanto como juízos sobre a intensidade de intervenção e satisfação dos princípios jurídicos relativos ao caso concreto, a lei epistêmica pode reconhecer diferentes níveis de certeza sobre os pressupostos empíricos, envolvidos na aplicação do princípio da proporcionalidade. Assim, sobre a plausibilidade ou evidência das questões empíricas as seguintes categorias seriam

⁵ Seriam as três formulações em que P₁ deveria preponderar: (1) IP₁C: s/ WP₁C:l; (2) IP₁C: s/ WP₁C:m; (3) IP₁C: m/ WP₁C:l. (ALEXY, 2008a, p. 602).

⁶ Também seriam três as possibilidades de preponderância do P₂: (1) IP₁C: // WP₁C:s; (2) IP₁C: m/ WP₁C:s; (3) IP₁C: // WP₁C:m. (ALEXY, 2008a, p. 602).

⁷ Nesse conjunto de possibilidades, seria considerada a *discricionariedade estrutural* (P₁=P₂): (1) IP₁C: // WP₁C:l; (2) IP₁C: m/ WP₁C:m; (3) IP₁C: s/ WP₁C:s. Nessas relações, seria possível dizer que, ao mesmo tempo, poderia o legislador agir ou não, porque teria uma faculdade de discricionariedade. Isso porque o legislador não seria obrigado (nem proibido) pela Constituição a fazer ou deixar de fazer algo (ALEXY, 2008a, p. 608).

trabalhadas: certo ou garantido (*g*), sustentável ou plausível (*p*) e não evidente ou falso (*e*)⁸.

Quando se pretende sopesar princípios jurídicos, em atenção à submáxima da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se levar em conta a determinação dessas duas leis de sopesamento permitindo a construção da “Fórmula de Peso”. Uma diz respeito à fundamentação da intervenção/satisfação entre os princípios. A outra, àquilo que envolve a certeza empírica sobre esses juízos de intervenção e satisfação.

Observando a proposta do autor, a Fórmula de Peso poderia ser representada pela seguinte estrutura⁹:

$$\begin{aligned} \text{GP}_{ij}C &= \text{IP}_{iC} - \text{SP}_{iC} \\ \text{WP}_{jC} &- \text{SP}_{jC} \end{aligned}$$

A importância da Fórmula de Peso, considerando a contribuição da “Lei de sopesamento epistêmica”, envolveria o fato de que o grau de incerteza na satisfação de um determinado princípio jurídico determinasse maior peso à impossibilidade de intervenção no princípio colidente. Da mesma forma, quanto maior a certeza da satisfação do princípio jurídico envolvido, maior seria a possibilidade de intervenção no princípio adversário.

⁸ Alexy (2008a, p. 619) vai designar o símbolo “S” para apresentar a segurança das suposições empíricas envolvidas. Assim, a equação da segurança que deveria ser considerada pelo sopesamento seria: “SP_iC” e “SP_jC”. Dessa forma, consideram-se três diferentes níveis de segurança sobre as premissas empíricas examinadas, sendo elas: certas ou confiáveis, plausíveis ou não evidentemente falsas. Adotar uma dessas classificações sobre as certezas empíricas determinaria a atribuição de certo valor ou peso a um dos “princípios” discutidos.

⁹ Essa é a fórmula na sua versão simplificada. Tal característica se dá por deixar de fora a discussão sobre o peso abstrato dos princípios jurídicos envolvidos (ALEXY, 2008a, p. 604).

Apresentada as variáveis da Fórmula de Peso, será sistematizada na próxima seção uma classificação da discricionariedade reconhecida por Alexy (2005) ao legislador. A referida discricionariedade importaria no efeito da impossibilidade de um controle racional pelo Poder Judiciário das decisões políticas.

Tem-se, portanto, como indiscutível, a relação existente entre a subsunção e o sopesamento. Essa afirmação se funda na afirmação de Alexy (2010a) de que a subsunção se dá no início e ao final da aplicação dos princípios jurídicos. Inicia, pois seria possível subsumir os princípios jurídicos envolvidos em tensão por decorrência do caso concreto. Ao final, a subsunção seria a marca da aplicação lógica da regra de precedência, condicionada e construída entre os princípios jurídicos para aquele exclusivo caso concreto (ALEXY, 2010a, p. 11).

Apelando-se a Gavião Filho, fica claro que a “Fórmula de Peso”, pensada por Robert Alexy, implicaria a atribuição de graus diferentes ao processo de sopesamento entre princípios jurídicos colidentes, colocando em evidência questões, como: a intensidade de intervenção, o peso abstrato, a certeza das premissas, a importância de realização (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 283).

Todavia, o sopesamento não poderia ser tomado como um ato isolado de aplicação do Direito. Isso porque, a sua validade dependeria do uso de razões que pudessem amparar conclusões quanto às questões indicadas. Para tanto, entende-se que o uso dessas razões somente poderia ser possível num entendimento global do ordenamento jurídico e da forma que diferentes casos são resolvidos.

3 A pretensão de correção como complementação substancial à argumentação jurídica de Robert Alexy

Embora fosse possível trabalhar a aplicação do Direito através de um viés lógico, orientado por leis (da Colisão e do Sopesamento) e fórmulas (Peso), viu-se a indicação quanto à necessidade desses elementos serem complementados por razões. Esse seria um elemento substancial que proporcionaria a legitimidade do sopesamento.

De acordo com Alexy (2005), a justificação da decisão que sopesa princípios jurídicos seria conferida pela apresentação de razões que suportassem o ônus da fundamentação racional. Para tanto, a Argumentação Jurídica idealizada pelo autor teria a qualidade de orientar esse esforço argumentativo.

Para tanto, duas questões sobre a teoria da argumentação jurídica devem ser destacadas, quais sejam: a) a postura seguida à busca da racionalidade (fundamentação racional) do discurso jurídico; b) o papel da pretensão de correção.

Alexy (2005, p. 46-47) obteria, através de teorias sobre a Filosofia da Linguagem e da Argumentação, elementos que pudessem suportar discussões sobre regras e formas para uma teoria do Discurso Prático Racional Geral que, aplicada às necessidades jurídicas, seria suficiente à fundamentação do resultado orientado à pretensão de correção normativa.

Ele identifica dois tipos de pretensão de correção. A pretensão de correção abstrata (ALEXY, 2010b, p. 5), de características ou dimensões formais ou reais. A dimensão formal, proveniente do Direito positivo, representaria a pretensão de correção formal, significando que, formalmente, todas as disposições legais teriam a pretensão de ser corretas e

justas (ALEXY, 2008b, p. 90). Além de elemento formal, teria o Direito o elemento substancial determinado pela vinculação do Direito positivo à moral. Esse elemento substancial reclamaria uma análise qualitativa do Direito positivo, o que seria representado pela pretensão de correção como uma exigência de Justiça (ALEXY, 2010b, p. 5).

A natureza do Direito envolveria, portanto, dois princípios importantes, existentes no seu nível conceitual, quais sejam: o princípio da certeza jurídica das disposições legais e o princípio da justiça correspondente à pretensão de correção. A pretensão de correção abstrata implicaria na conexão desses dois princípios (ALEXY, 2010b, p. 5).

Seria através da pretensão de correção que o Direito estaria substancialmente ligado com a moral discursiva. Ou seja, para que o Direito cumprisse com o elemento moral, ou, melhor dizendo, para que representasse a necessária conexão conceitual entre Direito e Moral, deveria ele apresentar a devida pretensão de correção, mediante a fundamentação racional de suas decisões. Alexy (2007) afirma que o suporte da conexão conceitual estaria presente em duas questões. A primeira, segundo a qual os Direitos Fundamentais determinariam aquilo como discursivamente necessário; e a segunda postula que a definição dessas questões ocorreria por meio de regras e formas de argumentação ou discurso prático. A primeira seria substancial, e a segunda, procedimental. Assim, a relação entre Direito e Moral, como conceitualmente necessária, ocorreria pela condição racional dos seres humanos (ALEXY, 2007, p. 20).

Pode-se especular a partir da noção de pretensão de correção que o sopesamento, como ponderação entre diferentes critérios valorativos, implicaria o reconhecimento do juízo

de adjudicação para estabelecer vinculações entre o material jurídico institucionalizado (lei, jurisprudência, dogmática) e as exigências concretas (problemas concretos ainda não definidos). Nesse sentido, o juízo exprimiria a pretensão de correção do adjudicador (juízo valorativo moral), escolhendo aquela solução que se amoldasse à pretensão formal e material do Direito (ALEXY, 2007, p. 20).

A condição do Direito – e, aqui, estende-se o argumento para o juízo de adjudicação – permitiria que, através da pretensão de correção, fosse possível questionar a fundamentação racional do conteúdo do Direito. Assim, a razão serviria para reconhecer ao Direito uma dimensão ideal ou crítica (ALEXY, 2008b, p. 20). O *dever-ser* do Direito.

Logo, todo o Direito, seja concebido como ordem jurídica ou adjudicação pelo poder judiciário, envolveria uma pretensão de correção material, que estabeleceria a conexão entre o Direito e a Moral (ALEXY, 2005, p. 20). Os atos jurídicos, na concepção de Alexy (1993, p. 38), sempre envolveriam a ligação com a Moral, no sentido da necessidade de correção. Toda vez que se pondera, interpreta, aplica, fundamenta/argumenta, está sendo exercida a pretensão de correção¹⁰ quanto ao conteúdo e procedimento. Assim, para Alexy (2007), a pretensão de correção seria característica marcante do Direito como uma ordem jurídica e processo de adjudicação.

¹⁰ Pela necessidade da correção, Alexy (2007) se refere à necessidade de que as afirmações jurídicas sempre pretendam estar corretas com o Direito. Exemplo dessa necessidade de correção seria um artigo constitucional absurdo, viciado por uma contradição. Isto é, poderia ser dito que o Brasil é uma república soberana, federal e injusta. Tal dispositivo seria contraditório, pois uma decisão fundamental sempre pretenderia ser correta e, portanto, justa (ALEXY, 2007, p. 22).

4 Considerações finais

O presente trabalho mostra como o princípio da proporcionalidade ganha contornos (metodo)lógicos no pensamento de Robert Alexy, o que visa contribuir à discussão do referido recurso como algo isolado ou dissociado do contexto teórico proposto pelo autor alemão. Nesse sentido, a contribuição que se pretende é apresentar elementos para que se reclame maior rigor dogmático, conceitual e lógico à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Elucida-se, também, que para o autor alemão a subsunção e o sopesamento estão intimamente ligados na aplicação do Direito. Todavia, a formulação de esquemas lógicos – mesmo que a formulação e explicação deles sirvam para apurar a compreensão sobre as formas de aplicar o Direito para Robert Alexy – em nada contribuem à discussão sobre como as decisões que se valem da subsunção são consideradas legítimas. A legitimidade ou não da decisão decorre, já a partir do próprio Alexy, da argumentação prático-jurídica que sustente racionalmente as decisões judiciais. Ou seja, que apresente razões aceitáveis no suporte da decisão proferida. Assim, conseqüentemente, não se pode descurar que para este autor o nível lógico-formal ou operacional de aplicação do Direito serve de esquema *a priori* que organiza a fundamentação *a posteriori* da legitimidade – aceitação – racional da decisão judicial. É nessa imbricação – entre lógica e argumentação – que a correção da decisão judicial deve ser aferida.

Referências

ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. *In: ALEXY, Robert. Derecho y razón práctica.* Tradução Pablo Larrañaga. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

_____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v.16. n. 4, p. 433-449, dec. 2003.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.* Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. Institucionalização da razão. *In: ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo.* Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008a.

_____. En torno al concepto y la naturaleza del derecho. *In: ALEXY, Robert. El concepto y la naturaleza del derecho.* Filosofía y Derecho. Tradução e estudo introdutório Carlos Bernal Pulido. Madrid: Marcial Pons, 2008b.

_____. Two or Three. *In: BOROWSKI, Martin. On the Nature of Legal Principles.* ARSP-Beiheft 119. Franz Steiner: Stuttgart, 2010a. p. 9 – 18.

_____. Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin. *1st Conference on Philosophy and Law Neutrality and Theory of Law.* May 2010b.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 16 dez. 2014.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CAPÍTULO XXXIV



LAW AND ECONOMICS: INSTRUMENTAL HERMENÊUTICO PARA O REPENSAR DO DIREITO

Everton das Neves Gonçalves¹

Gibran de Lima de Souza²

Joana Stelzer³

1 Introdução

Diuturnamente, os operadores jurídicos e os pesquisadores acadêmicos se debruçam sobre o desafio de aplicar e interpretar,

¹ Everton das Neves Gonçalves é Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí/SP. Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS). Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS. Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no MERCOSUL pela FURG/RS. Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito, na área de Direito Econômico, pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/MG). Doctor in Derecho, área de Derecho Internacional Económico, por la Universidad de Buenos Aires (UBA/ Bs. As., Argentina). Professor de Análise Econômica do Direito e de Direito Econômico na UFSC. Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da UFSC/SC. Professor credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFSC/SC. Email: evertong@vetorial.net.

² Gibran de Lima de Souza é Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista CNPQ na área da Análise Econômica do Direito, vinculado ao Centro de Estudos Jurídico-Econômicos, e de Gestão do Desenvolvimento (CEJEGD). Email: gibran2305@gmail.com.

³ Joana Stelzer é Doutora e Mestre em Direito, na área de Relações Internacionais, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Departamento de Administração do Centro Sócio Econômico da (CAD/CSE/UFSC). Subcoordenadora do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD). Coordenadora de Tutoria do Curso de Administração Pública do Programa Nacional de Administração Pública (PNAP). Email: contatojoana@yahoo.com.br.

em casos concretos, dispositivos legais elaborados pelo Poder Legislativo de modo a que se coadunem com os princípios que regem a Ciência Jurídica e alcancem, de forma célere e justa, interesses coletivos e individuais previstos conforme acordo social. No caso brasileiro, necessário é verificar a possibilidade de uma Teoria Geral do Direito ou de uma hermenêutica apropriada para dar factibilidade ou exequibilidade ao Direito, mormente considerados os ditames da Ordem Constitucional, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88). Urge, assim, hermenêutica capaz de operacionalizar o Direito sob pena de, na falta da necessária interpretação progressista, torná-lo desconectado com a realidade fática do meio social. Tal desafio toma grandes proporções quando confrontado com o fato de que juízes, promotores, advogados e tantos outros operadores do Direito, atuantes em um País com dimensões continentais como o Brasil, têm de adotar juízos axiológicos para implementar seus trabalhos diários, fazendo aplicar a lei, de forma minimamente isonômica, sobre todos os jurisdicionados que por ela são alcançados. Esse cenário acaba por criar ambiente fértil para que os tradicionais processos com vistas à tomada de decisões acabem por adotar diferentes estratégias jurídico-hermenêuticas. Destarte, torna-se salutar a percepção e inserção de novos instrumentos interpretativos capazes de *oxigenar* a forma de se pensar o Ordenamento Jurídico pátrio com vistas à aplicação eficiente do Direito.

Ao lançar-se olhar cuidadoso sobre a hermenêutica jurídica, tradicionalmente ensinada nas faculdades e veiculada na doutrina brasileira, percebe-se que normalmente se preocupou e ainda se preocupa em analisar a lei através da perspectiva tradicional própria da estrita visão da Ciência Jurídica. Questiona-se, então, se haveria possibilidade de um olhar estranho à visão do próprio

Direito, por meio de atitude interdisciplinar, mormente através da Ciência Econômica.

Acredita-se que a Ciência Jurídica pode ser analisada a partir dos princípios e paradigmas de outras áreas do conhecimento, como a Sociologia, a Filosofia, a História e, especificamente, a Ciência Econômica para, de maneira interdisciplinar, aperfeiçoar e tornar eficaz a interpretação do ordenamento jurídico, em especial, do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Ao usar-se o método hermenêutico de interpretação sociológica, por exemplo, o jurista faz uso de conhecimentos que a sociologia pode ofertar, enquanto que, ao se preocupar em analisar a literalidade do texto da lei, o uso da gramática mostra-se indispensável para o labor jurídico.

Nesse sentido, verifica-se que o Direito norte-americano viu nascer, na metade do Século XX, inovadora forma de se fazer e pensar o Direito não apenas no próprio Poder Judiciário como, também, dentro do ambiente legislativo. Trata-se, aqui, do que se conhece como *Law and Economics* (LaE) que, alicerçada no saber econômico, empenha-se em propiciar método de análise capaz de ofertar diagnósticos e prognósticos de forma a orientar e sistematizar a prática jurídica.

Este artigo, pois, busca delinear as principais conquistas e teorias construídas pela LaE, bem como, apresentar, a partir de seus teóricos, contribuições da Ciência Econômica que são inerentes ao próprio Direito ou que lhe permitem interpretá-lo a guisa de método hermenêutico.

2 Hermenêutica jurídica e a *Law And Economics*

A LaE, ou Direito e Economia, surgiu nos Estados Unidos da América (EUA) nos anos 60 a partir dos escritos Coase

(1960). Trata-se de movimento acadêmico que se caracteriza pelo uso do instrumental da Teoria Microeconômica para interpretar ou analisar o Direito; sendo, portanto, pontuado pela interdisciplinaridade. Implica abordagem inovadora para o ensino do Direito, que expande a análise dos problemas jurídicos para além da norma positivada, segundo perspectiva econômica. É, assim, tarefa desafiadora, porém com resultados promissores, perceber o Direito pelo viés econômico, mormente se relevadas as vertentes acadêmicas que o movimento desenvolveu e sua crítica (*property rights*, *public choice* e os estudos tradicionais posnerianos, como, também, a crítica conhecida como *critical legal studies*).

Tradicionalmente, o Juiz ou operador jurídico, ao tentar dar a efetiva resposta sobre o que é o Direito, em um caso concreto, acaba por utilizar toda a sua subjetividade trazida de suas próprias condições pessoais para buscar, na norma positivada, amparo para a sua decisão. Nota-se que, atuando para a aplicação e entendimento da norma, o operador jurídico o faz a partir do instrumental teórico e hermenêutico disponível. Todavia, a metodologia hermenêutica, qualquer que seja, sempre será passível de propiciar verdadeira pluralidade de resultados possíveis com vistas ao “revelar”, por assim dizer, do Direito. A doutrina aponta variada metodologia hermenêutica, como a interpretação literal do texto legislativo, a interpretação teleológica, histórica, sistemática, finalista etc. Não há, em regra, técnica hermenêutica capaz de, por si só, “dizer” ao jurista qual hermenêutica deverá ser adotada para a conquista da derradeira decisão que implique satisfação dos interesses das partes envolvidas em conflito, sem descuidar dos interesses sociais, coletivos e constitucionais, que devem ser priorizados, por exemplo, em um processo judicial. É nesse cenário de inúmeras possibilidades interpretativas e, conseqüentemente, de inúmeros

encaminhamentos decisórios possíveis para um litígio que se exige dos Poderes Legislativo e Judiciário a criação e aplicação do Direito que seja conectado com a realidade social.

A LaE surge, então, como instrumental hermenêutico, fruto da premissa pela qual, no âmago do Direito, *exsurge* o “princípio da economicidade”⁴, propalado pelo professor Souza (2002, p. 38-41), destacando-se como premissa de ligação entre o Jurídico e a Ciência Econômica, de forma a tornar o primeiro indelevelmente tocado pelas leis da segunda Ciência, em especial, pela lei da eficiência no disciplinamento do uso dos escassos recursos sob jurisdição. Assim, apresenta-se o Direito sob o enfoque analítico das premissas econômicas. A Ciência Econômica aplicada ao Direito torna-se, então, método para auxiliar na escolha da melhor forma para a tomada de decisão, qual seja, de forma eficiente.

Afastado o entendimento antiquado de que a Ciência Econômica encontra-se relacionada apenas com estudos voltados para a delimitação do crescimento econômico, financeiro, contratos bancários etc., sua moderna concepção preocupa-se em propiciar respostas a interesses individuais e coletivos, partindo-se da ideia de que os recursos são finitos e que, portando, merecem uso eficiente segundo estudo teórico, técnico e sistemático capaz de melhor realocá-los conforme critérios de justiça econômico-jurídica.

Em linhas gerais, em um “Estado Democrático de Direito” a moderna concepção de economia, eficiente, está muito próxima ao Direito, justo, quanto mais se considerada a necessidade de se

⁴ Pelo princípio da economicidade tem-se a aplicação dos recursos observando-se a maior vantagem própria do uso eficiente e adequado dos bens; ainda, conforme os ditames da Ciência Econômica progressista, segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) (GONÇALVES E STELZER, 2014).

coadunarem os diversos interesses sociais com as prerrogativas individuais. Nesse diapasão, os representantes eleitos pelo povo devem buscar, através da lei, atingir os interesses finalísticos de seus eleitores. Holmes (*apud* MENDONÇA, 2012, p. 34-35), destacando a necessidade de racionalidade para o Direito, assevera que,

[...] para o estudo racional do direito, é possível que o pesquisador de livros antigos seja o homem do presente, mas o homem do futuro é o homem da estatística e o conhecedor da economia. [...] Anseio pelo dia em que [...] no lugar de engenhosas pesquisas em arquivos, dediquemos nossos esforços e energias a estudar os fins que procuramos alcançar com o direito e as razões para desejar-los⁵.

Em especial, então, enquanto o advogado tem visão *post factum* da realidade, o economista possui visão *ex ante* do conflito, não se preocupando apenas com o efeito que determinada decisão judicial terá para os jurisdicionados, mas, sim, com que forma seria possível aplicar a lei para que, antes do litígio, pudessem os agentes pensar suas atividades de modo a evitarem inadequado emprego de recursos e, na eventualidade de uma lide processual, incorrer em sanção judicial que, não raras às vezes, seria irracional, não maximizadora dos custos sociais e dos custos de transação de ambas as partes.

Delineiam-se, aqui, os primeiros contornos que demonstrarão, ao longo deste artigo, como pode a LaE ser de extrema utilidade para o estudo jurídico brasileiro, trazendo segurança e minimizando custos para os jurisdicionados.

⁵ Fala-se em um estudo e aplicação racional do Direito, voltado para o futuro em detrimento das práticas adotadas meramente pela tradição e pela política hermenêutica descomprometida com os reflexos para a sociedade da tomada de decisão concreta.

3 Histórico da *Law and Economics*

Desde os seus primórdios, a humanidade utiliza-se, mesmo que de forma intuitiva, de preceitos básicos da Ciência Econômica para a tomada de decisões em seu cotidiano. Contudo, foi com o advento da sociedade industrial e o conseqüente incremento da complexidade nas interações sociais que o estudo da Economia passou a ser ampliado, inclusive relacionando-a com outras ciências.

Concomitantemente à evolução do estudo da Ciência Econômica, o Direito também passou a se revestir, paulatinamente, de aspectos econômicos para a elaboração de diplomas legais. O jurista, sempre compromissado com a ética e a justiça, passou a se preocupar de maneira mais técnica e interdisciplinar quanto ao reflexo que suas decisões teriam sobre a sociedade⁶. Nesse contexto, principalmente na segunda metade do Século XX, desenvolveu-se uma resposta ao Realismo Jurídico norte-americano, buscando nova abordagem que justificasse a práxis econômica e seu discurso em detrimento da disparidade da tomada de decisão judicial própria da *Common Law*. Ocorreu, portanto, transição entre o velho Direito Econômico, limitado à lei antitruste, contratos, propriedade etc. para o novo *Law and Economics*, segundo Posner (1973, p. 35; 1992, p. 25). Tal discurso surgiu, então, nos EUA, nas décadas de 50 e 60, com Calabresi (1961) e seu *Some thoughts on Risk Distribution and Law of Torts*, e Coase (1960), com seu famoso e precursor artigo *The Problem of Social Cost*. Nas palavras de Posner (1973, p. 35), ocorreu, segundo a LaE, a amplitude da aplicação da Teoria Econômica a campos até então impensados para o Direito:

⁶ Nesse sentido, sugere-se a leitura de Gonçalves e Stelzer (2007), destacando-se a possibilidade interdisciplinar entre o Direito e a Ciência Econômica para uma contemporânea Teoria Geral do Direito.

[...] is the application of economics to the legal system across the board: to common law fields such as torts, contracts, restitution, and property; to the theory and practice of punishment; to civil, criminal, and administrative procedure; to the theory of legislation and regulation; to law enforcement and judicial administration; and even to constitutional law, primitive law, admiralty law, family law, and jurisprudence⁷.

O jurista, portanto, que antes dispunha apenas do uso dos tradicionais meios hermenêuticos, passou a coaduná-los com os ensinamentos da Ciência Econômica para expandir o universo da interpretação jurídica, eliminando o excesso de subjetivismos do sistema. Os pensadores da LaE passaram, assim, a adotar critério *analítico-interpretativo* da lei, que pode ser adequado tanto para a *Civil Law* como para a *Common Law*. Na *Civil Law* brasileira, a LaE passou a representar alternativa de critério de justiça ou método a ser adotado, que busca minimizar a aleatoriedade na formulação das leis (criadas segundo conveniências políticas), bem como ofertar ao magistrado um contexto sistêmico de análise, com base no uso de argumentação lógico-racional para maximizar, de forma eficiente, os interesses dos jurisdicionados como um todo (não apenas das partes litigantes), sem abandonar perspectivas de justiça e direitos fundamentais de cada indivíduo. As variadas vertentes do pensamento econômico-jurídico acabaram por pugnar, pela fluidez das relações de produção, a reciprocidade e a maximização de interesses e a solução eficiente, difundindo-se pelas academias e pela pragmática política de governos neoliberais, como: Ronald Reagan, nos

⁷ “[...] é a aplicação da Ciência Econômica ao sistema Jurídico, em campos do *Common Law*; tais como aos danos civis, aos contratos, à restituição por danos, e ao direito de propriedade; assim como, à teoria e prática da responsabilização civil; ao Direito Civil, Criminal, aos procedimentos administrativos; à teoria da legislação e regulação; ao Direito de Administração Judicial; e igualmente ao Direito Constitucional, Direito Primitivo, Direito do Mar, Direito de Família e jurisprudência.” (POSNER, 1973, p. 35, tradução nossa).

EUA; Margaret Thatcher, no Reino Unido; e Helmut Kohl, na Alemanha. Em especial, para a compreensão da LaE, deve-se verificar o entendimento teórico do pioneiro doutrinário no campo econômico-jurídico, qual seja, Ronald Coase.

4 O Teorema de Coase

Lançando novo olhar na abordagem de situações conflituosas, o Teorema de Coase, previsto no enaltecido artigo *The problem of social cost*, é considerado um dos mais importantes trabalhos já realizados envolvendo tanto a Ciência Jurídica quanto a Ciência Econômica. Coase (1960) preconizou que, em situação de custos de transação zerados ou baixos, é indiferente a alocação de um bem pelo Direito e, contrariamente, havendo custos de transação altos, é necessário que o Direito defina adequadamente a alocação de prerrogativas. Em baixos custos de transação é sempre possível e mais eficaz a negociação entre as partes envolvidas (e não a tomada de decisão por imposição externa). Será, portanto, no caso de baixos custos de transação, sempre eficiente a tomada de decisão negociada, não importando a configuração legal (que, inclusive, pode ser equivocada e ineficiente) acerca da propriedade desse bem.

É reconhecido que a motivação de Coase (1960) para a elaboração de seu conhecido teorema foi apresentar contraposição à concepção econômica dominante à época, em especial a encabeçada por Pigou (1932), em seu *The Economics of Welfare*, em que, ao dar o exemplo de uma fábrica que, através de sua chaminé, produzia grande poluição à comunidade vizinha, defendia a ideia de que o Estado deveria ser chamado a agir, impondo responsabilização legal ou tributação inflexivelmente sobre a fábrica. Coase (1960), no entanto, defendeu que, se o proprietário da fábrica e a comunidade vizinha pudessem

negociar seus interesses, uma vez baixos ou próximos de zero, os custos de transação com o resultado obtido alcançaria solução eficiente que internalizaria as externalidades de forma eficiente. Coase (1960) utilizou-se de uma visão mais ampla do que os tradicionais casos de responsabilização cível, desviando a discussão do foco parcial de como evitar que “A” danificasse “B”, e demonstrando que essa abordagem acabaria por implicar inevitável dano a “A”. Propôs, então, uma reflexão sobre a real causa do problema (“A” deveria ser autorizado a causar dano a “B” ou vice-versa?), admitindo a reciprocidade de interesses entre as partes envolvidas em situações danosas, demonstrando que o real problema a ser resolvido é como evitar não qualquer dano, mas, sim, o dano mais grave. Evidenciem-se, a partir da defesa da Ciência Econômica para a adjudicação jurídica de bens, três aspectos inerentes ao conceito da LaE: a escassez, a maximização do bem-estar e a eficiência.

5 Escassez, maximização do bem-estar e eficiência

O pensar econômico é ancorado por premissas que sustentam uma visão pragmática e utilitária para o gerenciamento da escassa riqueza. Parte-se do pressuposto da escassez de recursos e fatores de produção, que devem ser alocados de forma eficiente. Lembra-se, aqui, do conceito clássico dado por Robbins (1935, p. 16) de que a Economia é “[...] a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos”. A finitude dos recursos força, portanto, que um indivíduo acabe tendo que realizar escolhas e que, assim, incorra nos chamados *trade-offs*, traduzidos pelos economistas como “custo de oportunidade”,

sendo que toda escolha humana importará, inevitavelmente, um custo de oportunidade do uso de determinado bem.

Para os profissionais do Direito, a ideia de custo de oportunidade evidencia-se com o fato de que o Estado, ao optar por garantir determinado direito ao cidadão, estará incorrendo em escolha, que acabará consumindo recursos e, se mal formulada a política pública ou a decisão do agente público, poderá ser empreendido resultado desastroso para o contexto social pelo inevitável desperdício de riqueza. Apenas para exemplificar a importância da LaE nessas escolhas estatais e demonstrar o quão complexo pode ser a garantia de um direito ao cidadão, tome-se como exemplo o direito constitucionalmente previsto de que qualquer indivíduo pode exigir do Estado brasileiro o custeamento de seus tratamentos de saúde, independentemente de alguma contraprestação direta. Tal garantia, por mais lógica que seja do ponto de vista estritamente jurídico de direitos humanos, na prática, tem importado em verdadeira crise Estatal no provimento da saúde, uma vez que, dia após dia, União, Estados e Municípios recebem ordens judiciais para custearem os mais diversos tipos de tratamentos, não importando seu valor e grau de necessidade⁸. Não raras às vezes, o Estado acaba tendo que arcar com um único tratamento de valor exorbitante, resultando em alocação considerável do orçamento da saúde pública para poucos casos que, em verdade, poderiam beneficiar número exponencialmente maior de pessoas. É o conhecido fenômeno do ativismo judicial que leva, assim, a um verdadeiro questionamento da inicial proposta legislativa orçamentária, determinando rearranjo econômico dos escassos recursos pelo Poder Judiciário e não pelo Legislativo, como evidente em perfunctória análise econômico-jurídica. Enfrentar o problema

⁸ Como exemplo de decisão recente do TJ de SP, ver Consultor Jurídico, 2014.

da escassez de recursos é, portanto, premissa a ser adotada em qualquer análise jurídica com viés econômico, e saber que os meios são insuficientes possibilita a priorização racional na feitura de políticas públicas, bem como na alocação desses recursos.

O pressuposto de maximização racional dos interesses pessoais, por outro lado, remete a importante conceito da Economia, o de *utilidade marginal decrescente dos bens*. A tomada de decisão individual deve maximizar a utilidade dos bens, comparando-se as preferências marginais dos indivíduos. Assim, alguém realizará determinada atividade se os benefícios decorrentes superarem ou forem os mesmos que os custos para realizá-la. Por certo, contudo, essa racionalidade possui limitações, algumas delas inerentes a própria natureza humana. Fatores emocionais, psicológicos, morais e religiosos, dentre outros, mitigam a possibilidade de existência de um *homo economicus* integral. Por outro lado, é possível quantificar interesses e derivar bem-estar em outros indivíduos como forma de maximizar a felicidade pessoal.

A análise comportamental microeconômica da LaE, focada em um indivíduo ou em um grupo, decorre de metodologia adotada, que lança visão racionalista para a tomada de decisão na tentativa de explicar o comportamento da sociedade como um todo. Tal possibilidade é justificável pelo caráter altamente preditivo que a Economia neoclássica adota (visão *ex ante*), buscando construir modelo teórico-empírico para se analisar determinados problemas, partindo de premissas (escassez de recursos e maximização dos interesses individuais, por exemplo) que apontem para soluções eficientes e que considerem o maior número de variáveis existentes no cálculo econométrico, com vistas ao alcance de objetivos voltados, em regra, para coadunar os interesses pessoais e coletivos, bem como conquistar objetivos constitucionais.

Os critérios utilizados para a alocação dos recursos escassos, que envolvem a análise dos interesses individuais maximizados, ainda traz à baila a necessidade de adoção, para o Direito, segundo a LaE, do critério da eficiência. Dentro do viés econômico, o critério da eficiência passa pela definição adotada por Pareto (1982), quando afirma que a situação de eficiência se traduz por aquela em que a maximização dos interesses de certa pessoa ocorre de tal forma que qualquer transposição na tentativa de melhorar ainda mais esses interesses acabaria por implicar, necessariamente, inevitável prejuízo para terceiros. Assim, essa pessoa atingiria o chamado “ótimo de Pareto” (1982, p. 47). Nesse sentido, a alocação de recursos seria ótima na visão paretiana, quando não se pudesse realizar nenhuma melhora sem afetar de forma prejudicial à situação de outro indivíduo. Observa-se, portanto, que a visão de Pareto implica análise estritamente econômica e desprovida de outros valores, uma vez que, nela, um indivíduo que alocasse para si todas as riquezas do mundo poderia atingir o “ótimo de Pareto”.

Tal concepção, assim sendo, remete a uma enorme dificuldade, para não dizer impossibilidade de se realizar quaisquer mudanças sem que essas estejam acompanhadas de uma aceitação unânime da sociedade, visão eminentemente utópica e incompatível com as tomadas de decisões públicas. O critério de Pareto é, portanto, claramente individualista, não se preocupando, por exemplo, com a desigualdade social, tema tão caro aos estudos jurídicos.

Todavia, os economistas Kaldor e Hicks (1939) complementaram a teoria de Pareto, criando o critério Kaldor-Hicks de eficiência, ou, ainda, “a melhoria potencial de Pareto”, ao lançar olhar coletivo sobre o problema, teorizando que o aumento da utilidade total poderá subsistir ainda que alguém fique em situação pior com a determinação de que o

beneficiado compense ou indenize o prejudicado. Nesse sentido, especialmente interessa ao estudo da LaE o critério de Kaldor-Hicks, que facilitaria a realização de mudanças sociais, atribuindo um sistema de compensação aos eventuais prejudicados e possibilitando uma análise com critérios objetivos dos efeitos de, por exemplo, se adotar determinada regra jurídica em detrimento de outra.

Em especial, é de ser referido para o Direito Brasileiro o que Gonçalves e Stelzer (2014, p. 261-290) têm defendido como Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), que entende adequado para o cálculo econométrico o “maior número de variáveis possível”, inclusive sociais, para a tomada de decisão jurídico-econômica, ainda se considerando a questão intergeracional para fins de averiguação da utilidade alcançada, eliminando-se ou diminuindo-se os altos custos de transação e potencializando-se o bem-estar pela diminuição dos *trade offs* ocasionados pela ineficiente tomada de decisão.

De forma abreviada, tem-se que o conceito de eficiência para o Direito traduz-se em uma forma de atingir determinados interesses (jurídico-sociais) da melhor forma, utilizando-se da menor quantidade possível de recursos, reduzindo-se os custos demandados e beneficiando o maior número possível de indivíduos inseridos na sociedade. É benéfica a tentativa de trazer preceitos econômicos para o alcance de interesses de forma eficiente, pois a tomada de decisão, baseada na racionalidade econômica, acaba por reduzir divergências meramente interpretativas no sistema (geradores de insegurança jurídica), permeando de objetividade os processos legislativos e julgamentos, buscando torná-los mais justos e previsíveis. Analisar os custos que as decisões judiciais podem implicar significa considerar os reflexos que esses causarão não apenas

sobre as partes litigantes, mas também aos demais integrantes do corpo social.

Constata-se que uma administração pública pautada apenas por burocracia legalista tende a fazer uso inadequado dos recursos públicos, sendo mais que saudável a aproximação da Economia ao Direito pela LaE para a formulação, implementação e fiscalização das leis, bem como do processo decisório do Poder Judiciário sobre seus jurisdicionados, de maneira a implementar-se ambiente político-jurídico capaz de servir melhor e de forma eficaz à sociedade.

6 Considerações finais

O estudo da LaE é, antes de tudo, mais uma proposta acadêmica. Anseia-se por ambiente universitário e científico promovedor do compartilhamento de saberes e técnicas nas mais diversas áreas do conhecimento. A experiência humana mostra que as possibilidades de fruição de recursos naturais é, sim, limitada. A atualidade encontra-se permeada por diversas inovações tecnológicas, sendo que as interações humanas têm alcançado intensidade e complexidade nunca antes imaginadas. Fala-se em tendência de tornar tudo globalizado. Constroem-se, hoje, as bases do que, amanhã, será uma grande e efetiva aldeia global. Diferentes noções de justiça tendem a unificarem-se para que essa comunidade pluralizada possa perdurar e evoluir rumo à concretização de direitos fundamentais ao viver humano.

A aproximação entre Economia e Direito mostra-se, portanto, como poderosa “ferramenta hermenêutica”, capaz de utilizar técnicas econômicas universais na realização de justiça. Racionaliza-se o Direito e humaniza-se a Economia. Permite-se, assim, tratamento equitativo aos iguais, e diferenciado aos

desiguais pelo PEES, e afastam-se preconceitos e olhares míopes sobre a hermenêutica dos comandos legais.

Racionalizar de forma eficiente o uso dos recursos limitados e considerar o homem como ser individual maximizador de seus próprios interesses é o primeiro passo para se compreender e aprimorar as relações jurídico-sociais. A lei é passageira, seus efeitos, contudo, podem não sê-lo. Há, pois, necessidade de uma hermenêutica jurídica de vanguarda para a efetiva e eficiente adjudicação de interesses, como defendido pelo PEES. De outra banda, capacitar não apenas os operadores jurídicos, mas também os estudantes e professores em visão interdisciplinar, tal qual defendida pela LaE para solução dos problemas jurídicos, mostra-se a melhor alternativa para se atingir, de forma eficaz e plena, a consolidação de um real Estado Democrático de Direito.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 16 dez. 2014.

CALABRESI, Guido. *Some thoughts on Risk Distribution and Law of Torts*. 70 Yale L. J. 499, 1961.

COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. 3 Journal of Law and Economics. 1960.

CONSULTOR JURÍDICO. *Justiça obriga estado de São Paulo a fornecer medicamento de alto custo*. 26 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-26/justica-obriga-estado-fornecer-medicamento-alto-custo>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman. 2010.

GONÇALVES, E. N.; STELZER, J. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. In: (Org.) Anais da XI Conferência Anual da Associação Latino-Americana e Caribenha de Direito e Economia. Brasília, DF. *eScholarship Repository*. University of California, p. 01-18, 2007. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-01>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____; _____. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. In: *Sequencia*, v. 35, n. 68, p 261-290, jan-jun 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abel Perrot, 1975.

KALDOR, Nicholas; HICKS, John. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *Economic Journal*, v. 49, n. 549, 1939.

MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bordin de. A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, Rio de Janeiro: PUC, 2006.

PARETO, Wilfredo. *Manual de Economia Política*. Tradução João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural. 1982.

PIGOU, Arthur Cecill. *The Economics of Welfare*. 4 th ed. London: Macmillan, 1932.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Chicago: Little Brown and Company, 1973.

_____. *Economic Analysis of Law*. 4 ed. Chicago: Little Brown and Company, 1992.

RIBEIRO, Marcia Carla P.; KLEIN, Vinícius. *O que é Análise Econômica do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROBBINS, Lionel. *Nature and Significance of Economic Science*. London Macmillan, 1935.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia? *In: Cadernos Direito GV*, n. 22, mar. 2008.

SOUZA, Washington A. Peluso de. *Lições de Direito Econômico*. Porto Alegre: Fabres. 2002.

CAPÍTULO XXXV



A PREVISIBILIDADE DA APLICAÇÃO NORMATIVA A PARTIR DAS OBSERVAÇÕES SOBRE SEGUIR AS REGRAS DE WITTGENSTEIN¹

*Jonathan Elizondo Orozco*²

1 Introdução

Valendo-se da relativização do conhecimento, introduzida nas “Investigações Filosóficas”, com o conceito de “jogos de linguagem”, a tese de que o Direito é indeterminado por causa da inexatidão de suas palavras tem sido defendida por vários autores, dentre os quais os realistas críticos. O objetivo aqui é utilizar as “observações sobre seguir regras” das “Investigações Filosóficas” para mostrar um terceiro momento do debate entre o platonismo das regras³ e o ceticismo das regras⁴. Observações

¹ Nas citações diretas da obra *Investigações Filosóficas*, será utilizada neste artigo a abreviação IF, seguida do número do respectivo parágrafo (e não a norma da ABNT, com chamada autor-data), porquanto é este o padrão adotado pelos estudiosos de Wittgenstein, o que também facilita a exposição.

² Jonathan Elizondo Orozco é Doutorando em Filosofia na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Filosofia do Direito pela UFSC. Bolsita da CAPES pelo Convênio PEC-PG. Licenciado em Direito pela Universidad de Costa Rica. Email: jonathao@hotmail.com.

³ Para o presente trabalho, platonismo das regras faz referência à afirmação de que o conteúdo normativo das regras está nelas implícito, independentemente do que se pensa, e o seu significado é suficiente para determinar sua correta aplicação, como os trilhos de um trem. Este conceito de platonismo pode ser achado nas *Investigações*: “De onde vem então a ideia de que a série iniciada seria uma seção visível de trilhos invisíveis estendidos até o infinito? Ora, em lugar de regras, poderíamos imaginar trilhos. E à aplicação não ilimitada da regra, correspondem trilhos infinitamente longos.” (IF, § 218).

⁴ Por ceticismo das regras entende-se aqui a ideia de que o conteúdo normativo não se encontra na norma, razão pela qual o aplicador deve valer-se de algum instrumento externo que permita segui-la. Pode-se também achar

que, se aplicadas *mutatis mutandi* ao problema da determinação do Direito, poderiam fornecer uma solução ao debate entre formalistas⁵ e realistas⁶.

2 As observações sobre “seguir as regras” nas investigações filosóficas

A partir do § 185 das *Investigações Filosóficas*, de Wittgenstein, são encontradas as considerações feitas sobre as regras. Do contexto do livro, deduz-se que o autor alude às regras linguísticas, as quais deixam de ser rígidas como eram as regras lógicas das condições de sentido do seu primeiro livro, o *Tractatus Logico-Philosophicus*.

Para Wittgenstein (1996), as regras são padrões de correção. Pode-se saber se uma regra é cumprida ou não porque ela é o padrão de comparação da ação (GLOCK, 1998, p. 314). Isso implica que há uma diferença crucial entre “seguir uma regra”, “crer que se segue uma regra” e “simplesmente agir segundo a

essa noção nas *Investigações*, em que o instrumento utilizado é a interpretação: “Eis porque há uma tendência para afirmar: todo agir segundo a regra é uma interpretação. Mas deveríamos chamar de ‘interpretação’ apenas a substituição de uma expressão da regra por uma outra.” (IF, § 201).

⁵ O formalismo jurídico caracteriza-se por acreditar em um sistema jurídico completo, o qual prevê qualquer possível aplicação prática mediante o uso da lógica interna dos conceitos do próprio sistema. Por essa razão, o Direito escrito prevalece sobre sua práxis, e as diferenças de grau ou de categoriais entre ambos são irrelevantes.

⁶ Trata-se dos realistas críticos que, em síntese, defendiam que o Direito é um fluxo e que sua aplicação, como qualquer fenômeno social, depende dos agentes que participam dessa atividade. Dessa forma, importam mais os efeitos sociais da atividade judicial como fator preponderante na produção das decisões do que as leis – as quais são vistas com desconfiança. Um bom exemplo do realismo é a escola conhecida como *Critical Legal Studies* (Estudos Legais Críticos), que se consolidou nos Estados Unidos no final da década de 70, e que se caracteriza por chamar a atenção para a indeterminação linguística do Direito, pois incorpora o caráter político da ciência social empírica.

regra”. Aliás, pode-se “acreditar” agir segundo a regra, mas estar errado. Pode-se “agir conforme a regra”, mas não se estar ciente de que o faça. E pode-se saber e estar ciente de que se “segue a regra” quando se age conforme ela.

O debate das *Investigações* sobre “seguir as regras” começa com o § 185:

Retornemos ao nosso exemplo (143)⁷. Agora, julgando segundo critérios usuais, o aluno domina a série dos números naturais. Em seguida, ensinamos-lhe como escrever outra série de números cardinais e lhe damos condições de poder escrever, a uma ordem da forma “+ n”, séries da forma 0, n, 2n, 3n, etc.; ordem “+1”, ele escreve a série dos números naturais. – teríamos feito assim amostragens de sua compreensão num campo numérico até 1000.

Deixemos agora o aluno continuar uma série (digamos “ + 2”) para além de 1000 – e ele a escreve 1000, 1004, 1008, 1012.

Nós lhes dizemos: “Veja bem o que faz!” – Não nos compreende. Dizemos: “Você devia adicionar *dois*; veja como você começou a série!”. – Ele responde: “Sim; não está correto? Pensei que era assim que *deveria* fazê-lo”. – Ou suponha que ele diga, apontando para a série: “Mas eu continuei do mesmo modo!” – Não nos ajudaria nada dizer: “Mas você não vê que...?” e repetir os velhos exemplos e as velhas elucidações. Em tal caso, diríamos talvez a esta pessoa, por sua própria natureza, que compreenda a ordem segundo nossa elucidação, da mesma maneira como *nós* a compreenderíamos: “Adicione 2 até 1000, 4 até 2000, 6 até 3000 e assim por diante”.

Tal caso seria semelhante àquele de uma pessoa que, ao gesto de apontar com o dedo, reagisse naturalmente, olhando na direção da linha que vai do fim do dedo ao punho e não do punho ao fim do dedo. (IF, § 185, grifo nosso).

A dúvida que Wittgenstein (1996) introduz nesse parágrafo é o ponto crucial do problema de seguir as regras: como é possível saber se o aluno segue ou não? Na parte final, o autor introduz uma situação nova: como saber se a pessoa que reage olhando na direção que vai do fim do dedo ao punho,

⁷ O § 143 das *Investigações* faz referência à situação em que se pede ao aluno que escreva a série dos números naturais.

quando se aponta com o dedo, está errada? As teorizações do filósofo austríaco sobre seguir as regras visam a responder essa incógnita.

3 O platonismo das regras

Nos §§ 218 e 219 das *Investigações*, Wittgenstein utiliza a metáfora de trilhos infinitos para construir a imagem da regra como uma prolongação perfeita, que faz com que, a cada vez que seja aplicada, obtenha-se, irremediavelmente, o mesmo resultado:

De onde vem então a ideia de que a série iniciada seria uma seção visível de trilhos invisíveis estendidos até o infinito? Ora, em lugar de regras, poderíamos imaginar trilhos. E à aplicação não ilimitada da regra, correspondem trilhos infinitamente longos. (IF, § 218, grifo nosso).

“As passagens já foram todas feitas” significa: *não tenbo mais escolha*. A regra, uma vez selada com uma significação determinada, traça a linha a ser seguida por todo o espaço. – Mas se este fosse verdadeiramente o caso, em que me ajudaria? Não! Minha descrição só tinha sentido quando era compreendida simbolicamente. – Eu acho que isto é *assim* – deveria dizer. Quando sigo a regra não escolho. Sigo a regra *cegamente*. (IF, § 219, grifo do autor).

A metáfora dos trilhos pode ser entendida como se existisse uma correspondência entre a regra e a disposição de segui-la. Contudo, prevalece o tom de questionamento que o autor das *Investigações* utiliza quando diz:

Mas se este fosse verdadeiramente o caso, em que me ajudaria? [E continua alegando:] Minha descrição só tinha sentido quando era compreendida simbolicamente. [Posteriormente, diz que sua] “[...] expressão *simbólica era na verdade uma descrição mitológica do uso de uma regra.*” (IF, §§ 219, 221, grifo do autor).

O que está dizendo Wittgenstein (1996) com tais afirmações? Por que utilizar a palavra “mitológica”? A primeira evidência é que se crê que a imagem dos trilhos está errada. Pode-se sustentar, também, que ele pensa que, em realidade, a imagem dos trilhos é confusa. Anteriormente, no § 193, encontra-se explicação dos erros que se pode cometer ao usar a imagem errada para descrever algum fenômeno. Wittgenstein (1996) utiliza a noção de máquina para mostrar a situação delineada:

Podemos dizer que a máquina, ou sua imagem, é o início de uma série de imagens que apreendemos a deduzir dessa imagem. Mas quando consideramos que a máquina pode se mover de modo inteiramente diferente, isto pode parecer como se devesse estar contido na máquina, enquanto símbolo, o seu tipo de movimento, de modo ainda mais determinado do que na máquina real. Não seria suficiente que estes fossem os movimentos predeterminados pela experiência, mas deveriam ser em um sentido misterioso-já atuais. E é verdade: o movimento do símbolo da máquina é predeterminado de modo diferente do que o de uma dada máquina real. (IF, § 193, grifo do autor).

Quer o excerto mostrar como a imagem da máquina é mais rígida que a máquina real. Sendo utilizada a imagem dos trilhos como estendidos infinitamente para descrever uma norma, obviamente obtém-se uma noção de continuidade perfeita, em que as normas serão obedecidas da mesma maneira em todas as situações futuras.

Fixando a atenção no § 195, fica claro que Wittgenstein (1996) não é anti-platônico⁸, mas, pelo contrário, para o filósofo austríaco, a imagem dos trilhos, mais que errada, é confusa:

“Mas não quero dizer que o que faço agora (ao apreender) determina, causalmente e segundo a experiência, o emprego futuro, mas que, de um modo estranho, este

⁸ Nesse sentido, Dall’Agnol defende a mesma tese que Stone. Ver Dall’Agnol, *Sobre a conexão entre regras e ações em uma análise do § 198 das Investigações Filosóficas* (apud Di Napoli, 2003).

emprego está, num sentido qualquer, presente.” – Mas o é ‘num sentido qualquer’! Na verdade o que há de falso nisto que você diz é apenas a expressão “*de um modo estranho*”. O restante está correto; e a frase parece estranha apenas quando nos representamos para ela um jogo de linguagem diferente daquele no qual nós a empregamos efetivamente [...] (IF, § 195, grifo do autor).

Misturar a determinação normativa com a determinação causal é o erro que cometem, de acordo com linha de pensamento mencionada, os defensores do platonismo. A determinação causal é aquela que, automaticamente, leva o sujeito a agir segundo a norma. Por outro lado, a determinação normativa refere-se ao conteúdo normativo da regra, que faz com que o sujeito saiba o que deve ser feito, mas, ao mesmo tempo, deixa margem para que se aja distintamente. Misturar as duas noções é o erro do platonismo das regras, o qual parte da ideia de que a determinação normativa é a mesma que a determinação causal, impedindo outra opção ao agente, que a de seguir a regra, ou ainda, em outras palavras, assimilar a ação física de obedecer a uma ordem com o significado da ordem em si. Um exemplo deixará mais claro o assunto: uma coisa é o significado de uma norma que pede que se pare o automóvel ante o sinal, que diz PARE, e outra é o ato físico e mecânico de se pisar no freio para que o carro pare. A primeira é a determinação normativa, a segunda, a causal. Deve-se compreender que, caso sejam confundidas, o resultado será uma imagem errada da norma da qual se espera que condicione perfeitamente os casos futuros. A solução ante tal confusão seria pensar que uma máquina sempre está sujeita a romper-se e, portanto, suas peças podem quebrar-se, entortar-se, partir-se ou simplesmente parar de funcionar. Esse cruzamento de ideias é o que Wittgenstein (1996) tenta mostrar no § 193: cria-se a noção da norma com a

imagem perfeita de uma máquina ou de um mecanismo ideal, e olvida-se que os mecanismos reais estão sujeitos ao rompimento.

Wittgenstein quer chamar a atenção sobre o fato de que o problema não é o que o platônico quer dizer, isto é, que o uso da norma está presente na própria norma; o problema consiste em que o platônico descreve esse fato como se fosse uma questão metafisicamente esquisita. O platonismo das regras, ao procurar um mecanismo oculto das capacidades normativas do ser humano, utiliza uma imagem metafísica para explicar a ação de seguir as regras. O austríaco quer demonstrar que seguir uma regra não tem nada de “peculiar” ou “estranho”:

Você tendia a empregar expressões, tais como: ‘as passagens *realmente* já estão feitas mesmo antes que eu as faça por escrito, oralmente, ou mesmo em pensamento’. E parecia como se fossem já *predeterminadas de um modo peculiar, como se fossem antecipadas- como apenas o significar pode antecipar a realidade.* (IF, § 188, grifo nosso).

4 A interpretação

Se a norma fosse incapaz de dizer o que fazer, seria preciso, então, um elemento exterior. Wittgenstein (1996) analisa uma possível resposta: a interpretação. A concepção de que a interpretação dá a norma, e não o contrário, questiona a própria base do sistema normativo, pois parte da crença em um ceticismo da regra: o conteúdo normativo não se encontra na norma, razão pela qual o aplicador deve valer-se de algum instrumento que permita segui-la. Ele nega essa resposta nas *Investigações*:

Nosso paradoxo era: uma regra não poderia determinar um modo de agir, pois cada modo de agir deveria estar em conformidade com a regra. A resposta era: se cada

modo de agir deve estar em conformidade com a regra, pode também contradizê-la. Disto resultaria não haver aqui nem conformidade nem contradições.

Vê-se que isto é um mal-entendido já no fato de que nesta argumentação colocamos uma interpretação após a outra; como se cada uma delas nos acalmasse, pelo menos por um momento, até pensarmos em uma interpretação novamente posterior a ela. Com isto mostramos que existe uma concepção de uma regra que não é uma interpretação e que se manifesta, em cada caso de seu emprego, naquilo que chamamos de “seguir a regra” e “ir contra ela”.

Eis porque há uma tendência para afirmar: todo agir segundo a regra é uma interpretação. Mas deveríamos chamar de “interpretação” apenas a substituição de uma expressão da regra por uma outra. (IF, § 201, grifo nosso).

O paradoxo ao qual Wittgenstein (1996) se refere poderia ser assim entendido: se a regra é dada pela interpretação, qualquer conduta seria adequada à norma ou poderia contradizê-la, tirando-lhe a razão de ser. A resposta dos céticos, que defendem não ser a norma uma série infinita de trilhos, mas que adquire sentido por meio da interpretação, também é negada por Wittgenstein mediante um argumento lógico⁹, que parte do final do § 201 das *Investigações*: “Mas deveríamos chamar de ‘interpretação’ apenas a substituição de uma expressão da regra por uma outra”. Pode-se, então, concluir que, para toda regra R^1 , existe uma interpretação que a transformará na regra R^2 , para a qual existirá uma outra interpretação (R^3); esta terceira norma terá mais uma interpretação e assim *ad infinitum* (R^n). Caso o procedimento fosse válido, não se poderia aplicar a regra R^1 , pois é impossível estabelecer seu conteúdo normativo¹⁰.

⁹ Segue-se o raciocínio exposto em Dall’Agnol, *As observações de Wittgenstein sobre seguir regras e a tese da indeterminação do direito* (apud DUTRA, 2005).

¹⁰ Esse regresso ao infinito pode ser construído a partir do § 84: “Não podemos imaginar uma regra que regule o emprego da regra? E uma dúvida que aquela regra levante - e assim por diante?” (IF, § 84, grifo nosso).

5 O terceiro momento¹¹: a regra como prática

Como Wittgenstein evita, destarte, o paradoxo anterior e o regresso ao infinito? Para o filósofo austríaco, uma regra é uma prática, um costume, uma instituição do ser humano:

O que chamamos ‘seguir uma regra’ é algo que apenas uma pessoa pudesse fazer apenas uma vez na vida? – E isto é, naturalmente, uma anotação sobre a gramática da expressão ‘seguir uma regra’. Não pode ser que apenas uma pessoa tenha, uma única vez, seguido uma regra. Não é possível que apenas uma única vez tenha sido feita uma comunicação, dada ou compreendida uma ordem etc. – Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez, são hábitos (costumes, instituições). Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica. (IF, § 199).

Ao dar à regra o caráter de convenção, Wittgenstein (1996) quer caracterizá-la como prática intersubjetiva. Saber se está ou não sendo seguida depende de uma coletividade, mas um sujeito pode, sim, sabê-lo por si mesmo. A regra é elaborada e apreendida coletivamente; o sujeito pode distinguir, posteriormente, se a segue ou não. Mas, deve-se distinguir entre “saber” e “acreditar”, pois, se o sujeito acredita que segue a regra, não significa que ele a esteja seguindo realmente:

Eis porque ‘seguir a regra’ é uma práxis. E acreditar seguir a regra não é seguir a regra. E daí não podemos seguir a regra ‘privadamente’; porque, senão, acreditar seguir a regra seria o mesmo que seguir a regra. (IF, § 202, grifo nosso).

Toda convenção ou costume deve ser ensinado; a correta maneira de seguir as regras é apreendida como uma prática.

¹¹ Para a presente exposição do desenvolvimento da síntese entre o platonismo e o ceticismo das regras, utilizou-se o excelente trabalho de Stone: *Focalizando o Direito: O que a interpretação jurídica não é* (apud MARMOR, 2000).

Nesse sentido, Wittgenstein (1996) se situa em um ponto intermediário entre o platonismo e o ceticismo das regras, uma vez que as normas não são trilhos mecânicos perfeitos, tampouco são palavras indeterminadas que precisam ser interpretadas a cada aplicação. Como ele chega a essa conclusão? Ao entender as regras como *práxis* do ser humano, é preciso estudá-las, enquanto fenômeno dinâmico: as regras não são “letra morta” e sua aplicação não é uma questão estática, mas um “jogo” que deve ser apreendido como qualquer outro:

Uma delimitação que tem uma lacuna vale tanto quanto *nenhuma*. – Mas isto é verdadeiro? (IF, § 99, grifo nosso).

“Não é jogo algum, se houver uma vagueza nas regras”. – Mas então não é jogo algum? – “Sim, talvez você vá chamá-lo de jogo, mas em todo o caso *não é um jogo perfeito*”. Isto é, ele está então impuro, mas interesse-me por aquilo que aqui se tornou impuro. – Mas quero dizer: *compreendemos mal o papel que o ideal desempenha* no nosso modo de expressão. Isto é, também nós o chamaríamos de jogo, *apenas estamos cegos pelo ideal* e por isso não vemos claramente o emprego efetivo da palavra “jogo”. (IF, § 100, grifo nosso).

A ideia que Wittgenstein (1996) objetiva transmitir nesse parágrafo é a de que o ideal de perfeição que se tem para uma norma (o trilho) obstrui o fato de que, mesmo sem essa perfeição, a regra tem um conteúdo normativo em si mesma. Não é preciso recorrer à interpretação para descobrir-lhe a prescrição. Está-se frente a um “jogo da linguagem” a ser apreendido como qualquer outro.

Resumindo: a imagem da norma como trilho é a base de uma teoria da norma, que resulta em uma discussão circular entre aqueles que dela participam. O platônico dirá que as regras são como trilhos, e o cético verá claramente que isso não é verdade, pois a união mecânica entre a norma e a ação não existe. Ao ver a situação, por outro lado, o realista sustentará

que a interpretação é necessária para que a norma seja realizada por uma pessoa. As visões explanadas limitam, de antemão, as posições filosóficas possíveis, e Wittgenstein (1996) queria mostrar justamente isso: quando se trabalha com a imagem da norma como trilho, a norma não é, forçosamente, um deles. O modelo em si não oferece outras opções para analisar a incógnita de como seguir uma regra. Seria, indefinidamente, um andar em círculos no debate, e Wittgenstein (1960), ao perceber o problema, tenta oferecer outra perspectiva para respondê-lo, analisando intensamente a imagem da norma como trilho para poder entender o que há de errado nela. O mesmo tentará fazer com a resposta que dão os céticos: a interpretação é necessária à aplicação da norma, porém, neste caso, como ficou demonstrado, incorreria numa regressão ao infinito. Como evitar então a discussão circular? Para ele, saindo do modelo do trilho ou da máquina e observando como verdadeiramente são as regras: práticas, costumes ou instituições humanas.

Pode-se utilizar o § 198 das *Investigações* para acompanhar o raciocínio anterior sobre “seguir as regras”. A primeira parte do parágrafo questiona: “Como pode uma regra ensinar-me o que fazer *neste* momento?” Wittgenstein (1996) faz alusão ao sentido da norma que lhe é atribuído pelo platonismo das regras (norma como trilho). O que uma norma, cuja aplicação é mecânica como um trilho, ensina ou mostra em cada caso particular? Nada. Se a norma fosse um trilho infinito perfeito, sua aplicação seria automática, sem outra opção para o agente aplicador, visão que confunde as determinações causal e normativa, levando a duas conclusões possíveis: primeiro, que a norma não é um trilho perfeito, portanto (segunda conjectura) a norma não diz como se deve agir, precisando-se de outro instrumento para guiar a ação. Wittgenstein (1996) dá uma possível resposta, qual seja, a interpretação: “Seja o que for que faça, deverá estar

em conformidade com a regra por meio de uma interpretação qualquer.” (IF, § 198). Essa frase seria o perfeito exemplo da afirmação de um cético das regras, ao que Wittgenstein responderia:

Não, não deveria ser deste modo, mas sim deste: cada interpretação, juntamente com o interpretado, paira no ar; ela não pode servir de apoio a este. As interpretações não determinam sozinhas a significação.” (IF, § 198).

E, já na sequência, formula-se a pergunta: “Seja o que for que eu faça está, pois, de acordo com a regra. (IF, § 198).

Como se viu anteriormente, o autor responderia negativamente a essa pergunta. Ele mesmo reformula o problema principal: “Permita-me perguntar: o que tem a ver a expressão da regra – digamos, o indicador de direção – com minhas ações? Que espécie de ligação existe aí?” (IF, § 198). Assim formulada a pergunta, pressupõe-se uma conexão entre as regras e as ações, mas a questão principal é saber como é essa conexão. Wittgenstein (1996) responde: “Ora, talvez esta: fui treinado para reagir de uma determinada maneira a este signo e agora reajo assim.” (IF, § 198). Se o hábito, o treinamento faz com que se siga uma regra, isso quer dizer que a conexão existente entre a regra e a ação é causal, fato que ele não ignorava:

Mas com isso você indicou apenas uma relação causal, apenas explicou como aconteceu que nós agora nos guiamos por um indicador de direção; não explicou em que consiste na verdade este seguir-o-signo. (IF, § 198).

Explicar a origem do comportamento de seguir a regra não explica o nexo entre regra e ação. Uma simples reação também não oferece nenhum tipo de conexão. Wittgenstein (1996) dá sua resposta final na última frase do § 198 das *Investigações*: “Não; eu

também apenas indiquei que alguém somente se orienta por um indicador de direção na medida em que haja um uso constante, um costume”.

As regras para Wittgenstein (1996) são, pois, uma *práxis*, um costume, uma instituição. Ele nega qualquer lacuna entre a regra e a ação, e recusa a imagem de trilhos com a qual o platônico tenta preencher a lacuna. Nega, igualmente, a resposta do cético que aprofundava o tamanho da “lacuna” entre ação e regra, e sustenta que não existe uma conexão necessária entre ambas. Para o autor, não existe lacuna porque as práticas humanas cotidianas mostram que as regras indicam a ação a ser feita. Colocar a norma como instituição significa que ela é elaborada e apreendida enquanto prática social, anulando qualquer tipo de explicação metafísica, como a dos platônicos, e, ao mesmo tempo, apontando para onde possa ser encontrado o conteúdo normativo da regra: a partir da construção social, como um costume.

6 O formalismo jurídico e o realismo crítico

Poderia ser aplicado o que até aqui foi exposto ao debate entre formalistas jurídicos e os realistas críticos¹², resumindo-o da seguinte maneira:

¹² É claro que o primeiro livro de Wittgenstein, o *Tractatus Logico-Philosophicus*, influenciou o espírito de certos formalistas jurídicos, sobretudo dos positivistas. A *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, é um exemplo. Deve-se lembrar de que Kelsen ministrava aulas na Universidade de Viena, na qual trabalhavam, no departamento de filosofia, vários dos membros do Círculo de Viena, que tinha o *Tractatus* como livro base. O mesmo poderia ser dito das *Investigações Filosóficas*: o conceito de “semelhanças de família” inspirou Waismann (1970) a elaborar o conceito de “textura aberta das palavras” (*porosität der Begriffe*). Este que, por sua vez, foi utilizado por vários realistas críticos para demonstrar a vagueza da linguagem com a qual o Direito é elaborado e derivar, daí, sua indeterminação. Entre eles, o argentino Cárrio (1973) e o inglês Hart (1994). No presente trabalho, compara-se o platonismo das regras ao formalismo

Os primeiros [os formalistas] negam qualquer incompletude do ordenamento, qualquer incapacidade de dedução de decisões por meio de recursos lógicos. Ou seja, tanto os casos de penumbra, quanto os claros seriam iguais e facilmente solucionáveis com os recursos lógicos disponíveis. No segundo caso, os realistas entenderiam que, em ambos os casos, o enfoque deveria recair sobre a aplicação dos textos, tendo em vista que as características dele (potencialmente vagos, imprecisos) não justificariam a atenção do pesquisador. (ANDRADE, 2006, p. 13).

Entendendo-se que o formalismo jurídico defende um tipo de platonismo das regras na hora da aplicação das leis e que o realismo, pelo contrário, critica aquela posição ao chamá-la de ingênua, aderindo a um ceticismo das regras – pois a aplicação do Direito depende da interpretação que o agente aplicador dê a norma –, pode-se, então, analisar esse conflito desde a perspectiva das “observações sobre seguir regras” das *Investigações Filosóficas*.

O Direito não é perfeitamente determinado, como acreditam os formalistas, mas as críticas dirigidas pelos realistas caem no mesmo erro ao utilizar um “modelo” ou uma “imagem” de perfeição do sistema jurídico. O seguinte passo na discussão é aquele que chama por mais realismo¹³, e nos faz refletir profundamente sobre o erro: se o problema está em uma pressuposta indeterminação do Direito ou, de outro modo, nasce na ilusão criada por expectativas errôneas *vis-à-vis* do sistema jurídico. Em outras palavras: é necessário questionar a partir de

jurídico, e o ceticismo ao realismo crítico para propósitos de exposição. Nem Cárrio (1973) tampouco Hart (1994) defendiam o ceticismo das regras, mas, muito pelo contrário, suas teorizações procuravam combatê-lo tanto quanto ao platonismo. Nesse sentido, a exposição de Hart (1994) tem semelhança com o exposto neste artigo. Ver Hart (1994). Para uma melhor exposição da influência que tiveram ambas as etapas da filosofia wittgensteinianas na Teoria e na Filosofia do Direito, ver Andrade (2006) e Orozco (2008).

¹³ Novamente, o trabalho baseia-se no estudo de Stone (2000, *apud* MARMOR, 2000).

que modelo e de que perspectiva o Direito é indeterminado. Não será um erro maior esperar dele uma exatidão inatingível? Com apoio no conceito wittgensteiniano, de seguir as regras, e fazendo a mesma análise que ele faz do platonismo das regras, cabe questionar a imagem que utilizam os formalistas para defender o Direito enquanto sistema normativo, no qual as normas são aplicáveis mediante um método lógico-dedutivo. Os realistas respondem a essa afirmação tentando provar que a realidade demonstra que os aplicadores do Direito justificam suas decisões utilizando argumentos lógicos, embora o conteúdo normativo não se encontre na norma: a dedução é, pois, um mito; cada juiz decide o rumo que dará à norma. Mais uma vez, é aplicável a análise wittgensteiniana à noção de interpretação a fim de negar essa tese dos realistas. Mediante o argumento de redução ao infinito, o autor demonstrou que o conteúdo normativo deve estar na norma. Mas o que prevalece é a análise da imagem de um sistema normativo que os formalistas utilizam para mostrar a determinação do Direito, que conduz os realistas a responderem dentro do mesmo modelo teórico, pois suas críticas intentam provar que o Direito é indeterminado, já que o sentido da norma depende do aplicador.

Os questionamentos explicados deslocam o foco do problema filosófico: não se procura em analisar, simplesmente, a eventual indeterminação do Direito. Impõe-se o questionamento à imagem utilizada tanto por formalistas como por realistas críticos para sustentar suas teses. Como se viu, para Wittgenstein, o conteúdo normativo encontra-se na norma, o que permite concluir que ele não defenderia a indeterminação do Direito. Mas, ao estudar as elucidações, faz-se necessário considerar que a crítica verdadeira de Wittgenstein (1996) diz respeito ao modelo que utilizam tanto os platônicos quanto os céticos. Analogamente, o debate entre realistas e formalistas

sustenta que o modelo da lógica deve ser superado e suas respectivas análises dirigidas à operação da prática social do ordenamento jurídico.

7 Considerações finais

A leitura wittgensteiniana das normas propõe uma inversão epistemológica no estudo dos sistemas normativos. O rigor da análise pragmática conduz à negação de que qualquer tipo de construção teórica tem base em abstrações que ignoram a praticidade das normas. As regras são elaboradas, ensinadas e aplicadas como atividade humana e, dessa forma, teorizar sobre sua aplicabilidade sem considerar a prática faz com que se construam mitos, bem como se perca o foco da questão.

Na hora da aplicação das normas, os juízes não devem procurar uma explicação de matizes metafísicos ou uma rigorosidade lógica fictícia. De igual modo, também não devem acreditar que lhe estão dando sentido. Suas decisões estarão baseadas na norma que pertence a um sistema normativo, que tem sido criado como prática social de uma comunidade, o que implica que o tipo de controle que pode existir na concepção das normas como instituição é intersubjetivo.

Um controle intersubjetivo, à vista disso, poderia fazer com que o controle da previsibilidade do sistema normativo fosse focado nas normas processuais, as quais permitiriam que o sistema de recursos de impugnação das decisões judiciais desempenhasse o papel de fiscalização da aplicação das leis. A importância de tais instituições processuais reside no fato de que controlariam a correta aplicação das normas substanciais do Direito, o que é possível, já que as leis substantivas carregam seu próprio conteúdo normativo.

Referências

- ANDRADE, José Maria Arruda de. Hermenêutica jurídica e a questão da textura aberta. In: *Revista Eletrônica Thesis*. São Paulo: Faculdade Cantareira, v. 6, p. 5, 2006. Disponível em: <www.cantareira.br/thesis/n6a3/jose_maria_thesis_6.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2008.
- BLOOR, David. *Wittgenstein, rules and institutions*. Londres, Nova York: Routledge Group, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.
- CÁRRIO, Genaro. *Sobre os limites del lenguaje normativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.
- DALL'AGNOL, Darlei. *Ética e linguagem: uma introdução ao Tractatus de Wittgenstein*. Florianópolis: Unisinos, 1995.
- DI NAPOLI, Ricardo B. (Org.) *et al. Ética & Justiça*. Santa Maria: editora da UFSM, 2003.
- DUTRA, Delamar José Volpato. *Habermas em discussão*. Anais do Colóquio Habermas realizado na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis: NEFIPO, 2005.
- GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Tradução Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1998.
- HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. Lisboa: F. Calouste Gulbenkian, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação: ensaios de Filosofia do Direito*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OROZCO, Jonathan Elizondo. *Wittgenstein e a [in]determinação do direito: a previsibilidade da aplicação normativa a partir das observações sobre seguir as regras*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008.

PÉREZ LLEDÓ, J.A. *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos, 1996.

PETRY, Franciele Bete. *Sobre a possibilidade do cognitivismo moral nas investigaciones filosóficas de Wittgenstein*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

PITKIN, Hanna Fenichel. *Wittgenstein and justice*. Berkeley: University of Califórnia Press, 1993.

RIBEIRO JÚNIOR, Humberto. *O Direito e a Filosofia pragmático-transcendental: a fundamentação da ordem jurídica a partir da ética do discurso de Karl-Otto Apel*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Letras. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1993.

STONE, Martin. Focalizando o Direito: o que a interpretação jurídica não é. In: MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação: ensaios de Filosofia do Direito*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

UNGER, R.M. *The Critical Legal Studies movement*.
Massachussets: Harvard University Press, 1986.

WAISMANN, Friedrich. *Los Principios de la Filosofía Lingüística*.
Traducción José Antonio Robles. México: Editorial UNAM,
1970.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre:
SAFE, 1984.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Tradução
José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução Luis Henrique
Lopes de Santos. São Paulo: Ed. USP, 1994.

CAPÍTULO XXXVI



ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA FERRAMENTA ANALÍTICA DA PRÁTICA JURÍDICA

*Luís Alexandre Carta Winter*¹

*Marco Antônio César Villatore*²

*Martinho Martins Botelho*³

1 Introdução

O presente artigo tem a finalidade de analisar os instrumentos da Análise Econômica do Direito (AED), na interpretação dos fenômenos jurídicos, principalmente, da norma

¹ Luís Alexandre Carta Winter é Doutor em Integração da América Latina no Programa de Integração da América Latina (PROLAM) pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUCPR). Professor do Curso de Graduação em Direito da PUCPR. Professor da Faculdade Metropolitana de Curitiba (FAMEC). Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável (NEADI). Advogado. E-mail: luisalexandrecartawinter@yahoo.com.br.

² Marco Antônio César Villatore é Pós-Doutor em Direito Econômico pela Università degli studi di Roma II, “Tor Vergata”. Doutor em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Università degli studi di Roma I, “La Sapienza”, revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito do Trabalho pela PUCSP. Professor Titular do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUCPR). Professor Adjunto II do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Centro Universitário Internacional UNINTER de Curitiba/PR. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES) da PUCPR. Advogado trabalhista. E-mail: marcovillatore@gmail.com.

³ Martinho Martins Botelho é Doutor em Integração da América Latina no Programa de Integração da América Latina (PROLAM) pela Universidade de São Paulo (USP). Doutorando em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor das Faculdades Integradas Santa Cruz em Curitiba/PR. E-mail: martinho.botelho@yahoo.com.br.

jurídica, a partir de elementos teóricos singulares, tais como: eficiência, falhas de mercado (bens públicos, concentração do poder econômico, externalidades e informações assimétricas), custos de transação, racionalidade econômica, entre outros.

A experiência teórica da AED, desde o seu fortalecimento no século XX, caminha para a adoção de modelos de interpretação do fenômeno jurídico, focados principalmente na noção da eficiência e da racionalidade de decisões (*homo oeconomicus*).

Visando analisar tal temática, o presente artigo se divide em quatro partes, além da presente Introdução.

Na primeira parte, foram analisadas as noções fundamentais para a aplicação da AED como ferramenta analítica do Direito, incluindo-se a questão do *homo oeconomicus* e a racionalidade em decisões, as falhas de estrutura sociomercadológica e o problema dos custos de transação. Em seguida, passa-se para o estudo da razão teleológica da AED, na análise das questões justralhistas, principalmente no condizente à eficiência econômica como valor axiológico do Direito e à eficiência como valor teleológico do Direito.

Finalmente, passa-se para as conclusões.

2 As noções fundamentais para a aplicação da AED como ferramenta analítica do Direito

Pretende-se, neste tópico, traçar algumas noções fundamentais sobre a AED como uma ferramenta analítica do Direito em geral, fornecendo a compreensão de algumas ideias teóricas para a hermenêutica do Direito.

A pretensão não é saturar a abordagem, mas apresentar o conhecimento de referenciais teóricos indispensáveis na hermenêutica jurídica a partir da visão econômico-jurídica da AED.

2.1 A questão do *homo oeconomicus* e a racionalidade em decisões

Em função da necessidade da tomada de decisões, um agente socioeconômico encontra um dilema (*tradeoff*) na sua existência: o da satisfação das suas amplas necessidades em um ambiente de escassez de recursos. Tal dilema acaba exigindo uma escolha racional, uma decisão, a partir da qual tal agente estipulará prioridades, já que procurará, entre alternativas, uma que propicie uma melhor satisfação dos seus desejos (ilimitados) (RODRIGUES, 2007, p. 31).

Na teoria microeconômica, os agentes socioeconômicos estão envolvidos na necessidade de maximizar a utilidade das suas decisões sob as condições já mencionadas, sendo tal elemento epistemológico concebido como *homo oeconomicus*, conforme as ideias do economista Lionel Robbins (1957 *apud* HASTIE; DAWES, 2001, p. 11).

Assim, o indivíduo racional, *homo oeconomicus*, tomaria as suas decisões de acordo com a relação custo-benefício, preferindo alternativas cujos benefícios fossem superiores aos seus custos (RODRIGUES, 2007, p. 13).

Com isso, visualiza-se um mecanismo individual de maximização racional da utilidade, a partir do qual os indivíduos realizam escolhas que procuram atender aos seus interesses pessoais, às suas preferências pessoais.

Antes do pensamento de Robbins (1932, p. 15), a Escola Neoclássica ou Marginalista entendia que o processo de decisões era feito através da aferição dos benefícios e dos seus custos a partir da realização do acréscimo variacional da próxima unidade, certamente, influenciada pela lógica newtoniana mecanicista da época (SALAMA, 2008, p. 52).

Tal lógica, baseada em elementos éticos da eficiência econômica, nortearia as decisões mais inusitadas e inclusive o fenômeno jurídico. Na visão da AED, as decisões dos agentes socioeconômicos, em um ambiente diversificado, envolveria uma análise custo-benefício e, inclusive, no mundo jurídico (MARINHO, 2005, p. 34).

Assim, decisões que parecem irracionais ganham a conotação de racionais, tendo em vista a necessidade intrínseca do ser humano avaliar o seu processo de escolha a partir de diversos valores.

Tais decisões, na média, são voltadas para a maximização de interesses individuais em um processo de escolha em conjuntura de escassez.

2.2 Falhas da estrutura sociomercadológica

Na AED, são algumas as situações que refletem a existência de falhas de mercado: concentração do poder econômico, bens públicos, externalidades negativas e assimetria de informações (COASE, 1990, p. 29).

A concentração do poder econômico consiste na dominância de parcela relativamente grande do mercado, comprometendo a livre concorrência, fazendo com que um agente mais forte economicamente controle as relações socioeconômicas.

Os bens públicos consistem em bens econômicos, que são utilizados por toda a coletividade, sem ter o seu valor reduzido em função desse uso. É o que acontece com os canais abertos de TV, os quais são fornecidos para todos, sem a possibilidade de haver uma cobrança pela sua utilização.

As externalidades negativas consistem nos efeitos negativos produzidos perante terceiros, que ultrapassam

as relações socioeconômicas das partes envolvidas em um contrato. Com as externalidades negativas, terceiras partes também passam por impactos negativos decorrentes de relações contratuais celebradas com estranhos, tal como acontece com a poluição ambiental.

Finalmente, a assimetria de informações representa um desequilíbrio no acesso das informações pelas partes, causando uma confusão entre elas no condizente ao acesso de informações, causando ainda o comprometimento na tomada de decisões pelas partes.

Na ocorrência dessas quatro falhas de estruturas mercadológicas, fica justificada a atuação do Estado para eliminar ou diminuir a sua incidência.

2.3 O problema dos custos de transação

Em *Análise Econômica do Direito*, os custos de transação consistem nos custos suportados pelos agentes econômicos, quando relacionados à aquisição, manuseio e procura da informação em um processo de decisão, da sua origem até a sua concretização (COOTER; ULEN, 2008, p. 17).

Representam custos produzidos pela utilização de mecanismos as decisões de acordo com as estruturas institucionais de determinada sociedade, podendo ser reduzidos a partir da figura do contrato, na visão de Coase (1990, p. 41).

Para Caliendo (2008, p. 23), a virtude de Ronald Coase foi de constatar que os custos de transação não seriam apenas de produção (intrafirma), mas também de celebração e de execução de contratos (extrafirma), além daqueles relacionados com os aspectos gerenciais.

Com isso, os instrumentos de trocar e de negociar são mantidos por uma parte dos recursos da sociedade, e caberia aos

contratos a função de “azeitar as engrenagens institucionais” para reduzir ou eliminar os custos de transação.

Um exemplo poderia esclarecer a questão – os custos de transação que determinado empregador tem para optar por uma regularidade do seu negócio envolvem: valores pagos decorrentes de uma burocracia, despesas com contratação formal de empregados, valores pagos a título de consultorias para advogados, gastos gerenciais e de controle para adequação de procedimentos trabalhistas, entre outros.

3 A razão teleológica da Análise Econômica do Direito na análise de decisões justralhistas

Dentre os diversos campos do conhecimento que a ciência jurídica utiliza para estudar as decisões justralhistas, a Teoria Econômica tem dado uma efetiva contribuição.

Nesse sentido, a Teoria Econômica possibilita compreender como agentes socioeconômicos tomam decisões por meio de critérios racionais, segundo amplas necessidades em ambientes de escassez.

Tal modelo teórico de limitação de recursos em ambientes de escassez foi observado pelo economista inglês Robbins (1932), sendo que vem contribuindo para o estudo de decisões judiciais em ambientes de recursos limitados e amplas possibilidades, ou seja, em resolução de conflitos no Poder Judiciário Trabalhista, entre outros.

Assim, a razão teleológica da teoria da AED trabalhista vem pautando-se na possibilidade de estudos da distribuição da justiça, de acordo com critérios de eficiência na alocação de recursos na sociedade.

Na visão de Posner (2000, p. 33), as noções da justiça incluem algo mais que a eficiência. Não é obviamente ineficiente tolerar os acordos suicidas, tolerar a discriminação privada por razões raciais, religiosas, sexuais etc.

A justiça seria uma noção maior do que a economia, não obstante a Teoria Econômica pode esclarecer sobre a existência de alguns valores para a sociedade, de acordo com o ideal econômico de justiça.

A razão existencial da Teoria Econômica é compreender o comportamento dos agentes socioeconômicos, criando um modelo teórico que permita compreender a tomada de decisões, voltada a uma finalidade qualquer. Com isso, a atividade econômica representa aquela utilizada na determinação do uso de um recurso, visando atender às necessidades sócio-humanas e à administração do que é escasso (NUSDEO, 2008, p. 28).

A Teoria Econômica e a Teoria Jurídica vêm compatibilizando-se no sentido de tornar possível a inter-relação entre eficiência e justiça, com a limitação do que seria possível fazer com uma e com outra, estabelecendo novas possibilidades para a consequência socioeconômica da norma jurídica (SALAMA, 2008, p. 55).

A Teoria Econômica e a AED, especialmente, permitem a previsão das consequências de uma decisão jurídica com mais rigor, assim como põem à disposição um amplo instrumental analítico ao jurista para o conhecimento do mundo social, econômico e jurídico no qual se envolvem.

3.1 A eficiência econômica como axiologia do Direito

A noção de eficiência econômica, tal como já fora explanada, passa pela ideia do economista e sociólogo Vilfredo Pareto, que entendia que uma mudança socioeconômica seria

considerada eficiente quando o novo cenário produzisse um produto superior ao *status quo ante*, sem que ocorressem perdas para nenhum dos atores socioeconômicos envolvidos (COASE, 1960, p. 2).

Com isso, poderia ser dito que haveria uma melhoria de Pareto quando ao menos um agente auferisse ganhos sem que outros apresentassem perdas. Em uma situação na qual os agentes ganhem sem significar a perda para qualquer outro, haveria o “Ótimo de Pareto”.

São vários os casos que podem ser visualizados sob a ótica da eficiência econômica (ou socioeconômica). Podem-se citar: o problema da distribuição de renda pela tributação, a realocação de recursos por meio de contratos, o papel do Estado na propriedade privada etc.

Assim, o sistema jurídico arquitetará movimentações na alocação de recursos na sociedade, através de elementos econômicos, morais, políticos, entre outros. Nesse contexto, haverá de se questionar: quais seriam os mecanismos eficientes em Pareto?

Além da eficiência econômica do tipo paretiana, existe o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, por meio do qual se visualizam ganhos sociais maiores do que perdas individuais globais, por meio de um sistema de compensação social.

Os dois modelos teóricos de eficiência também passam pela discussão sobre a eficiência como elemento teleológico do Direito. É o que será visto a seguir.

3.2 A eficiência como valor teleológico do Direito

Quando se questiona sobre a finalidade existencial do Direito, certamente, incluem-se modelos de legitimação

com base em valores morais, políticos, religiosos e também econômicos (SALDANHA, 2003, p. 25).

Tais valores são configurados com base em instituições sociais, sendo que, na teoria da AED, o Direito se situa em dois tempos distintos: a elaboração da norma (*ex ante*) e a aplicação da norma (*ex post*) (COOTER; ULEN, 2008, p. 54).

No tempo *ex ante*, a escolha de valores sem parâmetros jurídicos é feita anteriormente, também podendo ser fundamentada em referências anteriores, tal como ocorre normalmente em processos constituintes derivados, mecanismos de legislação ordinária, regulamentações administrativas etc.

A elaboração da norma representa um relevante espaço na cognição dos seus valores, em razão da sua construção por valores culturais, morais, psicológicos, entre outros.

A mesma ideia pode ser construída para o momento *ex post* do Direito. No entanto, na posição *ex post*, é dado ao aplicador do Direito um limite menor na exegese jurídica e no ato criativo de argumentação.

Com isso, para a AED, o Estado teria a finalidade de atingir algumas metas valorativas, seja no momento *ex ante* ou no momento *ex post* da norma. E, em tais momentos, o vetor influenciador fundamental seria a eficiência no sentido paretiano ou no sentido kaldor-hicksiano.

A teoria da AED envolve-se com as razões teleológicas do Direito no sentido de proporcionar aos juristas mecanismos para melhor conhecer os fatos e, assim, decidir de acordo com mecanismos menos onerosos para a sociedade.

4 Considerações finais

A finalidade do presente artigo foi tratar sobre a razão teleológica da Análise Econômica do Direito como método para a compreensão da prática jurídica.

Na sociedade do século XX, o papel do Direito na solução de conflitos relaciona-se com outras searas cognoscitivas.

O que se almejou construir foi a visão de que o Direito, como fenômeno, destaca-se por sua visão formalista, com conteúdo valorativo, formado por elementos culturais, políticos, religiosos, psicológicos e, frise-se, econômicos, *inter alia*.

Inferir que o jurista ou o aplicador do Direito demande as suas decisões do próprio ordenamento jurídico parece ser um reducionismo exagerado, tendo em vista que os valores jurídicos puros, fora de um pensamento valorativo econômico, são impossíveis. E assim acontece com a prática do Direito no século XXI.

O Direito haverá de ser visto como um meio, um instrumento que possibilite a busca de algo em sua razão existencial. Com isso, a sua interpretação passará a ser cheia de um novo conteúdo, e a AED tratará de imaginá-lo como o sistema de procura da eficiência socioeconômica na satisfação dos desejos ilimitados, inerentes aos seres humanos.

Em suma, a AED tem uma tripla função na visão da interpretação do fenômeno jurídico:

- a) compreensão do valor de eficiência do sistema jurídico;
- b) previsão dos impactos normativos *ex-post* nas relações socioeconômicas;
- c) visualização do Direito como um feixe de possibilidades para o implementador de políticas alcançar determinada finalidade socioeconômica.

Referências

- CALIENDO, P. *Direito tributário e Análise Econômica do Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- COASE, R. H. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*. Chicago, vol. 3, n. 1, p. 1-44. 1960.
- _____. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.
- COOTER, R.; ULEN, T. *Law and economics*. 5th ed. Boston, MA: Pearson, 2008.
- HASTIE, R.; DAWES, R. *Rational choice in an uncertain world: the psychology of judgment and decision making*. London: Sage, 2001.
- MARINHO, R. *Prática na teoria – aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- NUSDEO, F. *Curso de Economia: introdução ao Direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- POSNER, R. A. *Problemas da filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROBBINS, L. *An essay on the nature and significance of economic science*. London: MacMillan, 1932.
- RODRIGUES, V. *Análise Econômica do Direito – uma introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SALAMA, B. M. O que é “Direito e Economia”. In: TIMM, L. B. (Coord.). *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52-57.

SALDANHA, N. *Ordem e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPÍTULO XXXVII



O RISCO MORAL COMO ELEMENTO DA EPISTEMOLOGIA JURÍDICA TRABALHISTA

*Luís Alexandre Carta Winter*¹

*Marco Antônio César Villatore*²

*Martinho Martins Botelho*³

1 Introdução

A Análise Econômica do Direito (AED) – ou Direito e Economia – tem sido um dos ramos de pesquisa do fenômeno jurídico que mais se alastrou no meio acadêmico brasileiro nas

¹ Luís Alexandre Carta Winter é Doutor em Integração da América Latina no Programa de Integração da América Latina (PROLAM) pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUCPR). Professor do Curso de Graduação em Direito da PUCPR. Professor da Faculdade Metropolitana de Curitiba (FAMEC). Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável (NEADI). Advogado. E-mail: luisalexandrecartawinter@yahoo.com.br.

² Marco Antônio César Villatore é Pós-Doutor em Direito Econômico pela *Università degli studi di Roma II, “Tor Vergata”*. Doutor em Direito do Trabalho e Previdência Social pela *Università degli studi di Roma I, “La Sapienza”*, revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito do Trabalho pela PUCSP. Professor Titular do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUCPR). Professor Adjunto II do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Centro Universitário Internacional UNINTER de Curitiba/PR. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES) da PUCPR. Advogado trabalhista. E-mail: marcovillatore@gmail.com.

³ Martinho Martins Botelho é Doutor em Integração da América Latina no Programa de Integração da América Latina (PROLAM) pela Universidade de São Paulo (USP). Doutorando em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor das Faculdades Integradas Santa Cruz em Curitiba/PR. E-mail: martinho.botelho@yahoo.com.br.

últimas décadas, sendo considerado por alguns a maior inovação da teoria da compreensão do fenômeno jurídico desde a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

Mesmo que os pressupostos da AED tenham recebido várias críticas, principalmente em razão de ser imediatistas, pragmáticos, sem uma visão mais ampla, não podem ser considerados como contribuições teóricas com embasamento reducionista, neoliberal, tendo em vista a construção dos seus pressupostos em relações multidisciplinares.

A noção do *homo oeconomicus* foi estereotipada por alguns críticos da Escola da AED, muito embora a sua visão seja singular e inovadora, merecendo estudos mais aprofundados em sede epistemológica, tendo em vista que o Direito pode ter várias interpretações.

Nesse sentido, o presente estudo tem a finalidade de analisar algumas questões pertinentes ao Direito e Economia, especialmente, na seara da epistemologia do Direito do Trabalho, e a relação com o elemento teórico do risco moral.

Como a AED poderia contribuir para a inovação de conhecimentos e a compreensão da teoria das relações jurídico-trabalhistas? Quais seriam os impactos das decisões individuais isoladas de agentes trabalhistas na eficiência socioeconômica?

A ideia é examinar os fatores que condicionam o fenômeno jurídico, com o objetivo da redução/eliminação do risco moral em relações sócio-econômico-trabalhistas, melhor compreendendo o Direito do Trabalho por meio da teoria do *moral hazard*.

Para atingir os intentos aqui colocados, optou-se pela realização da pesquisa da teoria do risco moral na perspectiva jurídico-econômica, iniciando-se com as abordagens epistemológicas da Economia Positiva e da Economia

Normativa, a AED e a concepção justrabalhistas, o problema do risco moral na epistemologia do Direito Econômico do Trabalho e, por fim, as considerações finais.

2 As abordagens epistemológicas da economia positiva e da economia normativa

As abordagens positiva e normativa são consideradas essenciais nos estudos sobre a produção do conhecimento em Teoria Econômica, principalmente quando se leva em consideração as razões ontológicas dessa ciência.

A abordagem positiva está relacionada com a descrição dos fatos socioeconômicos com base em modelos teóricos, a partir dos quais os agentes socioeconômicos se manifestam em situações semelhantes ou não.

Com isso, a corrente da Teoria Econômica tem a finalidade de proporcionar a visão dos fenômenos socioeconômicos e as relações de causalidade entre si e as relações sociais, entre outros.

A abordagem normativa avalia os fatos socioeconômicos pelo viés dos valores morais e princípios éticos, de acordo com as instituições existentes na sociedade em condições determinadas, com a finalidade de verificar como a Teoria Econômica pode beneficiar a sociedade por meio de decisões na vida social.

Do ponto de vista da Análise Econômica do Direito, pode-se dizer que existem dois prismas de visão: um normativo e outro positivo. Trata-se de instrumentos epistemológicos da AED, com a finalidade de sistematizar o estudo dessa seara.

Tal como na teoria econômica, a abordagem normativa da AED proporciona a visão dos questionamentos sobre os modelos teóricos visualizadores das escolhas racionais a partir do elemento do *homo oeconomicus*. Assim, abordam-se os incentivos

(*payoffs*), as relações custo-benefício, os mecanismos de tomada de decisões em ambientes interacionais, entre outros.

No caso de uma limitação de conduta determinada pela norma jurídica, a relação custo-benefício, para a sociedade ou para um agente socioeconômico, passa a ser menos atrativa do que a não proibição, levando-se em consideração que o agente deseja mais a liberdade ampla do que a não liberdade.

Além disso, a inexistência de uma sanção normativa pode induzir a uma desobediência espontânea da norma, em razão da ausência de um *payoff* para a prática/abstenção de um ato por um agente socioeconômico.

A visão positiva da AED tem uma maior relação com a ideia de eficiência, sendo ela considerada como um valor ou princípio ético-moral a ser perseguido por determinado ordenamento jurídico.

Assim, a busca pela eficiência poderia proporcionar um norteamento ético para os sistemas jurídicos.

A concepção positiva da AED guarda uma relação com ideias da Teoria Microeconômica nas vertentes neoclássicas e institucionais, incluindo ferramental lógico-matemático, Ontologia e Linguagem.

Já a abordagem normativa investiga a questão da maximização da riqueza pela teoria da utilidade, envolvendo-os com o conceito de Justiça, sendo uma nova fundamentação ética para a teoria do Direito.

Com isso, enquanto campo do conhecimento normativo, o Direito passaria a considerar as relações de custo-benefício das suas instituições, visando à eficiência.

Fala-se de uma visão pragmática da AED, a qual proporcionaria, normativamente, a satisfação de um Estado de

Bem-Estar, no qual os institutos jurídicos seriam instrumentos para a implementação de políticas sociais.

Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 3) tratam sobre ambas as visões apontadas nos seguintes termos:

O Direito por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que deles derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos e que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional. A análise normativa encontra a positiva, com reflexos relevantes na metodologia de pesquisa nessa interface.

Destarte, vale dizer que a visão positiva trata, fundamentalmente, dos resultados das normas jurídicas nas relações socioeconômicas, e a concepção normativa aborda a ideia de como as normas jurídicas poderiam resultar na maximização da eficiência socioeconômica por meio de decisões dos agentes.

A ideia geral é, dentro de uma visão construtivista, dotar a maximização da riqueza como uma referência ética do Direito, renovando as concepções do fenômeno jurídico, incluindo-se o mundo justrabalista.

3 A Análise Econômica do Direito e a concepção justrabalista

No estudo das concepções e recentes modificações do Direito Econômico do Trabalho, é corriqueiro tratar sobre a influência das ideias econômicas pós-Segunda Guerra Mundial, principalmente, acerca do enfraquecimento socioeconômico

causado naquela época, em razão da predominância da organização social capitalista.

Passou-se a adotar conceitos fundamentais voltados para a liberdade econômica, o individualismo social e a minimização do Estado, enfraquecendo o Estado keynesiano de bem-estar social, já bastante criticado pela elite dominante (GALBRAITH, 1996, p. 21).

No âmbito teórico socioeconômico, passa a surgir um novo modelo, contrário ao totalitarismo e à intervenção estatal no domínio econômico privado, opositor ao coletivismo solidário. As suas bases fundamentais são focadas nas ideias de Friedrich August von Hayek, com a sua teoria liberal e do conhecimento (HAYEK, 1985).

Na conjuntura pós-Segunda Guerra Mundial, fortaleceu-se o sistema Bretton Woods, já constituído em 1944, juntamente com a construção de uma arquitetura para o sistema financeiro internacional, por meio de diretrizes voltadas para o liberalismo global (SÜSSEKIND *et al*, 2005, p. 11).

Surgem o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, como fruto de Bretton Woods (GALBRAITH, 1996, p. 32).

Décadas depois, no final dos anos 1990, reacendem-se as discussões sobre o liberalismo socioeconômico e jurídico, principalmente a partir das recomendações do Consenso de Washington e o patrocínio para as políticas de abertura de mercados, introdução de um Estado mínimo, privatizações de atividades estatais produtivas e redução dos investimentos sociais para o combate aos problemas com os déficits públicos e o combate ao processo inflacionário (FRIEDMAN, 1984, p. 21).

As preocupações sociais ficaram olvidadas e as problemáticas de exclusão e não satisfação dos anseios da

comunidade passaram a ser rotinas das políticas seguidoras da missão institucional do Consenso de Washington de 1989 (FUKUYAMA, 1992, p. 65).

Os ideais neoliberais corroboraram com as desigualdades sociais, retirando o Estado do seu papel de mantenedor dos serviços públicos essenciais, como: educação, saúde, segurança pública, previdência, entre outros (NASSIF, 2001, p. 19).

A “onda de políticas neoliberalizantes” teve a sua primeira experiência na América Latina, quando Augusto José Ramón Pinochet Ugarte implementou as lições de Milton Friedman, posteriormente, ganhando forças com Margaret Hilda Thatcher, quando fora Primeira-ministra do Reino Unido de 1979 até 1990.

Experiência neoliberal similar fora conduzida por Ronald Wilson Reagan nos Estados Unidos, com a sua condução de políticas econômicas monetaristas, voltadas para o combate à inflação e à resolução dos problemas orçamentários públicos, e o fortalecimento da liberdade de mercado em detrimento ao Estado de Bem-estar Social (FUKUYAMA, 1992, p. 67).

Na visão de Richard Posner (2007, p. 625), a hermenêutica jurídica não pode estar desconectada das suas implicações na esfera dos fatos, devendo ser ponto de partida para a construção de instituições sociais, jurídicas e econômicas.

Os interesses da sociedade como um todo passam a ser as preocupações da AED e, na concepção, do Direito Econômico do Trabalho, isso inclui as consequências na geração de empregos, no incentivo à implementação de contratos de trabalho, entre outros.

Haverá, com a AED, a possibilidade de se construir um arcabouço teórico-cognoscitivo de previsibilidade de decisões legislativas e judiciárias, voltadas para uma segurança jurídica, preservando-se a garantia de valores previamente estipulados.

Seria um mecanismo de construtivismo normativo, com possibilidade de consequencialismo social (ROSA; LINHARES, 2009, p. 55).

Assim, exemplificativamente, o Poder Judiciário trabalhista poderia elaborar um Direito mais eficiente, sem abrir mão da efetivação dos valores éticos constitucionais previamente consagrados.

É nesse sentido que se pode apontar para o caso do risco moral em relações socioeconômicas de cunho trabalhista, ainda não levados em consideração como importante elemento na construção e desenvolvimento do conhecimento em Direito Econômico do Trabalho.

É o que se passa a analisar a seguir.

4 O problema do risco moral na epistemologia do Direito Econômico do Trabalho

Um dos principais objetos de estudo na Análise Econômica do Direito, especialmente na teoria da informação assimétrica, é o do risco moral.

Existe risco moral quando um agente socioeconômico, em uma relação social, toma decisões, impactando em resultados obtidos por outro agente, sendo que este outro agente não consegue monitorar ou controlar os resultados de maneira perfeita (KREPS, 1994, p. 21).

Assim, pode-se citar o caso do seguro contra incêndio, em que o segurado pode preocupar-se ou não com o risco de incêndio no objeto segurado. Como o segurador tem interesse que tal incêndio não ocorra, haveria necessidade da criação de *payoffs* (incentivos) para evitar a “despreocupação” do segurado.

Essa solução de criação de incentivos é parte da solução do problema apresentado, ou seja, da estruturação de transações para que as partes que tomam decisões, baseadas nos seus próprios interesses, passem a tomar decisões também baseadas nos interesses da outra parte.

Como o custo contábil de monitoramento das ações dos agentes é elevado, o mecanismo recomendável é o desincentivo a determinados comportamentos e transações (MISHKIN, 2000, p. 29).

Etimologicamente, a expressão “risco moral” foi construída para ser utilizada nas reflexões em relações mercadológicas de seguros, na tentativa de explicar que as empresas seguradoras não conseguiam monitorar as ações dos segurados, já que elas teriam informações limitadas. Com essa limitação de informação, os segurados poderiam alterar os seus comportamentos após a contratação do seguro, voltando-se para a satisfação apenas dos seus próprios interesses (FAMA, 1980, p. 290).

Exemplificativamente, o segurado poderia expor-se a riscos, aumentando a probabilidade de satisfazer o seu interesse de pagamento do benefício do seguro pela seguradora. Certamente, tal mecanismo poderia prejudicar a eficiência do mercado de seguros.

Tal situação fática justifica, ontologicamente, a criação de mecanismos contratuais para evitar a existência de risco moral, por meio de uma franquia, ou seja, de um valor a ser pago em caso de ocorrência de sinistro, um desincentivo à prática de decisões baseadas apenas em interesses próprios, individuais (BECKER, 1962, p. 17).

Além da problemática do risco moral em relações securitárias, fala-se do risco moral em relações sociais financeiras, quando um determinado agente socioeconômico

detém informações privilegiadas em relação a outro agente, dito principal.

Rasmusen (1992, p. 32) exemplifica o caso de um sistema socioeconômico em recessão, no qual existem créditos ruins, e o governo avalia tal situação como sendo uma má gestão de administradores ou como resultado de uma desaceleração produtiva da economia. Seria, portanto, um risco moral com informação oculta, já que o governo não saberia o que estava ocorrendo.

Na seara das relações trabalhistas, exemplifica-se o problema do risco moral, quando o empregador não consegue analisar o nível de esforço dos seus empregados. Em uma situação na qual os esforços e os resultados do trabalho de empregados não puderem ser avaliados, também não poderão estar incluídos em contratos de trabalho, nada podendo ser exigido.

Assim, o empregado, certamente, tomará decisões baseadas apenas em interesses próprios, ou seja, receber o seu salário, descansar semanalmente, usufruir horários de descanso, entre outros; mas sem se preocupar com a máxima eficiência alocativa e produtiva dos seus compromissos contratuais.

Em tais situações, também caberia o desincentivo a tais práticas.

Rasmusen (1992, p. 39), analisando o problema do risco moral, considera que o mercado de trabalho é pautado pelas seguintes condições:

- a) caso um empregado adquira as suas referências de acordo com as respostas ao salário oferecido pelo empregador, haverá um problema denominado de *screening* (filtragem);

- b) caso o empregado conheça a sua capacidade de esforços desde o início, mas sem que o empregador conheça tal capacidade, o problema seria de seleção adversa;
- c) caso o empregador conheça a habilidade do empregado, mas desconheça o seu nível de esforço, o problema seria de risco moral com ação oculta;
- d) caso nem o empregador nem o empregado conheçam a habilidade deste último desde o início, mas o empregador descubra a capacidade do empregado no início do trabalho, haverá o problema de risco moral com conhecimento escondido.

O problema do risco moral de determinado agente existe quando uma decisão positiva ou negativa acaba não sendo verificável, ou quando um agente socioeconômico recebe uma informação privilegiada após a relação econômica se iniciar.

Assim, estruturalmente, os agentes têm a mesma informação quando a transação socioeconômica é efetivada. A questão da informação privilegiada (assimétrica) pode surgir, por exemplo, depois de um contrato trabalhista assinado, sendo que o ente principal, no caso o empregador, não consegue monitorar as ações/esforços do ente secundário, o empregado.

Com isso, sem essa possibilidade de monitoramento, podem existir incentivos para que as decisões sejam implementadas de maneira desrespeitosa ao contrato, ignorando as convenções contratuais celebradas anteriormente.

Com a presença do *moral hazard* em relações jurídicas trabalhistas, ao mercado de trabalho acaba sendo dada uma situação paradoxal, principalmente quando se tenta resgatar a força das instituições jurídicas.

Assim, na situação de risco moral, os empregados desejariam cada vez mais a celebração de contratos individuais de trabalho, mas as empresas não continuariam a mesma ideia, já que assumiriam um risco de contratar algum indivíduo que não correspondesse aos anseios *ex-ante* da relação jurídica trabalhista concretizada.

Consequentemente, o resultado seria que os empregadores realizariam menos contratos trabalhistas com empregados, em razão do maior cuidado, restringindo a quantidade ofertada de emprego, já que não haveria um mecanismo perfeito de monitorar os empregados já contratados.

Caso todos os indivíduos envolvidos em uma relação trabalhista, empregador e empregado, não estejam segurados contra o risco, eles não teriam incentivos para agir evitando o dano, principalmente para o caso do empregado.

No caso de informação perfeita sobre as qualidades intrínsecas e o desejo real do empregado (informação simétrica ou perfeita), seriam estimulados os contratos individuais de trabalho. Em tal caso, seria eliminado ou reduzido o problema do risco moral, tal como na hipótese de Arrow para os mercados de seguros (ARROW, 1963, p. 943).

Portanto, a solução construtivista para o problema do risco moral em relações jurídicas trabalhistas seria a criação de incentivos, evitando-se a perda de eficiência e, nesse sentido, as instituições jurídicas poderiam evitar que as partes, em uma transação socioeconômica trabalhista, assumam comportamentos que prejudiquem a outra parte. Aliás, foi assim que Stiglitz (1985, p. 23) considerou a mesma construção para os mercados de seguros de automóveis e para as complexas relações no mercado financeiro.

5 Considerações finais

A Escola do Risco Moral em Análise Econômica do Direito representa um movimento doutrinário, que prega a análise de relações individuais baseadas em interesses próprios para a compreensão das ações de agentes socioeconômicos.

A origem teórica da teoria do risco moral surgiu no ambiente juseconômico norte-americano, em circunstância histórica liberal.

O estudo do risco moral passa pela epistemologia multi e interdisciplinar, calcada em elementos de decisões racionais do ser humano, que estimulam a busca pela eficiência econômica como um critério de justiça, contribuindo para a previsibilidade nas relações contratuais e para a evolução do conhecimento das diversas áreas do Direito, inclusive o Direito do Trabalho.

As dimensões positiva e normativa da teoria econômica contribuem para o diagnóstico e a proposição de novas soluções e visualização de novos problemas na produção do conhecimento em Direito.

A visão positiva permite a identificação de efeitos e consequências da vigência e eficácia das normas jurídicas no mundo fático socioeconômico. A visão normativa proporciona a criação e a proposição de normas jurídicas que impactem no alcance de um elevado grau de eficiência econômica, relacionando as consequências socioeconômicas que terão.

A dimensão positiva proporciona a reprogramação do conhecimento jurídico. A outra dimensão, a normativa, permite uma análise mais pragmática, voltada para o alcance do bem comum por meio da maximização da riqueza.

A premissa teórica do risco moral em Direito do Trabalho se inclui na dimensão positiva. Para tanto, deve-se ter em

consideração que os agentes atuam com pauta em condutas racionais, voltadas para a maximização de interesses individuais em um processo de escolha.

A intervenção do Estado em relações socioeconômicas, para evitar o risco moral, em sede da dimensão normativa, somente é recomendada quando é identificado o risco moral, que é considerado como um dos elementos da informação assimétrica.

A partir do substrato teórico da teoria do risco moral em Direito do Trabalho, é possível uma análise mais apurada do conhecimento teórico sobre a teoria cognoscitiva da Escola da Análise Econômica do Direito (AED).

Assim como acontece, tradicionalmente, no estudo jurídico dos planos de saúde, a AED também tem relação com os diversos ramos do Direito contratual e inclusive, com os contratos trabalhistas, especialmente com o problema do risco moral.

Referências

ARROW, K. J. Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care. *American Economics Review*. Pittsburgh, vol. 53, n. 3, p. 941-973, 1963.

BECKER, G. S. Investment in human capital: a theoretical analysis. *Journal of Political Economy*. Chicago, vol. 70, n. 5, p. 9-49, 1962.

FAMA, E. F. Agency problems and the theory of the firm. *Journal of Political Economy*. Chicago, vol. 88, n. 2, p. 288-307, abr.1980.

FRIEDMAN, M. *Capitalismo e liberdade*. Tradução Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FUKUYAMA, F. *O fim da história e o último homem*. Tradução Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GALBRAITH, J. K. *A sociedade justa: uma perspectiva humana*. 7. ed. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

HAYEK, F. A. von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – A miragem da justiça social*. Tradução Maria Luiza Borges. São Paulo: Visão, 1985.

KREPS, D. *A course of microeconomic theory*. New York: Harvester Wheatsheaf, 1994.

MISHKIN, F. S. *Moedas, Bancos e Mercados Financeiros*. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

NASSIF, E. N. *Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do Direito e do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

POSNER, R. A. *Problemas da filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RASMUSEN, E. *Games and Information: an introduction to Game Theory*. Cambridge: Blackwell, 1992.

ROSA, A. M. da; LINHARES, J. M. A. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

STIGLITZ, J. E. Information and Economic Analysis: A perspective. *The Economic Journal*. London, v. 95, s. n., p. 21-41, 1985.

SÜSSEKIND, A. L. *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. v. I, 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005.

ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. *Direito e economia: Análise Econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CAPÍTULO XXXVIII



A HERMENÊUTICA JURÍDICA AMBIENTAL E SUA INFLUÊNCIA NAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paula Galbiatti Silveira¹

1 Introdução

Diante dos problemas ambientais pelos quais passa a sociedade, de caráter global, complexo, difuso e transfronteiriço, e da consequente normatização para proteção do meio ambiente e reparação e prevenção dos danos ambientais, é que se mostra importante o estudo da interpretação dessas normas, as quais trazem uma abordagem diferenciada do Direito tradicional.

Nesse contexto, o presente artigo aborda a modificação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o dano moral ou extrapatrimonial ambiental, passando do não reconhecimento para a necessidade de sua reparação, configurando uma mudança de paradigma hermenêutico ambiental, em observância às regras constitucionais e legais de proteção do meio ambiente e reparação integral do dano, bem como do princípio da solidariedade para com as presentes e futuras gerações.

A importância dessa jurisprudência é evidenciada como resultante de um novo pensar ambiental, a partir da configuração da necessidade de uma hermenêutica própria ambiental, a qual

¹ Paula Galbiatti Silveira é Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante dos grupos de pesquisa GPDA e Jus-Clima. Bolsista CAPES/CNPQ. Email: paulagalbiatti@hotmail.com.

evidencia um Direito transdisciplinar e complexo, diverso daquele tradicional, individualista e reparatório.

Para tanto, foi feita uma breve abordagem sobre a hermenêutica e interpretação das normas, trazendo apontamentos para, em seguida, salientar a importância de uma hermenêutica jurídica ambiental, enfocando seus principais aspectos dentro da doutrina especializada. Por fim, é feita uma análise de dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, para demonstrar a mudança de paradigma citada, tomando por referência Leite e Ayala (2014).

2 Breves apontamentos sobre a hermenêutica jurídica

A hermenêutica jurídica assume importância fundamental, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, que trouxe a incorporação dos princípios e dos direitos fundamentais nas constituições. Assim, o objeto da hermenêutica é a interpretação das normas, ou seja, em vista da não correspondência entre a norma e o texto normativo, deve-se proceder a uma atividade interpretativa a fim de buscar o melhor sentido para a norma no caso concreto.

Uma vez que o Direito é uma ordem normativa da conduta humana, regulando seu comportamento (KELSEN, 2003, p. 5), a interpretação dessas normas é modificada conforme tempo e espaço, bem como pelas características pessoais do intérprete, o qual nunca é neutro e desprovido de valores.

Para Bastos e Meyer-Pflug (2010, p. 145), em virtude do ordenamento jurídico ser dinâmico e interagir com a realidade fática que regula, as mudanças que ocorrem na sociedade interferem diretamente nesse ordenamento e no modo de

interpretá-lo, constituindo a interpretação em uma forma de desenvolvimento e atualização das normas e da constituição.

A respeito do limite da interpretação das normas, essenciais são os ensinamentos de Kelsen (2003, p. 387), para quem o órgão jurídico, ao aplicar as normas, necessita interpretá-las, a fim de fixar-lhes um sentido, sendo que a interpretação corresponde a “[...] uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

Continua Kelsen (2003, p. 388-389) dizendo que a interpretação pelo órgão aplicador do Direito ocorre pela norma de escalão superior ter sempre um quadro ou moldura a ser preenchida pelo ato de produção ou aplicação da norma, havendo uma indeterminação não intencional dela, na medida em que seu sentido verbal não é unívoco, tendo o órgão aplicador, portanto, várias interpretações à sua disposição.

Essas várias interpretações possíveis encontram-se dentro da moldura da norma, que não deve conduzir a apenas uma solução possível como a única, mas a várias de igual valor, ainda que somente uma delas seja utilizada pelo aplicador. Essa escolha pelo aplicador, entretanto, estaria para Kelsen (2003, p. 390-393) fora do Direito positivo, que não apresenta nenhum método com base no qual uma das opções inscritas na moldura possa ser a correta ou preferível a outras, sendo tal problema da política, na qual estão inseridas normas não jurídicas, ou seja, morais e de justiça.

Assim, “[...] a pretensão da única resposta correta pode inviabilizar a melhor interpretação”, tendo em vista os inúmeros significados das normas, cuja interpretação requer um equilíbrio prudencial em todos os casos, sem que haja a imposição de uma hierarquia (FREITAS, 2010, p. 315-316, grifo do autor).

A tarefa interpretativa, entretanto, sofreu diversas modificações, em virtude da complexidade das relações jurídicas atuais, como a inclusão da proteção dos direitos difusos, como o meio ambiente. Assim, a hermenêutica pós-positivista reabre o discurso jurídico para o universo dos valores ético-políticos (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 2).

Nesse novo contexto interpretativo, Cademartori e Duarte (2009, p. 29-30) afirmam que um dos principais desafios é o equacionamento entre Direito, Moral e Política,

[...] pressupondo o desenvolvimento de padrões de racionalidade baseados mais na razoabilidade prudencial que no cientificismo formal, típico do positivismo jurídico [configurando] [...] uma nova matriz epistemológica do Direito [...].

denominada neoconstitucionalismo. Sob essa perspectiva, de necessidade da incorporação de conteúdos morais e de importância de princípios, o neoconstitucionalismo se refere tanto a um modelo de organização jurídico-política, a uma teoria do Direito ou a uma ideologia.

Entretanto, há atualmente diversas teorias a respeito da função dos princípios e da necessidade de sua ponderação, bem como da interpretação das normas e consequente teoria da argumentação, o que foge ao objetivo do presente trabalho, o qual visa, nesse ponto, a trazer apontamentos e questões sobre a interpretação das normas para justificar a necessidade de uma hermenêutica própria do Direito ambiental.

Nesse sentido, Falcão (2013, p. 84) confirma a importância da atividade interpretativa, a qual é feita dentro de certas regras e de regras certas, as quais, contudo, não garantem a certeza do sentido imutável. Para o autor, a função da hermenêutica seria, portanto, dada a inesgotabilidade do sentido das normas

jurídicas, fornecer diretrizes para que a interpretação não seja desviada de sua função social, vez que não é qualquer sentido que serve às finalidades de ordenação social ou àquelas que não cerceiam a liberdade de pensar, sendo que

A escolha entre as diversas alternativas de interpretação há de estar voltada para o alcance social que a aplicação do sentido, assim captado, possa ter. E se trata de algo bem distinto, porque não é todo sentido captado que se presta à ordenação social, sendo que alguns levariam mesmo à desorganização da sociedade, com todo um conjunto de defeitos deletérios para a convivência e para a paz social. E aí é que entra o papel da Hermenêutica, o qual, se já tem alguma relevância no tocante a qualquer interpretação, tê-la-á muito maior no que se reporta à interpretação jurídica. (FALCÃO, 2013, p. 84).

Essa realidade se mostra ainda mais evidente quando se fala na necessidade de interpretação das normas ambientais, as quais trazem uma nova linguagem para o Direito, fazendo com que a sua visão tradicional e, conseqüentemente, o seu sistema interpretativo tenham que ser mudados para incluir o transdisciplinar, o solidário e o complexo.

3 A hermenêutica jurídica ambiental

A interpretação das normas é tarefa primordial do jurista, sendo um importante instrumento para a efetivação das normas constitucionais e de proteção do meio ambiente. O estudo da hermenêutica assume especial relevância para o Direito ambiental, visto que compreende uma nova visão do Direito, que não se coaduna com a posição tradicional e restritiva que ainda impera nos demais ramos.

O Direito ambiental traz outra linguagem, pois inclui elementos transdisciplinares e valores próprios da natureza para falar da juridicidade própria ambiental. Assim, a interpretação

das normas ambientais deve ir além da visão conservadora, individualista e reparatória do Direito tradicional, como a noção de dano moral ou extrapatrimonial, que foi modificada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme será visto posteriormente.

Para que haja uma hermenêutica jurídica ambiental, é necessário que se reinterprete a norma ambiental, a partir de um conhecimento mais complexo e transdisciplinar. Entretanto, não se defende um ramo do Direito estritamente ecologista, mas a incorporação da visão do próprio bem ambiental para que o Direito ambiental tenha uma linguagem própria, sempre partindo das disposições constitucionais.

Observa-se, assim, que a discussão é essencialmente jurídica, mas com uma visão diferenciada, com a necessidade de distinção entre uma questão individual e uma difusa, como é a ambiental, que necessita de uma visão sistêmica, ainda mais por garantir direitos não só às gerações presentes, como às futuras. Todavia, para que haja um pensamento sistêmico, demandado pela questão ambiental, é imprescindível um olhar transdisciplinar e uma linguagem complexa, com o consequente aprimoramento das normas e de sua interpretação.

Esse é o entendimento de Leite e Ayala (2014, p. 303), para os quais

Vigora na hermenêutica do direito ambiental princípios estruturantes que trazem uma linguagem específica e diferente dos vários ramos tradicionais do direito, com vistas a confirmar a sua especificidade [...], [os quais] [...] objetivam trazer mais eficácia e concretude ao direito ao meio ambiente ecologicamente, considerando que esse direito também foi conferido às gerações futuras.

A importância de uma hermenêutica própria para o Direito ambiental se justifica pela crise planetária pela qual a

sociedade passa, fruto da relação predatória que o homem tem com o meio ambiente, causando impactos extremamente negativos, muitos dos quais não são percebidos pela maioria da sociedade, que ainda não se conscientizou de que a proteção do meio ambiente é essencial para a sobrevivência do planeta. Por tais razões, a Constituição Federal de 1988 dispôs como dever do Estado e de toda a coletividade a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, ou seja, trouxe expressamente o princípio da solidariedade intergeracional e, para tanto, a obrigação de restauração e proteção dos processos ecológicos essenciais.

Belchior (2011, p. 178-181) afirma que deve haver uma nova relação entre o homem e o meio ambiente para que seja construída uma pré-compreensão ambiental, a partir da ética, da educação e da racionalidade ambiental, em busca de uma convivência harmônica para que seja possível uma compreensão ecológica que mude os valores, o pensamento e a atitude do ser humano frente à natureza.

Em sua proposta de hermenêutica jurídica ambiental, Belchior (2011, p. 196) coloca “[...] os princípios de interpretação que objetivam a busca de soluções justas e constitucionalmente adequadas para a interpretação das normas ambientais, influenciados pela nova pré-compreensão ambiental.”, os quais não oferecem respostas únicas e exclusivas, deixando sempre uma margem de subjetividade e arbitrariedade.

Dentre os princípios integrantes de uma hermenêutica jurídica ambiental, Belchior (2011, p. 200-259) traz os da precaução, prevenção, responsabilização, poluidor-pagador, democracia, cidadania, informação, educação, participação ambiental, proibição do retrocesso ecológico, mínimo existencial ecológico, razoabilidade, além dos especificamente

constitucionais, visto que tais princípios objetivam buscar soluções justas e constitucionalmente adequadas para a interpretação das normas ambientais (LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 309).

Além disso, para Leite e Belchior (2010, p. 308)

[...] a particularidade de uma hermenêutica ambiental se fortalece, ainda, pelo fato de a ordem jurídica ambiental ser dotada de conceitos vagos, confusos, amplos e indeterminados, além da intensa discricionariedade administrativa que é concedida ao Executivo.

4 A mudança do paradigma hermenêutico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Como um exemplo da nova linguagem do Direito ambiental e da mudança do paradigma hermenêutico, Leite e Ayala (2014, p. 300-301) trazem a nova posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito da configuração do dano extrapatrimonial ambiental, cuja interpretação privilegia e se mostra mais adequada para a proteção dos bens difusos, como o bem ambiental.

Tradicionalmente, havia uma visão restrita do dano moral, considerando-o ligado mais à pessoa e aos aspectos de sentimento de dor, o que não se coaduna com a proteção do meio ambiente, vez que este é um bem de uso comum do povo, difuso e transfronteiriço, ou seja, um bem diferenciado, ligado à qualidade ambiental.

Havia, assim, uma necessidade de mudança da interpretação, que se dava a essa visão restrita de dano moral, pois o fundamento jurídico do dano moral ou extrapatrimonial ambiental² está ligado não ao sentimento de dor física ou de

² Leite e Ayala (2014, p. 266) entendem que a expressão mais correta seria

sofrimento psíquico, mas a uma ameaça à vida coletiva saudável, que possua um mínimo de qualidade ambiental. Ademais, conforme preceitua o artigo 225, §3º, da Constituição Federal de 1988, a reparação do dano ambiental deve ser integral, sendo que a exclusão da reparação extrapatrimonial, nesse âmbito, configura uma flagrante afronta ao texto da Lei Fundamental, bem como deixa a lesão ambiental em parte indene, o que é inadmissível em uma ordem jurídica que se proponha protetiva do meio ambiente e da vida em geral.

Dessa forma, Leite e Ayala (2014) trazem inúmeros julgados que demonstram essa mudança de posição³, desde a antiga orientação em 2006, até a mais recente e mais propícia à reparação integral do dano, com os julgados a partir de 2012, tratando-se de “[...] jurisprudência pós-moderna que contribui para a efetividade da juridicidade do dano ambiental [...]” (LEITE; AYALA, 2014, p. 302).

Dentre os julgados trazidos pelos autores, serão analisados dois no presente artigo, em virtude de seu objetivo proposto, para exemplificar a posição antiga do Superior Tribunal de Justiça e a nova, a qual corresponde à mudança de paradigma hermenêutico, citada pelos autores de referência, trazendo mais

dano extrapatrimonial, visto que o dano moral está mais ligado “[...] a um subjetivismo, devendo ser abolido, no sentido do conceito se tornar obsoleto com o tempo e também mais circunscrito. A conceituação mais adequada é aquela que traz consigo um critério de contraposição, visando a dar uma justificativa de seu conteúdo, sem, no entanto, trazer restrição e resultando em uma concepção mais ampla. Assim, afirma-se ser mais condizente o critério negativista, que considera dano extrapatrimonial toda lesão que não tem uma concepção econômica [...]”, sendo o nome dano extrapatrimonial, portanto, “[...] menos restritivo, pois não vincula a possibilidade do dano à palavra moral, que pode ter várias significações e torna-se, desta maneira, falha por imprecisão e abrangência semântica”.

³ Tratam-se dos acórdãos do STJ: REsp 1.367.923/RJ, publicado em 06/09/2013; REsp 1.198.727/MG, publicado em 09/05/2013; REsp 1.145.083/MG, publicado em 04/09/2012; e o REsp 1.180.078/MG, publicado em 28/02/2012. (LEITE; AYALA, 2014, p. 301-302).

proteção e estando mais de acordo com a Constituição Federal de 1988.

O julgado que exemplifica a antiga posição do Tribunal Superior é o REsp 598.281/MG, julgado pela Primeira Turma aos 02 de maio de 2006, no qual se entendeu que o dano moral ambiental deveria estar ligado à noção de sofrimento psíquico, de caráter individual, cuja ementa é transcrita a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (BRASIL, 2006).

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais nos autos de ação civil pública, contra o acórdão que entendeu pela impossibilidade de condenação de dano moral coletivo. O Ministro Luiz Fux, em seu voto, deu provimento ao recurso, por entender que cabiam os danos morais ambientais, pelo advento da nova ordem constitucional, protetora do meio ambiente, a qual “[...] possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.” (BRASIL, 2006), bem como pelas disposições da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, o voto-vista do Ministro Teori Zavascki modificou o posicionamento, tendo o recurso especial sido negado por maioria, sob o entendimento de que o dano ambiental pode, em tese, acarretar dano moral, como “[...] na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado

de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo.” (BRASIL, 2006). Continua o Ministro afirmando que a vítima do dano moral é, entretanto, necessariamente uma pessoa, não sendo, portanto, compatível com o dano moral a transindividualidade, na medida em que envolveria dor, sentimento ou lesão física, típicas da parte sensitiva do ser humano.

Observa-se que essa posição defendida anteriormente pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça é restritiva e não assegura a proteção integral que a Constituição Federal brasileira conferiu ao meio ambiente e à total reparação quando o bem ambiental é lesionado.

Todavia, nota-se um novo entendimento nos julgados da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça a partir de 2012, tendo sido escolhido para exemplificá-lo o REsp 1.367.923/RJ, julgado em 27 de agosto de 2013 e publicado em 06 de setembro de 2013, cuja ementa segue transcrita:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo. 3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização. 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2013).

Cuida-se de recurso especial interposto por Brasilit Indústria e Comércio Ltda. contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que condenou a recorrente ao pagamento de danos morais ambientais coletivos. No caso, ficou comprovado que a recorrente industrializava e armazenava inadequadamente amianto, substância química extremamente prejudicial, colocando em risco a saúde pública. No voto do Ministro Humberto Martins, restou consignado que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo. Ressaltou ainda o Ministro que

[...] haveria *contra sensu* jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização. (BRASIL, 2013, grifo do autor).

Assim, afirmam Leite e Ayala (2014, p. 314, grifo do autor) que se saiu de uma visão restritiva dominante de interpretação do dano moral

[...] para uma *nova* visão de ampla e integral da reparabilidade da danosidade ambiental [a qual] [...] remete a um excelente patamar de conteúdo hermenêutico, que modificou a compreensão da juridicidade ambiental como *da água para o vinho*, nos termos do ditado popular [...], [ou seja], [...] da não reparação do dano moral coletivo para uma melhor compreensão de seus componentes ecológicos, éticos e suas funções no âmbito da responsabilidade civil ambiental.

Essa nova compreensão está em consonância não somente com os dispositivos da Constituição Federal de 1988 de proteção do meio ambiente, como também da nova hermenêutica do Direito ambiental, a qual impõe ao intérprete a necessidade de pensar de forma complexa, ampla e transdisciplinar, visto estar

diante de direitos difusos e planetários, que dizem respeito à própria vida e à existência digna com qualidade.

5 Considerações finais

A extrema degradação do meio ambiente pelo homem demonstra a importância do Direito para conter seu avanço, bem como para prevenir e reparar as lesões causadas, tendo por base os princípios de Direito ambiental, mormente para o tema em análise, como a prevenção, precaução, responsabilização, poluidor-pagador e solidariedade, dentre outros, os quais se encontram em consonância com o disposto na Constituição Federal de 1988.

Os intérpretes da norma jurídica, em especial os órgãos julgadores, devem aplicar tais princípios e ter em mente que sempre quando forem interpretar a norma ambiental, devem se valer da racionalidade e da linguagem ambientais, que diferem do Direito tradicional, de caráter individualista e reparatório.

Daí advém a importância de um sistema hermenêutico de interpretação das normas ambientais, que visam não somente a proteger os direitos das gerações atuais, como os das futuras, bem como restaurar e manter os processos ecológicos essenciais, considerados bases naturais da vida e necessários para a sobrevivência da vida no planeta.

Sob essa perspectiva, observou-se a mudança de paradigma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, passando-se a aplicar a reparação pelo dano moral ou extrapatrimonial ambiental, em uma evidente consagração da hermenêutica ambiental e de seus princípios, evidenciando uma sensibilidade ecológica dessa instituição, que trouxe para seus julgados a máxima da reparação integral prevista constitucionalmente.

Espera-se que a hermenêutica ambiental seja irradiada pelos intérpretes e aplicadores das normas, a fim de proporcionar um nível maior de proteção ao meio ambiente, para que todos tenham um mínimo de qualidade ambiental, necessária para uma vida digna.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. *In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). Interpretação constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 598281/ MG*. Relator Ministro Luiz Fux, Relator para acórdão Teori Zavascki. Órgão julgador: Primeira Turma. Julgamento em 02 mai. 2006. Publicado em 01 jun. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=598281&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 ago. 2014.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1367923/ RJ*, Relator Ministro Humberto Martins. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento em 27 ago. 2013. Publicado em 06 set. 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1367923&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 ago. 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 dez. 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. O estado de Direito Ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica. *Seqüência*. Florianópolis, n. 60, p. 291-318, jul. 2010. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F4818345.pdf&ei=TgqTVLF3uNq wBPOWgJgJ&usq=AFQjCNHcW0lMBJHvkj4O9JiqxdwQ-oWknA&bvm=bv.82001339,d.cWc>> . Acesso em: 18 dez. 2014.

CAPÍTULO XXXIX



AS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NA SISTEMÁTICA DO ENTENDIMENTO ADVERSO DA LEI E DO DIREITO¹

Sônia Maria de Oliveira Queiroz²

Carlos Alberto Dias³

1 Introdução

Desde os primórdios da humanidade, os relatos que atuam como registros da história dos grupos humanos deixam entender que um ato que criava desordem na sociedade era punido. Tal ato era inevitavelmente transposto para o pensamento comum, firmando-se nas bases do repúdio ou da aceitação, sobre o que se estabeleciam os valores ético-morais firmados. A partir desses elementos constituintes já conhecidos, desenvolvia-se uma tradução simbólica, uma representação primordial do fato, do objeto, do Direito.

Nunes (1997) aponta que, na análise dos valores estabelecidos em uma sociedade, tem-se por função a redução desses valores a um objeto/elemento já conhecido, ou seja, comum ao objeto/elemento analisado em relação a outros. Toda análise seria, então, uma tradução, um desenvolvimento em símbolos, uma representação a partir dos pontos de vista

¹ Trabalho apoiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG), PROCESSO N. CHE – APQ-00202-12.

² Sônia Maria de Oliveira Queiroz é Advogada e Pedagoga, Mestre em Gestão Integrada do Território. Professora da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Email: sonia.queiroz@ufjf.edu.br; oqms@hotmail.com.

³ Carlos Alberto Dias é Psicólogo. Doutor em Psicologia. Professor da Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri (UFVJM). Email: carlos.dias@ufvjm.edu.br; carlosdiaspsicologo@gmail.com.

sucessivos entre o fato/objeto analisado e os outros fatos/objetos que se acredita conhecer.

Não que a análise não queira efetivamente atingir a essência do fato/objeto. Ela tenta, mas condenada a dar voltas, ela nunca o atinge propriamente: a análise nessa ânsia vai multiplicando seus pontos de vista, tentando completar a representação, variando sem cessar os símbolos, porém a representação permanece incompleta. (NUNES, 1997, p.220).

Nessa sucessiva construção/reconstrução do objeto, o nascimento do Direito surge naturalmente como fonte simbólica dos valores estabelecidos e aceitos pela sociedade, intersubjetivamente, externados em um ordenamento racional. Vale citar Bobbio (2003, p. 37-44, grifo do autor), no sentido de

Que o elemento característico da experiência jurídica seja a relação intersubjetiva é, ao contrário da teoria institucional, doutrina velhíssima e periodicamente recorrente. Se observarmos bem, ela nasce da mesma ideia fundamental de que nasce a teoria da instituição, qual seja, a de que o direito é um fenômeno social, que tem sua origem na sociedade.

[...]

Pode-se somar ainda a consideração seguinte: as três teorias não se excluem entre si, e assim é estéril toda batalha doutrinal para fazer triunfar uma ou outra. Diria até mesmo que estas três teorias se integram utilmente. Cada uma põe em evidência um aspecto da multiforme experiência jurídica: a teoria da relação, o aspecto da *intersubjetividade*; a da instituição, o da *organização social*; a normativista, o da *regularidade*. Com efeito, a experiência jurídica nos coloca frente a um mundo de relações entre sujeitos humanos *organizados* estavelmente em sociedade mediante o uso de *regras* de conduta. Ocorre que dos três aspectos complementares, o fundamental é sempre o aspecto normativo. A intersubjetividade e a organização são *condições necessárias* para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é a condição *necessária e suficiente*.

Considerando o Direito como fonte simbólica dos valores estabelecidos e aceitos pela sociedade e externados em um ordenamento racional, tem por objetivo o presente artigo conduzir uma reflexão sobre a forma pela qual o Direito e/ou Legislações tornam-se objetos a partir dos quais se desenvolvem representações sociais quanto à percepção e entendimento do cidadão comum/atores sociais sobre o preceituado legal. Cidadão que, tendo ou não acesso ao conhecimento das teorias e doutrinas do Direito, é o primeiro destinatário das leis. E como unidade social será o seu entendimento e diálogo genérico para com o dever primário da lei, que se fará compor em seu universo de direitos, resultante de um conhecimento socialmente construído por meio do discurso dos grupos nos quais se insere e comunica.

Consubstanciado em pesquisa bibliográfica e em pesquisa de campo empírica, o marco teórico do presente trabalho perpassa ainda a Teoria das Representações Sociais (TRS) e os imperativos legais pertinentes. Com relação à pesquisa de campo empírica, deve-se pontuar que a sua problemática central fundamentou-se no questionamento sobre a eficácia do preceituado legal (Lei 8.213, de 24 de julho de 1991) sobre a inserção das pessoas com deficiências (PDs) no mercado de trabalho, sob a perspectiva da abordagem territorial dos processos sociais implicativos ao não cumprimento do dever legal. A pesquisa descritiva sob a forma de levantamento de dados, através de interrogação direta com pessoas cujo comportamento se desejou conhecer, foi realizada no município de Governador Valadares.

2 Desenvolvimento

A TRS originou-se na Europa, com uma publicação em 1961 de autoria de Serge Moscovici, enfatizando a continuidade

entre o passado e o presente com fundamentação nos estudos das Representações Coletivas de Durkheim. Em suas raízes europeias, aqui adotadas, veio a diferenciar-se da teoria americana, cujo expoente Allport deitava as raízes da Psicologia Social em Augusto Comte, “[...] enfatizando que existe uma descontinuidade entre o passado e o presente [...]” (FARR, 2000, p. 32).

Moscovici (2007) consubstancia a construção da TRS na ocorrência da relação dinâmica desenvolvida entre o mundo real e o sujeito. Tais relações são afirmativas construídas na vida cotidiana dos indivíduos porque, procedimentalmente, as ideias abstratas transformam-se em imagens concretas, através do reagrupamento daquelas ideias e imagens, focadas no mesmo assunto. E em sequência, de maneira dinâmica e imperceptível, às imagens pré-existentes juntam-se novas imagens e, em consequência, as representações que se têm da realidade sofrem mutações, nascendo assim novos conceitos.

A contribuição apresentada por Moscovici (2007) (no sentido da dinâmica das relações construídas sobre a familiarização entre objetos, pessoas e acontecimentos, envolvendo o passado e o presente), e sua ligação com o fato, Direito e Lei apontam para possíveis distorções surgidas no processo de transposição ao entendimento dos sujeitos comuns no que diz respeito à relação a ser estabelecida entre entender e cumprir seus direitos e preceitos legais. Não há como garantir que uma lei, ao ser estabelecida, seja cumprida *in totum* uma vez que, ao passar pelo crivo de compreensão desses sujeitos, ela possa ser distorcida para acomodar-se ao pensamento prévio (senso comum) de quem a interpreta.

Não se está, aqui, condenando o senso comum, mas apenas fazendo-se uma conexão entre este e possíveis desvios

do entendimento legal. Muitas são as leis que, embora fujam ao entendimento dos sujeitos comuns, são, de alguma forma, cumpridas por força do próprio senso comum. A importância do senso comum é confirmada por Jodelet (2001 *apud* NOHARA; ACEVEDO; FIAMETTI, 2009, p. 77), quando define Representações Sociais nos seguintes termos:

Representação social é uma forma de conhecimento, socialmente elaborada e compartilhada, que tem objetivo prático e contribui para a construção de uma realidade comum a um conjunto social. Também designada ‘saber de senso comum’ ou ‘saber ingênuo’, ‘natural’, distingue-se do conhecimento científico. Mas é tida como objeto de estudo igualmente legítimo devido à sua importância na vida social e à elucidação que possibilita dos processos cognitivos e das interações sociais.

A ideia nuclear do cumprimento legal, por vezes, pode, e mesmo o é interpretada de formas variadas, adversas ou não ao comando primário da lei, em consonância com saberes diversos que, por vezes naturais e ou ingênuos, direcionam e condicionam o entendimento legal a representações errôneas. Um ponto a ser considerado, à guisa de exemplo, é o jurídico, quanto ao âmbito de aplicação da jurisdição, as expressões titulares “portador de necessidades especiais” ou “portador de deficiências” não são processualmente relevantes.

A justiça, para poder agir na defesa do Direito, precisa de um objeto definido, que é a razão do vínculo a ser constituído pelas partes. Tal objeto perpassa o seu imediatismo na prestação devida pelo sujeito passivo e exigível pelo sujeito ativo, que enlaça mediatamente o bem, que é o respaldo sobre o qual recai o Direito ou a obrigação. A titularidade do Direito alegado é que tem que ser inequívoca. A esse respeito, e de sobremaneira singular, Francesco Carnelutti (2000, p. 25) elucida:

Se nos dedicarmos a observar o que acontece perante o juiz ou, em geral, perante o órgão judicial processual, veremos, antes de tudo, como regra, duas pessoas que litigam entre si: conforme o esquema mais simples, uma delas reclama a tutela de interesse seu e a outra a nega. Isso significa que o litígio está presente no processo, como a enfermidade está na cura.

Se contemplada na titularidade um direito, a parte identificada de forma civilmente, imbuída de capacidade, afasta por si só as titularidades secundárias. Conforme Fazzalari (2006, p. 363),

Sempre segundo a disciplina positiva, isto é, segundo o paradigma normativo de cada ato (e de todos os atos) do processo, ressaltam-se os requisitos do sujeito, alguns relativos a todos os sujeitos assim indicados, outros somente a uma parte deles. Requisito comum é a capacidade de agir.

Outro ponto a ser considerado, nas perspectivas da capacidade, é que o mercado de trabalho seleciona pessoal qualificado, eficiente e interagido com a produtividade. Prefere-se aos cidadãos considerados ‘normais’, deixando-se à margem do processo todos aqueles que por motivos diversos são identificados como “diferentes”. Tal ocorrência, perversa e subliminar, foi edificada através de mecanismos criados com o objetivo de proteger e garantir a sobrevivência desse grupo populacional, sem a necessidade de incluí-los no mercado de trabalho. Em paralelo aos programas especiais de apoio àqueles que não poderiam sustentar-se mediante sua inclusão no mercado de trabalho, construiu-se uma gama de (prê) conceitos e discriminações que, paulatinamente, passou a ser incorporada à identidade desses cidadãos. A não inserção no mercado de trabalho é realizada através de atitudes diárias, justificadas pela proteção aos hipossuficientes.

Apesar dos esforços legais e sociais voltados para a inserção das PDs no mercado de trabalho, o processo de efetivação tende a ser demorado em função de medos e representações equivocadas, que as mantêm circunscritas à esfera familiar com sua capacidade laboral adstrita a benefícios sociais, o que não contribui para a construção de sua cidadania. E, foi nessa via de raciocínio que se procuraram, ao longo desta investigação, respostas à questão central deste estudo, com base nos seguintes termos: quais são as Representações Sociais em torno da Lei 8.213/91 em seu artigo 93 e a sua influência ao cumprimento do dever legal no Município de Governador Valadares?

Prima facie, pode-se afirmar existir duas situações aparentemente antagônicas, mas que de fato apresentam contiguidade, sendo, portanto, inseparáveis. De um lado, tem-se uma produção legislativa em condições de favorecer a inserção e promoção das PDs no mercado de trabalho. De outro, a sociedade encontra-se imersa num universo socialmente construído (realidade comum) até certo ponto distinto do universo legalmente construído. Nessa situação de distanciamento, uma questão foi considerada: como garantir que a produção legislativa, sobretudo a Lei 8.213/91, seja de fato eficaz, uma vez que, para isso, deve-se interagir em consonância com uma realidade objetiva (lei) e uma realidade subjetiva (RS)?

Num primeiro momento, a resposta a esse questionamento parece simples. Contudo, ao se analisar as premissas legais, percebeu-se uma complexidade de conexões, na qual estão envolvidos três elementos: “objetividade da Lei”, sua “percepção social” e a “vontade de agir” dos atores envolvidos.

Por “objetividade da Lei” entende-se, aqui, analogicamente, sua construção e coerência com o processo legislativo constitucional ordinário nos aspectos formais e materiais. Ao

iniciar este trabalho, partiu-se do pressuposto de que a Lei 8.213/91 está em conformidade com tal processo, não sendo necessário ater-se a essa questão.

Com base na TRS, entende-se por “percepção social” o modo como os diversos atores sociais apreendem os conteúdos das leis e externalizam tal compreensão em ações diante de fatos específicos. A percepção social, por sua vez, constitui-se num elemento fundamental da “vontade de agir” desses atores, entendida como sendo o interesse dos diversos atores sociais em agir em conformidade ou não com os ditames da Lei 8.213/91, objetivando contribuir ou não no processo de inserção das PDs no mercado de trabalho.

PDs são um dos grupos minoritários que, historicamente, foi alvo de preconceitos, estereótipos e estigmas. Tradicionalmente, portanto, foram discriminadas e postas à margem da vida em sociedade e de todos os territórios sociais em condições de não igualdade, num franco processo de exclusão imposto pela maioria.

Essa realidade se confirmou a partir dos dados coletados na pesquisa empírica desenvolvida no território de Governador Valadares⁴, cuja problemática abarcou a questão da inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho em relação ao entendimento do cumprimento do dever legal preceituado na Lei 8.213/91 (Lei de Quotas).

A referida pesquisa, por sua natureza descritiva, visa primordialmente a descrever as características de determinada população ou fenômeno. São inúmeros os estudos que podem ser classificados sob esse título, e uma de suas características mais significativas está na utilização de técnicas padronizadas de coleta de dados, como a entrevista guiada por um “Roteiro

⁴ Ver Oliveira – (2011).

Semi-estruturado de Entrevista” e a observação sistemática: “[...] é a modalidade de pesquisa que habitualmente realizam os pesquisadores sociais preocupados com a atuação prática [...]” (GIL, 2008, p. 42).

Quanto ao procedimento, assumiu a forma de levantamento de dados através de interrogação direta com pessoas cujo comportamento se desejou conhecer, segundo variadas metodologias. Basicamente, procedeu-se à solicitação de informações a um grupo significativo de PDs e, em seguida, mediante análise, obteve-se as conclusões correspondentes aos dados coletados. Tratou-se de um estudo transversal (seccional), sendo constituído por amostras de sujeitos de diferentes grupos. De acordo com Richardson (2007, p. 93, grifo do autor), em estudos de corte transversal “[...] os dados são coletados em um ponto do tempo, com base em uma amostra selecionada para descrever uma população *nesse determinado momento*”.

Os dados foram coletados no município de Governador Valadares/MG, envolvendo três instâncias diretamente implicadas no objeto de estudo, a saber: empresas que se enquadram no preceituado da Lei 8.213/91, sendo ouvidos seus Gestores e seus empregados (PDs); órgãos municipais cujo objetivo é a (re)inserção de PDs ao mercado de trabalho, sendo eles o Centro Regional de Referência em Saúde do Trabalhador (CEREST) e o Centro de Apoio ao Deficiente Físico Dr. Octávio Soares (CADEF); o judiciário responsável por dirimir conflitos trabalhistas através do M.M. Juiz de Direito do Trabalho e o representante do Ministério Público do Trabalho.

O estudo procurou abranger a totalidade das empresas existentes no município de Governador Valadares, que se enquadram no preceituado do art. 93 da Lei 8.213/91, bem como seus empregados PDs, tratando-se, portanto de um

estudo censitário. Quanto aos órgãos públicos e ao Poder Judiciário citados, foi utilizado o critério de amostra intencional, envolvendo dois gestores públicos, um Juiz do Trabalho e um representante do Ministério Público do Trabalho. Contudo, em função dos critérios de exclusão⁵ desse universo de estudo, participaram apenas 54 indivíduos, subdivididos em quatro grupos, sendo eles: Grupo 1 (G1) – Gestores Empresariais (16); Grupo 2 (G2) – Portadores de Deficiências PDs (34); Grupo 3 (G3) – Gestores Públicos (02) e Grupo 4 (G4) – Poder Judiciário Trabalhista (01 Juiz e 01 representante do Ministério Público do Trabalho).

Para a realização redacional da pesquisa, foi utilizada uma abordagem tanto qualitativa quanto quantitativa, como recomendado para pesquisas no campo das representações sociais⁶. Para tanto, foram considerados dois instrumentos e fontes de informações: 1) bibliografias e documentos referentes ao problema em estudo; 2) entrevistas realizadas junto aos órgãos do Judiciário, aos gestores e funcionários dos órgãos públicos, aos gestores das empresas privadas e aos PDs. As entrevistas foram registradas por meio de um gravador de voz digital com autorização dos participantes. Foram guiadas por pontos de interesse para a presente investigação, com base em um roteiro estruturado contendo questões fechadas e abertas.

O projeto foi submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE) e aprovado antes de sua execução. Para o desenvolvimento pleno

⁵ Foram excluídos os indivíduos que, após terem conhecimento dos objetivos da pesquisa, recusaram-se a participar dela ou que reiteradas vezes esquivaram-se do compromisso agendado para a coleta de dados, até a plena manifestação verbal do não interesse em participação.

⁶ Segundo Abric (1994 *apud* BONARDI; ROUSSIAU, 1999), “[...] bien entendu, l’approche pluriméthodologique, croisant par exemple entretiens et questionnaire, est souhaitable et, en général, fortement recommandée”.

do trabalho, foi também obtida autorização dos gestores das empresas que se enquadravam no preceituado do artigo 93 da Lei 8.213/91, dos PDs inseridos no mercado de trabalho, que não exigiam autorização de representante legal, dos representantes e funcionários dos órgãos públicos responsáveis pelo atendimento aos PDs, de um Juiz do Trabalho e de um representante do Ministério Público do Trabalho.

A pesquisa desenvolvida no município de Governador Valadares mostra, num primeiro momento, que parte expressiva de PDs não tem qualquer oportunidade de inserção no mercado formal de trabalho, a considerar-se a capacidade de absorção dessa mão de obra pelas 39 empresas do município, ainda que houvesse grande interesse da parte delas em agir em conformidade com a Lei 8.213/91. Num segundo momento, e afastando-se de generalizações, pela pesquisa empírica aqui desenvolvida é possível afirmar que os *gaps* existentes entre a lei e a realidade vivenciados no município devem-se substancialmente a falhas no sistema público e a um pensamento arraigado e preconceituoso, que criam barreiras para a inserção/reinserção de PDs no mercado formal de trabalho.

No que concerne às falhas do sistema público, é possível citar a não existência, em seus órgãos de origem, de uma rede de informação que possibilite o encaminhamento de PDs para as empresas, certamente fruto da falta de comunicação ou de maiores preocupações com o processo de sua inserção no mercado de trabalho. Conforme verificado, não há articulação entre esses agentes, que se mostram alheios aos problemas específicos dos PDs, não se lhes apresentando esses com especificidade, o que demandariam maiores investimentos sob todos os pontos de vista. As representações sociais em torno da Lei em comento e, especialmente, a influência do artigo 93

no cumprimento do dever legal no município de Governador Valadares, foram identificadas nesse sentido.

No que concerne aos agentes do setor privado, apesar de algumas menções ao dever de responsabilidade social das empresas associadas à integração de PDs a seus quadros funcionais – mesmo que como uma estratégia de marketing –, observou-se que muitas empresas de GV ainda se mantêm não receptivas à inserção de PDs, muito embora cientes das obrigações legais nesse sentido. São frequentes os argumentos sobre a falta de qualificação profissional desse grupo populacional (que não lhes habilitaria à empregabilidade); sobre as dificuldades de locomoção e de adaptação; e mesmo sobre a “apatia” em relação ao trabalho frente a benefícios sociais, como o LOAS, que não lhes motivaria para a busca e conquista de oportunidades e colocações no mercado de trabalho.

Quanto aos PDs do município de Governador Valadares, constatou-se que, embora afirmem conhecer a Lei 8.213, tais conhecimentos são fragmentados e, na maioria dos casos, insuficientes para provocar “reações de luta por seu poder de fala”, num posicionamento contra-hegemônico frente à sua vulnerabilidade, uma segunda dimensão da visão contemporânea sobre as minorias. É possível inferir que a cidade não está estruturada para cumprir as premissas da Lei, embora tenha uma estrutura jurídico-administrativa-empresarial capaz de agir em prol da defesa dos interesses dos PDs e sua inserção no mercado formal de trabalho.

As ações na atualidade são meramente paliativas mesmo considerando-se que a cidadania se traduz em um conceito etimológico, que não requer requisitos de efetividade; não exige requisitos de uma apresentação humana enquadrada em um padrão socialmente estabelecido, dito “normal”; e requer

a participação e contribuição para a coisa pública. Requer sim, ações. Ações que se pautem na subjetividade consubstanciada na vontade e no interesse de agir. Em outras palavras, o processo de exclusão historicamente imposto às pessoas com deficiência deve ser superado por intermédio da implementação de políticas afirmativas, aliadas à conscientização da sociedade acerca do dever de igualdade e das potencialidades desses indivíduos ao expurgo das representações estigmatizadas ao longo do tempo (BRASIL, 2007).

3 Considerações finais

Portadores de deficiências são um dos grupos minoritários que historicamente foi alvo de preconceitos, estereótipos e estigmas. Tradicionalmente, portanto, os PDs foram discriminados e postos à margem da vida em sociedade e de todos os territórios sociais em condições de não igualdade, num franco processo de exclusão, imposto pela maioria dominante.

Ao final da Segunda Grande Guerra, estampou-se no horizonte a gênese do processo de internacionalização dos direitos humanos e o estabelecimento de uma sistemática normativa internacional de proteção a esses direitos em âmbito global e regional. *Exsurgem* os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos (instrumentos normativos do Direito Internacional público e pelo qual se manifestam as relações jurídicas entre os Estados), que se caracterizaram como a pedra angular para o início da mudança do *status quo* das minorias, entre elas as PDs.

No Brasil, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, resultante do processo de redemocratização do País, verificou-se essa mesma mutação. Mais do que isso, a Constituição estampou dois princípios basilares de proteção

aos direitos humanos das minorias: o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade, pelos quais se assegura um projeto a ser operacionalizado por todos, maiorias e minorias.

Destarte, no Brasil, assim como nas democracias contemporâneas, a proteção jurídica aos direitos das minorias é condição essencial para a efetivação do processo democrático e o reconhecimento da diversidade que ele impõe. O fortalecimento de um Estado que se pretende democrático como o Brasil exige não apenas esse reconhecimento, mas a implementação de políticas especiais capazes de garantir a interação dos diferentes grupos na sociedade, hoje um imperativo ético. Por isso, sob as diretrizes da Constituição da República, que buscou romper com o modelo assistencialista que vigorou até então em relação aos PDs, fez surgir a Lei 8.213, em 1991, que foi ao encontro dessa perspectiva em seu artigo 93. Constituiu-se em política de ação afirmativa para garantir parâmetros mínimos de integração desse grupo no mercado de trabalho formal.

Todavia, são evidentes as lacunas existentes entre o preceituado legal e a realidade brasileira, caracterizando que a Lei enfrenta problemas do ponto de vista de sua eficácia prática. Isso comprova que mecanismos legais são muitas vezes normas programáticas de eficiência limitada e que, em relação aos PNEs, suas maiores dificuldades não remetem à ausência de leis protetivas de seus direitos, perfeitamente aplicáveis a casos concretos, mas à eficácia das normas existentes, consideradas das mais avançadas em termos mundiais.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2003.

BONARDI, Christine; ROUSSIAU, Nicolas. *Les Représentations Sociales*. Paris: Dunod, 1999.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *A Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho*. Brasília, 2007.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 de mai. 2010.

_____. *Lei Ordinária n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213compilado.htm>. Acesso em: 29 mai. 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Volume II. Composição do Processo. São Paulo: Classic Book, 2000.

FARR, Robert M. Representações Sociais: a teoria e sua história. In: GUARESCHI, Pedrinho A; JOVCHELOVITCH, Sandra. *Textos em Representações Sociais*. Petrópolis: Vozes, 2000.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. São Paulo: Bookseller, 2006.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo: Atlas, 2008.

MOSCOVICI, Serge. *Representações Sociais: investigações em psicologia social*. Petrópolis: Vozes, 2007.

NOHARA, Jouliana Jordan; ACEVEDO, Cláudia Rosa; FIAMMETTI, Marcelo. A vida no trabalho: as representações sociais das pessoas com deficiências. In: CARVALHO-

FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz (Org.). *Trabalho e Pessoas com Deficiência: pesquisas, práticas e instrumentos de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *A Intuição e o Direito: um novo caminho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

OLIVEIRA, Sônia Maria Queiroz de. *Representações sociais da Lei de Cotas (Lei 8213/91) por portadores de necessidades especiais, gestores públicos e empresários, no território de Governador Valadares*. 2011. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Vale do Rio Doce, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Gestão Integrada do Território, Governador Valadares, MG, 2011. Orientador Carlos Alberto Dias.

RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa Social: métodos e técnicas*. São Paulo: Atlas, 2007.

ORGANIZADORES

Horácio Wanderlei Rodrigues (Coordenador)

Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Com estágio de Pós-Doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e realizando estágio de Pós-Doutorado em Educação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Titular de Teoria do Processo e Ética Profissional do Departamento de Direito e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFSC. Sócio-fundador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi). Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Coordenador do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Publicou dezenas de livros e de artigos em coletâneas e revistas especializadas, em especial sobre *Ensino e Pesquisa em Direito e Teoria do Processo*. Atualmente, tem como tema central de pesquisa os *Processos de produção do conhecimento na área do Direito - o conhecimento jurídico produzido através da pesquisa, do ensino e das práticas profissionais*.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1611197174483443>

Danilo Christiano Antunes Meira

Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Pesquisador do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Publicou

diversos artigos em coletâneas e revistas especializadas, em especial sobre *Teoria do Direito*.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7088526144399611>

Gabriela Natacha Bechara

Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Publicou diversos artigos em coletâneas e revistas especializadas, em especial sobre *História do Direito e Direitos Humanos*.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7257472134199915>

Luana Renostro Heinen

Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UFSC. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Professora Substituta de Filosofia do Direito no Curso de Graduação em Direito da UFSC nos anos de 2013 e 2014. Publicou diversos artigos em coletâneas e revistas especializadas, em especial sobre *Teoria do Direito e Epistemologia Jurídica*.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7671057803491130>

A coleção *Pensando o Direito no Século XXI* é formada por obras didáticas de professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, escritas especialmente para utilização nas disciplinas dos seus Cursos de Mestrado e Doutorado. Além das obras didáticas inclui também coletâneas de artigos científicos produzidos por seus professores e alunos.

