

**CLÁUDIA CRISOSTIMO DE ABREU**

**A PERMANENTE TENSÃO ENTRE REALIDADE E NORMA:  
FUNDAMENTOS DA RACIONALIDADE JURÍDICA**

**CURITIBA  
2008**

**CLÁUDIA CRISOSTIMO DE ABREU**

**A PERMANENTE TENSÃO ENTRE REALIDADE E NORMA:  
FUNDAMENTOS DA RACIONALIDADE JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, área de concentração em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Ivan Guérios Curi.

**CURITIBA  
2008**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**CLÁUDIA CRISOSTIMO DE ABREU**

**A PERMANENTE TENSÃO ENTRE REALIDADE E NORMA:  
FUNDAMENTOS DA RACIONALIDADE JURÍDICA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, co Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Orientador: Dr. Ivan Guérios Curi

---

Prof.

---

Prof.

CURITIBA

2008

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pelas bênçãos que recebi.

A minha família, pela afeição e apoio incondicional; pela compreensão e dedicação nos momentos difíceis e de ausência.

Ao Professor Ivan Guérios Curi, pela orientação precisa, por seu estímulo e ainda pela incansável paciência.

Aos professores da Pós-Graduação da UFPR, por compartilharem suas experiências e pela “provocação” para a pesquisa.

*O mago das palavras  
Rodopiou o pensamento  
Deslocou o verbo do tempo*

*Cruzou a rua amiga  
Discursou para os séculos*

*Habita o castelo invisível  
Construído no tempo incerto*

*Onde cada palavra escrita  
É mais uma palavra  
Enfeitiçando o universo*

Batista de Pilar

## RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é demonstrar a maneira pela qual o Direito se articula com a permanente tensão entre realidade e norma, ao investigar de que forma as Teorias do Direito da atualidade se constituem diante desta dicotomia, e de que modo buscam superá-la. Parte-se da premissa de que o Estado moderno, enquanto produto do liberalismo, é legitimado pelo Direito, amparado numa racionalidade lógico-formal. A segunda premissa trata da relação entre Direito e realidade social, apoiada nas perspectivas da transição paradigmática que vai da racionalidade técnica-instrumental à valorização da racionalidade prática do pensamento contemporâneo. Busca-se estabelecer as condições de emergência dos paradigmas traçados para o Direito na modalidade, a partir dos fundamentos construídos pela Ciência Dogmática. Na perspectiva positivista, a norma jurídica se constitui como objeto de uma ciência jurídica pura e na idéia do Direito como um sistema unitário e fechado, viabilizado pela construção de conceitos lógico-dedutivos, que prosperou com as grandes codificações. Em resposta às construções do normativismo, surgem diversas correntes críticas que almejam pela reconstrução do Direito, por meio de um processo de valorização da prática jurídica. O constitucionalismo moderno, fundamenta-se em princípios e valores supra-positivos, enquanto bases centrais do sistema jurídico. Nesse sentido, são apresentadas de modo sucinto, as contribuições de diferentes teoria da atualidade que se caracterizam por romper com os dogmas da racionalidade moderna. Busca-se, assim, uma reflexão acerca do Direito a partir de propostas que visam nortear uma prática jurídica que se aproxime cada vez mais da realidade das estruturas políticas e sociais.

Palavras-chave: Dogmática; Filosofia do Direito; Racionalidade Jurídica; Teoria do Direito;

## SUMMARY

The goal of this research is to demonstrate how the law is articulated with the ongoing tension between reality and standard, to investigate how the theories of the law are facing today is this dichotomy, and how they seek overcome it. It is the premise that the modern state, as a product of liberalism, is legitimized by law, supportes a logical rationale-formal. The second premise deals with the relationship between law and social reality, supported the prospects of transition that paradigmatic vai technical-instrumental rationality of the recovery of rationality practice of contemporary thought. Search to establish conditions for emergency routes for the paradigms of law in modernity, from the foundations built by Science Dogmaticy. In view positivist, the LEGAL science pure and the idea of law as a unitary system and closed, made possible by the construction of concepts logical-deductive, which prospered with the major codifications. In response to the construction of normativismo, appear several current critical target for the reconstruction of that law, through a process of legal practice. The modern constitutionalism, is based on principles and values above-positive, while central foundations of the legal system. In this sense, are presented so brief, the contributions of different theories of today that are characterized by breaking with the dogma of modern rationality. Search is thus a reflection on the law from proposals to guide a legal practice that is increasingly closer to the realities of political and social structures.

Keywords: Dogmaticy; Philosophy of Law; Legal Rationality; Theory of Law;

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>6</b>
<b>CIÊNCIA DOGMÁTICA DO DIREITO</b> .....	<b>6</b>
1.1 CONDICIONANTES DA POLÍTICA .....	15
1.2 ESTADO E DIREITO .....	21
1.3 CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO PRIVADO .....	25
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>39</b>
<b>O DIREITO COMO SISTEMA DE NORMAS</b> .....	<b>39</b>
2.1 ELEMENTOS DA SISTEMÁTICA JURÍDICA .....	46
2.2 RACIONALIDADE FORMAL DA TEORIA NORMATIVA .....	52
2.3 A QUESTÃO DAS LACUNAS .....	58
2.4 CRÍTICAS AO POSITIVISMO LEGAL .....	60
<b>CAPÍTULO III</b> .....	<b>71</b>
<b>RECONSTRUÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO</b> .....	<b>71</b>
3.1 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO .....	75
3.2 PERSPECTIVAS DA RACIONALIDADE JURÍDICA CONTEMPORÂNEA .....	80
3.2.1 Possibilidade de abertura na Sistema Jurídico: Herbert L. A. Hart .....	82
3.2.2 Interpretação Principiológica: Ronald Dworkin .....	86
3.2.3 Teoria da Argumentação e Nova Retórica: Chaim Perelman .....	89
3.2.4 O Direito como Sistema-Problema: Antonio Castenheira Neves .....	92
3.2.5 Racionalidade Discursiva: Jürgen Habermas .....	97
3.3 ELEMENTOS DE COMPREENSÃO DA REALIDADE .....	104
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>116</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>120</b>



## INTRODUÇÃO

O homem, enquanto ser no mundo, passa a vida buscando entender e entender-se, conhecer e conhecer-se. Um dos caminhos encontrados historicamente pela humanidade foi a evolução do conhecimento científico. Contudo, mesmo a racionalidade que alicerça a ciência não a isenta de valores éticos e morais. As reflexões e abstrações são argumentos da racionalidade que se desenvolvem na busca de compreender cada fenômeno em suas especificidades.

O iluminismo apresenta à humanidade a era da razão, que produziu um modo de compreender a realidade baseada no método cartesiano, sob a perspectiva de que a linguagem e o método lógico-dedutivo poderiam captar e exprimir a realidade, de forma que a aplicação da lógica sobre a realidade e sua expressão pela linguagem pudessem conduzir à representação da *verdade*.

Com o advento da racionalidade jurídica moderna, o que antes era reservado ao pensamento filosófico, transformou-se em posição dogmática, como Ciência do Direito. Principalmente com o desenvolvimento do Estado de Direito, a partir de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant é que a filosofia política contribuiu para o desenvolvimento do raciocínio jurídico pautado então no liberalismo.

Fruto do individualismo próprio do pensamento liberal, o Direito se torna então preponderantemente formal e patrimonialista. A igualdade formal e a ênfase na segurança jurídica levavam a um suposto equilíbrio, diante da livre negociação das partes nas relações privadas. No entanto, com o fortalecimento do capitalismo e uma desenfreada dominação pela classe economicamente mais forte, promoveu-se tamanha desigualdade, que afetou, por consequência, as relações sociais.

Partindo de postulados da Teoria do Direito, a presente pesquisa realiza algumas incursões em áreas ligadas à filosofia política, com o objetivo de desvelar o Direito concebido como fenômeno social, pois apesar das sistematizações conceituais abstratas em que foi concebido pelo liberalismo, cabe ao Direito proteger valores que atendam aos anseios de uma sociedade plural.

Atualmente, num sentido inverso, a sociedade contemporânea busca a revalorização do indivíduo, num processo que ultrapassa os aspectos puramente patrimoniais. O ordenamento jurídico estabelece condições para que se busque maior equidade no tratamento das partes e efetiva igualdade nas relações jurídicas.

O objetivo principal desta pesquisa é demonstrar a maneira pela qual o Direito articula o Direito com a permanente tensão entre realidade e norma, ao investigar de que forma as Teorias do Direito da atualidade se constituem, diante desta dicotomia, e de que modo buscam superá-la.

O estudo se limita a uma análise e investigação marcada pela historicidade sem ser ao mesmo tempo historicamente localizada, cujas reflexões têm o intuito de mostrar os vários aspectos do Direito, quer visto como ciência, como instituição política ou como problema, o que dá margem a um encadeamento de posições que identificam na teoria jurídica da atualidade um maior comprometimento do Direito com a realidade social.

Parte-se de duas premissas. A primeira pode ser entendida na relação entre Direito e Estado, tem-se o Estado moderno como formação política fundada a partir do pensamento liberal burguês, que assume o poder perante a sociedade, legitimado pelo Direito enquanto racionalidade lógica-formal.

A segunda premissa trata da relação entre Direito e realidade social. Apóia-se nas perspectivas da transição paradigmática do século XX, que vai da racionalidade técnica-instrumental à racionalidade prática, em que se procura superar grandes dicotomias como direito público/privado, direito objetivo/subjetivo, direito positivo/natural, por meio de um processo de valorização da prática jurídica.

A fim de evitar digressões, o trabalho situa-se a partir do período entendido por "modernidade", para que seja possível, diante da maleabilidade e indeterminações de uma época que desencadeou grandes discussões filosóficas, estabelecer as condições da possibilidade de vislumbrar novos paradigmas, teorizados por aqueles que almejam soluções jurídicas concretas para uma sociedade do século XXI.

Assim, no Capítulo I, pretende-se revisitar a Ciência Jurídica a partir da Dogmática, em busca dos fundamentos da racionalidade que delinearam as bases do

pensamento jurídico na modernidade, pautada numa visão dualista e polarizada, que privilegiava as contradições. Concentra-se inicialmente na visão Analítica, que caracteriza o Direito como um conjunto coerente e completo de normas estabelecidas a partir de critérios formais legitimadores de sua validade, concatenadas de modo sistemático.

O estudo da norma jurídica na Teoria do Direito visa desenvolver a temática que evidencia a dicotomia existente entre a realidade social e a norma jurídica a partir dos principais conceitos jurídicos e das relações que se estabeleceram na sociedade, sob diferentes perspectivas de análise.

Sob a ótica da Dogmática, os estudos sobre a normatividade definiram questões que surgiram ante a premissa da validade e da eficácia. Dentre as perspectivas positivistas, a estrutura dos discursos caminhou das vertentes mais fechadas do Direito até enfoques que tratam as normas para além do que é propriamente juridicizado. Baseadas na idéia da norma jurídica como objeto por excelência de uma ciência jurídica pura, esses enfoques conduziram ao Direito como norma, o que também influencia na tomada de decisões e na construção dos discursos jurídicos.

O Capítulo II abordará a racionalidade sistêmica, através da concepção do Direito como um sistema unitário e fechado, viabilizado pela construção de conceitos e baseado num conjunto de normas coerentes, pautadas numa dogmática jurídica de natureza lógico-dedutiva.

Nesse projeto, o discurso positivista que tem seu apogeu no século XIX, baseado nas idéias refletidas na superioridade da lei e na célebre tripartição dos Poderes, de Montesquieu, defendia que o poder legislativo expressava a vontade do povo ao criar normas de Direito, amparado no pacto social, numa convenção social. Ao judiciário cabia a segurança necessária para manutenção da ordem na aplicação das leis. No entanto na busca da efetiva igualdade entre as partes, a igualdade jurídico-formal característica da concepção liberal mostrou-se insuficiente para garantir o equilíbrio nas relações privadas.

A idéia de sistema esteve estritamente ligada ao longo dos últimos séculos à

idéia de Direito, a exemplo da visão sistêmica da ciência moderna, configurando-se como um fundamento lógico-formal que terminou por imperar na compreensão instrumentalizada do ordenamento jurídico, e prosperou com a positividade das grandes codificações.

Em resposta às construções do positivismo normativista, surgem diversas correntes que assumirão o estudo das normas jurídicas a partir de premissas que levaram em consideração a cientificidade e a técnica jurídica, que influenciaram diretamente na forma como os operadores do Direito deveriam interpretar e aplicar essas normas.

No Capítulo III, a última parte da pesquisa aponta movimentos de revalorização da razão prática no mundo jurídico. Desse modo, o pensamento sistemático vai além das limitações do cientificismo e, a partir de perspectivas filosóficas, busca o reconhecimento de valores da sociedade que possibilitem uma reconstrução do Direito. Principalmente no início do século XX, após duas grandes guerras mundiais, revoluções e regimes totalitários, busca-se transcender os limites formalistas do positivismo jurídico e passa-se a considerar aspectos da realidade na pluralidade da sociedade contemporânea, como meio de revisar aspectos axiológicos de uma Epistemologia Jurídica.

Os estudos sobre o constitucionalismo moderno e o reconhecimento dos direitos fundamentais são reflexos dessa virada teórica no pensamento jurídico. O Direito deve ser refletido a partir de sua função na sociedade, fundamentado em princípios e regras que conduzam a discussões sobre valores supra-positivos enquanto base da unidade do sistema jurídico.

A figura do Estado tem papel preponderante nessa nova configuração, no qual a Constituição, como centro do sistema, passa a garantir a unidade do ordenamento jurídico que deve ser tutelado pela atuação direta do Estado como interventor na ordem social.

Com a constitucionalização, o sistema jurídico assume caráter “aberto”, constituído por valores e princípios além de normas. O pensamento sistemático dá lugar à problematização e ao pensamento pragmático. Nesse sentido, destacam-se

vertentes teóricas no Direito que se caracterizam por romper com os dogmas clássicos da racionalidade moderna.

Nesse sentido, são apresentadas de modo sucinto, as contribuições de diferentes vertentes que embasam a Teoria do Direito na atualidade. Uma reflexão sobre o Direito a partir dessas teorias leva, necessariamente, a uma análise mais acurada de importantes temas no desenvolvimento do estudo do Direito na atual complexidade social. Busca-se, assim, uma compreensão acerca do Direito a partir de propostas que visam nortear uma prática jurídica que se aproxime cada vez mais da realidade das estruturas políticas e sociais.

## CAPÍTULO I

### CIÊNCIA DOGMÁTICA DO DIREITO

Desde o século XVIII, a Ciência Jurídica foi se configurando como saber dogmático, formalista, presa ao que as normas prescreviam, o que teve início com a desvinculação do poder centrado na Igreja, ligado às manifestações do dever na forma de regras, quando o Direito passa a ser visto como ordem, como regulação da conduta social.

As teorias da Ciência do Direito passaram por transformações históricas, que vão das vertentes normativistas até o Direito contemporâneo, seguindo caminhos que denunciam a permanente tensão entre a realidade social e a norma jurídica.

Inicialmente tomada como *técnica jurisprudencial*, a Dogmática era caracterizada como um modo de pensar os problemas sob a forma de conflitos a serem resolvidos por decisão de autoridade, por meio de fórmulas generalizadas que constituíram as doutrinas do Direito.

Na Idade Média, com o objetivo de dar “respostas” e solucionar os conflitos, a Dogmática Jurídica cumpre função prática – informativa e diretiva – porque se baseia no princípio da aceitação sem discussão dos pontos de partida, por uma simples razão técnica: permite a decisão com base em normas inquestionáveis do Direito.

Impôs às disciplinas jurídicas uma forma de pensar eminentemente exegética até o século XVII, com o advento do Racionalismo, que substituiu a exegese pelos princípios da razão, os quais passam a ser aplicados de modo sistemático.<sup>1</sup>

A ciência dogmática é caracterizada em diferentes modelos, de acordo com o modo que cada modelo concebe o ser humano como centro articulador do pensamento jurídico: dogmática analítica, dogmática hermenêutica e dogmática da decisão<sup>2</sup>. Relacionadas, na mesma ordem, como teoria da *norma*, teoria da *interpretação* e teoria da *decisão jurídica*. Assim identificadas por Ferraz Júnior:

---

<sup>1</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. 1978. p. 2-3.

<sup>2</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Teoria da Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 47-48; também em: **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 16.

(...) A **dogmática analítica** encarna a ciência do Direito vista na perspectiva da norma e de sua inserção no ordenamento jurídico, tendo na *validade* a sua grande categoria. (...) examina o Direito como um sistema dinâmico, em permanente mudança nas sociedades contemporâneas, tratando dos problemas da inserção das normas dentro do ordenamento.

(...)

A interpretação jurídica pode ser *especificadora, restritiva e extensiva*. A elas se chega através de métodos hermenêuticos da interpretação (...). Estes consagrados métodos da **dogmática hermenêutica** constituem um repertório de regras técnicas para encaminhar os problemas de ordem sintática, semântica e pragmática da interpretação das normas. (...)

A **decisão** está ligada aos processos deliberativos que levam à aplicação do Direito. A aplicação exige o poder para decidir um conflito (...). Este poder, na acepção de dominação, no estudo do Direito, vê-se “domesticado” pela justificação da decisão, por meio da argumentação jurídica.<sup>3</sup>

Sob a perspectiva da dinâmica das relações sociais, essas teorias se articulam e se desenvolvem como ciência prática, tendo sempre em foco o problema central da ciência do Direito: a decidibilidade de conflitos.<sup>4</sup>

Mas, como ciência prática, trabalha também com “incertezas” próprias dos conflitos da vida social. Enquanto o Direito como norma posta por autoridade constituída, inserida no ordenamento jurídico, consistirá num sistema fechado que vincula o Direito a decidir a situação conflitiva por meio de procedimentos formais.

São também estas as três dimensões do Direito enquanto sistema: a *dimensão normativa*; a *dimensão avaliativa* e a *dimensão decisional*.

Nesse sentido, o enfoque normativo dado à aplicabilidade do Direito à realidade social, sujeita-se ao princípio da inegabilidade dos pontos de partida, no qual se fundamentam as premissas do pensamento dogmático.

Para alcançar esse caráter lógico-formal, a dogmática parte da herança jurisprudencial romana, se estrutura na exegética ao dar-lhe a qualidade de sistema e se consolida na escola histórica, que culminou numa verdadeira “ditadura metodológica” em que consistia o positivismo jurídico no final do século XIX.

A racionalidade dialética, própria da “prudência” aristotélica como

---

<sup>3</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Op cit.* 2003. p. 17-19.

<sup>4</sup> Para Ferraz Junior, o problema central da ciência do direito contemporâneo é a decidibilidade dos conflitos sociais. Em outras palavras, é o Direito como tecnologia (técnica), vinculado ao poder e à ciência jurídica. (JUNIOR, Tércio Sampaio. *idem.* 2003. p. 90).

conhecimento moral, tornaria as teorizações jurisprudenciais da jurisprudência romana num “saber prudencial”, ainda não dotado de cientificidade, o que só viria a acontecer a partir da Escola da Exegese.

Ferraz Junior aponta como berço da Ciência do Direito com seu caráter dogmático, no século XI, a cidade de Bolonha. Seu desenvolvimento deve-se à resenha crítica dos Digestos Justinianos, a *Littera Boloniensis*<sup>5</sup>, transformada em textos universitários interpretados pelos “glosadores”<sup>6</sup>.

Tais textos tornaram-se fundamentação teórica na Escola da Exegese e serviam de orientação às decisões, tornando-as cada vez mais técnicas em termos de instrumento político:

O jurista dessa época, diz ele [Wiecker], ainda que aparentemente tivesse a imagem do homem desligado da vida, voltado para texto e interpretações de textos, é um fator importante na vitória progressiva da idéia do Estado racional que irá dominar a política nos séculos seguintes. Essa sua participação repousa, sobretudo e caracteristicamente, em sua técnica formal, ou seja, nas técnicas de análise de textos ligados ao estilo argumentativo da retórica prudencial.<sup>7</sup>

Aceitos por sua autoridade, os glosadores passaram a dar aos textos jurídicos um tratamento metódico ao desenvolverem técnicas explicativas como modo de sanar contradições e dúvidas nos textos.<sup>8</sup> As técnicas dogmáticas se conservam, a exemplo do domínio da religião. O poder até então centrado na divindade, passa para a pessoa do soberano, mas ainda encontra sua fonte e seus limites em dogmas. A Ciência Jurídica se assume como Ciência Dogmática do Direito ou Dogmática Jurídica.<sup>9</sup>

Para Luiz Fernando Coelho, a Escola da Exegese, “pretendendo extrair soluções jurídicas mediante processos lógico-dedutivos, a partir de textos legais reputados da máxima perfeição, e sem que se admitisse a interferência de

<sup>5</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Idem. 2003. p. 62.

<sup>6</sup> “Os glosadores emitiam comentários interpretativos a respeito do *Corpus Juris Civillius*, em notas marginais ou interlineares denominadas *glosas*. Os últimos glosadores resumiam os resultados em sumas (*summas*) e comentavam também os títulos do *Corpus Juris Civillius*, aos quais denominavam *aparatos* (*apparatus*).” COELHO, Fernando. **Teoria da Ciência do Direito**. 1974. p. 33

<sup>7</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op cit.* 2003. p. 64.

<sup>8</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op cit.* 1980. p. 22.

<sup>9</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Idem. 1980. p. 22.



considerações empíricas”<sup>10</sup>, não se tratava de um postulado típico do Direito, mas uma característica da ciência e da filosofia dos séculos XVIII e XIX, que se configurou em consequência da mentalidade atomística peculiar ao pensamento europeu.

O autor distingue a concepção atomística do universo, da concepção estruturalista:

A cosmovisão que nos vem desde a filosofia grega, pretende reduzir os objetos às suas partes componentes, os átomos; **a norma jurídica seria assim o átomo do direito, a sua menor e irreduzível partícula**. A cosmovisão estruturalista, ao contrário, pretende abarcar as coisas em seu conjunto, tendo em vista que a consideração das individualidades isoladas do contexto onde estão inseridas escamoteia o real e faz perder de vista as propriedades que só se manifestam no conjunto. (grifos nossos)<sup>11</sup>.

As teorias científicas em geral desenvolveram-se no sentido de identificar e evidenciar a menor partícula possível dos fenômenos, individualizada e abstraída do todo. O mesmo ocorreu nas ciências sociais, ao se analisar o indivíduo na sociedade, ou as normas, no Direito. Na tentativa de explicar a realidade do direito pela norma, dá-se a entender que é o Direito que cria a ordem existente na sociedade<sup>12</sup>.

O desempenho dos juristas auxiliava também a construção do Estado moderno, ao passo que fundamentava juridicamente a noção de soberania. Tendo em vista que não limitava a atividade dos juristas aos tribunais, a interpretação de forma quase absoluta dos glosadores, fornecia ao Estado condições técnicas diplomáticas e administrativas para que, na prática, o Estado Moderno pudesse exercer o domínio concentrado, racionalizado e de modo objetivo mediante o câmbio pessoal de cargos e da instauração de aparelhos administrativos.

Desse modo, com os modernos, toda racionalidade da ciência atinge também a teoria jurídica, que tende a preocupar-se com uma organização da ordem social, conduzindo à racionalização e ao formalismo do Direito, para atender a essa finalidade.

Essa formalização vai ligar o pensamento jurídico ao pensamento sistemático,

---

<sup>10</sup> COELHO, Luiz Fernando. *op cit.* 1974. p. 24.

<sup>11</sup> COELHO, Luiz Fernando. *idem.* 1974. p. 110.

<sup>12</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Introdução à Crítica do Direito**. Curitiba: HDV, 1983. p.131-132.

a exemplo da expectativa do homem moderno de dominar tecnicamente a natureza. A preponderância da racionalidade científica impõe também um tratamento sistemático à matéria jurídica, que passa a ser estruturada como sistema fechado, de caráter lógico-dedutivo.<sup>13</sup>

No entanto, as ciências naturais estudam a realidade sob uma postura metodológica *descritiva*. Ordenam, por observação dos fenômenos, os princípios que são constatados empiricamente, porque atuam no nível dos sistemas “reais”. Já o Direito, por se dedicar à explicação de fenômenos sociais, envolve, além de sistemas reais, estudos e elaboração de sistemas “ideais”, ao prescrever um dever-ser.<sup>14</sup>

O período dominado pelo jusnaturalismo trouxe importantes contribuições ao sistema jurídico, que ainda conserva algumas características, pois resultou nas grandes codificações do século XIX e contribuiu para o aproximação e nivelamento dos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina:

(...) Esta tese, do agrupamento dos direitos positivos em famílias, é uma decorrência do fato de que, no domínio do direito, como no das ciências, por trás da grande variedade de direitos particulares, podem ser reconhecidas categorias gerais, de número limitado, em torno das quais é possível agrupar-se os diferentes ordenamentos jurídicos. (...) Em todos os ordenamentos jurídicos, independentemente das regras vigentes, existe todo um jogo de conceitos, de métodos de pesquisa, um modo peculiar de encarar o mundo, a sociedade e a justiça. Trata-se de elementos extranormativos que dão ao direito suas características típicas e asseguram sua unidade através de todas as variações que possam sofrer as normas.<sup>15</sup>

A redução das proposições jurídicas a relações lógicas, pautadas na exatidão matemática, é pressuposto da formulação de leis naturais, universalmente válidas, que se agrega ao postulado antropológico que vê no homem um ser natural, concebível segundo leis naturais.<sup>16</sup>

Ao dar-se a qualidade de sistema ao Direito, se constroem premissas cuja

---

<sup>13</sup> Sobre sistemas, Ferraz Junior aponta como precursores: Christian Wolff, do séc. XVII; Johann Heinrich Lambert (1787), que traz a idéia de sistema como *mecanismo*, *organismo* e *ordenação*; e Samuel Pufendorf, que, em 1672, desenvolve um sistema completo do direito natural. (FERRAZ JR. *Op cit.* 1980. p. 24-26)

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 75.

<sup>15</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Op cit.* 1974. p. 47.

<sup>16</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Idem.* 1980. p. 24-27.

validade repousa na sua generalidade racional. Premissas que se mantêm ainda em dogmas, mas que se afastam da vertente prudencial dos romanos e do procedimento fundado na autoridade dos glosadores/juristas e passa a assumir caráter funcional, técnico.

As ordens jurídicas se fundamentam em leis de caráter formal e genérico, legitimamente sancionadas, dando um sentido instrumental ao Direito. Através da regulamentação do comportamento por normas gerais, se afirma a possibilidade da convivência social.

Ainda durante o século XIX, serão desenvolvidas as bases da Ciência do Direito ou a Dogmática Jurídica. A racionalidade desenvolvida por Kant propiciaria a evolução epistemológica do Direito. Luiz Fernando Coelho leciona que o pensamento jurídico de Kant tem raízes na divisão estabelecida por Thomasius<sup>17</sup>, na qual o Direito, como disciplina do foro *externo*, diz respeito à vida social, enquanto a moral, disciplina do foro *interno*, refere-se à consciência. A partir dessa distinção e aplicando o apriorismo desenvolvido na *Crítica da Razão Pura*, Kant conclui pela existência de duas ordens normativas a regerem a vida ética: a norma moral, que disciplina a conduta frente à consciência, sujeita a sanções de foro íntimo; enquanto a norma jurídica, por outro lado, disciplina a conduta frente à sociedade, dotada de sanções e penalidades efetivas diante de uma infração.

A razão pura pode se tornar prática, ao determinar a vontade que constitui a ética, demonstrada pela moral que parte do próprio sujeito e cria princípios a serem seguidos por todos, como lei universal:

Mas qual pode ser essa lei, cuja representação, mesmo sem tomar em consideração o efeito que se espera dela, tem de determinar a vontade para que esta se possa chamar boa, absolutamente e sem a menor restrição? Como tenho subtraído a vontade de todos os estímulos que pudessem afastá-lo do cumprimento de uma lei, nada mais resta a não ser a legalidade universal das ações em geral, essa que deve ser o único princípio da vontade, isto é: **devo agir sempre de modo que possas querer também que minha máxima se converta em lei universal**. Assim é a simples conformidade à lei em geral (sem tomar como base qualquer lei destinada a certas ações) o que serve de princípio à vontade, e também o que tem de lhe servir como princípio, para que o dever não seja em qualquer parte ilusão vã e conceito quimérico; com isso, equilibra-se perfeitamente a comum razão humana em seus juízos

---

<sup>17</sup> COELHO, Luiz Fernando. *op cit.* 1974. p. 55.

práticos, e o citado exemplo jamais deixa o seu campo de visão (grifos nossos).<sup>18</sup>

Idéias que incorporam o caráter sancionador do Direito, institucionalizado em razão da necessária organização da sociedade e do Estado, do dever de uns para com os outros e da submissão à lei em nome do bem geral (ou de todos).

Para Rodolfo Luiz Vigo, o caráter coativo do Direito é que possibilita a coexistência das liberdades externas. Ao Direito se admite uma faculdade de constranger a quem o tenha violado. A coação é nota insuperável do Direito, por ela se remove qualquer resistência ou obstáculo oposto à liberdade nas relações intersubjetivas. Para o autor, Kant admite o “contrato originário” como hipótese meramente racional, numa explicitação tipicamente rousseauiana, ou seja, pelo contrato os indivíduos entregam sua liberdade externa ao Estado e a recuperam como membros da sociedade, razão pela qual se submetem à lei criada pela vontade dos legisladores.<sup>19</sup>

O formalismo kantiano deixa a intenção com que cada um se dirige ao objeto que deseja e se ocupa com a “forma” que se refere ao arbítrio na relação entre duas pessoas e se a ação de uma pode harmonizar-se com a liberdade do outro segundo uma lei universal. A diferença está em agir na legalidade - “conforme o dever”-, ou baseado na moral, “por dever”. A liberdade é um pressuposto da razão: ser livre é agir determinando por si mesmo a lei de sua própria ação. Referência à máxima kantiana, definida como princípio subjetivo, segundo o qual o sujeito age, enquanto a lei é princípio objetivo, segundo o qual o sujeito deve agir.<sup>20</sup>

A teoria do Direito é centrada então na tarefa de reconstrução racional do Direito, que se propõe a desencadear um processo de conexão entre Estado e sociedade civil. “As categorias máximas do Direito Natural Racional, o *pactum* e a *majestas*

---

<sup>18</sup> Inclusive: “(...) dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 28-29.

<sup>19</sup> “(...) el fin que orienta el poder político es coordinar las libertades según una ley universal, la misión del Estado kantiano es asegurar mediante el derecho la posibilidad de coexistencia de las libertades individuales”. VIGO, Rodolfo Luis. **Vision Crítica de Historia de la Filosofía del Derecho**. Argentina: Rubinzal Y Culzoni, 1983. p. 126.

<sup>20</sup> KANT, Immanuel. *Op cit.* 2005. p. 80 e nota p. 51; VIGO, Rodolfo Luis. *Op cit.* 1983. p. 122.

unem-se desse modo para fundar a obrigatoriedade da obediência”<sup>21</sup>, criando um sistema racionalmente instituído, que une e organiza Estado e sociedade, que autoriza a coercividade dada ao Estado moderno, para fazer cumprir o pacto social, sem confundir-se com nenhuma das duas figuras.

Desde o Renascimento, leciona Ferraz Junior, ocorre uma “dessacralização” do Direito, que aparece como aparelho regulador, supranacional, capaz de operar em todas as circunstâncias, dirimindo quaisquer divergências nacionais ou religiosas. Demonstra-se assim a funcionalidade técnica, na tentativa de fundar e garantir, juridicamente, a paz entre os povos.

Atribui-se cientificidade ao Direito, à medida que se constrói uma relação entre a teoria e a práxis, nos moldes da mecânica clássica e do pensamento kantiano.

Diante do rompimento das amarras teleológicas trazidas pelas revoluções científicas, com a gênese do período moderno, a humanidade passa a construir sua própria história, alterar o curso dos fatos e intervir na realidade. Torna-se o homem o centro e a tônica para a qual se voltam as expectativas, enquanto se vislumbra a busca por liberdade. Tal mudança de perspectiva provoca alterações no eixo de gravidade do conhecimento humano caracterizada até então pelo abandono de um saber contemplativo, rumo à certeza das coisas.

Contrário ao pensamento medieval, que acreditava numa ordenação transcendental, a ciência renascentista estava em busca da ordem e de leis materiais expressas em caracteres matemáticos, tal como propugnava Galileu. A regularidade mecânica tinha por finalidade última prever, controlar e transformar a natureza. As então conhecidas leis da natureza dotadas de simplicidade e regularidade, observadas e quantificadas com precisão, tornam-se completamente arbitrárias, formuladas sob rigores epistemológicos e metodológicos, com vistas a prever o comportamento futuro dos fenômenos naturais, segundo a concepção mecanicista de causa e efeito.

Atribui-se à ciência, com a evolução das invenções e dos avanços tecnológicos alcançados nas descobertas científicas, a consolidação da racionalidade cognitivo-

---

<sup>21</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Op cit.* 1980. p. 70. Na concepção agostiniana de Direito Natural, no século V, havia a *autoritas*, poder do Pontífice, autoridade absoluta religiosa e eclesiástica; e a *potestas*, poder temporal do Rei sobre seus súditos. (CHATELET, François *et al.* **História das Idéias Políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 31-32).

instrumental que viria dar sustentação ao Estado moderno, em virtude de se traduzirem como soluções satisfatórias às expectativas das garantias que o Estado soberano e racionalmente formulado assegurava à sociedade civil organizada a partir de Hobbes. Nesse mesmo turno, a ciência moderna passa a ser a única explicação possível da realidade e a promessa de promover paz e segurança traz a confiança de que o Estado irá construir uma sociedade justa. O governo, que age por consentimento, e a sociedade civil, delegam prerrogativas ao Direito como produto da vontade geral, acima de qualquer instância e sem que haja necessidade de maiores explicações nem garantias.

No entanto, Ferraz Júnior identifica uma crise de racionalidade, no início do século XIX, com o aparecimento de formulações românticas sobre o direito, visto então como fenômeno histórico, sujeito às contingências da cultura de cada povo. A partir dessas transformações, emergem duas novas condicionantes, uma de natureza política: a noção de soberania nacional e a separação dos poderes; e outra de natureza técnica-jurídica: o Direito como sistema de normas postas.<sup>22</sup>

Nesse período pós-Estado absolutista e ante o nascimento do Estado moderno, uma multiplicidade de regras interpretativas são necessárias na organização política e técnico-jurídica do Estado moderno, que se fundamenta na separação de poderes e na supremacia da lei como fonte do Direito, ao passo que os elementos extranormativos, oriundos da vida social, estão sujeitos à ordem jurídica, que tem por finalidade organizar a sociedade moderna assim constituída historicamente, frente ao Estado.

Distinguem-se, dessa forma, o político e o jurídico, numa progressiva separação entre Direito Público e Direito Privado, entre esfera pública e esfera privada, direito e política, dicotomias que se acentuam e se alteram ao longo da História do Direito.

---

<sup>22</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op cit.* 2003. p. 72-73.

## 1.1 CONDICIONANTES DA POLÍTICA

Montesquieu é apontado por Ferraz Júnior e Luiz Fernando Coelho como precursor da concepção histórica do Direito, por estabelecer a relação entre as leis do sistema jurídico e as condições físicas e naturais, bem como os costumes de um país. Também a clássica teoria da divisão dos poderes dará origem a um judiciário com caracteres próprios e autônomos, uma certa neutralidade a este Poder, diante das outras atribuições do Estado moderno. Estas concepções se ampliam no período iluminista do século XVIII e, posteriormente, diante da emergência das Ciências Sociais do século XIX.

Maquiavel já dera ao Estado uma significação de poder central soberano legiferante, em que a política, de propriedade natural do homem é substituída pela política como atividade constitutiva da coletividade, afastada das considerações morais e religiosas. Institui assim a potência e a autonomia do político, colocando em evidência os *meios* estratégicos autorizados à atividade política através da violência, da astúcia, para se conquistar ou manter o poder.<sup>23</sup>

Mas é do Estado totalitário, absoluto e despótico idealizado por Hobbes que surge a noção de soberania.<sup>24</sup>

A concepção política de Hobbes é pautada em fatos verificáveis empiricamente, assim como Maquiavel ao descrever cientificamente a atividade política de sua época. O *Leviatã* pretende construir uma lógica da existência coletiva de seus súditos:

Essa concepção contém ao mesmo tempo uma resposta e um projeto: uma resposta – estritamente política – aos problemas que foram e continuam a ser postos pelas guerras nascidas dos conflitos religiosos nos reinos da Europa Ocidental; um projeto – que leva em conta transformações que afetaram as condições da produção agrícola e manufatureira, o comércio e o mercado de trabalho –, o de uma sociedade que, tendo resolvido mediante uma lógica estrita a questão de sua *forma* política, deixaria aos indivíduos o cuidado de

---

<sup>23</sup> CHATELET, François *et al.* *Op cit.* 2000. p. 38-40.

<sup>24</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 107/133 e 141/151.

regular suas vidas privadas e de usar livremente as próprias capacidades.<sup>25</sup>

Para preservar a paz e a segurança de todos, o soberano poderia utilizar-se de qualquer meio que dispunha ou quisesse, conforme sua vontade. Para tanto, todas as manifestações de pensamento ou doutrina para avaliação do que seja ou não condizente com a preservação da paz, passa pelo conhecimento e julgamento do poder instituído, para ver se lhe são propícias ou capazes de despertar a guerra, evitando assim a discórdia ou uma possível guerra civil.

Cabia ainda ao Estado assim instituído as atribuições de legislar e julgar; ditar as regras das leis civis, principalmente as regras da propriedade, uma das maiores questões de discórdia e guerra existente entre os homens em seu estado de natureza, os quais devem respeitar o que for estabelecido como lei e ao mesmo tempo o poder de julgar todas as controvérsias que surgirem entre seus súditos tanto quanto as leis civis quanto às leis naturais (ou morais).

A necessidade de instituir uma autoridade social e política estaria fundada no medo do homem em continuar a viver numa situação de insegurança, no estado de guerra constante de todos contra todos.

Dessa forma, são outorgados a uma única pessoa, todo poder e autoridade, para governar do modo que achar conveniente, utilizando-se dos meios que lhe aprouverem, em nome daqueles que o instituiu, aos quais não caberia discordar ou questionar qualquer decisão. Competia ainda à soberania a escolha de todos os conselheiros, ministros, magistrados e funcionários, bem como o direito de punir do modo que considerar necessário, mesmo com a aplicação de pena corporal ou pecuniária.<sup>26</sup>

Assim como Hobbes, John Locke toma como ponto de partida a condição natural dos homens, ou o seu “estado de natureza” e as condições de “igualdade”. Na condição de igualdade, por serem seres de uma mesma espécie, criados nas mesmas condições desde o nascimento, os homens podem ser considerados iguais e desfrutam

---

<sup>25</sup> CHATELET, François *et al.* *Op cit.* 2000. p. 54.

<sup>26</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 149.



de todas as vantagens comuns da natureza e do uso das mesmas faculdades, não existindo, portanto, condição de subordinação ou sujeição de uns perante os outros.<sup>27</sup>

No estado de natureza, em sua condição de igualdade, os homens são voltados para o bem e para a obrigação de se amarem uns aos outros, de modo que cada indivíduo possa conservar sua liberdade pessoal e, por ser dotado de razão, aprende que “ninguém tem o direito de lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens”. Entende que o homem desfruta de liberdade total para dispor de si mesmo ou de seus bens, mas não de destruir sua própria pessoa ou a outras pessoas (nesse caso, somente por questão da própria sobrevivência). O “ser bondoso” tem origem divina: “todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço”.<sup>28</sup>

Portanto, dotados de razão desde seu estado natural, além de iguais, os homens são também livres para regularem melhor suas vidas, para respeitarem as trocas e negociações que assumirem.

O Direito Natural ordena então, a paz e a preservação da vida, o que autoriza cada um à autotutela ou dá o direito de punir aquele que causar um mal ou violar as leis naturais, visando preservar a vida, a igualdade e a liberdade a que todos têm direito, inclusive com a morte ou com a mesma severidade. Somente nesse sentido é que se poderia exercer um certo poder em relação aos outros, mas apenas contra aqueles que transgredissem as leis da natureza, agindo em nome próprio ou de toda a humanidade. Comete um crime quem viola a lei ou se exime da obediência à razão, ao passo que rompe com os princípios da natureza humana, que é voltada para o bem. Somente à pessoa que sofre o dano é dado o direito de punir e ainda de buscar a reparação do dano. No entanto, não é razoável aos homens agirem em causa própria, pois podem ser levados a vinganças e impulsos, conduzindo-os à desordem social.

Os indivíduos passam então do estado natural para o estado social ou político, o que só pode acontecer pelo consentimento de todos os homens. Sendo todos livres e

---

<sup>27</sup> LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos**: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Págs. 81/112.

<sup>28</sup> LOCKE, John. *idem*. 1999. p. 84.

iguais, a ninguém cabe ser submetido ao poder político de outrem sem o seu próprio consentimento, ao passo que podem unir-se em sociedade com os demais e, tendo em vista a conservação, a segurança mútua, a tranqüilidade da vida e o direito a ter propriedade, não mais estariam sujeitos ao estado de guerra, pois estariam submetidos à justa determinação da lei.

É com a finalidade de conter a parcialidade e a violência que pode surgir entre os homens em seu estado natural, que nasce a necessidade de um poder que estabeleça leis aprovadas por todos e com capacidade de fazer-se cumprir essas leis: “Eu asseguro tranqüilamente que o governo civil é a solução adequada para as inconveniências do estado de natureza”.<sup>29</sup>

As perspectivas de soluções para os problemas sociais estariam pautados num vasto projeto de racionalização da vida social à medida que as condições de soberania eram frontalmente atacadas por John Locke e o pensamento liberal, que passa a autorizar o governo a agir conforme a regra da maioria. O Estado fica então vinculado ao Direito, pois a propriedade privada precisava ser protegida como garantia da opressão política e contextualizada racionalmente, ao mesmo tempo em que se atribuía ao próprio Estado a prerrogativa de criação e aplicação das leis.

A partir dessas considerações, torna-se assim o Direito fruto da emanção da opinião e da vontade dos cidadãos livres e iguais. A institucionalização das aspirações e das opiniões das pessoas, na modernidade, se dará através do Direito.

Em Locke, não há divisões do poder do modo como foi posteriormente concebido por Montesquieu. Os indivíduos consentem em abrir mão de uma parte de seus direitos individuais, concedendo ao Estado as faculdades de legislar, julgar, governar, a segurança dos cidadãos e a proteção de seus direitos.

Com Montesquieu, na clássica divisão dos poderes<sup>30</sup>, a tendência é neutralizar juridicamente a ação do Poder Judiciário frente às outras funções do Estado, o que contribui para o fortalecimento do caráter científico atribuído ao pensamento jurídico.

Para Chatelet, Montesquieu se esforça em revelar o “espírito das leis” como produto da razão induzida da observação da realidade social. As três espécies de

---

<sup>29</sup> LOCKE, John. Idem. 1999. p. 88.

<sup>30</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2004.

Poderes - às quais denomina inicialmente de *potências* - se distribuem na harmonia, na moderação e na colaboração dinâmica dos poderes; e não na separação total entre eles. Ressalte-se, porém, que a potência de julgar é praticamente “invisível e nula”, tendo em vista que as outras duas potências são partilhadas entre o povo, a nobreza e o monarca (ou governante). É Sieyès quem irá teorizar a separação de poderes nestes termos, ao demonstrar que: “o abuso de poder não tem significação jurídica, mas política”, ou seja, não se trata de conter o poder num estrito limite legal, mas coibir medidas políticas que atendam à multiplicidade de interesses existentes na sociedade.<sup>31</sup>

Assevera Ferraz Júnior, que a divisão de poderes representa o fortalecimento do poder político com a neutralização do Judiciário, pois a “produção” do direito é direcionada para o poder Legislativo.

Com o primado da Lei, surge a possibilidade de o direito mudar toda vez que mudar a legislação, ou seja, as decisões políticas são transformadas em lei pelo Legislativo e executadas pelo governo, cabendo ao Judiciário a técnica de aplicabilidade do direito na solução de conflitos juridicamente definidos. Daí a tese de que “(...) o direito é um conjunto de normas que valem por força de serem postas pela autoridade constituída e só por força de outra posição podem ser revogadas”<sup>32</sup>.

Para Canotilho<sup>33</sup>, na verdade, tratava-se mais de uma *combinação* de poderes em que o juiz era apenas um *porta-voz* da lei.

Locke distinguiu a política da moral, numa visão privatista e instrumental. Nesse movimento, à medida que o Direito se dedicava às práticas sociais que pretendia regular ou constituir, procurava distanciar-se do Estado. Cabia ao Direito fortalecer a autonomia privada, mas não significava a autonomia do Direito enquanto instrumento estatal. Mais que isso, possibilitaria a necessidade de normatização das regras de Direito Privado, num momento em que as liberdades políticas, diante dos mais diversos meios de domínio social, passavam a ser alvo de controle pelo poder político.

O jurídico foi sendo reduzido ao legalismo para atender não apenas às

---

<sup>31</sup> CHATELET, François *et al.* *Op cit.* 2000. p. 61-67.

<sup>32</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op cit.* 2003. p. 74;85.

<sup>33</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 115.

aspirações políticas, mas também, e principalmente, para estabelecer as bases econômicas da sociedade burguesa. A ordem econômica que se impõe a partir do final do século XVII, se funda como ciência econômica a partir das análises de Adam Smith, que ditam as bases do sistema capitalista, segundo o liberalismo proposto por Locke.

Para Adam Smith, a riqueza de uma nação é medida pela produção de bens, pelas condições de troca e por sua capacidade de exportação. Mediante análise das relações de troca, procura definir o valor de uma mercadoria por sua utilidade, considerando como fator contingente o investimento e o trabalho necessários para produção das mercadorias. O indivíduo é movido apenas por seu próprio interesse, único meio de promover o crescimento econômico.

Adam Smith completa essa análise – cujo poder conceitual funda a economia política como disciplina objetiva – mediante considerações que põem em evidência a auto-regulamentação que caracteriza um tal sistema: a *lei do valor*, quando seu funcionamento não é entravado por nada, implica que o empresário (capitalista) busca as atividades benéficas à sociedade (e que elimina as produções parasitárias<sup>34</sup> e que os trabalhadores trabalham mais e melhor para melhorar suas condições. **Numa tal perspectiva, o bom governo é aquele que, não intervindo de nenhum modo na ordem econômica, protege a propriedade e o capital, faz com que reine uma ordem graças à qual cada um será livre de dispor livremente de sua atividade laboriosa, garante a regularidade e a aplicação dos contratos privados e garante a força da nação** a fim de que ela possa desenvolver suas capacidades comerciais. (grifos nossos).<sup>34</sup>

Assim, acreditava que a iniciativa privada deveria atuar livremente na ordem econômica, sem nenhum modo de intervenção governamental, a quem caberia apenas garantir a segurança da propriedade e a liberdade empresarial. A livre atividade econômica das relações privadas, garantiria o equilíbrio e a regularidade do mercado: a *mão invisível*<sup>35</sup>, de Adam Smith.

---

<sup>34</sup> CHATELET, François *et al.* *Op cit.* 2000. p. 69-70.

<sup>35</sup> A expressão *mão invisível* ou *Laissez-faire* refere-se à ideologia econômica que surgiu no século XVIII, no período do Iluminismo, que defendia a existência de mercado livre nas trocas comerciais internacionais, ao contrário do forte protecionismo baseado em elevadas tarifas alfandegárias, típicas do período do mercantilismo. (WIKIPÉDIA, Enciclopédia Livre. Disponível em: [www.wikipédia.org](http://www.wikipédia.org) Acesso em maio de 2008.)

## 1.2 ESTADO E DIREITO

Com a velocidade das transformações tecnológicas da Revolução Industrial, a atividade privada buscava respostas imediatas do Direito nas negociações, que o Direito costumeiro não conseguia mais fornecer. Além disso, o Direito reduzido a texto legal fazia crescer a disponibilidade temporal, cuja validade podia ser alterada e manipulada, limitada tecnicamente e controlada no tempo, além de adaptada a prováveis necessidades dos comportamentos passíveis de serem modificados juridicamente, ou seja, as negociações privadas de troca ou relações contratuais não dependiam mais do caráter jurídico das condutas tidas como algo que o Direito consuetudinário asseguraria como estabelecido no tempo, mas precisavam ser protegidas legalmente.

O liberalismo é a filosofia dominante do século XIX. Um dos principais objetivos do Direito positivado era promover segurança jurídica, que, de forma genérica, significava paz e estabilidade, bem como certeza na realização do Direito em garantir a propriedade privada. Na visão moderna, era, acima de tudo, a realização dos anseios do cidadão por proteção em relação aos abusos do Poder Público em sua esfera privada e ao mesmo tempo a justificativa que o Estado esperava para a positivação do Direito, concebida nos moldes de uma racionalidade técnica e da cientificidade do Direito moderno que tenderia a transformar-se num instrumento eficaz de estabilidade social.

Marilena Chauí aponta como obra do pensamento liberal a qualificação da economia como política que se desenvolve no espaço coletivo próprio da sociedade civil, entre homens racionais livres e iguais, capazes de regular as atividades econômicas entre si, sob a intervenção mínima do Estado. Situação que atende às expectativas da sociedade burguesa que procura fortalecer as relações privadas e obter, ao mesmo tempo, o poder político estatal, já que “o poder político sempre foi a maneira legal e jurídica pela qual a classe economicamente dominante de uma

sociedade manteve seu domínio sobre as outras classes sociais”.<sup>36</sup>

Então, a única maneira de ditar as regras das atividades econômicas a se desenvolverem na sociedade civil de forma legítima é obtendo o controle sobre o poder político. O poder dado ao Estado, cuja gênese é a própria racionalidade da sociedade civil, instituído naturalmente como porta-voz do Direito e das leis, exprime os interesses e a vontade geral. Um poder independente, aparentemente autônomo e acima de todas as relações sociais, o qual Marx designa como “superestrutura jurídica e política, correspondentes à estrutura econômica da sociedade”.<sup>37</sup>

O Estado de Direito, assim constituído, é garantia da ordem, da paz social e, principalmente, dos direitos de propriedade, tão proclamados pelo liberalismo.

Nesse contexto, o Direito torna-se um complexo instrumento tecnológico, utilizado pelo Estado para garantir a ordem política e social, bem como a cisão entre os interesses econômicos e os interesses políticos. Cabe à ciência dogmática sistematizar o ordenamento jurídico, por meio da imposição de normas, regras e instituições jurídicas:

Desse modo, podemos dizer 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.<sup>38</sup>

Adquire-se objetividade com os critérios científicos concedidos ao Direito positivado. Entre a norma e a situação conflitiva (fática) há todo um procedimento formal, criteriosamente previsto para situações hipotéticas e genéricas, tendo como princípio a legalidade estabelecida sob determinados critérios de legitimidade compatíveis com o interesse geral da comunidade.

O caráter jurídico de uma norma depende de seu grau de institucionalização,

---

<sup>36</sup> CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 2005. p. 382.

<sup>37</sup> CHAUÍ, Marilena. *idem*. 2005. p. 386.

<sup>38</sup> FERRAZ JUNIOR. *Op cit.* p. 85. Mais precisamente, o autor atribui a normatização como matéria própria da dogmática analítica.

da garantia de um suposto consenso social que concede poderes à autoridade que cria a norma, inserida num sistema jurídico, em nome dessa poderosa instituição chamada Estado. “Daí a importância de procedimentos institucionalizados (...) para a identificação de normas como jurídicas”,<sup>39</sup> próprias do Estado de Direito, que se institucionaliza de forma racionalizante e tecnicamente controlada.

A legalidade requer um programa formal de ação, em que todas as normas jurídicas sejam intituídas num sistema normativo, estabelecidas por lei, sob previsão constitucional, buscando estabilidade e consistência ao sistema em virtude do proceduralismo.

Assim, o Direito se traduz tecnicamente como um sistema de normas postas:

Entre as diversas acepções da palavra *direito*, aquelas que mais apoio encontram no entendimento popular são as que conceituam o direito como sistema de normas e como faculdade pessoal. E o entendimento popular vem ao encontro de uma aparente realidade, pois, embora as escolas filosófico-jurídicas procurem estabelecer concepção normativista, aquela que define o direito conforme ele se apresenta aos olhos do povo: um sistema de normas para estabelecer uma disciplina da conduta dos homens em sociedade e um conjunto de faculdades que podem ser exercidas sob a proteção daquele sistema.<sup>40</sup>

Parte-se da idéia de que a sociedade desenvolve seletivamente mecanismos capazes de conferir segurança às interações humanas, cuja dinâmica está sempre sujeita a contingências. Diferentes núcleos significativos compõem o sistema social, cujos conteúdos têm sentido generalizável para que esses núcleos significativos atuem em centros integradores de sentido que conferem uma certa unidade à variedade de sistemas existentes na sociedade.

Existem na sociedade diferentes expectativas normativas, as quais afetam a estabilidade do sistema, ou seja, a normatização pode conter a existência de múltiplos agentes sociais que imprimem suas ações orientadas por normas morais, religiosas ou científicas que podem ser diferentes e contrapostas. São expectativas de que a normatização garanta a durabilidade das interações sociais, mas meras expectativas normativas não são suficientes à segurança que a sociedade moderna espera do Estado

---

<sup>39</sup> FERRAZ JUNIOR. *Idem*. p. 109.

<sup>40</sup> COELHO, Luiz Fernando. *op cit.* 1974. p. 93.

e do Direito. A norma é hipotética e, segundo um mecanismo estrutural de institucionalização, adquire superioridade em relação às demais normas sociais para atender a essas expectativas.

Por isso, ideologicamente é construída uma simulação da realidade, uma normatividade que se sustenta de modo *contrafático*<sup>41</sup>, isto é, a formulação generalizada da norma jurídica independe do cumprimento ou descumprimento da conduta empiricamente esperada. Para garantir a estabilidade do sistema social, a normalização não é dirigida a indivíduos ou pessoas, mas conferida a “papéis” definidos na sociedade, como por exemplo ao *pai*, na unidade familiar ou ao *proprietário*, nas relações privadas.

O Direito instrumentaliza tecnicamente as aspirações políticas e se estabelecem novos paradigmas de racionalidade. A crença na razão, o avanço na idéia de uma nova subjetividade, a revisão das condições do conhecimento e a confiança na ciência trazem à sociedade novos referenciais de segurança e credibilidade na política e na ciência, sob a tutela do Direito.

Esta racionalidade, requerida essencialmente pelas necessidades de cálculo e segurança inerentes à produção capitalista, projecta-se na exigência de racionalização das funções do Estado e, em primeiro lugar, no controlo da Administração; um Estado racionalizado será um Estado cuja actuação é previsível, em que a Administração está limitada por regras gerais e abstractas, em que as esferas de autonomia dos cidadãos e a vida económica não estão à mercê de ingerências arbitrárias do Monarca, mas antes protegidas e salvaguardadas pelas decisões racionais da *sociedade esclarecida*, representada no órgão da vontade geral.<sup>42</sup>

Assim, a história do Direito e do Estado se cruzam na modernidade. O Direito emana do Estado e este é instituído pelo Direito. A produção e a aplicação jurídica pressupõem a existência de uma poder público como órgão controlador, ao mesmo tempo em que a ordem jurídica impõe limites à atuação do Estado. A proteção da autonomia privada só encontra efetiva proteção no seu reconhecimento jurídico, para

---

<sup>41</sup> FERRAZ JUNIOR. *Op cit.* p. 104.

<sup>42</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006. p. 41-42.



que as relações entre Estado e cidadãos se pudessem constituir em relações jurídicas, noções que fundamentam o Estado de Direito.

### 1.3 CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Ampliados os limites da soberania, que passa a pertencer *a todos*<sup>43</sup>, ainda que representada pelo Estado - aos moldes do pensamento francês - a doutrina liberal se sustenta na liberdade dos proprietários e no princípio da igualdade, mesmo daqueles que são proprietários apenas de sua força de trabalho.

Os indivíduos do século XVIII desejavam um sistema que promovesse oportunidades iguais. Tanto os burgueses quanto os nobres, aristocratas e camponeses, pensaram que teriam privilégios de acesso a posições e altos cargos, e que todas as restrições quanto aos métodos de trabalho seriam suprimidas, sendo que os mais eficientes e qualificados individualmente é que iriam se impor.

Marx demonstra essa instabilidade quando analisa a dinâmica da luta de classes<sup>44</sup>. Sob a ótica marxista, conclui-se que a aparente autonomia do Estado é decorrente da organização política que emerge da relação de dominação e subordinação mantida entre classes sociais dotadas de interesses contraditórios e irreconciliáveis. Funda-se a partir das necessidades da sociedade dividida em classes e assume o controle das contradições sociais. No entanto, representa a classe economicamente mais forte e tem por determinação assegurar essa dominação.

Como o Estado é a forma na qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns e na qual se resume toda a sociedade civil de uma época, segue-se que todas as instituições comuns são mediadas

---

<sup>43</sup> “Segundo o pensamento inglês, um corpo muito numeroso só pode agir como pessoa por delegação a certas pessoas físicas (*trustees*), ao poder dos quais devem por isso mesmo ser impostos certos limites; já no pensamento francês, o corpo *como tal* age como se fosse uma pessoa. Também aqui se chega à conclusão prática de que o corpo coletivo só pode agir por intermédio de pessoas físicas, mas no caso não se julgam necessárias as mesmas precauções para com essas pessoas”. (JOUVENEL, Bertrand de. **Os Origens do Estado Moderno**: uma história das idéias políticas no século XX. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978. p. 184).

<sup>44</sup> MARX, Karl. **O 18 Brumário e Cartas Kugelmann**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

pelo Estado e adquirem através dele uma forma política. Daí a ilusão de que a lei se baseie na vontade e, mais ainda, na vontade destacada de sua base real – na vontade *livre*. Da mesma forma, o direito é reduzido novamente à lei.<sup>45</sup>

Em razão dessa aparente autonomia diante das diferentes classes, o Estado é apresentado como instituição a serviço da classe dominante, estruturado pelo mundo jurídico. É seu propósito fortalecer o Direito Privado e manter a ordem estabelecida na sociedade.

Assim, demonstra-se a importância do pensamento liberal na formação da sociedade burguesa, principalmente com as normas de Direito que fortaleceram a autonomia privada. Todo o poder que o Estado de Direito conferiu aos proprietários se converteu em dominação de uma classe sobre outra classe, impedindo que se efetivassem as condições de igualdade na participação política, que deveria ser traduzida na opinião pública, incumbida de legitimar as ações do Estado.

Sob esse prisma, a opinião pública se volta para bloquear o aparelho estatal e promover a livre concorrência.

Diante de uma economia mercantilista que se estabelece no comércio pré-capitalista, trazendo como novo elemento o sistema de trocas, são criadas instituições e, só a partir daí é que se constitui o que, desde então, é chamado de ‘nação’ – ou seja, um Estado moderno com suas instituições burocráticas e uma crescente necessidade de dinheiro/recursos.

Assim, com a separação entre Estado e sociedade, distingue-se também esfera pública e esfera privada. A esfera pública antes caracterizada pela representatividade pública dos senhores feudais e da nobreza, passa a ser focada na administração pública, que intervém nos contratos, no intercâmbio de mercadorias e de notícias, por meio da bolsa e da imprensa, já que “as medidas administrativas se definem cada vez mais por essa meta de impor o modo de produção capitalista”, enquanto as pessoas privadas tornam-se destinatárias, submetidas a esse poder.<sup>46</sup>

---

45 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã** (I – Feuerbach). 8ª ed. São Paulo: Hucitec, 1991. p. 98.

46 HABERMAS, Jurgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984 (Biblioteca tempo universitário; v. 76). p. 31.

A esfera do Poder Público deve limitar-se ao poder do Estado, enquanto, por outro lado, se delineia um Setor Privado, composto pela sociedade civil que participa da troca de mercadorias e pelo espaço íntimo da pequena família: “O *status* do homem privado combina o papel de dono de mercadorias com o pai de família, o de proprietário com o de ‘homem’ simplesmente”. Essas duas esferas são intermediadas pela esfera pública política e esfera pública literária, nas quais a opinião pública da sociedade burguesa debate publicamente e disputa com o poder público a regulamentação de uma sociedade civil.<sup>47</sup>

Na esfera pública burguesa é que se desenvolve uma “consciência política que se articula contra a monarquia absoluta, a concepção e a exigência de leis genéricas e abstratas e que, por fim, aprende a se auto-afirmar, ou seja, afirmar a opinião pública como única fonte legítima das leis”.<sup>48</sup>

Nessa formação da esfera pública que participa politicamente, Habermas atribui a Maquiavel a identificação da prática do segredo de Estado, na formulação das leis, que dava ao príncipe poderes para manter uma dominação baseada na vontade do soberano. Essa tática será mais tarde contraposta ao princípio da publicidade. E a categoria de lei geral ou universal, aponta Habermas, é expressamente definida por Montesquieu, para quem o poder público está obrigado e governar através de leis estáveis, promulgadas e conhecidas pelo povo. Além disso, a publicidade deve servir para impor uma legislação baseada na racionalidade. Ao que comunga com Locke que atribui à lei “força constante e permanente” e que relaciona a publicidade ou conhecimento público como um consenso comunitário.<sup>49</sup>

Os critérios de generalidade e abstração da legislação demonstravam uma garantia da igualdade e liberdade expressas no pensamento político burguês como critérios *formais* de validade. Sob tais condições, pretende-se impor às leis a racionalidade como critério *material*, o que coloca a norma legal como categoria central na esfera pública política, legitimada pela opinião pública.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> HABERMAS, Jurgen. Idem. 1984. p. 44.

<sup>48</sup> HABERMAS, Jurgen. Idem. 1984. p. 71.

<sup>49</sup> HABERMAS, Jurgen. Idem. 1984. p. 69-71.

<sup>50</sup> HABERMAS, Jurgen. Idem. 1984. p. 72.

Habermas encontra a fórmula básica do pensamento de John Locke quanto à preservação da “propriedade”, ante a ambivalência da esfera privada, que tem como cerne a intimidade da pequena família burguesa, mas que envolve também a propriedade e o mercado. A pessoa privada é o ser humano entre seres humanos no plano de sua subjetividade, bem como o proprietário, atuante na instância mediadora para efetividade da esfera política, para garantir a troca de mercadorias. Enquanto o poder público se materializa na figura do Estado.

A princípio, o *privado* como separado do *público* surge apenas como um setor regulamentado pelo mercado, onde o mercantilismo se desenvolve autonomamente e de acordo com leis próprias do mercado.

A caracterização liberal do Estado de Direito está diretamente ligada a esta separação, como bem designa Jorge Reis Novais de: *ideologia das três separações*, quando se refere não apenas ao público/privado, mas às separações entre política/economia, Estado/moral e Estado/sociedade civil, esta última resultante das duas primeiras.<sup>51</sup>

Na separação entre política e economia o Estado deve limitar-se a garantir a segurança dos cidadãos e a propriedade privada, deixando a vida econômica entregue à autonomia privada, pautado nos postulados de Adam Smith, que propõe uma separação relativa, isto é, nas tarefas atribuídas ao Estado estaria a criação de instituições e serviços não lucrativos – como a construção de portos, vias férreas, infra-estrutura necessária ao funcionamento da economia -, enquanto a sociedade se auto-regula pelas leis da livre concorrência.

Para a separação entre Estado e moral, atribui a Kant o entendimento de que o Estado encontra no Direito a sua justificação e seu limite racional, tendo em vista que o único fim do Estado é o Direito, a quem compete exclusivamente assegurar a ordem jurídica para garantir a cada indivíduo, liberdade para determinar seus próprios critérios morais.

Nesse sentido, a racionalização burguesa do Estado tem como resultado a separação entre Estado e sociedade civil que, através do Direito, consegue subordiná-

---

<sup>51</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op cit.* 2006. p. 59-73.

lo a seus interesses:

A racionalização liberal do Estado virá, assim, a surgir formalmente, não só como vitória da Sociedade sobre o Estado não obstante servir o objectivos de hegemonia política da burguesia – mas também do Direito sobre o arbítrio, já que, através de uma particular concepção de divisão de poderes, a limitação do Estado se fazia essencialmente através de técnicas de natureza jurídica. Referimo-nos concretamente ao estabelecimento de um conjunto de órgãos (dos quais pelo menos um deriva da eleição nacional) com competências pré-determinadas constitucionalmente, no âmbito de uma divisão de poderes que consagra a supremacia do órgão legislativo (a representação popular) através do “império da lei” e da subordinação do executivo garantida pelo “princípio da legalidade”.<sup>52</sup>

As relações de trocas no período pré-capitalista se estabeleceram segundo leis do mercado livre. As relações centrais da sociedade burguesa acabaram tendo como modelo as relações contratuais do sistema de trocas, um sistema de Direito Privado que, por princípio, reduz as relações das pessoas privadas a contratos privados e os donos de mercadorias alcançam uma autonomia privada, constituída sob a concepção de poder dispor livremente da propriedade. Isso explica porque o Direito Privado se transformou preponderantemente na figura do contrato e na livre negociação entre partes – que nem sempre estão numa relação equivalente, mas que se sujeitam quase exclusivamente às leis da livre concorrência e se emancipam das diretrizes do poder público.

É através da racionalidade que fundamenta o sistema jurídico que a sociedade civil burguesa consolida as relações das pessoas privadas:

Com as liberdades básicas do sistema de Direito Privado, também se articula a categoria da capacidade jurídica universal, garantia para o posicionamento jurídico da pessoa; esta já não é mais definida conforme o estamento e o nascimento. O *status libertatis*, *status civilitatis* e o *status familiae* cedem lugar ao *status naturalis* que, agora, passa a ser aplicado genericamente a todos os sujeitos de direito. O que corresponde ao princípio da igualdade dos donos de mercadorias no mercado e das pessoas cultas na esfera pública.<sup>53</sup>

Assim, constituída a sociedade civil burguesa por homens cultos, pelos

---

<sup>52</sup> NOVAIS. 2006. p. 74.

<sup>53</sup> HABERMAS. *Op cit.* 1984. p. 94.

proprietários e negociantes, que representam uma minoria, mas que buscam a igualdade de “todos”, caracteriza-se a esfera da autonomia privada. As grandes codificações que surgem por toda a Europa asseguram os direitos dessa sociedade burguesa à livre concorrência e à troca de mercadorias, baseada na livre declaração de vontades.

O objetivo da burguesia é vincular o Estado a um sistema normativo legitimado pela opinião pública, para eximir-se de sua dominação e garantir uma esfera privada que se pretende neutralizada quanto ao poder e emancipada quanto à dominação. Desse modo, a esfera pública politicamente atuante formada de modo que o interesse da classe burguesa pudesse ser identificado com o interesse geral, participa da organização do Estado de Direito burguês.

Os critérios para admissão da sociedade na esfera pública são a cultura e a propriedade. Habermas identifica essa formação como origem da ideologia:

**À base da contínua hegemonia de uma classe sobre as outras, esta classe desenvolveu, contudo, instituições políticas que implicavam, como seu sentido objetivo, de modo crível a idéia de sua própria superação: *veritas non auctoritas facit legem*, a idéia da dissolução da dominação naquela leve coação que, tanto mais, se impõe na visão vinculante de uma opinião pública.**

Se ideologias não indicam apenas a consciência socialmente necessária simplesmente em sua falsidade, se elas contêm um momento que, transcendendo utopicamente o existente para além de si mesmo, mesmo que seja apenas para justificá-lo, é verdade, então que só há mesmo ‘ideologia’ a partir dessa época. **A sua origem seria a identidade dos ‘proprietários’ com os “homens simplesmente”: tanto no papel que cabe às pessoas privadas enquanto público na esfera pública funcionando politicamente do Estado de Direito burguês** – na identificação da esfera pública política com a literária – quanto também na própria opinião pública, na qual o interesse da classe, intermediado pelo debate público, pode assumir a aparência de universal – na identificação da dominação com a sua dissolução em razão pura. (grifos nossos).<sup>54</sup>

A ideologia emerge da estrutura social da esfera pública no Estado de Direito burguês e se torna parte do setor privado, onde exerce um novo modo de dominação de uma classe sobre as outras. A ambivalência de idéia e ideologia quanto à esfera pública burguesa, reconhecida na teoria política do liberalismo, encontra sua

---

<sup>54</sup> HABERMAS, Jurgen. *Op cit.* 1984. p. 108-109.

formulação clássica na doutrina kantiana de Direito, e é problematizada por Hegel e Marx.

Para Habermas, Kant partilha da crença dos liberais:

Essa esfera pública politicamente em funcionamento torna-se, sob a ‘constituição republicana’, um princípio de organização do Estado liberal de Direito. Em seu âmbito está estabelecida a sociedade civil burguesa como esfera da autonomia privada (...). As liberdades civis são asseguradas através de leis gerais; à liberdade do ‘homem’ corresponde a igualdade dos cidadãos perante a lei (abolição de todos os ‘direitos natos’). A própria legislação se baseia na ‘vontade do povo decorrente da razão’, pois leis têm sua origem empiricamente na ‘concordância pública’ do público pensante: por isso é que Kant também as chama de leis públicas, diferenciando-as das leis privadas que, como usos e costumes, não têm necessidade de serem reconhecidas expressamente.<sup>55</sup>

Somente diante da base do Estado de Direito e de uma esfera pública atuando politicamente seria possível estabelecer um regime sujeito a normas, reconhecendo a soberania das leis jurídicas.<sup>56</sup>

Mais tarde, Hegel viria contestar a ordem natural no funcionamento da sociedade burguesa. Para ele, a esfera pública, diagnosticada como um conflito de interesses é representada pela esfera privatizada do intercâmbio de mercadorias e passa a ser denunciada, em sua definição de opinião pública, que não mais conserva uma base para sua unidade e verdade, mas que evidencia a opinião subjetiva da classe dominante. Desativa assim, a concepção que havia de esfera pública do plano iluminista e a remete de volta para a esfera da *opinião* apenas.

Hegel atribui o uso da razão na opinião pública como responsável pela desigualdade e acúmulo de riquezas, bem como pela dominação de uma classe sobre outra, presa pelas condições de trabalho que se estabelecem na sociedade burguesa. O interesse comum e universal é, na verdade, o interesse de uma classe, dos proprietários privados politicamente pensantes que se traduz em dominação sobre a camada mais pobre (como o proletariado que se define). Defende então, a existência concreta do Estado constitucional, capaz de deter a desorganização da sociedade pelo

<sup>55</sup> HABERMAS, Jürgen. Idem. 1984. p. 131.

<sup>56</sup> Os proprietários e donos de mercadorias são cidadãos com direito a voto, os *citoyen*, enquanto o indivíduo autônomo é o *homme e bourgeois*, são estes os proprietários privados. (HABERMAS, Jürgen. Idem. 1984. p. 136).

corporativismo, dissociando-o da moral.<sup>57</sup>

Sob esse ponto de vista, nenhum Estado de Direito pode ser construído sobre a base das relações de poder e uma pretensa dissolução da dominação política do Estado com a separação entre setor público e setor privado, na qual o fortalecimento do setor privado nas mãos dos proprietários burgueses impede que se realizem as promessas da esfera pública construída no ideário iluminista, de proteção da igualdade entre todos os homens na participação política, que se traduziria pela opinião pública. A redução do poder de dominação do Estado burguês se converte em dominação de seres humanos sobre outros seres humanos, ou de uma classe sobre outra classe de seres humanos. A força do individualismo.<sup>58</sup>

Como garantia, a ordem jurídica privada é fornecida por meio de uma justiça formal, em que a lei positiva obriga a todos sem exceção, e as leis do Estado devem corresponder às leis do mercado: são objetivas e não podem ser manipuladas nem endereçadas a indivíduos determinados.

Essas condições somente se desenvolvem plenamente com a constituição do Estado de Direito que, nos moldes do pensamento burguês, “estabelece a esfera pública atuando politicamente como órgão do Estado para assegurar institucionalmente o vínculo entre lei e opinião pública”.<sup>59</sup>

A opinião pública fica cada vez mais sujeita à manipulação por parte de grupos de interesses que atuam científica e psicologicamente através da imprensa, ao mesmo tempo em que o Estado intervém na ordem social utilizando-se ainda dos princípios do liberalismo, como a segurança na supremacia da lei, principalmente quando a generalidade das normas atinge um público que se reconhece como relativamente homogêneo, suprimindo a discussão que não mais pode ser estimulada pelo princípio da publicidade.

---

<sup>57</sup> HABERMAS, Jurgen. Idem. 1984. p. 143-147.

<sup>58</sup> A expressão “individualismo” é elaborada por Tocqueville e consiste na primazia do indivíduo frente à sociedade e ao Estado. Antes mesmo, como um sentimento “que leva cada membro da sociedade a distinguir-se da massa de seus pares e se manter à parte com sua família e seus amigos”. (A.TOCQUEVILLE, *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. In: Revista: **Direito, Estado e Sociedade**. nº 15. agosto-dezembro/1999. Rio de Janeiro: PUC/Departamento de Direito.. p. 102, em nota de rodapé).

<sup>59</sup> HABERMAS, Jurgen. *op cit.* 1984. p. 101.



Na base do Estado Liberal de Direito, o processo de formação da vontade política era intermediado pela esfera pública politicamente ativa. Com a formação dos grupos e associações, o parlamentar passa a defender os interesses da facção a que ele pertence, mediante acordos e coações, já que o Deputado (por exemplo) não atua por vontade individual, mas por um mandato imperativo do partido que representa. Habermas recorda que Carl Schmidt já havia observado esse fato na República de Weimar.<sup>60</sup>

No Estado liberal de Direito normativamente regulamentado nas Constituições modernas, a sociedade tinha a garantia de autonomia privada e, opostamente, um Estado limitado a poucas funções e, entre estas duas esferas, a intermediação por uma esfera politicamente ativa que neutralizava as relações de poder. Ao defender o livre-intercâmbio de mercadorias e a igualdade de chances em obter propriedades, presumia-se uma esfera pública estivesse livre de dominação.

Ao rejeitar intromissões do Estado nas relações privadas mediante regras gerais de procedimentos jurídicos, os constituintes tinham em vista que os direitos liberais fundamentais buscavam proteger a igualdade, a liberdade e garantir segurança frente ao poder concentrado do Estado. Por conseqüência, essas condições “só podiam ser estabelecidas por via do efeito denegatório dos direitos fundamentais”. O que era publicamente justificável, naquelas circunstâncias, devido ao aspecto sociológico intrínseco à Constituição do Estado liberal de Direito, que queria “ordenar não só o Estado enquanto tal e em relação com a sociedade, mas a totalidade do contexto da vida social”, o caráter delegado ao Direito para organizar a sociedade.<sup>61</sup>

Habermas ressalta que a transformação do Estado Liberal de Direito para o chamado Estado da social-democracia não ocorreu por meio de uma ruptura, mas “se caracterizou pela continuidade com as tradições liberais”. E explica:

O Estado social-democrata de Direito não pode ser diferenciado do liberal pelo fato de que ‘uma constituição *do Estado* se apresenta com a pretensão de coerção jurídica de fixar também a constituição de organizações *sociais* quanto a determinados princípios’, mas, muito antes pelo contrário, o que ocorre é que o Estado na social-democracia, exatamente na **continuidade da**

---

<sup>60</sup> HABERMAS, Jurgen. Idem. 1984. p. 240.

<sup>61</sup> HABERMAS, Jurgen. Idem. 1984. p. 259-260.

**tradição jurídica do Estado liberal**, vê-se obrigado, para estruturar as relações sociais, a fazer o avesso disso, **pois também ele pretendia, outrora, assegurar um ordenamento jurídico global do Estado e da sociedade.** (g.n.).<sup>62</sup>

O Estado democrático de Direito, inicialmente formulado para potencializar o Estado intervencionista, foi pensado a partir de meios para ampliar os postulados dos direitos fundamentais da *igualdade*, correlacionando-o à participação e auto-determinação na ordem econômica e social; da *liberdade*, que providencia a igualdade de chances no acesso da comunicação pública; e o direito de *propriedade* que garante a livre escolha da profissão, do local de trabalho, de formação escolar, de participação social entre outros, que, por sua vez, sofrem algumas limitações por outras garantias dadas pelo Estado social-democrata.

Em outras palavras, o Direito Público anteriormente estabilizado por interesses da troca de mercadorias burguesa para atender o setor privado, passa a repousar na integração de uma pluralidade de interesses das organizações que democraticamente se relacionam com o Estado da social-democracia, sem abandonar completamente sua vertente liberal.

O sistema de Direito Privado construído pelo jusracionalismo teve seu conteúdo idealizado por juristas e representantes da burguesia ascendente, cujos valores ficaram imbuídos nas codificações e se, por um lado, espelhava a ruptura com o sistema anterior voltando-se para a proteção do indivíduo contra possíveis ingerências estatais, por outro, revelava a continuidade e permanência dos postulados do Direito Romano.

Ao mesmo tempo, a Pandectística<sup>63</sup> consistiu na seleção de material a ser transmitido pela tradição romanista, mas realizou na Alemanha uma obra pautada nos valores do liberalismo, na qual a construção do sistema era baseada sobre dois

---

<sup>62</sup> HABERMAS, Jurgen. Idem. 1984. p. 261.

<sup>63</sup> Segundo Canaris: “(...) os pandectistas foram levados a confeccionar todo um sistema civil: as proposições jurídicas singulares, os institutos, os princípios e a ordenação sistemática sofreram remodelações profundas, aperfeiçoando-se, evitando contradições e desarmonias e multiplicando o seu tecido regulativo de modo a colmatar lacunas”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. XCIII).

postulados: a propriedade e o contrato.

F. Wieacker (*apud* Moraes), afirma que Kant forneceu à renovação da ciência jurídica a “ética da autonomia”, que concebeu o Direito Privado como sistema de esferas de liberdade da personalidade autônoma, na qual se baseavam a capacidade jurídica plena e igual de todos os cidadãos, o livre uso da propriedade, a liberdade contratual e de associação, que correspondem às grandes figuras do Direito privado: o direito subjetivo como poder de vontade, o negócio jurídico como atividade da autonomia das partes, o contrato como estrita ligação intersubjetiva entre sujeitos autônomos e a propriedade como direito ilimitado e total de domínio e de exclusão.<sup>64</sup>

É nesse sentido que os direitos subjetivos delimitam amplos domínios à autonomia privada, concebida como soberania da vontade, ou “o direito de governar-se conforme suas próprias leis e segundo sua própria vontade”.<sup>65</sup>, o que viria garantir a subjetividade e o poder da vontade do indivíduo nas relações privadas:

Daí ter-se concluído que, no sistema de direito privado, em contraposição ao do direito público, o princípio da legalidade se traduz em liberdade de agir, de modo que na ausência de restrição normativa, seja de conteúdo negativo (proibição de fazer) ou positivo (obrigação de fazer), o que se tem é o **reino da liberdade**, operando a reserva legal como outorga implícita de faculdades jurídicas indeterminadas. Em consequência, somente a lei é ato idôneo para restringir a liberdade individual (...).<sup>66</sup>

Com a sistematização do Direito e a codificação se consegue atender a todo esse ideário.

A codificação somente se torna possível com o estágio de desenvolvimento alcançado pela Ciência do Direito, além da consideração de amplas dimensões culturais e circunstâncias políticas e universitárias favoráveis.<sup>67</sup>

A doutrina francesa dos séculos XVII e XVIII teve que resolver três problemas: a unificação das fontes; a busca de uma sistemática racional; e a adaptação

---

<sup>64</sup> MOARES, Maria Celina Bodin de. *Op cit.* p. 103.

<sup>65</sup> Savigny estabeleceu um conceito abstrato de relação jurídica como um “poder de vontade”, a uma divisão lógico-formal das relações jurisprudísticas (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 14). Assim, “autonomia” é definida nestes termos por Savigny, como a base do Direito privado lógico-racional. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op cit.* p. 103).

<sup>66</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *idem.* p. 104.

<sup>67</sup> CANARIS. Claus-Wilhelm. *Op cit.* 1989. p. LXXXV.

dos institutos a novas realidades.<sup>68</sup>

A primeira questão era principalmente unificar costumes e direito escrito, além de considerar as compilações justinianas, inúmeras leis nacionais, o Direito Canônico, vários costumes e praxes judiciárias. A busca por uma sistemática racional consistia necessariamente em encontrar uma ordem para compreensão e aprendizagem do direito, mais especificamente, preparar um sistema externo que superasse as ordenações periféricas. E a adaptação dos institutos a novas realidades buscava generalizar segmentos já analisados setorialmente e ao mesmo tempo consagrar inovações preconizadas pela doutrina e, ainda, eliminar arestas em esquemas e fórmulas consideradas inúteis.

A sistematização enunciada no Código Napoleônico, elaborado como instrumento legislativo capaz de impor ao mesmo tempo uma força coercitiva e a livre adoção do setor privado, veio imprimir um estilo juscientífico ao Direito. Somente no final do século XIX o Código Civil alemão irá corresponder a um rigor juscientífico com a atividade dos pandectistas desenvolvida durante todo o século XIX. O pandectismo aceitou o Direito romano como elemento pré-dado, elaborado pela História, pela cultura e pelo patrimônio insubstituível dos povos. Desse modo, as preocupações ideológicas, evidentes no Código Napoleônico e nas codificações liberais, desaparecem com os critérios técnicos e a Ciência do Direito.

O caráter de cientificidade atribuída neutralidade ao sistema, demonstrando-o liberto da ordem econômica ou política, categorizado e ordenado logicamente, dando-lhe estabilidade e unidade necessárias para sistematizar todo o Direito privado num corpo único, codificado tecnicamente.

Pelo fato do Direito escrito se sobressair pouco a pouco sobre os costumes, cresce o confronto de diversos sistemas que interagem na sociedade. O pensamento sistemático se torna necessário e passa a condicionar as operações e realizações do Direito, pois consegue inserir no corpo jurídico, elementos culturais e históricos.

Nessa medida, a Ciência Dogmática conseguiu afirmar-se e justificar-se, em termos teóricos, pelo modo como conseguiu delimitar o Direito como objeto de

---

<sup>68</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *idem.* p. LXXXVI – LXXXVI.

investigação científica.

A Ciência Jurídica auxiliou a elaboração e construção do Estado moderno por meio da racionalidade técnica e com uma neutralidade que possibilitou também uma organização racional da vida social.

Antes disso, no Jusnaturalismo já havia um conceito de sistema baseado na adoção de um conjunto de elementos ligados entre si pelas regras da dedução:

Assim falava-se juridicamente de um sistema das ordens da razão ou sistema das ordens racionais, entendendo com isso a unidade das normas a partir de princípios dos quais elas eram deduzidas. Interpretar o direito significava inserir a norma em questão na totalidade do sistema.<sup>69</sup>

No entanto, torna-se necessário ligar o conceito de sistema ao de totalidade, isto é, para solucionar a questão da unidade do todo, surge o modelo *mecânico*, o qual aponta que a unidade seria dada pela integração das partes segundo o princípio da não-contradição e da fidelidade, e no modelo *orgânico*, a unidade não se reduzia à simples soma das partes, mas garantia a unidade de seu sentido.

Ferraz Junior analisa a concepção de Emil Lask sobre sistema, que expõe uma coordenação metódica entre a ciência jurídica da norma com as ciências filosóficas da norma, sob o argumento de que seria possível *deduzir* de um sistema de fórmulas abstratas de valor, a totalidade das normas jurídicas. A proposição de Lask tem em vista duas subespécies da positividade, uma perspectiva formal e uma material, desenvolvida a partir de C. Bergbom, do Direito Natural:

O *sistema* é, conforme o testemunho de Wieaker, a maior contribuição do jusnaturalismo (Vernunftrecht) ao direito privado europeu. A jurisprudência européia, que era até então mais uma ciência da exegese e da interpretação de textos singulares, recebe desde Hobber e Pufendorf o caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e domina até hoje os códigos e os compêndios jurídicos. Numa teoria, que devia legitimar-se perante a razão, através da exatidão matemática, a concatenação de suas proposições, o Direito conquista uma dignidade metodológica toda especial. A redução das proposições a relações lógicas é pressuposto óbvio da formulação de “leis naturais” universalmente válidas, a que se agrega o postulado antropológico, que vê o homem não um cidadão da cidade de Deus ou (como no século XIX) do mundo histórico, mas um ser natural, um

---

<sup>69</sup> CURI, Ivan Guérios. **Dilemas do Direito Penal Reflexão a partir da Hermenêutica do Sistema**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1999. p. 38.

elemento de um mundo concebível segundo leis naturais.<sup>70</sup>

O conceito naturalista de sistema é superado com Pufendorf, que dá um caráter sistemático ao processo de secularização do Direito Natural, seguindo o caminho iniciado por Grotius e Hobbes.<sup>71</sup>

Nesses moldes, a teoria jurídica passa a ser uma construção sistemática da razão e um instrumento de crítica da realidade. Concentra, assim, duas importantes contribuições: o método sistemático – conforme o rigor lógico da dedução, e o sentido crítico-avaliativo do Direito, sob padrões éticos contidos em princípios racionais.

A positivação e a formalização é que dará ao Direito Natural a sistematicidade que lhe faltava, nos moldes do pensamento sistemático que assume novas configurações na modernidade.

---

<sup>70</sup> FERRAZ JR. *Op cit.* 1978. p.

<sup>71</sup> FERRAZ JR. *Op cit.* 1978. p. 44.

## CAPÍTULO II

### O DIREITO COMO SISTEMA DE NORMAS

A vertente prudencial dos romanos converte-se gradualmente em sistema, o que alterou significativamente as condições de inteligibilidade do mundo. Várias escolas jurídicas contribuíram para estabelecer os elementos dessa revolução de paradigmas para as edificações teóricas do Direito.

No final do século XIX os profissionais do Direito passaram a utilizar a doutrina nas decisões judiciais à medida que a teoria se mostrava em consonância com o Direito vigente, apesar da importância conferida à lei posta pelo Legislativo. Os doutrinadores teorizavam o Direito que se manifesta historicamente na sociedade, dando lugar a um sistema de construções conceituais das regras de Direito.

Transposta da Teoria da Música e da Astronomia para a Teologia, para a Filosofia e para a Jurisprudência, desde o início do século XVII, a teoria dos sistemas retoma sua gênese, sobretudo com as pesquisas em *biologia*, de Ludwig von Bertalanffy no início do século XX, ao analisar a célula e as respectivas trocas com o exterior, utilizando a noção de sistema na formalização dessas trocas com o meio ambiente.

A partir de 1950 a Teoria Geral dos Sistemas inicia uma proposta de unificação das ciências.<sup>72</sup>

Teoria que insurge contra os estudos fragmentários, de pormenores, como a atomística, e opõe-se às divisões do conhecimento científico. Seu objetivo é a análise científica e a unificação das ciências de outras disciplinas mediante a elaboração de

---

<sup>72</sup> SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. **Sociologia Política**: elementos de Ciência Política. Tradução de Domingos Mascarenhas. São Paulo: DIFEL, 1979. p. 113.

*proposições e conceitos gerais fundamentais*, aplicáveis a numerosos sistemas e utilizáveis por diversas disciplinas, tendo em vista que num grande número de domínios existem sistemas que apresentam identidades comuns, e passíveis de serem transpostos de uma disciplina para outra. Preocupa-se inicialmente com o *isomorfismo*, buscando formas idênticas ou aproximadas, que podem ser estrutural ou funcional e se referem às funções preenchidas.<sup>73</sup>

Schwartzenberg destaca a Teoria Geral da Ação, do sociólogo americano Talcott Parsons, em contraposição ao empirismo, que tem como eixo principal de análise o conceito de sistema como fundamento da unidade do conhecimento científico:

Para Parsons, não é suficiente acumular “fatos em bruto”. É necessário elaborar um aparelho concetual e teórico. A ciência não se satisfaz, apenas, com a pesquisa empírica, “pragmática”. A pesquisa deve ser enquadrada por um pensamento teórico que forneça as instituições, as hipóteses, os laços lógicos, as interpretações explicativas.<sup>74</sup>

De acordo com a teoria de Parsons, quatro subsistemas integram o sistema geral da ação – o organismo biológico, a personalidade psíquica, o sistema social e a cultura. A política é um subsistema do sistema social e o Direito é uma instituição da estrutura funcional do subsistema político, responsável pela regulamentação, que consiste na emissão de normas e regras de controle social. Parsons promoveu a interação entre a sociologia e outras disciplinas, estabelecendo o sistema político como autônomo e aberto, por manter relações constantes de troca com outros subsistemas da sociedade.

Sob essa forma, tem-se o Estado como organismo responsável pela regulamentação das regras sociais ao impor o comportamento dos indivíduos valendo-

---

<sup>73</sup> Schwartzenberg classifica os conceitos em três grupos principais: conceitos descritivos; de regulação e manutenção; e os que visam a dinâmica do sistema. 1) Os conceitos *descritivos* são os que servem para distinguir sistemas abertos – que bastam a si próprios – de sistemas fechados, que interagem com o exterior; os que dizem respeito aos níveis hierárquicos, como o conceito de subsistema; conceitos que descrevem a organização interna dos sistemas, como a integração, diferenciação, interdependência e centralização; e os que se referem à interação dos sistemas com os seus envolvimentos, como os inputs e outputs. 2) O segundo grupo compreende as noções de estabilidade, equilíbrio, homeostasia, feedback ou entropia negativa. 3) Já o terceiro grupo traduz conceitos como adaptação, crescimento, crise, tensão, sobrecarga, declínio e entropia positiva dos sistemas. (SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. Idem. 1979. p. 116).

<sup>74</sup> SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. Idem. 1979. p. 118.



se da legitimidade desfocada da idéia de poder, pois a técnica seria desprovida de ideologia e despersonalizada, visando a perpetuação do sistema.

No Direito, a historicidade desenvolvida principalmente por Friedrich Carl von Savigny, anunciou a importância dos estudos históricos para a epistemologia jurídica ao demonstrar que o direito deveria considerar a própria vida social, que clamava por fundamentação ontológica dentro da experiência histórica. Ao lado da elaboração histórica, requer-se uma elaboração filosófica ou sistemática do Direito, com o propósito de descobrir as conexões existentes na multiplicidade de normas.<sup>75</sup>

Em Montesquieu, a lei estaria sujeita às condições externas – físicas, culturais, religiosas, que lhe atribui certa relatividade e conduz à noção de que o Direito está sujeito às mudanças sob o ponto de vista da temporalidade, o que demonstra a partir dessa idéia, a essência histórica do Direito.<sup>76</sup> O Direito muda historicamente, por isso está em constante transformação. Não é um fenômeno que ocorre na história, mas é essencialmente histórico.

Para Savigny o sentido do direito está no “espírito do povo”<sup>77</sup>, não na lei formulada e positivada pelo legislador. Ao substituir o primado da lei pela convicção comum do povo, o sistema ganha um caráter *contingente*, que se torna o pressuposto fundamental de sua estrutura e faz perder o caráter absoluto da racionalidade lógico-dedutiva que envolvia o sistema jurídico com sentido de totalidade. Enfatiza o relacionamento primário da intuição do jurídico aos “institutos de direito”, que expressam relações vitais típicas e concretas, e não à regra genérica e abstrata.

O Direito não deixa de ser uma totalidade, mas se manifesta no sistema de conceitos e proposições jurídicas em íntima conexão, numa totalidade que tende a fechar-se em si mesma e por essa razão não comporta lacunas. As lacunas aparentes devem sofrer correção no ato interpretativo, pela redução de um caso concreto dado à

---

<sup>75</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Op cit.* 1976. p. 33.

<sup>76</sup> Essa perspectiva é de Gustav Hugo, que “(...) estabelece as bases para uma revisão do racionalismo ahistórico do jusnaturalismo, desenvolvendo metodicamente uma noção sistemática da ciência do direito, onde a relação do direito com a sua dimensão histórica é acentuada, antecipando-se, desta forma, aos resultados obtidos pela Escola Histórica do direito”. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op cit.* 2003. p. 75; e *op cit.* 1976. p. 24).

<sup>77</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Op cit.* 1974. p. 57

lei superior numa hierarquia lógica, sem que seja criada uma nova lei especial.<sup>78</sup>

Essa concepção de sistema conduz a uma unidade que repousa na relação de todos os elementos constitutivos que se congregam em volta de um centro, no modelo “orgânico”.

Discípulo de Savigny, Puchta demonstra que “o direito surgia da convicção íntima e comum do povo, mas o modo pelo qual se formava essa convicção absolutamente não lhe interessava”, promovendo com esse raciocínio uma simbiose entre o direito posto e o direito formado historicamente.<sup>79</sup> Na prática, a ênfase depositada na intuição do jurídico nos “institutos” por Savigny, cede lugar a um sistema de reconstrução conceitual de regras de direito, formulado a partir de uma “pirâmide de conceitos”, no modelo “mecânico”.

O sistema de conceitos que se determina pelos princípios da lógica formal se assemelha a uma pirâmide. A parte mais larga está na base da pirâmide, que vai se estreitando de estrato em estrato, até atingir o conceito “supremo”, que ocupa o vértice da pirâmide. Quanto maior a largura - abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva, sendo que à largura corresponde o âmbito da compreensão e à largura o âmbito da aplicação do conceito abstrato. No vértice se coloca o conceito mais geral possível, do qual os demais venham a subsumir<sup>80</sup>, como espécies e subespécies.

A Jurisprudência dos Conceitos sucede a Escola Histórica e evidencia o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, sustentado por conceitos e normas abstratas que vão da generalidade para a singularidade. Representa a reconciliação entre historicistas e exegetas, por considerar os textos legais como “sustentáculo de significações objetivas oriundas do legislador e capazes de ministrar novas

---

<sup>78</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Op cit.* 1976. p. 33.

<sup>79</sup> FERRAZ JR. *Op cit.* 1976. p. 33

<sup>80</sup> O método da subsunção resultava da técnica de elaboração da premissa menor do silogismo judiciário, assente na redução automática de certos fatos a determinados conceitos jurídicos: “No silogismo judiciário, a premissa maior resultaria da interpretação que facultaria a regra aplicável (p.ex., os contratos devem ser cumpridos), a premissa menor, da subsunção de certos factos considerados relevantes em determinados conceitos (p.ex., as declarações feitas por A e B correspondem a um contrato) e a solução, da própria conclusão do silogismo (p.ex., A e B devem cumprir o contrato que celebraram). Como se vê, a chave do processo não reside na conclusão – sempre automática – nem na formação da premissa maior; ela está, pelo contrário, na premissa menor, mais precisamente na subsunção”. CANARIS, Claus-Wilhem. *Op cit.* 1989. p. CII.

significações subjetivas segundo as circunstâncias”, o que caracteriza uma espécie de dogmatismo “conceptualista”, pois transfere o fetichismo à lei por um fetichismo aos conceitos.<sup>81</sup>

Para cumprir sua função social, atribui a seus conceitos uma abstração que permite independência em relação a jogos de interesses, mas dispõe de uma certa liberdade por meio de novas abstrações:

Assim, no século XIX, a ciência dogmática instaura-se como uma abstração dupla: a própria sociedade, à medida que o sistema jurídico diferencia-se como tal de outros sistemas – do sistema político, do sistema religioso, do sistema social – *stricto sensu* – constitui, ao lado das normas, conceitos e regras para sua manipulação autônoma. Ora, isto (normas, conceitos e regras) passa a ser o material da ciência dogmática, que se transforma na elaboração de um material abstrato, num grau de abstração ainda maior, o que lhe dá certa independência e liberdade na manipulação do direito, permitindo-lhe grande mobilidade; pois tudo isso que é direito passa a ser determinado a partir de suas próprias construções.<sup>82</sup>

O caráter de abstração e generalidade dos conceitos permite uma neutralização dos interesses concretos na formação do direito, o que representa um progressivo distanciamento da realidade, à medida que atende aos ideais do pensamento liberal ao impor sua ideologia através da Dogmática.

A maneira que Puchta constrói o processo lógico-dedutivo não deriva da filosofia idealista, mas já do racionalismo do século XVII, em especial do pensamento de Christian Wolff, de quem provém a idéia de um sistema jurídico que reflete o entendimento do pensamento moderno.

Para Wolff, “*sistema* é mais do que um agregado de conceitos, é sobretudo '*nexus veritatum*', que pressupõe a correção e a perfeição formal da *dedução*”. Isto é, “um todo fechado, onde a relação das partes entre si são perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução”.<sup>83</sup>

A contribuição da Jurisprudência dos Conceitos foi a elaboração de um

---

<sup>81</sup> Escola de origem alemã, conforme FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op cit.* 2003. p. 79-80.

<sup>82</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Idem.* 2003. p. 80.

<sup>83</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op cit.* 1976. p. 11-12. Para o autor, em Kant esse modelo é substituído pelo modelo orgânico, numa concepção que parte da razão, na qual “sistema é uma relação entre o todo e as partes”, uma unidade orgânica, na qual a alteração de uma parte altera também o todo.

sistema “conceptual-abstrato”, cujo ápice (da pirâmide dos conceitos) determina o âmbito de aplicação do Direito, e o sistema encontra sua sedimentação na ordenação externa das leis e em numerosas divisões conceituais. Uma das críticas a essa idéia de sistema na Ciência do Direito é de Engisch (*apud* Larenz), que demonstra que um sistema desse gênero exige um número fechado de conceitos fundamentais ou axiomas logicamente compatíveis entre si e não suscetíveis de inferência ulterior (isto é, não se sujeita a qualquer outra dedução). Conclui, enfim, que “o ideal do método dedutivo-axiomático não pode ser realizado na Jurisprudência”.<sup>84</sup>

O que não significa abandonar a idéia de sistema, mesmo porque a uma ordem jurídica é imprescindível a sistematização:

Aquilo que Enrich tem em mente é assim um sistema de princípios jurídicos directivos relacionados uns com os outros de modo coerente, que lança mão de determinados conceitos e de pontos de vista classificatórios, sem poder exigir para eles qualquer validade geral ou plenitude. (...) A unidade interna de uma ordem jurídica, como Enrich expôs adequadamente no ano de 1935, não é só o resultado da actividade sistematizadora da ciência jurídica, (...). Tanto quanto a ordem jurídica apresente sintonia nas suas idéias de base e nas decisões valorativas determinantes, o que é requerido pela noção de Direito, tem a ciência jurídica que tornar evidente esta sintonia e retirar daí as suas consequências – têm, nesse sentido, de proceder sistematicamente.<sup>85</sup>

Assim também, opondo-se aos exageros da Escola da Exegese e da Jurisprudência Conceitual, Rudolf von Ihering empreende sua metodologia hermenêutica, que concebe o Direito como ciência de *fins*, chamada “Jurisprudência de Interesses”, a qual passa a considerar os dados sociais, históricos e sociológicos como elementos de criação do Direito mediante a interpretação. Para Ferraz Junior, Ihering não nega a existência de conceitos abstratos e gerais, mas para ele o conceito geral surge da elaboração de uma lei criada para regular os fatos concretos, e não o contrário, como propõe a Jurisprudência dos Conceitos: “Os conceitos abstratos e gerais não são os pais do raciocínio elaborador, mas sim os filhos”.<sup>86</sup>

Com a introdução do conceito de *interesse* e de *finalidade* no conceito de

---

<sup>84</sup> LARENZ, Karl. *Op cit.* 1983. p. 195-196.

<sup>85</sup> LARENZ, Karl. *Idem.* 1983. p. 196-197.

<sup>86</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op cit.* 1976. p. 32.

sistema, surgirá uma dualidade no sistema que se corporificará sob a denominação de “sistema exterior” e “sistema interior”, que impõe ao sistema fechado do direito um caráter de *ficção* necessária devido à consideração de sua totalidade sem lacunas ser possível apenas *per definitionem*.<sup>87</sup>

A sistemática moderna, nesse sentido, terá um caráter mais técnico. A discussão sobre a dignidade científica do Direito paira sobre sua independência como ramo do conhecimento frente às demais ciências, o que requer uma perfeita identificação do seu objeto e de uma adequação metodológica. Assim se constrói a idéia de sistema que introduz na teoria jurídica um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, que conquista uma dignidade metodológica especial.<sup>88</sup>

Do Direito enquanto sistema, nas palavras do Professor Ivan Guérios Curi, deve-se ter em mente que é possível ver o direito *como* um sistema, mas não se pode dizer que o direito *é* um sistema.<sup>89</sup>

O ordenamento jurídico coerentemente constituído como sistema formado por normas positivas que integram as partes de um todo, compõem a ordem jurídica. A ciência do Direito se instrumentaliza para auxiliar o Estado e atribuir juridicidade às normas que se apóiam em outras normas do sistema, num sistema que se auto-legitima.

Nesse contexto, o Direito escrito contribui para a separação entre a Ciência do Direito e a Dogmática Jurídica. Em outras palavras, aponta a distinção para a consolidação de uma Ciência Jurídica e da Dogmática como instrumento de caráter funcional, técnico.

A neutralização do Judiciário é uma peça importante no fortalecimento da Dogmática como teoria autônoma. Durante o século XIX, a clássica divisão dos poderes se tornou a pedra angular dos sistemas políticos, na medida em que permitiu a formação de uma estrutura complexa de comunicação e controle da comunicação entre forças mutuamente interligadas – estado e sociedade burguesa.

No entanto, a positivação do Direito representa a crescente importância da lei,

---

<sup>87</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *idem*. 1976. p. 34.

<sup>88</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Op cit.* 1978. p. 49.

<sup>89</sup> CURTI, Ivan Guérios. *Op cit.* 1999. p. 39.

o que irá modificar a atuação do Direito na sociedade, pois com a Dogmática, se torna um instrumento de modificação da realidade:

A tarefa do jurista, que se torna então tipicamente dogmática, a partir daí circunscreve-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, descambando por fim, já ao final do século XIX, para o positivismo legal, com uma autolimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estatalidade do Direito. Esse desenvolvimento redundou na configuração de um modo típico de pensar o Direito e que se transformou naquilo que ainda hoje conhecemos como Dogmática Jurídica. (...) <sup>90</sup>

Com a estruturação sistêmica, ficaram delimitadas as esferas jurídicas e as não-jurídicas, que é uma das questões básicas na elaboração dos sistemas. Essa concepção traz em si duas características. A primeira é que, de um sistema fechado decorre a exigência de acabamento ou, melhor dizendo, a necessária ausência de lacunas, e a segunda está implícita na primeira, trata-se da idéia do sistema como instrumento metódico do pensamento, ao qual se liga o chamado procedimento construtivo e o dogma da subsunção. <sup>91</sup>

Essa configuração evidencia o caráter funcional da Dogmática e as questões tipicamente tecnológicas. Nesse sentido, tendo em vista que os enunciados dogmáticos estão a serviço de modelos de realização de comportamento (prescrevem as condutas), o Direito positivado é responsável pela delimitação do problema central da Dogmática Jurídica: a decidibilidade dos conflitos.

## 2.1 ELEMENTOS DA SISTEMÁTICA JURÍDICA

A teoria sistêmica trabalha com normas universalmente válidas e conceitos genéricos, formulados a partir de relações estruturais e proposições lógicas, evidenciando os domínios da ciência e da técnica.

---

<sup>90</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op cit.* 1978. p. 70.

<sup>91</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *idem.* 1978. p. 70-73.

A pluralidade de normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, se transforma numa ordem jurídica. Mediante a aplicação de meios técnicos, a Dogmática confere coerência e razoabilidade ao sistema. A concepção de direito como norma, por conseguinte, é precedida pela lógica jurídica formal, que trabalha os conceitos que constituem o referencial empírico do normativismo.

O modo de organização política do Estado moderno exige que a sociedade se submeta a regras gerais, mesmo que para isso seja necessário utilizar a força. A partir de uma elaboração sistemática e especializada, o Direito segue critérios formalmente lógicos, que conduzem a uma técnica racional crescente da prática jurídica, atribuindo-lhe cientificidade.

O Direito positivo é constituído pelas leis, costumes, decisões judiciais, proposições doutrinárias e conceitos jurídicos aceites como válidos em seu aspecto espaço-temporal.

Normalmente, o direito positivo significa o sistema normativo-jurídico vigente em determinada época e lugar; o conjunto de leis em vigor num país. Corresponde não somente ao conjunto de normas de direito, como também à elaboração científica referente à sua criação, interpretação e aplicação. Isso significa que o conteúdo do direito positivo não se exaure no que é definido pelas leis, decretos, regulamentos e costumes em vigor, mas se completa pela sua conceituação, pelo trabalho doutrinário e pelos princípios de ordem geral que constituem os comandos jurídicos mais elevados e menos sujeitos à mutabilidade peculiar a esses comandos e princípios que, todavia, se integram no sistema normativo e lhe proporcionam coerência.<sup>92</sup>

Desse modo, todo o conjunto de normas do ordenamento constitui um sistema que não deixa margem a lacunas e, necessariamente, devem ser válidas. Na hipótese de surgirem situações aparentemente não previstas no ordenamento, a própria ordem jurídica contém, segundo o princípio da coerência, uma solução normativa para tais situações.<sup>93</sup> A totalidade do sistema impõe que lacunas (aparentes) devam ser interpretadas à luz de uma lei hierarquicamente superior, suprimindo-a no próprio sistema.

Assevera Luiz Fernando Coelho, que a ideologia jurídica revestida de

---

<sup>92</sup> COELHO, Luiz Fernando. *op cit.* 1974. p. 104.

<sup>93</sup> COELHO, Luiz Fernando. *idem.* 1974. p. 107.

neutralidade, serve para dissimular interesses sob a forma de racionalizações. O Estado se incumbe de manter a ordem através do Direito, na forma de leis elaboradas mediante procedimentos racionais institucionalizados, por um Legislativo que expressa a vontade e o interesse geral. Concluindo que, como instrumento oficial de mediatização da dominação dos grupos hegemônicos, o sistema jurídico se apresenta como pleno, racional, lógico, uno, neutro e portador de soluções para todos os conflitos sociais.

Essa racionalidade define normativamente a realidade social, determinando como as pessoas devem se comportar, quais as condutas autorizadas pela ordem, enquanto falsas necessidades sociais são criadas pelos grupos dominantes. Por exemplo, o casamento torna racional a relação homem/mulher e, para ser válido, deve seguir exatamente as determinações legais, sem esquecer que das relações de parentesco oriundas do casamento resultam direitos de sucessão, de propriedade, entre outras consequências jurídicas previstas no ordenamento.

Sendo assim, a Ciência Jurídica construída como conhecimento sistemático, estabelece o Direito a partir da lei e sistematiza o ordenamento jurídico mediante o compromisso de segurança jurídica e a aplicação de procedimentos lógico-formais desde a sua criação, positivação e aplicação, possibilitando aos grupos dominantes organizar e controlar criteriosamente a sociedade. Ou seja, o Direito, como conjunto de normas postas sob monopólio do Estado, se constitui em instância privilegiada da ideologia.

Para Max Weber o Estado é uma instituição que exerce a dominação no espaço e no tempo, como monopólio da violência física legítima, razão pela qual exige obediência.<sup>94</sup> Distingue três tipos de dominação, dependendo da natureza da legitimidade pretendida: racional, tradicional e carismática<sup>95</sup>. O domínio de caráter

---

<sup>94</sup> A obediência no caso da dominação racional, baseada em estatutos ocorre “*unicamente* em virtude da relação formal de obediência, sem tomar em consideração a opinião própria sobre o valor ou desvalor da ordem como tal”. (WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. 1999. p. 140).

<sup>95</sup> 1) dominação de caráter *racional*: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas em virtude da legalidade formal (estatutos, leis, regras) e obediência às autoridades por elas nomeados; 2) de caráter *tradicional*: obedece-se a pessoa do *senhor*, nomeada e vinculada à tradição, em virtude de devoção a hábitos costumeiros; e 3) de caráter *carismático*: segue-se o *líder* carismático qualificado como tal, em virtude de confiança em revelação de sua santidade ou seu poder heróico ou ainda no caráter exemplar do líder. (WEBER, Max. *idem*. 1999. p. 141).



*racional* é exercido legalmente por meio da administração burocrática, baseada na validade de regulamentos e procedimentos estabelecidos racionalmente e na legitimidade de autoridades instituídas legalmente pelo Estado.

Segundo Julien Freud:

Reconhece-se o domínio legal pelas seguintes características: todo direito, seja ele estabelecido por convenção ou por outorga, vale em virtude de um procedimento racional por finalidade ou por valor, ou pelos dois ao mesmo tempo. O conjunto das regras de direito constitui um mundo abstrato de prescrições técnicas ou de normas; a justiça consiste na aplicação das regras gerais aos casos particulares, enquanto a administração tem por objeto proteger os interesses nos limites da regra de direito, graças a órgãos instituídos para tal fim.<sup>96</sup>

Na visão sociológica de Weber, a lógica formal e a racionalidade interna do Direito não podem excluir os elementos externos, está sujeito às condições materiais.

Para a racionalização do Direito, Weber propõe um esquema com quatro estágios: primeiro, a revelação carismática do direito através dos profetas jurídicos; segundo, a criação e a aplicação empírica do direito por notáveis (mediante jurisprudência cautelar ou criação de acordo com os precedentes); terceiro, a outorga do direito pelo *imperium mundano* e pelos poderes tecnocráticos e, por último, a codificação sistemática do direito e o exercício dos mesmos pelos juristas profissionalizados, formados em escolas de Direito com base numa educação literária de tipo lógico-formal.<sup>97</sup>

Max Weber é então responsável pela mais bem sucedida tarefa de racionalizar o Direito e delimitar o objeto de uma sociologia jurídica a partir de uma definição da jurisprudência normativa. A jurisprudência pede normas jurídicas cujo significado deverá ser vinculado a uma sentença que aparenta representar a norma jurídica. A sociologia, por sua vez, investiga o que efetivamente está acontecendo na sociedade, pois existe certa possibilidade de que seus membros acreditem na validade de uma norma e adaptem sua conduta a essa ordem. A partir daí, o objeto da sociologia do Direito passa a ser definido como a conduta adotada por um indivíduo por considerá-la

---

<sup>96</sup> FREUD, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 167.

<sup>97</sup> WEBER, Max. *Op cit.* 1999. v.2. p. 513-603.

válida. Assim, o objeto da jurisprudência normativa é a norma válida, enquanto o objeto da jurisprudência sociológica é a conduta humana que segue as normas do sistema jurídico.

Um projeto no qual a burocracia instrumentalizaria a técnica administrativa, de modo que o formalismo jurídico teve por finalidade conciliar a lógica jurídica com as exigências materiais de origem extra-jurídica, pressionado pela ordem política, econômica, social ou ética, para poder atender às necessidades materiais e práticas da coletividade.

O entendimento de Direito como ciência autônoma provém de teorias sobre os ordenamentos jurídicos vigentes e suas exigências práticas. Na concepção dogmática de Direito desenvolve-se o positivismo jurídico, mediante a imposição de normas positivadas revestidas dos caracteres formais do Direito oficialmente reconhecido como válido.

De acordo com a estrutura imposta pela divisão de poderes, os liberais desenvolveram um sistema capaz de manter o juiz absolutamente adstrito à legalidade. Assim também a interpretação jurídica se limitava a esclarecer pontos para integralização do sistema caso fosse necessária a resolução de antinomias e lacunas (aparentes), já que o aplicador deveria encontrar no próprio sistema a norma adequada à solução do caso por meio do raciocínio lógico-dedutivo. Desse modo, se garante a completude e a harmonia do sistema, sem recorrer a elementos externos.

A própria sociedade, como sistema estruturado de ações significativamente relacionadas, não inclui, ao contrário, exclui o homem concreto do sistema social, que passa a fazer parte, analiticamente, do sistema circundante (mundo): “o homem é para a sociedade e esta para aquele, um problema a resolver”.<sup>98</sup>

As pesquisas sobre sistemas desenvolvidas por Parsons influenciaram a concepção de Direito como ordenamento jurídico. No entanto, a abordagem teórica desenvolvida por Niklas Luhmann resultou em uma análise sociológica do sistema jurídico, afastando-se da visão puramente normativista, que consegue reduzir a complexidade social com a composição de uma teoria geral da sociedade, ao agregar a

---

<sup>98</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. p. 1.

idéia de sistema autopoietico ao direito.

A autopoiesis consiste em que “é o próprio sistema quem determina o que pertence a si mesmo e o que pertence ao ambiente, enfim, aquilo que não pertence ao sistema”. Desse modo, o sistema se auto-organiza e se auto-reproduz. Sua auto-referência permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo, movendo-se entre o que é ou não uma questão jurídica que interessa ao Direito.<sup>99</sup>

Na apresentação que faz da obra de Luhmann<sup>100</sup>, Ferraz Júnior expõe o Direito como uma estrutura que define os limites e as interações da sociedade, que possibilita a estabilidade de expectativa das interações e que permite a previsibilidade do comportamento individual.

Parte da constatação de que a complexidade da sociedade contemporânea não deve afetar a operacionalidade do sistema jurídico, razão pela qual o objetivo da construção interna dos sistemas é a neutralização desta complexidade. Isso implica em afirmar que o sistema jurídico é autopoietico e operacionalmente fechado.

Por outro lado, em referência à Teoria dos Sistemas, de Parsons, considera a sociedade como sistema social, com o qual o sistema jurídico não mantém uma troca e nem mesmo influi nele de modo regulatório, apenas se comunica mediante a aplicação da norma não em termos dogmáticos, mas sob sua definição funcional no sistema. Ou seja, a função do Direito é neutralizar expectativas. Isso significa que a norma deve ser entendida estritamente como “expectativa que se estabiliza contrafaticamente, isto é, mesmo que os fatos a contrariem”.<sup>101</sup>

De acordo com essa idéia, o ambiente não contribui para o processo de construção do sistema jurídico, que o mantém fora de seus limites. Independe se os destinatários aceitam uma decisão porque a consideram justificadas pelo sistema, em obediência à legitimidade da entidade competente, motivados para a aceitação da decisão.<sup>102</sup> O papel do Direito é legitimado pelo processo, no qual as ações sociais são controladas por regras jurídicas validadas por procedimentos, que necessariamente

---

<sup>99</sup> CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 52.

<sup>100</sup> LUHMANN, Niklas. *Op cit.* 1980. p. 1-5.

<sup>101</sup> CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. *op cit.* 2007. p. 67.

<sup>102</sup> LARENS, Karl. *op cit.* 1983. p. 235.

conduzirão a uma decisão inquestionável, correta, o que neutraliza possíveis decepções.

Essa ótica muda também a concepção da relação entre Direito e sociedade.

O caráter lógico-formal da Dogmática tem como pressuposto o Direito como instrumento alheio à realidade social, pois prescreve como *deve ser* o comportamento dos indivíduos, sem considerar como efetivamente se comportam e faz com que sejam fatos só aqueles que ele próprio reconhece como juridicamente relevantes.

A positivação do Direito irá contribuir para que o sistema jurídico se torne estritamente formal, no qual o modelo analítico da Dogmática desenvolveu um trabalho de especificação contínua que foi esgotando a operacionalidade dos conceitos, reduzindo-os a fórmulas abstratas cuja função se resumia a organizar, didaticamente grandes áreas do conhecimento jurídico. A construção dogmática se esforça para reduzir uma série de fenômenos jurídicos, normas ou conceitos a eles ligados a tipos genéricos e básicos, que pretende estabelecer todo o saber jurídico na forma de um sistema único e completo.<sup>103</sup>

## 2.2 RACIONALIDADE FORMAL DA TEORIA NORMATIVA

O modelo de Estado burguês se consolidou com a codificação e a sistematização do Direito. Durante o século XIX irá prevalecer a concepção ligada ao positivismo jurídico, que atende de maneira plena aos imperativos de sistematicidade e segurança na neutralidade do Direito para atender aos anseios da autonomia privada e do modelo de Estado burguês. Toda a construção sistemática no Direito se justifica pela necessidade de um conjunto de normas jurídicas, integradas entre si e resultantes de um monopólio de criação e aplicação do Direito pelo Estado, como expressão formal da noção da consolidação do Estado de Direito.

A visão sistemática encontra na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, um

---

<sup>103</sup> FERRAZ JR. *Op cit.* 1978. p. 125-140.

sistema absolutamente formal, onde o conteúdo das normas inferiores deve se adequar aos preceitos de uma norma fundamental, hipotética, que se impõe a partir de um critério de hierarquia, que atribui um caráter de cientificidade que privilegia uma abordagem lógico-dedutiva da matéria jurídica.

O entendimento do Direito como ciência autônoma provém de teorias sobre os ordenamentos jurídicos vigentes e suas exigências práticas. A teoria normativa de Kelsen procura o caráter distintivo da norma jurídica a partir da análise do ordenamento jurídico no qual a norma se encontra.

As normas jurídicas são revestidas de recursos técnicos entendidos como meios adequados para chegar a fins pretendidos pelo Direito, aliados à Ciência Jurídica e ao conhecimento filosófico. A técnica reveste de praticidade a norma jurídica para torná-la efetiva. A juridicidade de uma norma não lhe é conferida isoladamente. O que faz com que seja considerada jurídica é o sistema no qual está inserida, o ordenamento jurídico, cuja elaboração obedeceu a critérios pré-estabelecidos ou procede da hierarquia de outras normas consideradas superiores: “daí que o critério de validade de uma norma é a sua legalidade transmutada em constitucionalidade”.<sup>104</sup>

A positividade possui aspectos que se incorporam ao Direito, relacionando-o aos conceitos de vigência, historicidade, eficácia, legitimidade, legalidade, validade, facticidade, efetividade e observância. A vigência demarca o tempo de validade de uma norma, estabelecendo que ela já pode ser invocada para produzir efeitos.<sup>105</sup>

Efetividade é a realização do Direito no desempenho concreto de sua função social. Diferente da eficácia jurídica é a realização do comando normativo na sociedade, o qual depende ainda de característica formal de validade para incidir e reger as situações concretas, desenvolvendo os efeitos que lhe são atribuídos.<sup>106</sup>

A ordem jurídica, em Kelsen, é conceituada como “um sistema de normas gerais e individuais relacionadas entre si de acordo com o princípio de que o Direito

---

<sup>104</sup> COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 175-176.

<sup>105</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *op cit.* 2003. p. 180.

<sup>106</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op cit.* 2003. p. 84.

regula a sua própria criação”. Assim como a existência específica da norma e sua vigência não se confundem com o ato de vontade que a constituiu. Como explica Kelsen, a norma pode ser vigente mesmo quando o ato de vontade que ele constituiu o sentido já não existe.<sup>107</sup>

Nesse sentido, a eficácia é o resultado do cumprimento espontâneo da norma. A coação é necessária quando a conduta vai contra as tendências prevaletentes na sociedade, contra interesses particulares ou sentimentos sociais arraigados. A sanção é a garantia de eficácia, permitindo que o Direito se realize de acordo com suas premissas e acima de qualquer interesse.<sup>108</sup>

Kelsen, no início do século XX, vê o Direito como ciência baseada na experiência humana, que não se confunde com ideologias políticas ou especulações metafísicas sobre a justiça: o objeto da Ciência Jurídica é o Direito positivo, tomado como cognição científica. A teoria pura do Direito procura o fundamento da sua validade, a ser estabelecida por meio de uma análise lógica do pensamento jurídico.<sup>109</sup>

O Direito é um sistema de normas, uma ordem normativa que trata de como os homens devem se conduzir juridicamente e não como os homens se conduzem de fato. Como *deve ser* a conduta humana e não como ela *é*.

Assim, a norma jurídica não pretende demonstrar como *é* a realidade, mas como ela *deve ser*:

Dizer que uma norma é válida para certos indivíduos não é dizer que os indivíduos efetivamente se conduzem de certo modo; porque a norma é válida para esses indivíduos mesmo que eles não se conduzam desse modo. A distinção entre o “dever ser” e o “é” é fundamental para a descrição do Direito.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 193.

<sup>108</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op cit.* 2003. p. 85.

<sup>109</sup> Sobre lógica formal, que ampara o pensamento positivista e o formalismo em Kelsen: “(...) pode ser considerada como um dos sistemas de redução do conteúdo, através do qual o entendimento chega a 'formas' sem conteúdo, a formas puras e rigorosas, nas quais o pensamento lida apenas consigo mesmo, isto é, com 'nada' de substancial”. “(...) toda parcela do conteúdo da vida, do pensamento, da experiência, por menor que seja, pode ser infinitamente analisada”. (LEFEBVRE, Henri. **Lógica formal/lógica dialética**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.p. 74-75; 162). Também sobre o pensamento jurídico e os princípios da lógica formal: KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 313-349.

<sup>110</sup> KELSEN, Hans. *Op cit.* 1986. p. 52.

Não é objetivo do Direito descrever a realidade social, mas prescrever como deve ser a conduta dos indivíduos em sociedade. Se a norma positiva estipula uma certa conduta a ser seguida, significa que os indivíduos devem se comportar daquela maneira, não quer dizer que todos efetivamente se comportem como deveriam.

Kelsen propõe uma análise fundamentada na ordem jurídica positiva, a exemplo da jurisprudência analítica. Diferente da Sociologia do Direito, desconsidera toda influência externa ao Direito positivo. Sua teoria monista elimina o dualismo entre direito e justiça e entre direito objetivo e direito subjetivo, abolindo-o definitivamente entre Direito e Estado. Mais que isso, Direito e Estado são necessariamente idênticos, se confundem. O Estado é personificação da ordem jurídica.

Entende que é tendência ideológica dar aparência de justiça ao Direito. Uma ordem jurídica não pode ser considerada justa, diante das várias concepções culturais do que seja considerado justiça, designada sob critérios subjetivos de valor: “justiça é a felicidade social”, ou supõe que se procure concretizar a “maior felicidade possível ao maior número possível de indivíduos”, o que parece impossível alcançar. Ao contrário, a definição de “justiça” definida como “legalidade” afasta o problema da justiça dos julgamentos subjetivos de valor e lhe atribui segurança jurídica, no que se refere à sua aplicação.<sup>111</sup>

Considerando que a ordem social possui suas vertentes na formação religiosa (em dogmas), busca estabelecer a ordem social mediante propostas de vantagem no caso de obediência e ameaça de punição em caso de desobediência. As reações condizentes com as recompensas e vantagens são facilmente assimiladas e associadas à aprovação geral, enquanto a transgressão à ordem é sujeita ao método de obtenção do comportamento socialmente desejável, ou à técnica da punição: “ameaça de aplicação de um mal no caso de comportamento contrário”, ou seja, sanções aceitas e organizadas socialmente, previstas na ordem jurídica.<sup>112</sup>

A sanção é interpretada como reação da comunidade, constituída pela ordem jurídica, contra o delito. Nesse sentido, o Direito é uma ordem coercitiva. O uso da

---

<sup>111</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.20.

<sup>112</sup> KELSEN, Hans. *Idem*. 2000. p. 25-27.

força é monopolizado pelo Direito em face da conduta delituosa de certos indivíduos, ao transgredirem a norma jurídica. Trata-se de compulsão psíquica: “o sujeito é compelido a obedecer a lei”<sup>113</sup>. A aplicação da ordem coercitiva do Direito por meio de uma técnica específica prevê uma sanção para quem não cumpre seu dever. Depende do próprio ordenamento jurídico conferir poder ou competência a um indivíduo para assim proceder ao aplicar a sanção.

O essencial é que a norma seja válida.

A validade de uma ordem jurídica, considerada como um sistema fechado de normas depende de sua eficácia, ou seja, a conduta das pessoas em geral *deve ser* de acordo com o ordenamento tomado como um todo. Não significa que a validade de uma norma tomada isoladamente dependa da mesma eficácia. A validade de uma ordem jurídica subsiste ainda que haja normas que nunca tenham sido aplicadas, desprovidas de eficácia, consideradas válidas somente pelo fato de terem sido criadas da maneira prescrita pela ordem jurídica.

A validade não resulta do conteúdo da norma, mesmo que seu conteúdo esteja em oposição a um valor moral ou de qualquer outro valor, será tomada como válida se estiver inserida no ordenamento. O único Direito válido é o Direito positivo. Sua positividade reside no fato de que provém necessariamente de um ato criado por autoridade jurídica, independente de valoração<sup>114</sup>.

Validade é, pois, a específica existência da norma positivada.<sup>115</sup> Sua validade é determinada em relação à primeira Constituição, da qual depende a validade de todas as normas que pertencem à mesma ordem jurídica. Se esta primeira Constituição é válida, todas as normas criadas conforme as suas disposições são também consideradas válidas.

Para determinar qual o fundamento de validade da Constituição da qual depende a validade das normas e os atos jurídicos baseados nestas normas, reporta-se até a mais antiga Constituição, historicamente a uma primeira Constituição. A validade dessa primeira é a pressuposição última de validade da atual, o pressuposto do qual

---

<sup>113</sup> KELSEN, Hans. *idem*. 2000. p.33.

<sup>114</sup> KELSEN, Hans. *Idem*. 2000. p.166.

<sup>115</sup> KELSEN, Hans. *Op cit*. 1986. p. 3.



depende a validade de todo o ordenamento jurídico de uma nação.

Esta é a norma fundamental de uma ordem jurídica:

(...) A norma fundamental é apenas uma pressuposição necessária de qualquer interpretação positivista do material jurídico.  
A norma fundamental não é criada em um procedimento jurídico por um órgão criador de Direito. Ela não é – como é a norma jurídica positiva – válida por ser criada de certa maneira por um ato jurídico, mas é válida por ser pressuposta como válida; e ela é pressuposta como válida porque sem essa pressuposição nenhum ato humano poderia ser interpretado como um ato jurídico e, especialmente, como um ato criador do Direito.<sup>116</sup>

As diversas normas de um sistema jurídico se referem à norma fundamental, o que significa demonstrar a maneira que foram criadas. A vontade da primeira autoridade constituinte deve ser considerada como pressuposto de validade e, sobre a hipótese da norma fundamental, se sustenta o ordenamento jurídico.

A regra segundo a qual são criadas as normas jurídicas, estão fundadas na norma fundamental. Dela mesma deriva o princípio de sua criação. É, portanto, o ponto de partida de todo procedimento e seu caráter é essencialmente formal e dinâmico. O conteúdo da norma será determinado em cada caso por um ato particular que não é uma operação mental, senão um ato de vontade.

Se o Direito é uma “ordem coercitiva”, uma atividade normativa manifestada num sistema de normas válidas, formais e de caráter sancionador, enquanto sistema de normas, todas as normas têm por origem, a norma fundamental, que remete à hipótese de uma norma fundante básica, pressuposta como válida. Assim Kelsen justifica o sistema normativo, que tira sua legitimidade exclusivamente do poder do Estado. Todo ato de coação deve ser cumprido em respeito às condições estabelecidas pelos órgãos aos quais se tenha delegado o poder de criá-los.

O Estado, por sua vez, é uma ordem jurídica que se identifica com o Direito. É uma ordem coativa, uma organização política, definido como corporação e, portanto, pode ser utilizado para cumprir os objetivos que considerem necessários, até mesmo recorrendo à força. “O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o

---

<sup>116</sup> KELSEN, Hans. *Op cit.* 2000. p. 170.

Direito”. Nessa perspectiva, o Estado se confunde com o próprio sistema jurídico.<sup>117</sup>

Encontra-se estabelecido em lei o que é Direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente, que deve apresentar determinadas características formais. Primeiro, as normas vigentes devem seguir uma ordem visível e controlável, na estrutura sistemática de proposições jurídicas claramente analisadas. Em segundo lugar, a forma abstrata e geral da lei, não configurada para contextos particulares e especiais ou destinatários determinados, confere ao sistema de direitos uma estrutura uniforme.

Então, para atender aos propósitos da divisão de Poderes, a vinculação da justiça e da administração, a lei garante uma aplicação ponderada e uniforme ao processo, bem como a implementação confiável dessas normas.

### 2.3 A QUESTÃO DAS LACUNAS

A partir de Descartes a maioria das teorias científicas busca o raciocínio matemático, inclusive no Direito e nas ciências humanas, de tal modo que os positivistas e normativistas propõem numerosos tratados de metodologia jurídica a partir do século XVII. Para os positivistas, as regras de direito se unem num conjunto sistemático em razão de sua forma e de seu modo de produção, de conteúdo avaloriativo. Na Dogmática a dedução tem papel central no sistema jurídico, principalmente na fase de aplicação do Direito às situações concretas, na passagem da norma para a decisão judicial.

As grandes obras da doutrina jurídica a partir da Idade Moderna cultivam o método lógico-dedutivo para a elaboração de um corpo de regras jurídicas. O judiciário deve aplicar a norma dedutivamente a partir do sistema, seja ele codificado, nas grandes obras da doutrina, seja baseado nos textos de lei. O Direito é entendido como um conjunto de normas positivas. A interpretação dos conceitos e dos juízos

---

<sup>117</sup> KELSEN, Hans. Idem. 2000. p. 273.

teria, assim, papel auxiliar e secundário.

No entanto, múltiplos fatores externos demonstraram a incompletude do sistema e forçaram a uma sistematização das interdependências externas em interdependências internas e fechadas. Para obter uma unidade das normas a partir de princípios dos quais elas foram deduzidas, a Dogmática hermenêutica passa a desenvolver fórmulas cognitivas, operacionais e organizatórias, capazes de elucidar o sentido da norma e dar ao sistema, meios para controlar a complexidade das transformações sociais de modo a serem orientadas ao controle interno: “Isto se obtém pelo estabelecimento de alternativas de decisão através de construções dogmáticas, ligando às alternativas certas conseqüências possíveis”.<sup>118</sup>

Assim, o modelo hermenêutico torna-se instrumento de integração do Direito, à medida que as transformações sociais passam a exigir uma reavaliação dos fins propostos numa determinada legislação, ampliando a sua temporalidade. Além disso, a Dogmática é capaz de voltar-se para as conseqüências como critério do justo/injusto ou do jurídico/antijurídico, ampliando as incertezas, mas mantendo-as sob controle. É nesse sentido que Tércio Sampaio Ferraz Junior aponta a questão das lacunas como “importante invenção dogmática que permite uma orientação da decidibilidade para o mundo circundante, mas de modo controlado”.<sup>119</sup>

Para alcançar este objetivo, a teoria da interpretação jurídica tem como pressuposto básico a inegabilidade dos pontos de partida, que se expressa modernamente pelo postulado do domínio da lei e do corolário da certeza.

Nestes termos, a função da hermenêutica em caso de lacuna é permitir à Dogmática persuadir, do ângulo argumentativo, o caráter de procedimento que busca uma decisão mais favorável entre aquelas possíveis no próprio sistema. O conceito de lacuna alarga o campo da positividade a partir dele próprio. A constatação da lacuna significa que cabe ao jurista uma avaliação global e exige dele uma decisão justa naquele caso. Primeiro, se constata a existência da lacuna, depois ela deve ser preenchida. No entanto, o preenchimento pelo uso destes instrumentos integradores não elimina a lacuna, que continua a subsistir, pois apenas um dispositivo legislativo

---

<sup>118</sup> FERRAZ JR. *Op cit.* 1978. p. 148-149.

<sup>119</sup> FERRAZ JR. *Idem.* 1978. p. 155.

pode completar.

Para isso, a concepção do ordenamento todo deve ser baseada em princípios reguladores da atividade interpretativa, que dêem sentido às normas e ao sistema em si.

Extrai-se dos modelos dogmáticos, que as técnicas analíticas procuram estabelecer regras gerais, estruturadas logicamente, que se constituem em pontos de apoio formais, visando prevenir eventuais incompatibilidades, isto é, agem *a partir* do sistema *para* o mundo circundante. Enquanto as técnicas teleológicas (hermenêuticas) partem *das* conseqüências *para* o sistema. À medida que os conflitos e incompatibilidades se apresentam, as normas e as noções jurídicas que sustentam o sistema são repensadas e interpretadas, na busca de encontrar o sentido para uma solução mais eqüitativa naquele caso.

## 2.4 CRÍTICAS AO POSITIVISMO LEGAL

A partir da segunda metade do século XX, a consolidação das teorias normativistas e sua rígida separação da ética e da moral começam a ser questionadas devido a intensas mudanças das condições políticas, sociais, científicas e tecnológicas.

Da mesma forma, o Direito busca uma reestruturação, principalmente após duas grandes guerras mundiais. O dilema presenciado na Ciência Jurídica tradicional é o mesmo sintoma de desgaste e esgotamento vivenciado pelas ciências humanas em um contexto geral, onde a necessidade de mudança, mesmo sem estar na pauta principal da ideologia dominante, se fazia necessária em razão de conflitos políticos e sociais desencadeados pela complexidade social.

As verdades e os dogmas que circundaram durante séculos todas as formas de conhecimento instituídas pelo pensamento dominante já não eram suficientes para apaziguar a inquietude do modelo liberal-burguês-capitalista frente às mudanças constantes e inesperadas vivenciadas pelo estágio civilizatório da modernidade.

O positivismo predominante nas ciências sociais do século XIX até o século XX, o modelo mecanicista de formação, a escola normativista e instrumental nas ciências de um modo geral, já não coadunam com as necessidades imploradas pela humanidade, de forma que abriram espaço para a reflexão de formas alternativas de referência e legitimação. A Dogmática é vista como “a matemática das ciências sociais”.<sup>120</sup>

Isso transposto para o mundo jurídico, permite consignar que a estrutura normativista do moderno Direito positivo por inúmeras vezes não consegue atender ao universo complexo e plural das atuais sociedades, que passam por novas formas de produção de capital, por profundas contradições sociais e instabilidades que refletem crises de legitimidade e crises na aplicação da justiça.

O movimento de descontinuidade e de “desconstrução” dos paradigmas que fundamentaram a modernidade, se acompanhada no tempo a direção destas mudanças, verifica-se que a emergência de tendências filosóficas focadas no Direito é cada vez maior.

A atenção do pensamento filosófico se impõe a repensar novos termos para a justiça, a democracia e a emancipação humana sob o viés de uma nova razão, e propõem teorias construtivistas e de caráter pragmático, cuja principal diferença consiste em modelar práticas humanas a partir da argumentação, do diálogo, ou formadas em consonância entre o Direito e a Ciência, num debate sobre o regime jurídico instaurado com as Constituições modernas e os novos instrumentos por elas criados.

Na filosofia política, uma das grandes críticas provém de Jürgen Habermas, para quem as “qualidades formais”, que fundamentam a racionalidade do Direito, são racionais, mas moralmente neutras, onde a estruturação sistemática da estrutura do Direito depende: a) da racionalidade científica de especialistas; b) de leis públicas, abstratas e gerais que assegurem, em termos de fins, a espaços de autonomia privada; e, c) da institucionalização de processos para o emprego e implementação de leis,

---

<sup>120</sup> Alexy, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001. p. 242.

possibilitando a ligação entre fatos e consequências jurídicas.<sup>121</sup>

Diferente de Kelsen e de Weber<sup>122</sup>, as qualidades formais do Direito só podem oferecer argumentos legitimadores à luz dos princípios dotados de conteúdo moral.

Os procedimentos oferecidos pela teoria moderna da justiça visam aliar o aspecto moral quando procuram garantir a validade dos resultados obtidos conforme o processo juridicamente institucionalizado, nos quais se permite constatar se uma decisão surgiu conforme as regras ou não. No entanto, trata-se apenas de um “discurso moral”, pois não interessa saber se algo foi julgado sob o ponto de vista moral, mas mediante critérios objetivos procedimentais, na garantia da segurança jurídica do/no processo.<sup>123</sup>

A racionalidade da ciência e da técnica em si mesma, não se caracteriza como prejudicial, mas possui a capacidade de contribuir para a autoconservação da humanidade. Portanto, Habermas não se posiciona radicalmente contra a racionalidade instrumental desde que sua organização e a escolha de meios sejam adequadas para atingir determinados fins.

A ciência, inicialmente concebida para emancipação do homem e a satisfação de necessidades materiais da vida, se transformaram em meio de dominação pelo capitalismo, escravizando os homens com a tecnologia e subjugando-os à crescente aceleração dos modos de produção. O uso dessa ciência, aliada à técnica moderna busca a produção de mercadorias com valor de troca, que gerem lucro. Entretanto, visando desativar o conflito entre classes, o próprio sistema garante a liberação de recursos que satisfaçam as necessidades básicas dos trabalhadores, bem como algumas de suas reivindicações, entre estas, o acesso também à ciência e à tecnologia.

Nesse processo, ao inserir a ciência e a técnica no discurso do desenvolvimento econômico e do progresso, torna-se a “ideologia tecnocrática” um meio de legitimar as atitudes do Estado, passam as questões políticas não mais a serem

---

<sup>121</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 1997. v. 2. p. 196-202.

<sup>122</sup> Para Weber, o “Estado racional apresenta-se como grupo de poder em forma institucional, provido do monopólio da violência legítima”, onde a burocracia é elemento essencial para a estrutura de dominação do quadro administrativo, perante a sociedade. (MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2003. p. 55).

<sup>123</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op cit.* 1997. p. 207.

resolvidas à base de negociações e lutas, mas tecnicamente, de acordo com o princípio instrumental de meios ajustados a fins. A ciência e a técnica modernas, vistas como “neutras” na perspectiva weberiana, ao legitimar o Estado capitalista teria assim a função última de manter as desigualdades entre as classes sociais, mas para Habermas, a legitimação do Estado, no entanto, não se deve apenas à moderna ciência e técnica, também compreende o intervencionismo estatal.

O modelo de Direito formal burguês cristalizado em torno da lei abstrata e geral e na racionalidade procedimental, nestes moldes, garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme um procedimento, já que no moderno sistema jurídico é central o conceito de processo institucionalizado. Seu conteúdo traz não apenas normas diretas de comportamento e sanções, mas também normas secundárias, de organização e de autorização, que servem para institucionalizar processos administrativos e judiciais.

A lógica liberal do Estado de Direito é determinada pela forma da lei pública, abstrata e geral, onde fica assegurada a previsibilidade de se alcançar a justiça independente de uma administração eficaz.

Ao assegurar o “progresso econômico” e o bem-estar através da ciência, da técnica e de ações econômicas e políticas, garante a sua legitimação, mas turva a consciência da classe explorada, imobilizando os conflitos sociais. A essa substituição da política pela técnica Habermas chama de “colonização do mundo da vida”<sup>124</sup> pelo sistema econômico.<sup>125</sup>

Avaliando a dinâmica do período entre o século XVIII e XIX, como apogeu do liberalismo e a época na qual o capitalismo se organizou, Habermas, destaca o movimento dialético que ocorre a partir do final do século XIX, agora em sentido inverso, modificando significativamente a base da separação entre Estado e sociedade para a decadência da dimensão pública: a esfera pública passa a atuar em esferas cada vez mais extensas da sociedade e, ao mesmo tempo, perde a sua função política,

---

<sup>124</sup> “Mundo da vida”, para Habermas, é a vida social e privada, o senso comum, que utiliza uma linguagem natural, cotidiana, não especializada, enquanto o sistema emerge de uma linguagem especial, técnica, e se diferencia da linguagem comum da sociedade. (HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**: estudo filosófico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1990, p.24).

<sup>125</sup> FREITAG, Bárbara (org.) **Habermas**: Sociologia. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1988, p. 96.

oscilando entre o modelo liberal e o modelo socialista, mas nenhum deles se apresenta como adequado para diagnóstico de uma dimensão pública nesse período.<sup>126</sup>

O Direito passa então por uma trajetória paradigmática, acompanhado pelo Estado Liberal e as ambições capitalistas.

O fortalecimento do capital, com os sagrados mandamentos do livre mercado, impunha ao Estado funções e medidas que assegurassem a autonomia privada para o desenvolvimento do capitalismo. Durante quase cem anos o Estado Liberal, a serviço do setor privado, mantinha estáveis as relações entre esfera pública e esfera privada, tendo em vista que a esfera pública burguesa mantinha uma aparente neutralidade em relação ao poder, mas que, na realidade, o poder concentrava-se na esfera privada burguesa, no controle do mercado. A forte tendência a oligopólios aumentou a desigualdade das diferentes classes e desencadeou uma legislação em prol dos que reclamavam pela assistência do Estado, como por exemplo, a legislação antitruste, nos Estados Unidos e contra cartéis, na Alemanha.

O Estado passa a intervir em questões que até então eram de competência da autonomia privada, em nome dos interesses das grandes massas que se pronunciavam quanto à dominação de classes, mas uma intervenção que visava também mantê-los sob controle, satisfeitos quanto a suas reivindicações e necessidades, para restabelecer o equilíbrio social.<sup>127</sup>

Com o desenvolvimento de um Estado intervencionista por meio das normas de um Direito Social, com vistas a proteger o lado mais fraco nas relações privadas, sem contudo, romper com o ideário do liberalismo, mas num movimento de continuidade, desencadeou na *publicização do Direito Privado e privatização do Direito Público*:

Com a ‘fuga’ do Estado para fora do Direito Público, com a transferência de tarefas da administração pública para empresas, estabelecimentos, corporações, encarregados de negócios semi-oficiais, mostra-se também o lado inverso da publicização do Direito Privado, ou seja: a privatização do Direito Público. Os critérios básicos do Direito Público tornam-se caducos uma vez que a administração pública se utiliza de meios do Direito Privado

---

<sup>126</sup> FREITAG, Bárbara. Ibidem.

<sup>127</sup> FREITAG, Bárbara. idem. 1988. p. 169-177.



mesmo em suas funções de distribuir, prover e fomentar.<sup>128</sup>

A evolução jurídica, nestes termos, foi decorrente da crítica socialista ao caráter meramente formal do Direito Privado, que não permitia iguais chances de êxito econômico a todos os sujeitos de direito, muito pelo contrário, resultou na subordinação de uma classe a outra e numa crescente desigualdade econômica, ao privilegiar a classe dominante.

A lógica liberal do Estado de Direito era então determinada pela forma da lei abstrata e geral, onde ficava assegurada a previsibilidade de se alcançar a justiça independente de uma administração eficaz.

As intervenções estatais tinham para os economistas burgueses um caráter simplesmente conjetural, aparente, que interessava à ideologia liberal, estruturada na livre concorrência como norma de mercado, que recusava intervenções nas bases econômicas. O Estado, ao marcar presença na administração da economia nacional estaria defendendo os interesses da própria nação e mantendo o equilíbrio do mercado internacional. Sendo assim, o Estado Liberal mantém a forma de produção capitalista, assegurando o poder de uma elite, detentora do capital e dos meios de produção, sobre uma classe explorada, provedora da força de trabalho, mediante seu moderno aparelho de dominação, onde o poder político é legitimado pelo Direito.<sup>129</sup>

O Direito de propriedade e o contrato ficam então, sujeitos a limitações e obrigados a cumprir “função social”. As normas do Direito positivo amparam regras sociais. O Estado Democrático de Direito instaura garantias que asseguram intervenções em defesa da parte menos privilegiada nas relações de trabalho, de inquilinato, na propriedade dos meios de produção, na liberdade de contratar, de empreender e negociar, enfim, uma forma de invasão na autonomia privada tão defendida pelo liberalismo.

Habermas identifica duas crises, a de *racionalidade*, advinda das dificuldades na otimização da produtividade, na maximização de lucros e na atuação do mercado internacional, e a crise de *legitimação*, resultado da falência institucional e da

---

<sup>128</sup> FREITAG, Bárbara. *idem*. 1988. p. 180.

<sup>129</sup> HABERMAS, Jürgen. *Op cit.* 1997. v.2, p. 237.

capacidade de atender as exigências sociais e administrar com sucesso o mercado de trabalho, o que traz como conseqüência severas alterações em sua estrutura.

Modificam-se os contextos sociais, onde o indivíduo recebe o status de sujeito de Direito, o que não significa que todos os Direitos invocáveis se refiram à autonomia e proteção da vida privada. O primado da Constituição democrática sobre o Direito Privado determina a partir daí o conteúdo normativo dos Direitos Fundamentais que provocaram uma tomada de consciência acerca da mudança de paradigmas, levando à interpretação da relação entre autonomia privada e cidadã no âmbito de referências recíprocas e não mais num contexto de confronto ou imposição.

Se no modelo liberal a supremacia de uma sociedade de Direito Privado favorecia a desigualdade, onde o individualismo imperava, contingente e oscilante, e o Direito atribuía a responsabilidade pelas conseqüências de suas decisões às partes envolvidas; a sociedade era vista como força espontânea.

Constata o filósofo a diferença dos modelos de interpretação como um deslocamento da perspectiva. Dois paradigmas concentram-se nas implicações normativas do funcionamento social de um status negativo protegido pelo Direito e procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos à liberdade ou se a emergência ou surgimento da autonomia privada tem que ser assegurada através da garantia de prestações sociais.<sup>130</sup>

Ao tratar das dimensões da moral e do Direito, Habermas 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 se alcançar a proposta idealizada por Habermas, é preciso desenvolver um núcleo racional, no sentido prático-moral ou na razão prática kantiana, no interior do discurso jurídico, o que só é possível ao observar-se como a idéia de imparcialidade da fundamentação das normas e da aplicação das regulamentações desenvolve uma

---

<sup>130</sup> HABERMAS, Jurgen. Idem. 1997. v.2, p. 145-146.

relação construtiva entre o Direito vigente, os processos legislativos e os modos de aplicação do Direito na realidade social.

Visando tal objetivo, propõe uma teoria procedimental da justiça, onde os processos comunicativos revelam-se vitais, sendo que estes ocorrerão, 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 na medida em que a ordem jurídica possa reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do Direito, ou seja, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais.

Essa forma de entrelaçamento, diante das relações que se estabelecem entre Direito e Estado, segundo o entendimento de Habermas<sup>131</sup>, o Direito possui um aspecto instrumental diverso das normas morais, as quais possuem sempre um fim em si mesmas. De modo diverso, as normas jurídicas também se prestam como meios para atingir fins políticos, quando precisam do Direito para a efetivação de programas políticos, bem como para a regulamentação de políticas públicas.

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

Não obstante essa constatação, Habermas reconhece que a teoria sistêmica não nega, necessariamente, o fenômeno comunicativo que é gerado no interior dos aparatos parlamentares e tampouco sua influência sofrida pela esfera pública política, mas, segundo ele, as descrições de Luhmann destes fenômenos são apenas constatações da impotência do poder comunicativo. Isto 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

---

<sup>131</sup> HABERMAS, Jürgen. Idem. 1997. p. 218.

pela garantia da legalidade, o sistema Político apóia-se apenas na sua auto-referência, extraindo de si próprio tudo o que lhe é necessário a fim de legitimar-se.

Pelo que se observa a respeito dessa descrição da teoria sistêmica, elaborada por Habermas, cabe destacar na formulação de sua crítica a afirmação de que, no modelo teórico de Luhmann, o sistema jurídico funciona como sistema parcial, que por produzir-se a si próprio, somente elabora informações exteriores na medida do seu próprio código.

A tese habermasiana sustenta um percurso evolutivo da Constituição a partir de um complexo mecanismo baseado em processos de variação, seleção e estabilização adequadas às mudanças 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 aumento e variação de complexidade deste.

Estas implicações entre Direito, política e seus parâmetros de fundamentação, são abordados por Habermas a partir, precisamente, do prisma da legitimidade e não como forma de solucionar o funcionamento de sistemas fechados. Entretanto, esta interação não se resolve, em termos de garantias de legitimidade ou soluções de paradoxos reciprocamente distribuídas, sem considerar para tanto, uma base de fundamentação moral.

Explicitando melhor esta questão, ainda na esteira da concepção paradigmática habermasiana, com o advento da Modernidade, o Direito correria o risco de reduzir-se à política caso suas normas estivessem apenas condicionadas às ordens do legislador político.

Caso isto ocorresse, o próprio conceito do político se diluiria. 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.

Novos cenários projetam a contemporaneidade para uma explosão de subjetividade e de uma fragmentação social. Há uma verdadeira avalanche de possibilidade de inovações e evidências até então encobertas. Uma espécie de

“represamento teórico” que proporciona um conflito entre os novos modelos do Direito e a velha ordem que estandardiza cidadãos ordeiros e cumpridores da lei e das normas sociais, ansiosos ao reconhecimento e concretização de seus Direitos Fundamentais em contextos sociais razoavelmente duradouros e ordenados.

Situação análoga se percebe ao observar-se esta questão sob o prisma interno ao Direito e 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, tornar-se-ia por demais difusa.

Isso ocorreria em razão de que, sob tal contexto, perder-se-iam os pontos de vista legitimadores, os quais equacionam o sistema jurídico visando manter uma estrutura de irradiação do Direito.

Sob essa nova roupagem, a moralidade abandona todos os seus conteúdos normativos pré-determinados e sublima-se em processos de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos. É precisamente nessa relação dinamicamente concebida que Direito e moral, procedimentalizada pela técnica científica, podem controlar-se mutuamente.

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

Estas questões definiriam, entre outras coisas, os parâmetros de discricionariedade na atuação dos poderes Legislativo e Executivo, constituindo, assim, um campo de problemas dificilmente detectáveis pelo Judiciário, pois estariam protegidos por juízos subjetivos atinentes a questões “extrajurídicas”, que podem ser políticas, econômicas, morais ou culturais. Diante dessa problemática, destaca-se o

aumento da complexidade social que não mais comporta uma forma de tratar seus problemas a partir de critérios simplistas, isolando cada conflito social a ser equacionado e decidido pelo Direito, transformando-os em questões nômades despidas de fatores políticos, éticos, culturais ou econômicos. Portanto, Habermas expõe suas matrizes teóricas, ao se debruçar sobre o fenômeno do Direito e seus entrecruzamentos com os campos da Moral e da Política.

Em situações que ocorrem nos limites, nas fronteiras entre uma ou outra das esferas constitucionais de atividade – legislativa, executiva e judiciária – não claramente explicitadas, pode haver possibilidades de entrecruzamento e graus de influência da esfera de competências de um poder estatal sobre o outro. Pode haver distorções, por exemplo, quando se procura estabelecer critérios para orientar o tratamento de questões políticas, econômicas ou mesmo do campo da razão prática a serem abordadas em decisões judiciais e seus respectivos limites de interferência em assuntos cuja competência precípua é dada ao Executivo ou Legislativo ou também quando essas decisões se remetem a dimensões consideradas como externas ao Direito tais como a dimensão dos valores morais.

Analisando esse fenômeno, Habermas constata que, nos discursos jurídicos, o encaminhamento argumentativo de questões práticas e morais é domesticado, em certo sentido, pela institucionalização do Direito sob o qual as questões morais são desconsideradas. Isto é, 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.<sup>132</sup>

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 para a entrada de uma racionalidade moral e procedimental nos âmbitos do Direito e da Política e sendo que não será possível o

---

132 HABERMAS, Jürgen. *Op cit.* 1997. v. 2. p. 223.

advento de um Direito autônomo sem a consolidação da democracia como modelo de organização social e política.

### **CAPÍTULO III**

#### **RECONSTRUÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO**

Na esteira dos apontamentos tecidos sobre o sistema jurídico das famílias romano-germânicas, busca-se formular um quadro que sirva de suporte à reflexão sobre a tensão que continuamente persistiu em permear as relações entre o Direito e a realidade social.

Uma visão sob esse prisma visa compreender o papel do Direito frente às mudanças nas bases do conhecimento científico, da política e diante da complexidade social nesse processo de reconstrução, para o qual impõe-se uma revisão dos estudos que orientaram o fortalecimento de novas concepções do Direito no pós-positivismo, principalmente a partir do século XX.

A Ciência Jurídica, que partiu do pensamento prudencial romano foi conduzido à normatividade como doutrina preponderante durante os séculos XIX e meados do século XX. Apesar de fartamente criticado e constantemente objeto de discussão durante os últimos séculos, o positivismo jurídico se consolidou como um desdobramento do liberalismo. Seu maior intento foi racionalizar as atividades do Estado frente à normalização da conduta a ser observada pelos indivíduos na

sociedade<sup>133</sup>.

Num movimento de transição paradigmática, tanto o conceito de Estado quanto o de Direito tiveram profundas alterações em suas concepções. Sofreram transformações e se firmaram de diferentes maneiras no Ocidente. Mesmo assim, o primado da *lei*, tomada em aspecto formal, própria do Direito positivado, ainda se constitui no principal instrumento de poder no Estado de Direito. Bem como as matrizes do liberalismo continuam a servir de postulados básicos ao Estado, o que configura “uma grande conquista da civilização liberal”.<sup>134</sup>

O Estado de Direito, assim definido na modernidade, surgiu como manifestação da elaboração histórica das idéias e instituições burguesas e da indispensável necessidade de limitar racionalmente o poder do Estado a fim de promover segurança jurídica à sociedade.

Para José Afonso da Silva, o próprio termo “Estado de Direito” era um conceito tipicamente liberal, cujas características básicas eram:

(...) a) *a submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*.<sup>135</sup>

O pensamento liberal defendia a idéia de que o mercado – e não o Estado, deveria ser o único alocador de salários e capital, além da desregulamentação nas relações privadas, previa a derrubada de barreiras comerciais, a livre circulação de

---

133 Referimo-nos aqui à visão foucaultiana de “normalização”. Foucault utiliza como exemplo de domínio a forma da cidade operária do séc. XIX, para demonstrar que o elemento que circula entre a tecnologia disciplinar do corpo e a tecnologia de controle da população é a norma: “A norma é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar”. A idéia de “normalização” vai unir a disciplina ao controle, com a finalidade de regular a vida. (FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 302). Buscar também as obras *Vigiar e Punir*: a história da violência nas prisões e *Microfísica do Poder*.

134 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 113. No mesmo sentido, ROCHA: Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 79.

135 SILVA, José Afonso da. Idem. p. 112-113.



bens e a troca de força de trabalho por capital. O mercado é capaz de se “auto-regulamentar” e a intervenção do Estado é mínima.

As bases da doutrina liberal sustentavam-se na livre troca da força de trabalho por salário, que possibilitava a conversão da riqueza em capital, transformando a produção em acumulação de capital. Ou seja, sua maior contribuição foi o fortalecimento do capitalismo (ou sistema capitalista), principalmente nos países imperialistas, nos quais a sociedade privada buscava abrir mercados, privatizar a propriedade e ampliar as relações comerciais.<sup>136</sup>

Alguns países como Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha e Japão, chamados por James Petras de “países de desenvolvimento tardio”, resistiram durante mais tempo ao liberalismo e buscaram instaurar inicialmente o mercado interno, com a industrialização nacional, amparados pelo Estado mediante políticas populistas e protecionismo estatal. O liberalismo se instaura nesses países sob outras condições, já no século XX, sob a forma de um “neoliberalismo”.

Naquelas nações que adotaram o pensamento liberal como meio de ampliar suas fronteiras comerciais já no século XIX, em virtude do colapso do liberalismo em escala mundial que perdurou de 1930 a 1970, somente desenvolveu-se o “capitalismo de Estado” no século XX, visando diversificar a economia e fortalecer a indústria nacional.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, ao discorrer sobre o princípio da juridicidade ou da legalidade administrativa, distingue Estado de Direito formal de Estado de Direito material, nessa transição secular. No primeiro, a fonte primordial do Direito era a lei formal, que aproveitou do liberalismo o primado da forma sobre o conteúdo, no qual a Justiça também era meramente formal, tendo em vista que a previsão dos direitos e garantias constitucionais não bastava para assegurar sua efetividade.

---

136 PETRAS, James. Os Fundamentos do Neo-Liberalismo. OURIQUES, N.D.; RAMPINELLI, W.J. (Org.) No Fio da Navalha: crítica das reformas neo-liberais de FHC. São Paulo: Xamã, 1997. p. 16. Afirma o autor, que o liberalismo teve seu auge no século XIX, veio a sucumbir com a eclosão da Primeira Guerra Mundial e, posteriormente, com o colapso do capitalismo durante a década de 1930. Não se pretende fazer referência ao neoliberalismo. A questão é pertinente somente pelo fato de que, pelo exposto, o pensamento liberal foi acolhido de modo diferente em alguns países da Europa, nos Estados Unidos e Japão, mas mantinha os mesmos objetivos: garantir a propriedade privada e fortalecer o sistema capitalista. O ressurgimento do liberalismo, chamado de “neoliberalismo”, ocorre num outro contexto econômico e social, por isso seus efeitos são diferentes.

Sendo assim, no decorrer do século XX, diante das tantas injustiças praticadas sob o amparo de uma *legalidade formal*, surge o Estado de Direito *material*, “no qual o conceito e a realização concreta da Justiça buscam tornar eficazes os direitos fundamentais entendidos ou submetidos no sistema jurídico adotado”.<sup>137</sup>

A lei formal não deixa de ser elemento de segurança jurídica, apenas não é um fim em si mesma, nem a única fonte do Direito, do mesmo modo que não significa a justeza do sistema à justiça buscada pelos indivíduos, apenas se justifica pelo fato de que o Direito formal do sistema jurídico seja também a realização do Direito material.

A Ciência Jurídica não se limita a explicar os fenômenos sociais. Pela normatividade, o Direito reveste-se de imperatividade para desempenhar dupla função, a de organização do Estado e de normatização do comportamento dos indivíduos: função política e função jurídica.

Definir valores a serem legalmente protegidos e os fins a serem buscados é uma questão política. Mas tal decisão transforma-se em questão jurídica logo após consumada pelo órgão próprio, pois se exterioriza, formalizada pela via do Direito, que irá então moldar a realidade social. Desse modo, cabe às normas jurídicas a organização do poder estatal e o delineamento dos esquemas de conduta a serem seguidos.

As regras de direito, portanto, consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser. O Direito elege determinadas categorias de fatos humanos ou naturais e qualifica-os juridicamente, fazendo-os ingressar numa estrutura normativa. A incidência de uma norma legal sobre determinado suporte fático converte-o em um fato jurídico. Identificam-se, por conseguinte, como realidades próprias e diversas o mundo dos fatos e o mundo jurídico.<sup>138</sup>

Para ingressar no mundo jurídico, há elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma, pelos quais se avalia a existência, validade e eficácia dos atos jurídicos.

O desenvolvimento do Estado moderno foi marcado pela expansão do Poder

---

137 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Op cit.* 1994.

138 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 81.

Executivo e do primado da lei. A lei civil codificada atendia plenamente aos propósitos da classe burguesa. Com a codificação, a legalidade chega a assumir a posição central do direito estatal positivado, pautado na estabilidade do direito aplicável de modo seguro pelos juízes. Eram os códigos e não as constituições que fixavam os princípios gerais do direito, remetendo o texto constitucional à categoria de simples “lei orgânica dos poderes políticos”.<sup>139</sup>

Para Gustavo Tepedino, ao longo do processo de industrialização na segunda metade do século XX, emergem doutrinas reivindicacionistas e movimentos sociais são instigados pelas dificuldades econômicas que realimentavam a intervenção estatal no setor privado. Principalmente após a Segunda Guerra, princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada são inseridos nas Constituições, que assumem compromissos a serem regulamentados pelo legislador ordinário, “invadindo” os limites da autonomia privada.

### 3.1 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Diante da “inversão hermenêutica”, a que se refere Gustavo Tepedino, na qual as regras de interpretação são transferidas das codificações civis para as orientações constitucionais, o Direito privado pode retomar sua vocação original de tutela dos direitos do cidadão – em oposição ao sentido de direito burguês, quando era voltado para a proteção dos interesses individuais, obrigando-se a repensar valores ideologicamente consagrados no modelo civilista clássico.<sup>140</sup>

Mudanças que representam alterações nas categorias do direito privado e da própria dogmática. Novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivas, a exigirem dos operadores do Direito maior preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito:

---

139 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op cit.* 2003. p. 121.

140 RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 9.

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e aos riscos delas decorrentes.<sup>141</sup>

A integração entre direito público e direito privado significa uma profunda alteração nas relações entre sociedade e Estado. As Constituições contêm princípios constitucionais e cláusulas gerais que equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, promovendo a chamada constitucionalização do Direito Civil, que deve ser interpretado e aplicado à luz da Constituição.

Nesse rastro, sustenta-se o crescimento do Poder Judiciário<sup>142</sup>, isto porque a efetividade da Constituição conquistou o *status* pleno de normas jurídicas, consoante lição de Luís Roberto Barroso:

Ao longo dos últimos anos, o Poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição e das leis, tem desempenhado papel de maior destaque do que tradicionalmente lhe cabia. A positivação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais serve como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes.<sup>143</sup>

As normas constitucionais conquistaram o *status* de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao Direito Civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição

---

141 TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 7.

142 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003a. p. 52.

143 BARROSO, Luís Roberto. *op cit.* 2003. p. 181.

é a base sobre a qual se desenvolveu, a nova interpretação constitucional.<sup>144</sup>

Nessa nova interpretação, a efetividade da Constituição projeta-se por todo o sistema jurídico, de onde emerge o princípio da juridicidade, com o condicionamento da discricionariedade aos princípios constitucionais.

A contitucionalização veio promover uma reaproximação entre o Direito e os valores éticos da sociedade. Para beneficiar-se do amplo instrumental do direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade em dado momento e lugar, materializaram-se em princípios, que foram abrigados pela Constituição, explícita ou implicitamente. Além daqueles que já se inscreviam em longa data, como a liberdade e igualdade, outros princípios também sofreram releituras, como a separação dos poderes e, especialmente o da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade.

Desse modo, o fenômeno<sup>145</sup> da constitucionalização tomou força após a Segunda Guerra mundial, onde a proeminência dos direitos fundamentais passou a ser a grande preocupação universal, conduzindo a novos valores éticos e morais.

Sob o ângulo de uma análise política, está o deslocamento do epicentro do espaço das decisões relevantes do Legislativo e do Executivo rumo ao Judiciário. Essa expansão do controle jurisdicional advindo com as conquistas do constitucionalismo traz subjacentemente a inevitável contraposição entre a soberania popular e o controle de constitucionalidade das leis. O constitucionalismo, nestes termos, retrata o abandono de concepções que tinham a aplicação do Direito como algo afastado de ponderações valorativas, fazendo renascer o interesse pela razão prática.

---

144 BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 5-6.

145 Termo utilizado por Jorge Miranda para referir-se à transição constitucional, de mudança de regimes ou de Constituição material, que aponta como marcos: “A evolução política inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a da Câmara dos Comuns reduz-se, no fundo, a uma prolongada transição. E talvez mais sugestivas, porque ocorridas em períodos breves, são, entre outras, a outorga da Carta Constitucional Portuguesa por D. Pedro IV, em 1826; a instauração do fascismo na Itália de 1922 e 1925; a passagem da IV à V República em França em 1958; a consagração de regimes de partido único em África nos anos 60 e 70; a “reforma política” espanhola de 1976-1978. Mais recentemente ainda deparam-se transição de regimes constitucionais democráticos no Peru, de 1977 a 1979, na Argentina, de 1982 e 1983, no Brasil, de 1985 a 1988, e no Chile a 1988 a 1990; a transição de regimes marxistas-leninistas para regimes pluralistas da Hungria, na Polônia e na Bulgária, de 1989 a 1990; a transição na Nicarágua em 1990, a abertura ao pluralismo político em S. Tomé e Príncipe, Cabo Verde, Moçambique e Guiné-Bissau no início dos anos 90; a passagem do apartheid ao regime democrático multi-racial na África do Sul. (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 365).

A separação de Poderes nos termos propostos por Montesquieu foi historicamente necessária ante a possibilidade de retorno ao Estado absolutista, visando a valorização política para o plano social, como melhor remédio para garantir das liberdades individuais, ou seja, foi um dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar a autonomia privada e seu esquema de organização do poder. No entanto, esse princípio da separação perde vigor e prestígio e se converte numa íntima cooperação, harmonia e equilíbrio das funções do Estado.<sup>146</sup>

Este enfoque parte do pressuposto de que a separação dos Poderes passa a ser entendido como princípio de divisão de *funções* que, da condição inicial de “poder neutralizado”, o Poder Judiciário alcançou a condição de assegurar a efetividade dos princípios gerais de interpretação constitucional, sem que isto significasse uma violação ao princípio da separação dos poderes.<sup>147</sup>

Para ocupar lugar central no sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão “puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”.<sup>148</sup> A Dogmática passa a entender que as normas em geral, e as normas constitucionais enquadram-se em duas grandes categorias diversas: regras e princípios. Assim, as regras possuem caráter mais objetivo, com incidência restrita a situações específicas, enquanto os princípios contêm maior teor de abstração e alcançam maior destaque no sistema.

Sob essa perspectiva, na qual os princípios constitucionais constituem as matrizes do direito, substanciais alterações ocorreram devido a essa nova filosofia. O novo século se inicia fundado na percepção de Direito como um sistema aberto de valores. A idéia de *abertura* se comunica com a Constituição como conjunto de princípios e regras e traduz a sua permeabilidade a elementos externos, numa renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pela realidade social.

Numa reavaliação da noção de sistema, Canaris evidencia que a base de

---

146 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: FGV, 1967. p. 87-89.

147 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op cit.* 2003. p. 250.

148 BARROSO, Luís Alberto. *Op cit.* 2003. p. 291.

qualquer sistema está no sentido de *unidade e ordem*. O sistema jurídico, no entanto, possui características próprias, ao qual se inserem elementos culturais e históricos que condicionam a realização do Direito e sua justificação. Essencial, portanto, a troca de energia que ocorre entre sistema externo e sistema interno, o que não se aceita na visão positivista, à qual propõe uma superação ao tomar o Direito como fenômeno cultural.<sup>149</sup>

Nesse sentido, o sistema externo antes dispensável num sistema lógico-dedutivo, diante da complexidade da sociedade do século XX, torna-se imprescindível para se compreender o próprio sistema interno do Direito.

Assim, os fundamentos de um sistema de valores pautado em princípios gerais se constituem na adequação valorativa e a unidade interior, que pode ser definido como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito.

Tais princípios apresentam quatro características<sup>150</sup>: não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição; não têm a pretensão de exclusividade; ostentam no seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio. Estes princípios, como fatores de mobilidade, vão produzir a unidade interna do sistema.

Sendo assim, então para a ciência do Direito como também para a filosofia “prática” (quer dizer, a ética e a filosofia do Direito), a única espécie de sistema ainda possível é o sistema “aberto” e, até certo grau, “móvel” em si, que nunca está completo e pode ser continuamente posto em questão, que nunca torna clara a “racionalidade intrínseca”, os valores directivos e os princípios do Direito. A busca de um tal sistema e a orientação dada por ele em questões fundamentais é uma parte constitutiva irrenunciável do labor jurídico.<sup>151</sup>

Nesses moldes, o sistema jurídico só pode ser um sistema “aberto”, formado a partir de princípios ou valores e, como observa Larens, “não poderia fornecer critérios para a resolução de casos concretos, mas apenas *topoi* (...)”.

---

149 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op cit.* 1989.

150 CANARIS, Claus-Wilhelm. *idem.* p. 88.

151 LARENS, Karl. *op cit.* 1983. p. 203.

### 3.2 PERSPECTIVAS DA RACIONALIDADE JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

Mergulhado em fontes jusracionalistas e no interior do paradigma do sujeito, o positivismo jurídico buscou dar caráter científico ao Direito, reduzindo-o a um conhecimento lógico-dedutivo, formalista e conceitual, confinado ao *dever ser* de um sistema ideal e fechado, desvinculado dos valores de verdade e justiça da realidade social.

A concepção de racionalidade jurídica que vigorou desde Kant, marginalizava o domínio do conhecimento de racionalidade prática. A partir da metade do século XX o pensamento jurídico passou por um processo de ruptura em relação ao modelo existente. A tendência dominante da Dogmática Jurídica começou a ser repudiada, primeiro pela Teoria Crítica, seguida de outras correntes que buscavam a superação da razão juspositivista.

Novas teorias passam a ter destaque entre as metodologias jurídicas, colocando em evidência um redirecionamento do Direito enquanto ciência, que passaram a examinar os critérios de racionalidade dos procedimentos jurídicos por meio de uma investigação prática, em contraposição ao processo de racionalização preconizado por Weber que se consumou ao longo de todo o período de elaboração teórica e sistematização positivista.

O Direito passa a ser compreendido do ponto de vista social, e preocupa-se com a eficácia normativa para resolver questões concretas. Pode-se concluir que o Direito não deve ser considerado somente do ponto de vista normativo, e a lei não se limita a textos abstratos que contêm comandos genéricos. As controvérsias jurídicas que se apresentam em concreto é que criam o Direito, que está em permanente construção e visa a melhor solução para tais problemas.

Nessa transição paradigmática<sup>152</sup>, o Direito preocupa-se com os problemas

---

<sup>152</sup> *Paradigmas* são as realizações científicas universalmente conhecidas, que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade praticante de uma ciência. Thomas Kuhn colocou em evidência o caráter histórico da ciência, principalmente em períodos de revolução científica, bem como o



práticos e as normas visam integrar valores na ordem social, que não podem ser ignorados na interpretação jurídica. A prática jurídica almeja novos moldes e busca resultados, no sentido de uma “engenharia” inspirada nas finalidades econômico-sociais ao promover uma instrumentalização segundo um “método substancial, pragmático e instrumental”.<sup>153</sup>

O pressuposto desse processo está na diferença entre racionalidade formal e racionalidade material. A racionalidade do Direito está fundada nas suas qualidades lógico-formais. A racionalidade material do Direito é do tipo prático-moral.

As perspectivas de uma nova racionalidade para o Direito vêm sendo formuladas e implementadas na prática jurídica durante este último século. Sob um prisma sociológico, busca-se o fundamento da experiência jurídica na ação dos homens em meio à realidade social, instigada, no plano empírico, pelo distanciamento entre o raciocínio lógico-formal, rumo a uma prática social.

O pensamento filosófico, aliado ao pensamento jurídico se dedica ao ideal de uma sociedade justa a partir de reflexões sobre sua estrutura normativa, num debate que ultrapassou fronteiras temáticas e que vem demonstrando resultados práticos.

Para uma superação do positivismo legalista, o sistema jurídico passa a ser entendido como aberto a princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização, de Ronald Dworkin, principalmente pela elaboração acerca da diferença de papéis desempenhados por regras e princípios.<sup>154</sup>

O positivismo predominante nas ciências sociais do século passado, o modelo

---

papel da comunidade científica no estabelecimento de conceitos teóricos centrais, como verdade, falsidade, validade. Dá ênfase ao caráter revolucionário do progresso científico, que se dá mediante saltos e não numa linha contínua. (KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5ª ed. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998).

153 Assim proposto por: NEVES, Castanheira. **Teoria do Direito**: lições proferidas no ano letivo de 1998/1999. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998. p. 4-12.

154 Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada. Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá predominantemente, mediante subsunção. Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2003b. p. 328).

mecanicista de formação, a escola normativista e instrumental nas ciências de um modo geral, já não coadunam com as necessidades imploradas pelo estágio em que se encontra a humanidade, de forma que abriram espaço para a reflexão de formas alternativas de referência e legitimação. Isso permite consignar que a estrutura normativista do moderno Direito positivo precisa focar-se no universo complexo e plural das atuais sociedades, que passam por novas formas de produção de capital, por profundas contradições sociais e instabilidades.

### 3.2.1 Possibilidades de Abertura no Sistema Jurídico: Herbert L.A. Hart

Uma das grandes novidades teóricas da década de 1950 foi a idéia do Direito como um “sistema aberto” sob a perspectiva normativo-descritiva de Herbert L.A. Hart, que tem sido considerada uma das visões mais sofisticadas do positivismo ou neo-positivismo, por basear-se na textura aberta da linguagem.<sup>155</sup>

O Direito em Hart é entendido como fenômeno social complexo. Sua teoria visa descrever a estrutura característica de um sistema jurídico moderno e tem como foco a prática social, na forma como as situações são reguladas pelo sistema. É influenciado por uma tradição positivista, mas não se prende aos conceitos e formalismos desta, sendo considerado um “positivista moderado”. Sua teoria parte de um *a priori* material, enquanto justifica que o Direito não se reduz a normas abstratas, mas está fundado em princípios que se sustentam na realidade social.

Para Hart, no sistema jurídico moderno existe uma variedade de fontes de Direito suscetíveis à combinação de regras que denotam sua complexidade. Regras gerais, padrões e princípios devem ser o principal instrumento de controle social, tendo em vista que se referem a categorias de pessoas, atos e circunstâncias e o funcionamento do sistema depende do reconhecimento de padrões de conduta pré-definidos pelo Direito.

---

155 BARROSO, Luís Roberto. op cit. 2003. p. 129.

Distingue entre a incerteza da comunicação por exemplos dotados de autoridade e da linguagem geral dotada de autoridade: *precedente* e *lei*. Há casos em que pairam dúvidas se uma regra geral deve ser aplicada ou não, pois alguns conceitos não trazem em si sua interpretação. Nesses casos, o poder discricionário deixado pela linguagem a quem deve resolver a questão é muito amplo, e a conclusão se constitui em uma escolha. Isso significa que, no processo decisório, diante da imprecisão de uma regra a ser aplicada, pode o juiz escolher, pautado em parâmetros de razoabilidade, a opção que considerar mais adequada. Nesse momento, já que a regra não indica uma direção precisa, o juiz está criando o direito para o caso concreto, formando assim o *precedente*, utilizando-se do poder discricionário que o sistema lhe atribui, visando suprir a lacuna identificadora na *textura aberta* do Direito.<sup>156</sup>

A textura aberta do Direito dá aos tribunais um amplo poder de criação do Direito, cujas decisões são precedentes criadores do Direito, que se mantêm até que haja alteração legislativa.<sup>157</sup> Portanto, admitir essa textura aberta é reconhecer que há áreas em que muitas coisas questões podem ser resolvidas pelos tribunais ou juízes, que determinam o equilíbrio à luz das circunstâncias que variam de caso a caso. A Dogmática conceptualista negaria essa necessidade de escolha, buscando no “paraíso dos conceitos” um termo geral a ser dado para o mesmo significado.

O Direito seria então “uma construção lingüística sobre fatos, na qual os fatos são lidos em relação ao Direito”.<sup>158</sup>

O sistema jurídico é constituído por uma combinação de regras primárias e secundárias. O fundamento do sistema consiste na existência de uma regra de reconhecimento e depende de que esta regra seja aceita e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação. Enquanto as regras primárias têm caráter de obrigação e dever, as secundárias dizem respeito à próprias regras primárias, complementando-as. São regras de espécies diferentes, que trazem consigo elementos que vão permear o Direito, com capacidade para converter o regime de regras primárias em um sistema jurídico.

---

156 HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Lacoste Guilbenkian, 1961. p. 137-149.

157 No Direito brasileiro, a teoria de Hart é associada às súmulas vinculantes, introduzidas na Constituição Federal pela Emenda 45.

158 CURI, Ivan Guérios. **Estudos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 205.

Há alguns critérios necessários para identificar as regras primárias de obrigação, que podem tomar uma ou mais formas diversas, que podem ser textos de lei, atos legislativos, prática consuetudinária, declarações gerais de autoridades ou decisões judiciais proferidas em casos concretos (os precedentes). As regras secundárias são as regras de *reconhecimento*, regras de *alteração* e as regras de *juízo*, que trazem importantes aspectos em comum, mas com diferentes finalidades.<sup>159</sup>

Para aplicação das regras secundárias de reconhecimento, Hart retoma, a princípio, padrões de conduta existentes em um sistema simples ou primitivo, descrito como *Rex I*, onde pudessem ser identificadas as regras primárias de conduta que passassem a ser observadas no cotidiano, tendo como critério de identificação o fato da promulgação destas regras pelo soberano e manifestada na prática geral, evidenciando a existência de um elemento que lhes conferisse unidade e, em razão dessa simples regra de reconhecimento, os comandos jurídicos se convertem em sistema jurídico.

A caracterização da *existência* da regra de reconhecimento num moderno sistema jurídico, mesmo não sendo enunciada, está em como as regras concretas são identificadas e aplicadas, tanto pelos tribunais ou funcionários (autoridades), como por particulares. A diferença entre a utilização de regras de reconhecimento pelos tribunais ou outras entidades e o uso delas pelos particulares ou seus consultores está no ponto de vista. Quanto aos primeiros, o ponto de vista é interno ao Direito, pois ao identificar uma regra concreta como regra de Direito, tal afirmação tem estatuto de autoridade institucional, que lhes é conferida por outras regras. Já para aqueles particulares que a utilizam como regra de orientação, a sua própria aceitação está associada ao ponto de vista quanto à existência da regra.

Segue-se o mesmo raciocínio no que se refere ao aceite da regra de reconhecimento. Quando uma autoridade anuncia uma regra concreta no sistema como válida, essa forma de expressão é chamada de “afirmação interna” porque manifesta o ponto de vista interno, mesmo que naturalmente aceite e aplique a regra sem declarar. Já a declaração em linguagem natural de um observador ou particular de que aceita

---

159 HART, Herbert L.A. *Op cit.* 1961. p. 111-135.

uma regra ou mesmo quando não a utilize, mas enuncie o fato de que outros a aceitam é chamada de “afirmação externa”.

As regras de reconhecimento servem não apenas para identificar a existência de uma regra primária de obrigação diante de uma infinidade de fontes de Direito, mas para estabelecer a sua *validade*. Nesse ponto, dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado por todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, reconhecida como regra do sistema, ou seja, que ela satisfaz a todos os critérios da regra de reconhecimento.

São necessários diferentes critérios de identificação, onde regras de *reconhecimento* estejam sucessivamente ordenadas em grau de subordinação e primazia relativas. Um dos critérios é que não basta que a regra primária seja aceita como válida. A regra de reconhecimento deve verificar a prática real refere-se, portanto, à eficácia do direito.

Já a regra de reconhecimento que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, é a regra *última*, na medida em que não haja para além da regra apreciada, outra regra que faculte critérios para apreciação de sua validade, o exemplo de regra *última* de um sistema vem do Direito inglês, que confere à Rainha, no Parlamento, competência para aprovar o que é Direito. Quanto à validade destes atos na aprovação de decretos ou de leis, não existe regra que faculte a apreciação de sua validade.

O critério de validade terá seu caráter supremo se as regras identificadas como válidas por referência a ele forem reconhecidas como regras do sistema, desde que não estejam em conflito com outras regras reconhecidas como válidas. Aponta para compreensão deste caráter um sistema que contém como supremo de validade as disposições de sua Constituição, a qual não faculta a existência de um Poder Legislativo ilimitado quanto à sua modificação, mesmo diante de uma ampla interpretação de suas normas.

A validade jurídica de outras regras do sistema pode ser “demonstrada” com referência à regra *última*, mas não pode ser “suposta”. Não há possibilidade de suposição quanto à existência e validade da regra de reconhecimento. O que é

pressuposto é a eficácia geral do sistema, que não passa pelo critério de validade da regra de reconhecimento, pois sempre que uma regra concreta é identificada como regra válida, tem-se que o sistema seja eficaz em geral, o que não requer qualquer afirmação significativa de validade.

As técnicas interpretativas da hermenêutica tradicional têm por finalidade a identificação por meio do método analítico-linguístico de que se valem as normas para referir-se ao direito no caso concreto. No modo como as pessoas atuam nas situações reguladas pelo Direito e na validade das regras jurídicas se evidencia a sua praticidade.

### 3.2.2 Interpretação Principiológica: Ronald Dworkin

A obra de Ronald Dworkin deve ser entendida como uma alternativa construtivista de uma nova abordagem do liberalismo. Desloca a discussão das normas propriamente ditas, em direção aos princípios que regulam a produção das normas e na fundamentação que tais princípios dão às decisões judiciais, o que indica que a interpretação jurídica realiza-se na prática interpretativa.<sup>160</sup>

Uma análise focada na interpretação baseada nos princípios delinea a racionalidade normativo-axiológica, que se busca evidenciar nas teses de Ronald Dworkin. Sua obra parte da crítica ao positivismo e reflete sobre o problema do decisionismo judicial, atribuindo-lhe valorização.

Para Dworkin, o Direito deve ser visto para além do direito posto, devendo-se levar em consideração os princípios que constituem diretrizes para a tomada de decisões judiciais e que são capazes de oferecer respostas mesmo aos casos difíceis. As respostas, no entanto, estão no próprio sistema jurídico, que comporta regras e princípios, que vêm a ser assim o “limite do sistema”, tendo em vista que na decisão baseada em princípios o juiz não cria novo direito, apenas “diz” o direito no caso concreto.

---

160 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

As teses de Ronald Dworkin repousam sobre o sentido da decisão judicial diante dos casos difíceis (os *hard cases*) e no terreno da ponderação de valores na tentativa de impedir que o juiz se afaste da vontade jurisdicional. Nesse sentido, os princípios extraídos da história institucional da comunidade teriam a função de afastar a discricionariedade dos juízes nos casos fáceis. Na decisão de um *hard case* a solução dependerá da interpretação que o juiz pode fazer de um direito que pré-existe ao caso e que está latente no ordenamento.

Sendo assim, os princípios são levados em conta no momento da decisão, considerando a importância da força relativa de cada um desses princípios envolvidos na tomada de decisão num dado sistema legal.<sup>161</sup> Numa perspectiva do direito enquanto acordo pré-interpretativo sobre quais práticas sociais são consideradas jurídicas numa dada comunidade, impõe-se a interpretação dessas práticas a partir dos princípios fundamentais eleitos pela comunidade, ou seja, insertos na Carta Constitucional. Este é um processo construtivo que deve adequar coerentemente os princípios a uma interpretação do direito. Nesse domínio, a prática interpretativa está orientada por um ponto de vista interno, de cunho prático e caráter argumentativo.<sup>162</sup>

O Direito vai além de um sistema de regras baseado num elemento fundamental que conduz a aspectos importantes dos padrões da realidade que não são regras, mas princípios. As limitações das regras estão em sua natureza lógica, baseada na validade que, ou as inclui imediatamente no mundo jurídico ou as exclui sem que em nada mais possam contribuir às decisões tomadas pelos juízes.

A diferença entre regras e princípios, quanto ao modo de aplicação, reside no fato de que as regras só podem ser aplicadas em condições pré-determinadas, já os princípios devem ser ponderados a partir do caso concreto. Outra diferença está na

---

161 Na prática, a doutrina nacional amparou a teoria dos princípios formulada por Dworkin, principalmente a partir da Constituição de 1988: “Os princípios constitucionais, portanto, explícito ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico brasileiro. Espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas e servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.” (BARROSO, Luís Roberto. *op cit.* 2003b. p. 327-328).

162 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 30-33.

dimensão de validade das regras, enquanto os princípios possuem dimensão de peso e importância para maior ou menor dependendo do caso. Além disso, não pode haver conflito de regras jurídicas; se houver, uma delas deve ser revogada. Por outro lado, um conflito entre princípios pode ocorrer, o que implicará numa conciliação para aquele caso concreto, mediante um exercício de ponderação.<sup>163</sup>

A tese do direito visto como integridade é uma medida que garante tanto a segurança jurídica quanto a aceitabilidade racional da sentença. Segundo esse princípio, as proposições jurídicas são verdadeiras se derivam dos princípios de justiça, equidade e do devido processo. Baseia-se em princípios a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica de modo que nela se encaixem todas as decisões como se fossem componentes coerentes. Para cumprir tal propósito, Dworkin cria a figura do juiz Hércules: um magistrado que, ao mesmo tempo, conhece todos os princípios e vê os elementos do direito vigente ligados por fios argumentativos.<sup>164</sup>

Ressalta ainda que o juiz deve decidir interpretando o modo como outros juízes já tenham decidido, isto é, a própria prática judicial. Isso faz com que o Direito dependa de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática, buscando interpretações mais concretas porque dominadas pelo princípio da integridade.

Propõe ainda a tese da *resposta certa*,<sup>165</sup> à qual o jurista pode chegar analisando as proposições como parte de uma narrativa, como uma história jurídica a ser interpretada. Essa interpretação é entendida como prática social argumentativa e permite desvendar o sentido da norma ao averiguar o que outros juízes já aferiram anteriormente. Sua proposta tem como base de sustentação o fato de que a prática jurídica é um exercício de interpretação e reforça a idéia de que o juiz deve buscar uma *resposta certa* e não apenas a melhor resposta.

Ressalta ainda os argumentos de política nas decisões judiciais, mostrando que uma decisão pode respeitar ou garantir os direitos do indivíduo se a resposta for construída de forma argumentativa baseada em princípios. Por esse entendimento tenta

---

163 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p 22-26. Sobre a ponderação na aplicação dos princípios, ver também: ALEXY, Robert. *Op cit.* 2001; e BARROSO, Luís Roberto. *Op cit.* 2003.

164 DWORKIN, Ronald. *Op cit.* 1999. p. 276.

165 DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.



demonstrar que, prioritariamente nos casos difíceis, com uma argumentação gerada por princípios é possível inserir o político no jurídico, pois as decisões judiciais devem fazer valer os direitos políticos anteriores à própria legislação. Assim, tem-se como base a moralidade do juiz enquanto pertencente a uma instituição cujo fundamento é uma teoria política congruente com princípios e com a moralidade política. Com essa postura, afasta uma possível zona de imprecisão que aparentemente está presente na análise de casos difíceis em que alguns direitos individuais não se definem com a positividade da lei, mas referem-se ao propósito ou sentido da lei. Os princípios que ligariam as regras positivas de direito aos precedentes da *common law*, tornam-se a ponte entre a justificação política que respalda a idéia da lei e o caso concreto.

### 3.2.3 Teoria da Argumentação e Nova Retórica: Chaim Perelman

A partir da metade do século XX a tendência excessivamente formalista do pensamento juspositivista passou a ser observado sob novas orientações metodológicas. Segundo Manuel Atienza, as obras que constituem a Teoria da Argumentação Jurídica têm entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar o raciocínio jurídico. E salienta a função prática ou técnica da argumentação jurídica, afastando critérios de cientificidade. Assim também Chain Perelman explica os raciocínios dialéticos e retóricos como método, por estarem voltados para a prática e porque visam estabelecer por meio da discussão argumentativa um acordo sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de controvérsia.<sup>166</sup>

A recepção do pensamento tópico aplicado ao Direito reformulado a partir da *Tópica* aristotélica por Viehweg, veio contribuir com a estruturação da teoria da argumentação como um modo de pensar jurídico dialético: “Pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático”. Não

---

166 ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2003; e PERELMEN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTEKA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a Nova Retórica. 2ª ed. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

chega a ser considerado um método. *Topoi* são os chamados *lugares-comuns*, e constituem pontos de partida de séries argumentativas, que são problematizados e não sistematizados. O Direito é visto como “problema”, assumido como um dado, como algo que dirige e orienta a argumentação, e culmina numa solução *possível entre outras*. Diferente da dogmática, que parte da irredutibilidade dos pontos de partida e o Direito é encarado como “objeto”.<sup>167</sup>

O fenômeno jurídico passa a ser entendido pela racionalidade argumentativa trazida ao Direito principalmente por Perelman e Viehweg, como algo mais amplo do que a dimensão normativa. Prevalece o entendimento de que o raciocínio jurídico não se caracteriza somente por sua formalidade, mas por dialeticidade, o que agrega ao pensamento jurídico a idéia de que o Direito é um território de argumentações e decisões. Ao lado dos raciocínios formais que são deduzidos das proposições normativas, o paradigma da racionalidade prática torna-se o referencial das investigações na área da argumentação jurídica.

A argumentação consiste na apresentação de uma tese a um determinado auditório, com o propósito do melhor argumento para convencê-lo à adesão. Perelman concebe o auditório como uma construção do orador, que deve conhecer o auditório para o qual se dirige ou, não sendo possível, pressupõe suas características para poder se adaptar a ele.<sup>168</sup>

O orador pode se dirigir a um auditório homogêneo, facilmente identificável, como uma conferência sobre assunto específico, mas pode ser que se dirija a uma amplitude maior de sujeitos. O limite dessa amplitude seria o *auditório universal*, que deve ser pressuposto como uma platéia heterogênea. Nesses casos, deve partir de premissas que seriam aceitas por todos os seres humanos. O orador deve adaptar-se ao auditório e não o contrário, utilizando linguagem clara e aceitável pelos destinatários.<sup>169</sup>

---

167 “Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente (...)”. FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Op cit.* 2003. p. 82 e p. 329.

168 PERELMEN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTEKA, Lucie. *Op cit.* 2005. p. 22, ss.

169 CURI, Ivan Guérios (Coord.). *Op cit.* 2006. p. 102.

Assim também, a lógica jurídica busca um consenso. A decisão do juiz deve ser pautada na razoabilidade para obter um consenso, é necessário que o juiz atenda a dois critérios, um formal, que é a adequação da decisão ao sistema jurídico, e outro pragmático, que diz respeito à razoabilidade. Nesse sentido, o sistema legal deve servir como molde e o juiz deve levar em consideração as suas conseqüências e aceitação pela sociedade.

Para Perelman o conflito dos juízos de valor é o centro dos problemas metodológicos na interpretação e aplicação jurídica, razão pela qual a lógica jurídica é uma lógica da controvérsia, diferente da lógica formal. São situações raras, mas pode ocorrer um conflito de valores, diante do qual a função direito é fornecer soluções não somente coercivas, mas também socialmente aceitáveis, momento em que o juiz deve utilizar-se da argumentação, tendo em mente que os princípios e as teorias aos quais ele pode recorrer em sua motivação não são necessariamente nem verdadeiros nem falsos, mas têm como função proteger a prioridade, pautado na razoabilidade.<sup>170</sup>

Adotados pelo Direito Processual, os postulados da teoria da argumentação fundam-se na idéia de que o que é verossímil não precisa ser provado, ou não precisa ser reduzido à *evidência* (isto é, da demonstração, que está ligada ao raciocínio lógico-formal). Por outro lado, nem toda prova pode ser reduzida a evidências, mas requer técnicas capazes de provocar ou conquistar a adesão dos ouvintes à tese que se apresenta. Portanto, a argumentação refere-se aos raciocínios *persuasivos*, como são os políticos e os jurídicos, cuja validade fica restrita a auditórios particulares, definidos.<sup>171</sup>

---

170 PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

171 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Op cit.* 2003. p. 324.

### 3.2.4 O Direito como Sistema-Problema: Antonio Castanheira Neves

O modelo metódico de realização do Direito proposto por Castanheira Neves considera um tipo de racionalidade estruturada na dimensão que se constitui entre sistema e problema, integrada pela lógica dialética.<sup>172</sup>

O sistema consiste numa unidade normativa composta por quatro estratos distintos que se complementam: princípios, normas, jurisprudência e dogmática jurídica<sup>173</sup>. O problema se refere à intencionalidade dos casos decididos, os quais requerem juízos decisórios com fundamento na adequada aplicação da norma ao caso concreto, para obter uma solução justa.

A dialética se interpõe entre sistema e problema da seguinte maneira: primeiramente o sistema delimita o campo e o tipo do problema no começo de uma experiência problemática, bem como os elucida a partir de um esquema de perguntas/problemas e soluções/respostas que vão sendo encontradas no próprio sistema. Não obstante, desta experiência inicial podem emergir novos problemas, exigindo novas perguntas e novas respostas, razão pela qual a normatividade prévia do sistema assimila tão somente aquela experiência e fica, portanto, limitada àquela questão. Assim, o novo problema torna-se autônomo, e remete a uma pergunta que não encontrou resposta, uma *experiência aporética*. Dessa forma, o surgimento de novos problemas enriquece o contexto intencional, culminando em novas intenções-soluções que se constituem na superação do problema pelo sistema. Ou seja, as intenções –

---

172 NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 155.

173 *Princípios*: são divididos em positivos, transpositivos (cláusulas gerais) e suprapositivos (manifestam a subjetividade do sistema), relativos ao momento de subjetividade do sistema. Momento axiológico e verdadeiramente normativo, não esvaziando-se o Direito somente em norma e ordenamento, nem sendo só objeto ou sujeito; *normas prescritas*: de opção político-estratégica, cujo valor provém da legitimidade da autoridade político-jurídica, e de prescrição positiva necessária, contrapondo-se aos princípios, que não impõem para sua validade esta prescrição positiva; *expressão da jurisprudência*: que surge como elemento integrador do sistema, momento de objetivação/estabilização de uma experiência problemático-concreta realizada, cujo valor normativo presume-se justo. Pode ser posta em causa por posições contrapostas; *Dogmática ou doutrina jurídica*: resultado de uma elaboração livre, sustentada em sua própria racionalidade, ou seja, dissociada, por exemplo, da autoridade político-prescritiva das normas legais, ou da direta vinculação da validade dos princípios. Contrapõe-se à dogmática engendrada a partir das normas legais e da jurisprudência. (NEVES, A. Castanheira. *idem*. 1993. p. 155-156).

valores, princípios e critérios normativos – subsistem, mas são relativizadas, devendo, por conseguinte, serem ordenadas.

Em razão disso é que o sistema não pode ser considerado como um *dado* (pressuposto), mas deve ser visto como um *objetivo* que deve assimilar sempre uma nova experiência problemática e assumir, numa totalização congruente às novas intenções normativas, na complementaridade recíproca entre a formação do sistema e a constituição do Direito: o sistema influencia a constituição do Direito e, ao mesmo tempo, só se forma no processo de constituição do Direito. Significa então que, do sistema que se parte forma-se um novo sistema, mediado pela experiência problemática que é, por conseguinte, *aberto* problematicamente, razão pela qual não pode ser *pleno* (intencionalmente auto-suficiente) e nem *autopoiético* (de racionalidade prático-normativa).<sup>174</sup>

Os problemas são previstos de forma abstrata pelas normas do sistema, que opera sua normatividade a partir do momento em que começa a solucionar os problemas reais. A realidade é sempre mais complexa e nova do que as possibilidades oferecidas pelo sistema, havendo sempre uma assimetria nas significações que ele traz. O problema revela a intencionalidade problemática dos casos a serem decididos e que exigem para sua solução, concretos juízos decisórios, que se fundamentam no modo racional-material de agir sobre a normatividade do sistema e se pautará nos elementos que o compõem.

O *prius* metodológico proposto por Neves está na determinação do caso concreto como objeto decidendo, traduzido pela sua objetivação por intermédio de uma perspectiva ou critério, tendo em vista um *problema* que é inserido em um determinado contexto histórico-social.<sup>175</sup>

Nesse movimento dialético, o *problema* é sempre um problema jurídico porque é analisado sob a ótica do sistema, o qual deve apresentar uma solução adequada àquele caso. A solução depende de juízos decisórios concretos e só será correta se for normativamente adequada à concreta problematização dos mesmos

---

174 NEVES, A. Castanheira. *Op cit.* 1993. p. 155-159.

175 Segundo Heidegger (*apud* NEVES), é o perguntar algo (intencionalidade do problema), a algo (objeto), por algo (fundamento, exigência pré-suposta que dá sentido à pergunta). (NEVES, A. Castanheira. *Idem.* 1993. p. 159).

casos.

Para esta solução, requer-se uma metodologia analítica a ser submetida à problematização, a qual dissocia a questão de fato da questão de direito. Na questão de fato há dois momentos fundamentais no sentido metodológico, que são a determinação da relevância jurídica a reconhecer a situação histórico-concreta e a comprovação dos elementos específicos desta relevância, bem como seus efeitos.

No primeiro momento, a particularidade da questão de fato consiste no problematizar, com o intuito de submeter a um controle criticamente metodológico, a relevância jurídica daquela situação. Já num segundo momento ter-se-á a comprovação dessa relevância, seja na sua efetividade ou no seu conteúdo. Assim, surge o problema da prova e da verdade jurídica: “A prova deixa de ser uma prova de factos puros, e sim aquela específica comprovação que os problemas jurídicos, como problemas práticos exigem função, pois, de uma intenção jurídica”. Concluindo-se que:

A verdade jurídica é uma verdade prática e não uma verdade teórica. É uma verdade em si mesma função da intenção especificamente jurídica, isto é, dos objetivos práticos que o direito se propõe na consideração e resolução de seus problemas normativos. Nem deixe de se ter presente que mesmo a verdade científica parte de uma situação da vida e só não permanece nela porque a empobrece analiticamente, procurando atingir o universal por sucessivas abstrações. Diferentemente, **o mundo dos problemas práticos (e jurídicos em particular), que é do princípio ao fim o mundo das situações experimentadas e vividas concretamente como situações humanas.** (grifos nossos) <sup>176</sup>

Na questão de direito ocorrem também duas distinções, que são a questão de direito em abstrato e a questão de direito em concreto. A primeira tem por objeto a determinação de um critério jurídico que busca orientar e concorrer para fundamentar a solução jurídica do caso decidendo. Já a questão de direito em concreto é o problema do próprio juízo concreto que irá decidir o caso.

Nestes termos, uma solução para o problema jurídico a ser decidido parte de normas do sistema jurídico que foram hipoteticamente adequadas para aplicação ao caso ou problema jurídico a resolver. Assim, ocorre a experimentação da norma aplicável de modo a se atingir um caráter de hipótese de solução do caso concreto, ou

---

<sup>176</sup> NEVES, A. Castanheira. *op cit.* 1993. p. 164.

seja, uma antecipação ou projeção da solução.

Observe-se que, ao partir da norma-hipótese, não é a norma-fundamento que estará no fim do discurso metodológico-jurídico, e sim a *fallnorm*, ou “norma decisão”, sendo que a norma aplicável é assim um elemento normativamente dinâmico e aberto à problematização da questão de direito concreta para a qual remete.<sup>177</sup>

Aplicar uma norma consiste em atribuir ao fato (que realiza a hipótese), os efeitos de direito que a mesma enuncia, que ocorre quando o caso se enquadrar à norma (ou hipótese). Verifica-se se a norma aplicável ao caso concreto existe no sistema e se, ao aplicá-la, será capaz de solucionar o caso decidendo, solucionando o problema.

Ao problema deve ser apresentada uma solução. No entanto, há duas possibilidades: ou se encontra no sistema jurídico pressuposto uma norma aplicável ao caso e, por mediação dessa norma se resolve a questão, ou pode não haver no ordenamento uma norma pressuposta que possa solucionar o problema. Neste caso, o julgador terá que realizar o julgamento por constituição normativa autônoma. Ou seja, o juiz tem a responsabilidade de construir seus próprios critérios e fundamentos do juízo.

O juiz promoverá, então, uma “integração constitutiva do direito”, como se legislador fosse.<sup>178</sup> Não se trata de uma total abertura ou vazio normativo-jurídico ao juízo decisório, visto que o sistema jurídico não se esgota em normas. O que ocorre é uma integração intra-sistemática para caracterizar a índole constitutiva do juízo concretamente decisório. Isso quer dizer que o juízo se pautará em outros elementos que compõem o sistema: nos princípios, na jurisprudência e na dogmática jurídica.

Sendo assim, o problema específico do método jurídico de se pensar o Direito é atualmente uma dimensão da problemática. A metodologia propõe-se a ser *a razão intencional de um método*, que vem a ser a racionalidade do método que visa à realização do Direito.

Para tanto, a revisão metodológica desenvolvida por Castanheira Neves se

---

177 NEVES, A. Castanheira. *op cit.* 1993. p. 167; e ainda: NEVES A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. (v.2) p. 323.

178 NEVES, A. Castanheira. *idem.* 1993. p. 286.

traduz na superação do modelo jurídico tradicional e propõe um novo modelo metodológico, reconstrutivista, postulada numa racionalidade prático-axiológica.

Em apertada síntese, Castanheira Neves aponta as principais coordenadas desse modelo metódico<sup>179</sup>: 1) o direito deixa de se ver como uma auto-subsistente e lógico-sistemática racionalidade dogmática para se compreender como uma intenção e uma tarefa práticas (prático-normativas) referidas à comunidade histórica da sua realização e em função de cujo contexto também prático se constitui; 2) nessa referência histórico-social da sua intenção prática, o sistema se caracteriza como um sistema *aberto*, que necessita continuamente de integração e desenvolvimento; 3) o pensamento jurídico assume a intenção prático-normativa do próprio direito na tarefa da sua realização concreta, orientando-se por objetivos práticos e normativos tanto no momento hermenêutico como nos momentos de integração e desenvolvimento; 4) a validade de suas determinações jurídicas é aferida normativo-materialmente pelo “pragmático” cumprimento ou funcional realização dos fundamentos e objetivos prático-normativos; 5) a dogmática passa a ter uma tarefa “pragmática”, ao que se propõe a oferecer diretivas ou modelos jurídico-normativos à realização do direito; 6) deve-se buscar *fundamentos e critérios normativos extratextuais*, sejam eles *interesses, fins* ou *valores*, tanto na determinação do sentido normativo-jurídico das normas e do seu concreto cumprimento, quanto na integração e no desenvolvimento do sistema positivo, além de recorrer a outras fontes extralegais, dada a insuficiência normativa do direito legal; 7) o pensamento jurídico passa a participar da normativa constituição por meio da sua *problemático-concreta e judicativo-decisória* realização histórica.

Nesses termos, a metodologia jurídica promove uma reflexão a respeito da realização do Direito a partir de seus pressupostos e intenções para, criticamente, orientá-la em seu juízo decisório.

Ou seja, para a realização do Direito sob um prisma pragmático é essencial problematizar: aos problemas seguem respostas, soluções, que não obstam o surgimento de novos problemas, os quais podem ser do mesmo tipo que o anterior, mas que concretamente não deixará de ser um novo problema, nem implica no

---

179 Neves, A. Castanheira. *op cit.* 1995. v. 2. p. 259-260.



desaparecimento das intenções primeiras, num processo de permanente reconstrução do Direito.

### 3.2.5 Racionalidade Discursiva: Jurgen Habermas

A necessidade de estabelecer novas demarcações institucionais entre os territórios da política, da moral e do Direito foi gerando incertezas nas formas de orientar os campos de atuação da esfera jurídica, que atraíram a atenção de pensadores que passaram a analisar estas relações frente a uma sociedade que se compreende complexa e plural.

O lugar central do Direito na teoria habermasiana da modernidade decorre precisamente do fato de que a ele cabe efetuar, no mundo atual, a comunicação entre dois momentos que se distanciam.

Para Habermas, Weber aponta a problemática da institucionalização unicamente do aspecto racional-instrumental, deixando de contemplar a institucionalização do momento prático-normativo, como requer o mundo contemporâneo. A causa principal seria a desvinculação entre Direito e moralidade ou, em outras palavras, entre legalidade e legitimidade.<sup>180</sup>

O argumento de Habermas dirige-se, dessa forma, contra a noção positivista do Direito em Weber, que só conseguiria separar o momento ético, ou seja, do consenso racional como pressuposto da ordem jurídica no mundo moderno, do momento instrumental, ou seja, da aplicação do Direito formal-racional, desprezando da problemática ético-moral. O positivismo jurídico procura apenas deslocar a problemática da fundamentação do Direito, mas não eliminá-la.

Weber teria confundido a necessidade de fundamentação enquanto pressuposto do Direito moderno com a implementação de valores materiais particulares, ou seja, do Direito formalizado, independente de valores materiais. A

---

180 HABERMAS, Jurgen. *Op cit.* 1997. v.2.

forma em que essa legalidade pretende legitimidade é a chamada "legitimação pelo procedimento", que vem a ser um fundamento necessário para qualquer domínio político. Segundo essa fórmula, estaria intrínseca a racionalidade da *forma* jurídica que *produz* a legitimidade do tipo racional moderno de dominação. De acordo com o argumento weberiano, a autonomia do Direito seria destruída na medida em que demandas materiais (vale dizer: morais) penetram sua estrutura formal.

Na visão habermasiana, Weber não teria visto o núcleo moral do Direito formal dado, que confunde preferência por valores, o qual é sempre culturalmente contingente e resulta de orientações de valor subjetivas, com validade normativa, ou seja, com o dever-ser de normas com obrigatoriedade universal. Dessa forma, a institucionalização da racionalidade prático-moral pode não apenas ser relegada, mas até invertida, passando a significar uma fonte de irracionalidade a perturbar o formalismo jurídico.

A necessária *desformalização* do Direito é percebida por Habermas a partir de vários aspectos como: participação dos interessados, interesses do poder e do dinheiro, interpretação filosófico-jurídica da Constituição, etc. Assim sendo, não há como se falar, no sentido weberiano, de uma racionalidade específica ao Direito, a qual precisamente lhe conferiria legitimidade. Para Habermas, legalidade pode produzir legitimidade apenas na medida em que a ordem jurídica institucionaliza procedimentos abertos a um discurso moral. O argumento habermasiano contra o positivismo jurídico, seja de Weber, seja de Luhmann, fundamenta-se numa análise do Direito como uma esfera que se define por meio de uma unidade tensa entre imparcialidade e instrumentalidade ou, em outras palavras, visa reduzir a distância entre moral e Direito:

(...) o conceito de autonomia sistêmica do Direito também pode funcionar como crítica. A exemplo de Weber, Luhmann descobre que as tendências de desformalização fazem com que o Direito passe pela mediação da política. E essa "superpolitização" esconde o perigo de uma confusão que se instaura, quando o formalismo do Direito, após ter amolecido pelos cálculos do poder ou de proveito, é finalmente absorvido por eles. O sistema jurídico pode ser autônomo na medida em que se auto-regula reflexivamente e se delimita em relação à política e à moral.<sup>181</sup>

---

181 HABERMAS, Jürgen. *Op cit.* 1997. v.2. p. 226.

Assim foi construído o duplo aspecto do Direito estatal, imparcial enquanto forma de intersubjetividade normativa, e instrumental enquanto meio de organização burocrática da dominação. O desenvolvimento da consciência moral é o catalisador desse amálgama entre Direito e poder. Na passagem para a modernidade houve uma transformação da consciência moral que conferiu a especificidade do Direito moderno. Refere-se nesse ponto à extensão da figura jurídica do contrato, categoria central do Direito Civil moderno, para com a idéia de contrato social que se materializa na forma de princípio constitucional que está na base da noção moderna de Estado de Direito.

Do ponto de vista normativo, a Constituição democrática cria um nexo entre Direito Privado e a grande categoria de Direitos Fundamentais e traduz fatos típicos em conceitos jurídicos determinados, mantendo assim a instrumentalização do Direito para fins de regulação política.

Um paradigma procedimentalista do Direito, como propõe Habermas, procura proteger as condições do procedimento democrático e o exercício da justiça que não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social, já que a Constituição passou a ser compreendida como um “processo de realização do Direito”, atingindo a todos os destinatários da ordem jurídica.

No entanto, a disputa entre os paradigmas, que ainda perdura, representa a determinação das condições que limitam as igualdades de fato e de direito. Nessa relação, as regulações destinadas a garantir, sob o ponto de vista da igualdade de Direito (*validade*), uma igualdade de fato (*facticidade*), só conseguem atingir esse objetivo com o auxílio de normas que reduzam os espaços de liberdade dos beneficiários, pois interfere nas desvantagens das situações de vida e das posições de poder, para atingir a realização da igualdade no tratamento jurídico.

Ou seja, de um lado, o Direito é *facticidade* (fato social) quando se concretiza na realidade social de um sujeito, frente aos propósitos políticos do legislativo, seguido e cumprido mediante a previsão de sanções fundadas na autoridade estatal. De outro, o Direito é *validade* quando suas normas se fundam em argumentos racionais e são aceitas e assim respeitadas por seus destinatários.

Ao se referir à facticidade e à validade, Habermas tenta compreender o Direito moderno sob dois prismas: numa perspectiva *interna* ao próprio Direito e outra *externa*, em sua relação com o Estado Democrático de Direito. Aponta, sob a perspectiva interna, que “o sistema dos direitos tem que ser configurado em constituições históricas e implementado em ordens institucionais”, que tendem a uma compreensão objetivadora dos textos que contêm as leis e os sistemas de regras, cuja fragilidade atual reside no fato de que os princípios normativos correm o risco de perder o contato com a realidade social.<sup>182</sup>

A perspectiva externa traz como tensa a relação existente entre a facticidade social dos processos políticos e a validade normativa do Estado de Direito.

A eficácia jurídica, desse modo, junta a facticidade da imposição da lei estatal com a validade e legitimidade de um processo racional de produção das leis. Sem as garantias religiosas ou metafísicas que fundamentaram o Direito Natural depreende-se a legitimidade e a força integradora do Direito positivo do fato dos receptores da norma serem, também, seus produtores em alguma medida, como previa o projeto hobbesiano. No mundo moderno, portanto, e daí decorre toda a sua importância para uma teoria da modernidade e da democracia moderna, cabe ao Direito ser o elo de ligação entre as interações baseadas na solidariedade e no entendimento e a esfera anônima e impessoal do Poder Público.<sup>183</sup>

Pressuposto dessa discussão é a divisão habermasiana do mundo moderno em sistema e *mundo da vida*. No primeiro, teríamos materializada a razão sistêmica – que substitui a razão instrumental weberiana, onde a coordenação das ações dos atores sociais se dá a partir de estímulos de meios de regulação (como o dinheiro no caso exemplar da economia, e do poder no caso da política), definida como poder administrativo. Nesse terreno não há, nem deve haver, concorda Habermas, diálogo ou formação de consenso argumentativo em nome da maior eficiência da atuação dos meios regulativos.

Habermas propõe, enfim, o incentivo a esferas públicas com maior participação, com propostas que possam sugerir e introduzir processos democráticos

---

182 HABERMAS, Jurgen. *Op cit.* 1997. v.1. p. 23.

183 HABERMAS, Jurgen. *Op cit.* 1997. v.2. p. 239.

básicos, na constituição de uma comunidade jurídica que se organiza a si mesma, por indivíduos que dialogam racionalmente, articulando e fazendo valer seus interesses, ao mesmo tempo em que colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário nas “zonas cinzentas” que surgem entre a legislação e a aplicação do Direito. “Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas”.<sup>184</sup>

Nesse sentido, o Direito retiraria sua legitimidade do fato de ser a forma institucionalizada de uma moral procedimental e autônoma, a qual não se restringiria a aspectos instrumentais. A noção de autonomia do Direito moderno ganha assim, o sentido inverso do positivismo jurídico, de abertura à racionalidade procedimental de uma moral pós-convencional. A autonomia do Direito passa a articular-se com a noção de democracia: "não existe Direito autônomo sem democracia real".<sup>185</sup>

Habermas expõe sua percepção sobre o Direito como uma esfera separada dos contextos normativos, de modo a possibilitar a institucionalização da racionalidade cognitivo-instrumental, vista numa relação sintomática com o diagnóstico weberiano, no que se refere à diferenciação das esferas de valores e à autonomização do subsistema racional-instrumental enquanto fatores do desenvolvimento capitalista.<sup>186</sup>

Sobre a sociedade capitalista moderna, Weber introduz o conceito de racionalização para descrever o processo de desenvolvimento que se caracteriza pela ampliação crescente de esferas sociais que ficam submetidas a critérios de adequação e organização técnica. O processo de modernização é definido como racionalidade instrumental, operacionalizada pela relação entre meios e fins, ou a utilização de meios adequados para atingir determinados fins.

Nesse ponto, concordam Max Weber, Adorno, Horkheimer e, mais tarde, Marcuse, ao formularem uma crítica radical à racionalidade científica, entendida como neutra em relação a valores, que afastou do controle da razão todas as questões sociais que não podiam ser resolvidas na relação meios-fins, tidas como subjetivas e

---

184 HABERMAS, Jurgen. Idem. 1997. v.2, p. 184-185.

185 HABERMAS, Jurgen. Idem. 1997. p. 192.

186 HABERMAS, Jurgen. *Op cit.* 1997. v.1, p. 45-47.

irracionais e que fugiam do âmbito das questões relativas à economia e à eficácia dos meios. Ou seja, abstraindo-se a questão dos valores, a racionalidade científica traz em seu bojo uma forma de dominação própria da ciência e da técnica, que trazem em sua gênese o propósito de submeter a natureza aos domínios do homem, enquanto a racionalização da vida social, da mesma maneira, consegue promover uma forma de dominação política em relação ao próprio homem.<sup>187</sup>

É, no entanto, na contraposição à Teoria Sistêmica de Luhmann que Habermas apresenta a Teoria da Ação Comunicativa e institui um novo paradigma para a discussão sociológica, onde “o questionamento e a crítica são elementos constitutivos, mas não sob a forma monológica, como ainda ocorria na Dialética do Esclarecimento ou na Dialética Negativa<sup>188</sup>, e sim de forma dialética, em situação social na qual a verdade resulta de um diálogo entre pares, seguindo a lógica do melhor argumento. Para Habermas, isso é racionalidade e não uma faculdade abstrata, inata, transcendental, inerente ao mundo isolado; trata-se de um procedimento argumentativo pelo qual dois ou mais sujeitos entram em acordo sobre questões relacionadas com a verdade, a justiça e a autenticidade.<sup>189</sup>

A Razão Comunicativa se constrói socialmente nas interações espontâneas, mas adquire maior rigor através do “discurso” e resulta da Ação Comunicativa. Nesta última, “cada interlocutor suscita uma pretensão de validade quando se refere a fatos, normas e vivências, e existe uma expectativa que seu interlocutor possa, se assim o quiser, contestar essa pretensão de validade de uma maneira fundada, isto é, com argumentos”. Assim, tanto no diálogo cotidiano (Ação Comunicativa) como no discurso (Razão Comunicativa), todas as normas e valores vigentes têm de ser justificados; todas as relações sociais são consideradas resultado de uma negociação na qual se busca o consenso e se respeita a reciprocidade, fundadas no melhor

---

187 GONÇALVES, M. A. S. Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. In: EDUCAÇÃO & SOCIEDADE. **Revista Quadrimestral de Ciência da Educação**/Centro de Estudos Educação e Sociedade (CEDES) nº 66. Campinas-SP: UNICAMP, 1999, p. 128.

188 ADORNO, T. W. A indústria cultural. In: COHN, Gabriel. **Comunicação e indústria cultural**. São Paulo: Companhia Editora Nacional/Editora da universidade de São Paulo, 1971.

189 FREITAG, Barbara (org). *Op cit.* 1988, p. 59-60.

argumento.<sup>190</sup>

A partir da Razão Comunicativa, Habermas elabora uma nova interpretação da sociedade, que integra duas dimensões: a Sistêmica, de Parsons e Luhmann, onde impera a Razão Instrumental, técnica, em sistemas fechados, e a do *mundo da vida*, onde predomina a Razão Comunicativa.

A racionalidade técnica decorre da organização das forças produtivas e visa gerar o máximo de produtividade para assegurar a sobrevivência material dos homens que vivem em sociedade. A visão sistêmica exclui o diálogo, atitude necessária numa sociedade cuja forma de codificações das relações sociais encontrou no dinheiro uma linguagem universal. A validade dessa linguagem não precisa ser questionada, já que o sistema funciona na base de imperativos automáticos que jamais foram objeto de discussão. Essa regulamentação automática é denominada por Habermas de “integração sistêmica”. Os complexos de ação integrados sistemicamente impõem sua lógica instrumental a outras esferas da sociedade, passando a colonizá-las. Essas outras esferas constituem a outra dimensão da sociedade, o *mundo da vida*.<sup>191</sup>

Para Habermas, a modernidade criou uma lacuna entre o sistema e o *mundo da vida*, que estão em constante confronto, onde este, regido pela Razão Comunicativa, vive ameaçado pela interferência da Razão Instrumental. Ou seja, predomina também na esfera social, a ciência e a técnica, que instrumentalizam a dominação pelo poder político e pelo poder econômico. Da intervenção do sistema político e estatal na esfera privada nasce a burocratização, e do sistema econômico, a monetarização do mercado.

Cabe, portanto, à Razão Comunicativa preservada em certos “nichos” da sociedade moderna e institucionalizada, em algumas de suas “esferas de valor” (assim definidas por Weber), resgatar o que foi perdido e reorientar a Razão Instrumental, reconduzindo-a aos limites dos quais é imprescindível e pode fornecer uma contribuição inestimável para assegurar a organização e sobrevivência das modernas sociedades. Complementa o autor, que é na esfera social da cultura, principalmente, que devem ser fixados os destinos da sociedade, através do questionamento e da reavaliação dos valores e das normas vigentes. Somente assim a Razão Comunicativa

---

190 HABERMAS, Jurgen. *Op cit.* 1997. v.1, p. 40-41.

191 HABERMAS, Jurgen. *Op cit.* 1997. idem. p. 18.

ou dialógica estaria reorganizando a complexidade e a contradição inseridos na sociedade moderna.

Enfim, na tensa relação entre realidade e norma, o Direito deve buscar o sentido dos direitos que garantem a liberdade, afastando-se de uma pretensa neutralidade distanciada da moral.<sup>192</sup> A idéia de uma sociedade justa implica na promessa de emancipação e de prevalência da dignidade humana, sem esquecer que a distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da participação pública dos cidadãos.

### 3.3 ELEMENTOS DE COMPREENSÃO DA REALIDADE

A história do conhecimento demonstra uma constante busca de superação, num permanente processo de criação e recriação de suas bases. No Direito, o uso da razão serviria para sistematização da formalidade do raciocínio lógico-dedutivo como instrumento para atribuir unidade e coerência a uma ordem normativa que procurou organizar a sociedade moderna.

A posição da Teoria do Conhecimento na modernidade tomava como pressuposto a relação sujeito/objeto sob as óticas do empirismo e do racionalismo.<sup>193</sup> Essas duas concepções consideravam a teoria científica como explicação e verdadeira

---

192 Desde a publicação de “Uma Teoria da Justiça”, de John Rawls, esta questão vem preocupando juristas e filósofos que, sustentados na crítica à tradição positivista, retomam a questão da justiça em termos substantivos, promovendo um retorno à preocupação com a ética e a justiça, em face do tratamento ideológico até então dominante. Ver: RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

193 A concepção *racionalista* afirma que a ciência é um conhecimento racional dedutivo e demonstrativo, capaz de provar a verdade necessária e universal de seus enunciados e resultados e, ainda, “a unidade sistemática de axiomas, postulados e definições, que determinam a natureza e as propriedades de seu objeto”. Para essa vertente, o objeto é uma representação da realidade e as experiências científicas servem apenas para “verificar e confirmar as demonstrações teóricas e não para produzir o conhecimento do objeto, pois este é conhecido exclusivamente pelo pensamento”. Para a concepção *empirista* a ciência é “uma interpretação dos fatos baseada em observação e experimentos que permite estabelecer induções”, que possibilitam a definição do objeto e suas características. A teorização empírica tem por objetivo construir conceitos através de métodos experimentais, mediante os quais será formulada uma teoria e uma definição a respeito do objeto identificado, pois é do objeto que se extrai o conhecimento. (CHAUI, Marilena. *Op cit.* 2005. p. 221).



representação da realidade. No entanto, para Kant, a realidade em si (o *nôumeno*) não pode ser conhecida. Somente é possível conhecê-la do modo como organizada pela razão, estruturada pelas idéias produzidas pelo sujeito, ou seja, enquanto *fenômeno*. Com esse entendimento, Kant resolveu o debate entre empiristas e racionalistas, ao concluir que todo conhecimento provém da experiência, mas é definido segundo formas *a priori* que são próprias do espírito.<sup>194</sup>

O Direito visto como objeto científico equipara-se à norma legal, estruturado sob critérios lógicos, com precisão “matemática”, num sistema fechado e avalorativo, livre de qualquer influência externa.

Esse panorama perdurou até o início do século XX, vez que ciência e técnica (método) se aliam para tentar explicar tecnicamente todos os campos da atividade humana, ao mesmo tempo em que, na filosofia, tenta-se estabelecer o elo entre as diversas formas do saber e do agir.

No entanto, a esperança de encontrar na razão a compreensão da realidade e do sujeito, bem como a possibilidade de agir de forma eficaz sobre a natureza, dominando-a, apresentou-se como empreitada cada vez mais difícil, senão inviável. Dessa desconfiança nutrem-se pensadores que começam a colocar em xeque o primado da razão e aquele modelo de racionalidade, cuja crítica se delineia no final do século XIX e início do século XX.<sup>195</sup>

Uma das maiores contribuições para uma mudança de perspectiva foi o materialismo dialético concebido por Karl Marx e Friedrich Engels, ainda no século XIX, a partir da ruptura com o pensamento hegeliano sobre a dialética idealista e com a tradição racionalista, ao demonstrar que a verdadeira origem das idéias estaria “na base da sociedade, em sua estrutura econômica e nas relações de produção que esta mantém”<sup>196</sup>, formulando os princípios de uma prática política voltada para a revolução e atribuindo caráter histórico e social ao conhecimento.

No distanciamento existente entre sujeito e objeto o conhecimento torna-se um

---

194 CHAUI, Marilena. *Idem*. p. 78.

195 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 3ª ed. São Paulo: Moderna, 2003. p. 147.

196 JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. p. 175.

problema insolúvel, impossível. Para eliminar esse problema, a relação entre sujeito e objeto deve ser considerada como um fato, vez que se constituem em elementos *diferentes*, contraditórios, mas ligados por uma incessante interação dialética.

Eis porque nossa época sente profundamente a necessidade de uma atitude unificadora, de um método de superação dos conhecimentos dispersos. **Trata-se, para nós, de reunir racionalmente, lucidamente, a prática e a teoria, o objeto e o sujeito, a realidade e o “valor” do homem, o conteúdo e a forma do pensamento, a ciência e a filosofia, todos os elementos da cultura.** Uma tal unificação – que não deve ser imposta de fora, mas porvir dos próprios elementos, de modo racional e, portanto, livre, ou seja, segundo uma necessidade interna compreendida e dirigida – reclama novos métodos, uma lógica ao mesmo tempo rigorosa e flexível, que se mantenha *ao nível* do trabalho do pensamento científico, sem por isso se contentar em registrar passivamente as técnicas e os resultados das ciências separadas. (g.n.)<sup>197</sup>

Para Marx, o *motor* do movimento histórico é a prática social. O verdadeiro sujeito do conhecimento não é mais o *eu* do indivíduo pensante, mas o *sujeito* pensante universal, que tem capacidade de julgar, para quem que é possível captar a realidade. Por essa razão, procura acompanhar o capitalismo e a sociedade em sua totalidade.

A *práxis* marxista consiste na união dialética entre teoria e prática. O indivíduo enquanto *ser social* transforma a natureza pelo trabalho que, anteriormente, é concebido como projeto que depende da consciência, que antecipa o agir. Assim, os fenômenos são considerados como *processos* em via de desenvolvimento, em constante movimento de contradição e superação. O conhecimento de que a matéria é um dado concreto e a consciência é um dado secundário - ou seja, que a consciência é determinada pela matéria -, liberta o homem, possibilitando sua ação no mundo.<sup>198</sup>

O método marxista procura definir o homem como único ser que produz e reproduz suas condições de existência, que tem capacidade de transformar materialmente seu mundo. Por isso, não se limita a fazer declarações abstratas, mas analisa as práticas sociais concretas, um conjunto complexo de fatos e eventos, na medida em que elas produzem a existência social-histórica, de modo específico a cada

---

197 LEFEBVRE, Henri. **Lógica formal/lógica dialética**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 79. Para o tradutor, Lefebvre é considerado um “marxista que se situa claramente na linha hegeliana”.

198 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Op cit.* 2003. p. 264-265.

sociedade e em uma determinada época.

Esse concreto (...) é o produto multiforme da ação de agentes que criam, a partir do dado, seu mundo; é o resultado incessantemente mutável desses atos que agem e reagem uns sobre os outros; esses atos são todos singulares, visando a fins singulares. A tarefa do conhecimento é forjar os instrumentos que permitem compreender por que algumas dessas vontades singulares entram materialmente em coalizão, produzem em comum enunciados que lhes servem como justificação ou programa de ação e operam assim uma transformação real que subverte o concreto real.<sup>199</sup>

A análise de acontecimentos concretos conduz à busca dos conceitos mais precisos, a partir dos quais os fatos podem ser pensados e que se constituem em pressupostos, até que seja possível construir um sistema complexo de conceitos a serem analisados para que se possa explicar o que se produz no concreto real.

Segundo o próprio Marx, “parece que o melhor método será começar pelo real e pelo concreto, que são a condição prévia e efetiva”<sup>200</sup>. Assim, iniciando pela explicação do concreto-dado (um fato concreto), busca-se pela faculdade de abstração e no estudo das categorias mais simples chegar a capacidades de abstração cada vez mais concretas. Estas categorias são produtos históricos e transitórios, portanto, em movimento, que devem ser assim considerados para chegar a uma reconstrução mental deste concreto, ou seja, reconhecer a realidade como ela é.

Por influência do pensamento marxista, a Escola de Frankfurt<sup>201</sup> surge na Alemanha, e tem como base a crítica à ideologia que aliena a classe menos favorecida na sociedade.<sup>202</sup> No Direito, o enfoque teórico levantado por tal corrente, dá origem à

---

199 CHATELET, François, *et al. Op cit.* 2000. p. 131.

200 MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. 2ª ed. Tradução de Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 1983. p. 218.

201 Escola de Frankfurt: “(...) grupo de filósofos e pesquisadores alemães que, unidos por amizade no início dos anos 30, emigraram com o advento do nazismo, só retornando à Alemanha depois da guerra: Theodor Adorno, Walter Benjamin, Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Jürgen Habermas” entre outros. (JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Op cit.* 1996. p. 112).

202 “A alienação social é o desconhecimento das condições histórico-sociais concretas em que vivemos e que são produzidas pela ação humana, também sob o peso de outras condições históricas anteriores e determinadas. Há uma dupla alienação: por um lado, os homens não se reconhecem como agentes e autores da vida social com suas instituições, mas, por outro lado e ao mesmo tempo, julgam-se indivíduos plenamente livres, capazes de mudar a própria vida como e quando quiserem, apesar das instituições sociais e das condições históricas. No primeiro caso, não percebem que *instituem* a sociedade; no segundo caso, ignoram que a sociedade *instituída* determina seus pensamentos e ações.” (CHAUÍ, Marilena. *op cit.* 2005. p. 173).

Teoria Crítica, que tende a perseguir constantemente “uma racionalidade capaz de propiciar a emancipação dos homens” e, a partir dos princípios da razão, reconstruir, na prática jurídica vinculada ao processo histórico-social, “uma razão teórica articulada dialeticamente pela *práxis*”.<sup>203</sup>

A Dogmática Jurídica tradicional desenvolveu-se sob o prisma da objetividade do sistema e da neutralidade científica das normas. A Teoria Crítica procurou desvendar muitas das certezas positivistas, enfatizando seu caráter ideológico e o papel que desempenhava como instrumento de dominação econômica e social, disfarçada por uma roupagem que a fazia parecer natural e justa. Pretendia encontrar, no Direito, sua dimensão transformadora e emancipatória, para renovar as perspectivas do conhecimento jurídico moderno, para reconstruí-lo em sua prática.

Assim, as ciências humanas procuram criar métodos específicos para o estudo de seus objetos, entre elas, o estruturalismo seria uma das principais correntes de pensamento na área de humanas no século XX, desenvolvido pelo lingüista Ferdinand de Saussure (1857-1913) e aplicado pelo antropólogo Claude Lévi-Strauss em estudos sobre sociedades primitivas.<sup>204</sup>

O método estruturalista permitiu que as ciências humanas pudessem desenvolver estudos específicos de seus objetos, libertando-os da visão mecanicista de causa e efeito:

A concepção estruturalista veio mostrar que os fatos humanos assumem a forma de estruturas, isto é, de sistemas que criam seus próprios elementos dando a eles sentido pela posição e pela função que ocupam no todo. As estruturas são totalidades organizadas segundo princípios internos que lhes são próprios e que comandam seus elementos ou partes, seu modo de funcionamento e suas possibilidades de transformação temporal ou histórica. Nelas, o todo não é a soma das partes nem o conjunto de relações causais entre elementos isoláveis, mas um princípio ordenador, diferenciador e transformador. Uma estrutura é uma totalidade dotada de sentido.<sup>205</sup>

---

203 LUDWIG, Celso Luiz. **Formas da Razão:** racionalidade jurídica e fundamentação do Direito. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1997. p. 169-170.

204 “Doutrina filosófica que considera a noção de estrutura fundamental como conceito teórico e metodológico. Concepção metodológica em diversas ciências (lingüística, antropologia, psicologia, etc.) que tem como procedimento a determinação e a análise de estruturas”. (JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *op cit.* 1996. p. 92).

205 CHAUI, Marilena. *Op cit.* 2005. p. 229-230.

O estruturalismo não se preocupa em transformar a realidade, seu objetivo é analisar a estrutura ou a forma que se apresenta. É possível estudar a história da filosofia, das ciências, da sociedade, das artes, já que a razão é histórica, mas essa história é descontínua e se realiza por saltos, isto é, não há evolução, nem continuidade. As diferentes estruturas compõem a razão e cada estrutura possui um sentido próprio.

Acompanhando as reflexões de Marilena Chauí sobre a razão, a concepção de paradigma no pensamento científico de Thomas Kuhn<sup>206</sup> é semelhante à noção de estrutura no sentido de descontinuidade e ruptura, ao demonstrar que as ciências não se desenvolvem em processos contínuos e evolutivos, e sim por saltos e *revoluções*.

(...) Em tempos normais, um cientista, diante de um fato ou de um fenômeno ainda não estudado, o explica usando o modelo ou paradigma científico existente. Em contraposição à ciência normal, ocorre a revolução científica. Uma revolução científica acontece quando o cientista descobre que o paradigma disponível não consegue explicar um fenômeno ou um fato novo, sendo necessário produzir um outro paradigma, até então inexistente e cuja necessidade não era sentida pelos investigadores. Numa revolução científica, não só novos fenômenos são abandonados, mas há uma mudança profunda na maneira de o cientista ver o mundo, como se passasse a trabalhar num mundo completamente diferente.<sup>207</sup>

As transformações paradigmáticas são resultados de revoluções científicas. A transição ocorre por meio de um processo revolucionário que cria e determina seus próprios conceitos e métodos.

Ainda no final do século XIX, as contribuições da filosofia fenomenológica desenvolvida por Edmund Husserl (1859-1938), se constituem numa nova proposta para a relação entre sujeito e objeto, ao conceber que é o sujeito quem dá significado ao objeto, não para extrair-lhe uma explicação abstrata, mas para lhe dar sentido, já que visa à “descrição da realidade e coloca como ponto de partida de sua reflexão o próprio ser humano, no esforço de encontrar o que lhe é dado na experiência”,

---

206 A obra de Thomas S. Kuhn, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trouxe à tona o conceito de paradigma, enquanto “modelo de ciência que serve como referência para todo um fazer científico durante uma determinada época ou um período de tempo demarcado”. (KUHNS, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5ª ed. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998). “Um paradigma é composto por hipóteses, leis, procedimentos metodológicos, definindo as normas e regras do que deve ser conhecido e pesquisado”. (CHAUÍ, Marilena. Idem. 2005. p. 83).

207 CHAUÍ, Marilena. 2005, idem. p. 224-225.

descrevendo a realidade a partir do ponto de vista daquele sujeito que vivencia determinada situação.

A fenomenologia propõe a superação da dicotomia [existente entre sujeito/objeto], afirmando que *toda consciência é intencional*, o que significa que não há pura consciência, separada do mundo, mas toda consciência visa ao mundo. Da mesma forma, não há objeto em si, independente da consciência que o percebe. Portanto, o objeto é um *fenômeno* (etimologicamente, “algo que aparece”) para uma consciência. Segundo Husserl, “a palavra intencionalidade não significa outra coisa senão a particularidade fundamental da consciência de ser a consciência *de* alguma coisa”.<sup>208</sup>

Para a filosofia fenomenológica, o fenômeno cognoscível é a *essência* ou o sentido de um ser, sua *significação*. E a *consciência*, um ato intencional do sujeito transcendental, a própria atividade do saber que se caracteriza pela intersubjetividade<sup>209</sup>. Assim, se a filosofia é a descrição da *essência* da *consciência*, é então fenomenologia, pois consiste na descrição de todos os fenômenos, quer sejam materiais, naturais, ideais ou culturais.<sup>210</sup> Diferente do individualismo do sujeito considerado universalmente, tem-se a singularidade do sujeito que constrói o conhecimento.

Por conseguinte, entre outras novas correntes filosóficas e métodos que nortearam a Teoria do Conhecimento no limiar do século XX, estas teorias contribuíram para mudanças nas abordagens da relação entre Direito e realidade fática. O Direito passa a ser então concebido a partir da realidade que se renova e se reconstrói constantemente, que se traduz na complexidade dos fatos sociais, buscando meios para distanciar-se da aparente neutralidade e generalidade da Ciência do Direito.

Especialmente a partir de Nietzsche e Foucault, se delineiam perspectivas de superação do primado da razão pelo *saber*.

A fase antropológica evidenciada nas primeiras obras de Foucault, constitui-se

208 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Op cit.* 2003. p. 206.

209 Nas palavras de Husserl: “(...) ‘O ser, primeiro em si’, que serve de fundamento a tudo o que há de objetivo no mundo, é a intersubjetividade transcendental (...). O sentido essencial e fundamental da ciência Temos diante de nós um sistema de disciplinas fenomenológicas, do qual a base fundamental não é o axioma *ego cogito*, mas uma plena, inteira e universal tomada de consciência de si mesmo”. (HUSSERL, Edmund. **Meditações Cartesianas**: introdução à fenomenologia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001. p. 169-170).

210 CHAUI, Marilena. *op cit.* 2005. p. 202-203.

numa análise arqueológica do saber. Parte do conceito de *episteme*<sup>211</sup>, para definir sujeito e objeto como *efeitos* produzidos pela linguagem e pelo discurso, enquanto o *saber* é uma “prática discursiva”<sup>212</sup> que, por sua vez, institui o objeto, da mesma maneira que institui o sujeito.

Em seus trabalhos posteriores, que constituem a fase genealógica inspirada em Nietzsche (1844-1900), o método foucaultiano passa a uma análise histórica do poder e como é possível considerá-lo na produção dos saberes. Desse modo, o discurso é analisado a partir das condições políticas, ou seja, de que forma o saber-poder se exerce politicamente pelo discurso. Foucault toma o sujeito como núcleo central de todo conhecimento, que se constitui historicamente nas práticas sociais, ou seja, visa promover “a constituição histórica de um sujeito de conhecimento através de um discurso tomado como um conjunto de estratégias que fazem parte das práticas sociais”.<sup>213</sup>

As ciências humanas representam um tipo específico de saber, que provém das técnicas de individualização disciplinares. O propósito da genealogia é considerar o saber como peça de um dispositivo político que se articula com a estrutura econômica, em sua materialidade, como acontecimento prático e não como idéia ou fenômeno de consciência. O saber se constrói na prática, não se transmite como idéia.

Nesse sentido, as ciências humanas se constituem em *domínios de saber*, formados a partir de práticas políticas disciplinares, exercidas de modo contínuo, permanente e sem limitações.

O objetivo [da genealogia do saber] é neutralizar a idéia que faz da ciência um conhecimento e que o sujeito vence as limitações de suas condições particulares de existência instalando-se na neutralidade objetiva do universal e da ideologia um conhecimento em que o sujeito tem sua relação com a verdade perturbada, obscurecida, velada pelas condições de existência. Todo

---

211 “(...) entendida como uma estrutura de conhecimentos determinada por uma rede de conceitos que são os instrumentos com os quais, numa dada época, os pensadores investigam e interpretam a realidade. Uma *episteme* é um conjunto de enunciados ou de discursos baseados num certo instrumento conceitual que organiza a linguagem e o pensamento e lhes dá o sentimento de que as palavras correspondem às coisas”. (CHAUI, Marilena. Idem. 2005. p. 211). Para Hilton Japiassu, epistemologia significa, etimologicamente, *discurso sobre a ciência*. (JAPIASSU, Hilton. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992. p. 24)

212 JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *op cit.* 1996. p. 111.

213 FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2001. p. 10-11.

conhecimento, seja ele científico ou ideológico, só pode existir a partir de condições políticas que são as condições para que se formem tanto o sujeito quanto o domínio do saber. A investigação do saber não deve remeter a um sujeito de conhecimento que seria sua origem, mas a relações de poder que lhe constituem. Não há saber neutro. Todo saber é político. E isso não porque cai nas malhas do Estado, é apropriado por ele, que dele se serve como instrumento de dominação, descaracterizando seu núcleo essencial. Mas porque todo saber tem sua gênese nas relações de poder.<sup>214</sup>

Esse posicionamento foucaultiano desmistifica o saber enquanto ideologia e a neutralidade científica. Conduz ao entendimento de que o poder não é exercido politicamente somente pelo Estado, mas sua gênese está nas relações de poder que se estabelecem continuamente nas relações sociais.

Assim, o pensamento epistêmico desenvolve-se sob um enfoque filosófico. Trata-se de uma reflexão histórica acerca do conhecimento e da atividade científica, para demonstrar que não existe ciência, mas *ciências* que precisam ser interrogadas por uma atividade reflexiva, centrada sobre a interação entre sujeito e objeto e não mais na oposição entre eles.

Cada ciência está ligada de certo modo à verdade que se revela em seu campo epistemológico. A epistemologia crítica<sup>215</sup>, por sua vez, procurou desmistificar a neutralidade e a objetividade da ciência, que é ensinada dogmaticamente como se fosse uma “verdade revelada”, e que esquece seu papel social:

Assim, o que a epistemologia crítica pretende mostrar é que o poder do conhecimento já se transformou, desde algum tempo, em conhecimento do poder. A ciência contemporânea, herdeira experimental da religião medieval, realiza hoje as mesmas funções que a teologia desempenhava na Idade Média. Até parece que seu papel seja o de compensar, com sua inteligência eterna de especialistas, os sentimentos de impotência, de frustração e de ignorância do homem moderno. Na realidade, porém, ela é a soma organizada e racional de suas limitações, para não dizer, de suas alienações.

---

214 FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001. p. XXI. (Comentários de Roberto Machado, na Introdução da obra).

215 Japiassu aponta os representantes de três grandes correntes epistemológicas e o surgimento de uma epistemologia crítica: 1. a *epistemologia lógica*, visando a um estudo acurado da língua científica e uma pesquisa metódica das regras lógicas que presidem a todo enunciado correto (empirismo ou positivismo lógicos); 2. a *epistemologia genética*, tentando elucidar a atividade científica e partir de uma psicologia da inteligência culminando num estruturalismo genético e construtivista (epistemologia de J. Piaget); 3. a *epistemologia histórico-crítica*, procurando elucidar a produção das teorias e dos conceitos científicos a partir de uma análise da própria história das ciências, de suas evoluções e das *démarches* do espírito científico (Bachelard, Canguilhem, Foucault); e, (...) um novo tipo de epistemologia, a *epistemologia crítica*, fruto da reflexão que os próprios cientistas estão fazendo sobre a ciência em si mesma. O maior representante da epistemologia crítica é Jurgen Habermas. (JAPIASSU, Hilton. *Op cit.* 1992. p. 138).



(...) E a “racionalidade” científica transforma-se em ideologia, a partir do momento em que pretende impor-se como a única forma de racionalidade possível.<sup>216</sup>

Seu objetivo é fragmentar o domínio do saber que sustenta o poder. É descaracterizar a crença em seu caráter absoluto, em sua independência da realidade e da historicidade dos indivíduos. Procura mostrar que o conhecimento científico fornece um saber e que esse saber confere meios de ação.

As preocupações da ciência moderna em delimitar áreas específicas de conhecimento para dominar a natureza, transformaram-se em objetos de dominação do homem pelo próprio homem. O reducionismo atomista e a fragmentação do conhecimento serviram para abrandar os efeitos do domínio ideológico responsáveis pela produção de saberes úteis para a exploração econômica das forças de trabalho e para o exercício do poder pelas classes dominantes – poder que se exerce nas relações sociais.

Somente no final do século XIX e início do século XX é possível observar “rupturas epistemológicas que fundam o conhecimento científico dos processos biológicos, históricos, lingüísticos e inconscientes”<sup>217</sup>, que alteram significativamente as estruturas que constituíam o objeto do conhecimento de diferentes ciências, ou seja, abalam-se as estruturas da biologia, da lingüística, da psicanálise, o que viria a questionar a unidade do saber científico possibilitado pela formalização dos saberes empíricos.

Tal é a mudança de perspectiva, que se busca entender a realidade concreta como *processo* e não mais por meio da oposição sujeito/objeto, o que era inconcebível no projeto da ciência moderna:

As ciências não apreendem diretamente as coisas empíricas, mas estabelecem paradigmas teóricos que permitem dar conta das relações fundamentais entre os processos que constituem seus diferentes objetos de conhecimento. (...) Dessa forma, desde a antiguidade buscava-se conhecer a substância ou a “essência” das coisas. Mas o conhecimento do real, entendido como processos materiais, é uma emergência epistêmica relativamente recente, que remonta à fundação das ciências da vida, da

---

216 JAPIASSU, Hilton. *idem*. 1992. p. 153-154.

217 LEFF, Enrique. **Epistemologia Ambiental**. São Paulo: Cortez, 2001. p. 23.

língua, da história e do inconsciente. Desde então, conhecemos o real como efeito de certas estruturas e processos materiais. Mas nem o real nem as formas de seu conhecimento constituem sistemas unitários e homogêneos. O real aparece constituído por diferentes ordens de materialidade cujas relações estruturais são objeto de ciências específicas. Já não é o existente empiricamente, nem um princípio substancial (vida, trabalho, linguagem) o que aparece como objeto de conhecimento; inversamente, a realidade empírica surge com um efeito de um processo invisível de produção que só pode ser apreendida por meio da produção conceitual de campos teóricos diferenciados.<sup>218</sup>

O efeito do conhecimento real produz sua articulação com os conceitos que constituem uma teoria científica, diferente dos efeitos de sentido que surgem da articulação de significantes no discurso inconsciente e no discurso ideológico, devido à relação específica da articulação conceitual com o real por meio do objeto do conhecimento de uma ciência. Este objeto não é (mais) um objeto empírico, nem o sujeito do conhecimento se limita a observá-lo e a interiorizar abstrações: o conhecimento científico passa a ser entendido como o “processo de produção dos conceitos (...) que permite a apreensão cognoscível do real”<sup>219</sup>. São *recortes* da realidade, sob diferentes perspectivas, que lhe darão sentido, mediante a articulação dos conceitos de uma teoria. O sujeito de conhecimento é um *efeito* de processos históricos, inconscientes e lingüísticos.<sup>220</sup>

No campo da lingüística, Charles Sanders Peirce (1839-1914)<sup>221</sup>, concebeu um método para explicação do significado de “conceitos considerados pouco claros”, isto é, uma técnica para auxiliar na compreensão de conceitos de natureza científica e filosófica e dar-lhes sentido prático: o pragmatismo.

Pierce acentua que, de acordo com os princípios cartesianos, “as realidades

---

218 LEFF, Enrique. idem. 2001. p. 25.

219 LEFF, Enrique. Idem. 2001. p. 26-27.

220 A articulação de conceitos pode-se constituir, inclusive, mediante a articulação teórica com outras ciências – num paradigma *transdisciplinar* e integrador, que produz um efeito do conhecimento de uma realidade complexa, não como um integração das partes da realidade empírica como se propõe na unidade dos sistemas. Por exemplo: “Assim, as transformações sociais, as inovações científico-tecnológica e a construção de uma racionalidade ambiental permitirão mudar os efeitos do processo produtivo sobre a oferta natural de recursos, o equilíbrio ecológico, o crescimento demográfico e a poluição ambiental” (LEFF, Enrique. Idem. 2001. p. 37).

221 “Para determinar o sentido de uma concepção intelectual devem-se considerar as conseqüências práticas pensáveis como resultantes necessariamente da verdade da concepção; e a soma dessas conseqüências constituirá o sentido total da concepção.” (PIERCE, Charles Sanders. **Escritos Coligidos**. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 7).

últimas das coisas não podem ser conhecidas”<sup>222</sup>. No entanto, para o pragmatismo, tudo o que é ‘real’ é cognoscível em alguma medida e a realidade existe, independentemente de representatividade:

O conhecimento real de uma coisa só ocorrerá num estágio ideal de informação completa, de modo que a realidade depende da decisão derradeira da comunidade; o pensamento constitui-se caminhando na direção de um pensamento futuro, que tem como pensamento o mesmo valor que ele, só que mais desenvolvido; dessa forma, a existência do pensamento de agora depende do que virá; tem apenas a existência potencial, dependente do pensamento futuro da comunidade.<sup>223</sup>

A consciência é usada para atribuir significados, tendo em vista que o homem só pensa por *signos*. A realidade é então uma concepção descoberta através de cognições derivadas de uma série de induções e hipóteses, como um processo contínuo, que se constituem em informações, de modo que o raciocínio e a informação resultam em algo real.

Construída como uma “doutrina da realidade”, conforme contribuição de William James (1842-1910), o pensamento pragmático valoriza a prática mais do que a teoria e considera que deve dar-se mais importância às conseqüências e efeitos da ação do que a seus princípios e pressupostos.<sup>224</sup>

Pode-se dizer, em síntese que, também no Direito, compreender a realidade é buscar permanentemente resultados práticos, efetivos. Nesse caminho, mais do que reflexão, as tendências do pensamento jurídico contemporâneo estão voltadas para a prática, para a transformação da realidade por meio da problematização.

Historicamente, os saberes teóricos se articulam com os saberes práticos para compreender a materialidade do real e atender aos anseios de uma sociedade plural e uma comunidade científica, na construção de um novo paradigma também para o Direito.

---

222 PIERCE, Charles Sanders. Idem. 1983. p. 81.

223 PIERCE, Charles Sanders. Idem. 1983. p. 83.

224 JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *op cit.* 1996. p. 218.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa sobre a experiência jurídica da modernidade, teve como ponto de referência o racionalismo jurídico baseado na Ciência Dogmática do Direito e suas projeções na realidade social, com o propósito rever as estruturas fundamentais da normatividade, à luz das transformações que se delinearam a partir do século XVIII, até o limiar do século XX.

A racionalização do Direito serviria de base para a constituição do Estado moderno e a Ciência Jurídica, determinada pela lógica formal que fundamenta os ordenamentos, demonstra, assim, a estrita relação existente entre o conhecimento científico, o Direito e a política, em função da realidade social.

O Direito teve que passar por significativas mudanças, acompanhando as tendências do pensamento filosófico e do conhecimento científico, na busca por perspectivas inovadoras capazes de construir um novo paradigma, as quais se traduzem na identificação das relações que se estabelecem entre a realidade fática e as condições de validade das normas jurídicas.

A Dogmática Jurídica procurou estabelecer cientificamente critérios adequados à aplicação do Direito, por meio da razão, ápice do conhecimento humano, que consistia em sistematizar o raciocínio jurídico para dar coerência ao ordenamento. Os ideais do pensamento liberal e o fortalecimento da racionalidade técnica tornaram cada vez mais complexas as possibilidades de emancipação social e impôs crescentes desafios à racionalidade jurídica.

O sistema jurídico consolida-se com os códigos e as Constituições, culminando na materialização da racionalidade lógico-dedutiva, sustentados por conceitos e princípios que visavam expressar, ideologicamente, uma igualdade formal de direitos por meio da universalidade e da abstração das normas jurídicas. A concepção positivista jurídica se projeta na experiência histórica por um longo período e somente se procura superá-la pela prática jurídica no início do século XX.

Esta instabilidade exigiu dos juristas um esforço de reflexão epistemológica

que lhes permitisse elaborar novos métodos para atender aos anseios da complexa sociedade contemporânea.

O Direito, sistematicamente organizado, é construído a partir de conceitos gerais, na concepção iluminista de que ao Estado caberia manter a ordem social. A ideologia imposta à esfera pública no sentido de que a conduta social podia ser racionalmente ordenada, permitiu o fortalecimento do capitalismo, a imposição de uma política privatista e a divisão de classes.

O jusnaturalismo e o racionalismo sustentaram a base da constituição do Estado moderno e marcaram a Ciência Jurídica através da unidade e coerência dos ordenamentos, consolidados pela codificação para conceber todo um sistema em função do Direito Privado, para garantir os direitos do indivíduo e a livre atividade econômica. No âmbito do Direito Privado estão os elementos centrais do sistema jurídico: o contrato e o direito de propriedade. O Direito Público refere-se ao Estado e ao interesse geral, sem interferir nas relações privadas.

Somente através da hierarquização valorativa e principiológica do sistema como um todo, se promove uma releitura do ordenamento à luz da Constituição, sobrepondo-se a regras que contrariem tais preceitos, hierarquicamente superiores. Uma nova perspectiva civil-constitucional, denominada como “fenômeno da constitucionalização”, viria anunciar a aplicação dos princípios constitucionais à propriedade e ao contrato, revelando a queda da autonomia privada. Princípios que encontram fundamento na Carta Constitucional e que norteiam todo o ordenamento jurídico, seja sob amparo da superioridade do princípio da dignidade da pessoa humana, ou de princípios que privilegiem a ótica social, como corolários dos valores impregnados na Ordem Constitucional. Desta forma, institutos como o contrato e a propriedade – representantes centrais do Direito Privado – passam por uma flexibilização e devem desempenhar função econômica e função social, funcionalidades que proclamam justiça social e proteção à da dignidade da pessoa humana.

O fortalecimento do Direito Constitucional e o desenvolvimento de novos fundamentos teóricos capazes de sustentar uma atividade jurídica voltada para a

aplicação imediata das normas constitucionais, cuja dificuldade no início do século XX estaria não no reconhecimento dos Direitos, já que a humanidade nunca teve tantos direitos positivamente enunciados, mas na busca de efetividade em sua concretização. As constantes mudanças no século XX, passam a incorporar um caráter provisório e indeterminado, contrastante com a certeza jurídica e com a legalidade que o sustentavam.

O Direito configura-se como ordem axiológica de princípios gerais, em sistema aberto à dinâmica de uma realidade que continuamente se enriquece, e transforma-se em saber que assume postura pragmática, a partir da superação da completude e da generalidade do sistema. As críticas à racionalidade técnico-instrumental do Direito giram em torno do sistema jurídico e do modelo de sistema que se impôs à sociedade: condena-se uma dogmática jurídica de natureza lógico-dedutiva e o pensamento positivista; defende-se uma concepção problemática do direito, como conjunto de *topois*, que visam alcançar problemas concretos.

Em função da transposição do paradigma individualista/privatista para o primado da dignidade humana, rompem-se as clássicas dicotomias construídas pela ciência jurídica, como Direito Público/Direito Privado, Direito objetivo/subjetivo. O ser humano passa a situar-se em posição de superioridade em relação aos demais elementos socialmente considerados. Uma superioridade focada no sujeito considerado em sua singularidade, não mais no individualismo aos moldes do pensamento liberal.

A teorização enfatiza também a visão prática, que define assim, o processo de racionalização que acentua a tendência do pensamento contemporâneo. Ou seja, a epistemologia jurídica intervém em defesa de um Direito confiante na capacidade de desenvolvimento da autonomia dos cidadãos, e tem o Direito como processo dinâmico e em permanente construção.

Não obstante as posições dissonantes, os posicionamentos teóricos atuais trazem a modernidade como referencial: enquanto Habermas a aponta como um projeto inacabado, cuja tradução merece atenção no sentido de se dar eficácia aos princípios nascidos na modernidade, como embasamento para processos emancipatórios, por outro lado delineiam-se indícios de um período de transição pelo

qual passa a humanidade, que comporta uma sociedade complexa e plural, em busca da concretização de seus direitos. Sob alguns aspectos, compartilham na defesa de uma necessária reconstrução do Direito.

O objetivo da presente reflexão não foi promover um debate ou apontar as divergências ou dissonâncias de cada posicionamento. Pretendia-se apenas apresentar de forma sucinta as diferentes racionalidades que assumem propósitos em comum para o conhecimento jurídico na atualidade, que apontam mudanças fundamentais na relação entre o Direito e a realidade social, em busca dos ideais de justiça e ética.

As teorias jurídicas contemporâneas colacionadas na pesquisa se constituem em propostas de reconstrução do Direito e da justiça mediante novas perspectivas, em termos de processos de realização. São pautadas em diferentes racionalidades, mas mantêm-se um viés de convergência na prática jurídica, que pretende remodelar a razão prática, com amparo no primado da força das Constituições modernas e dos novos princípios que a instrumentalizam.

A crítica consensual indica o Direito como o mais eficiente instrumento utilizado pelo poder dominante, construído nas normas da Ciência Dogmática e da racionalidade moderna, previsível e abstrato o bastante para ser universal. Esse modelo não mais atende às aspirações da humanidade.

Assim, o Direito é objeto de estudo de diversas ciências e está, como esteve desde o advento da modernidade, no foco central das transformações sociais e políticas. As diversas áreas do conhecimento se voltam para uma reestruturação da sociedade, numa época que se pronuncia em transição paradigmática.

Os teóricos do Direito não atendem aos ímpetos de “desconstrução” de uma pretensa pós-modernidade, mas almejam a uma superação do conhecimento convencional. Iniciam sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas reintroduzindo idéias de justiça e de legitimidade. Enfim, o pensamento jurídico contemporâneo põe em debate o próprio conceito de Direito. Um problema a ser teoricamente aprofundado e enfrentado neste século XXI.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W. A indústria cultural. In: COHN, Gabriel. **Comunicação e Indústria Cultural**. São Paulo: Companhia Editora Nacional/Editora da universidade de São Paulo, 1971.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. 3ª ed. **Filosofando: introdução à filosofia**. São Paulo: Moderna, 2003.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Lady, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1967.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2003b.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na**



**Ciência do Direito.** Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas.** 2ª ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

CHATELET, François *et al.* **História das Idéias Políticas.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

\_\_\_\_\_. *et al.* **O Século XX: história da filosofia, idéias, doutrinas.** Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Zahar, 1974. v.8.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia.** 13ª ed. São Paulo: Ática, 2005.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria da Ciência do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1974.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Crítica do Direito.** Curitiba: HDV, 1983.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Crítica do Direito.** 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

CURI, Ivan Guérios. **Dilemas do Direito Penal Reflexão a partir da Hermenêutica do Sistema.** Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 1999.

\_\_\_\_\_. **Virada de Copérnico.** 2005. ??????

\_\_\_\_\_. (Coord.). **Estudos de Teoria Geral do Direito.** Curitiba: Juruá, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges.

São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: RT, 1979.

\_\_\_\_\_. **Conceito de Sistema no Direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 16ª ed. Organização, Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2001.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as Formas Jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAG, B. (org). **Habermas**: Sociologia. 3. ed. São Paulo: Ática, 1988.

FREUD, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GONÇALVES, M. A. S. Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. In: **EDUCAÇÃO & SOCIEDADE. Revista quadrimestral de Ciência da Educação**/Centro de Estudos Educação e Sociedade (CEDES) nº 66. Campinas-SP: UNICAMP, 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1 e v. 2

\_\_\_\_\_. **Pensamento Pós-Metafísico**: estudo filosófico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

\_\_\_\_\_. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido A.de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. KOTHE. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1984. 397 p. (Biblioteca tempo universitário; v. 76).

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A.Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HUSSERL, Edmund. **Meditações Cartesianas**: introdução à fenomenologia. Tradução de Frank de Oliveira. São Paulo: Madras, 2001.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. **Introdução ao Pensamento Epistemológico**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.

JAPIASSU, Hilton Ferreira; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

JOUVENEL, Bertrand de. **As Origens do Estado Moderno**: uma história das idéias políticas no século XX. Tradução de Mamede de Souza Freitas. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. (coleção a obra-prima de cada autor).

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado.. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5ª ed. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LARENS, Karl. **Metodologia a Ciência do Direito**. 2ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LEFEBVRE, Henri. **Lógica formal/lógica dialética**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

LEFF, Enrique. **Epistemologia Ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil e Outros Escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LUDWIG, Celso Luiz. **Formas da Razão**: racionalidade jurídica e fundamentação do Direito. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1997.

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

MARX, Karl. **O 18 Brumário e Cartas Kugelmann**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

\_\_\_\_\_. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. 2ª ed. Tradução de Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã (I – Feuerbach)**. 8ª ed. São Paulo: Hucitec, 1991.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: RT, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. In: **Revista: Direito, Estado e Sociedade**. Nº 15. agosto-dezembro/1999. Rio de Janeiro: PUC/Departamento de Direito. p. 95-113.

NEVES, Castanheira. **Teoria do Direito**: lições proferidas no ano letivo de 1998/1999. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

\_\_\_\_\_. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 1 e 2.

\_\_\_\_\_. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993. (Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra).

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**: do Estado

de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

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

PERELMEN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTEKA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a Nova Retórica**. 2ª ed. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 2005.

PETRAS, James. Os Fundamentos do Neo-Liberalismo. OURIGUES, N.D.; ROMPINELLI, W.J. (Org.) **No Fio da Navalha**: crítica das reformas neo-liberais de FHC. São Paulo: Xamã, 1997. p. 15-38.

PIERCE, Charles Sanders. **Escritos Coligidos**. Seleção de Antonio Mora D'Oliveira. Tradução de Antonio Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores).

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In* FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 03-29.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. **Sociologia Política**: elementos de Ciência Política. Tradução de Domingos Mascarenhas. São Paulo: DIFEL, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIGO, Rodolfo Luis. **Vision Critica de Historia de la Filosofia del Derecho**. Argentina: Rubinzal Y Culzoni, 1983.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Editora UnB, 2004. vol. 1.

WIKIPÉDIA, Enciclopédia livre. Disponível em [www.wikipedia.org.br](http://www.wikipedia.org.br). Acesso em maio de 2008.