

DOI: 10.25100/pfilosofica.v0i54.11941

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

Celso Luiz Ludwig
Vinícius Luiz Pallú

Universidade Federal do Paraná.
Centro Universitário Internacional (UNINTER), Brasil.
Centro Universitário Internacional (UNINTER), Brasil.

Resumo

O presente trabalho visa analisar dois pensamentos distintos sobre a Ciência do Direito, principalmente a contar do século XIX com o positivismo jurídico, e, atualmente, trazer uma abordagem crítica sobre a Ciência jurídica.

Palavras-chave: *ciência jurídica; positivismo jurídico; teoria crítica; norma; dever-ser.*

Cómo citar este artículo: Ludwig, C. L., & Pallú, V. L. (2022). Brief Notes on the Evolution of Legal Science. *Praxis Filosófica*, (54), 71-90. <https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i54.11941>

Recibido: 4 de agosto de 2021. Aprobado: 1 de septiembre de 2021.

Praxis Filosófica, No. 54 enero - junio 2022: 71 - 90

ISSN (I): 0120-4688 / ISSN (D): 2389-9387

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

*Celso Luiz Ludwig*¹

Universidade Federal do Paraná.
Centro Universitário Internacional (UNINTER), Brasil.

*Vinícius Luiz Pallú*²

Centro Universitário Internacional (UNINTER), Brasil.

Abstract

The present work aims to analyze two distinct thoughts about the Science of Law, mainly from the 19th century with legal positivism, and, currently, to bring a critical approach to the Legal Science.

Keywords: *Legal Science; Legal Positivism; Critical theory; Rule; Ought.*

¹ Mestre e doutor em Direito pela UFPR; Professor da graduação e dos Programas de Pós Graduação PPGD UFPR e da UNINTER; membro do IFIL – Instituto de Filosofia da Libertação. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4377769084332380>.

ORCID: 0000-0002-5431-2662 **E-mail:** celsoludwig@gmail.com

² Mestrando em Direito na Linha de Pesquisa “Jurisdição e processo na contemporaneidade”, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Graduado em Direito pela PUC/PR. Especialista em Direito Tributário Empresarial e Processo Tributário pela PUC/PR. Especialista em MBA em Gestão Contábil e Tributária pela UFPR. Advogado. Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2210638522581852>

ORCID: 0000-0001-9189-4895 **E-mail:** vinicius@palluadvocacia.com.br

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

Celso Luiz Ludwig

Universidade Federal do Paraná. Centro Universitário Internacional
(UNINTER), Brasil.

Vinícius Luiz Pallú

Centro Universitário Internacional (UNINTER), Brasil.

I. Introdução

O presente estudo parte inicialmente da premissa de que o Direito, sob a ótica do positivismo, deveria ser perquirido através de uma vertente rígida, em que a “letra fria” da lei seria suficiente para solucionar todos os problemas sociais. O Direito seria um sistema de normas fechado em si mesmo, completo e imune às influências externas.

Paulatinamente, essa concepção é visualizada por uma outra perspectiva, que busca eliminar a ideia de certeza jurídica por intermédio da lei, objetivando uma ressignificação à luz de uma nova racionalidade jurídica.

A dimensão da teoria crítica do direito (re)interpreta o fenômeno da positivação em prol da remodelação da sua dogmática parcialmente deficiente, superando os paradigmas do sistema romano-germânico ao buscar um olhar mais pragmático e axiológico para a Ciência do Direito, por meio de novos métodos interpretativos e de novas abordagens da sua relação com os fenômenos sociais.

Desse modo, a começar pela segunda metade do século XX, inicia-se uma ruptura epistemológica, colocando em dúvida alguns dogmas do

positivismo, máxime na crença da verdade absoluta e da segurança jurídica advinda da lei.

Propõe-se, com isso, encontrar uma formação crítica de novos consensos, por meio do qual os indivíduos possam participar de maneira livre, plena e autônoma em torno das razões que justifiquem suas pretensões.

II. Teoria do positivismo jurídico

Os movimentos de secularização do Direito Natural, próprios do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, criaram um âmbito de conhecimento racional que permitiu a constituição, já no século XIX, de um saber científico do fenômeno jurídico. Daí a necessidade do estabelecimento de normas abstratas que deviam fundar-se no próprio homem enquanto razão ordenadora (Ferraz, 2015, pp. 206-207).

Esse momento histórico pode ser definido como “período da modernidade” (abrangente do século XVI até parte do século XX), caracterizado por certas propostas filosóficas e científicas. Na sua essência, tais propostas envolviam a racionalidade e a capacidade de o ser humano controlar a natureza.

74

No âmbito do direito, o pensamento típico da modernidade propunha a organização piramidal da ordem jurídica e a sistematicidade, a completude e a ausência de contradições, a generalidade e a estabilidade. Imaginava-se possível produzir, por meio do direito, a integração e o bem-estar generalizados (Justen Filho, 2015, p. 95.).

Mas foi a partir do século XX, com o ápice do pensamento positivista³, que a Ciência do Direito ganhou contornos maiores, capitaneado pela Escola de Viena, em que um grupo de cientistas queria que o pensamento refletisse a imagem da ciência, isto é, que fossem baseados no que é observável e verificável.

Eles achavam ser possível encontrar enunciados chamados de “atômicos”, fundamentados num dado empírico formalmente definido, e que através desses enunciados atômicos seria factível construir proposições

³“O ápice do pensamento positivista foi alcançado com Hans Kelsen, na década de 1930, com a edição do clássico *Reine Rechtslehre* (teoria pura do direito). A teoria kelseniana surgiu como uma crítica das concepções dominantes sobre os entraves do direito público e da teoria geral do Estado, e também como um grito de independência da ciência jurídica que, a partir da teoria pura do direito, deveria ser vista como uma ciência autônoma, divorciada da ciência natural e desvinculada de outras elucubrações – tais como a política, a sociologia, a economia, a religião, a moral, a etiqueta e os exercícios psicológicos de valoração e sentido de justiça –, e que teria como objeto o estudo da norma jurídica e a sua consequente descrição” (Pagliarini, 2016, p. 53).

e teorias, havendo, então, a possibilidade de ter um tipo de pensamento verdadeiro, seguro, científico (Morin, 2014, p. 37).

Com esse pensamento, Hans Kelsen criou, com rigor científico e metodológico, a Teoria Pura do Direito, que se funda em uma teoria geral do Direito positivo. Como teoria, quer, antes de tudo, conhecer o seu próprio objeto e nada além dele, respondendo a seguinte indagação: o que é e como é o Direito? (Kelsen, 2009, pág. 01)

Kelsen denominou a teoria como “pura” visando conferir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e isolando deste conhecimento tudo que não pertença ao seu objeto, isto é, despidendo-se a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental: analisar o Direito por meio de um critério “puramente” jurídico⁴.

A ideia trazida na obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, é a criação de uma lógica formal para a Ciência do Direito, nos moldes daquela utilizada nas ciências naturais e matemáticas, despida de influências culturais ou axiológicas.

O que fez Kelsen foi efetivamente posicionar a Ciência Jurídica no prisma da descrição das normas jurídicas e só delas. Jamais negou que antes de editada a norma pela autoridade competente, quer dizer, antes de positivado o Direito, os aspectos costumeiros, religiosos, sociológicos, econômicos, obviamente influem na feição da norma que advirá; posta a norma, contudo, é o Direito positivo inserido no ordenamento jurídico, desvinculado de valorações políticas ou de justiça, que prevalecerá (Pagliarini, 2016, p. 135).

A norma então prescreveria o que é obrigatório, permitido ou proibido. Destarte, a positivação converteria enunciados descritivos ou aléticos (Ciência do Direito) em enunciados prescritivos ou deônticos (Direito positivo)⁵.

⁴“Para chegar à conclusão da pureza do Direito, Hans Kelsen trilhou um longo caminho, que elegeu a lógica como atributo supremo da autonomia buscada. Serviram como momentos de capital importância para o positivismo kelseniano, no citado longo caminho trilhado, os seguintes tópicos básicos e fundamentais: a distinção entre as categorias do ser e do dever-ser; a diferença entre os princípios da causalidade e da imputabilidade e a inaplicabilidade daquele no campo do Direito; a distinção entre validade e eficácia; a teoria da norma fundamental; o fundamento de validade de uma norma é outra norma que lhe é superior (o Direito cria o Direito); a Constituição como norma hierarquicamente superior dentro do ordenamento jurídico posto; a superioridade do Direito Internacional Público em face dos “subsistemas” jurídicos “parciais e periféricos” nacionais” (Pagliarini, 2016, p. 135).

⁵“O modus que afeta o enunciado jurídico é deôntico: estatui que deve ser a implicação do consequente pela hipótese. Se a implicação fosse necessária, ou impossível, seria supérfluo prepor-lhe um dever-ser. Não tem sentido, quer dizer, não é exequível, realizável, dever-ser

No entanto, a norma é algo diferente da descrição realizada pela Ciência do Direito, pois as normas não são juízos, mas comandos que prescrevem um determinado tipo de comportamento. Na verdade, o conteúdo fático da norma possui sempre um caráter hipotético (hipótese factual), que não se confunde com o conteúdo normativo, isto é, com a conduta que se realiza concretamente no mundo dos fatos (realidade).

Buscando sistematizar a ciência jurídica, Kelsen propõe uma estrutura verticalizada da ordem jurídica, pretendendo uma organização hierarquicamente escalonada do sistema jurídico e criando um modelo em que a Constituição (norma fundamental) aparece no cume do sistema normativo. As normas de hierarquia inferior, conseqüentemente, retirariam o seu fundamento de validade das normas de hierarquia superior, introduzidas pelo direito positivo.

Uma norma é considerada “superior” se é a fonte de criação de outra norma, dita inferior. A norma inferior criada deriva sua validade da norma superior. Ao fim, seguindo de forma ascendente a cadeia de validade de todas as normas do sistema encontra-se a norma fundamental deste sistema. Enfim, é a norma fundamental que dá a unidade ontológica para o objeto de estudo da Ciência do Direito (Gouveia, 2015, p. 155).

A sentença assim formada lança mão de um silogismo em que a premissa maior é uma norma, deduzida de um conceito, e a premissa menor é o fato material, sendo a conclusão exatamente a adequação entre premissa maior e premissa menor. Este é o esquema básico do raciocínio do positivismo jurídico, durante o século XIX (Mendonça, 2007, p. 48).

Além disso, para Kelsen existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica (Kelsen, 2009, p. 388).

A interpretação feita pelo órgão aplicador é sempre autêntica, pois ela cria Direito, diferentemente de qualquer outro tipo de interpretação, que não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica (Kelsen, 2009, p. 394).

O único intérprete autorizado pelo próprio direito a definir a norma de decisão em cada caso é o juiz. E é certo, ainda, que não apenas o intérprete autêntico interpreta. Também o fazem os advogados, os juristas, o administrador público e os cidadãos, até o momento anterior ao da definição da norma de decisão. Mas, a interpretação operada pelo advogado, pelo

(obrigatório, permitido, proibido) anteposto a um enunciado descritivo de necessidade ou de impossibilidade factuais” (Vilanova, 2015, p. 62).

jurista, pelo administrador público, não vincula terceiros (Grau, 2017, p. 28/49-50).

Nesse sentido, o juiz é necessário porque cada caso é um caso: interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente efetivo, no plano dessa singularidade, o universal (Grau, 2017, p. 22) Abrangendo textos, realidade e fatos, a interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular. Opera sua inserção na vida (Grau, 2017, p. 39).

A norma individual que expressa a decisão judicial de um caso concreto – diz Kelsen – pode ser influenciada por princípios morais, políticos ou dos costumes. Seu fundamento de validade, no entanto, encontra-se no direito positivo, na força da coisa julgada, e não em qualquer daqueles princípios. Nenhum deles pode fundamentar a validade da decisão judicial. Somente uma norma geral positiva poderá fazê-lo (Grau, 2017, p. 105).

Segundo Kelsen, uma norma particular só pode ser considerada como norma jurídica na medida que pertence ao sistema jurídico. O sistema jurídico nada mais seria do que um conjunto de normas escalonadas que possui um mesmo fundamento – a norma fundamental. O pertencimento ao sistema é alçado como critério de existência da norma. Não há norma jurídica sem sistema (Gouveia, 2015, p. 153).

Não obstante, Norberto Bobbio é um defensor da tese de inviabilidade do estudo do Direito a partir da norma isolada. Embora Kelsen tivesse se conscientizado dos problemas inerentes ao estudo do Direito a partir da norma, seu trabalho destaca-se, sem dúvida, pela atenção especial que dedicou a mesma. Descobriu que o Direito é constituído por um sistema de normas, mas centrou seus estudos na norma em si, e não no sistema por esta formado (Büttenbender, 2002, p. 108).

Inovando nos conceitos teóricos de Kelsen, o neo-positivismo alavancado por Bobbio passou a centrar os estudos no sistema formado pelas normas, sendo que, embora não se afastasse do estudo da norma, passou a ter esta como conteúdo de um objeto maior, qual fosse, o sistema, ou mais precisamente, o conjunto ordenado de normas jurídicas, denominado ordenamento jurídico (Büttenbender, 2002, p. 108).

A teoria do ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ele atribuídos: a unidade, a coerência e a completitude; são essas as três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem (Bobbio, 1995, p. 198).

Norberto Bobbio passou a considerar o direito como entidade unitária constituída pelo conjunto sistemático de todas as normas e não apenas como normas singulares isoladas. Uma norma jurídica não se encontra jamais só, isolada, mas ligada a outras normas com as quais formam um sistema de normas. O Direito é composto essencialmente de normas jurídicas, que, integradas dentro de um sistema (normativo), configuram uma ordem jurídica.

Assim sendo, o estudo do Direito assume uma nova dimensão, onde o objeto é o ordenamento jurídico, sendo que as questões ligadas à norma jurídica são vistas e compreendidas no momento em que são inseridas neste mesmo ordenamento (Büttenbender, 2002, p. 110).

Além da teoria desenvolvida por Bobbio, uma outra crítica na interpretação jurídica em Kelsen é que a significação jurídica da norma individual não está completamente determinada, ou, em outras palavras, a norma do escalão superior (norma fundamental) não pode vincular todas as situações. Por isso, o processo interpretativo atribuído por Kelsen seria insuficiente.

78

O próprio Kelsen aduz que a norma do escalão superior nunca é completa, tendo em vista que não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada, pois há situações que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e nem sequer podia prever (Kelsen, 2009, p. 388).

Ademais, dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (Kelsen, 2009, p. 391).

O resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções, mas apenas uma delas se tornam Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal (Kelsen, 2009, p. 390).

O próprio Kelsen já alertava que a interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher ajustadamente a moldura prefixada, porque a teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (Kelsen, 2009, p. 391).

Kelsen reconhece também que não há absolutamente qualquer critério ou método capaz de ser classificado como de Direito positivo, segundo o

qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta”. Todos os métodos de interpretação até o presente momento elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto (Kelsen, 2009, pp. 391-392).

Ter a capacidade de estabelecer um critério é a tarefa a ser realizada para solucionar a atividade interpretativa do juiz, na medida em que Kelsen não fornece uma forma objetivamente válida para definir o que está situado dentro e fora da “moldura”. Na realidade, há uma completa indeterminação dentro da moldura, pois ela pode ser única, em que pese os resultados válidos serem variados.

Além disso, para os positivistas as proposições descritivas emitidas pela Ciência do Direito seria imune a contradições, antinomias e lacunas. Tal situação ocorreria apenas nos diversos sistemas de direito positivo.

Isso porque toda ciência requer a observância estrita da lei lógica da não-contradição, de modo que a permanência de dois enunciados contraditórios destrói a consistência interior do conjunto, esfacelando o sistema. Logo, no plano científico, não devemos encontrar contradição entre as múltiplas proposições descritivas, a despeito de tais enunciados relatarem normas jurídicas algumas vezes antagônicas. O sistema da Ciência do Direito é isento de contradições. Por seu turno, o sistema do direito positivo abriga antinomias entre as unidades normativas, as quais somente desaparecem com a expedição de outras regras (Carvalho, 2009, pp. 11/12).

Aliás, Kant já afirmava que a verdade se situa no juízo sobre o objeto, num todo coerente e sem contradições. Isso em razão de que as ciências passaram a conceber a ideia de todo e de conjunto, como busca do conhecimento.

Por isso, o instrumento metodológico utilizado pela Ciência do Direito demarca uma tese epistemológica neokantiana que Kelsen adotou para si para descrever o seu objeto: a denominada proposição jurídica, que nada mais é do que a separação entre o mundo do ser (*sein*) e do dever-ser (*sollen*).

Como neokantiano, Kelsen empreende a fundamentação da autonomia metodológica da ciência do direito a partir da distinção entre ser e dever-ser. A diferença, para Kelsen, é um dado imediato à consciência entre o sentido subjetivo do objetivo. “Dever-ser” é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como “norma” (Kelsen, 2009, p. 08).

O dever-ser constitui o conteúdo da norma e é um juízo hipotético, vale dizer, uma afirmação sobre um objeto dado ao conhecimento. A descrição

deste dever-ser tem um caráter descritivo e construtivo e não um caráter prescritivo. A norma jurídica, pertencendo ao mundo do dever ser, pode inclusive jamais se concretizar de fato no mundo do ser, o que, entretanto, não desqualifica a hipótese factual em sua função de servir de conteúdo de uma norma jurídica.

Por essa razão, a Ciência do Direito não estuda fenômenos da ordem do ser, pois a conduta hipotética positivada na norma deve ocorrer como consequência no futuro; é uma conduta ideal e abstrata, não uma conduta real e concreta.

Nesse contexto, é possível apresentar as diferenças substanciais entre a Ciência do Direito e o direito positivo da seguinte forma: (i) o direito posto é uma linguagem prescritiva (prescreve comportamentos), enquanto a Ciência do Direito é um discurso descritivo (descreve normas jurídicas); (ii) ao direito positivo corresponde a lógica deôntica⁶ (lógica do dever-ser, lógica das normas); à Ciência do Direito, a lógica apofântica (lógica das ciências, lógica alética ou lógica clássica) (Carvalho, 2009, p. 3).

A função da ciência jurídica é descrever o seu objeto, através do uso de proposições, que são juízos sobre um objeto específico: as normas jurídicas. A finalidade da proposição jurídica é justamente demonstrar os possíveis significados da norma jurídica de maneira isenta e livre de juízos de valores.

O objeto da Ciência do Direito há de ser precisamente o estudo desse feixe de proposições, vale dizer, o contexto normativo. O cientista do Direito vai debruçar-se sobre o universo das normas jurídicas, observando-as, investigando-as, interpretando-as e descrevendo-as segundo determinada metodologia. Como ciência que é, o produto de seu trabalho terá caráter descritivo (Carvalho, 2009, p. 3)

A distinção revela-se no fato das proposições normativas formuladas pela ciência do direito, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verdadeiras ou inverdadeiras, enquanto as normas jurídicas não são verdadeiras ou inverdadeiras mas válidas ou inválidas (Kelsen, 2009, pág. 82). Pelo princípio do *tertium non datur*, ou a norma está no sistema e é válida, ou não existe, não havendo espaço para uma eventual terceira possibilidade (Gouveia, 2015, p. 153).

⁶ Com a expressão “sentido deôntico do direito”, ou simplesmente “direito”, refiro-me às normas que são “extraídas” dos textos que, em virtude de certas convenções, chamamos de “jurídicos”. Isto nada mais é que uma maneira de dizer o que já sabemos: na realidade não existem as normas, mas o que alguém diz o que são as normas produzidas pelo poder. O jurista “científico” se defronta não com uma *norma*, mas com um *texto*, que desde o princípio, e em virtude de algumas convenções aprendidas na faculdade de direito, denomina-se “jurídico”. Por exemplo, porque foi publicado no Diário Oficial e se supõe – e isto é uma autêntica ficção – que tudo o que aí se publica é “direito” (Correas, 2015, p. 105).

Portanto, para os adeptos do positivismo, o objeto da Ciência jurídica seria o Direito positivo. O cientista do Direito, dessa forma, interpreta aquilo que lê, à luz das normas positivas, produzindo as significações da mensagem legislada. A teoria kelseniana limita o papel do cientista do Direito a um mero observador, que busca localizar a pluralidade de significações veiculadas pelos enunciados normativos.

Deste modo, pode-se afirmar que a Ciência do Direito, além de não produzir norma jurídica, também não prescreve nenhum enunciado prático. Ela apenas descreve seu objeto de estudo, e nunca prescreve como tal objeto deve ser. A tarefa científica é estritamente teórica, e nunca prática.

Em síntese: consoante a corrente positivista, não caberia à Ciência do Direito aprovar ou desaprovar o seu objeto (Direito Positivo), emitindo qualquer juízo de valor, mas apenas cumprir a função de descrever e construir o seu objeto.

Por consequência, com o passar do tempo o positivismo jurídico recebeu inúmeras críticas, pois a lei seria incapaz de abranger todos os conflitos que a evolução social produz, em razão da sua dinamicidade. A teoria crítica do direito busca justamente analisar o fenômeno jurídico por uma outra percepção.

III. Teoria crítica do direito

Conforme vimos, o positivismo jurídico⁷ repousa na compreensão da verdade e certeza do direito por intermédio do seu veículo introdutor (lei), em sua acepção ampla (*lato sensu*), e a função da Ciência do Direito se esgota sob o espectro exclusivamente jurídico, sem dialogar com os outros ramos do saber científico.

Porém, diante da hipercomplexidade da sociedade pós-moderna, a teoria do direito vem perdendo essas certezas (Adeodato, 2005, p. 257), até porque a ciência não tem verdade, não existe uma verdade científica, existem verdades provisórias que se sucedem, onde a única verdade é aceitar essa regra e essa investigação (Morin, 2014, pág. 56).

⁷ “A expressão positivismo designa tanto o positivismo sociológico quanto o estrito Positivismo Jurídico. No caso do positivismo aplicado ao campo jurídico, o seu objeto de reconhecimento é apenas o Direito positivo, no sentido de Direito vigente e eficaz em determinada sociedade, limitando a Ciência Jurídica ao estudo das legislações positivas (ordenamentos jurídicos positivados pela autoridade competente), consideradas como fenômenos espaciais-temporais. Por essa razão, contrapôs-se frontalmente o positivismo ao jusnaturalismo, por ser este centrado numa relação de causa e efeito (causalidade), enquanto aquele se baseava em relação de condição e consequência (imputabilidade)” (Pagliarini, 2016, p. 134).

A propósito, Whitehead coloca em evidência o fato de que, ao contrário do que se pensava, a cientificidade não se define pela certeza, e sim pela incerteza (Morin, 2014, p. 38).

As limitações e insuficiências epistêmicas do positivismo, marcado por uma lógica técnico-formal e seus pressupostos positivistas, de um lado, a desocultação de seu caráter ideológico, de outro, propiciaram a recepção da teoria crítica no mundo do Direito. A possibilidade de desocultar o oculto, de investigar os pontos de partida, desmistificar postulados, enfim, proceder renovada crítica, tanto interna, quanto externa do direito animaram os juristas na construção de uma teoria crítica do direito (Ludwig, 1997, pp. 170/171).

A experiência histórica, sobretudo no século XIX, conduziu o jurista a cuidar apenas das relações lógico-formais dos fenômenos jurídicos, deixando de lado o seu conteúdo empírico e axiológico (Ferraz Jr., 2015, p. 199).

A teoria crítica do direito pretende, por conseguinte, questionar, repensar e superar o modelo jurídico tradicional do positivismo, propondo reais soluções para suas mazelas, haja vista que a razão *a priori* desta corrente não encontra no interior de sua teoria conteúdos *a posteriori* fornecidos pelo mundo, faltando-lhe elementos empíricos por negligenciar o aspecto circunstancial das normas.

No entanto, reconhece-se que, de fato, a positividade ainda é o traço mais característico do Direito em nossos dias atuais. Embora esteja presente desde o século XIX, no auge do processo de dogmatização da razão científica, é no século XX que ele se problematiza. O direito positivo é aquele que vale em virtude de uma decisão e que só por força de uma decisão pode ser revogado. Se o “legalismo” do século XIX reduziu o direito à lei enquanto norma posta (positivada) pela vontade do legislador, a teoria jurídica atual tratou de (re)interpretar o fenômeno da positividade, procurando superar as limitações da doutrina anterior (Ferraz Jr., 2015, pp. 210/211).

Com isso, reverte-se o binômio cognitivo típico das modernas teorias solipsistas, apontando para um novo tipo de binômio: é a passagem do binômio sujeito-objeto para o binômio sujeito-sujeito (Ludwig, 2006, p. 49).

No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr. entende que o objeto do discurso da Ciência do Direito não é, pois, a positividade nem o conjunto das normas positivadas, mas o ser que, do interior da positividade jurídica que o envolve, se representa, discursivamente, o sentido das normas ou proposições prescritivas que ele estabelece, obtendo, afinal, uma representação da própria positividade. Nesse sentido, falamos da decidibilidade com a questão dubitativa do discurso da Ciência do Direito (Ferraz Jr., 2015, p. 218).

Transportando o raciocínio lógico-dedutivo do positivismo para a realidade, verifica-se que o Direito, tal como funciona efetivamente, é

essencialmente um problema de decisão. O direito é sempre problema e deve ser buscado em cada caso, por ocasião de cada espécie nova: não é uma ciência acabada (Villey, 2009, pp. 558/559). Prevalece, diante disso, uma tendência para a associação entre as justificativas das decisões, referenciadas no direito positivo e nos valores socialmente consagrados.

Rompe-se, à vista disso, com a ideia de que o objeto da Ciência do Direito é o direito positivo (sujeito-objeto) para admitir que o objeto da ciência jurídica é o homem na relação entre sujeito-sujeito, que busca através do discurso um mínimo de consenso prévio entre os litigantes, a fim de tornar a sua tese mais aceitável de acordo com a solidez dos argumentos apresentados.

Acentue-se, por oportuno, que a questão relativa ao objeto da Ciência do Direito, sob o enfoque da teoria crítica, passa pela teoria do discurso.

Apoiada nas pretensões de validade, a teoria do discurso desenvolve sua teoria da argumentação. Desde o consenso antecipado (pretensões de validade), através da argumentação produzir até o consenso concreto posterior (Ludwig, 1997, p. 71).

A teoria da argumentação reabilita a retórica dentro do debate científico e principalmente no campo do Direito (Mendonça, 2007, p. 62).

Ao mesmo tempo, é cumprindo-se sempre mais as regras da argumentação jurídica que mais se possibilitam as chances de consensos fundados que democraticamente consolidam o Estado. Apenas se caracterizam consensos racionais (e, dentro deles, o jurídico) aqueles passíveis de uma justificação discursiva segundo regras de argumentação. Isto é, a objetivação de consensos se dá argumentativamente, segundo regras do discurso, tornando-os corretos porque racionalmente fundados (Toledo, 2011, p. 1-2, 5).

Com efeito, o consenso é o que forma o limite das decisões, o que denota um grande exercício discursivo no Direito.

O consenso deve ser o resultado de um procedimento no qual se garanta a participação de todos, como sujeitos livres, autônomos, racionais, com capacidade retórica suficiente para apresentar e defender seus pontos de vista democraticamente (Ludwig, 2019, p. 42).

Na ciência jurídico, é preciso, antes de tudo, argumentar para convencer para depois encontrar a solução “correta” de um determinado problema, em um processo dialético de contestação e justificação de todos os participantes do discurso.

De fato, o que há de específico na lógica jurídica é que ela não é uma lógica de demonstração formal, mas uma lógica da argumentação, que utiliza não provas analíticas, que são coercivas, mas provas dialéticas que visam a

convencer ou, pelo menos, a persuadir o auditório (o juiz nessa ocorrência), de modo que o leve a dirimir com sua decisão uma controvérsia jurídica (Perelman, 1996, pág. 500).

A própria motivação das decisões judiciais representa uma tentativa, por parte do magistrado, de convencer as partes e a sociedade do acerto de sua decisão. Mas a mera fundamentação é insuficiente, sendo indispensável uma fundamentação convincente e sólida, para torná-la legítima.

Assim, o papel dos pressupostos transcendentais do discurso argumentativo no processo de fundamentação não se efetiva com a presença empírica do discurso. Este pode ser válido ou inválido, com ou sem sentido, verdadeiro ou falso, justo ou injusto. Condições que só podem, em geral, ser avaliadas em situações concretas. No entanto, os pressupostos são transcendentais, reconstruídos por estrita auto-reflexão e representam o critério último, a fundamentação última. A autoreflexão mostra a relação necessária entre a fundamentação e o fundamentado. Portanto, no discurso o intrascendível, porque ineliminável, diz respeito não ao discurso em si, mas às condições que o tornam possível (Ludwig, 1997, pp. 51-52).

84 A *grosso modo*, o discurso argumentativo representa a instância última de fundamentação: o discurso como “lugar” intrascendível de toda fundamentação. Isto significa dizer que toda a fundamentação, seja ela de ordem filosófica ou científica, seja semântica ou pragmática, seja na esfera da racionalidade estratégica ou da racionalidade ética, deve passar pela mediação do discurso (Ludwig, 1997, pág. 49).

Sob essa perspectiva, o raciocínio jurídico seria limitado pelo discurso jurídico, acrescido das razões que as justificam, resultando em um processo que concederia legitimidade às decisões judiciais, vale dizer, a interpretação do direito comportaria sempre mais de uma solução admissível.

A Ciência do Direito desenvolve, desta forma, um método próprio que procura captar a norma na sua situação concreta, o que faz da Ciência jurídica uma ciência interpretativa, tendo em vista sua finalidade prática. A finalidade prática domina aí a tarefa interpretativa. Diferentemente das demais ciências humanas, a tarefa do jurista não visa simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, um historiador, mas também determinar-lhe a força e o alcance pondo-o em presença dos dados atuais de um problema (Ferraz Jr., 2015, pp. 200-201).

De igual modo, o texto jurídico, uma lei por exemplo, interessa ao jurista a partir e em virtude de um determinado caso dado, ou pelo menos, potencialmente dado. Se assim é, o conteúdo normativo do texto jurídico determina-se tendo em conta o caso ao qual será aplicado, isto de um lado.

De outro, é imprescindível o conhecimento histórico do sentido originário do texto em questão (Ludwig, 1997, p. 101).

Afinal, é essencial que a norma jurídica acompanhe a dinâmica social e sua evolução histórica, criando um precioso mecanismo de oxigenação do direito, uma norma “viva” aplicável a determinado caso concreto, até porque o juiz não lida com uma norma pronta e acabada. Em outras palavras: aplicar o direito significa recriá-lo constantemente pela força da interpretação.

O trabalho jurídico de construção das normas aplicáveis a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado (Grau, 2017, p. 57).

O raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o direito constitui a melhor justificativa do conjunto de práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis (Dworkin, 2014. p. XI)

Por isso que os julgadores gozam da prerrogativa de dar nova vida aos textos legais, de modo a adequá-los às mudanças ocasionadas pelo avanço das relações sociais (Mendonça, 2007, p. 151). Nesse sentido, a interpretação é uma prudência, de modo que a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso envolve um quadro enorme de complexidade, visto que cada caso comporta sempre mais de uma solução correta, nenhuma exata (Grau, 2017 p. 18).

Logo, o processo de interpretação do direito envolve um processo de raciocínios dialéticos, compondo-se da escolha de várias alternativas plausíveis de interpretação em virtude dos argumentos expendidos por cada um dos participantes, até porque dentro do quadrante normativo é possível extrair dois ou mais significados, ou seja, em muitos casos não é possível encontrar um significado unívoco para a norma.

O próprio Kelsen reconheceu a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime, haja vista que o sentido verbal da norma não é unívoco, pois o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis (Kelsen, 2009, p. 389).

Deve o juiz buscar uma significação própria para determinados conceitos jurídicos, a partir das condições materiais do momento em que a lei é aplicada. A vinculação do juiz à lei deve ser concebida dentro da perspectiva de uma sociedade em acelerado processo de mudança e não sob uma visão inerte, estática (Mendonça, 2007, p. 17).

A necessidade de interpretação, portanto, resulta da indeterminação dos conceitos jurídicos e da plurissignificação de muitas regras jurídicas, em vista do caráter plurívoco do conteúdo normativo, que deixa várias possibilidades em aberto no sistema.

A Ciência do Direito então passa a ser compreendida a partir do problema concreto, adotando-se um conteúdo pragmático-empírico-axiológico-principiológico e não apenas seguindo a lógica técnico-formal da sistematização da ordem jurídica pregada pelo do positivismo, que entende que a ciência jurídica deve ser avaliativa.

Em sentido ontológico, o direito é construído por opções não-neutras que preenchem o arcabouço levantado pela descrição. Paradoxalmente, ainda que fujam à dimensão ontológico-descritiva, sem essas opções não se completa a realidade jurídica. A ética e o direito que nela se insere consistem precisamente na escolha entre duas ou mais alternativas possíveis e mutuamente excludentes, na fixação de critérios para dirimir conflitos que em geral já ocorreram e provavelmente voltarão a ocorrer (Adeodato, 2005, pp. 256-257).

Destarte, a tarefa existente é de acentuar mais uma vez o caráter dialógico do discurso da Ciência do Direito, visto na sua totalidade, eis que a sua reflexividade aponta sempre para essa encruzilhada de caminhos, ora secantes, ora paralelos, ora mutuamente excludentes (Ferraz Jr., 2015, p. 232).

Dessa forma, o fenômeno jurídico passa a ser investigado sob um ângulo aberto e criativo. Paulatinamente, abandona-se a postura de se interpretar o Direito como uma estrutura fechada e completa, e ele passa a ser compreendido a partir do problema enfrentado (Fetzner, 2006, p. 122).

Por fim, a dimensão do conhecimento jurídico não pode ser construído sob uma perspectiva monista, que parte de uma ideia de que o Direito só existe dentro de um sistema único e universal. É preciso vivenciar o Direito não como uma entidade única, um sistema fechado de regras jurídicas, mas permitir e exigir eticamente a refutação material ou “falsificação” da verdade.

IV. Conclusão

O presente trabalho buscou apresentar duas dimensões para compreensão da Ciência do Direito, uma voltada ao dogmatismo (positivismo) e a outra ao pragmatismo (teoria crítica).

Construir um objeto científico é, antes de tudo, romper com o senso comum (Bourdieu, 2012, p. 34). É preciso muitas vezes, para se fazer ciência, evitar as aparências da cientificidade, contradizer as normas em vigor e desafiar os critérios correntes do rigor científico (Bourdieu, 2012, p. 42).

E aí se situa a contribuição de Karl Popper, ao introduzir na ciência a ideia de “falibilismo”, ao afirmar que nenhuma teoria científica pode ser provada para sempre ou resistir para sempre à falseabilidade. Pela mesma razão, Popper troca a certeza pelo falibilismo, porém, não abandona a racionalidade. Ao contrário, ele menciona que o que é racional na ciência é que ela aceita ser testada e aceita criar situações nas quais uma teoria é questionada (Morin, 2014, p. 39).

A tradição formalista, surgida na Era Moderna, associa o conhecimento científico à impossibilidade do questionamento de hipóteses materialmente comprovadas. Aquilo que não pode ser provado a partir de uma lógica formal não pode ser tido como conhecimento científico, que somente admite aquilo que pode ser provado através da experiência, da indução e da intuição sensível. Disso resulta uma limitação da razão humana ao campo da lógica formal, negligenciando a sua dimensão retórica (Mendonça, 2007, p. 87).

No contexto do Estado liberal do século XIX e segundo o entendimento firmado pelo positivismo jurídico existe a presunção de que o conteúdo do direito codificado é suficiente para legitimar as decisões, não havendo necessidade de qualquer outro tipo de fundamentação, senão aquela que deriva diretamente do direito positivo.

Em contrapartida, a teoria crítica do Direito busca desapegar-se do Direito posto, agregar o Direito nas transformações sociais e emancipar o povo através da sua própria consciência descoberta. O Direito deixa de ser analisado simplesmente como um direito natural ou um direito positivo para ser pesquisado como um direito da racionalidade. A evolução da teoria crítica é nítida: deixa de ser um reduto de pensadores e teóricos para fazer parte do cotidiano dos operadores do Direito (Alves, 2013, pp. 432-433).

Trata-se de um direito construído essencialmente a partir de um processo argumentativo, como novo fundamento de legitimidade e validade da ciência jurídica. Não é mais possível pensar a ciência jurídica divorciada da realidade fática do momento da aplicação da lei, remetendo a discussão jurídica a uma esfera puramente abstrata, carente de legitimidade.

Essa ponte ocorre precisamente pela via argumentativa, que busca aproximar justamente o aspecto formal do direito de sua dimensão social.

A teoria crítica abre espaço para novas interpretações do direito, que incorporam à hermenêutica aspectos históricos, sociais e axiológicos, através da formação de um processo argumentativo-dialético, após uma contraposição de razões, em que deverão prevalecer aquelas mais consistentes no curso de qualquer tipo de procedimento decisório judicial.

O processo argumentativo não lida com verdades absolutas, universais, mas com conhecimentos dominantes, durante determinado período de tempo

e sujeitos a modificações e questionamentos. O processo argumentativo não constitui um jogo onde um lado ganha por ser o detentor da verdade e o outro perde. Em realidade, o “jogo” argumentativo é dinâmico, instável; não existindo o argumento “correto” e sim o argumento “predominante”. Sequer existe o argumento “incorreto”, mas apenas uma fundamentação deficiente (Mendonça, 2007, pp. 89-99).

Assim, colocam-se em dúvida os dogmas científicos do positivismo, que confere às decisões judiciais o caráter de um simples resultado de procedimentos logicamente encadeados. Rompe-se com um traço característico do sistema romano-germânico, reduzindo a amplitude do conceito de Direito aos estritos limites da legalidade, por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, para um modelo lógico-argumentativo.

Referências

- Adeodato, J. M. (2005). *Filosofia do Direito. Uma crítica à verdade na ética e na ciência* [3. Ed.]. Saraiva.
- Alves, A. (2013). A teoria crítica do Direito e o positivismo jurídico. *Prisma Jurídico*, 12(2), 429-446. <https://doi.org/10.5585/prismaj.v12n2.3968>
- Bobbio, N. (1995). *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Ícone.
- Bourdieu, P. (2012). *O Poder Simbólico*. F. Tomaz, (Trad.). 16. ed. Bertrand.
- Büttenbender, C. F. (2002). Da Norma ao Ordenamento: uma visita a Kelsen e Bobbio. *Revista Direito Em Debate*, 11(16-17), 99-111. <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2002.16-17.%p>
- Carvalho, P. de B. (2009). *Curso de Direito Tributário* [21 ed.]. Saraiva.
- Correas, O. (2015). Alternatividade e Direito: o Direito Alternativo diante da Teoria do Direito. *Insurgência*, 1(1), 104-120.
- Dworkin, R. (2014). *O Império do Direito*. J. L. Camargo, (Trad.). 3. ed. Martins Fontes.
- Ferraz Jr., T. S. (2015). *Direito, Retórica e Comunicação. Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. [3. ed.] Atlas.
- Fetzner, N. L. C. (2006). *Argumentação jurídica: teoria e prática*. Freitas Bastos Editora.
- Gouveia, S. M. (2015). Validade, para que? A validade kelseniana, um conceito problemático. *Revista Pensamento Jurídico*, 7(1), 151-163.
- Grau, E. R. (2017). *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)* [8. ed.]. Malheiros.
- Justen Filho, M. (2015). *Curso de Direito Administrativo* [11. ed.]. Editora Revista dos Tribunais.
- Kelsen, H. (2009). *Teoria pura do direito*. J. Baptista Machado, (Trad.). 8. ed. WMF Martins Fontes.
- Ludwig, C. L. (2006). A transformação da filosofia e a libertação. *Revista da Faculdade de Direito*, 44, 43-59. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v44i0.9414>

- Ludwig, C. L. (2019). Filosofia política crítica: Direito e Estado. *Revista jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, (10), 31-61. https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-01/2019_003%20Filosofia%20pol%C3%ADtica%20cr%C3%ADtica%20-%20Direito%20e%20Estado_Ludwig%20C%20L.pdf
- Ludwig, C. L. (1997). *Formas da razão – Racionalidade jurídica e fundamentação do direito* [Tese de Doutorado em Direito]. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/68429/T%20-%20CELSO%20LUIZ%20LUDWING.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Mendonça, P. R. S. (2007). *A argumentação nas decisões judiciais* [3. ed.]. Renovar.
- Morin, E. (2014). *Ciência com Consciência*. M. D. Alexandre e M. A. Araripe de Sampaio Doria (Trad.). 16. ed. Bertrand Brasil.
- Pagliariini, A. C. (2016). Direito Constitucional Internacional, Reforma das Nações Unidas e Corte Constitucional Internacional. *Revista da AJURIS*, 43(141), 41-61. http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.02.pdf
- Pagliariini, A. C. (2016). Hermenêutica para a compreensão da Corte Constitucional Internacional e Novo Mundo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ)*, (20). https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3904242/mod_resource/content/1/Pagliariini.pdf
- Perelman, C. (1996). *Ética e direito*. M. Ermantina, (Trad.). Martins Fontes.
- Toledo, C. (2011). Apresentação à edição brasileira. In R. Alexy (Ed.), *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica* (pp. 1- 2). Forense.
- Vilanova, L. (2015). *Causalidade e Relação no Direito*. [5. ed.]. Noeses.
- Villey, M. (2009). *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. C. Berliner (Trad.). Martins Fontes.

