

PASTA Nº	55
PROF.	
QTD. FLS.	30

um saber prudencial já com traços dogmáticos; em analogia com as verdades bíblicas, o direito tem origem divina e como tal deve ser recebido, aceito e interpretado pela exegese jurídica.

Desde o Renascimento, ocorre, porém, um processo de dessacralização do direito, que passa a ser visto como uma reconstrução, pela razão, das regras da convivência. Essa razão, sistemática, é pouco a pouco assimilada ao fenômeno do estado moderno, aparecendo o direito como um regulador racional, supranacional, capaz de operar, apesar das divergências nacionais e religiosas, em todas as circunstâncias. A crise dessa racionalidade, no entanto, irá conduzir-nos, como dizíamos, a um impasse que se observará, no início do século XIX, pelo aparecimento de formulações românticas sobre o direito, visto como fenômeno histórico, sujeito às contingências da cultura de cada povo.

2.5 POSITIVAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DO SÉCULO XIX: O DIREITO COMO NORMA POSTA

O século XIX, diz Coing (1969:25), “representa ao mesmo tempo a destruição e o triunfo do pensamento sistemático legado pelo jusnaturalismo, o qual baseava toda sua força na crença ilimitada na razão humana”. Os teóricos do direito racional não estavam presos a nenhuma fonte positiva do direito, embora a temporalidade da ação humana que criava e modificava o direito não ficasse olvidada. Afinal, um dado importante da experiência jurídica entre os séculos XVI e XVIII é o fato de o direito ter-se tornado cada vez mais direito escrito, o que ocorreu quer pelo rápido crescimento da quantidade de leis emanadas do poder constituído, quer pela redação oficial e decretação da maior parte das regras costumeiras. Além disso, o fenômeno da recepção do direito romano veio propiciar o surgimento de hierarquia de fontes (leis, costumes, direito romano). Quanto ao direito escrito, também nomeado direito comum ou direito comum escrito, embora sem uma conceituação precisa, parece que se referia ao chamado *jus commune*, o direito comum a todas as cidades e vilas, em oposição ao *jus proprium*, peculiar a cada uma delas, distinção já corrente na Itália a partir do século XII (cf. Gilissen, 1968:225).

O fato de o direito tornar-se escrito contribuiu para importantes transformações na concepção de direito e de seu conhecimento. A fixação do direito na forma escrita, ao mesmo tempo em que aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento, aguça também a consciência dos limites. A possibilidade do confronto dos diversos conjuntos normativos cresce e, com isso, aumenta a disponibilidade das fontes, na qual está a essência do apareci-

mento das hierarquias. Estas, no início, ainda afirmam a relevância do costume, do direito não escrito sobre o escrito. Pouco a pouco, no entanto, a situação inverte-se. Para tanto contribuiu o aparecimento do Estado absolutista e o desenvolvimento progressivo da concentração do poder de legislar. Nesse período, a percepção da necessidade de regras interpretativas cresce, o que pode ser observado por sua multiplicação com vistas na organização e articulação das diversas fontes existentes. Essas transformações iriam culminar em duas novas condicionantes, uma de natureza política, outra de natureza técnico-jurídica. Quanto às primeiras, assinale-se a noção de soberania nacional e o princípio da separação dos poderes; quanto às segundas, o caráter privilegiado que a lei assume como fonte do direito e a concepção do direito como sistema de normas postas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 3º, proclamava: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação”. A soberania, a efetividade da força pela qual as determinações de autoridade são observadas e tornadas de observação incontornável mesmo por meio de coação, não estando sujeitas a determinações de outros centros normativos (cf. Giannini, 1970, v. 1:95; Hart, 1961; Jouvenel, 1955; Jellinek, 1970:327), residira, nos séculos anteriores, no senhor territorial ou no rei. Essa forma bastante concreta e personalíssima de simbolizar o centro único de normatividade assinalava uma operacionalidade bastante limitada na organização do poder político. Ora, a substituição do rei pela nação, conceito mais abstrato e, portanto, mais maleável, permitiria a manutenção do caráter uno, indivisível, inalienável e imprescritível da soberania (Constituição francesa de 1791) em perfeito acordo com o princípio da divisão dos poderes que, por sua vez, daria origem a uma concepção do poder judiciário com caracteres próprios e autônomos (“O poder judiciário não pode em nenhum caso ser exercido pelo corpo legislativo, nem pelo rei” – art. 1º, cap. V) e com possibilidade de atuação limitada (“Os tribunais não podem se imiscuir no exercício do poder legislativo, nem suspender a execução das leis” – art. 3º, cap. V).

A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante face à concepção personalista anterior, iria garantir de certa forma uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito (cf. Friedrich, 1953:208; Locke, 1952:58; Montesquieu, s.d.). Ora, essa neutralização política do Judiciário (Luhmann, 1972) é uma das peças importantes para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a ciência do direito do século XIX.

De fato, a neutralização política do Judiciário significará a canalização da produção do direito para o endereço legislativo, donde o lugar privile-

giado ocupado pela lei como fonte do direito. A concepção da lei como principal fonte do direito chamará a atenção para a possibilidade de o direito mudar toda vez que mudar a legislação. Destarte, em comparação com o passado, o direito deixa de ser um ponto de vista em nome do qual mudanças e transformações são rechaçadas. Em todos os tempos, o direito sempre fora percebido como algo estável face às mudanças do mundo, fosse o fundamento desta estabilidade a tradição, como para os romanos, a revelação divina, na Idade Média, ou a razão na Era Moderna. Para a consciência social do século XIX, a mutabilidade do direito passa a ser a usual: a idéia de que, em princípio, todo direito muda torna-se a regra, e que algum direito não muda, a exceção. Essa verdadeira institucionalização da mutabilidade do direito na cultura de então corresponderá ao chamado fenômeno da positivação do direito (Luhmann, 1972).

Há um sentido filosófico e um sentido sociológico de positivação. No primeiro, positivação designa o ato de positivar, isto é, de estabelecer um direito por força de um ato de vontade. Segue daí a tese segundo a qual todo e qualquer direito é fruto de atos dessa natureza, ou seja, 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. Ora, à medida que tais atos de vontade são atos decisórios, positivação passa a ser termo correlato de decisão. Em conseqüência, implicando toda decisão a existência de motivos decisórios, positivação passa a ser um fenômeno em que *todas as valorações, regras e expectativas de comportamento na sociedade têm de ser filtradas através de processos decisórios antes de adquirir validade jurídica* (cf. Luhmann, 1972:141). Em outras palavras, direito positivo é não só aquele que é posto por decisão, mas, além disso, aquele cujas premissas da decisão que o põem também são postas por decisão. A tese de que só existe um direito, o positivo nos termos expostos, é o fundamento do chamado positivismo jurídico, corrente dominante, em vários matizes, no século XIX.

No sentido sociológico, positivação é um fenômeno que naquele século será representado pela crescente importância da lei votada pelos parlamentos como fonte do direito. O antigo regime caracterizava-se pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política projetava-se no arbítrio das decisões. A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo. Não foi apenas uma exigência política, mas também econômica. Afinal, com a Revolução Industrial, a velocidade das transformações tecnológicas aumenta, reclamando respostas mais prontas do direito, que o

direito costumeiro não podia fornecer. Ao contrário, o direito reduzido ao legal fazia crescer a disponibilidade temporal sobre o direito, cuja validade foi sendo percebida como algo maleável e, ao fim, manipulável, podendo ser tecnicamente limitada e controlada no tempo, adaptada a prováveis necessidades futuras de revisão, possibilitando, assim, em alto grau, um detalhamento dos comportamentos como juridicizáveis, não dependendo mais o caráter jurídico das condutas de algo que tivesse sempre sido direito (como acontecia com a predominância do direito consuetudinário).

O direito, com a Revolução Francesa, torna-se uma criação *ab ovo*. Com isso, ele instrumentaliza-se, marcando-se mais uma vez a passagem de uma prudência prática para uma técnica poética. Ou seja, para usar uma distinção aristotélica (*Ética a Nicômaco*, 1094 a 21), o direito passa a ser concebido como *poiesis*, uma atividade que se exterioriza nas coisas externas ao agente (por exemplo, com madeira fabricar uma mesa) e que por isso exige técnica, isto é, uma espécie de *know-how*, um saber-fazer, para que um resultado seja obtido. Deixa, pois, de ser concebido, como o fora desde a Antigüidade, como uma *praxis*, uma atividade que não tinha um adimplemento exterior a ela mesma e ao agente; ela não visava senão ao bem agir (ético) do próprio agente, sua *eupraxia*. Está aí o núcleo do fenômeno da positivação do direito em seu sentido social.

A percepção da mutabilidade teve conseqüências importantes para o saber jurídico. No início do século XIX, essa percepção provocou, a princípio, uma perplexidade. Afinal, dirá alguém, referindo-se à ciência do direito, que ciência é esta se basta uma penada do legislador para que bibliotecas inteiras tornem-se maculatura? (Kirschmann, 1966:26). A primeira resposta veio, na Alemanha, pela chamada Escola Histórica. Significativa, nesse sentido, a obra do civilista alemão Hugo (1764-1844). No primeiro volume de seu *Lehrbuch eines civilistischen Kursus* (2. ed., 1799), cuja introdução contém uma enciclopédia jurídica, ele propõe, segundo um paradigma kantiano, uma divisão tripartida do conhecimento científico do direito, correspondente a três questões fundamentais: *dogmática jurídica* (que responde ao problema: que deve ser reconhecido como de direito – de *jure*?); *filosofia do direito* (cujo problema é: é racional que o reconhecido como de direito assim o seja?); *história do direito* (como aquilo que é reconhecido como de direito se tornou tal?). Essa tripartição, observava o próprio Hugo, sob o ponto de vista da temporalidade, podia transformar-se numa bipartição, à medida que a primeira e a segunda questão ligam-se ao presente e a terceira ao passado. Por outro lado, a primeira e a terceira são históricas, mas não a segunda.

Estava aí em germinação uma concepção do direito não como um fenômeno que ocorre na História, mas que é histórico em sua essência, o que permitiria a qualificação do acontecimento presente também como história, criando-se a possibilidade do conhecimento jurídico como metodicamente

histórico. Assim, para Hugo, a História do Direito aparece como ciência propriamente dita, enquanto a Dogmática Jurídica é uma espécie de continuação da pesquisa histórica com outros instrumentos.

A afirmação da historicidade do direito (como objeto e como ciência) foi uma resposta à perplexidade gerada pela positivização. Afinal, se o direito muda, isso não invalida a qualidade científica de seu conhecimento, pois ele muda historicamente. Para Savigny, jurista alemão considerado um dos pais da Escola Histórica do Direito, não será a lei, norma racionalmente formulada e positivada pelo legislador, que será primariamente o objeto de ocupação do jurista, mas a convicção comum do povo (o “espírito do povo”), este sim a fonte originária do direito, que dá o sentido (histórico) ao direito em constante transformação.

Savigny (1840, v. 1:19), por isso, enfatiza o relacionamento primário da intuição do jurídico não à regra genérica e abstrata, mas aos institutos de direito, que expressam relações vitais, típicas e concretas (como, por exemplo, a família). Os institutos são visualizados como totalidades de natureza orgânica, um conjunto vivo de elementos em constante desenvolvimento. É a partir deles que as regras jurídicas são construídas e entendidas, manifestando destarte o direito uma contingência radical no tempo e no espaço. Essa contingência, porém, não deve ser confundida com irracionalidade (pois então não haveria ciência), à medida que a historicidade dinâmica dos institutos mostra-se na conexão espiritual da História. A organicidade para Savigny (1959:75 e 1944:14) não se refere, pois, a uma contingência real dos fenômenos sociais, mas deve ser buscada no caráter complexo e produtivo do pensamento conceitual da ciência jurídica elaborada pelos juristas desde o passado. Nesse sentido, assinala Wieacker (1967:391), a palavra *povo*, para Savigny, é antes um conceito cultural, quase idêntico ao que juízes e juristas de um país produziam (ver também Correa, 1969, v. 37:320). Não é de estranharmos, pois, que a Escola Histórica acabasse por marcar o aparecimento do que Koschaker (1966:211) denomina “o direito dos professores” (ver também Savigny, 1840:14).

O direito dos professores aparece quando, sob certas condições, a tônica na ocupação com o direito passa para as Faculdades de Direito e seus mestres. Nasce aí também a expressão *Ciência do Direito* (*Rechtswissenschaft*) como termo escolar, que assim se difunde por toda a Europa. Isso não queria dizer que o direito passasse a ser criado e produzido pelos professores, mas que a doutrina passava a ocupar um lugar mais importante que a prática e os doutrinadores a terem precedência sobre os profissionais do direito. Essa precedência tinha, porém, um aspecto curioso e até paradoxal. De um lado, apesar da ênfase conferida à lei, obra do legislador, a doutrina (ao menos na Alemanha) possuía certa independência em relação ao poder central (as Universidades alemãs localizaram-se, desde o passado, fora das capitais políticas

– a única exceção era Berlim, fundada no século XIX): os professores viviam, assim, fora dos centros políticos, embora sua atuação neles repercutisse. De outro, os mestres, Savigny, por exemplo, nunca tiveram relação positiva com a prática do dia-a-dia, que este ignorava. Em seus livros, não surgem citações de decisões, nem tinha ele contato com os práticos. No entanto, tinha um senso intuitivo do trabalho prático dos profissionais. Seus livros não ensinavam a mera História do Direito, mas voltavam-se para o direito vigente. Desse modo, não obstante, isso não impediu que os práticos, educados nas Universidades, viessem a absorver as condições para influenciar por intermédio da doutrina professoral as decisões judiciais, à medida que as teorias, maravilhosamente construídas pelos teóricos, encontravam ali enorme ressonância. Com isso, a proposta metodológica da Escola Histórica acabou dissolvendo-se, até certo ponto com o próprio Savigny, numa estilização sistemática da tradição, como seleção abstrata das fontes históricas, sobretudo as romanas. Reaparecia, desse modo, a sistemática jusnaturalista numa roupagem nova. A ênfase depositada expressamente na intuição do jurídico nos institutos cedia lugar a um sistema de construções conceituais das regras de direito. Isto é, se de um lado a intuição aparecia como o único instrumento de captação adequada da vitalidade dinâmica representada pelo instituto, de outro, o pensamento conceitual lógico-abstrato revelava-se como o mais necessário e único de sua explicitação.

Assim, a Escola Histórica aumentou o abismo entre a teoria e a práxis, que vinha do jusnaturalismo, com influências até hoje no ensino universitário e na prática dos juristas. Apesar de Savigny acentuar o valor preponderante do espírito do povo sobre as turbacões de uma codificação legislativa (que ele julgava, a sua época, extemporânea), Puchta (1841, v. 3, I, e 10), que foi seu discípulo, ao transformar o espírito do povo em uma categoria formal do conhecimento jurídico, retirando-lhe quer o caráter jusfilosófico, quer as implicações sócio-históricas, realizou uma transformação importante, de decisiva consequência para o fenômeno da positivização do direito. Para ele, o direito surgia da convicção íntima e comum do povo, mas o modo pelo qual se formava essa convicção absolutamente não lhe interessava. Assim, conseguiu ele uma simbiose entre o direito posto e o direito formado na consciência histórica, fazendo do legislador seu máximo representante. Com isso, no entanto, a preocupação da Escola de dar ao pensamento jurídico um caráter científico por meio da incorporação da História ao conhecimento do direito acabou assumindo um caráter decorativo. A Dogmática Jurídica, que para Savigny não era bem o cerne da ciência, enquanto teoria do direito vigente, ocupou, pouco a pouco, o lugar principal. A seu lado, a investigação histórica foi-se tornando uma disciplina capaz de estabelecer o que ainda era utilizável do Direito Romano, assinalando-se-lhe apenas uma função preliminar e secundária em face da Dogmática, perdendo sua importância não só nos compêndios, como também no ensino.

Em resumo, aquilo que a razão representou para os jusnaturalistas passou a ser substituído pelo fenômeno histórico. Surgiu, assim, dessa exigência de uma fundamentação da mutabilidade do direito, a moderna Dogmática. No início, isso significou uma síntese do material romano com a sistemática lógica do jusnaturalismo. Tal vinculação do historicismo com uma teoria prática do direito custou à ciência do direito, no sentido de uma metodologia histórica, uma falta de rigor que, no entanto, foi compensada pelo enorme desenvolvimento e pelo sucesso das construções dogmáticas desde então.

Esse aparente paradoxo, em que uma proposta metodológica histórica desemboca numa atividade analítica (análise do direito posto), pode ser desfeito se atentarmos ao próprio conceito de História que lhe era imanente. Na era moderna, como assinala Arendt (1972:89), a História emergiu como algo distinto do que fora antes. Enquanto no passado ela era constituída dos feitos e sofrimentos do homem, ao mesmo tempo em que contava os eventos que afetaram sua vida, agora ela passava a ser vista como um processo, um processo feito pelo homem, o único processo cuja existência tinha sido exclusivamente uma realização humana. Notemos que não se trata de um conjunto de ações humanas, recolhidas de seu acontecer efêmero e que exigia do historiador *imparcialidade*, mas da própria experiência humana que, como um todo, tem um começo, um meio e um fim, exigindo do historiador *objetividade*, marca característica do saber científico moderno. Destarte, assim como o homem *faz* a história, cujo processo deve ser captado pelo cientista de modo objetivo, ao perceber-lhe as leis de formação, do mesmo modo o homem *faz* o direito historicamente. Entretanto, como esse processo é análogo ao de qualquer fabricação (a história como um fazer e não como um agir), ele também tem um começo, um meio e um fim. Ora, o direito feito, ao cabo do processo, é o direito vigente. Destarte, cancela-se a imortalidade das ações humanas do passado, pois o processo, quando acaba, torna irrelevante tudo o que aconteceu. Para o direito vigente, o passado adquire, usando uma imagem de Arendt, o mesmo significado que as tábuas e os pregos para uma mesa acabada. Entendemos por isso mesmo que, embora a Escola Histórica insistisse na historicidade do direito e de seu método de conhecimento, ao cabo da pesquisa o resultado se tornasse mais importante do que a própria investigação que o precedera. Daí a presença que o saber dogmático do direito vigente assume, no pensamento jurídico, face à sua história.

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 de 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 esta-

talidade do direito (cf. Reale, 1969:361). Esse desenvolvimento redonda na configuração de um modo típico de pensar o direito e que se transformou na que ainda hoje conhecemos como Ciência Dogmática de Direito. De modo geral, esse pensamento apresenta uma concepção de sistema característica, apesar da diversidade de suas formas.

Em primeiro lugar, trata-se de um sistema fechado, do qual decorre a exigência de acabamento, ou seja, a ausência de lacunas. O problema das lacunas da lei já aparece nas obras de juventude de Savigny, embora a ele não haja evidentemente referência expressa, com essa terminologia. Com efeito, em sua chamada *Kollegsschrift*, de 1802 a 1803, distingue ele, ao lado da elaboração histórica; a elaboração filosófica ou sistemática do direito, cujo propósito seria descobrir as conexões existentes na multiplicidade das normas (cf. Larenz, 1960:9). Nesse sentido, o direito constitui uma totalidade que se manifesta no sistema de conceitos e proposições jurídicas em íntima conexão. Nessa totalidade, que tende a fechar-se em si mesma, as lacunas (aparentes) devem sofrer uma correção num ato interpretativo, não pela criação de nova lei especial, mas pela redução de um caso dado à lei superior na hierarquia. Isso significa que as leis de maior amplitude genérica contêm, logicamente, as outras na totalidade do sistema. Nesse sentido, toda e qualquer lacuna é efetivamente uma aparência. O sistema jurídico é necessariamente manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática, realizada pela dogmática, faz mister explicitar. Essa concepção de sistema, que informa marcadamente a Jurisprudência dos Conceitos, escola doutrinária que, na Alemanha, se seguiu à Escola Histórica, acentua-se e desenvolve-se com Puchta e sua pirâmide de conceitos, o qual enfatiza o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada. Com o advento da chamada Jurisprudência dos Interesses, que se seguiu à Jurisprudência dos Conceitos, o sistema não perde seu caráter de totalidade fechada e perfeita, embora perca em parte sua qualidade lógico-abstrata. Com a introdução do conceito de *interesse*, e já anteriormente, com o de finalidade (cf. Jhering, 1864), aparece na concepção de sistema uma dualidade que se corporificará mais tarde no que Heck (1968:188) denominaria de sistema exterior e sistema interior, ou sistema dos interesses, com o relacionamento das conexões vitais. A idéia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, acaba assim ganhando o caráter de ficção jurídica necessária, ou seja, o sistema jurídico é considerado como totalidade sem lacunas, apenas *per definitionem*. Entretanto, autores como Bergbohm (1892:387) afirmam ser o direito uma totalidade acabada *de fato*.

A segunda característica dessa concepção, que está na base do desenvolvimento da ciência dogmática e está implícita na primeira, revela a conti-

nidade de uma tradição dos séculos XVI, XVII e XVIII: trata-se da idéia do sistema como um método, como um instrumento metódico do pensamento dogmático no direito. A esta segunda característica é que se liga o chamado procedimento construtivo e o dogma da subsunção. De modo geral, pelo procedimento construtivo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios e daí deduzidas. Pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, o raciocínio jurídico se caracterizaria pelo estabelecimento tanto de uma premissa maior, a qual conteria a diretiva legal genérica, quanto da premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do juízo concreto ou decisão. Independentemente do caráter lógico-formal da construção e da subsunção, e sem querer fazer aqui uma generalização indevida, é possível afirmar que, *grosso modo*, esses dois procedimentos marcam significativamente o desenvolvimento da dogmática no século XIX (cf. Lazzaro, 1965).

Notamos, assim, que o desenvolvimento da dogmática no século XIX, em termos de sua função social, passa a atribuir a seus conceitos um caráter abstrato que lhe permite uma emancipação das necessidades cotidianas dos interesses em jogo. Com isso tornou-se possível uma neutralização dos interesses concretos na formação do próprio direito, neutralização essa já exigida politicamente pela separação dos poderes e pela autonomia do poder judiciário. Além disso, no século XIX, a atividade dogmática não se vincula mais a nenhum direito sagrado, nem mesmo a um conteúdo ético teologicamente fundado, mas a formas abstratas, sobre as quais se dispõe com certa liberdade por meio de novas abstrações. Mesmo a polêmica da Jurisprudência dos Interesses – e mais tarde da Escola da Livre Interpretação – contra uma Jurisprudência dos Conceitos, não muda esta situação que domina a ciência dogmática. Ela não ocorre contra seu caráter abstrato, contra sua conceptualidade, mas somente contra uma pretensão de um dispor conceitual autônomo sobre questões jurídicas apenas de um ponto de vista cognitivo. 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 numa elaboração de um material abstrato, num grau de abstração ainda maior, o que lhe dá, de um lado, certa independência e liberdade na manipulação do direito, permitindo-lhe grande mobilidade; pois tudo aquilo que é direito passa a ser determinado a partir de suas próprias construções. Nesse sentido, Jhering fala-nos da construção jurídica, ligada, é verdade, ao direito positivo como um dado, mas capaz de lhe dar a unidade sistemática necessária para sua própria atuação. E também, nesse sentido, em “jurisprudência inferior” (a que trata da matéria jurídica em sua forma originária, tal como ela é dada) e “jurisprudência su-

perior” (que transforma aquela matéria em noções mais altas). De outro lado, porém, paga-se um preço por isso: o risco de um distanciamento progressivo da realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos etc.

2.6 CIÊNCIA DOGMÁTICA DO DIREITO NA ATUALIDADE: O DIREITO COMO INSTRUMENTO DECISÓRIO

A primeira metade do século XX acentua as preocupações metodológicas já presentes no século anterior. O início do século é dominado por correntes que o levam às preocupações do pandectismo a seu máximo aperfeiçoamento – por exemplo, na obra de Kelsen – ou insistem numa concepção renovada do saber jurídico, ligando-o à realidade empírica. Como latente herança dos métodos dedutivos do jusnaturalismo, permeados pelo positivismo formalista do século XIX, podemos lembrar inicialmente algumas teorias jurídicas, sobretudo do Direito Privado, cujo empenho sistemático está presente em muitos de nossos manuais. O jurista aparece aí com o teórico do direito que procura uma ordenação dos fenômenos a partir de conceitos gerais obtidos, para uns, mediante processos de abstração lógica e, para outros, pelo reconhecimento de institutos historicamente moldados e tradicionalmente mantidos.

É possível notar, neste momento, a preocupação de constituir séries conceituais – como direito subjetivo, direito de propriedade, direito das coisas, direito real limitado, direito de utilização das coisas alheias, hipotecas etc. A característica desse tipo de teorização é a preocupação com a complexidade, manifesta nas elaborações de tratados, em que se atribui aos diferentes conceitos e a sua subdivisão em subconceitos uma forma sistemática, o que deve permitir um processo seguro de subsunção de conceitos menos amplos a conceitos mais amplos. A ciência dogmática do direito constrói-se, assim, como um processo de subsunção dominada por um esquematismo binário, que reduz os objetos jurídicos a duas possibilidades: ou se trata disso ou se trata daquilo, construindo-se enormes redes paralelas de seções. A busca, para cada ente jurídico, de sua natureza – e esta é a preocupação com a natureza jurídica dos institutos, dos regimes jurídicos etc. – pressupõe uma atividade teórica desse tipo, na qual os fenômenos ou são de direito público ou de direito privado, um direito qualquer ou é real ou é pessoal, assim como

uma sociedade ou é comercial ou é civil, sendo as eventuais incongruências ou tratadas como exceções (natureza híbrida) ou contornadas por ficções.

Nesse quadro, a ciência dogmática do direito, na tradição que nos vem do século XIX, prevalentemente liberal, em sua ideologia, e encarando, por consequência, o direito como regras dadas (pelo Estado, protetor e repressor), tende a assumir o papel de *conservadora* daquelas regras, que, então, são por ela *sistematizadas e interpretadas*. Essa postura teórica é denominada por Norberto Bobbio de *teoria estrutural* do direito. Nela prevalece um enfoque que tende a privilegiar as *questões formais*, como o problema mencionado da "natureza jurídica" dos institutos, da coerência do ordenamento jurídico, do estabelecimento de regras de interpretação, da *conceituação analítica* de noções básicas como obrigação, responsabilidade, relação jurídica, sanção como uma retribuição negativa (pena, castigo), sentido de ato lícito e ilícito, direito subjetivo etc. O enfoque estrutural, em suma, é um enfoque *a posteriori*, que toma o direito *dado* e procura as condições de sua aplicação.

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. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente.

3



Ciência Dogmática do Direito e seu Estatuto Teórico

3.1 DOGMÁTICA E TECNOLOGIA

A fim de completar este capítulo introdutório, é preciso chamar a atenção daquele que se inicia no estudo da ciência jurídica para uma discussão que emerge da tendência, historicamente perceptível, de o jurista conceber seu saber na forma preponderante de uma *ciência* dogmática.

Como vimos, o saber jurídico é mais amplo que um estrito saber dogmático. No entanto, sobretudo no último século e até meados deste, vem prevalecendo a idéia de que o *direito-ciência* é constituído de teorias sobre os ordenamentos jurídicos vigentes e suas exigências práticas. Em conformidade com isso havia e há a idéia de que o *direito-objeto* deste conhecimento é basicamente um fenômeno de disciplina social sob a forma repressiva, punitiva. Essas idéias reproduzem, na verdade, uma concepção da sociedade típica do século XIX. Com efeito, a importância conferida ao aspecto repressivo – o direito como expressão do proibido e do obrigatório – reproduz a distinção – hegeliana – entre sociedade civil e Estado, bem como a cisão entre a esfera dos interesses econômicos e dos interesses políticos, entre o homem na condição de burguês e o homem na condição de cidadão, conforme a sociedade industrial do século passado. Em princípio, nessa visão, o Estado assume a função de garantidor da ordem pública e o direito, estabelecido ou reconhecido pelo Estado, constitui um elenco de normas, proibições e obrigações, instituições, que o jurista deve sistematizar e interpretar.

É verdade que, modernamente, as transformações e o aumento de complexidade da sociedade industrial alteram em parte essa situação. Afinal, hoje, o Estado cresceu para além de sua função garantidora e repressiva, aparecendo muito mais como produtor de serviços de consumo social, de regulamentador da economia e de produtor de mercadorias. Com isso, foi sendo montado um complexo instrumento jurídico que lhe permitiu, de um lado, organizar sua própria máquina assistencial, de serviços e de produção e, de outro, criar um imenso sistema de estímulos e subsídios. Ou seja, o Estado, hoje, se substituiu, ainda que parcialmente, ao mercado na coordenação de economia, tornando-se o centro de distribuição da renda, ao determinar preços, ao taxar, ao criar impostos, ao fixar índices salariais etc. De outro lado, a própria sociedade alterou-se, em sua complexidade, com o aparecimento de fenômenos novos, como organismos internacionais, empresas multinacionais, fantásticos sistemas de comunicação etc.

Ora, neste contexto, o direito, como fenômeno marcadamente repressivo, modifica-se, tornando-se também e sobretudo um mecanismo de controle premunitivo: em vez de disciplinar e determinar sanções em caso de indisciplina, dá maior ênfase a normas de organização, de condicionamentos que antecipam os comportamentos desejados, sem atribuir o caráter de punição às conseqüências estabelecidas ao descumprimento. Nessa circunstância, o jurista, além de sistematizador e intérprete, passa a ser também um teórico do aconselhamento, das opções e das oportunidades, conforme um cálculo de custo-benefício, quando examina, por exemplo, incentivos fiscais, redução de impostos, vantagens contratuais, avalia a necessidade e a demora nos processos judiciais etc.

Nesse sentido, podemos observar que, em sua transformação histórica, o saber jurídico foi tendo alterado seu estatuto teórico. De saber eminentemente ético, nos termos da prudência romana, foi atingindo as formas próximas do que se poderia chamar hoje de saber tecnológico.

Na verdade, a chamada ciência (dogmática) do direito, sendo uma sistematização do ordenamento e sua interpretação, suas “teorias” chamadas, no conjunto, de “doutrina”, são antes complexos argumentativos, e não teoria no sentido zetético, isto é, sistema de proposições descritivas que, de um lado, compõem um conjunto lógico de termos primitivos, não observáveis (como, por exemplo, nêutron, elétron) e, de outro, um conjunto de regras que permitem interpretar empiricamente, relacionando a fenômenos observáveis os termos não observáveis (cf. Suppes, 1967). Ao contrário dessas, quando o jurista discute temas como a “nulidade das sentenças”, a “natureza jurídica das convenções coletivas do trabalho”, os “efeitos jurídicos da aparência de direito”, suas teorias (doutrina) constituem, na verdade, um corpo de fórmulas *persuasivas* que influem no comportamento dos destinatários, mas sem vinculá-los, salvo pelo apelo à razoabilidade e à justiça, tendo em

vista a *decidibilidade* de possíveis conflitos. As proposições doutrinárias, assim, tomam: (1) ou a forma de *orientações*, ou seja, proposições que pretendem iluminar aquele que deve tomar uma decisão, dando-lhe elementos cognitivos suficientes, como esquemas, sistematizações; (2) ou a forma de *recomendações*, isto é, proposições persuasivas que pretendem acautelar aquele que vai decidir, fornecendo-lhe fatos, atuais e históricos, experiências comprovadas, tudo transformado em regras técnicas do tipo “se queres x, deves z” ou regras pragmáticas do tipo “visto que deves x, então deves z”; ou ainda, (3) a forma de *exortações*, que persuadem, apelando a sentimentos sociais, valores, em termos de princípios, máximas em que se exigem o respeito à justiça, ao bem comum, a preponderância do interesse público etc.

Vejamos, por exemplo, a teoria dogmática que atribui aos sindicatos o caráter de pessoa jurídica de direito privado. O jurista parte de uma classificação dos atores sociais, vistos como pessoas físicas e jurídicas. Pressupõe a distinção entre direito público (o Direito Administrativo, o Penal, o Processual) e privado (o Comercial, o Civil) e argumenta: “se o sindicato se caracterizasse como público, estariam irremediavelmente comprometidas tanto a liberdade sindical como a autonomia privada coletiva, valores que cada vez em intensidade maior são reconhecidos como princípios fundamentais da organização sindical, condição mesma da existência do sindicalismo” (Nascimento, 1982:159). Note aí o recurso às classificações (*orientações*), o apelo a valores – como liberdade, autonomia – (*exortações*) e a menção ao fenômeno histórico e social do sindicalismo (*recomendações*).

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. No exemplo citado, o autor isola a problemática político-social e político-econômica dos sindicatos, *que ele não ignora, mas que, conceitualmente, é apenas pressuposta na sua argumentação*, pois, naquele passo, é mais importante o caráter da pessoa jurídica.

Nesses termos, um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos.

Destarte, quando dizemos que, desde o século passado, houve uma progressiva assimilação da ciência do direito pelo pensamento dogmático, es-

tamos afirmando a ocorrência de uma assimilação de enfoque científico do direito pelo enfoque tecnológico. A ciência jurídica, desde a Antigüidade, sempre foi considerada, como vimos, uma ciência *prática*. A ciência dogmática, na atualidade, não deixa de ser um saber *prático*. Mas com uma diferença importante. Enquanto para os antigos o saber *prático*, por exemplo, a *jurisprudencia* romana, não estava apartado do verdadeiro, visto que era um saber que produzia o verdadeiro no campo do útil, do justo, do belo, a tecnologia moderna deixa de nascer de uma verdade contemplada pela ciência, surgindo antes, como diz Heidegger, de uma “exigência” posta pelo homem à natureza para esta entregar-lhe sua energia acumulada. Assim, a tecnologia dogmática, ao contrário da *jurisprudencia* romana, torna-se uma *provocação*, uma *interpelação* da vida social, para extrair dela o máximo que ela possa dar. A tecnologia jurídica atual *força* a vida social, ocultando-a, ao manipulá-la, ao contrário da ciência *prática* da Antigüidade, que se prostrava, com humildade, diante na natureza das coisas. Por exemplo, se, no passado, seria inconcebível imaginar que o instituto jurídico do matrimônio pudesse ser aplicado às relações homossexuais, na atualidade, por meio da manipulação conceitual, essa hipótese adquire viabilidade.

O saber dogmático contemporâneo, como tecnologia em princípio semelhante às tecnologias industriais, é um saber em que a influência da visão econômica (capitalista) das coisas é bastante visível. A idéia do *cálculo* em termos de relação custo/benefício está presente no saber jurídico-dogmático da atualidade. Os conflitos têm de ser resolvidos juridicamente com o menor índice possível de perturbação social: eis uma espécie de premissa oculta na maioria dos raciocínios dos doutrinadores.

É óbvio que, nesse *cálculo*, não conta só a *eficiência* das relações propostas, pois a eficiência vem limitada e dimensionada pelo direito vigente (quer no sentido de normas postas pelo Estado – lei, regulamentos, atos administrativos –, quer no sentido de normas costumeiras, quer no sentido de princípios gerais de ordem ética, lógica ou técnica). Ou seja, o *cálculo* jurídico leva em consideração os limites dogmáticos em face das exigências sociais, procurando, do melhor modo possível, criar condições para que os conflitos possam ser juridicamente decidíveis.

Podemos dizer, nesse sentido, que o saber dogmático, tal como ele aparece nos *tratados* jurídicos (de Direito Civil, Penal, Comercial etc.) ou nos *comentários* (Comentários à Constituição, Código Civil Comentado etc.) ou nos *ensaios* (teoria da ação no processo brasileiro, teoria da responsabilidade no Direito Administrativo etc.), tem, inicialmente, uma função *pedagógica*, posto que forma e conforma o modo pelo qual os juristas encaram os conflitos sociais. Tem também uma função de *desencargo* para o jurista, pois permite que este, seja juiz, advogado, promotor, legislador, não seja obrigado a tomar consciência de *todo* o repertório argumentativo a utilizar-se em cada

caso, posto que previne, de modo genérico, uma série de soluções possíveis para a interpretação e aplicação do direito. Tem ainda a função de *institucionalizar a tradição jurídica*, gerando segurança e uma base comum para os técnicos do direito (que são seus aplicadores).

Ao contrário das teorias zetéticas, as dogmáticas, preocupadas com a decidibilidade de conflitos, não cuidam de ser logicamente rigorosas no uso de seus conceitos e definições, pois para elas o importante não é a relação com os fenômenos da realidade (*descrever os fenômenos*), mas sim fazer um *corde* na realidade, *isolando* os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e *desviando* a atenção dos demais. Por exemplo, muito embora a doutrina tenha consciência da multiplicidade de sentidos, problemas e dados empíricos referentes à *família*, ao fornecer-lhe um sentido técnico (grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos e, para efeito limitados, parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sob a mesma direção), cf. Ferrara, citado por Maria Helena Diniz (1982:9), *isola* um aspecto da realidade – a família, tal como ela se apresenta em alguns grupos sociais mormente na tradição ocidental – estabelecendo um corte em relação aos demais dados antropológicos – agrupamentos em que a relação pai-mãe-filhos é secundária, formas comunitárias em que a família não é a célula primária etc. Com isso ressalta-se a preocupação com questões sucessórias, fiscais, previdenciárias etc. desviando-se a atenção de problemas outros como, por exemplo, a irrelevância das normas para certos agrupamentos promíscuos que se formam nos bolsões de miséria das periferias urbanas do mundo subdesenvolvido.

Assim, os conceitos mais importantes da dogmática, usados de modo não problemático (por exemplo, o conceito de vigência, vigor, eficácia), reúnem, simultaneamente, aspectos de *conteúdos descritivos* e de *fórmulas de ação* (exemplo: o conceito de “declaração de vontade” aponta para algo real, consistente, mas é também uma espécie de etiqueta para a argumentação, pois em seu nome pode-se *reconhecer* um ato como declaração de vontade, ou pode-se impugnar este caráter).

3.2 DECIDIBILIDADE DE CONFLITOS COMO PROBLEMA CENTRAL DA CIÊNCIA DOGMÁTICA DO DIREITO

Note inicialmente que não falamos em objeto, mas em problema. Com isso, queremos dizer que, seja qual for o objeto que determinemos para a Ciência Dogmática do Direito, ele envolve a questão da decidibilidade.

Toda ciência tem um objeto. Contudo, sejam quais forem o objeto e a ciência, uma preocupação máxima a envolve, que se caracteriza como sua questão peculiar. Referimo-nos à alternativa *verdadeiro* ou *falso*. Uma investigação científica sempre faz frente ao problema da verdade. Admitimos, assim, que toda ciência pretende obter enunciados independentes da situação em que são feitos, à medida que aspiram a uma validade *erga omnes*. Essa aspiração pode ser *apresentada* em três níveis diferentes, mas inter-relacionados, distinguíveis conforme sua intenção de verdade, sua referência à realidade e seu conteúdo informativo. Um enunciado aspira à verdade à medida que propõe, concomitantemente, os critérios e os instrumentos de sua verificação intersubjetiva. Quanto à referência à realidade, um enunciado pode ser descritivo, prescritivo, resolutivo etc. O enunciado científico é basicamente descritivo. Quanto ao conteúdo informativo, o enunciado pretende transmitir uma informação precisa sobre a realidade a que se refere significativamente. Como, entretanto, a experiência mostra-nos que é possível estabelecer proposições cuja verdade não se nega (exemplo: todos os homens são mortais) sem que, com isso, estejamos fornecendo uma informação efetiva sobre a realidade significada e vice-versa, podemos dizer que o risco de fracasso de um enunciado científico cresce com o aumento de seu conteúdo informativo. Todo enunciado científico, nesse sentido, é sempre *refutável* (cf. Popper, 1968). Ele tem validade universal, mas não absoluta. Uma proposição basicamente descritiva, significativamente denotativa (dá uma informação precisa), impõe-se parcialmente (está sempre sujeita à verificação), embora seja aceita universalmente (é verdadeira).

Ora, o fenômeno da positivação cortou a possibilidade de a ciência do direito trabalhar com esse tipo de enunciado. Se o século XIX entendeu ingenuamente a positivação como uma relação *causal* entre a *vontade* do legislador e o direito como norma legislada ou posta, o século XX aprendeu rapidamente que o direito positivo não é *criação* da decisão legislativa (relação de causalidade), mas surge da *imputação* da validade do direito a certas decisões (legislativas, judiciárias, administrativas). Isso significa que o direito prescindia, até certo ponto, de uma referência *genética* aos fatos que o produziram (um ato de uma vontade historicamente determinada) e sua positividade passa a decorrer da experiência atual e corrente, que se modifica a todo instante e determina a quem se devam endereçar sanções, obrigações, modificações etc. A positivação, como vimos, representa, assim, *uma legalização do câmbio do direito* (cf. Luhmann, 1972:209). Assim, por exemplo, a rescisão de um contrato de locação de imóveis pode ser proibida, de novo permitida, dificultada etc. O direito continua resultando de uma série de fatores causais muito mais importantes que a decisão, como valores socialmente prevalentes, interesses de fato dominantes, injunções econômicas, políticas etc. Ele *não nasce* da pena do legislador. Contudo, a decisão do legislador, que não o

produz, tem a função importante de *escolher* uma possibilidade de regulamentação do comportamento em detrimento de outras que, apesar disso, não desaparecem do horizonte de experiência jurídica, mas ficam aí, presentes e à disposição, toda vez que uma mudança se faça oportuna.

Ora, essa situação modifica o *status* científico da Ciência do Direito, que deixa de se preocupar com a determinação daquilo que materialmente sempre foi direito com o fito de descrever aquilo que, então, *pode ser* direito (relação causal), para ocupar-se com a oportunidade de certas decisões, tendo em vista aquilo que *deve ser* direito (relação de imputação). Nesse sentido, seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de *decidibilidade*. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo conseqüências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras (cf. Viehweg, 1969:86). Enunciados dessa natureza não são *verificáveis* e, portanto, refutáveis como são os enunciados científicos a que aludimos. Em primeiro lugar, porque a refutabilidade não exclui a possibilidade de um enunciado ser verdadeiro, ainda que uma comprovação adequada não possa ser realizada por ninguém. Nesse sentido, a validade da ciência independe de sua transformação numa técnica utilizável (por exemplo, a validade das teorias de Einstein independe da possibilidade de se construir a bomba atômica ou um reator atômico). Ao contrário, os enunciados da ciência jurídica têm sua validade dependente de sua relevância prática. Embora não seja possível deduzir deles as regras de decisões, é sempre possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão. Assim, por exemplo, Mário Masagão, em seu *Curso de Direito Administrativo* (1977:108), após examinar, entre outras, uma teoria sobre a função executiva do Estado, refuta-a, afirmando que sua fórmula, segundo a qual essa função é desempenhada quando o Estado “cria situações de direito subjetivo, obrigando-se a si mesmo, ou aos indivíduos, ao cumprimento de certa prestação”, é manifestamente

“estreita e insuficiente para caracterizar o Poder Executivo, que não se limita a criar situações jurídicas de caráter subjetivo, mas por meios diretos e indiretos promove a manutenção da ordem e o fomento da cultura e da prosperidade do país”.

A questão “como entender a função executiva do Estado em relação à função legislativa e judiciária?” tem como cerne dubitativo não diretamente a ocorrência histórico-social do fenômeno do Estado, mas uma concepção de Estado que *deve* fomentar o bem-estar e a prosperidade geral. A questão é tipicamente de decidibilidade.

As questões dogmáticas são tipicamente tecnológicas. Nesse sentido, elas têm uma função diretiva explícita, pois a situação nelas captada é e

gurada como um dever-ser. Questões desse tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação. De modo geral, as questões jurídicas são dogmáticas, sendo sempre restritivas (finitas) e, nesse sentido, positivistas (de positividade). As questões jurídicas não se reduzem, entretanto, às dogmáticas, à medida que as opiniões postas fora de dúvida – os dogmas – podem ser submetidas a um processo de questionamento, mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se, por meio do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação. O jurista revela-se, assim, não só como o especialista em questões dogmáticas, mas também em questões zetéticas.

Na verdade, os dois tipos de questão, na Ciência Jurídica, embora separados pela análise, estão em correlação funcional. Apesar disso, é preciso reconhecer que os juristas, há mais de um século, tendem a atribuir maior importância às questões dogmáticas que às zetéticas. Estas últimas são mais livres, no sentido de mais abertas, e, por isso mesmo, muitas vezes dispensáveis, pois a pesquisa pode trocar com facilidade seus conceitos hipotéticos, enquanto a “dogmática” (num sentido restrito), presa a conceitos fixados, obriga-se muito mais ao trabalho de interpretação. Mesmo assim, não é difícil mostrar com certa finalidade que as questões dogmáticas não se estruturam em razão de uma opinião qualquer, mas de dogmas que devem ser de algum modo legitimados. Ora, no mundo ocidental, onde esta legitimação vem perdendo a simplicidade, que se revelava na sua referência a valores outrora fixados pela fé, ou pela razão, ou pela *natureza*, o recurso a questões zetéticas torna-se inevitável. Viehweg assinala, por exemplo, o que ocorre no Direito Penal, notando quão pouco é ainda indicado como sabível, neste campo, pela pesquisa criminológica, e qual o esforço desenvolvido pela dogmática penal em fornecer pressupostos convincentes, simplesmente para manter-se em funcionamento. Essa dificuldade não consegue ser eliminada nem por uma exclusão radical das questões zetéticas (como querem normativistas do tipo Kelsen), nem pela redução das dogmáticas às zetéticas, como desejam os adeptos de sociologismos e psicologismos jurídicos, nem, menos ainda, por uma espécie de dogmatização das questões zetéticas, como ocorre em países onde domina o marxismo-leninista. Nesses termos, as distinções estabelecidas, por necessidade da análise, entre questões zetéticas e dogmáticas mostram, na práxis da ciência jurídica, uma transição entre o *ser* e o *dever-ser*.

3.3 MODELOS DA CIÊNCIA DOGMÁTICA DO DIREITO

Envolvendo sempre um problema de decidibilidade de conflitos sociais, a ciência do direito tem por objeto central o próprio ser humano que, por seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo,

decide-o, renega suas decisões etc. Para captá-lo, a ciência jurídica se articula em diferentes modelos, determináveis conforme o modo como se encara a questão da decidibilidade. Cada um desses modelos representa, assim, uma efetiva concepção do ser do homem, como centro articulador do pensamento jurídico.

O primeiro modelo, que poderíamos chamar analítico, encara a decidibilidade como relação hipotética entre conflito e decisões, isto é, dado um conflito hipotético e uma decisão hipotética, a questão é determinar suas condições de adequação: as possibilidades de decisões para um possível conflito. Pressupomos aqui o ser humano como um ser *dotado de necessidades* (comer, viver, vestir-se, morar etc.), que são reveladoras de interesses (bens de consumo, de produção, políticos etc.). Esses interesses, nas interações sociais, ora estão em relação de compatibilidade, ora são incompatíveis, exigindo-se fórmulas capazes de harmonizá-las ou de resolver, autoritativamente, seus conflitos. Nesse caso, a ciência do direito aparece como uma sistematização de *regras* para a obtenção de decisões possíveis, o que lhe dá um caráter até certo ponto formalista.

O segundo modelo vê a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa. Trata-se de uma relação entre a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista seu *sentido*. Pressupõe-se, nesse caso, que o ser humano é um ser cujo agir tem um significado, ou seja, seus menores gestos, mesmos seus mecanismos involuntários, seus sucessos e seus fracassos têm um sentido que lhe dá unidade. A ciência do direito, neste caso, se assume como atividade interpretativa, construindo-se como um sistema compreensivo do comportamento humano. Por seu caráter, esse modelo pode ser chamado *hermenêutico*.

O terceiro modelo encara a decidibilidade como busca das *condições* de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético. Estabelece-se uma relação entre a hipótese de decisão e a hipótese de conflito, procurando-se determinar as condições dessa relação para além da mera adequação formal entre conflito e decisão. O ser humano aparece aqui como um ser *dotado de funções*, isto é, um ser que se adapta por contínua evolução e transformação, às exigências de seu ambiente. Segue a concepção da ciência do direito como investigação das *normas* de convivência, estando a norma encarada como procedimento decisório, constituindo-se, então, o pensamento jurídico como sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas. Por seu caráter, esse modelo pode ser considerado *empírico*.

Com base nesses modelos, temos possibilidade de mostrar os diferentes modos como a ciência do direito se exerce como pensamento tecnológico. Nos capítulos que seguem, falaremos dela como *teoria da norma*, como *teoria da interpretação* e como *teoria da decisão jurídica*. Esses três aspectos não são estanques, mas estão inter-relacionados. O modo como se dá esse inter-relacionamento é o *problema da unidade sistemática do saber dogmático*.