

A CRISE DO NOMINALISMO NA CIÊNCIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

Sumário: 1. Aspectos fundamentais da crise do direito. 2. O nominalismo jurídico. 3. Dogmática jurídica e zetética jurídica. 4. Superação do nominalismo jurídico.

1. Aspectos fundamentais da crise do direito.

O presente ensaio é um estudo sobre as manifestações atuais da crise do direito, seu alcance e implicações, bem como as possibilidades de sua superação, tendo por referência o problema da justiça como conteúdo do direito e a questão epistemológica daí emergente; ou seja, a problemática do pensamento jurídico contemporâneo como continuador de um modelo teórico construído pela ciência jurídica tradicional.

Dizer que o direito está em crise passou a ser lugar comum, para enfatizar a crescente inadequação do direito positivo à realidade da vida social cambiante, a aparente impossibilidade de o direito estatal acompanhar o dinamismo de uma sociedade em evolução, implicando na necessidade de novas normas e na atualização das normas velhas.

Os autores que a ela se referem, fazem-no sob os mais diversos aspectos e, em alguns momentos na história do pensamento jurídico, as implicações políticas, econômicas e sociais da crise parecem atuar como divisor das épocas históricas; e isto porque essas ocasiões especialmente significativas, ora representam o momento culminante de uma fase impor-

tantes da história da humanidade, ora caracterizam o início de um período de fecunda produção cultural, às mais das vezes em reação às idéias e fatos que caracterizaram a crise. Assim ocorreu com a sofística, no alvorecer do século VI a.C., com o renascimento cristão do século XIII e o segundo renascimento, o do século XVI, com o racionalismo que culminou na revolução francesa e, mais recentemente, com o positivismo do século XIX, para enumerar somente alguns exemplos.

Na verdade, o conceito de crise carece de conteúdo lógico, dado que sua definição é de natureza sobretudo emocional. Fala-se em crise quando há o confronto de situações antagônicas, onde algumas parecem ou pretendem prevalecer, mas encontrando a resistência das situações que procura superar. Isto no mundo dos fenômenos sociais, como no setor do puramente ideológico ou espiritual.

No mundo do direito, este confronto de situações factuais — representadas por uma ordem estabelecida em oposição aos ideais de um povo ou grupo minoritário, consubstanciados numa ordem *de lege ferenda* — e situações teóricas — representadas pelas doutrinas jurídicas em oposição — oferece aspectos de interdisciplinariedade que impossibilitam a racional ordenação dos dados emergentes desses diversos aspectos, políticos, sociológicos, econômicos, filosóficos e históricos.

Isso não obstante, pode-se tentar uma sistematização a partir de aspectos que parecem mais relevantes no direito contemporâneo, como ordenamento jurídico e como teorização referida a este ordenamento; além disso, tendo presente a carga emocional que cerca o próprio conceito de crise, pode-se pelo menos procurar evitar, tanto quanto possível, as indevidas influências desse emocionalismo, tanto mais quanto ele é implicado pela larga abrangência interdisciplinar da definição de crise.

Ressalvado o conteúdo dimanado de suas implicações interdisciplinares, a crise do direito tem basilaramente um sentido axiológico, quando se problematiza a justiça como fundamento, conteúdo e finalidade do direito, e se questiona acerca da capacidade humana em realizá-la; além disso, estreitamente vinculado a esse sentido axiológico, assume a crise um alcance epistemológico, revelado na problematização do conhecimento jurídico, tal, como se evidencia na atividade teórica e prática do jurista, como sendo de caráter científico, ou seja, uma atividade que, ao menos na sua dimensão especulativa, possa levar o jurista à descoberta de algo que se aceite como

verdadeiro, uma verdade segundo os paradigmas da ciência tradicional.

É de notar-se todavia que a cada recrudescimento da crise segue-se uma saudável e fecunda reação, enfatizando os valores que, a despeito das transformações históricas, das guerras, das injustiças e dos déspotas, tende a permanecer como árdua conquista da humanidade; e que cada crise de ceticismo epistemológico seguem-se tentativas de construção de novos fundamentos epistêmicos do direito.

A crise do direito contemporâneo não constitui exceção. Apesar dos múltiplos aspectos que apresenta, ela não deixa de revelar em seus fundamentos, em suas manifestações mais relevantes, esses dois aspectos referidos, pois tem por núcleo de convergência o problema de justiça, relacionado com a velha questão da cientificidade do direito.

Com efeito, o antigo e superado ceticismo jurídico parece ressurgir na atualidade do pensamento jurídico, sob a égide de filosofia da linguagem. Trata-se de um movimento de largo alcance na filosofia contemporânea, que, reagindo ao positivismo lógico, procurou situar a verdade científica ao nível da linguagem; isto é, considerando como critério de verdade dos enunciados do discurso científico, não a correspondência semântica das expressões discursivas, mas a funcionalidade pragmática destas.

2. O NOMINALISMO JURÍDICO

Em suas origens, o problema foi colocado pelos lógicos, quando perceberam a insuficiência de um critério de verdade exclusivamente formal, e procuraram estabelecer um critério ontológico que pudesse servir de fundamento aos sistemas analíticos. Daí a teoria do senso comum, erigindo o trivial da lógica moderna em ponto de partida de suas construções: *só é verdadeira a asserção verificável, empírica ou analiticamente.*

A reação da filosofia da linguagem comum consistiu precisamente em considerar que existem *verdades*, aceitas como tal e, não obstante, inverificáveis, a começar pelo próprio enunciado do princípio da verificação; por outro lado, a lógica não poderia certamente ignorar a realidade dos mitos, aceitos como verdadeiros e cujos enunciados eram portadores de significado, todavia insusceptíveis de verificação segundo os critérios da comprovação e demonstração; mas nem isso deixavam de ser significativos ao nível da lógica.

De um alcance inicialmente lógico-crítico, o problema repercutiu na epistemologia, traduzindo uma crítica ao realismo metafísico da tradição filosófica, especialmente no que concerne à filosofia da ciência. Considerou-se então que a rigorosa correspondência com os fatos não poderia mais ser considerada o critério único da verdade científica, já que a evolução do pensamento tem evidenciado que as teorias científicas são sempre provisórias. Mais ainda, o realismo metafísico, de que o princípio da verificação é um apoio no campo da lógica, não poderia jamais explicar os paradoxos lógicos e matemáticos e nem algumas conquistas da ciência contemporânea, que parecem contradizer tudo o que já estava estabelecido pelas ciências ditas *rigorosas*, como por exemplo, a teoria da relatividade, a física quântica e as geometrias não-euclidianas.

Além disso, o critério da verdade do positivismo lógico poderia ajustar-se à lógica, à Matemática e às ciências naturais, ditas ciências de fatos ou do *ser*, mas jamais poderia expressar coisas extremamente humanas, como o sentimento do *bem*, o *justo*, a *moral* e o *direito*, o que se convencionou ubicar no setor do *dever ser* — *sollen* — o qual, por isso mesmo, ficava excluído da investigação científica, pois *não existe ciência do dever ser*.

Dentro deste contexto dominado pelo positivismo lógico, a teoria funcional desenvolve novo critério de verdade, ao nível da lógica, expressando que uma sentença é significativa, não porque corresponda a algum fato ou represente a rigorosa conclusão analítica derivada do princípio de identidade, mas simplesmente quando funciona como portadora de significado, ao nível da comunicação que se estabelece com os destinatários do discurso, mas independentemente dos possíveis significados semânticos. Ou seja, existe uma contradição entre *p* e *Np*, porque o senso comum não aceita a identidade de duas asserções contraditórias, mas não porque corresponda a algum fato ou alguma entidade esdrúxula como um *não-fato* (*Np*).

As implicações epistemológicas desta nova teoria lógica colocaram as ciências humanas, como a psicologia, a sociologia, a história e mesmo o direito, no mesmo nível das demais, já que poderia constituir o fundamento de novo paradigma de ciência, apto a identificar a *verdade* dos enunciados de todas essas ciências; a partir daí poder-se-ia reconstruir um modelo científico adequado ao sentimento, à intuição, às crenças, aos mitos e ao *dever ser*.

O ponto de partida desta nova maneira de conceber a verdade científica pode ser identificado na sociologia estruturalista e sua teoria da verdade dos

mitos, estabelecendo que a aceitação de um enunciado pelo grupo social, transforma em verdadeiro aquilo que é evidentemente falso segundo o critério da verificação; configurou-se destarte nova dimensão da verdade científica, que passou a ser concebida como algo de natureza *ideológica*, como aquilo que melhor traduz os anseios e crenças do povo.

Repercutindo na ciência do direito, a teoria funcional serviu em princípio para embasar nova concepção da cientificidade da teoria jurídica, a qual, embora expressada por enunciados não verificáveis em sua maioria, tais como os conceitos e categorias sistematizados pelo direito positivo, e as próprias normas jurídicas como fenômeno humano, nem por isso deixavam de constituir objeto de um conhecimento científico especial, cuja verdade poderia ser ubicada ao nível da funcionalidade das respectivas expressões, e não ao nível do significado semântico. Daí a importância cada vez maior que se atribui à lingüística, cujas investigações não se exauriam na sintaxe e na semântica, mas projetavam-se ao nível da *pragmática*, investigando as relações dos signos lingüísticos ao nível entre emissor e receptor, de que esses signos constituíam o canal; em suma, considerava-se não o significado do signo mas o efeito que ele produzia nos destinatários, em comparação com a intenção com que havia sido emitido.

O conceito de ciência do *dever ser* ficou mais claro; superada a confusão Kelsiana emergente de sua famosa distinção entre norma e proposição jurídica, e sua definição do *sollen* como categoria gnosiológica, ficou o *dever ser* erigido em *objeto*, tão digno de investigação científica quanto qualquer outro objeto, tão merecedor de consideração ao nível da ciência quanto a natureza.

Em resumo, a influência considerável de Kelsen fizera os cientistas do direito pensarem no *dever ser* como pressuposto do conhecimento jurídico, isto é, como *a priori* no sentido do filósofo de Koenigsberg em relação ao conhecimento do direito; a partir das novas concepções derivadas da teoria funcional, da pragmática lingüística e também da fenomenologia, introduzindo na investigação científica os critérios de demarcação das regiões ônticas, ficou o *dever ser* ubicado numa dessas regiões do ser, implicando a sua consideração como objeto de conhecimento.

Mas esta saudável tentativa de superar o ceticismo epistemológico que se insinuara no direito através do positivismo lógico, exauriu-se desde logo, não passando das construções do realismo escandinavo, por um lado procurando estabelecer os fundamentos do direito como ciência empírica pela interpre-

tação das idéias tradicionalmente consideradas como de validade apriorística no sistema jurídico, como racionalização e certas experiências emocionais; e por outro lado pela construção de novos sistemas de lógica jurídica proposicional como aplicação da lógica deôntica, em que o fundamento de verdade dos enunciados do discurso diretivo é encarado ao nível da função dos diretivos, como em Ross e não ao nível de suas correspondências semânticas com fenômenos psicológicos, como em von Wright.

Exauriu-se desde logo, disse eu, porque um dos aspectos do direito como fenômeno humano, um de seus componentes, que fora enfatizado pelo realismo escandinavo e de certa forma pelo positivismo jurídico em geral, passou a ser considerado o nódulo da juridicidade, o denominador comum de todos quantos pretendessem fundar uma nova teoria do direito: *a linguagem*.

Acrescente-se a isto as grandes conquistas da cibernética e da teoria da comunicação, os notáveis desenvolvimentos da lingüística, as novas filosofias que desmembraram novos caminhos para a compreensão do homem e da sociedade, como a teoria marcuseana da alienação e a marxista do poder político, e eis-nos de posse da receita de nova forma de ceticismo jurídico, com implicações axiológicas e epistemológicas: uma nova forma de enfocar os problemas jurídicos, que pretende ser um pensamento anti-dogmático e, rotulando de dogmática toda a tradição jurídica ocidental, denuncia a caráter ideológico das doutrinas jurídicas, reduzindo os princípios gerais do direito, construídos exaustivamente através da história da civilização, tais como o direito natural e o princípio da legalidade, à condição de *mitos*.

As conseqüências para o direito desta nova forma de visualizar os respectivos problemas são profundas: de um lado, ela implica a negação da ontologia do direito, embora o ponto de partida lingüístico pressuponha já uma posição ontológica, a de que não existe um ser jurídico a pesquisar, mas um sistema de comunicação a decifrar; por outro lado, repercute a nova teoria na metodologia da pesquisa jurídica, enfatizando-se sobretudo a *zetética*, considerada como oposição à dogmática, e, coerentemente, exigindo-se a pesquisa interdisciplinar ao nível das situações normadas e a serem normadas, tendo em vista também a oportunidade da normação: o elemento normativo neste caso é secundário, pois tomar a norma como ponto de partida para a pesquisa jurídica é considerado atitude dogmática, repelida pela *zetética*.

Nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Como geralmente acontece com as doutrinas jurídicas em oposição, o que realmente ocorre é extremismo ideo-

lógico de ambos os lados, pois nem a dogmática jurídica se confunde com a atitude dogmática que o anti-dogmatismo considera acientífica, e nem a dimensão zetética do conhecimento jurídico se opõe necessariamente à tradicional pesquisa dogmática, antes, a completa ao nível da interdisciplinariedade que os fenômenos do direito comportam.

Mas por trás dessa radicalização contra a dogmática jurídica verifica-se um certo nominalismo que identifica a realidade ao nível dos signos que a representam, agravada pelo maniqueísmo que persiste na mentalidade ocidental, invadindo a ciência em todos os setores e fixando sua residência permanente no campo das ciências humanas.

No que concerne ao direito, enquanto o nominalismo impede que se vá além das aparências, o maniqueísmo em tudo vê a oposição entre o bem e o mal, impedindo a visão totalizadora e abrangente das realidades a pesquisar.

O realismo de escola de Upsala enfatizara que o direito é basicamente um fenômeno de comunicação, ou seja, uma linguagem expressa mediante signos. A partir deste ponto de vista, passou-se a considerar dois planos em que ocorre a comunicação jurídica, a linguagem do direito, cuja expressão semiótica é o direito positivo, melhor dizendo, o conjunto de instâncias a que se convencionou denominar fontes do direito ou suas fontes de expressão, e a linguagem dos juristas, a qual manifesta a doutrina dos jurisconsultos, as construções teóricas da ciência do direito, o *Juristenrecht*.

Mas o realismo escandinavo tivera uma preocupação inicial a respeito do "ser" do direito, especificamente, o ser da norma e a essência da juridicidade, para então posicionar o problema da linguagem jurídica como um dos componentes desta realidade que a tradição metafísica européia olvidara, mas que não poderia deixar de ser considerado; e por outro lado, evitaram os realistas a atitude reducionista que consistia em estabelecer os limites do fenômeno jurídico dentro dos parâmetros da linguagem e, embora assumindo posicionamento crítico em relação às correntes do pensamento jurídico europeu, especialmente a do jusnaturalismo, deu-lhes uma interpretação lingüística, no afã de considerar o direito como fato empírico.

Esta coerência entre uma atividade ontológica empírica e suas implicações na interpretação do sistema do direito positivo como sistema científico bem como o respeito pela tradição da ciência jurídica ocidental, não foram todavia mantidos pelos filósofos da linguagem jurídica que seguiram a trilha aberta pela escola de Upsala.

Pelo contrário, assumiram uma atitude reducionista e atomística, examinando o direito em suas expressões semióticas e vendo na análise linguística ao nível da pragmática o escopo básico da chamada ciência do direito, cujas posturas deveriam ser *desmitificados*, ou seja, revelados em seus pressupostos ideológicos, como instrumentos de alienação em que se constituíam

A crise epistemológica derivada do positivismo lógico e do reducionismo lingüístico conduziu destarte a um sistema de idéias que pode ser identificado como um *nominalismo jurídico*. É uma corrente do pensamento jurídico contemporâneo que abdica de toda tentativa de pesquisa de uma realidade ontológica do direito: o direito não é uma realidade ôntica, ele não tem propriamente um ser a ser considerado ao nível da fenomenologia, pois não passa de signos, palavras, as quais expressam outras realidades subjacentes, que extravasam o que tradicionalmente se considera o direito e que, sobretudo, têm significado místico e ideológico.

Se relacionarmos essas atuais manifestações da crise em seu alcance axiológico e epistemológico, com a crise da filosofia em geral, veremos que as suas raízes estão justamente na mentalidade maniqueísta que radicaliza as antinomias vislumbradas pelo espírito especulativo, em todos os setores do conhecimento. Com efeito, a radical oposição entre o bem e o mal, aceitando-se tudo o que aos olhos se apresenta como o bem e rejeitando o que se parece com o mal, repercutiu na filosofia como oposição absoluta entre o real e o ideal, entre o natural e o espiritual.

A expressão mais significativa desse maniqueísmo filosófico encontramos na antinomia entre o realismo e o nominalismo.

Recorde-se que a intelectualidade da Idade Média fora agitada pela questão metafísica, a propósito do valor objetivo dos conceitos necessários e imutáveis aplicáveis a número indeterminado de objetos. Conhecida como a questão dos *universais*, admitiu inúmeras soluções, que variavam entre um realismo extremado, hipostasiando as idéias universais à maneira platônica, até o chamado nominalismo, que negava os próprios conceitos universais, admitindo somente os vocábulos (*nomina*) ou termos comuns designativos de conjuntos de indivíduos ou séries de fatos. Os realistas absolutos admitiam uma única verdade, una, eterna, necessária e imutável que se impunha a todos, enquanto que os nominalistas afirmavam o relativismo individualista, um tanto à maneira sofística, somente admitindo verdades subjetivas e relativas ao sujeito cognoscente.

Este modo antitético de visualizar o ser, a que a cultura ocidental está habituada a partir de seu atomismo, não é todavia nociva e nem indesejável, já que as antinomias resultam de categorias cognoscitivas, isto é, das diferentes colocações assumidas pelo sujeito em seu trabalho de *conhecer*.

Digo e repito: a natureza, o cosmos, a humanidade, o espírito, o ser enfim que tudo abarca, é um só; o homem é que estabelece as separações no ser, e o faz primordialmente para nele penetrar. Mas já então manifesta-se o maniqueísmo, e não basta conhecer o ser, é preciso então lançar o ser contra o ser, para o destruir naquilo que aos homens se apresenta como o mal.

A nocividade não radica então nas categorias através das quais o homem estabelece as regiões do ser, está no maniqueísmo que o leva a vislumbrar entre categorias aparentemente uma oposição destrutiva: os sectários de uma *verdade* não admitem a *verdade* da oposição e tendem a destruí-la.

Infelizmente o maniqueísmo filosófico instalou-se no plano das ciências humanas e, malgrado as tentativas de superação — cujo momento culminante parece ter sido, na antigüidade, a filosofia peripatética e, nos tempos modernos, o idealismo alemão — instalou-se definitivamente na mentalidade dos nossos cientistas políticos e sociais, a oposição entre indivíduo e sociedade, entre liberdade e autoridade, entre cidadão e estado, entre democracia e autocracia, entre nacionalismo e internacionalismo, entre estabilidade e transformação, entre o privado e o público.

No plano jurídico, a antinomia mais antiga é a que opõe o direito público ao direito privado, encarregando-se as ideologias contemporâneas de instalar nesta oposição a idéia maniqueísta da destruição; com efeito, o socialismo radical, em nome da igualdade social, preconiza a destruição do direito privado e a primazia absoluta do público; é este talvez o sentido mais autêntico da utopia marxista do desaparecimento do direito. E o liberalismo burguês só admite o direito público como garantia do direito privado.

Pois bem. A atitude de negar uma realidade que possa corresponder ao direito, estabelecendo somente uma correspondência funcional entre os vocábulos que a expressam e as atitudes que suscitam, restaura de certo modo a polêmica dos universais dentro da filosofia do direito. Pois a primeira implicação da crítica lingüística é precisamente a negação de uma realidade ôntica que a linguagem e a meta-linguagem do direito possa traduzir; pois se assim não fora, não teria sentido destruir as construções da ciência do direito tradi-

cional que se processam ao nível semântico, isto é, prescritiva ou descritivamente, mas pretendendo, seja um discurso que prescreve um sentido à conduta, seja um discurso que prescreve, ou esses sentidos, ou as próprias condutas, ou ainda os instrumentos de controle social em que as normas jurídicas se constituem.

É justamente essa impraticabilidade de um discurso ao nível semântico como implicação do nominalismo jurídico, que leva os filósofos da linguagem jurídica a uma radical opção no sentido da pesquisa zetética do direito, isto é, tendo por ponto de referência, não as normas, mas as situações sociais normadas e a serem normadas.

Entretanto, surge agora a maniqueísta oposição entre a zetética e a dogmática jurídica, como a mais recente antinomia a se instalar na ciência do direito.

3. DOGMÁTICA JURÍDICA E ZETÉTICA JURÍDICA

O ponto de partida dessa nova maneira de conceber a ciência do direito como discurso pragmático, é uma revisão crítica da dogmática jurídica desenvolvida no mundo ocidental, cujo discurso ocorre no nível semântico.

Entretanto, apesar do aparente anti-dogmatismo da zetética jurídica, o discurso pragmático não se opõe ao semântico, mas o completa, assim como o discurso zetético não se opõe ao dogmático, mas o completa, na medida em que configura, no plano da lógica jurídica, o critério funcional da verdade dos enunciados do direito, através do discurso normativo e do discurso teorético.

Somente uma incompreensão do significado e alcance da dogmática jurídica é que tem levado o nominalismo zetético a preconizar uma atitude anti-dogmática, significando uma ciência jurídica, na medida em que aceita que direito possa ser ciência, que se desenvolve contra a dogmática jurídica, no mesmo sentido em que preconiza uma atitude anti-ideológica.

Lembremo-nos inicialmente que ser anti-ideológico não é novidade no mundo jurídico, e constituiu sempre o denominador comum da pesquisa epistemológica. Veja-se o exemplo de Kelsen, procurando depurar a ciência do direito de todo conteúdo ideológico¹⁷ e, mais recentemente, Castanheira Neves demonstrando que o jurista é por definição o anti-ideológico por excelência¹⁸.

Na verdade existe muita confusão em torno do significado da dogmática jurídica.

Os filósofos da linguagem a empregaram no sentido de doutrina jurídica, enquanto reveladora de certos conteúdos ideológicos, os quais configuram os pressupostos dogmáticos dessas teorias; além disso, atribuem eles à dogmática jurídica uma atitude acrítica em relação ao conteúdo ideológico das normas jurídicas.¹⁹

É necessário de início distinguir entre dogmática jurídica enquanto designação da ciência jurídica *stricto sensu*, melhor denominada Jurisprudência em respeito à tradição que nos vem de Roma, e dogmatismo, como método e como doutrina.

Como doutrina, o dogmatismo opõe-se ao ceticismo, na medida em que este nega a verdade como algo objetivo ou então a possibilidade humana de a conhecer, enquanto aquele, em sua versão extremada, aceita a verdade independente de prova, isto é, vale a evidência do verdadeiro, e a define como universal e necessária. Foi justamente a oposição entre o ceticismo de Hume e o dogmatismo de Wolff que engendrou a superação de ambos através do criticismo de Kant.

Como método, dogmatismo equivale à dedução com o alcance apodíctico que lhe dera inicialmente Aristóteles; o silogismo apodíctico parte de premissas verdadeiras e leva a conclusões verdadeiras, opondo ao silogismo dialético que, partindo de tópicos, leva a conclusões apenas prováveis. O silogismo apodíctico é o método da demonstração, e o silogismo dialético o é da argumentação e da persuasão²⁰. Neste sentido, o método dogmático aceita certos postulados como verdadeiros ou evidentes, para então construir *more geométrico* o conhecimento; é o que ocorre na matemática, na geometria euclidiana e na lógica, mas a mentalidade dogmática leva a que se o aplique a todas as ciências, inclusive o direito. Neste alcance metodológico, o dogmatismo opõe-se à heurística, a qual equivale à indução e erige como ponto de partida da pesquisa científica a realidade empiricamente verificável²¹.

Ora, a dogmática jurídica como ciência do direito positivo não se confunde nem com a filosofia dogmática do iluminismo e nem com o método dogmático; na verdade, ela pode abrigar, como tem ocorrido na história do pensamento jurídico, tanto as correntes dogmáticas da filosofia quanto as céticas, tanto o método dogmático quanto o heurístico; mais ainda, a dogmática jurídica como ciência do direito positivo tanto pode abrigar as correntes normativistas do pensamento jurídico quanto as zetéticas; finalmente, a pesquisa zetética nada mais é do que a pesquisa interdisciplinar

relacionada com as situações sociais erigidas em objeto de normação jurídica, tal como já foi exaustiva e profundamente tratada pelas correntes do pensamento sociológico-jurídico, desde François Géný até o normativismo dialético, encontrando um momento de notável desenvolvimento na Jurisprudência Sociológica de Holmes, Pound, Cardozo e tantos outros, e na escola do direito livre, de Ehrlich e Kantorowicz²². Finalmente, penso que esta oposição entre dogmatismo e ceticismo, entre dogmatismo e heurística, entre dogmática e zetética é mais uma manifestação do maniqueísmo filosófico, pois todos os meios são válidos na procura da verdade.

Esta noção errônea da dogmática jurídica deflui em parte da equivocidade da palavra *dogma* e do preconceito em relação ao dogmatismo filosófico. Eu mesmo, na primeira edição da "Teoria da Ciência do Direito"²², penso ter abrigado a noção de dogmática jurídica como resquício da tentativa de reduzir o fenômeno jurídico a princípios de validade universal. Partiu-se do dogmatismo filosófico enquanto doutrina e como método. Mas esta concepção, eivada de certa carga ideológica que a palavra *dogma* encerra, tratei de retificar em meu livro "Lógica Jurídica e Interpretação das Leis", e faço-o novamente, pedindo desculpas aos meus leitores, aos meus alunos e aos meus colegas, por ter abrigado uma noção que agora considero errônea.

A dogmática jurídica é precisamente a visão particular do conhecimento teórico e prático correspondente à ciência jurídica "stricto sensu". Tal conhecimento implica a aceitação da normatividade revelada nas expressões do direito, ou seja, no discurso normativo, como o ponto de partida e centro de convergência dos respectivos atos gnósticos; a Jurisprudência tem assim como ponto culminante de seu objeto a *lei*, e daí se segue que o cerne da ciência do direito é a hermenêutica jurídica, cujo escopo é esclarecer o sentido normativo das chamadas *fontes* do direito, com vistas à sua aplicação, atual ou potencial, aos fatos da vida humana.

O pensamento do jurista em tais condições é denominado *dogmático*, não porque se apegue a dogmas, mas porque implica a aceitação dogmática das expressões da normatividade, como elas efetivamente se apresentam; isto é, como fenômeno cultural, como algo que existe e se manifesta na história, o que não exclui um posicionamento crítico do jurista, tendo em vista os valores consagrados *de lege lata* e os que ele preconiza *de lege ferenda*.

Nesse processo, o jurista é parte do objeto, integra o fenômeno na medida em que o observa; e observa o fenômeno na medida em que o cria, atribuindo

conteúdos axiológicos e sócio-relacionais aos modelos normativos abstratos. Essa participação ativa do jurista na concreção da normatividade jurídica é que distingue o plano dogmático do conhecimento jurídico dos demais planos em que esse conhecimento pode ocorrer, quais sejam, o epistemológico, o lógico e o zetético.

Penso ter demonstrado em meu recente trabalho sobre a interpretação do direito²⁴, que o conhecimento jurídico ocorre no plano epistemológico quando se questiona o alcance científico desse conhecimento, e no plano lógico, quando se problematiza o fundamento de verdade do conhecimento que corresponde à Jurisprudência. Quando ao plano zetético, é o mesmo conhecimento jurídico encarado na dimensão correspondente ao das ciências jurídicas *lato sensu*, isto é, as outras ciências que se ocupam do fenômeno jurídico segundo um ponto de vista científico particular, por exemplo, o da política, sociologia, história, criminologia, psicologia judicial, economia política e até as impropriamente chamadas ciências auxiliares do direito; estas não se confundem com a dogmática jurídica, mas a completam e constituem valiosíssimo auxiliar na pesquisa dogmática.

Posso agora, após muita reflexão, completar o que dissera a propósito do plano científico-particular do conhecimento jurídico. Ele pode ser considerado segundo a visão particular de cada uma dessas ciências, ou mediante uma ótica interdisciplinar, com o objetivo de problematizar os conteúdos axiológicos e sócio-relacionais das normas jurídicas; entretanto, numa visão bastante abrangente, tendo em vista a extrema complexidade desse conteúdo, e referindo-se assim, não somente às situações inequivocamente normadas, como as que devem ser normadas e ainda às possibilidades e oportunidades dessa normação, o que implica um posicionamento crítico em relação ao direito positivo; é precisamente o escopo da zetética jurídica, que, assim, não se opõe à dogmática jurídica simplesmente porque tem por ponto de referência as normas jurídicas. Como saber se determinada situação está suficientemente normada, ou se a normação jurídico-positiva atende aos reclamos indicados pela crítica zetética, a não ser questionando o conteúdo axiológico ou ideológico das normas, em última análise, através da interpretação, integração e aplicação do direito, núcleo da dogmática jurídica?

Fica destarte enfatizado o caráter de complementariedade da pesquisa zetética, a qual corresponde a um dos planos em que ocorre o conhecimento jurídico, sem embargo da permanência do conhecimento situado na dimen-

são dogmática como o momento culminante, o ápice de convergência de todo o conhecimento referido ao direito.

O que distingue o conhecimento dogmático do situado nos planos epistemológico, lógico, científico-particular ou zetético, é a participação do sujeito cognoscente no próprio fenômeno que conhece, participação que só pode ser compreendida segundo o prisma da dialética jurídica. O sujeito conhece o direito na medida em que estabelece conteúdos às proposições abstratas das normas; e o mesmo dizer, enquanto cria a juridicidade em função das situações reais da vida. Esta participação ativa e constitutiva do jurista chegou a ser vislumbrada por Kelsen, quando definiu o ato interpretativo como *autêntico*, no sentido de que todo ato de interpretação jurídica é ato *criador* de direito, muito embora limitado dentro da moldura formada pelas normas hierarquicamente superiores²⁵.

Ora, essa participação não se comunica aos outros planos do conhecimento jurídico, inclusive o zetético, onde o sujeito cognoscente não integra o fenômeno que estuda, mas limita-se a observar como alguém situado do lado de fora e que procura estabelecer as relações de causalidade entre os fatos que observa, ou as relações funcionais entre os signos representativos dos fenômenos rotulados de jurídicos.

Poder-se-ia objetar que a juridicidade envolve sempre essa participação e que, mesmo sob os aspectos histórico, sociológico, filosófico ou político. o fenômeno jurídico não exclui o jurista como parte dele em sua complexidade dialética; mas tratamos aqui do *conhecimento* jurídico, o qual se vale das categorias gnósicas para enquadrar o direito, com o fito de o melhor compreender, e os planos lógico, epistemológico e científico-particular, incluído neste o zetético como interdisciplinariedade dimanada das diferentes visualizações científico-descritivas ou críticas, conduzem a uma abstração categorial precisamente dessa participação que caracteriza a juridicidade na sua essência; já o conhecimento que corresponde à dogmática jurídica se identifica com a participação do sujeito cognoscente.

Considerando que a abstração é o meio psicológico de elaboração dos conceitos, cuja sistematização configura objetivamente a ciência nas chamadas ciências jurídicas *lato sensu*, além da abstração de particularidade que o ponto de vista especial de cada ordem científica exclui, ocorre outra abstração, a qual não se comunica à Jurisprudência; é a que se refere ao papel que o jurista, como sujeito cognoscente, exerce no próprio fenômeno objeto de seu conhecimento.

A expressão mais adequada para fazer referência a esse plano do conhecimento jurídico, correspondente à Jurisprudência, poderia ser *pensamento jurídico stricto sensu*, definido como a atividade cognitiva própria da ciência jurídica em sentido estrito; mas o termo *dogmático* impôs-se pela tradição e, no pensamento jurídico contemporâneo, perdeu a conotação originária que o ligava ao sentido da palavra *dogma* — verdade inquestionável e aceita como tal — e passou a ser empregada substantivamente como equivalente à ciência do direito, na expressão *Dogmática Jurídica*, e adjetivamente como qualificação relacionada com a mesma ciência²⁶.

Trata-se assim tão somente de uma questão de nomenclatura, já que a Jurisprudência como ciência é bem mais ampla do que o conhecimento jurídico situado no plano dogmático, envolvendo a lógica e a zetética jurídicas, que antes apóiam e completam a dogmática, do que a ela se opõem. A Dogmática Jurídica pode, isto sim, configurar um momento, o momento culminante segundo Miguel Reale²⁷, do conhecimento científico do direito.

Não há porque identificar a Dogmática Jurídica com uma das inúmeras tendências ocorridas na história do pensamento jurídico ocidental, qual seja, a posição extremada de alguns juristas da Escola da Exegese, caracterizada pelo fetichismo da lei.

Mas além de a metodologia jurídica exegética já ter sido há muito ultrapassada, também deve ser lembrado que a reação aos exageros dessa escola, eivada da mentalidade racionalista que presidiu a elaboração do Código Civil francês de 1804, desenvolveu-se dentro da Dogmática Jurídica, ou seja, nos parâmetros da ciência jurídica tradicional.

Em suma, a dogmática jurídica é tão-somente o tipo de conhecimento que tem por objetivo o direito identificado nas normas jurídicas; e corresponde a um momento da pesquisa jurídica, necessariamente circunscrito ao direito positivo, embora tenha o seu momento de universalidade na teoria geral do direito e no direito comparado²⁸.

Considero uma das minhas mais importantes contribuições para a epistemologia jurídica a sistematização dos planos do conhecimento jurídico, segundo revele um conteúdo epistemológico, lógico, zetético ou dogmático. E considero também importante a definição do conhecimento dogmático como é ao mesmo tempo conhecimento e criação do direito, obra do jurista que, ao conhecer os fenômenos considerados deonticamente como jurídico, o integra em sua complexidade dialeticamente objetiva, à medida em que o conhece.

Assim sendo, é irrelevante para a própria dogmática jurídica se o ponto de referência de suas pesquisas é a norma ou a situação normada, já que o próprio conceito de situação normada, como de resto o de situação a normar ou o de oportunidade de normação exige que se tenha a norma como ponto de referência. Fica destarte refutada nos seus próprios fundamentos a tese de que a pesquisa zetética é anti-dogmática; anti-ideológica sim, na medida em que contribui — e nisto radica o seu grande valor para a Jurisprudência científica — para revelar os conteúdos ideológicos das normas, mas não no sentido de oposição à ciência do direito como um conhecimento que ocorre no plano dogmático, vale dizer, em sua dimensão normativa, como ciência cujo objeto consiste no dever-ser normativamente expresso.

4. A SUPERAÇÃO DO NOMINALISMO JURÍDICO

Esse preconceito anti-dogmático do nominalismo jurídico, além de constituir contradição em termos — enfatizado pelo fato de que o anti-dogmatismo é também uma forma de dogmatismo — acaba por expulsar da pesquisa jurídica... o direito.

A ciência do direito passa a ser concebida ao nível da política jurídica, *de lege ferenda e de sententia ferenda*.

A atitude zetética em face da dogmática tradicional, na medida em que denuncia os pressupostos ideológicos das teorias jurídicas e faz dessa atitude o escopo principal, senão o único, da ciência do direito, elimina o núcleo da dogmática jurídica, formado através dos tradicionais procedimentos de interpretação, integração e aplicação do direito, de que a pesquisa zetética é somente um complemento, importante sem dúvida, mas que não se opõe à metodologia jurídica dogmática. Além disso, a pesquisa zetética é uma forma de conhecimento que não se situa ao nível da ciência do direito, mas sim, da política e da sociologia do direito. Esta consideração de caráter epistemológico é importante em face do que a seguir se expõe.

Conceber a crítica zetética como oposição à dogmática acarreta uma distorção na metodologia do direito, ao invés de uma pretensa correção. O direito passa a ser política, sociologia, psicologia social, história; tudo menos direito; e vemos então excelentes trabalhos de ciência política, profundas pesquisas de história política, ótimos trabalhos de sociologia e até de economia interna e internacional, que têm a pretensão de ser trabalhos jurídi-

cos, sob o pretexto de se tratar de uma ciência do direito zetético ou pragmática.

O pior é que não se trata de nenhuma novidade, nenhuma nova metodologia nem jurídica e nem epistemológico-educacional; trata-se simplesmente de incluir entre os objetos da pesquisa jurídica, aquilo que há muito tem sido feito em outras áreas do conhecimento ligadas às ciências sociais, direta ou indiretamente relacionadas com o direito, e sob uma perspectiva crítica que também é discutível, porque parte de posicionamentos ontológicos e gnoseológicos que no fundo espelham também uma ideologia.

Mas onde está a pesquisa jurídica?

Onde os comentários à legislação, ainda que ao nível de uma crítica anti-ideológica?

Onde fica o direito comparado, em sua tentativa de construir uma ciência do direito positivo ao nível da universalidade?

Onde a descoberta das constantes da evolução do direito?

Onde fica o relacionamento sistemático entre as normas e o contexto normativo progressivamente mais extenso em que se insere?

Onde está a pesquisa jurisprudencial?

Onde a construção jurisprudencial, responsável pela edificação do direito romano, um dos pilares da civilização?

Onde fica o “case law” e o precedente?

Onde o estudo crítico e sistemático das fontes do direito?

Onde estão os princípios gerais do direito?

Onde fica a luta pelo direito?

Onde a equidade?

Onde a justiça?

Já dizia Castanheira Neves, comentando o direito em face da revolução portuguesa, que o jurista é o anti-ideológico por excelência, já que sua postura de jurista é acima de tudo uma postura crítica em face do direito vigente²⁹.

Se, mesmo na ciência, há um sentido positivo de evolução, pois toda

a teoria científica é sempre provisória. está destinada a ser substituída por outra melhor, que dizemos então do direito e dos demais fenômenos ligados à vida social?

Não deve haver nenhum complexo de inferioridade do jurista, pelo fato de que o direito está em crise. A crise do direito é da própria essência da juridicidade, pois sempre existe a possibilidade de um direito melhor; basta então que a construção do direito positivo seja sempre a tentativa de um direito justo, como já asseverava Stammler.

E assim, tal como na ciência. o direito vigente está sempre destinado a ser substituído por um direito melhor. E aí entra o papel do jurista, destinado a criar o direito que seja cada vez mais perfeito.

Essa dimensão crítica e anti-ideológica do conhecimento jurídico tem um ponto de apoio, uma valorização que, embora possa ser denunciada como portadora de ideologia. está presente no direito como objeto de pesquisa científica, e sempre lá esteve: refiro-me à justiça, que, mesmo na concepção do direito como ciência empírica, no enfoque dos realista escandinavos, ou como sociologia jurídica³⁰. é um valor imanente ao direito e não pode ser ignorado como componente de um objeto de conhecimento.

Vemos assim que a problematização dos conteúdos normativos segundo um enfoque crítico. não é criação da filosofia jurídica nominalista e nem exclusivamente da zetética jurídica; mais ainda, ela está presente na dogmática jurídica tradicional e constitui uma das maiores dignidades da práxis jurídica, principalmente no que concerne à função judicial.

A resistência às leis injustas começa nos juízes.

Nenhum segmento da sociedade está melhor equipado para denunciar os conteúdos normativos incompatíveis com os valores construídos arduamente através da história da civilização, do que os membros da magistratura.

São os juízes e tribunais que devem ter sempre dianteira na luta contra os despotismos, as injustiças e a exploração do homem pelo homem. Quando a magistratura falha nessa missão, ela está dando oportunidade a que outros setores menos preparados o supram, abrindo o caminho para a supervalorização da atividade administrativa, que entende poder substituir os juízes na composição prudencial dos litígios sociais.

Para essa atuação da magistratura a dogmática jurídica fornece o instrumental teórico necessário. haja vista as construções das correntes de pensamento jurídico que se opuseram ao fetichismo da lei, na França, ao fetichismo

dos conceitos, dos pandectistas e germanistas e ao fetichismo do precedente, nos Estados Unidos. Refiro-me a François Gény, a Ihering, a Cardozo, Pound e tantos outros que revolucionaram a dogmática jurídica sem a destruir, mas orientando-a no seu sentido original que nos vem desde os gregos: a identificação do direito, não com a *nomos* e a *lex*, mas com o *dikaion* e o *jus*.

Impossível deixar de lembrar a lição de Ihering.

Contradizendo a tradição historicista dos juristas alemães, asseverava o autor de “A Luta pelo Direito”³¹, que o direito não se desenvolve espontaneamente, inconsciente e tranqüilamente; ele é o resultado de um árduo trabalho de conquista, de ingentes sacrifícios e de luta intensa; sobretudo, do esforço coletivo da humanidade para o próprio aperfeiçoamento normativo e institucional que não tem fim.

O produto dessa conquista é o direito, não nas suas expressões contingentes, transitórias e vinculadas aos interesses dos donos do poder, mas nos seus valores perenes que sobrevivem aos déspotas, ainda que por eles manipulados.

Princípios que representam as conquistas da civilização no campo do direito não são mitos.

Denunciar o mau uso desses princípios, desmistificar os conteúdos incompatíveis com os valores que os princípios enunciam, é tarefa das mais nobres, que se impõe à consciência do jurista como o anti-ideológico por excelência. Mas a desmistificação do manuseio das normas não pode destruir o princípio e nem minimizar a importância dos valores que enuncia. Mais ainda, só se compreende essa tarefa de revelação dos mitos do direito que a pesquisa zetética e lingüística propõe, em nome de certos ideais de justiça social que se sobrepõem à própria atividade teórica e prática do jurista, seja qual for o plano em que se situe.

A conclusão é que é falsa a oposição entre a pesquisa dogmática e a zetética, entre a concepção da verdade do direito ao nível da validade normativa e idêntica concepção ao nível da eficácia das expressões deonticas do direito.

São duas tarefas inter-complementares, que enriquecem a ciência do direito e convergem para o mesmo objetivo: restaurar o direito em sua dignidade ética e científica, como instrumento da realização eudemonística do homem em sua humanidade e como instrumento de realização da verdade jurídica, identificada na justiça e no direito natural.

BIBLIOGRAFIA

1. L. Fernando Coelho. *Introdução Histórica à Filosofia do Direito*, Rio, 1977.
2. Ripert, Capogrossi. Ravà. Delitala, Jemolo, Pallieri, Calamandrei e Carnelutti, coletânea de conferências pronunciadas na Universidade de Pádua, de abril a maio de 1951. publicada sob o título *La Crisis del Derecho*, Buenos Aires. 1953. Tb. Orlando Gomes, *A Crise do Direito*, S. Paulo, 1955. Tb. Julio E. Lopez Lastra, *Que es el Derecho*, La Plata, 1972. Tb. J. Lamartine Correa de Oliveira. *A dupla crise da Pessoa Jurídica*, S. Paulo, 1979.
3. A.J. Ayer, *Lenguaje, verdad y lógica*. Barcelona, 1971. Tb. *As questões centrais da Filosofia*. Rio. 1975.
4. Karl R. Popper. *Conhecimento objetivo*. B. Horizonte, 1975. Tb. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo, 1975.
5. Popper, *A lógica da pesquisa científica*, ob. ct. Tb. João E. Villalobos, *Lógica e Existência*. S. Paulo, 1971.
6. Ota Weinberger. *Über die Negation von Sollsätzen*, in *Theoria*, 1975. Tb. Alf Ross, *Lógica de las Normas*, Madrid, 1971.
7. Claude Lévi-Strauss. *El pensamiento selvaje*, México, 1964. Tb. Liana S. Trindade, *As raízes ideológicas das teorias sociais*. S. Paulo, 1978.
8. W. Maihofer, *Ideologie und Recht*. Frankfurt, a.M., 1968. Tb. Luis A. Warat, *Semiótica y Derecho*, Buenos Aires, 1976. Tb. Tércio S. Ferraz Jr., *Teoria da Norma Jurídica*. Rio, 1978. Tb. Roberto Vernengo, *Curso de Teoria General del Derecho*. Buenos Aires, 1976.
9. Alf Ross, *Hacia una ciencia realista del Derecho*. Buenos Aires, 1970.
10. Alf Ross, *Lógica de las Normas*, ob. ct.
11. G.H. von Wright, *Norma y Acción*. Madrid, 1970.
12. Tércio S. Ferraz Jr., *A Ciência do Direito*. S. Paulo, 1977.
13. O. Ferreira de Melo, *Dicionário de Direito Político*, vb. "zetética". Rio, 1978.
14. Leonel Franca, *Noções de História da Filosofia*, Rio, 1969.

15. L. Fernando Coelho. *Teoria da Ciência do Direito*, S. Paulo, 1974, pág. 123. Tb. *Introdução Histórica à Filosofia do Direito*, Rio, 1977, pág. 51.
16. Ch. Perelman, *Les antinomies en Droit*, Bruxelas, 1965. W. Friedmann, *Théorie Générale du Droit*, Paris, 1965, pág. 31.
17. Hans Kelsen. *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, 1962.
18. A. Castanheira Neves. *A Revolução e o Direito*, Lisboa, 1976, pág. 214.
19. Luis A. Warat e Rosa Maria Cardoso da Cunha, *Ensino e Saber Jurídico*, Rio, 1977, pág. 25.
20. L. Fernando Coelho. *Introdução histórica...* pág. 77.
21. José H. Saraiva. *Lições de Introdução ao Direito*, Lisboa, 1962/63, pág. 61 e segs.
22. L. Fernando Coelho. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio, 1979.
23. L. Fernando Coelho, *Teoria da Ciência do Direito*, ob cit. pág. 52.
24. L. Fernando Coelho. *Lógica Jurídica...* cap. I.
25. H. Kelsen. *Teoria Pura...* pág. 284.
26. J.H. Saraiva, *Lições...* pág. 61. Tb. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, S. Paulo, 1974, pág. 357 e segs.
27. Miguel Reale. *O Direito como Experiência*. S. Paulo.
28. L. Fernando Coelho. *Pressupostos epistemológicos das teorias jurídicas*. Revista Jurídica THEMIS, Curitiba, out. 1979, pág. 110.
29. A. Castanheira Neves, ob. cit.
30. Cláudio Souto. *Introdução ao Direito como ciência social*, Rio, 1971, pág. 36.
31. R. von Ihering. *A Evolução do Direito*, Salvador, 1956.