

da tópica (retórica) jurídica. Com base nestes elementos, pôde-se analisar a sua compreensão da ciência do direito como tecnologia centrada no problema da decidibilidade dos conflitos e, como consequência, da tentativa de apreensão do fenômeno jurídico através de um modelo teórico tripartite: os (sub)modelos analítico, o hermenêutico e o empírico. Por fim, buscou-se analisar as funções específicas atribuídas a estes modelos destacando de que maneira eles poderiam, concorrente e complementarmente, fornecer subsídios para a compreensão, inclusive, dos limites a que está condicionada a ciência jurídica. É com base nos elementos daí decorrentes que se pôde concluir, ao final do artigo, que a partir dos subsídios fornecidos por Ferraz Jr, é possível desenvolver elementos para uma apreensão crítica e reflexiva do pensamento jurídico, tendo em vista a sua utilização como instrumento de emancipação do homem.

Palavras - chave

Direito e Filosofia; Epistemologia; Retórica; Hermenêutica do Direito.

Abstract

The aim of this article is to investigate the features that characterize the legal epistemology of Ferraz Jr., probing the limits of his work and indicating possibilities drawn from it in the formulation of a critical reading of the legal dogma. For this, it seeks, initially, to present some aspects relating to the epistemological framework that is echoed in the author's work, supplying timely elements relating to systemic-functional thought, on pragmatic philosophy and the topic (rhetoric) of law. Based on these factors, it was possible to analyze his understanding of legal science as a technology focused on the problem of decision-making in conflicts, and as a result, of the attempt to understand the legal phenomenon through a tripartite theoretical model: the analytical, hermeneutical and empirical (sub)models. Finally, it seeks to analyze the specific functions attributed to these models, highlighting the manner in which they can, competing with and complementing with one another, provide resources for understanding the limits by which legal science is conditioned. Based on the elements arising from this, it is concluded, at the end of the article, that using the resources provided by Ferraz Jr, it is possible to develop elements for a critical and reflexive understanding of legal thought, with a view to its use as a tool for the emancipation of man.

Key words

Law and Philosophy; Epistemology; Rhetoric; Hermeneutics of Law.

1. Introdução

Nas primeiras páginas de *A Ciência do Direito* (1977), Ferraz Jr apresenta as dificuldades inerentes a qualquer intento de investigar os fundamentos epistemológicos da ciência do direito. O autor põe em questão, inicialmente, a possibilidade de existir uma ciência jurídica autônoma e diferenciada. Para discutir esta questão, ele suscita as seguintes reflexões: qual a diferenciação do método das ciências naturais em relação ao da das ciências humanas? Reconhecida a sua cientificidade, o seu local apropriado seria ao lado das ciências humanas ou ocupando um lugar apartado na teoria geral do conhecimento? Admitido o seu caráter tecnológico (como propugna o autor), estar-se-ia negando, necessariamente, o seu estatuto de cientificidade?

Sem pretender esgotar ou resolver estas questões, o que se objetiva aqui é, tão-somente, investigar os traços caracterizadores da epistemologia jurídica de Ferraz Jr., perquirindo os limites de sua obra e sinalizando possibilidades dela advindas na formulação de uma leitura crítica da dogmática jurídica.

Ferraz Jr tem grande projeção na academia brasileira, constituindo-se, ao lado de Reale, em um dos grandes ícones da Universidade de São Paulo. A ele é atribuída a introdução do pensamento tópico-jurídico no Brasil (obra de Viehweg), além de ter, de forma pioneira, juntamente com Warat, embrenhado-se nas investigações filosóficas levadas a cabo pela teoria da linguagem, com especial ênfase às investigações acerca da pragmática jurídica.

Com o propósito antes mencionado, preocupamo-nos, inicialmente, em apresentar alguns apontamentos em torno das matrizes epistemológicas que encontram ressonância na obra de Ferraz Jr., fornecendo elementos pontuais em torno do pensamento sistêmico-funcional, da filosofia pragmática e da tópica/retórica jurídica que, ao longo de seus diferentes textos, são reunidos de forma complementar na construção de um modelo teórico que compreende o direito a partir de um complexo sistema comunicacional que visa controlar e regular comportamentos, e, por conseguinte, que concebe uma ciência do direito de cunho

notadamente tecnológico, centrada no problema da decidibilidade dos conflitos.

Feita esta ponte entre os elementos da teoria de base e a estrutura hipotética desenvolvida para apreender o fenômeno jurídico, aquele jurista tripartiu o modelo teórico por si mesmo proposto em três (sub)modelos dotados de funções específicas que, concorrentemente, podem conferir coerência e sistematicidade à dogmática jurídica como um todo. Tratam-se dos modelos analítico, hermenêutico e empírico que fornecem instrumental teórico para apreender, inclusive, os limites a que está condicionada a ciência jurídica. Buscando apontar caminhos aptos a darem resposta às novas exigências impostas pela sociedade (em crescente grau de complexidade e de mutação) apontamos, por fim, alguns dos limites e possibilidades do modelo de Ferraz Jr.

2. Pressupostos epistemológicos do pensamento de Ferraz Jr.: teoria dos sistemas, filosofia pragmática e retórica

Antes de expor o modelo de ciência preconizado por Tércio Sampaio Ferraz Jr, preocupamo-nos em apresentar, sucinta e brevemente, algumas considerações em torno das teorias de base que lhe dão sustentação, como forma de melhor compreender a sua proposta.

A partir de uma abordagem sistêmico-funcional, fundada nas teses sociológicas desenvolvidas por Luhmann (Cf. 1990), o juspublicista paulista concebe o sistema jurídico como um subsistema auto-referencial¹ no interior do sistema social global.

Um sistema, portanto, só pode ser compreendido a partir da correlação do seu repertório (conjunto de elementos e seus atributos) como sua estrutura (regras de estruturação das relações entre os elementos) (Cf. Ferraz Jr., 1997, p.140). Esta diferenciação enseja a construção de dois enfoques distintos e complementares entre si: uma teoria da diferenciação em que se especifica a função (repercussão/reação) de cada elemento em relação ao entorno; e a teoria da complexidade através da qual se estuda o sistema de regulação interno que conecta os elementos através das regras de interação.

A principal função desempenhada pelo sistema jurídico consiste em reduzir a possibilidade de desilusão das expectativas comportamentais (conferir previsibilidade e permanência às relações sociais) – redução das contingências, nos termos da teoria sistêmica – através de um processo congruente de generalização de padrões de comportamento.²

Assim, o sistema jurídico se estrutura visando à imunização (neutralização) dos conflitos de interesses (expectativas resistidas) entre os membros da sociedade, conflitos estes surgidos em outros subsistemas e captados no seu interior através do que Luhmann denomina de abertura cognitiva, que garante tanto a sua autonomia como a sua adaptabilidade (eficácia) ante as transformações sociais.

A transposição da teoria sistêmica aos sistemas sociais, só é possível através do reconhecimento de que o comportamento humano é dotado de um caráter comunicacional (as relações sociais estabelecem-se através de processos de comunicação entre diferentes atores sociais) e que se estabelece a partir da existência de um padrão organizacional comum e contingente.

Admitindo que o comportamento humano pode ser identificado a um “estar em situação” (comunicação), a troca de mensagens daí advinda constitui-se como elemento básico da sociedade. Sendo assim, a linguagem (como condição de possibilidade de emissão e decodificação de mensagens entre sujeitos comunicantes) ganha relevância enquanto matriz epistemológica, razão pela qual a reflexão filosófica, através da Filosofia Analítica e da Filosofia Pragmática, objetiva ora construir uma ciência da linguagem como padrão de racionalidade para o conhecimento, ora privilegiar o aspecto do contexto discursivo no qual se desenvolve a linguagem.

A linguagem, tradicionalmente, é estruturada em três níveis: o nível sintático cujo objeto é o estudo da estrutura formal da linguagem, através de uma análise lógico-lingüística; o nível semântico que privilegia o sentido das proposições, procurando identificar os objetos para os quais os signos apontam, relacionando o discurso à realidade circundante; e o nível pragmático onde se busca investigar o uso dos fatos lingüísticos enquanto jogos estratégicos (aspecto lúdico), no sentido de investigar as dimensões da ação e reação (interação), da pergunta e resposta (aspecto comportamental dos atores, mediados por mensagens), da dominação e esquiva (controle e regulação), da luta entre diferentes agentes sociais (fenômeno do poder) (Cf. Ferraz Jr., 1997, p.1-13).

A situação comunicativa tem como ponto de partida a interação entre sujeitos comunicantes (orador e ouvinte) mediados por mensagens, sem os quais não há que se falar em discurso. Por sua vez, as mensagens importam a compreensão de seu duplo aspecto: o aspecto-relato (a informação transmitida no ato de falar) e o aspecto-cometimento (que transmite a forma com que esta informação deve ser entendida); razão pela qual Ferraz Jr (1997, p.31) afirma que “quem fala informa e determina a relação entre si próprio e o seu ouvinte”.

Esta relação, enquanto orientada por (e para) comportamentos é marcada por atos de pergunta e resposta³ que introduzem o elemento de reflexividade no interior do sistema, o qual, por seu turno, é controlado através das regras do discurso racional que podem ser resumidas nos seguintes termos:

1. aquele que fala (orador) tem de provar a justificação/fundamentação do discurso;
2. todo ato de falar pode ser colocado em dúvida, possibilitando diálogos parciais entre o orador e o ouvinte;
3. a ação lingüística primária do orador (premissas aporéticas) não pode ser atacada pelo ouvinte, o que inviabilizaria a situação comunicativa;
4. o orador não pode modificar sua ação lingüística (Cf. Ferraz Jr, 1997, p.16-26).

O discurso, nestas condições, caracteriza-se por uma estrutura dialógica que admite, de forma controlada, o questionamento de suas próprias premissas.

Por outro lado, se o orador estabelece como premissa uma verdade irrefutável, encontra-se diante de outra modalidade discursiva de caráter monológico, que resulta em uma axiomatização uma vez que seus fundamentos não podem ser atacados.

Os discursos dialógicos, em razão de sua reflexividade (possibilidade de questionamento sobre o questionamento), caracterizam-se como um jogo infinito de estratégias⁴ que se organizam a partir de topoi.⁵ De acordo com a natureza desta estruturação, podemos concebê-los ora como modelo homológico ora como modelo heterológico.

O modelo homológico é caracterizado por uma estratégia de convencimento baseado em afirmações de enunciados verdadeiros (demonstráveis e refutáveis), enquanto o heterológico é marcado por uma estratégia de persuasão em face da ocorrência de conflitos entre expectativas não mutuamente excluídas que pedem por uma decisão.

Às decisões – que vão nortear toda a concepção de ciência dogmática do direito em Ferraz Jr – atribui-se uma dupla função: além de pretenderem estabelecer consenso (percebido como uma possibilidade)⁶, visam à “absorção de insegurança”, uma vez que “não eliminam alternativas, mas tornam alternativas indecidíveis em decidíveis” (Ferraz Jr, 1997, p.29).

As normas já não são ontologicamente consideradas (elementos em si), mas dimensionadas a partir de sua natureza interacional, posto que na definição do autor representam “discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos⁷, que instauram uma meta-complementariedade⁸ entre orador e ouvinte e que, tendo por questão um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem um fim”. Desta forma, o sistema jurídico apresenta-se: a) estruturalmente fechado e cognitivamente aberto, ou seja, dialoga com seu entorno através de uma relação de importação e exportação de informações com os demais sistemas sociais; b) global, pois a variação numa parte afeta o todo; e c) não-somativo, pois as qualidades do sistema não resultam da soma das qualidades das suas partes (Cf. Ferraz Jr, 1997, p.140-149).

A noção de sistema comunicacional e de discurso dialógico (em torno de questões decisórias) nos conduzem, necessariamente, ao desenvolvimento de técnicas de discussão racional que têm, nos problemas (conflitos) a serem solucionados, o ponto de origem e de chegada do sistema jurídico.⁹ Ferraz Jr (1996, p.326) defende que, exatamente por se conectar o problema à discussão, esta se revela como uma importante instância de controle das próprias premissas que serão admitidas (reforço do sistema) ou rechaçadas (adaptação), conferindo ao problema, significação e seriedade.

Desta forma, a noção de sistema, aqui delineada, deita suas raízes na concepção de tópica e retórica jurídicas modernamente desenvolvidas por Viehweg (1986) e Perelman/Olbrechts-Tyteca (1996).

Estes autores, retomando a lição de Aristóteles que distingue verdade de opinião, revitalizam a necessidade de se conceber a

argumentação jurídica estruturada nos padrões de uma argumentação retórica, já que todo o discurso heterológico racional visa, imediata ou mediadamente, a persuadir o(s) auditório(s) que o circunscreve(m).

O esforço do filósofo estagirita em diferenciar verdade de opinião - em oposição às idéias desenvolvidas pelos sofistas que viam a retórica como mera arte de persuasão dissociada de qualquer sentido ético - tinha por escopo demonstrar a possibilidade de se conferir sentido cognoscitivo ao esforço argumentativo (opinião/dialética), estruturando-se o discurso a partir de técnicas e regras que conduzissem a uma generalização aceitável, no que se diferenciava da investigação científica (verdade/apodítica) não em razão de uma posição de inferioridade em relação àquela¹⁰, mas em razão da especificidade do objeto sobre a qual deveriam incidir.

Perelmann (1999, p.70), com acuidade, destaca:

“A retórica difere da lógica pelo fato de se ocupar não com a verdade abstrata, categórica ou hipotética, mas com a adesão. Sua meta é produzir ou aumentar a adesão de um determinado auditório a certas teses e seu ponto inicial será a adesão desse auditório a outras teses”.

Portanto, tendo em vista a natureza da razão prática que orienta o discurso jurídico, entende-se que a retórica exsurja como importante instrumento de aumento de reflexividade e relativização das premissas do sistema jurídico, a medida em que se afigura como uma técnica¹¹ orientada aos problemas.

A seguir, pode-se estruturar um modo de pensar problemático, a partir do qual seja possível contrapor as diferentes cadeias de significação a ele subjacentes, as quais munem os sujeitos cognoscentes de uma multiplicidade de alternativas (possíveis e conflituosas) a serem ponderadas, levando-se em conta a totalidade do sistema.

Ao contrário do que, aparentemente, pode-se levar a supor¹², este modelo não contrapõe o problema ao sistema (situando-os em pólos antagônicos), a ponto de levar ao desprezo deste pela relevância dada àquele, tendo em vista que ambos são compreendidos como realidades complementares, dialeticamente inter-relacionadas (o problema é “racionalmente discutido” nos limites/regras do sistema) (Cf. Viehweg, 1986, p.53-69). Por outro lado, o modo de pensar problemático opõe-se, sim, ao sistemático, quando privilegia como

ponto de partida o problema e não o sistema. Neste sentido, Ferraz Jr (1994, p.324) assevera que no pensamento problemático “não se duvida de que haja um sistema nem de que, eventualmente, no próprio pensar problemático, este sistema esteja em forma latente e seja o determinante”.

A tópica realiza-se, então, através da utilização de diversos catálogos tópicos na argumentação¹³ que são identificados como regras de calibração, e que têm crucial implicação como possibilidade de se adotarem os valores como critérios para demarcar e selecionar o discurso normativo, como um prisma a corrigir as estruturas internas.¹⁴ Fornecidos os presentes elementos, passemos então a desnudar alguns aspectos a partir dos quais Ferraz Jr. constrói o modelo¹⁵ da Dogmática Jurídica.

3. Elementos para construção de uma Epistemologia Jurídica a partir da obra de Ferraz Jr.

O professor da Universidade de São Paulo reconhece, expressamente, a impossibilidade de elaborar um modelo hipotético que descreva o fenômeno jurídico em toda a sua complexidade¹⁶, razão pela qual, e em consonância com a perspectiva sistêmico-funcional que perpassa toda a sua obra, propõe a sua apreensão a partir de seu aspecto “normativo (sem afirmar que o direito se reduz a norma)” conectado à noção de norma compreendida a partir do “ponto de vista lingüístico-pragmático (sem afirmar que a norma jurídica tenha apenas esta dimensão)” (1997, p.5).

Em consonância com a função a si atribuída de garantir as expectativas sociais generalizadas, o direito, tal qual afirma o autor, enquanto fenômeno decisório, representa um instrumento de poder e controle. (1994, p.22)

A autonomia do sistema jurídico em relação aos demais subsistemas sociais (moral, político, religioso, etc) é decorrência direta do fenômeno da positivação¹⁷ que, na esteira da renovação epistemológica verificada com a ilustração¹⁸, possibilitou uma profunda transformação na racionalidade jurídica, a medida em que, burocratizando-a, transferiu seu fundamento de validade para o interior do próprio sistema. Por isso seu fundamento último não mais é compreendido a partir da metafísica, moral, etc., mas em decorrência de fenômenos

decisórios, os quais apontam àqueles sistemas sociais de forma tão-somente mediatizada através de seus próprios elementos internos (normas-origens) que, constituindo-se como regras estruturantes, vão conformar a totalidade do sistema, em uma complexa cadeia de interações.

Assim, a positivação institucionalizou a mudança e a adaptação mediante procedimentos complexos e por si só flexíveis, delimitando, sobremaneira, o campo em que se move a moderna Ciência do Direito. Sem deixar de conferir importância nuclear à positivação (poder/decisão), adverte o autor:

Note-se que isto [a importância do fenômeno da positivação] não precisa ser entendido em termos positivistas, no sentido de que só o direito positivo seja o seu objeto, mas simplesmente que a positivação envolve o ser humano de tal modo que toda e qualquer reflexão sobre o Direito tem de tomar posição perante ela. Ela não faz do direito positivo o objeto único da ciência jurídica, mas condiciona a determinação do seu método e objeto. (Ferraz Jr, 1994, p.)

O caráter vinculativo do fenômeno acima apontado traduz-se no problema central (função específica) que perpassa todo o sistema jurídico, e, por conseqüência, limita a “cientificidade”, o objeto e o método da ciência do direito, qual seja: o problema da decidibilidade dos conflitos.

O reconhecimento de que a validade das regras do ordenamento jurídico não está relacionada com o problema da aferição da verdade, mas com o caráter de imputação, determinado pelas diferentes decisões, transforma radicalmente o status científico da ciência jurídica, que passa então a se auto-reconhecer, não mais a partir de relações de causalidade, mas como parte integrante de um fenômeno decisório, tendo em vista a decisão dos conflitos.

A partir da relevância prática dos problemas com os quais se ocupa, Ferraz Jr concebe a Ciência do Direito como um pensamento tecnológico¹⁹, que, através da dogmatização de seus pontos de partida, possibilita e condiciona a decisão e direciona a ação no seio da sociedade (Cf. 1977, p.45).

Em decorrência deste pensamento orientado à solução dos problemas, o método da ciência do direito²⁰ impõe-se que seja compreendido de forma diferenciada dos métodos utilizados pelas ciências da natureza em face da sua inadequação aos objetos ditos humanos.

Nas investigações sobre os fenômenos humanos, à constatação da existência de ligações constantes entre fatos, é acrescido “o ato de compreender, isto é, o cientista procura reproduzir intuitivamente o sentido dos fenômenos, valorando-os” (Ferraz Jr, 1977, p.11).

Através do ato de compreensão se introduz o conceito de valor que, não obstante a tese de neutralidade axiológica defendida por alguns (Max Weber apud Ferraz Jr, 1977, p.12), os valores são incorporados à norma quando de sua determinação de sentido (sendo controlados através das ideologias).

Todavia, Ferraz Jr entende que o traço característico do método da ciência jurídica, que transcende, inclusive, à própria discussão em torno da valoração ou não do ato de compreender, reside no fato de ser a ciência mesma dotada de um caráter normativo-descritivo.

Neste sentido, leciona Ferraz Jr (1977, p.55):

“Quer-nos parecer, porém, que, enquanto pensamento tecnológico, o dever-ser que acompanha implícita ou explicitamente as proposições da teoria jurídica dá-lhes o caráter criptonormativo a que já nos referimos, isto é, faz das teorias jurídicas teorias com função de resolver do modo mais satisfatório possível uma perturbação social”.²¹

Quanto ao objeto da Ciência do Direito, diferentemente do que propõe Rodrigues (1991, apêndice), o reconhecimento de que a ciência do Direito preocupa-se com a resolução de conflitos não nos autoriza reconhecer a questão da decidibilidade como o objeto da Ciência do Direito. Subsidiar as decisões consiste na função a ser desempenhada pela Ciência do Direito, portanto, o objeto da ciência do direito é o conjunto de elementos normativos (repertório) selecionados pelo sistema.²²

Nestes termos, seu objeto corresponde ao próprio fenômeno jurídico, entendido como um complexo comunicacional em contínuo e ininterrupto processo de interação, que tem no ser humano o seu elemento central, já que “pelo seu comportamento, entra em conflito, cria normas para solucioná-lo, decide-o, renega suas decisões, etc.” (1977, p.47). Neste desiderato, são ainda esclarecedoras as considerações tecidas pelo autor ao referir-se aos objetos-modelos como “um esquema de relevâncias observáveis e verificáveis”, exemplificando-os da seguinte forma:

“(…) na noção de norma, as relações entre os sujeitos submetidos às normas, entre si e em razão do sujeito normatizador, portanto, as

instituições jurídicas, mas também os comportamentos humanos, os conflitos gerados por eles, o sentido que os homens dão a esses conflitos e as decisões que sobre eles se tomam, etc”. (Ferraz Jr, 1977, p.105).

Para captar esta plêiade de complexas relações, a ciência jurídica articula-se através de diferentes modelos que revelam “uma efetiva concepção do ser do homem, como centro articulador do pensamento jurídico” (Ferraz Jr, 1977, p.47).

Entendemos, porém, que, antes de nos reportarmos a tais modelos, é importante salientarmos alguns aspectos relativos à diferenciação dos possíveis enfoques/investigações que orientam as pesquisas relacionadas ao fenômeno jurídico, no sentido de desnudá-los ou ainda justificá-los.

Fundado em uma distinção proposta por Viehweg, o juspublicista paulista admite a possibilidade de que o fenômeno jurídico seja concebido sob dois aspectos, ao se dar ênfase ora à resposta, ora à pergunta.²³ Ao privilegiar o aspecto-resposta, Ferraz Jr promove uma dogmatização dos pontos de partida (direito posto) com o fito de fornecer, com maior eficácia, a resposta que a realidade social (decisão/orientação de ação) exige do sistema jurídico. Por outro lado, ao privilegiar o aspecto-pergunta, dirige seus esforços no sentido de investigar os fundamentos do fenômeno jurídico e de sua realidade circundante, com o objetivo de compreendê-lo em suas diferentes nuances/possibilidades (aspecto gnoscitivo).

Com base nas lições do mestre paulista, pôde-se construir o seguinte quadro, que enfeixa as principais características dos enfoques em apreço.

	ENFOQUE DOGMÁTICO	ENFOQUE ZETÉTICO
ORIGEM ETIMOLÓGICA	<i>dokein</i> - ensinar, doutrinar	<i>zetéin</i> - perquirir
PROBLEMA	Dever-ser (Como deve ser algo?)	Ser (Como é algo?)
OBJETIVO	Fornecer orientações acerca da conduta permitida e obter elementos para uma decisão	Investigar o objeto em si, a fim de identificar seus fundamentos ou seus elementos caracterizadores
PREMISSAS	Parte-se de enunciados dogmáticos (passíveis de persuasão racional)	Parte-se de enunciados aceitos como verdadeiros (passíveis de comprovação através de evidências)
CARACTERÍSTICAS PREPONDERANTES DA INVESTIGAÇÃO	Função diretiva (direcionamento de condutas) e finitude (a decisão consiste em um limite à discussão)	Natureza especulativa (reflexão acerca dos fundamentos e características) e infinitude (o problema não exige necessariamente uma resposta)

O juspublicista paulista refere-se à construção de duas espécies distintas de investigações a partir de que enfoque seja preponderantemente adotado. Assim, as investigações zetéticas, sobre o fenômeno jurídico são constituídas, em geral, “de um conjunto de enunciados que visam a transmitir, de modo altamente adequado, informações verdadeiras sobre o que existe, existiu e existirá. Estes enunciados são basicamente constatações” (Ferraz Jr, 1994:42, destaque do autor). Tais investigações podem ser entre si diferenciadas em razão dos seus limites (zetética empírica ou analítica) e dos resultados a serem alcançados pela investigação (zetética pura ou aplicada).²⁴

Por outro lado, a ciência dogmática do direito, em face do problema da decidibilidade que lhe é correlato, privilegia o aspecto resposta (enfoque dogmático), a partir do qual se diferencia estruturalmente, tendo em vista os problemas a serem resolvidos em diferentes ramos do conhecimento jurídico-dogmático (direito constitucional, tributário, civil, comercial, administrativo etc.).

Na verdade, não nos encontramos diante de uma oposição entre dogmática e zetética - não obstante a sua aparente contraditoriedade, mas trata-se de diferentes enfoques que se interpenetram a medida em que, no curso das investigações científicas (zetéticas) ou dogmáticas, reforçemos ou não as premissas, a partir das quais se estrutura a cadeia de raciocínio utilizada.

Ocorre que, ao se valer de uma investigação preponderantemente zetética, o cientista pode dogmatizar suas premissas a ponto de recusar a possibilidade de que o relato transmitido seja negado ou refutado. Da mesma forma como o cientista pode, no interior de uma investigação dogmática, através do elemento da reflexividade, introduzir o questionamento das próprias premissas, internalizando argumentações críticas e até mesmo meta-críticas. (Cf. Ferraz Jr.,1994, p.334; Warat, 1995b, p.27-30).²⁵

No âmbito da Ciência do Direito (1977) e da Introdução ao Estudo do Direito (1994), Ferraz Jr deixa claro que, “com o intuito pragmático de orientar o estudo” comumente difundido na academia e na práxis judicial, opta por desenvolver uma investigação dogmática, ressaltando adiante, que o objeto de reflexão “será o direito no pensamento dogmático, mas nossa análise, ela própria não será dogmática, mas zetética” (1994, p.51).

Essa preocupação em não confundir a dogmática jurídica com um determinado pensamento dogmatizante, e sobre a necessidade de

redefinição de uma dogmática estruturada a partir de um ponto de vista zetético, pode-se inferir das seguintes questões extraídas do autor:

a) que a ênfase no caráter da dupla artificialidade (abstração) do direito²⁶ “conduz a um risco de distanciamento progressivo da própria realidade social” (1994, p.49)²⁷;

b) “quando se diz que o princípio básico da dogmática é o da inegabilidade dos pontos de partida, isto não significa que a função dela consista nesse postulado (...) A dogmática apenas depende deste princípio, mas não se reduz a ele” (1994, p.49-50)²⁸;

c) a investigação dogmática, mediata ou imediatamente, deve ser compreendida enquanto relacionada à idéia de justiça subjacente, posto que “a justiça é ao mesmo tempo o princípio racional do sentido do jogo jurídico e seu problema significativo permanente. Ao criar normas, interpretá-las, fazê-las cumprir, a justiça (no seu aspecto material) é o problema que deve ser enfrentado, como num jogo de futebol, em que o objetivo é atingir o gol” (1994, p.355).

4. Modelos de ciência dogmática - Dogmática Analítica, Hermenêutica e Empírica

Demarcados os pressupostos sobre os quais Ferraz Jr. concebeu a ciência dogmática jurídica, cumpre-nos, então, apresentar alguns delineamentos em torno dos modelos hipotéticos concebidos pelo professor paulista, sem, com isso, negar ou subestimar a complexidade com que o autor os estrutura, impregnado por um enfoque lingüístico-pragmático que confere um elevado rigor ao seu pensamento.

Como já salientado anteriormente, o caráter tecnológico da Dogmática Jurídica impõe que a ciência jurídica seja estruturada tendo em vista a decidibilidade dos conflitos (função heurística²⁹ preponderante em todos os modelos-teóricos).

Neste intuito, estas estruturas hipotéticas consistem em agrupamentos problemáticos, desenvolvidos pelo professor da USP, em torno de núcleos diferenciados (porém, funcionalmente correlacionados), quais sejam: a) a questão da sistematização e identificação das regras de comportamento (dogmática analítica);

b) a questão da atividade de interpretação/afereção de sentido às prescrições normativas (dogmática hermenêutica); e, por fim, c) a questão da explicação das formas de controle que as normas exercem sobre os comportamentos no sentido de fornecer condições à decisão (dogmática empírica).

O inter-relacionamento destes três aspectos funcionais consiste em um novo problema, a ser enfrentado pelos juristas e operadores, o da “unidade sistemática do saber dogmático” (Ferraz Jr, 1994, p.93), que representa um desafio em aberto que se descortina frente a ciência jurídica e preconizado pelo autor, nos seguintes termos:

“(...) a racionalidade do saber dogmático sobre o Direito não se localiza nem em soluções visadas (racionalidade dos fins), nem na discricionariedade fechada dos meios (racionalidade dos meios), mas no tratamento correlacional de fins e meios, na correlação funcional de questões e solução de questões. É isto que lhe dá o caráter arquitetônico de combinatória de modelos, aberta para os problemas de decidibilidade, mas delimitada pelo espírito do ‘docere’” (Ferraz Jr, 1977, p.108).

No intuito de delimitá-los (os modelos teóricos), valeu-se, mais uma vez, de um recurso esquemático, a fim de propiciar uma melhor compreensão e assimilação de suas propostas. Assim, pôde-se

constroem o seguinte quadro:			
DECIDIBILIDADE (FUNÇÃO HEURÍSTICA)	para conflitos hipotéticos	Decisão hipotéticos - busca de sentido.	Condições de possibilidade da Decisão em face de um conflito hipotético
COMPORTAMENTO HUMANO	Agir segundo necessidades/ interesses - conflituosidade	Agir dotado de significação - compreensibilidade	Ser dotado de funções - adaptabilidade
CARACTERÍSTICA (PROBLEMA)	Sistematização de regras para obtenção de decisões possíveis	Atividade interpretativa, sistema compreensivo do comportamento humano	Sistema explicativo do comportamento enquanto controlado por normas.
TEORIAS	Teoria da Norma (Teoria do Ordenamento)	Teoria da Interpretação	Teoria da Decisão Jurídica (Aplicação e Argumentação)
FUNÇÃO EM DESTAQUE (DEUTSCH)	Organizatória - cria condições para classificação, tipificação, sistematização dos fatos relevantes	Avaliativa - propicia o encontro de indicadores para uma compreensão geral (parcial ou total) das relações	Previsão - controle do fenômeno da decisão tendo em vista as conseqüências futuras
RELEVÂNCIA (SEMIÓTICA)	Semântica	Sintática	Pragmática

Na primeira linha (Decidibilidade) buscou-se destacar os elementos a serem privilegiados nas abordagens desenvolvidas no respectivo modelo dogmático, considerando a questão precípua da dogmática: o problema da decidibilidade dos conflitos, havendo uma estreita (e direta) vinculação entre os elementos apontados na quarta linha, relativos às teorias, em torno das quais o modelo estava voltado.

Por seu turno, a segunda linha tratou de salientar o aspecto do comportamento humano que serve de pressuposto/possibilidade para a estruturação do discurso jurídico próprio a cada modelo dogmático.

A terceira linha agrupou os problemas específicos que motivam cada investigação, já anteriormente salientado.

A quinta linha, ao se reportar às funções dos modelos propostos por Deutsch, identifica preponderante no âmbito de cada núcleo problemático, no sentido de conferir racionalidade ao sistema como um todo.

Por fim, a sexta linha buscou estabelecer uma conexão entre os diferentes modelos e as funções lingüísticas presentes no discurso normativo e que, de certa forma, vão ser maior evidenciadas nos modelos propostos. Por oportuno, vale destacar que, ao relacionar o aspecto sintático ao modelo dogmático-analítico, não se quis restringir o âmbito deste modelo à compreensão das estruturas lógico-formais das normas (sintaxe das normas jurídicas), mas compreender a estruturação do discurso normativo.³⁰

A dogmática analítica tem como tarefa básica a identificação e diferenciação do que é Direito em face da contínua mudança das normas nos sistemas, atividade essencial para a dogmática jurídica à medida que fornece os pontos de partida das cadeias argumentativas do discurso jurídico.

O autor, reconhecendo o relativo formalismo presente nesta construção hipotética para apreensão da realidade normativa, destaca a forma como as técnicas de análise (lógicas), conjugadas às técnicas quase-lógicas de cunho retórico, possibilitaram a estruturação e racionalização do sistema jurídico através de grandes classificações que, remontando à jurisprudência romana, caracterizou-se pela construção de grandes dicotomias (direito público x direito privado, direitos reais x pessoais, etc.), formulações estas tornadas possíveis a partir de exercícios de decomposição

(dedução) e integração (indução) dos excertos pretorianos codificados por Justiniano, em correlação com procedimentos de ligação/diferenciação.

Em seu bojo, a dogmática analítica desenvolve duas grandes teorizações, tradicionalmente identificadas à teoria da norma e teoria do ordenamento jurídico (na linguagem kelseniana: estática e dinâmica jurídicas), tendo na categoria da validade o seu ponto central.

A perspectiva pragmática, que orienta a análise do autor em estudo, tem na norma uma unidade relacional³¹, em razão da qual compreende as proposições normativas (enunciados criptonormativos) dotados de operador normativo (funtor deôntico), descrição da ação (aspecto relato da mensagem comunicativa) e descrição da condição da ação (condições de aplicação, critério para a atribuição de efetividade).

A teoria pragmática da validade desenvolvida pelo juspublicista paulista admite que a norma, em face do princípio da interação, não repousa sua validade nem sobre si mesma nem mesmo em face de uma única norma hierarquicamente superior. A validade, não sendo uma qualidade ontológica, consiste em um atributo (estado) que resulta da relação de imunização de um enunciado normativo em face de uma(s) norma(s) anterior(es). Este mecanismo de imunização é fixado segundo critérios formais (programação condicional) e materiais (programação finalística); e, a sua exigibilidade, portanto, só pode ser aferida a partir de sua efetiva imunização em um dado sistema jurídico.³²

As relações de imunização e efetividade só se tornam possíveis no interior de um sistema jurídico em face das regras de calibração, que, sendo responsáveis pela regulação (complexidade/seletividade) interna do sistema, conferem coerência a ele. Em face da verificabilidade desta coerência interna é que se postula a unidade e completude do ordenamento jurídico, como postulados (legitimadores) que orientam a ação de eliminação de antinomias internas e de integração de lacunas.

A idéia de completude só tem sentido se concebida em seu caráter dialógico e dinâmico (nunca axiomático e monológico) e, por sua vez, a idéia de completude se for reconhecido que o sistema é cognitivamente aberto. É justamente em decorrência de tais cláusulas de abertura que se possibilita que a norma, ante a lacuna verificada, seja auto-reproduzida no seu interior, segundo os

princípios e regras do próprio sistema, sob a orientação dos problemas para os quais a exigência de solução foi formulada.

Identificada uma norma no interior do sistema jurídico, e após ser-lhe conferido um atributo de validade (a norma está válida), cabe à dogmática hermenêutica o desafio de atribuir/imputar sentido às normas identificadas, que se perfaz a partir do ângulo da teoria da interpretação.

O fenômeno da interpretação supõe a necessidade de que as mensagens normativas tenham seus símbolos decodificados e traduzidos para a linguagem factual, incorporando suas contingências e contemporaneidades. Neste afã, cabe ao intérprete jurídico a incumbência de, ante os símbolos das proposições normativas, valer-se dos conhecimentos das regras sintáticas (que controlam as possíveis combinatórias das normas entre si), das regras semânticas (regras de conotação e denotação das normas em relação ao objeto normado) e das regras pragmáticas (que reconhece ser a norma dotada de variadas funções) a fim de que os sentidos sejam devidamente integrados às normas .

Após esta “tradução”, seguindo a analogia tão oportunamente lecionada pelo autor, têm-se paráfrases que remontam às regras, a medida em que àquelas foram integrados sentidos até então não antes a elas atribuídos.

Na seara da dogmática hermenêutica, tradicionalmente ensinada, reporta-se à disputa clássica entre a vontade do legislador (subjetivismo) e a vontade da lei (objetivismo), como critério a ser adotado na determinação do sentido normativo. Pode-se valer-se desta dicotomia, não para filiar-se a uma ou a outra corrente interpretativista, mas para acentuar a encruzilhada a que muitas vezes o intérprete se coloca ante a relação entre o dogma e a liberdade na tarefa de apreender/atribuir o sentido normativo.

Contudo, como o autor pôde destacar através da analogia entre interpretação/tradução, não há que se obter leituras “corretas”, uma vez que as premissas nas quais se fundam os discursos desta natureza não permitem a enunciação de juízos de verdade ou falsidade, mas sim, graus diferenciados de aceitabilidade do enunciado normativo formulado que variam em conformidade com a aceitabilidade/competência do tradutor/intérprete.

Para tanto, incumbe a esse indivíduo, ante o difícil problema da controlabilidade da variedade e da diversidade das significações no

momento de leitura da norma, valer-se de instrumentos neutralizadores que diminuam a contingência e interrompam as possibilidades valorativas, a fim de que a obrigatoriedade do resultado decisão seja alcançado.

A variedade significativa é incrementada em razão de diferentes fatores conjugados, quais sejam: a) decurso do tempo; b) multiplicidade de pontos de vista; e c) vagueza e ambigüidade dos símbolos lingüísticos. Para que o intérprete possa então neutralizar (no sentido de minimizar) tal variedade, construiu-se a figura fictícia do legislador racional a quem se atribui uma série de postulados, os quais, funcionando como topói argumentativos, conferem um maior grau de aceitabilidade por parte do auditório, aproximando-se do critério de correção/competência de aceitação das soluções propostas.

A tradução da norma, nestes termos, encontra-se intrinsecamente relacionada à teoria da argumentação no âmbito do próximo modelo de dogmática jurídica. Como decorrência da racionalidade do discurso, há uma pluralidade de técnicas (métodos interpretativos) de que dispõe o intérprete no momento de apreender (que sempre implica um imputar - criptonormatividade) o sentido da norma. O critério de correção conduz não a uma única resposta correta, mas a inúmeras possibilidades, dentre as quais a resposta deve ser identificada mediante processos racionais de escolha.

Desta forma, a identificação do Direito pela dogmática analítica e os modos pelos quais o Direito identificado pode vir a ser entendido, por obra da dogmática hermenêutica, abrem o caminho para que a dogmática empírica se desenvolva, construindo seu objeto a partir do ângulo privilegiado da decisão, tarefa imprescindível que é atribuída à terceira construção hipotética estudada.

A decisão vincula-se necessariamente aos processos deliberativos que levam à argumentação e à aplicação do Direito. A aplicação pressupõe a existência e legitimidade de um poder para decidir um conflito. Este poder, na acepção de dominação, no estudo do Direito, pode ser controlado exatamente através da fundamentação das decisões, que exsurge como exigência intrínseca da racionalidade moderna.

Neste contexto, o dogma no qual se funda o discurso jurídico, através de procedimentos institucionalizados ou não (rupturas), é passível de contestação no nível semântico (sentido a ele atribuído), crítico (sobre

a imunização das regras exigíveis) ou ainda meta-crítico (a medida em que os próprios fundamentos nos quais se baseia o sistema jurídico sejam questionados).

A crítica interna, portanto, corresponde a uma correção ou manutenção/reforço intra-sistemático, e a meta-crítica possibilita, inclusive, a alteração do padrão organizacional interno (de uma ou mais normas-origem).

O autor enfoca a dogmática empírica sob um duplo aspecto: sua aplicação e o desenvolvimento de instrumentos e técnicas de argumentação; esta, por sua vez, passa a ser estruturada em torno de uma teoria da argumentação jurídica, que mantém estreitas conexões com os modelos anteriores, como antes salientado. Nestes termos, a dimensão pragmática do discurso é incorporada no interior do sistema, reconhecendo como preocupação expressa (objeto de estudos detidos) a preocupação com o comportamento e o convencimento dos destinatários do discurso jurídico, uma vez que “a regra suprema do discurso decisório jurídico é a de responder por aquilo que se fala ou afirma” (Lafer, 1994, p.18).

Nestes termos, a verdade factual encontra-se sempre submetida à valoração, a qual ao longo do discurso decisório aponta no sentido de justificar (conformar a ordem posta) ou modificar (função-prisma) as expectativas e regras resistidas.

Contudo, tais “valores são símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais permanentes”, como destaca Ferraz Jr (1994, p.345), razão pela qual os procedimentos decisórios, ao conduzir-se na seara das valorações, são neutralizados (minimização da complexidade e não imparcialidade) através das ideologias que, ao interromper a cadeia de abstrações, tendo em vista a exigência de decidibilidade, transmitem para o interior do sistema uma tensão entre as diferentes força sociais que atuam em dada sociedade, através da disputa das relações de poder.

Adentrar no campo do poder, impõe que admitamos que a ciência jurídica está conformada àquele, na medida em que esta instrumentaliza o poder de controle dos comportamentos. O Direito não pode ser profundamente compreendido se lhe subtraíssem os aspectos de dominação e de violência que lhe são peculiares, mesmo que seja para admitir e legitimar os aspectos ideológicos, imanados da racionalidade moderna, que pretensamente estimula e valoriza a não-violência.

Diante da complexidade do fenômeno do poder e do direito é que passamos então ao capítulo derradeiro em que, reconhecendo os limites do modelo proposto passa-se a apontar algumas possibilidades de desenvolvimento da ciência do direito, pois qualquer modelo, enquanto pretensamente hipotético, jamais pode pretender descrever na integralidade o funcionamento de estruturas sociais comunicacionais altamente complexas.

5. Conclusão: elementos para uma epistemologia jurídica crítica a partir de Ferraz Jr.

A sociedade contemporânea vem sofrendo um processo de múltiplas rupturas que está provocando uma crise no Direito, experimentada, segundo Ferrajoli (1995), em três diferentes níveis: a) crise da legalidade; b) crise do estado social; e c) crise da própria racionalidade jurídica. Neste contexto de transformações e de incertezas, muitos são os caminhos apontados, muitos são os problemas a serem resolvidos, que somados àqueles que remontam à filosofia clássica (sentido da justiça, publicidade, ...) autorizam alguns autores a defenderem a existência de uma mudança de paradigma (Boaventura dos Santos, 2000; Capra, 1996).

Não obstante sua atualidade, a introdução de uma discussão deste nível nos desviaria dos fins para os quais nos propomos no presente artigo, razão pela qual referimo-nos a estas transformações recentes apenas como novos desafios a serem enfrentados pela ciência do direito.

Ferraz Jr. aponta uma série de aporias sobre as quais se funda a ciência do direito, contudo, assevera que o reconhecimento desta aparente fluidez como fundamento de todo o sistema jurídico, em momento algum pode ser considerado como uma diminuição ou enfraquecimento do sistema como um todo. Pelo contrário, sua força repousa justamente “na sua capacidade de sustentar-se no confronto com outras possibilidades” (1997, p.167).

O investigador do fenômeno jurídico pode se reconduzir à igual perplexidade quando encontra no fenômeno decisório, e no caráter efetivo (fático) das normas-origem, a base de legitimidade do ordenamento jurídico como um todo, deparando-se com a relação

visceral entre estas duas realidades complementares. Neste sentido, deve-se reconhecer que o sistema jurídico exerce uma importante função de controle do comportamento (logo, de dominação) e que os enfoques que orientam a apreensão do sentido normativo e norteiam as discussões através da racionalidade da argumentação encontram-se permeados de ideologizações que, no plano do que se convencionou chamar de violência simbólica, representam a institucionalização e internalização das pressões sociais.

Não obstante esta ameaça, sempre presente, de um encolhimento da realidade jurídica, em decorrência das progressivas campanhas de desregulamentação e abstenções das instâncias estatais, diluindo o jurídico através de ingerências políticas de cunho notadamente econômico, pode-se reproduzir aqui as lições de Serrano:

“(…) para que se possa fortalecer o sistema jurídico, impõe-se reconhecer suas limitações, e compreendê-lo como circunscrito pelo âmbito do político, pois, dessa forma, o jurista pode remeter o debate das questões essenciais à ordem jurídico-constitucional à esfera pública, e assim, atuando no plano da política jurídica, provocar o enraizamento da tutela das garantias individuais como valores intrínsecos de toda a coletividade; que, por sua vez, conscientes de sua situação de subordinação e de seu papel de pressão política, passariam a exercer um controle, possivelmente mais eficaz, das decisões políticas, legitimando a atuação dos magistrados no sentido de resguardar a ordem jurídica posta.³³

Feitas essas considerações iniciais sobre os limites e autonomia do próprio fenômeno jurídico, somos compelidos a tecer algumas considerações em torno da natureza crítica (ou não) do discurso do professor da USP.³⁴

A idéia de teoria crítica utilizada aqui foi aquela desenvolvida por Wolkmer (1995, p.18) para quem “a intenção da Teoria Crítica consiste em definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função de um novo tipo de homem. (...) Trata-se da emancipação do homem de todo o estado de reificação”.

Partindo de tais premissas, não há que se falar na construção de um projeto de teoria crítica de acordo com o modelo de Ferraz Jr. O autor preocupa-se muito mais em compreender a realidade e “descrever” (criptonormativamente) a forma de funcionamento dos sistemas jurídicos, com os seus complexos sistemas de regulação interna e funcionalidade social.

Wolkmer (1995, p. 92), apesar de reconhecer que o autor tenha chegado à sua plena maturidade intelectual, entende que quando privilegia o aspecto dogmático, constrói um sistema fechado, distanciando-se de um projeto crítico. Nestes termos, chega a afirmar que: “O jusfilósofo paulista pondera que isso não significa adesão a uma postura acrítica, pois prioriza a dogmática (...) para melhor demonstrar suas limitações e mais firmemente articular o enfoque crítico (...)” (1995, p.93).

Continua ele afirmando que “a trajetória mais recente de seu pensamento tende a se encaminhar para posturas marcadas por um rígido e ortodoxo formalismo de teor neopositivista, portanto, cada vez mais distante de um projeto jurídico crítico” (Wolkmer, 1995, p.93)

O projeto de crítica e de emancipação humana exige não só o reconhecimento de que o direito tem servido à dominação social, mas visa instrumentalizá-lo a fim de que contribua concretamente para o processo de valorização da pessoa, enquanto centralidade do pensamento jurídico.

Contudo, apesar de não se vislumbrar este comprometimento explícito nas obras de Ferraz Jr., até porque esta questão não se afigura como elemento central de sua formulação teórica, nele podem ser destacados interessantes elementos que conduzem à necessidade de uma (re)fundamentação do discurso jurídico, à medida em:

- a) que se reconheça que o jusfilósofo paulista concebe a possibilidade (e necessidade) de que elementos zetéticos sejam introduzidos na dogmática jurídica;
- b) que esta se encontra umbilicalmente relacionada a valores que, em última instância, devem coadunar-se com as exigências modernas de moralidade e de justiça;
- c) que a relação de imunização das normas (validação) envolve um duplo aspecto de controle (programação condicional-formal e finalística-material) possibilitando uma referência justificadora ou modificadora a valores neutralizados pelo respectivo discurso ideológico;
- d) que elementos de questionamento meta-críticos (questionamentos sobre questionamentos) podem ser internalizados no sistema através de padrões de reflexividade do discurso dialógico;

e) e que o discurso, à medida que introduz a exigência de que os processos decisórios sejam antecidos de fundamentação racional e a possibilidade de negação e crítica, representa uma das principais instâncias controladoras do sistema jurídico, considerando explicitamente o caráter de adesão dos auditórios.

Assim, constitui uma tarefa não muito simples compreender se o enfoque zetético no interior da dogmática jurídica preconizado por Ferraz Jr. se coaduna com o modelo de zetética dogmática ou de zetética epistemológica³⁵, preconizado por Warat .

Tal intento classificatório exigiria uma investigação profunda em torno dos limites da investigação zetética admitidos por Ferraz Jr, uma vez que este reconhece a existência de uma meta-crítica a ser inserida no discurso jurídico, “domesticada” por regras do sistema que, por sua vez são cambiáveis, já que os fundamentos do sistema jurídico são eminentemente aporéticos.

A questão então se reveste de peculiaridades próprias que exigiriam um estudo mais detido sobre as relações pragmáticas de imunização, adequação e calibração, que remetemos para um outro estudo.

O que podemos aqui salientar, partindo da premissa de que o comportamento humano é um estar-se em comunicação, e um abster-se disto significa comunicar que não quer comunicar. Pode-se, assim, entender que o discurso construído nestes termos, sem um específico projeto de transformação, axiologicamente orientado, aproxima-o muito mais de um discurso legitimador (zetética dogmática) do que transformador/emancipador contra-dogmático (zetética epistemológica).

Não obstante, vemos nos modelos desenvolvidos por Ferraz Jr. (ou melhor, por ele redesenhados) algumas possibilidades de fornecer novas respostas, acrescentando-lhe novos nuances.

A partir da noção de discurso e das inter-relações comunicacionais de comportamento, pode-se desenvolver:

a) maiores exigências de legitimidade e fundamentação, a partir da ampliação da noção de auditório, que privilegie o questionamento e não a submissão acrítica dos enunciados normativos;

b) reconhecimento de que o processo de constitucionalização das regras de calibração (normatização dos critérios de seletividade interna), adquire um importante fator simbólico de produção de consenso - não no sentido de constitucionalização desconstitu-

cionalizante tal qual denuncia Neves (1995) - mas que, reforçando a idéia de constituição como um fator de integração cultural (Smend), introduza critérios eficientes de legitimação para o interior da própria dogmática constitucional, tal como aponta Barreto (1994);

c) ou ainda, fundado em discurso que reconheça as garantias individuais como metacritério de avaliação do ordenamento jurídico, que através do processo de validação finalística, leve-se em consideração a concretização daqueles nos diferentes níveis normativos (Cf. Ferrajoli, 1995);

d) mais ainda, como propõe Rocha (1994), sobre as raízes de uma teoria pragmática, inserir uma nova matriz epistemológica, voltada aos problemas da democracia, substituindo o convencionalismo subjacente à pragmática por uma teoria quasi-transcendental (Habermans-Hoffe), fundada em ideais de justiça material.

Não obstante o caminho pelo qual optemos em trilhar, entendemos que aqueles ideais “quase-utópicos” preconizados por Wolkmer (1995) devam ser reconhecidos pelo cientista do direito (ou tecnólogo do direito como quer Ferraz Jr.). Sem sucumbir aos novos desafios apresentados à ciência do direito, importa sempre reconhecer a incapacidade do homem de conter, por mais complexos e mais bem estruturados que sejam, a complexidade do fenômeno social em modelos pré-concebidos e estanques, posto que os fatos sociais são dotados de uma lógica própria.

Aos estudiosos da epistemologia jurídica incumbe a árdua tarefa de compatibilizar o modelo ao mundo circundante e, mais que isso, introduzir naqueles a necessidade de que os mesmos readquiram o sentido perdido, ou impossibilitado, pela lógica do animal laborans (Cf. Arendt apud Ferraz Jr, 1994, p. 21-29).

Referências

BARRETTO, V. Interpretação constitucional e estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 203, p. 11-23, jan./mar. 1996.

CANARIS, C. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1996.

CAPRA, F. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Trad. Newton Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

FERRAJOLI, L. O direito como sistema de garantias. Trad. de Eduardo M. Costa. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, a.16, n. 61, p.29/49, jan./mar 1995.

FERRAZ JR., T. S. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GUERRA FILHO, W. S. *Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1999.

LAFER, C. Prefácio. In: FERRAZ JR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo:Atlas, 1994.

LUHMANN, N. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Trad. Santiago Petit e Dorothee Schmitz. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1990.

_____. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 2v.

NEVES, M. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 156-167, 1995.

PERELMAN, C. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, L. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. Trad. Trad. Maria Ermantina Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROCHA, L. S. Da teoria do direito à teoria da sociedade. In: _____ (Org.) *Teoria do direito e do estado*. Porto Alegre: SAFE, 1994.

RODRIGUES, H. W. *Uma introdução à filosofia brasileira contemporânea*. Monografia de Qualificação de Doutorado. Florianópolis: UFSC/CPGD, maio/1991.

SANTOS, B. S. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. v.1: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.

VIEWHEG, T. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. Luiz Díez-Picazo Ponce de León. Madrid:Taurus, 1986.

WARAT, L. A. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Trad. José L. Bolzan de Moraes. Porto Alegre: SAFE, 1995a.

_____; ROCHA, L. S. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: SAFE, 1995b.

WOLKMER, A. C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

Notas

- 1 A idéia de sistema auto-referencial traz em si um duplo aspecto: de um lado a concepção de que um sistema se diferencia de seu entorno através de um atributo peculiar (o sub-sistema jurídico está inserido em um sistema social mais amplo, tendo como atributo de diferenciação a identificação de normas válidas, ou seja, sendo o elemento normativo considerado válido, ele está contido no sistema jurídico); e, de outro, a concepção de que as regras de pertinência são definidas no interior do próprio sistema (daí o seu caráter auto-referencial ou autopoietico). Esta concepção, contudo, não implica um normativismo puro que busca isolar as normas de seu processo dinâmico e constante de criação, interpretação e aplicação. O que é peculiar é o elemento jurídico-normativo que delimita o domínio do universo jurídico. (Cf. Luhmann , 1990; Neves, 1995).
- 2 O autor, ao analisar a estabilidade dinâmica do sistema jurídico (1994:192), chega, inclusive, a referir-se ao sistema jurídico como sistema autopoietico reportando-se às lições de Luhmann e Neves, sem, contudo, preocupar-se em demonstrar de que forma pode conjugar-se as noções de neutralidade que a idéia de auto-regulação suscita ao fenômeno da ideologização do poder dos intérpretes e de controle e violência simbólica.
- 3 O ato de perguntar significa estar inseguro quanto ao seu próprio comportamento, que possibilita a distinção entre as finalidades e conseqüências do seu agir, levando a diversas possibilidades de ação. O ato de responder expressa-se através de um comportamento locucional devidamente justificado. O "modelo pergunta/resposta esconde uma complexidade. Não só quem pergunta desafia alguém para uma resposta, como quem responde pode desafiar o outro para uma fundamentação da própria pergunta. (...) A reflexividade significa que a relação interacional admite sempre um aumento de complexidade no interior da situação comunicativa" (Ferraz Jr, 1977:15-16)
- 4 A dialogicidade confere importância proeminente à questão da argumentação, que se reflete na preponderância que Ferraz Jr. enuncia do modelo de ciência empírico sobre os demais, a ser apresentado, em linhas gerais, no próximo item.
- 5 Acerca da definição de *topoi* ou *loci*, Bonavides (1997:448), reportando-se a Esser, entende serem eles " 'pontos de vista pragmáticos de justiça material' ou de 'estabelecimento de fins jurídico-políticos' ou ainda, segundo a acepção clássica, pontos retóricos de partida para a argumentação do problema".
- 6 Vide item 3.
- 7 Pois conjuga aspectos nitidamente dialógicos (apreensão do sentido das informações contidas no relato) a outros monológicos (que confere obrigatoriedade ao comportamento ditado pelo cometimento da norma), contudo este último pode ser questionado através das possibilidades de reflexões controladas, realizadas através da interpretação das regras que enfeixam os discursos normativos, conferindo-lhes complexidade e grande dinamicidade.

- 8 Os diferentes interesses dos indivíduos em conflito (expectativas resistidas), como condição de possibilidade de resolução, atribuem a um terceiro comunicador normativo (editor normativo) a função de generalizar as expectativas exigíveis e fixar as regras em que a comunicação normativa será processada, em razão do que se dá uma relação de superioridade (meta-complementariedade) do editor em face dos sujeitos comunicantes que inverte a regra geral do dever de provar suas premissas, donde o sistema normativo jurídico exsurge-se como uma instância controladora de comportamentos.
- 9 Para uma aproximação pormenorizada entre Filosofia Pragmática e Argumentação/Retórica, vide Perelmann (1999, em especial a Terceira Parte: Filosofia e Argumentação, Filosofia da Argumentação).
- 10 Como faz crer o paradigma cartesiano de cientificidade, baseado na análise através dos métodos indutivos e dedutivos.
- 11 Importante salientar desde logo a distinção que Ferraz Jr (1977:11) faz entre **método** e **técnica** das ciências, nos seguintes termos: “*Método* é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, ao passo que *técnica* é o conjunto dos instrumentos, variáveis conforme os objetos e temas”. O método proposto por aquele autor para a ciência do direito será destacado no próximo item.
- 12 Razões pelas quais Canaris(1996:255-277) direciona suas críticas contra os pressupostos do pensamento tópico aplicado ao direito, sustentando, em suma, a) serem impraticáveis a vertente «retórica» da tópica uma vez que o fundamento do Direito tem raiz no direito positivo e não na discussão dialógica; b) ser insuficiente a tópica perante o problema da validade e da adstringibilidade jurídicas; e c) a impossibilidade da tópica introduzir como elemento doutrinário de actuação justa os tópicos, sob pena de abertura do sistema, já que este, por si só, já incorpora elementos de aplicação conforme os anseios de justiça.
- 13 Para uma ampla catalogação dos *topoi* ver Viehweg (1985), Perelman/Olbrechts-Tyteca (1996) e Ferraz Jr (1994:335-343).
- 14 Vale ressaltar aqui, a advertência que o próprio Perelman faz quanto às conseqüências dos argumentos, reforçando a responsabilidade dos sujeitos e a necessidade de que sejam, enquanto fundamentos de legitimidade do sistema, amplamente debatidos, já que “existe, todavia, em retórica, um perigo maior do que em lógica na utilização de maus argumentos”. (...) Em retórica (...) a utilização de um mau argumento pode ter um resultado nefasto” (1999:80).
- 15 Modelo, conforme admite o autor (1977:105), no sentido que lhe confere K.Deutsch que o compreende como “um esboço hipotético de relevâncias observáveis e verificáveis”.
- 16 Vide nota nº 15
- 17 Para uma longa exposição em torno do processo histórico de desenvolvimento do pensamento jurídico e dos contornos de que se reveste o fenômeno da positivação na modernidade, vide Luhmann (1985, v. I: 167-237) e pela especificação das características advindas com a diferenciação e autonomia funcional, vide Luhmann (1985, v. II, 7-115)

- 18 Segundo a qual “o homem se tornara aquilo a partir do que todo conhecimento poderia ser constituído em uma evidência imediata e não problematizada” (Ferraz Jr, 1977: 40-41)
- 19 A sua admissão como pensamento tecnológico não implica a sua consideração como uma mera técnica. Neste sentido adverte Ferraz Jr. (1997:55) que o pensamento técnico “diz apenas como devem ser feitas as coisas, sem qualquer reflexão sobre suas condições de possibilidade”.
- 20 Vide a distinção entre método e técnica realizada por Ferraz Jr reproduzida na nota 11
- 21 Apesar de o autor desenvolver o conceito de cripto-normatividade da ciência do direito quando discute especificamente o método na dogmática analítica (vide item 4), entendemos que o mesmo deve ser estendido às demais dogmáticas, uma vez que não nos encontramos diante de uma pluralidade de métodos, mas diante de um único deles (nota 8), além do que, o processo de identificação da norma (e seus atributos, necessariamente interacionais), a aferição de sentido e a análise da sua concretização e de sua função no ordenamento jurídico, encontram-se funcionalmente enfeixados de uma tal forma que não se pode falar em uma dogmática que investigue, independente e isoladamente, os aspectos a si afeitos.
- 22 Guerra Filho (1999:106) “O cientista do direito, além de construir o seu objeto de estudo, restabelece a relação entre sujeito cognoscente e o objeto pré-construído, baseando-se na teorização do direito, para submetê-lo à crítica epistemológica em que constrói, permanentemente, o objeto científico”
- 23 O fenômeno jurídico enquanto comunicação é estruturado através de estruturas dialógicas, fundadas em um modelo de pergunta-resposta. Para tanto, remete-se às considerações antes expendidas no item 2, do presente artigo, mais especificamente referidas na nota nº3
- 24 O autor sintetiza estas diferenciações do seguinte modo: “a) *zetética analítica pura*: desse ponto de vista, o teórico se ocupa com os pressupostos últimos e condicionantes bem como com a crítica dos fundamentos formais e materiais do fenômeno jurídico e do seu conhecimento; b) *zetética analítica aplicada*: desse ponto de vista, o teórico se ocupa com a *instrumentalidade* dos pressupostos últimos e condicionantes do fenômeno jurídico e seu conhecimento, quer nos aspectos formais quer nos materiais; c) *zetética empírica pura*: desse ponto de vista, o teórico se ocupa do direito enquanto regularidades de comportamento efetivo, enquanto atitudes e expectativas generalizadas que permitam explicar os diferentes fenômenos sociais; d) *zetética empírica aplicada*: desse ponto de vista, o teórico se ocupa do direito como um instrumento que atua socialmente dentro de certas condições sociais” (Ferraz Jr, 1994:46, destaques no original)
- 25 Para além da classificação de zetética apresentada por Ferraz Jr., Warat atribui ainda, sem negar o aspecto cognoscitivo que a qualifica, duas outras funções à investigação zetética, quais sejam: a) *zetética dogmática*, segundo a qual seria “a pesquisa levada a cabo para reforçar e corrigir a dogmática. [função crítica] (...) A pesquisa é dogmática porque não apenas se realiza em seu interior, como também não ultrapassa seus limites”; ainda, é b) *epistemológica* quando nos leva

“à produção de um objeto de conhecimento, diríamos, contra-dogmático [meta-crítica] (...) que deixaria de ter somente o controle retórico do universo de crenças para justificar o raciocínio dos juristas dogmáticos”. WARat apressa-se em afirmar que o pensamento de Viehweg limita-se à primeira. Contudo, não nos parece que a remissão de Viehweg ao sistema como limite quer significar um enclausuramento a um domínio pré-definido, pois os limites mesmos do sistema não consistem em um âmbito pré-definido, mas consiste em um padrão lingüístico comum cujo âmbito está em constante redefinição. Portanto, o sistema não é um dado apriorístico, mas um universo em constante e contínua redefinição. Vide, de maneira similar, as considerações delineadas no próximo item acerca das críticas levantadas por Wolkmer ao pensamento de Ferraz Jr.

- 26 Fixação das normas através de um código lingüístico, que, em razão de sua inafastável ambigüidade e vagueza, exige a fixação de regras sobre a interpretação. (Cf., ainda, Ferrajoli, 1995).
- 27 Acrescenta ainda o autor, no epílogo de sua obra da maturidade (1994:348), que “o crescimento distorcido da técnica, apartada da virtude enquanto realização da verdade na ação, é que traz para o saber jurídico atual um sério problema de fundamentação”.
- 28 Remete-se aqui à idéia de reflexividade, desenvolvida no item 2 do presente artigo.
- 29 “1.Conjunto de regras e métodos que conduzem à descoberta, à invenção e à resolução de problemas.” (Aurélio XXI, Verbetes: heurística).
- 30 É igualmente oportuno salientar que Ferraz Jr. não elaborou uma teoria semiótica propriamente dita, pois não analisou detidamente as outras dimensões da teoria da linguagem. Para uma abordagem de semiologia/semiótica, vide Warat (1995a).
- 31 Vide conceito de norma como discurso heterológico na págs. 46/47.
- 32 Para uma descrição mais detalhada do processo de imunização das normas e aferição do atributo de exigibilidade, vide Ferraz Jr, 1994, p. 181-187; 1997.
- 33 Considerações apresentadas ao longo do Seminário Aproximações a uma Teoria Geral do Garantismo ministrado por José Luis Serrano Moreno da Universidade de Granada/Espanha, promovido pelo CPGD no período de 01 a 05 de maio de 1999.
- 34 Retomamos aqui, de forma pontual, a questão ventilada na nota nº 25
- 35 Vide distinção realizada na nota 22, supra.

Recebido em 04/03

Avaliado em 05/03

Aprovado para publicação em 05/03