

ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO DA PESQUISA JURÍDICO-DOG MÁTICA

*Prof. Willis Santiago Guerra Filho
Faculdade de Direito da UFC*

Na perspectiva e estudo do Direito a ser exposta a seguir importa considerar a teoria que lhe é correspondente como dotada de uma relevância para os estudos desenvolvidos por aquela disciplina que se ocupa de tal realidade, a chamada “dogmática jurídica”. Trata-se, portanto, de uma **teoria jurídica**, ocupada com a formulação e enunciados a serem validados por uma referência a normas de direito positivo, e não através, por exemplo, do recurso a dados empíricos e esquemas conceituais fornecidos por ciências sociais, ou a uma ordem de valores elaborada filosoficamente.

Uma teoria jurídica, é certo, lida com um material empírico, formado por normas, decisões judiciais e mesmo doutrinas, vinculantes para os indivíduos, os quais são também dados objetivos, ao mesmo tempo em que, em se tratando de pautas normativas, possuem uma inegável carga axiológica. Dela se espera, no entanto, que forneça instrumentos conceituais e metodológicos de análise e sistematização daquele material, colaborando no sentido de solucionar os problemas de convivência humana e organização política que se colocam para o direito e sua ciência, a dogmática jurídica.

A constatação dessa função social e tarefa política, que aparecem associadas à dogmática jurídica, por ser ela indissociável da própria realidade que estuda, o direito, criam enormes dificuldades para que certos teóricos aceitem apor-lhe o atributo da cientificidade. Daí decorrem posturas como a que aceita essa cientificidade, na medida em que o estudo do direito ponha entre parênteses seu conteúdo político e axiológico, concentrando-se com uma abordagem formalista, ou então, aquela outra, que simplesmente nega a compatibilidade entre “ciência” e “dogmática”, atribuindo a essa última o papel ideológico e a função social de orientar a conduta humana, de forma não cognitiva¹.

¹ Em termos de América Latina, a primeira postura, de derivação neo-positivista, legítima herdeira do aporte Kelseniano, encontra-se, v.g., em ROBERTO J. VERNENGO, “Las dimensiones del derecho y las teorías jurídicas, in: **NOMOS** - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, ns. 11/12, Fortaleza, 1992/1993, pp.205 ss. Enquanto a segunda, próxima do racionalismo crítico popperiano e tributária, em termos de teoria do direito, de idéias de THEODOR VIEHWEG, seria defendida por TÉRCIO S. FERRAZ JR., **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo, 1988, pp.84 ss..

Bem, para começar, penso que, pelo estado atual do pensamento epistemológico, não há nenhuma heresia em negar o suposto caráter descompromissado da ciência. A história da ciência - e já o simples fato de que haja um horizonte histórico-social em que ela é situada - evidencia os vínculos entre a ciência, especialmente aquelas “sociais” ou “humanas”, e as demais esferas ou instâncias constitutivas da organização social. Hoje em dia, inclusive, o fque se espera dos que praticam ciência é que assumam determinados compromissos e responsabilidades perante uma ética que adota, por sua vez, compromissos com uma racionalidade de corte científico.²

A cientificidade, então, pode ser encarada como atributo de uma forma e conhecimento que persegue um determinado ideal, cujo atingimento - ou melhor, tentativa de atingimento, pois um ideal, por definição, não se realiza - implica a assunção de certos compromissos. Dentre esse compromissos, ressalta-se aqueles com a resolução de problemas a partir de hipóteses, testadas intersubjetivamente por referência a uma base empírica objetiva, da qual se infere respostas, expressas em linguagem que, por sua precisão, enseje um entendimento adequado, por parte dos integrantes da comunidade científica. Relacionados a tais compromissos aparecem ideais com o da neutralidade axiológica (e política), objetividade e rigor do conhecimento científico.

Pois bem. A cientificidade de um estudo do direito, a meu ver, poder-se-ia determinar de acordo com sua capacidade de honrar aqueles compromissos, sem, contudo, negligenciar outros compromissos, alguns dos quais foram assumidos já há muito tempo, antes mesmo da era de predomínio do conhecimento científico, por exemplo, quando da própria constituição de um saber metódico sobre o direito, ao passo que outros são compromissos que contemporaneamente se espera sejam assumidos por uma disciplina que estude o direito.

Passando em revista a evolução do paradigma de pensamento jurídico³, tem-se que os primeiros compromissos foram assumidos pelos jurisconsultos romanos, fundadores da “**jurisprudencia**”, termo do qual se origina a denominação de nossa disciplina nos idiomas ocidentais em geral. Em primeiro lugar, estava o compromisso com respostas a problemas práticos de uma sociedade que havia se tornado de uma complexidade sem paralelo em sua época, respostas essas oferecidas com base em noções éticas e

² Cf., a propósito, MICHEL SERRES, *O Contrato Natural*, Rio de Janeiro, 1991, pp.65 ss.; MANFREDO A. DE OLIVEIRA, *Ética e Racionalidade Moderna*. São Paulo, 1993, pp.153 ss..

³ Cf., mais extensamente, Willis S. Guerra Filho, *Estudos Jurídicos*. Fortaleza, 1985, pp.9 ss.; TÉRCIO S. FERRAZ JR. ob. cit., pp.53 ss.; IC., *A Ciência do Direito*. São Paulo, 1988.

epistemológicas de origem helênica, centradas em idéias, ainda hoje presentes, com a de equidade e aquela, própria da gramática grega, das distinções dicotômicas de categorias - direito (objetivo) público x privado, e, dentro desse último, direito (subjetivo) real x pessoal, etc.

Um segundo momento importante é aquele em que, após a fusão - e confusão - decorrente do encontro histórico entre as civilizações germânicas e latinas, no Ocidente, redescobre-se a **Corpus Juris Civilis** no Oriente, logo considerado, pela mentalidade teológica então vigente, como um análogo da Bíblia, um texto contendo a **ratio scripta**, do qual por meio da exegese, se poderia extrair as soluções novas para os novos problemas de um período em que se intensificam as relações comerciais, e já não mais entre pessoas de um mesmo feudo, mas entre “cidadinos”, “burgueses”, i.e., habitantes de diferentes “burgos”. Esse seria o momento da introdução da **dogmaticidade** no estudo do direito, representando o compromisso com uma resposta aos problemas jurídicos que fosse compatível com textos pré-existentes - a quando não haviam esses textos, conforme hoje se sabe, eles eram simplesmente forjados, com uma perfeição que martiriza os atuais pesquisadores da historiografia jurídica medieval.

O momento seguinte é aquele do advento do **juracionalismo**. Tem-se aí a introdução da forma **sistemática** de conceber o direito, não só em nível teórico, mas também naquele positivo, representada pela idéia de codificação. O **historicismo** de F. K. V. SAVIGNY irá se contrapor a essa última idéia, em nome da defesa do direito consuetudinário, gerado espontaneamente no “espírito do povo”, sem, no entanto, deixar de pôr no centro mesmo de suas preocupações a “construção do sistema (conceitual)”. Na verdade, uma das teses que se pretende aqui defender é a de que nunca houve uma ruptura de paradigma em ciência jurídica, ou seja, ele vem evoluindo, desde que se tornou visível, em Roma, até nossos dias, sem as “revoluções” detectadas por T.S.KUHN no terreno da física. A nossa ciência, portanto, para usar os seus termos, sempre teria sido “normal”, o que talvez se explique pela circunstância de ela ser “normativa”⁴.

Com isso não se quer negar a existência de modificações dentro desse paradigma, sobre o que, aliás, está-se precisamente tratando no momento. O que se afirma é a capacidade que tal paradigma vem demonstrando de rearticular-se, absorvendo posições que a ele se contrapõem.

⁴ Para percepções diferenciadas, cf., v.g., CHRISTIAN ATIAS, **Épistémologie juridique**, Paris, 1985, pp.193 ss., e JOSÉ EDUARDO FARIA, “A noção de paradigma na ciência do direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico”, in: LD. (org.) **A Crise do Direito numa Sociedade em Mudança**, Brasília, 1988, pp.21 ss., Em sentido que me parece convergente com o meu próprio entendimento posiciona-se ZULETA PUCEIRO, *Teoría de Derecho*, Buenos Aires, 1987, pp. 41-43.

Retomando nosso discurso, tem-se que a Escola Histórica do Direito significa um marco fundamental, no âmbito da evolução do paradigma científico-jurídico, pois é nela que se dá nada menos do que a afirmação, por vez primeira, da necessidade (e possibilidade) de se constituir - como vinha ocorrendo em outros campos - uma ciência para estudar o direito, com uma metodologia própria, mais próxima daquela, gestada na teologia, e empregada em disciplinas como a história e a filosofia: a **hermenêutica**.⁵

No âmbito da Escola Histórica, a tendência formalista, já presente no jusracionalismo, vai ser retomada pela “jurisprudência conceitual” (Begriffsjurisprudenz), desenvolvida por PUCHTA, que dará o tom dominante do paradigma jurídico durante todo o século passado, como avulta em projetos epistemológicos como aqueles das “teorias gerais”, do direito (privado), do processo e do Estado, bem como da pandectística, em que avulta o nome de BERNARD WINDSCHEID. Já em nosso século, tal perspectiva será reafirmada e aperfeiçoada em doutrinas como aquela do positivismo normativista kelseniano⁶.

Ainda no próprio século passado, mais precisamente, em sua metade, porém, a situação verdadeiramente calamitosa que afligia a maior parte da população nas sociedades em que se encontrava mais desenvolvida a articulação entre o liberalismo político, o capitalismo e o legalismo, havia gerado no plano jusepistemológico uma série de posturas dissidentes, anti-formalistas, em geral, de inspiração política socialista. Aqui pode-se referir, por exemplo, os trabalhos de crítica legislativa de KARL MARX, publicados em 1842 na Gazeta Renana⁷, da chamada “jurisprudência crítica alemã” (FERDINAND LASSALLE, OTTO V. GIERKE, HUGO SINZHEIMER, OTTO KAHN FREUND, ERNST FRAENKEL, KARL KORSCH), dos “catedráticos socialistas” austríacos (ANTON MENGER, F. KLEIN, KARL RENNER), bem como JHERING, após sua “virada” para uma “jurisprudência pragmática”, renegando seu passado pandectista, e o “Movimento do Direito Livre” (OSKAR V. BÜLOW, H.

⁵ De importância seminal, nesse contexto, é a contribuição de F. K. V. SAVIGNY, delineada a partir do curso de inverno de 1802 sobre metodologia jurídica, em STUTTGART, e consumada no vol. 1 do “Sistema do Direito Romano Atual”, de 1840, quando os principais cânones de hermenêutica jurídica são fixados. Para versões em espanhol desses trabalhos cf. SAVIGNY et al., **La Ciencia del Derecho**, Buenos Aires, 1949, e ID., **Metodologia Jurídica**, Buenos Aires, 1979. V. ainda, a propósito, LARENZ, **Metodologia da Ciência do Direito**, Lisboa, 1978, pp.1 ss..

⁶ Cf. WILLIS GUERRA FILHO, “Material para estudos de teoria do direito”. in: **NOMOS**, ns. 9/10, Fortaleza, 1990/1991, pp.49-58.

⁷ Cf. K. MARX / F. ENGELS, **Werke**, vol. I, Berlim, 1956, pp.148 ss.; WOLF PAUL, **Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts**. Frankfurt am Main, 1974.

KANTOROWICZ, EUGEN EHRLICH etc.). Dentre as contribuições oriundas dessas correntes de pensamento pode-se destacar o sentido mais concreto, empírico mesmo, que conferem ao estudo do direito, chamando atenção para suas consequências sociais e comprometimentos ideológicos.

Em termos de metodologia jurídica, após toda essa ebulição de idéias anti-formalistas e anti-dogmáticas, torna-se predominante, no primeiro terço do século em curso, na área de influência alemã, a chamada “jurisprudência dos interesses”, que se associa com o nome de PHILIP HECK. O “renascimento” do jusnaturalismo, no segundo pós-guerra, bem como a reabilitação de formas antigas de racionalidade (a retórica, a tópica, a hermenêutica, etc.), diversas daquela moderna, cientificista - a qual, por essa época, se torna suspeita e desacreditada, em suas promessas de emancipação graças ao conhecimento que propiciaria -, contribuem para que o paradigma jurídico dominante evolua, ensejando o aparecimento da “jurisprudência das valorações”.

Inicia-se, então, uma fase “pós-positivista”, a atual, de cunho marcadamente pragmatista, em que se privilegia uma abordagem a partir dos fatos tal como se dão concreta e particularmente, em relação aos quais se estuda a ordem jurídica, procurando utilizá-la para enquadrá-los com respeito aos valores consagrados em seus princípios fundamentais. Afastada é aquele tipo de abordagem em que, ao contrário, se estuda mais os fatos tal como aparecem abstrata e hipoteticamente descritos em normas do ordenamento jurídico, procurando, em seguida, amoldar os fatos concretos de acordo com a “para-realidade” normativa. Exemplos típicos dessa postura “pós-positivista” encontra-se na “doutrina estruturante do direito”, do constitucionalista alemão FRIEDRICH MÜLLER, bem como em teorias como aquelas que se apresentam como tri - ou multidimensionais, e que já propus denominar “inclusivas”⁸. Em sintonia com essa perspectiva é que se passa, agora, a sugerir parâmetros metodológicos para se pesquisar, em direito, com um sentido de cientificidade⁹.

Primeiramente, cabe postular que um estudo científico do direito, como todo estudo dessa natureza, deve partir de problemas, e problemas de um determinado tipo, problemas jurídicos, que envolvem a regulamentação da conduta dos indivíduos em face uns dos outros, de modo particularmente vinculante. Para solucionar tais problemas se vai suscitar hipóteses, cuja validade haverá de se

⁸ Cf. WILLIS GUERRA FILHO, “Inclusive Legal Theories and Conjectural Knowledge in Legal Epistemology” in: **Archiv für Rechts - und Soziaphilosophie**. Vol. LXXV, Stuttgart, 1989, pp.397 ss.; ID., “Teorias Tri- e multidimensionais em epistemologia jurídica: O modelo Dreier-Alexy e o modelo integrativo polonês, in: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito**. João Pessoa, 1990, pp.153 ss.

⁹ Essas idéias foram desenvolvidas e aplicadas, originariamente, em minha dissertação de mestrado, “Do litisconsórcio necessário nas ações de estado”. PUC/SP. São Paulo, 1986.

poder aferir, referindo-se a uma base empírica. Em direito, essa empiria é constituída pela experiência jurídica, acumulada historicamente, no trato de problemas semelhantes. Essa experiência tanto pode ser captada sincronicamente, no direito vigente em nosso País e em outros (direito comparado), com diacronicamente, em épocas anteriores (história do direito). Como fonte dessa experiência tem-se não só a legislação, mas também a jurisprudência e a doutrina. Decisivo, porém, é que a solução, advinda do confronto entre a hipótese de trabalho como o material empírico utilizado, seja compatível com o ordenamento jurídico positivo no âmbito do qual trabalha o pesquisador, para que ele mantenha o compromisso básico, responsável pela classificação de seu trabalho científico como jurídico, ou melhor, “dogmático-jurídico”.

Há ainda uma outra dimensão, fundamental para que se atinja a cientificidade em uma pesquisa, que diz respeito à **comunicação intersubjetiva** dos obtidos com a pesquisa. É aí que avulta a importância de se ter uma linguagem que empregue conceitos definidos com precisão e rigor, por ser ela o instrumento dessa comunicação. Nesse nível haveremos de nos apropriar de uma grande tradição de estudos, no campo do direito, da qual são herdeiros, em nossos dias, neopositivistas, jusfilósofos analíticos da linguagem, cultores da semiótica e análise do discurso jurídico, etc.

Finalmente, uma pesquisa jurídica em sentido estrito, para sê-lo plenamente, haverá de se defrontar com o **aspecto valorativo** da matéria estudada. Nessa dimensão, que ROBERT ALEXY denomina “normativa”, é que se vai determinar as soluções para os problemas jurídicos, que o mesmo autor divide em “problemas de complementação” e “problemas de fundamentação”¹⁰. É aqui que se faz necessário o exercício de uma **crítica da ideologia**, que revele vinculações políticas e éticas, subjacentes a posições assumidas por doutrinadores, juízes e legisladores, no campo do direito. Com isso, evita-se uma politização exacerbada da teoria jurídica, que a torna desprovida de um mínimo de **objetividade**, outro requisito necessário para que se possa considerá-la científica¹¹.

Nesse passo, encontramos o que seria o “ponto fraco” da ciência propriamente jurídica, responsável maior por sua, segundo alguns, incapacidade de se constituir como verdadeira ciência, ou, pelo menos, como uma “ciência normal”.¹² Na verdade, a ciência jurídica - como toda ciência, aliás - não têm como escapar completamente das influências ideológicas. É certo, também, que para ela é particularmente difícil uma “neutralização axiológica”, e podemos mesmo duvidar de que isso seja **dese-**

¹⁰ Cf. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, pp.23 ss.

¹¹ Aqui se dá a possibilidade, vislumbrada por ZULETA PUCEIRO, ob. cit., pp.69-70, de se articular a nova filosofia da ciência e a teoria crítica, de corte marxiano.

¹² Nesse sentido, ATIAS, ob. cit., p.201.

jável, pois se perseguimos esse já tão desgastado ideal com demasiada obstinação, terminamos por não cumprir um dos principais compromissos que se deveria assumir, ao fazer ciência jurídica: o compromisso com a democracia e emancipação social¹³.

Assim sendo, vemo-nos diante da necessidade de para evitar que a epistemologia jurídica se torne puramente ideológica, propor que o saber jurídico assuma seu caráter ideológico, constituindo um paradigma que inclua o laço entre ciência, ética e política. Há, então, que se abraçar uma ideologia que seja compatível com a ciência, o que foi intentado por MARX, e, na atualidade, por KARL POPPER, em grande parte, confrontando-se com a concepção marxiana.¹⁴ Entre nós, ALBERTO OLIVA estaria apostando nessa possibilidade, quando intenta embasar epistemologicamente o liberalismo.¹⁵

A ideologia que melhor se compatibilizaria com a ciência seria aquela que, como essa, admite e estimula o exercício da crítica, da faculdade do juízo, unificadora das faculdades dos conhecimento teórico e prático, para aludirmos a um dos “pais fundadores” da epistemologia, IMMANUEL KANT¹⁶. O jurista, portanto, tem como dada uma das pré-condições para realizar um trabalho científico em dogmática jurídica quando a ideologia que embasa o ordenamento jurídico, no âmbito do qual sua pesquisa deve se desenvolver, é uma ideologia democrática, e que concebe a democracia como um resultado do exercício pleno do Estado de Direito¹⁷. Essa pré-condição foi atendida em nosso ordenamento jurídico com a Constituição de 1988, onde, seguindo uma tendência universal **-universalidade**, outro requisito do trabalho científico -, já no “Preâmbulo” e no primeiro artigo, encontra-se manifestada a determinação de instaurar no País um “Estado Democrático de Direito”.

Por fim, vale ressaltar que a opção por se buscar um conhecimento digno de ser qualificado como científico atende a um imperativo ético, do qual abdicamos quando nos contentamos em desenvolver um estudo

¹³ LEONEL S. ROCHA, “Introdução à teoria jurídica contemporânea”, **mimeo.**, Florianópolis, 1993, p.4, chega mesmo a preconizar o compromisso com a democracia como o maior compromisso da teoria jurídica.

¹⁴ Cf. POPPER, **A Miséria do Historicismo**, São Paulo, 1982: ID., **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**, Belo Horizonte / São Paulo, 1987; JOSÉ CARLOS ROTHEN, “A relação entre epistemologia e ética: Estudos dos Argumentos de Karl Popper contra o marxismo”. **Diss.**, PUCCAMP, Campinas, 1992.

¹⁵ Cf. OLIVA, **Entre o Dogmatismo Arrogante e o Desespero Cético**. Rio de Janeiro, 1993, pp.13 ss..

¹⁶ Cf. KANT, **Crítica da Faculdade do Juízo**. Rio de Janeiro, 1993, pp20 ss..

¹⁷ Nesse sentido, JÜRGEN HABERMAS, **Faktizität und Seltung**, Frankfurt am Main, 1992, pp.151 ss., 541 ss., passim; LUÍS ALBERTO WARAD, “Donde esta el derecho?”, **mimeo.** Florianópolis, 1993, p11.

do direito como mera “tecnologia de dominação e controle social”.¹⁸ É certo que a dogmática jurídica não se encaixa perfeitamente no padrão moderno de cientificidade, mas parece melhor e mais adequado pensar que isso ocorra não por ela ser emnos do que uma ciência, e sim, por ser mais do que isso, até por que é uma forma de racionalidade mais antiga. Em sendo assim, talvez seja melhor falarmos de “epistemologia jurídica” e de “estatuto epistemológico da dogmática jurídica” entendendo “epistemologia” não no sentido tradicional, associado à determinação das condições de possibilidade e limites dentro dos quais a verdade sobre um objeto se produz para o sujeito, mas antes naquele sentido em que se fala de uma “epistemologia freudiana”¹⁹, onde a psicanálise, como a dogmática jurídica, aparecem como dispositivos produtores de “verdades”, que a despeito de seu caráter ficcional, constituem a subjetividade e a “objetividade”, o real²⁰. Não por acaso a articulação entre direito e psicanálise prenuncia-se como a principal contribuição da década em curso, a última do século, para o “crescimento” do paradigma jurídico.



¹⁸ Cético em relação à possibilidade de se ter um estudo científico do direito, apesar de consciente da subserviência de um saber meramente tecnológico em relação ao poder, apresentou-se, recentemente, na esteira de TERCIO S. FERRAZ JR., FÁBIO ULHOA COELHO, em **Direito e Poder: Ensaio de epistemologia jurídica**, São Paulo, 1992, pp.17 ss..

¹⁹ Cf. SÉRGIO PAULO ROUANET, “A epistemologia freudiana”, in: **Tempo Brasileiro** - Modos de Interpretação. Vol. 82. Rio de Janeiro, 1985.

²⁰ Cf. L.A. WARAT, loc. ult. cit., pp.6 ss., JACQUES LACAN, em **A Ética da Psicanálise** - O Seminário, livro VII, Rio de Janeiro, 1991, p.22, recorrendo à doutrina benthamiana das ficções jurídicas, elabora a noção de que “toda verdade tem estrutura de ficção”, donde o direito, orando encarregado de “cimentar” as ficções em que se sustenta a “construção social da realidade”, ser um lugar privilegiado para percebermos “como o discurso estrutura o mundo real”, ID., **Mais, ainda** - O Seminário, Livro XX. Rio de Janeiro, 1992, p.15. Para um maior desenvolvimento, cf. ENRIQUE E. MARI et al., **Derecho y Psicanálisis: Teoría de las ficciones y función dogmática**. Buenos Aires, 1987.