

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. E A CIÊNCIA DO DIREITO

Professor
NILO BAIRROS BRUM

Em um contexto histórico em que se reconhece e proclama a falência dos modelos juriscientíficos tradicionais, o surgimento de obras que ofereçam novas propostas para a abordagem do fenômeno jurídico é sempre recebido com grande interesse. É o caso de A CIÊNCIA DO DIREITO, do jusfilósofo paulista Tercio Sampaio Ferraz Júnior.

O primeiro capítulo de sua obra é dedicado à discussão sobre a cientificidade do Direito. Ressalta o autor a dificuldade do tema, não só pela ambigüidade do próprio termo ciência, mas também pela diversidade de critérios usados pelos juristas para situar o campo temático da Ciência Jurídica. Outra questão levantada nesse capítulo é a do método, afirmando o autor que as ciências humanas requerem métodos próprios que não o das ciências naturais. Diz, também, ser importante distinguir método de técnica, já que o caráter científico de uma investigação é dado pelo método e não pelas técnicas usadas.

Colocados os problemas epistemológico e metodológico da Ciência do Direito, abre-se o segundo capítulo com um panorama histórico de como esses problemas foram enfrentados pelos juristas no decorrer dos séculos até nossos dias, a começar pela jurisprudência romana que nenhuma preocupação científica tinha, passando pelos glosadores do Século XI,

os jusnaturalistas da Era Moderna, a Escola Histórica, o Positivismo, até chegar ao pensamento do Século XX, com sua multiplicidade de teorias conflitantes.

O capítulo terceiro destina-se a delimitar o campo teórico da Ciência do Direito. Considerando que “todas as valorações, normas e expectativas de comportamento na sociedade têm de ser filtradas através de processos decisórios antes de poder adquirir validade”, conclui o autor que o fenômeno que caracteriza o Direito é a positivação.

A Ciência do Direito, então, qualquer que seja o objeto que lhe adjudicarmos, estará sempre delimitada pelo fenômeno da positivação que, por sua vez, envolve o problema da DECIDIBILIDADE. Assim, a Ciência Jurídica não teria por objeto estabelecer proposições apodíticas mas sim criar condições para a otimização das decisões:

“Nesse sentido, o seu problema não é propriamente uma questão de verdade mas de decidibilidade. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas, têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo conseqüências pragmáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras”.

Fica, assim, a Ciência do Direito caracterizada como pensamento tecno-lógico que dogmatiza seus pontos de partida e problematiza apenas sua aplicabilidade na solução de conflitos, proporcionando (ou podendo proporcionar) a legitimação do câmbio do Direito. Teria, portanto, essa ciência um caráter ambivalente, já que encerraria questões dogmáticas e questões zetéticas, segundo se enfoque a decidibilidade do ponto de vista das respostas ou das perguntas.

Conforme se encare a questão da decidibilidade, muda a atitude do jurista, pelo que a Ciência Jurídica se articula em diferentes modelos. Daí, o autor propõe três modelos diversos: o *modelo analítico* que encara a decidibilidade como uma relação hipotética entre conflitos e decisões igualmente hipotéticos, dando lugar à sistematização de regras para a obtenção de soluções possíveis; o *modelo hermenêutico* que vê a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa, ou seja, dada a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, constrói-se um sistema compreensivo do comportamento humano; o *modelo empírico* encara a decidibilidade como busca das condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético, consti-

tuindo-se num sistema explicativo do comportamento humano enquanto controlado por normas ou, em outras palavras, assumindo-se o Direito como um sistema de controle social, investiga-se os instrumentos jurídicos de e para o controle do comportamento.

No quarto, quinto e sexto capitulo o autor se ocupa em descrever minuciosamente cada um desses modelos teóricos que, segundo afirma, não são estanques mas interrelacionados pelo Mame unificador da decidibilidade.

Conclui o autor que a Ciência do Direito se constitui em uma “arquitetônica de modelos” que tem em vista o problema da decidibilidade em abstrato, como questão aberta e não como solução ou critério fechado. Assim, a práxis da Ciência Jurídica revela-se numa combinatória de modelos pela qual se obtém teorias que tem uma função social e uma natureza tecnológica, já que não constituem meras explicações dos fenômenos, senão que se tornam, na prática, doutrinas que ensinam e prescrevem o como fazer. O agrupamento de doutrinas em corpos mais ou menos homogêneos transforma essas teorias em Dogmática Jurídica na medida em que as práticas jurídicas passam a negar validade a outros agrupamentos de doutrinas igualmente racionais.

Visualizada a obra sob uma perspectiva muito geral, estes são apenas alguns aspetos que dela se extraem e que tem o incontestável mérito de abrir novos horizontes para o campo temático do estudo do Direito.

Acrescentaremos, ainda, alguns comentários que julgamos oportunos e que *não* devem ser recebidos como crítica mas como exortação ao debate. É que a temática abordada pelo autor oportuniza o reexame de questões tradicionalmente polêmicas como a da cientificidade do Direito e a delimitação dos campos do conhecimento jurídico.

Quando Kirschmann afirma que o Direito não é Ciência nem algo que com ela se pareça, provocou um escândalo sem precedentes na comunidade jurídica de então. De lá para cá, a polêmica jamais perdeu atualidade e isto porque os juristas não abrem mão do prestígio social que a palavra ciência confere àqueles cujas atividades são rotuladas como científicas.

A verdade, porém, é que a negação dessa cientificidade era baseada no modelo experimental de ciência que não reconhecia como científico o conhecimento que não fosse obtido por meio do processo de observação, formulação de hipóteses, experimentação e formação de teorias verificáveis.

O conceito hodierno de ciência não mais corresponde a estreita concepção do modelo experimental, pois hoje se admite cientificidade a enunciados obtidos por métodos puramente racionais, isto é, produzidos no âmbito da própria teoria. Esta é a concepção de epistemólogos contemporâneos como Bachelard e Althusser. Segundo Bachelard, o objeto científico pode ser fenomênico ou numênico, conforme seja percebido ou pensado, mas se apresentará sempre na forma de *problema*. Não é, portanto, um fato, uma coisa, um dado etc., mas um enigma.

Daí resulta que a diferença entre enunciados obtidos respectivamente pelos métodos experimental ou racional é apenas de grau de certeza e confiabilidade, já que, historicamente, muitos dos enunciados obtidos pelo método experimental foram refutados posteriormente como falsos. No entanto, eram legitimados como científicos pela ciosa comunidade científica. Em contrapartida, muitos enunciados produzidos por métodos puramente racionais vieram a ser confirmados mais tarde como exatos. Em última análise, a cientificidade reduz-se a um problema de recepção pelo “clubes de ciência”.

Mais importante que a rotulação da atividade do jurista como é aconscientização de que essa atividade deve ser desenvolvida com espírito científico, entendida esta expressão no sentido bachelardiano do termo e não nos sentidos aristotélico, kantiano ou positivista, que castram a criatividade, impondo a ditadura epistemológica do porquê em detrimento do por que não?

Se o objetivo da ciência são os problemas, conclui-se que todo o conhecimento científico será constituído de respostas a esses problemas. Convenhamos que a recíproca não pode ser verdadeira, pois parece óbvio que nem toda resposta terá necessariamente conhecimento científico.

No entanto, se examinarmos a produção jurídica teórica, veremos que tanto as dogmáticas jurídicas como as teorias gerais e as abordagens filosóficas são apresentadas por seus autores como produtos de uma atividade científica. Parece-nos que está na hora de os juristas estabelecerem um acordo epistemológico para desfazer a confusão que reina no conhecimento jurídico. Afinal, quais são os respectivos campos da Teoria Geral do Direito, da Ciência Jurídica e da Filosofia do Direito?

Queremos crer que Tércio Sampaio Ferraz dá um passo decisivo para o esclarecimento (ou, pelo menos, questionamento) dessa problemática quan-

do divide as questões jurídicas em “dogmáticas” e “zetéticas”, segundo se assuma frente ao Direito postura legitimatória ou questionatória ou, em outras palavras, conforme se enfoque a problemática jurídica do ponto de vista das respostas ou do ângulo das perguntas. Tercio admite como objeto da Ciência do Direito tanto as questões dogmáticas como as zetéticas, pois seu critério para delimitar o campo temático dessa ciência é a decidibilidade, o que lhe dá um caráter eminentemente tecnológico.

No seu “modelo analítico, por exemplo, predominam as questões dogmáticas, pois parte-se das normas (respostas) sem questionar-lhes a validade: (*)

“Entendemos por analítica um procedimento que constitui uma análise. Análise, de um lado, é o processo de decomposição em que se parte de um todo, separando-o e especificando-o em suas partes. O método analítico é, nesse sentido, um exame discursivo que procede por distinções, classificações e sistematizações”.

No “modelo hermenêutico”, há certo equilíbrio entre as questões dogmáticas e as zetéticas, já que se busca viabilizar a decisão diante do problema da interpretação do comportamento humano em relação às normas. Neste modelo estudam-se as técnicas (tradicionalmente denominadas métodos) de interpretação.

Ao colocar o “modelo empírico”, Tercio começa por advertir que não se trata de uma visão sociologista do Direito, como se poderia pensar pelo emprego do termo empírico e pela afirmação de que se trata de “um sistema explicativo do comportamento humano enquanto regulado por normas”. Não é, portanto, uma descrição do jurídico como realidade social, “mas como investigação dos instrumentos jurídicos de e para o controle do comportamento”, vale dizer que se trata de construir teorias para oportunizar as decisões do poder dominante na sua tarefa de controle social, o que caracteriza esse modelo como eminentemente dogmatizante.

Comparando esses modelos com a produção teórica tradicional, veremos que os modelos “analítico” e “hermenêutico” muito se aproximam do que costuma ser apresentado como Teoria Geral do Direito em obras como as de Kelsen e Vernengo, sendo que o primeiro, concebendo o Direito como um sistema de normas (molduras) que limitam o âmbito das decisões, transfere a

(*) Nos sentidos de “validade fática” e “validade ideal”.

interpretação para fora do sistema, enquanto o segundo enfrenta o problema da interpretação dentro da teoria geral.

De modo geral, essas duas problemáticas têm sido enfrentadas pelos juristas do chamado “mundo ocidental” sob a rubrica de Teoria Geral do Direito que, via de regra, é identificada com a Ciência do Direito.

No que se refere ao “modelo empírico”, parece-nos que se trata de uma visão cibernética do Direito, entendida essa expressão não como mera “informática jurídica” mas como reforço das conotações de controle e transformações sociais que caracterizam a área da “modelística jurídica”.

Essa concepção não é muito comum no “direito ocidental”, já que entre nós constitui hábito secular relegar as relações de distribuição e controle do poder político a disciplinas extra-jurídicas como a Teoria Geral do Estado ou Ciências Políticas. No entanto, tal concepção predomina no direito soviético, por exemplo.

Parece-nos, contudo, que, ao enfocar-se o Direito como ciência tecnológica voltada para os problemas da decisão de conflitos, projeta-se para fora do campo temático da Ciência do Direito as questões zetéticas mais importantes quais sejam, por exemplo: Que fazer para evitar que essas “arquiteturas” da Ciência do Direito se transformem em instrumentos de opressão política? O que se deverá ensinar nas faculdades de direito? Se o Direito é instrumento de controle e câmbio sociais, quem controlará os controladores, e como? Em que sentido deverá ser conduzido esse câmbio social? Qual é o papel social daqueles que manipulam as múltiplas instâncias de criação do Direito? Etc.

Queremos propor essas indagações no campo da Filosofia Jurídica Não uma filosofia que se preocupe em legitimar as formas de poder existentes nem que se coloque obstinada e aprioristicamente contra toda forma de poder, mas que procure dialetizar aquilo que se apresenta como conhecimento jurídico, sob o crivo dos valores culturais da sociedade contemporânea.

Para isso, o jusfilósofo deverá elaborar modelos metalingüísticos aptos a desmitificar os discursos produzidos pela Ciência Jurídica, não para negá-los mas para corrigi-los dos excessos a que sua natureza tecnológica pode levar, pois, como a prática jurídica tem a tendência de transformar as teorias jurídicas em dogmáticas, pode-se afirmar que a mesma ciência que abre horizontes, trazem si o germe do fechamento de novos horizontes, de onde se conclui que o trabalho do jusfilósofo é o permanente questionamento das teorias jurí-

dicas dogmatizadas, a fim de manterem-se os horizontes abertos a novas investigações.

Essa necessidade já era preconizada por Bertrand Russell:

‘Construir uma filosofia capaz de competir com homens embriagados ante a perspectiva de um poder quase ilimitado e ainda, com a apatia dos que não dispõem de poder, constitui a tarefa mais urgente de nosso tempo’.

Se Bertrand Russell aponta a tarefa, Gaston Bachelard fornece o método quando diz que o conhecimento coerente não é produto da razão arquetônica mas da razão polêmica e que, se os homens querem realmente compreender-se, têm de primeiro contradizer-se porque a verdade é filha da discussão e não da simpatia.

A dialética de Bachelard tem a singularidade de contrapor-se ao conhecimento pretérito sem rejeitá-lo mas justapondo-se a ele. Isto é possível porque, tanto na Ciência do Direito como, de resto, nas demais ciências, existem verdades paralelas que se opõem mas não se excluem, eis que são verdades heterossistemáticas. Diz Bachelard que todo o progresso do pensamento científico do último século provém de generalizações dialéticas que recolhem dentro de si aquilo que negam. Assim, a geometria não-euclidiana engloba a geometria euclidiana; a mecânica não-newtoniana entra a mecânica newtoniana e a mecânica ondulatória recolhe a relativista.

Como exemplo desse fenômeno dialético na área do jurídico, podemos apontar o fato de que os diversos sistemas de interpretação da lei se contrapõem mas integram-se num todo igualmente válido; a Teoria Geral de Vernengo contrapõe-se à de Kelsen mas com ela se integra e as teorias da Escola Crítica Argentina justapõem-se às dogmáticas que combatem. Assim, ao debate!