

## **Entre a crise da Modernidade e a crise do Juspositivismo: uma releitura de uma mesma problemática.**

Between the Modernity crisis and the Law Positivism crisis: a rereading of the same problematic.

**Caroline Rocha dos Santos<sup>1</sup>**

### **Resumo**

O presente artigo possui o propósito de levantar a discussão sobre o liame entre as fissuras apresentadas na ciência do direito, esta, proposta pelo juspositivismo, e os elementos que apontam para a crise da própria compreensão da ciência, tendo como esteio uma abordagem interdisciplinar que tenha o condão de imbricar as esferas da epistemologia e do direito. Neste viés, propõe explorar a estreita relação entre as dicotomias trazidas no bojo de uma concepção moderna e o próprio juspositivismo. A relevância do tema está em enxergar os limites do juspositivismo não como elemento intrínseco a esta própria corrente, mas sim como decorrência de um da crise do paradigma da modernidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** TEORIA DO DIREITO, EPISTEMOLOGIA, JUSPOSITIVISMO.

### **Abstract**

This article intends to raise the discussion on the relation between the cracks presented in the science of law, which is proposed by the legal positivism, and the elements that point to the crisis of the conception of science, through an interdisciplinary approach between epistemology and law. Consequently, the goal of this text is to explore the connexion between the dichotomies designed by a modern conception and the law positivism itself. The relevance of the theme is in considering the limits of law positivism not as an intrinsic problem of this philosophical current, but as a result of the modernity paradigm crisis.

**KEY-WORDS:** LAW THEORY, EPISTEMOLOGY, LAW POSITIVISM.

## **1 INTRODUÇÃO**

Se o juspositivismo tem sofrido inúmeras críticas, em especial a partir de meados do séc.XX, no que tange a sua visão do que é o direito, o debate não tem sido tão robusto quando se trata de discutir a compreensão de ciência do direito erigida por esta mesma corrente

---

<sup>1</sup> Mestranda e bolsista CNPq no Programa de Pós Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com ênfase em Teoria e Filosofia do Direito.  
<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4278464E6>

filosófica<sup>2</sup>. O presente artigo possui então como desiderato, a análise de alguns escritos de Karl Popper e Max Weber, como formas privilegiadas de entrada no debate sobre o lugar do método para a concepção de ciência e também da própria modernidade, para a partir daí indagar os efeitos deste paradigma para a emersão de uma dada concepção do direito enquanto campo específico do saber científico.

O trabalho se divide então em três partes: dedico a primeira para o tratamento da especificidade do contexto de surgimento da epistemologia, uma vez que o nascimento de um campo específico para discutir o que é ciência parece ser próprio da modernidade. A segunda destina-se a um breve resumo das construções teóricas de Weber e Popper no que tange às respectivas concepções de método científico e sua centralidade na concepção de ciência, realizando um cotejo com o intuito de traçar similitudes e distinções entre eles.

Para perfazer um contraponto a certa concepção de método científico que permanece em ambos, realizo na terceira parte um comparativo com o materialismo histórico, enquanto determinado método científico ou própria ciência ( da história) que se constrói de modo alternativo às demais abordagens neste campo forjadas no bojo da modernidade.

Finalmente, na quarta parte, tento correlacionar esta visão do direito como campo específico da produção científica, afirmação tão preciosa ao juspositivismo, em especial aquele que encontra sua base em Kelsen, com esta concepção de ciência que parece encontrar sua razão de ser mais no método do que no próprio ato cognitivo.

Apesar de haver uma conclusão, esta se dispõe somente a retomar alguns pontos e reforçar outros já colocados ao longo do texto, e não apresentar resultados definitivos. Se estes existem, é somente sob a condição de precariedade.

## **2 A ASCENÇÃO DA EPISTEMOLOGIA COMO CAMPO ESPECÍFICO DA FILOSOFIA**

---

<sup>2</sup> Bobbio (1994) faz uma clara distinção entre os três aspectos do positivismo jurídico, quais sejam: um determinado modo de abordagem ao estudo do direito – forma de delimitar o objeto da investigação científica; uma determinada teoria ou concepção do direito – forma de descrever a realidade, de explicá-la globalmente; uma determinada ideologia da justiça – tomada de consciência, a partir de valores, diante de uma realidade dada, conservando-a se a valoração é positiva ou transformando-a se a valoração é negativa.

Preliminarmente, não podemos escapar da questão fulcral sobre como a modernidade torna-se um contexto possível de ascensão da epistemologia enquanto campo específico da filosofia para pensar a prática científica. Ora, mas se a epistemologia nem sempre existiu podemos dizer o mesmo da filosofia. Segundo Althusser, a experiência da filosofia é condicionada ao aparecimento de classes sociais e, portanto, do Estado - condição necessária, bem como à existência de ciências no sentido de uma disciplina abstrata e ideal - condição suficiente (1999).

Falar de uma ciência abstrata e ideal é falar também de um homem abstrato caracterizado pelo descolamento total com a sua realidade, sendo esta uma característica própria do homem moderno. Taylor ao dissecar profundamente as condições de estruturação deste *ethos*, funda o conceito de *self* pontual. A modernidade, segundo o filósofo, envolve duas ideias chaves: a primeira seria ligada à interioridade que afirma a superioridade daquele que pensa, impondo a supremacia da razão em relação aos sentidos; a segunda é a da afirmação da vida cotidiana, imprimindo a valorização do trabalho em oposição à mera contemplação como forma de se alcançar a graça divina (SOUZA, 2009). Obviamente não era a primeira vez que tais juízos existiam na história, Platão, por exemplo, em *A República* já colocava a necessidade de separação entre razão e desejo (MEDEIROS, 2007), todavia é a partir da reforma protestante que eles ganham maior eficácia social, iniciando a conformação de uma nova estrutura moral.

Ambas as ideias formariam aquilo que Taylor cunhou de *self* pontual, ou seja, a noção de um homem mecanizado e descontextualizado da sua própria vida. Assim, este novo paradigma demanda dos indivíduos uma nova forma de se entender e de se colocar no mundo de forma a valorizar a separação entre mente e corpo, o controle das emoções e a disciplina.

Bachelard (1983), concentrado na modificação da estrutura do processo do fazer científico, também descreve a alteração radical sobre a realização do conhecimento trazida pelas ciências contemporâneas, em especial a física: enquanto o pensamento científico anterior possuía a empiria como elemento central de seu desenvolvimento, as ciências contemporâneas ocasionam uma transformação severa nesta estrutura de pensamento que pode ser entendida através de duas subversões. A primeira coloca a impossibilidade da coisa e da percepção guiarem a busca pelo conhecimento, a partir da inauguração do campo da microfísica e da conseqüente descoberta de micropartículas, impondo-se assim a divisão não existente na empiria entre um mundo acessado por todos e outro inteligível somente para

alguns. A segunda guarda relação com a troca do contato real, pertencente ao mundo da empiria pela hipótese e pela experiência organizada racionalmente como ponto de partida para se chegar ao conhecimento.

Podemos perceber que a aparição de uma arena que trate do que é ciência, apesar de não poder ser datada especificamente, uma vez que ela aparece em momentos diferentes da história, por exemplo, em Platão ou em Descartes, de forma geral, se coloca em conjunturas de necessidade de superação da empiria e do desenvolvimento de ciência enquanto abstração. Portanto, não é somente o processo científico que deve ser entendido de forma contextualizada, a partir do processo de produção existente à época (Castells e Ipola, 1973), também à epistemologia a partir destes dois pressupostos colocados, devemos indagar qual o contexto de seu aparecimento.

A reflexão sobre a definição da epistemologia tem levado a uma diversidade de conceitos, mas de forma geral, perdura o entendimento de um exercício de vigilância da prática científica que anule os efeitos dos obstáculos epistemológicos (Castells e Ipola, 1973). É Bachelard que inaugura a categoria de obstáculo e corte epistemológico. Para ele, este último significa basicamente a ruptura com o conhecimento vulgar refletindo o primado da reflexão sobre a percepção (1977), captado pela ideia de ruptura designando uma descontinuidade histórica que conta com a reformulação de axiomas fundamentais (Castells e Ipola, 1973), moldando-se assim uma estrutura dicotômica que marca de forma determinante a presença de Bachelard no paradigma moderno. Já a ideia de um obstáculo epistemológico a ser superado remete a concepção de um limite que deixa de ser absoluto para se tornar uma problemática e, portanto, um horizonte de superação. Neste sentido, para Bachelard, as tarefas da filosofia científica, ou seja, da epistemologia, seriam a suplantação da concepção empirista, ela em si um próprio obstáculo epistemológico e a divulgação desta nova filosofia em instituições de ensino.

Rorty (1994), ao tratar da recente identidade entre filosofia e epistemologia também expõe claramente a modernidade como contexto galvanizador deste fenômeno. Segundo o autor, Descartes e Hobbes ao fundarem a filosofia moderna não estavam preocupados com a criação de um campo específico capaz de pensar o fazer científico, como já é latente em Bachelard. Neste momento, ela aparece como ferramenta cultural contra a teologia na disputa pelas narrativas explicativas sobre como os homens explicam o mundo para si mesmos em

sua relação com as condições reais de existência, ou seja, enquanto ideologia<sup>3</sup> (Althusser, 1985). A distinção entre ciência e filosofia só aparece quando esta disputa é ganha, quando reina o entendimento de que a filosofia deveria se preocupar, sobretudo, com a teoria do conhecimento (RORTY, 1994, p. 140). Se seguindo mais uma vez as pistas de Althusser, acreditamos que a filosofia é a luta de classes na teoria, esta disputa de versões encontra sua razão de ser.

#### **4 WEBER, POPPER E A CENTRALIDADE DO MÉTODO PARA A CONCEPÇÃO DE CIÊNCIA**

Explanada de forma resumida a conjuntura que determina o surgimento da epistemologia como narrativa possível para explicar uma concepção de conhecimento que se encontra em direta colisão com as construções teológicas, passo ao segundo ponto a ser analisado no trabalho: a centralidade do método na concepção da ciência.

A partir dos autores trazidos à baila, podemos perceber que o prestígio do método se liga diretamente com o processo de supremacia do ser pensante descrito por Taylor, como pilar fundamental da modernidade, e com a superação da empiria pelo racionalismo descrita por Bachelard onde uma vez que não podemos confiar nos nossos sentidos, mais vale indagar o que é tangenciado pela inteligibilidade humana e, por tabela, os procedimentos necessários para esse alcance do que sobre a ontologia do objeto em si. Tanto nos movimentos descritos por Taylor, remetidos à história da estruturação da “árvore moral” da sociedade moderna, tanto naqueles descritos por Bachelard, mais preocupado com as transformações ocorridas “no laboratório do cientista”, podemos perceber um deslocamento do objeto para o sujeito pensante. Portanto, falar de centralidade do método científico é entender como subtexto a centralidade do homem racional.

É neste contexto, não obstante as diferenças marcantes existentes entre eles que Popper e Weber constroem as suas teorias. Fazendo jus a esta tradição moderna terão o método como elemento essencial de seus questionamentos e formulações.

Ainda que Popper construa sua epistemologia para tratar de questões teórico-metodológicas baseada numa concepção de racionalidade e progresso que remete à ideia de ciência empírica, isto não invalida o seu pertencimento ao campo descrito acima que nutre a estima pelo método. A empiria, neste caso, não significa a experiência enquanto caminho

---

<sup>3</sup> Acredito na perduração da epistemologia ainda como ideologia, todavia devemos nos perguntar qual outra narrativa criada para a nos entendermos no mundo após o fim da oposição com a teologia.

para a busca do conhecimento como coloca Bachelard, mas sim meio de teste e de falsificação pelo qual deve passar a teoria, esta sempre necessária para a organização do dado, seja nas ciências sociais, seja nas ciências naturais (Popper, 1961). A permanência de Popper no paradigma bachelardiano de corte e ruptura epistemológica é outro argumento que advoga a favor de seu vínculo a esta tradição, pois se o obstáculo epistemológico só o é na medida em que é absolutamente insuperável, sendo o seu contrário a estruturação de uma problemática, de um limite que se avança, vemos aí uma similitude entre o entendimento de horizonte bachelardiano e do erro popperiano, pois ambos impõem uma visão dialética que entendem limites e erros como elementos intrínsecos a produção do conhecimento.

Portanto, o método em Popper continua a exercer um papel elementar na sua construção, apesar de uma formulação totalmente inovadora. A sua capacidade heurística se deve as já mencionadas noções de erro e correção, mas também a de verdade como princípio regulador e a de exercício coletivo da crítica.

Outro ponto que marca o lugar de Popper na modernidade é sua crença no progresso científico. Todavia, ele o define através de escolhas racionais que triam teorias que competiriam através de testes. Neste sentido, para o autor, interessa mais as teorias que ofereçam maior conteúdo, pois nelas é possível a submissão a mais testes, ou seja, a melhor teoria é aquela que ofereça uma menor probabilidade. A ideia de verdade como correspondência com a realidade, e não asserção de um conteúdo definitivo é a base desta concepção, onde a oposição a este entendimento de verdade seria, para ele, subjetivista. Neste sentido, assim afirma:

“no sentido de que todas derivam da posição subjetivista fundamental que só pode conceber conhecimento como uma modalidade de estado mental, uma disposição ou um tipo especial de crença, caracterizada, por exemplo, pela sua relação com outras crenças” (POPPER, 1972, p. 250).

A verdade então funcionaria como princípio regulador: não saberíamos especificar quando a encontraríamos, mas saberíamos definir critérios de progresso conseguido a partir desta aproximação. A busca de teorias que sejam mais verossímeis em relação ao conteúdo e não verdadeiras está no cerne da concepção de método e de ciência de Popper, onde o que se procura é uma melhor aproximação da verdade. Esta aproximação só é possível, todavia, através do exercício da crítica que para o filósofo só pode ser realizada de maneira tópica, afastando assim o dogma holístico do caráter global dos testes e da crítica<sup>4</sup>. As três condições para a expansão do conhecimento defendidas por Popper abreviam suas preocupações com o

---

<sup>4</sup> O caráter holístico tanto da crítica, quanto do próprio modo do fazer científico é o ponto mais atacado por Popper em sua crítica ao historicismo (Popper, 1961).

método científico, quais sejam: a nova teoria deve partir de uma ideia nova e poderosa, deve originar consequências inovadoras e testáveis e deve resistir a novos testes.

Popper está também preocupado com a construção da ciência social e de um consistente método científico para ela. Sua comparação com as ciências naturais e a tentativa de afirmar a igualdade dos seus métodos é outro traço que direciona o autor para a modernidade, uma vez que a ciência social só pode se afirmar enquanto ciência, campo capaz de produção de conhecimento, se nela for observável os elementos que caracterizam a ciência natural. Ainda que faça esta operação a partir de um argumento mais refinado do que os de Conte, pois há uma redefinição do método da ciência natural para que se afirme esta igualdade, não podemos negar que esta postura não se coaduna com um entendimento mais pós-moderno de fuga de esquemas pré-determinados de produção de conhecimento.

É num dos seus escritos mais aflitos com a confecção de uma ciência social que Popper reivindica com maior clareza um método baseado no exercício da crítica, elemento fundamental de sua teoria. Entretanto a crítica como projeção de erro e correção se dá enquanto prática desempenhada pela comunidade científica. Assim coloca como sendo a décima segunda tese sobre a lógica das ciências sociais:

“O que pode ser descrito como objetividade científica é baseado unicamente sobre uma tradição crítica que, a despeito da resistência, frequentemente torna possível criticar um dogma dominante. A fim de colocá-lo sob outro prisma, a objetividade da ciência não é uma matéria dos cientistas individuais, porém, mais propriamente, o resultado social de sua crítica recíproca, da divisão hostil-amistosa de trabalho entre cientistas, ou sua cooperação e também sua competição. Pois esta razão depende, em parte, de um numero de circunstâncias sociais e políticas que fazem possível a crítica.” (1978, p. 23).

O autor chama atenção neste momento para o aspecto social da objetividade científica. Contudo, ainda permanece a crença de que o método é capaz de extirpar as concepções prévias do pesquisador.

Ainda que Weber e Popper não tenham produzido seus trabalhos na mesma época, podemos traçar um paralelo entre eles. O primeiro deles é a confiança no método como canal capaz de eliminar as atribuições próprias do pesquisador<sup>5</sup>. A pergunta por Weber formulada: “(...) em que sentido há ‘verdades objetivamente válidas’ na área das ciências que se ocupam da vida cultural?” (1993, p. 108) já denota o seu posicionamento em relação à possibilidade de realização desta tarefa.

---

<sup>5</sup> Löwy chega a firmar por este motivo que Weber ainda se encontra preso ao campo do positivismo. Todavia há um refinamento nas suas colocações, uma vez que não cai do mito Durkheimiano de afastamento das pré-noções para o alcance da objetividade científica (LÖWY, 2007, p. 37).

Todavia, Weber defende a especificidade das ciências sociais e de seu método. Estas se ocupam de fenômenos culturais, ou seja, de fenômenos puros de axiomas. Neste sentido “ela abrange aqueles e somente aqueles componentes da realidade que através desta relação tornam-se significativos para nós” (1973, p. 127). Consequentemente, o método das ciências sociais exige o recorte do objeto que só é possível pelo pertencimento do pesquisador a um determinado campo valorativo. Portanto, um estudo “isento de pressupostos” do empiricamente dado seria impossível, pois é a construção de uma significação própria para o pesquisador do objeto que o faz inteligível para ele.

A tentativa de um conhecimento livre de inferências, deste modo, só poderia produzir para Weber um caos de “juízos existências” acerca de inúmeras concepções ou percepções particulares.<sup>6</sup> É a partir desta concepção, que a noção de tipo ideal é arquitetada por Weber e aparece com força para a sua ideia de produção de conhecimento. Uma vez que a realidade só pode ser diversa e confusa é preciso um meio de ordenamento conseguido através de pontos de vista unilateralmente acentuados, formando um quadro uniforme de pensamento (1973). Instaure-se assim uma dicotomia: para uma realidade heterogênea uma estrutura de pensamento homogênea.

Ora, mas se há um *input* valorativo que em Weber, diferentemente do positivismo de Durkheim, é bem vindo para a *démarche* científica, há um *output* neutro, objetivado, resultado do método científico. Isto porque o método empregado pelo pesquisador estaria ligado a normas de pensamento que são universalmente válidas “para todos que querem a verdade” (1973, p. 133). O método, por conseguinte, teria a função de universalizar aquilo que o recorte particulariza.

## **5 O MATERIALISMO HISTÓRICO – MÉTODO ALTERNATIVO DA MODERNIDADE**

Diferentemente da finalidade descrita tanto por Weber e Popper para a ciência: conhecer ou se aproximar da realidade/verdade, com as nuances apresentadas em cada autor, o marxismo reivindica outro propósito que seja capaz não só de descrever esta realidade, mas de intervir na mesma. É este o pressuposto cabal da ciência da história postulado pelo

---

<sup>6</sup> Aqui encontramos mais uma semelhança entre os autores: a aposta na impossibilidade holística da construção do conhecimento. Ainda que Weber acredite em regras gerais e abstratas que esclareçam as regularidades do meio social (ciência nomológica), ele as enxerga como um meio para o conhecimento e não o fim do mesmo. O próprio fito da utilização de tipos ideais denota este caráter: identificar o que é específico nos fenômenos culturais e não o que é geral.



materialismo histórico, definido então como determinado método científico de compreensão da história que a entende a partir dos modos de produção, ou seja, das forças produtivas e das relações de produção que no capitalismo é de cunho exploratório representado pela mais valia<sup>7</sup>.

Aqui, não há a busca incansável pela neutralidade, pelo contrário, a ciência da história se definiria pela tomada de uma posição na luta de classes se colocando como ferramenta para o movimento operário, sendo assim uma ciência revolucionária. Neste diapasão, Althusser coloca que o marxismo é uma teoria não externa, mas interna ao próprio movimento de trabalhadores. Foi o contato de Engels e Marx com os movimentos vanguardistas comunistas europeus de luta operária do final do sec. XIX que galvaniza uma mudança de base em seus pensamentos, antes de caráter burguês, não sendo assim o marxismo uma consequência automática da própria história das ideias, mas sim resultado de debates políticos ideológicos intensos da época (2003, p.34).

O paradigma marxista provoca ruídos não só na própria definição de ciência mas também na própria epistemologia, onde há uma articulação entre as condições de reprodução da prática científica com outras práticas sociais, bem como a existência de uma mediação entre o sujeito e aquilo que é conhecido ( FONSECA, 2009, p. 91). É esta articulação entre as diferentes práticas de reprodução que é ausente em Weber. Ao não problematizar esta relação, ele acaba entendendo as diferenças entre os indivíduos somente como culturais ou religiosas, esquecendo as políticas e ideológicas, sendo assim mais fácil ultrapassar os impasses fruto do atrito de classes, esses insuperáveis pela neutralidade do método científico (LÖWI, 2007, p. 38).

Com Popper, não se passa de forma diferente e é mais uma vez Löwi que observa isto. Ainda que conceba o aspecto coletivo e institucional do método científico para o exercício da crítica e, portanto, para a triagem das teorias a partir da testabilidade, não enxerga o caráter ideológico-político presente em instituições ligadas a produção de conhecimento tais como universidades, onde há, por exemplo, a pressão de ordem econômica que direciona o financiamento em determinadas pesquisas e menos em outras.

---

<sup>7</sup> Diferentemente de Topolski (1990), não acredito que a crítica equivocada ao materialismo histórico advenha da desconsideração do seu aspecto subjetivo (para o historiador o materialismo histórico possuiria duas faces: a primeira, objetiva, liga-se a análise dos fatos e do processo de produção. Já a segunda remete-se a observação da linguagem das ações humanas), mas sim da não compreensão do que significa de fato a noção de relação de produção.

Pensando neste problema a partir da perspectiva de países subdesenvolvidos, Vieira Pinto (1979) também assevera que o trabalho científico é um trabalho social e, portanto, serve sempre a um fim socialmente proposto, sendo o papel de uma epistemologia crítica anunciar tais fins para que se propicie a emancipação do povo e do próprio cientista em relação à alienação da produção da ciência. Para ele esta alienação estaria identificada na perda do controle da destinação dos resultados, no anonimato como mecanismo de desaparecimento do homem no processo de produção científica e na aceitação das condições materiais de trabalho que são impostas ao pesquisador.

Apesar do marxismo se forjar também no paradigma da modernidade, advindo daí aquelas primeiras concepções de Marx sobre o primado das forças produtivas sobre a relação de produção e o crédito num progresso técnico- científico como força motriz para o desenvolvimento sem fim da sociedade, esta corrente de pensamento propõe uma cisão fundamental ao impor a ideia de que não há conhecimento neutro possível, pois este sempre estará inscrito dentro de um processo histórico-social e político que implica tanto na conformação de recortes quanto no próprio resultado, consequência da aplicação de um determinado método. A parcialidade da produção científica não é uma fraqueza do pesquisador, mas sim condição inerente ao próprio processo de produção do conhecimento.

## **6 A OBJETIVIDADE CIENTIFICA E A CIÊNCIA PURA DO DIREITO**

A ciência, um corolário da modernidade, se reflete na busca por um processo de produção de conhecimento objetivo. Quando o discurso científico torna-se a narração explicativa para o entendimento da existência humana, automaticamente é ele também o paradigma de legitimidade para as outras práticas sociais. O direito, enquanto tal, não passaria imune a estas ideias. Ainda que a problemática sobre sua ontologia tenha atravessado diferentes momentos da história é somente a modernidade que proporciona a necessidade de afirmação do direito enquanto campo de produção do conhecimento, enquanto ciência.

É Kelsen que, com maior afinco, estará preocupado em erigir esta ciência do direito ao distinguir as esferas do ser e dever ser para fins de demarcação do objeto de investigação, formando assim um campo específico de conhecimento. Ainda que seja cristalino neste autor o limitação da prescrição como objeto único desta ciência jurídica, é necessário ainda

perceber que tal isolamento é o próprio método fundado pela ciência do direito. A intenção é, assim, abrir um novo campo epistêmico. Quando na obra “A Teoria Pura do Direito”, Kelsen afirma que a ciência do direito não é ideologia o faz justamente através da demarcação deste campo. Neste sentido afirma:

“A Teoria Pura do Direito, como específica ciência do Direito, concentra – como já se mostrou - a sua visualização sobre as normas jurídicas e não sobre os fatos da ordem do ser, quer dizer: não a dirige para o querer ou para o representar das normas jurídicas, mas para as normas jurídicas como conteúdo de sentido - querido ou representado. Ela abrange e apreende quaisquer fatos apenas na medida em que são conteúdo de normas jurídicas, quer dizer, na medida em que são determinados por normas jurídicas. O seu problema é a específica legalidade autônoma de uma esfera de sentido.” (1999, p.72)

A bipartição entre ser e dever ser tão cara ao positivismo aparece mais uma vez recolocada na distinção entre norma e conceito na obra “O que é justiça”, reiterando a preocupação de Kelsen em fundar uma ciência própria. Neste sentido, o autor afirma que estes são elementos que não se confundem, apesar de haver entre eles uma analogia. Na medida em que o conceito determina de forma abstrata as qualidades que um objeto concreto possui, a norma determina as qualidades que o objeto, no caso, o comportamento deve possuir. O conceito, portanto, articula uma descrição abstrata. Já a norma trabalha com deontologia abstrata (2001). Este raciocínio se conecta de forma direta com a concepção de ciência do direito defendida pelo autor. Para ele, a ciência do direito deve se limitar a descrever aquilo que é valorado como justo, e tentar determinar nas diferentes normas jurídicas uma definição comum de justiça a todos. Todavia, não é sua tarefa prescrever a conduta humana, o modo como devemos tratar uns aos outros. À ciência não cabe formular juízo de valor.

A emersão de uma ciência do direito é também ferramenta necessária à própria distinção do juspositivismo em relação ao jusnaturalismo, uma vez que é ela, a partir de uma determinada teoria do direito, que enxerga o próprio fenômeno direito diverso da justiça. Importante observar que a origem divina que, segundo Kelsen (2001), é a justificativa e esteio de qualquer concepção jusnaturalista, inclusive daquelas de cunho racionalista<sup>8</sup> é o que

---

<sup>8</sup> Outra forma de dismantlar a origem divina como fundamento do direito natural é imprimi-lo um caráter racionalista, substituindo-a pela razão humana. A objeção de Kelsen a esta corrente é a afirmação da diferença entre as funções de conhecer e desejar, esta ligada ao mecanismo legiferante. Se a função da razão é o conhecimento dos objetos, o trabalho deontológico está fora desta alçada, uma vez que conhecer não é prescrever. A hipótese de Kelsen é que a coincidência entre estas duas funções só pode ser operacionalizada se nos apoiamos na existência de deus. Apesar das diferentes matizes em que esta perspectiva pode ser concebida – como em São Tomas de Aquino onde a razão prática, aquela que abarca a função da prescrição, só assim o é na medida em que nela domina a razão divina ou em Kant onde não obstante a assunção da diferença entre razão e vontade, os dois elementos acabam se confundindo – o fato é que se falamos na justaposição destes papéis, segundo Kelsen, somos obrigados a retomar a origem divina do direito natural.

impede este direito ser inteligível para racionalidade, ou seja, ao campo da ciência e, portanto, à ciência positiva do direito.

A negação do jusnaturalismo mais uma vez é no fundo o indeferimento de uma concepção irracional, não científica do direito. Resta claro que toda a preocupação em distinguir direito e moral expresso na divisão entre normas positivas e normas de justiça é na verdade uma tentativa de enxergar o direito a partir de um viés racional, da ciência positivista. A norma que realiza uma prescrição real pode, portanto, ser alcançada pela razão humana através de uma ciência, com seu consequente método. Todavia, a busca por um ideal absoluto de conduta, ainda que anime os homens não pode ser tocada pela sua *ratio*. Percebemos que a concepção juspositivista, desejosa em formar uma ciência do direito só pode operar a partir de uma perspectiva binária, e aqui não estamos falando do binarismo da própria norma, qual seja: legal e ilegal, mas daquele forjado pela ciência positivista do direito expressa de forma contundente no par direito e moral.

O que este artigo propõe explorar é exatamente a estreita relação entre as dicotomias estanques trazidas no bojo de uma concepção de ciência fundada na modernidade e o próprio juspositivismo. A divisão determinante entre ser e dever ser reflete, na verdade, o mundo de oposições que caracteriza a própria modernidade. Extirpar o ser do processo de realização da ciência jurídica nada mais é que tentar afastar da produção do conhecimento os juízos do pesquisador, tal como queriam Weber e Popper. Ainda que a relação entre o juspositivismo e modernidade seja um fato mais que conhecido, há uma ausência de concatenações que liguem a crise e consequente crítica feita à modernidade com os problemas apontados no juspositivismo, tanto quanto ciência do direito tanto como uma teoria específica do direito. Com isto, quero dizer que o arcabouço crítico- teórico arregimentado face ao juspositivismo pode ser melhor estruturado se imbuir-se das críticas feitas por outros campos do saber, tais como filosofia e sociologia à própria concepção de modernidade.

Contudo, não ousou dizer que a crítica pós-moderna seria o caminho mais interessante a seguir, como propõe Boaventura de Souza Santos, que enxerga a necessidade de uma dupla ruptura que se remeta a quebra com a própria ruptura epistemológica proposta por Bachelard, fazendo emergir assim outro conhecimento que supere tanto o senso comum quanto à ciência moderna (1989). Enquanto a primeira, bachelardiana, seria responsável pela relação dicotômica entre ciência e senso comum à segunda caberia a conciliação destas esferas.

Entretanto, ao pensarmos no campo do direito é necessário nos indagarmos sobre a possibilidade de outra ruptura epistemológica que supere Kelsen, fazendo assim a conciliação entre o ontológico e o deontológico. É desejável a fusão destas duas esferas enquanto potencia epistêmica?

A proposta de Boaventura não é a única imaginável para a saída do imbróglio sobre a demarcação estanque entre ser e dever ser. O marxismo que, como dito anteriormente, não corrobora com a possibilidade de produção de um conhecimento neutro, propõe outro caminho quando aplicado ao direito. É Pachukanis ao historicizar o conceito ao invés do mesmo ser uma descrição abstrata da norma, como quer Kelsen, que coloca um novo caminho. Bilharinho, ao estudar a especificidade da teoria de Pachukanis afirma sobre este ponto:

“Para Pachukanis os conceitos nas ciências sociais não possuem apenas caráter histórico, mas paralelamente a essa “história conceitual” se desenvolve uma história real, que é justamente esse substrato material que progressivamente empresta realidade ao conceito” (p.41, 2008).

Portanto, assim como o marxismo de forma mais ampla propõe que um conhecimento objetivo sobre a sociedade dependa impreterivelmente de um determinado posicionamento ideológico no interior da luta de classes, fazendo com que seja impossível qualquer neutralidade tanto do método quanto do resultado da produção científica, quando aplicado à análise do direito, resulta no entendimento que aponta para a impossibilidade de analisar o dever ser apartado do ser, sem negar, todavia que o campo normativo possui sua especificidade e difere de outras práticas sociais. É preciso ressaltar que o importante aqui é a mudança do modo de apreensão do direito enquanto objeto de análise.

Não colocamos como definitivo o impedimento da produção de conhecimento sobre o direito, todavia, não podemos continuar a fazer ciência do direito enquanto ciência formal do direito que está em estreita relação com a dogmática (Bobbio, 1995), cujo objeto nunca se remete ao mundo fático, tão somente a qualificações normativas deste fato (natureza jurídica). Ao proceder desta forma, caímos no erro de não posicionar as formas jurídicas num determinado tempo e espaço. Além disso, esta metodologia acaba determinando certa postura do pesquisador que evita expor o lugar de onde fala, pois ao se indagar mais sobre a natureza jurídica sem nenhuma relação com o mundo, anula-se qualquer protagonismo do sujeito neste mundo e, portanto, sua parcialidade.

## 7 CONCLUSÃO

Evidentemente que este artigo não encerra todas as questões inerentes ao problema da epistemologia e do método, em especial na relação destes com o campo do direito. Limitamos-nos a afirmar que a erupção destas cosmologias ocorre a partir de um determinado lugar na história das ideias que tem a ver com exigências colocadas pela própria modernidade e que muitas das fissuras apontadas no jusnaturalismo, na verdade são elementos próprios da crise da modernidade. Consequentemente, uma abordagem que traga para o direito os debates das outras áreas do saber sobre o tema tende a ser mais enriquecedora e apontar para caminhos antes não explorados.

Assumimos ainda a complexidade da tarefa de se superar esquemas maniqueístas tão característicos da modernidade sem cair no relativismo paralisante ou no puro empirismo social<sup>9</sup>. Neste sentido, o arcabouço da teoria marxista, mais ainda, aquele aplicado ao problema do direito torna-se ferramenta possível para se pensar a referida problemática.

Como posto na introdução, este trabalho não possui a pretensão de trazer resultados definitivos, tão somente levantar a discussão sobre o tema apresentado, fazendo com que as críticas dirigidas ao positivismo enquanto determinada ciência do direito possam ser estruturada em bases mais interdisciplinares com o fito de melhor enriquecer o debate.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, LOUIS. **Aparelhos Ideológicos de Estado**: notas sobre os aparelhos ideológicos de Estado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1987.

\_\_\_\_\_. **Conjecturas e Refutações**. Brasília: Universidade de Brasília, 1972.

\_\_\_\_\_. **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

\_\_\_\_\_. **Marx dentro de sus limites**. Madrid: Akal, 2003.

---

<sup>9</sup> Falbo, ao enfrentar o problema da pesquisa no campo do direito, nega o empirismo social como alternativa ao juspositivismo (p.196, 2011).

\_\_\_\_\_. **Sobre a reprodução.** Petrópolis: Vozes, 1999.

BACHELARD, Gaston. **Epistemologia.** Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

BOBBIO, Norberto. **El Problema del Positivismo Jurídico.** 3ª ed. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 1994.

CASTELLS, Manuel; IPOLA, Emílio. **Prática epistemológica e ciências sociais.** Porto: Edições Afrontamento, 1973.

FALBO, Ricardo Nery. **Reflexões epistemológicas sobre o direito e a prática da pesquisa jurídica.** Rio de Janeiro: Revista Direito e Praxis, vol. 03, n. 02, 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica a História do Direito.** Curitiba: Juruá, 2009.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen.** São Paulo: Cortez, 2007.

MEDEIROS, Sabrina Evangelista. *Resenha do livro: As Fontes do Self.* Rio de Janeiro. Revista Eletrônica Boletim do TEMPO, ano 2, n. 24, 2007. Disponível em <[http://www.tempopresente.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2899:as-fontes-do-self&catid=13&Itemid=129](http://www.tempopresente.org/index.php?option=com_content&view=article&id=2899:as-fontes-do-self&catid=13&Itemid=129)>. Acesso em 13 Out. 2013

POPPER, Karl. **A miséria do historicismo.** São Paulo: Cultrix, 1961.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** 3.ed. Porto: Edições Afrontamento, 1993.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania:** para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

VIEIRA PINTO, Álvaro. **Ciência e existência:** problemas filosóficos da pesquisa científica. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais.** 2.ed. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **O que é Justiça**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2001.

NAVES, Marcio Bilharinho. **Marxismo e Direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.