

O paradoxo epistemológico da ciência jurídica: uma investigação sobre os limites de um conhecimento objetivo do direito

Macell Cunha Leitão¹

RESUMO:

O presente artigo tem como objetivo analisar os limites e possibilidades de um conhecimento objetivo do direito na tentativa de identificar as características da produção de conhecimento no campo jurídico. Depois de demonstrar os equívocos dos modelos teóricos que afirmam a possibilidade de um conhecimento meramente descritivo do direito, identifica a existência de um paradoxo epistemológico na ciência jurídica, segundo o qual a opinião dos juristas acerca do direito forma a própria “realidade jurídica”. Buscando fornecer uma teoria explicativa para tal fenômeno, o estudo aponta para o grau ontológico de relatividade do conhecimento jurídico que não deve implicar necessariamente num “tudo vale”.

Palavras-chaves: Direito; Epistemologia; Metodologia da pesquisa; Objetividade; Retórica.

The jurisprudence’s epistemological paradox: a research about the limits of objective knowledge of the law

ABSTRACT

This article aims to analyze the possibilities and limits of an objective knowledge of the law to try to identify the features of the production of knowledge in the law. After of demonstrating the mistakes of the theories that assert the possibility of a knowledge merely descriptive of the law, it identifies the existence of an epistemological paradox in jurisprudence, according to which the opinion of the jurists about the law shape the "legal reality". Seeking to provide a theory to explain this phenomenon, the study points to the ontological level of relativity of the legal knowledge that should not necessarily imply an "anything goes".

Key-words: Law; Epistemology; Research methodology; Objectivity; Rhetoric.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Mestre em Teoria, História e Filosofia do Direito e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bolsista Capes.

Introdução

De uma maneira que talvez não possua precedentes na história, nunca se produziu tanto conhecimento jurídico nas universidades brasileiras, ao tempo em que este mesmo saber tem dado pouquíssimas provas de certa consistência teórica ou mesmo de utilidade prática. Para ficar em dois questionamentos: qual o impacto dos trabalhos acadêmicos produzidos pelos crescentes programas de pós-graduação em direito na realidade nacional? Esse aumento quantitativo de produções tem representado uma melhoria nos problemas de efetivação de direitos ou na compreensão dos contornos específicos da realidade jurídica brasileira? Não se trata no presente momento de fazer uma genealogia desta constatação, a qual por certo está relacionada, dentre outros fatores, com as crises vivenciadas pelo próprio modelo de universidade². De todo modo, ao aumento das condições de produção de conhecimento no campo jurídico deve corresponder um questionamento sério, já iniciado por estudiosos da área de epistemologia e de metodologia da pesquisa³, acerca das razões desse suposto déficit de qualidade – ou mesmo, de *cientificidade* – dos trabalhos acadêmicos produzidos na área do direito.

É óbvio que como fundamento desse juízo de valor se encontra determinada visão de como as pesquisas jurídicas *devem ser*, a qual pode ser compreendida enquanto crítica à falta de objetividade do conhecimento jurídico, isto é: não há metodologia na elaboração das pesquisas no campo do direito ou, caso exista, a mesma não consiste senão num conjunto de procedimentos aparentes que permitem aos pesquisadores enunciarem qualquer coisa desde que de acordo com as formalidades habituais de um trabalho produzido no meio acadêmico. A metodologia da pesquisa, assim, ao invés de viabilizar a construção de um caminho que aproxime o trabalho científico de um ideal de objetividade, certeza e racionalidade⁴, tem servido para legitimar uma identificação inapropriada entre as práticas profissional e científica do direito.

² Pode-se constatar uma contundente crítica às demandas impostas às universidades em virtude de uma crescente exigência de produtividade do mercado em Santos (2004).

³ Por todos, cito Nobre (2005), além de mais recentemente Rodrigues e Grubba (2012).

⁴ Conforme será esclarecido nas considerações finais, esses termos são entendidos no sentido popperiano: “O que chamamos objectividade científica nada mais é do que o facto de que nenhuma teoria científica é aceite como um dogma, e que todas as teorias são provisórias e sempre passíveis de críticas severas – de uma discussão crítica racional que visa eliminar erros. Quanto á racionalidade da ciência, ela consiste simplesmente na racionalidade da discussão crítica” (POPPER, 2009, p. 256).

Visando contribuir para o aprofundamento na compreensão dessa problemática, o presente trabalho pretende analisar os limites e possibilidades de um conhecimento objetivo do direito. Não se trata, contudo, de reprisar os debates ocorridos entre os filósofos ao longo da história do pensamento humano, sobretudo diante das contribuições de importantes epistemólogos no século XX, mas de esboçar uma reflexão acerca das características específicas da produção de conhecimento no campo jurídico, buscando, assim, analisar as peculiaridades da relação sujeito-objeto⁵ no direito.

A hipótese é que a denominada “realidade jurídica” – que é em tese significa a correspondência entre determinados enunciados sobre o direito e sua existência fática – consiste num complexo de significações, numa realidade essencialmente linguística⁶, a qual conduz o direito a um “paradoxo epistemológico”⁷, à medida que a opinião que os juristas possuem sobre a realidade jurídica (con)forma esta própria realidade⁸.

Para que uma omissão acerca dos limites deste trabalho não seja entendida como uma possibilidade de aplicação indistinta de suas conclusões, se faz necessário delimitar que a “ciência do direito” analisada está sendo compreendida enquanto uma “ciência dogmática do direito” ou uma “teoria do direito em sentido estrito”, isto é, no âmbito da produção de conhecimento científico que de alguma maneira está relacionado à interpretação das normas jurídicas, seja no âmbito das ciências dogmáticas que buscam sistematizar a elaboração de conceitos a partir do direito vigente⁹, seja no da teoria do direito enquanto metateoria voltada à compreensão e regulação do processo de sistematização, interpretação e aplicação das normas. Assim, a epistemologia tratada no presente trabalho me parece oferecer poucas

⁵ Partindo da perspectiva da filosofia retórica, considera-se que não existem “objetos”, os quais não passam de acordos lingüísticos que os sujeitos estabelecem em conjunto. Contudo, a própria comunicação humana criou essa oposição e é a partir da constatação dessa “realidade” material que se considera essa dicotomia ao longo do trabalho. Ver, para tanto, ADEODATO, 2009a, p. 44.

⁶ No mesmo sentido, Warat (1994, p. 14) afirma que o real “não é senão um complexo, um fluxo, de significações, uma rede de signos, um grande tecido de escrituras intercaladas infinitamente”.

⁷ O termo “paradoxo epistemológico” utilizado no presente trabalho consiste num desenvolvimento conceitual da ideia contida na seguinte passagem de Ferrajoli: “Daqui surge uma responsabilidade da cultura jurídica e politológica, que é tanto mas difícil quanto maior é essa diferenciação e, então, o dever de dar conta da inefetividade dos direitos constitucionalmente estipulados. Existe um paradoxo epistemológico que caracteriza as nossas disciplinas: nós fazemos parte do universo artificial que descrevemos e contribuimos para construí-lo de maneira muito mais determinante do que pensamos. Depende, por isso, também da cultura jurídica que os direitos, segundo a grandiosa fórmula de Ronald Dworkin, sejam levados à sério: já que estas outras coisa não são que significados normativos, cuja percepção e codivisão social como vinculantes é a primeira, indispensável condição de sua efetividade”. (FERRAJOLI, 2011, p. 46).

⁸ Nesse mesmo sentido ADEODATO, 2011, p. 16

⁹ Sobre a distinção entre a doutrina e a dogmática jurídica, ver Nobre (2005, p. 36), o qual defende o seguinte posicionamento: “acho que doutrina está ligada à prática, mas não acho que a dogmática deva se limitar a sistematizar a doutrina; pelo contrário, acho que insistir na distância entre técnica jurídica e Ciência do Direito só pode ser garantida se distinguir entre dogmática e doutrina”.

contribuições em determinados âmbitos de pesquisa acadêmica, como à “filosofia do direito”, à medida que enquanto filosofia não é cabível sua submissão aos constrangimentos discursivos de uma investigação que se pretende científica e, ainda, à “sociologia do direito” por esta se tratar de uma pesquisa empírica cujo direito compõe apenas mais um objeto, podendo desfrutar de outras discussões da epistemologia das ciências humanas em geral.

1. O problema da objetividade do conhecimento humano

Para que a hipótese seja avaliada de maneira crítica, possibilitando ao próprio leitor discordar das conclusões alcançadas, no presente tópico serão expostos sucintamente posicionamentos teóricos divergentes: num primeiro momento, com uma crítica direta ao primado do objeto, tendo em vista o amplo descrédito de uma perspectiva empirista pela teoria do conhecimento contemporânea; e, posteriormente, na apresentação de um modelo analítico de epistemologia jurídica em que se funda uma rígida separação entre descrição e prescrição do direito.

1.1. Crítica introdutória ao primado do objeto: o mito do empirismo

Comumente se percebe nos discursos do senso comum a reprodução da ideia de que o conhecimento científico não consiste senão na captura da realidade (objeto) pelo cientista (sujeito) através de métodos precisos ou, para dizer em uma palavra, de métodos “científicos”. Não causa estranheza, portanto, que recentemente sete especialistas (dentre eles, quatro cientistas) tenham sido condenados por um tribunal italiano a seis anos de prisão por homicídio culposo em virtude de não terem previsto um terremoto que destruiu a cidade de L’Aquila.¹⁰

Esta percepção do senso comum - que, como se pode perceber, radicaliza a uma crença na onipotência da razão científica - reproduz um dos postulados básicos do empirismo, segundo o qual o conhecimento consiste numa *descrição* do objeto, à medida que “o conhecimento flui do objeto, refere-se especificamente a ele e só tem validade quando comprovável empiricamente” (MARQUES NETO, 2001, p. 5). Assim, na relação indissociável entre sujeito e objeto, o empirismo privilegia este elemento como momento

¹⁰ Cf. KALENA, 2012.

único da produção do conhecimento, cabendo ao sujeito apenas capturá-lo de maneira neutra e objetiva.

São muitas as críticas que se pode fazer a essa compreensão epistemológica. Sem recair num simples argumento de autoridade, pode-se afirmar que este certamente seria um tema capaz de unir inequivocamente os principais epistemólogos do século XX. Ao contrário do que enuncia o empirismo ou acredita o senso comum, existe uma distinção fundamental entre *objeto real* e *objeto do conhecimento*. Não promovo no momento a discussão, ainda pertinente, sobre a possibilidade de um objeto real enquanto “coisa em si”, isto é, da existência de objetos independente do sujeito ou da linguagem¹¹; de toda forma, o objeto de conhecimento é sempre “o objeto tal como o conhecemos, isto é, o objeto construído, sobre o qual se estabelecem os processos cognitivos (filosóficos, científicos, artísticos, etc.)” (MARQUES NETO, 2001, p. 14). Não existem, assim, “fatos nus” (FEYERABEND, 2011, p. 33), mas sempre fatos que emergem de certa forma a partir de teorias, de determinadas visões de mundo.

Por outro lado, o que representaria de fato a existência de um cientista neutro, objetivo, senão um sujeito que sequer teria possibilidade de iniciar um trabalho (MARQUES NETO, 2001, p. 59), pois a própria escolha de realizar uma pesquisa representa uma tomada de posição, tanto na escolha sobre *o que* (objeto) vai ser estudado, quanto ao *como* (método): a teoria que permitirá a partir de uma valoração do objeto, a formulação de um problema a ser investigado.

No campo do direito, contudo, o empirismo possuiu influências mais fortes que, até hoje, compõem o senso comum teórico dos juristas¹². Duas explicações podem ser apontadas para este fato. Em primeiro lugar, a influência política-e-epistemológica da Escola da Exegese¹³ que, necessitando vincular os operadores jurídicos ao direito posto pelo Estado em detrimento da pluralidade normativa, passa a enunciar a possibilidade e a necessidade de que o sentido de sua atividade fosse encontrado dentro da própria lei, o que representa um verdadeiro “fetichismo do objeto”.

¹¹ Por razões que serão explicadas adiante, discordo de Popper (2009, p. 245) quando afirma que “existe conhecimento sem um sujeito cognoscente: o conhecimento, por exemplo, armazenado nas nossas bibliotecas. Pode assim haver aumento do conhecimento sem qualquer crescimento da consciência no cognoscente. [...] O conhecimento humano pode crescer fora dos seres humanos”.

¹² Sobre o conceito de senso comum teórico dos juristas, consultar WARAT, 1994; 1995.

¹³ De acordo com recentes discussões no campo da história do direito, a denominada Escola da Exegese consistiu mais numa “caricatura” realizada por um período posterior do que propriamente uma Escola com as características apontadas, por exemplo, em (BOBBIO, 2006, p. 77ss).

Em segundo lugar, existe também um obstáculo epistemológico denominado por Michel Miaille (2005) de “falsa transparência do direito”, pelo qual o conhecimento jurídico é tido por neutro, pois se apresenta objetivamente como uma simples constatação das coisas e das instituições que nos rodeiam, desprezando a indispensável intermediação da teoria em qualquer observação. Por isso nomeamos cientificamente certas realidades como o Estado, o juiz, o contrato, sem saber o que estamos falando, assim, “usamos noções nascidas da prática e conferimo-lhes um valor que elas não tem, acreditando que, por serem habituais e estarem largamente difundidas, são verdadeiras” (idem, p. 45).

1.2. A impossibilidade de uma atividade científica nos moldes estritos da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen

Dentre as teorias jurídicas voltadas para uma análise do estatuto epistemológico de uma possível ciência do direito, nenhuma atingiu o nível de coerência teórica observado na Teoria de Pura do Direito de Hans Kelsen, sobretudo diante de sua pretensão de objetividade na fundação de uma teoria do direito positivo em geral, independente da ordem jurídica a ser aplicada. Nesse sentido, mesmo reconhecendo que o atual modelo de ciência praticado nas faculdades de direito está distante da proposta kelseniana, indispensável o seu confronto teórico com a hipótese levantada no presente trabalho.

No momento histórico em que a Teoria Pura do Direito foi escrita, a ciência do direito estava envolvida numa disputa entre positivistas empíricos de diversos matizes e defensores do direito natural. Diante desse contexto, Kelsen procura elaborar uma teoria que não se propõe a questão de saber como *deve ser* o direito, mas sim *o que é e como é* o direito, estabelecendo, assim, como princípio metodológico fundamental a pretensão de libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos (KELSEN, 2006, p. 1).

Dois aspectos me parecem fundamentais para uma compreensão introdutória da proposta epistemológica contida na Teoria Pura do Direito. Em primeiro lugar, Kelsen parte de uma distinção basilar na sua teoria entre *ser* e *dever ser*, isto é: entre aquilo que factualmente *é* e aquilo que, constituindo o sentido de um ato de vontade dirigido a conduta de um indivíduo, *deve ser*. Essa oposição não é explicada detidamente ao longo do texto por se tratar na visão do autor de “um dado imediato da nossa consciência” (idem, p. 6), contudo, é possível afirmar que constitui um verdadeiro dualismo no sentido de que “da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser

se não segue que algo seja” (idem). Em segundo lugar, o direito que constitui objeto de estudo desta teoria é “uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (idem, p. 5). Assim, as condutas humanas (*ser*) só constituem objeto da ciência jurídica enquanto conteúdo de normas jurídicas (*dever ser*) (idem, p. 79).

Com base nesses conceitos, Kelsen estabelece uma demarcação precisa entre o que constitui o campo do cientista do direito e o da autoridade jurídica. Enquanto o primeiro constrói proposições jurídicas¹⁴ com o objetivo de conhecer de fora “o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento, os órgãos jurídicos têm – por autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica” (KELSEN, 2006, p. 81). O jurista austríaco não desconhece com essa sua afirmação que os órgãos aplicadores também necessitam em certa medida conhecer o direito, mas essa atividade seria apenas um estágio preparatório para o essencial, que é o estabelecimento da norma jurídica: geral, pelo legislador ou individual, pelo juiz (idem). Já quanto aos cientistas, não há na Teoria Pura do Direito sequer uma conjectura sobre a eventual necessidade de produção do direito.

Essa demarcação entre as funções permite a Kelsen responder em que consiste especificamente a atividade científica no direito. Para ele, a ciência jurídica “apenas pode *descrever* o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), *prescrever* seja o que for” (idem, p. 82) (grifei). É evidente que, a proposição jurídica, ao descrever uma norma, também termina tendo o sentido de um dever ser, contudo, frise-se: “o dever-ser da proposição jurídica não tem, como o dever-ser da norma jurídica, um sentido prescritivo, mas um sentido descritivo” (idem, p. 84).

Baseado nisso – e esse é o ponto de maior interesse para a hipótese que se quer analisar – Kelsen nega peremptoriamente que a ciência jurídica consista de alguma forma numa fonte do direito. Ao restringir a função do cientista do direito à descrição da norma, inclusive, de uma maneira “alheia aos valores”, isto é, “sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional” (idem, p. 89), sua teoria nega à atividade científica qualquer papel criativo. Pelo contrário: um escritor que deseje

¹⁴“Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas” (KELSEN, 2006, p. 80).

realizar uma função jurídico-científica e não jurídico-*política*, deve se restringir a “estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica” (idem, p. 395), deixando ao órgão aplicador a escolha dentre as decisões possíveis. Daí porque o modelo kelseniano, se correto, refuta a hipótese aqui levantada de que o conhecimento produzido pelos cientistas do direito em certa medida conforma a própria “realidade jurídica”, o que implica dizer sobre a impossibilidade de uma atividade jurídico-científica objetiva, absolutamente separada da política.

Farei algumas considerações sobre a proposta da Teoria Pura do Direito, deixando para o momento seguinte a fundamentação da hipótese levantada. Ressalto também minha despreocupação no presente momento em fazer: a um, uma análise psicologista ou historicista da pretensão de Kelsen, isto é, não me interessa por ora se seus enunciados possuam no contexto de então a pretensão de afastar da prática científica do direito a influência do direito natural; e, a dois, uma análise pragmática das possíveis consequências de sua teoria se aplicada na atividade jurídico-científica brasileira, pois será analisada de maneira estrita a correção dos argumentos.

Inicialmente, é preciso explicitar o fundamento que permite ao jurista austríaco estruturar sua argumentação, o qual fica mais evidente na seguinte passagem:

no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. [...] a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sentido unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica. *Esta “produção”, porém, tem um puro caráter teórico ou gnoseológico.* Ela é algo completamente diferente da produção de objetos pelo trabalho humano ou da produção do Direito pela autoridade jurídica. (KELSEN, 2006, p. 81-2). (grifei).

Como se pode perceber, Kelsen, de maneira coerente com certa tradição analítica, reitera a confiança na possibilidade – criticada no subtópico anterior – de um conhecimento puramente teórico, isto é, de um ato gnoseológico que, privilegiando o objeto do conhecimento em detrimento do sujeito, em nenhuma medida consista numa “produção” – as aspas na citação acima não são ocasionais.

Para reforçar essa crítica é interessante observar esse tipo de contradição na própria teoria kelseniana. Ao explicar em que consiste a Teoria Pura do Direito, o jurista austríaco afirma, como já citado, que não se procurará responder como *deve ser* o direito e sim *o que é*

e *como é*. Mais adiante, ele afirma acerca da validade das normas que “uma norma que nunca em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que – como costuma-se dizer – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida” (idem, p. 12). Como se percebe, é duvidoso identificar se essa afirmação não extrapola os limites da constatação. Não que haja qualquer contradição intrínseca em que o *dever ser* dependa em certa medida do *ser*, afinal, é a eficácia do ordenamento (*ser*) que possibilita que a norma hipotética fundamental (*dever ser*) seja pressuposta enquanto fundamento de validade e unidade do sistema jurídico. Contudo, fazer depender a validade de uma norma específica do que Kelsen considera como eficácia, sem sequer ressaltar o *quantum* de eficácia é necessário para tanto¹⁵, dificilmente pode ser visto como um ato de descrição do direito, pois esse raciocínio permite aos juristas constituírem critérios de validade para as normas que não precisam estar em acordo com a norma superior que se quer tão somente identificar. Em outras palavras, Kelsen não está apenas a dizer como o direito factualmente *é*, mas sim o que *deve ser* considerado como o direito que *é*.

Sua própria Teoria Pura do Direito, portanto, não consiste num ato gnoseológico puro, mas antes faz o que já fora explicado na crítica ao primado do objeto: estipula uma teoria determinada que lhe permite “visualizar” os fatos como tais. Um bom contra-argumento ao que formulo seria simplesmente dizer que a Teoria Pura do Direito consiste numa metateoria e, sendo assim, não se submete aos constrangimentos discursivos que estipula para as demais atividades jurídico-científicas. De toda forma, esse argumento além de consentir que Kelsen realiza uma grave omissão na formulação de sua proposta, precisa também responder categoricamente em que medida e por que determinadas teorias podem consistir numa simples “produção” teórica e outras não.

2. O paradoxo epistemológico na produção de conhecimento da ciência jurídica

2.1. A especificidade de um paradoxo epistemológico do direito

Um argumento destinado a refutar a própria construção da hipótese que norteia o presente trabalho poderia consistir em questionar as razões que levariam ao posicionamento de que a ciência jurídica possua um paradoxo epistemológico específico, diferente das demais ciências, sobretudo, das ciências humanas com a qual compartilha um significativo referencial

¹⁵ Sobre a ausência na teoria kelseniana de uma definição acerca do *quantum* de eficácia é necessário para a validade de normas singulares, ver SCHWARTZ; SANTOS NETO, 2008, p. 194.

teórico em comum. Trata-se de um argumento pertinente, pois não atende aos interesses da própria teoria do conhecimento a abertura de uma problemática específica, se cabível em termos mais gerais. Contudo, estando assente a clarificação anterior acerca do sentido de ciência jurídica trabalhado aqui, existem pelo menos duas razões para considerarmos a existência de um paradoxo específico.

Em primeiro lugar, a ciência jurídica enquanto ciência dogmática e, mesmo, enquanto teoria do direito possui uma história própria que lhe legou determinados constrangimentos discursivos que as demais ciências não estão submetidas. O principal desses constrangimentos consiste na vinculação ao texto, isto é, a produção de conceitos da ciência jurídica ocorre sempre a partir da existência de certos textos que são identificados por determinada comunidade jurídica como dotados de autoridade. Para analisar um exemplo extremo, até mesmo a Teoria Pura do Direito de Kelsen, que se propôs a ser uma teoria do direito em geral, independente da ordem jurídica específica, só faz algum sentido no contexto da modernidade em que as normas passam adquirir alguma centralidade pela autoridade estatal. Não se trata com isso de afirmar que as ciências naturais e as demais ciências humanas sejam por isso mais ou menos objetivas, mas de que seus “objetos de conhecimento” não são tão suscetíveis à modificação em virtude de possíveis alterações nos “objetos reais”¹⁶.

Em segundo lugar, em qualquer sociedade o direito se constitui a partir de uma interação mútua entre uma matriz política e uma matriz epistemológica¹⁷. Isso representa, dentre outras coisas, que uma ciência jurídica *objetiva* possui uma implicação específica para o conjunto da sociedade diferente dos eventuais prejuízos quando as outras ciências não são. O discurso de legitimidade do atual direito moderno, por exemplo, se estrutura a partir do entendimento que suas decisões nada mais são senão a aplicação a todos os indivíduos do posicionamento ético vencedor em determinado momento histórico, escolhido com base nas regras aceitas pelas partes que disputaram o poder. Em outras palavras, se consentimos com esse discurso de legitimidade da atual matriz política, é quase que inevitável passarmos a considerar necessário que a matriz epistemológica seja o mais neutra possível, à medida que uma eventual produção de significados por parte dos cientistas do direito deturparia o tal posicionamento ético vencedor¹⁸. Este não é, reitero, o âmbito do presente trabalho:

¹⁶ Não considero que exista, de fato, algum objeto em si que não seja de conhecimento. De toda forma, o uso linguístico desses termos facilita a comunicação das ideias que se quer representar.

¹⁷ Ver, nesse sentido, ANDRADE, 2003.

¹⁸ Esta observação parece meramente teórica, mas não é por acaso a observação de Rocha (2003, p. 65) acerca da proposta “epistemológica” da teoria crítica, à medida que pretende “uma neutralidade de segundo grau, que,

independente dos que, adotando determinado discurso político, defendem ou não a *necessidade* de que a atividade científico-jurídica seja objetiva, proponho neste âmbito um questionamento sobre a *possibilidade* de tal empreendimento.

2.2. A confusão entre descrição e prescrição na atividade científico-jurídica

Existem diversas maneiras de focalizar o significado que se “esconde” por trás do significante *direito*, a qual tem originado uma série de discussões entre os acadêmicos da área, fazendo com que um questionamento aparentemente terminológico como “o que é o direito” represente uma profunda indagação filosófica. Não pretendo sequer apresentar as nuances desse debate, mas diante de sua condição de preliminar para os propósitos aqui expostos, destaco que o direito será compreendido enquanto linguagem. Essa percepção não implica numa discordância com aqueles que visualizam o direito por uma ótica essencialmente material, identificando-o, por exemplo, a partir das situações concretas de fruição dos direitos, mas tão somente em identificar na linguagem o campo privilegiado onde os direitos são construídos, não por acaso os textos – isto é, os significados desses textos – constituem o principal dado de entrada para a própria concretização do direito.

Essa condição do direito enquanto linguagem é percebida sobremaneira na ciência do direito, cuja atividade consiste basicamente numa produção conceitual a partir de textos vinculantes, isto é, a partir de textos dotados de autoridade postos por atos de poder¹⁹. Ferraz Jr explica didaticamente essa questão ao afirmar que o problema da ciência jurídica não é uma questão de verdade, mas de “decidibilidade”, assim, ela não faz mais senão produzir uma interpretação de outra interpretação, estando esta incumbida de fixar um ato doador de sentido que impeça o recuo ao infinito (1977, p. 44-5; 72). Em outras palavras, enquanto as ciências em geral estão preocupadas em produzir afirmações verdadeiras acerca dos fatos sociais ou naturais e, por isso, os significados de outros textos não possuem relevância desde que suas teorias tenham maior potencial explicativo da “realidade” que se quer conhecer; a ciência jurídica, mais do que uma eventual verdade dos fatos, se dedica a produzir conceitos acerca de

mesmo admitindo seus pressupostos político-ideológicos, julga-se competente para decretar os novos rumos da ciência do Direito. [...] o problema não é a construção de uma nova ciência do Direito que admita problematizar também a sua função social, como se o problema do Direito fosse unicamente abordar a política. A questão é simultaneamente epistemológica”.

¹⁹ Ferraz Junior (1980, p. 35) afirma que “o pensamento dogmático parte de textos – textos vinculantes – os quais só podem ter um sentido através da conceptualização que deles decorre. Por isso, o pensamento dogmático acaba permitindo uma manipulação dos próprios dogmas. É nesses termos que se torna possível afirmar que a Dogmática se transforma num instrumento de poder”.

um texto posto por um legislador ou por outra autoridade. Esses conceitos serão novamente interpretados por outros profissionais do direito dando seguimento ao processo de produção linguística do direito a ser concretizado, contudo, como mencionado, seu ponto de partida, pelo menos, já havia sido dogmatizado.

Esse elemento da atividade científica do direito impõe uma característica importante: seu ato de cognição tem por objeto um ato de poder. Mas, não só. Este ato de cognição necessita por vezes realizar uma verdadeira opção decisória, pois “sua intenção não é apenas conhecer, mas também conhecer tendo em vista as condições de aplicabilidade de norma enquanto modelo de comportamento obrigatório” (FERRAZ JR, 1977, p. 15). Daí pode se originar o seguinte questionamento: o que garante que a “cognição” efetuada pela ciência do direito não transforma problemas axiológicos em meros problemas semânticos?²⁰ É exatamente esse elemento que permite a Warat (1994, p. 25) afirmar que “a dogmática jurídica cumpre a importante função de reformular o direito positivo, sem provocar uma inquietude suspeita de que esteja realizando esta tarefa”.

É interessante observar como essa percepção já constava em proporções menos significativas na citação acima realizada em que Kelsen critica Kant por este considerar que, diante da pluralidade das normas, a atividade da ciência jurídica de apreender o objeto como um todo com sentido possui um caráter constitutivo do próprio objeto. Contudo, não apenas a sistematização das normas, mas muitas outras atividades como o “preenchimento” das lacunas²¹, a conceitualização acerca dos significantes contido nos textos, a produção de teorias para a solução de antinomias ou aplicação do direito, etc.

Essa confusão entre a descrição e prescrição da atividade científico-jurídica – ou, se se quiser científico-jurídico-política – aqui, denominada de “paradoxo epistemológico”, demarca, portanto, uma importante diferença na relação entre sujeito e objeto na ciência jurídica do que ocorre com as demais ciências. Quando um físico, por exemplo, produz um enunciado equivocado acerca de determinada lei da natureza, esta permanece invariavelmente a mesma, até que novas teorias, novos instrumentos metodológicos possibilitem uma refutação da teoria anterior. A teoria refutada pode até ter sido considerada válida pela comunidade científica relevante, mas a *realidade*, o mencionado “objeto real”, permanece

²⁰ Ver, nesse sentido, WARAT, 1995, p. 25.

²¹ “Definitivamente, pode-se afirmar que uma lei justa aparece sempre como uma norma clara; e uma disposição legal, que se concebe como injusta, aparece sempre, aos olhos do intérprete, como obscura, e, às vezes como uma ausência legislativa uma lacuna da lei” (WARAT, 1995, p. 24).

invariável. No mesmo sentido quando um sociólogo faz afirmações falsas acerca das condições de trabalho vivenciadas por determinado grupo, seu erro pode até induzir políticas públicas equivocadas para correção do problema, mas não só existe a possibilidade de que um novo estudo aponte o equívoco anterior, quanto não será possível atribuir ao tal estudo o status de determinante para a instauração da política pública. Na ciência do direito, contudo, a situação é diferente. A conceituação da comunidade científica relevante acerca de determinado termo não consiste em mais um significado de um objeto que se constitui autônomo, mas na própria *realidade* que se quer apreender, isto é, no próprio objeto.

Em forte medida isso representa também que a produção conceitual da atividade científica do direito é autoreferencial. Por óbvio, não estou contraditando a afirmação acima de que existe uma primeira interpretação oferecida pelo ato de uma autoridade, nem se pode negar que esta transforma significativamente a realidade jurídica. Contudo, em alguns momentos, essa vinculação ao ato de poder é tão fugidia que beira mesmo à autoreferencialidade. Um exemplo claro dessa afirmação na teoria do direito é a discussão entre os autores acerca da distinção entre regras e princípios. Existem opiniões para todos os gostos, desde os que defendem a inexistência dos princípios, aos que lhes consideram mandados de otimização, normas com alta carga de generalidade ou meras figuras retóricas para redefinição dos sentidos da lei. Nenhum desses pesquisadores, entretanto, está se referindo a algum objeto material como a gravidade ou a condição de vida do trabalhador. O objeto que lhes permitem produzir seus enunciados – o texto normativo dos atuais ordenamentos jurídicos modernos, por exemplo – não consiste tanto numa condição para a formulação da teoria, quanto a teoria consiste na própria condição de “construção” do objeto. Em outras palavras, suas teorias são verdadeiras fontes do direito de tal forma que a escolha entre elas ou a interpretação que se fará a partir delas implicará diretamente no direito a ser concretizado.

Outro exemplo pode ser encontrado quando a dogmática jurídica afirma que “existe” determinado princípio em sua disciplina. Lenio Streck (2011, p. 148-9) traz um rol interessante desses, como os princípios da confiança, da não-surpresa, da alteridade, da felicidade, etc. Em todos esses casos, independente da possibilidade de crítica às incompreensões dos dogmáticos acerca de sua própria atividade, sua descrição pretensamente neutra do direito terá, em meio à argumentação que caracteriza os discursos judiciais, idêntico “peso” às normas postas pelas autoridades competentes.

3. O problema da linguagem para um conhecimento objetivo do direito

A análise elaborada até o presente momento coincide com “fatos” que por vezes parecem óbvios a estudiosos do campo jurídico como a impossibilidade de uma verificação empírica dos resultados alcançados em suas pesquisas e, sobretudo, a confusão entre descrição e prescrição de seus enunciados. Contudo, ainda permanece a dúvida acerca das razões dessa limitação da linguagem jurídica. Identifico na filosofia retórica²² uma teoria que tem conseguido responder satisfatoriamente acerca dessa problemática.

Suscitar a retórica como teoria explicativa de uma linguagem jurídica que encontra dificuldades para atender a uma pretensão política e epistemológica de objetividade levanta sérias suspeitas. A primeira delas consiste em entender que essa tradição filosófica é por demais relativista e como tal só pode servir para o propósito de desestruturação de uma verdadeira teoria do conhecimento jurídico. As origens deste preconceito, entretanto, estão relacionadas desde uma pura incompreensão do que representa a retórica após o *linguistic turn* à própria vitória de uma perspectiva essencialista na história da filosofia. De toda forma, desconsiderando esse importante debate, é importante explicitar que ao defender um ponto de vista retórico no presente trabalho, estou falando em termos igualmente ontológicos: entendo que a retórica está certa e que “a” ontologia está errada na sua visão epistemológica do direito²³.

A retórica está situada historicamente num debate, que remete aos primórdios da filosofia ocidental, com uma perspectiva ontológica. Na origem dessa disputa está um problema de ordem antropológica. De acordo com João Maurício Adeodato, enquanto a ontologia tem por base uma antropologia “rica” ou “plena” do ser humano, a retórica parte de uma antropologia “pobre” ou “carente”. Os essencialismos concebem o ser humano como a espécie triunfante que domina a natureza e constrói seu próprio mundo, portadora de um aparato cognoscitivo capaz de alcançar racionalmente enunciados que todos seriam constringidos a aceitar. Nessa perspectiva, a linguagem é entendida como mero instrumento

²² Consultar ADEODATO (2009a, 2009b, 2009c, 2011) e BALLWEG (1991).

²³ Existe uma aparente contradição nessa negação “ontológica” da ontologia. Sobre isso, Adeodato explica que o termo não se vincula necessariamente um “essencialismo” escolástico, sendo inevitável a menção a determinado grau de ontologia. “Uma ontologia qualquer é logicamente inevitável, ela fornece o pressuposto ôntico e lógico de qualquer gnoseologia, pois só a partir de uma ontologia é possível unir uma palavra a outra e afirmar alguma coisa de alguma coisa; só ela constitui o contexto” (ADEODATO, 2009c, p. 259).

na descoberta e comunicação dessa verdade ontológica (ADEODATO, 2011, p. 6; ADEODATO, 2009a, p. 16-7).

Por outro lado, para a retórica, o ser humano é um ser retardado e metafórico²⁴ que necessita compensar seu distanciamento da natureza circundante e, portanto, a linguagem não é apenas o máximo de acordo possível, é o único (ADEODATO, 2009a, p. 17). Para ela, não existe nada que esteja fora da linguagem, sendo o conhecimento “formado por acordos linguísticos intersubjetivos de maior ou menor permanência no tempo, mas todos circunstanciais, temporários, autorreferentes e assim passíveis de constantes rompimentos” (ADEODATO, 2011, p. 7). Não se trata com isso de dizer que a verdade seja relativa a cada um, pois a intersubjetividade da linguagem permite ao homem exercer um controle público sobre nossas afirmações²⁵. Mas, também não significa que este controle possibilite uma verdade impassível de controvérsias, à medida que a linguagem expressa a própria limitação da condição humana.

Ao ser humano, enquanto ser limitado, só lhe é permitido conhecer *relatos* sobre “o” mundo. É por isso que não podemos ter certeza se Pedro Álvares Cabral chegou ao Brasil em 1500 ou se a democracia é o melhor modelo político já existente. Não existe uma realidade em si – como se diz, “objetiva” – a espera de ser desvelada pelo homem através do seu aparato cognoscitivo²⁶. Com essa ideia, de retórica (material), se quer expressar que ao mesmo tempo em que vivemos distintas realidades, a linguagem constitui o único ponto comum entre elas e, portanto, o único campo para conhecimento que o ser humano pode ter do mundo (ADEODATO, 2009a, p. 16). Essa, repito, é a própria condição antropológica humana, anterior a qualquer tentativa de reflexão: por isso a menção anterior de que se está tratando em termos ontológicos. Afinal, nada mais ontológico do que a afirmação de que a verdade é retórica.

²⁴ “O aparato cognoscitivo é inadequado ao mundo, o que constitui uma fraqueza do conhecimento, mas a consciência dessa inadequação constitui uma compensação que fortalece o conhecimento; isso decorre da consciência do irracional e não se confunde com a inverdade, a qual é consequência de uma inadequação por erro do sujeito” (ADEODATO, 2011, p. 46).

²⁵ “Isso não implica que a realidade seja subjetiva, pelo menos no sentido de dependente de cada indivíduo, muito pelo contrário. O maior ou menor grau de “realidade” de um relato vai exatamente depender dos outros seres humanos, da possibilidade de controles públicos da linguagem” (ADEODATO, 2011, p. 18). Também não se trata de solipsismo, ver para tanto ADEODATO, 2011, p. 36.

²⁶ “Não há diferença entre quasares e os buracos negros, de um lado, e os anjos e demônios medievais e contemporâneos, de outro. O ser humano hoje vive e crê em carros, árvores e arranhas-céus; da “realidade” medieval [...], além de animais e pessoas, fazem parte do mundo bruxas e predições. É por isso que um juiz contemporâneo não aceitaria na lide argumentos baseados em viagens no tempo e cidadãos na Europa medieval não compreenderiam histórias sobre viagens em foguetes e aviões. O importante é a crença no relato, e essas relações comunicativas fazem a retórica material” (ADEODATO, 2009a, p. 33).

Por essa razão a pergunta sobre uma possível *realidade* dos enunciados de determinada ciência “por trás da linguagem não tem qualquer sentido, pois o ser humano é linguisticamente fechado em si mesmo, em um universo de signos, sem acesso a qualquer ‘objeto’ para além dessa circunstância” (ADEODATO, 2011, p. 18). Não existe qualquer realidade que não ocorra na própria linguagem. Assim, mais fundamento ainda encontra a hipótese levantada no início deste trabalho de que a realidade jurídica – composta essencialmente por textos, sem qualquer “objeto real” para além da própria linguagem que lhe é peculiar – não é senão um complexo de significações, o que explica as razões pela qual ocorre o denominado paradoxo epistemológico da ciência do direito.

É claro que, diante dessa fragilidade do nosso aparato cognoscitivo, uma perspectiva filosófica que diz sermos capazes de alcançar verdades corresponde muito mais às nossas expectativas. Contudo, um ceticismo gnoseológico nos é mais útil do que um “otimismo” que desconsidera as limitações humanas, pois somente reconhecendo-as podemos aproximar o conhecimento que produzimos acerca do direito de um desejado ideal de certeza.

Considerações finais

Conforme espero que tenha ficado claro ao longo da exposição das ideias, não pretendi neste artigo apresentar um posicionamento acerca de como acredito que deva se desenvolver a atividade científica no direito, pois sem a devida compreensão dos aspectos estruturais do direito, se torna quase ficcional apontar para qualquer *dever ser*. Por outro lado, mesmo motivado por uma pretensão essencialmente descritiva, é de se esperar que os leitores entendam a partir deste trabalho a defesa de um relativismo em detrimento da objetividade que se espera da atividade científica. Essa possibilidade de interpretação do presente texto coloca a necessidade de expressar alguns posicionamentos acerca da pesquisa jurídica atual.

Concordo com Marcos Nobre (2005) quando afirma que o *parecer* se tornou o modelo de pesquisa em direito no Brasil, à medida que os pesquisadores recolhem dentro do material disponível apenas a porção que vem ao encontro da tese a ser defendida, dessa forma, a resposta é obtida antes mesmo de se fazer a pergunta. Incorporando esse pensamento ao que foi desenvolvido até o momento acerca dos limites ontológicos de um conhecimento objetivo do direito, seria plausível uma afirmação que entendesse pela impossibilidade da pesquisa

jurídica ser, de fato, algo mais do que um parecer. Contudo, esse não é o posicionamento que se leva a efeito a partir das conclusões alcançadas neste trabalho.

Entender pela impossibilidade do objetivo não equivale à incorporação do “tudo vale” da prática profissional do direito²⁷. O conhecimento científico-jurídico não tem condições de avançar se suas conclusões possuem o mesmo rigor teórico das opiniões comuns, ou pior, se não se busca metodologias que permitam aos pesquisadores questionar criticamente acerca das razões (mesmo que subjetivas) que influenciaram na construção dos resultados de seus trabalhos. Em outras palavras, não é o relativismo – enquanto reconhecimento da existência de diferentes possibilidades de visualização do mesmo “objeto” – que prejudica o avanço do conhecimento científico do direito, mas o fechamento discursivo de determinadas teorias em torno das verdades aceitas dentro do seu paradigma²⁸. Anuo, nesse sentido, com Karl Popper quando afirma que

embora só “relativamente” possamos julgar as teorias, no sentido de as compararmos umas com as outras (e não com a verdade, que não conhecemos), tal não significa que sejamos relativistas [...] Pelo contrário, ao compará-las, tentamos encontrar aquela que julgamos mais se aproximar da (desconhecida) verdade. Portanto, a ideia de verdade (de uma verdade “absoluta”) desempenha um papel importantíssimo na nossa discussão. Constitui a nossa principal ideia reguladora. Embora nunca possamos justificar a afirmação de que chegámos à verdade, podemos muitas vezes fornecer boas razões, ou uma justificação, segundo as quais uma teoria se deve considerar mais próxima dela do que outra (2009, p. 258).

Assim, no plano prescritivo de uma metodologia da pesquisa jurídica, acredito que incentivar o debate entre diferentes marcos teóricos possibilita a existência de um debate crítico apreciativo capaz de aproximar intersubjetivamente os resultados dos trabalhos acadêmicos de um desejado ideal de objetividade, permitindo que, finalmente, tais pesquisas sirvam ao propósito básico de compreensão da realidade jurídica nacional²⁹. É possível que, de início, os primeiros resultados sejam tão somente o da própria desmistificação: a elaboração de uma hodierna teoria do direito que aponte as razões do distanciamento entre as promessas epistemológicas e funcionais da doutrina jurídica hegemônica. Em todo caso, o reconhecimento da existência de um inevitável paradoxo epistemológico da ciência jurídica

²⁷ Ver as críticas de Rodrigues e Grubba (2012, p. 96ss.) ao que denominam de “carnaval na pesquisa jurídica”.

²⁸ Entendo “paradigma” a partir de uma adaptação do conceito original que Thomas Kuhn (2011) aplicou às chamadas “ciências normais”, isto é, enquanto modelo reconhecido de verdade aceito pela comunidade científica em determinado contexto histórico.

²⁹ Ver a crítica de Popper (2009) ao que denomina de mito do contexto.

pode servir de balizamento para que uma atividade científica que, consciente de suas limitações, não confunda o seu desenvolvimento real com o que os manuais simplesmente dizem ser. Como visto, novas prescrições para o desenvolvimento da atividade científico-jurídica não servirão para que ela alcance as desejadas conclusões apodíticas de um racionalismo moderno, mas tão somente para possibilitar que nossos pareceres se aproximem do que se espera de uma verdadeira sentença.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo : Saraiva, 2009.
- _____. **Ética e retórica** : para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.
- _____. **Filosofia do direito** : uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2009.
- _____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo : Noeses, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2003.
- BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. Trad. João Maurício Adeodato. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXXIX, fasc. 163. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução: Alexandre Salim, et. al. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo, Atlas, 1977.
- _____. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. Tradução Cezar Augusto Mortari. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- KALENA, Fernanda. Itália condena sete cientistas por não prever terremoto. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 out. 2012.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2006.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10 ed. São Paulo : Perspectiva, 2011.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3ª ed. Editorial Estampa, 2005.

NOBRE, Marcos. O que é pesquisa em Direito? In: NOBRE, Marcos *et alii*. **O que é pesquisa em Direito?** – São Paulo: Quartir Latin, 2005.

POPPER, Karl. **O mito do contexto** : em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; GRUBBA, Leilane Serratine. **Conhecer Direito I**: a teoria do conhecimento no século XX e a ciência do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Universidade no século XXI**: para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade. São Paulo: Cortez, 2004.

SCHWARTZ, Germano; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O sistema jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças. **Direitos Fundamentais & Justiça**, nº 04, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

_____. **Introdução Geral ao Direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.