ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O DIREITO COMO CIÊNCIA

THE LAW AS SCIENCE

Reis Friede*

RESUMO: O presente artigo analisa a posição majoritária da doutrina que entende o Direito como autêntica e genuína ciência autônoma, abordando, principalmente, o conceito de ciência, a classificação binária das ciências e a classificação da Ciência do Direito, dentre outros conceitos jurídicos relativos ao tema em questão.
Palavras-chave: Direito. Ciência Autônoma. Conceito. Classificação.

ABSTRACT: This article examines the majority's position of the doctrine that believes the law as an authentic and genuine autonomous science, addressing mainly the concept of science, the binary classification of the sciences and the classification of the Science of Law, among other legal concepts relating to the subject in question.
Keywords: Law. Autonomous Science. Concept. Classification.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Cândido Mendes – FDCM. Professor da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Desembargador Federal. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Não obstante a tese segundo a qual o *Direito* se constitui em efetivo *ramo científico* ter sido negligenciada no passado por expressiva parcela de estudiosos, na atualidade contemporânea é praticamente unânime (senão, pelo menos, amplamente majoritária) a posição doutrinária que entende o *Direito* como autêntica e genuína *ciência autônoma*.

Ainda que se possa discutir se o *Direito* constitui-se na própria *ciência* efetiva ou, ao contrário, é apenas o *objeto de uma ciência* (a chamada *ciência do direito*), a verdade é que poucos são os autores que ousam desafiar a visão dominante do *Direito* como ciência e suas principais consequências, especialmente após o advento da notável obra de *Hans Kelsen*, *Teoria Pura do Direito*, em que o autor logrou demonstrar, como mentor do positivismo jurídico moderno, a *pureza jurídica* do *Direito* em seu aspecto tipicamente científico.

Mesmo assim, entre nós ainda existem aqueles que simplesmente defendem o ponto de vista do *Direito* como uma *forma não-científica*, desafiando não só o caminho lógico-evolutivo do estudo do *Direito*, mas, particularmente, a acepção mais precisa (e correta) da expressão ciência.

> [...] não é rigorosamente científico denominar o *Direito* de *ciência*. [...] s pretensas *ciências sociais*, com ranço comtiano, onde se costuma incluir o *Direito* [...] não oferecem princípios de validez universal que lhes justifiquem a terminologia [...]. (JACQUES, Paulino. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.)

> O *Direito não é ciência*, mas *arte*; como também ramo da *moral.*ENY. **Science et Téchnique en Droit Privé Positif**. 2ª édiction, Tome I. Paris, 1927.)

> As regras do Direito são preceitos artísticos, normas para fins práticos, determinações ordens, que se impõem à vontade. *Não se confundem com as afirmações científicas, que se dirigem à inteligência*. (LESSA, Pedro. **Estudos de Philosophia do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1912.)

A ciência jurídica é considerada ora como scientia, pelo seu aspecto teórico, ora como ars*, pela sua função prática*. Outros ainda dão ao problema uma solução eclética.[1]

2 CONCEITO DE CIÊNCIA

A questão central, nesse contexto de atuação, ao que tudo indica, parece ser, sob o prisma de sua própria especificidade, os múltiplos e variáveis conceitos de *ciência*, bem como, as possíveis e diferentes traduções do vocábulo em epígrafe.

Nesse sentido, resta oportuna a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.[2] para quem "a expressão *ciência* não é *unívoca*; não obstante de com ela se pretender designar um tipo específico de conhecimento, não há um critério único e uniforme que determine sua extensão, natureza e caracteres, devido ao fato de que os vários critérios têm fundamentos filosóficos que extravasam a prática científica."

De qualquer sorte, o que caracteriza a *ciência*, na acepção atual, não pode ser, em nenhuma hipótese, como deseja *Paulino Jacques*, uma pretensa e utópica *validez universal de seus princípios*, independentemente de meridianos e paralelos, uma vez que, de forma absolutamente diversa, a noção contemporânea de *ciência* reside *no escopo próprio de sua atuação*, ou seja, *na busca, constante e permanente, pela verdade* (ou, ainda, em outras palavras, na perene explicação evolutiva dos diversos fenômenos naturais e sociais).

Em essência, - é oportuno ressaltar -, inexiste, de forma insofismável, a efetiva possibilidade de se ter *fato* gerando *normas* de *validade sinérgica*, acima de qualquer possibilidade de contestação no espectro temporal-evolutivo.

Muito pelo contrário, o que a *ciência* realiza, no âmbito de sua atuação, é exatamente *conceber*, caracterizando e criando através de interpretações próprias (porém, com escopo de generalização), a melhor explicação de um dado fenômeno particular (natural ou social), em um considerado momento histórico (onde aspectos culturais, geográficos, organizacionais, etc. necessariamente possuem sua esfera (maior ou menor) de influência).[3]

1 DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

2 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973.

3 Assim é que nos primórdios da *Física*, a melhor explicação científica para o fenômeno da queda de um objeto em direção ao chão não passava pela atual e complexa teoria da *gravitação universal*, preferindo, por ausência

A concepção básica de *ciência* (incluindo seu conceito específico), por efeito consequente, não pode considerar a existência de *princípios de validez universal*, tendo em vista que a validade intrínseca dos princípios e pressupostos científicos são sempre mutáveis no tempo e no espaço, em decorrência da própria e necessária *evolução* dos conceitos científicos.[4]

Por efeito consequente, a *ciência* não pode, sob pena de sublime subversão lógico-conceitual, ser encarada como algo que se traduz por uma *verdade absoluta*, mas, ao contrário, necessariamente deve ser entendida como algo que *busca*, de forma constante e permanente, a *verdade* (em sua acepção plena), aproximando-se cada vez mais da mesma, porém sem nunca poder atingi-la, ou mesmo tangenciá-la com plena segurança.[5]

3 CLASSIFICAÇÃO BINÁRIA DAS CIÊNCIAS

Se é plenamente correto afirmar, nesse diapasão, que as *ciências*, de modo geral, não se traduzem em *verdades absolutas* (ou, sob outra ótica, em princípios imutáveis e intangíveis de validez permanente e universal), mas

de melhor interpretação, os "cientistas" da época, entenderem o fato (na qualidade de efetivo acontecimento no mundo real), através da singela concepção da existência de uma pretensa "*mão invisível*" que simplesmente empurrava todo e qualquer objeto em direção ao solo.

Mas mesmo com todo o desenvolvimento da *Ciência da Física*, o homem ainda não foi capaz de explicar, de forma inequívoca, o simples fato da queda de um objeto em direção chão, considerando, sobretudo, que a vigente *lei da gravidade* (corolário da teoria da gravitação universal) parte de um *princípio básico* de validez universal amplamente contestável e que poderia ser resumido, não obstante algumas complexidades que deixaremos ao largo, da seguinte maneira: um corpo de *massa menor* é sempre *atraído* em direção ao corpo de *massa maior*, determinando, em consequência, que qualquer objeto (de massa relativa desprezível) simplesmente "caia" em direção ao centro do planeta (que possui massa infinitas vezes maior), sendo contido apenas pelo obstáculo natural que é exatamente a sua superfície (ou seja, o chão).

Como o pressuposto básico da *atração gravitacional* como concebida na atualidade contemporânea, pressupõe a existência de *corpos com massa*, a *Física* de hoje simplesmente não é capaz de explicar a descomunal *atração gravitacional* que exerce os chamados "*buracos negros*", na qualidade de corpos celestes desprovidos de matéria, e, por consequência, de *massa*.

4 É evidente que os denominados *Princípios Gerais do Direito* não são universais ou mesmo permanentes (até porque, os fenômenos sociais que os instruem são nitidamente mais complexos que os fenômenos naturais, objetos de outras ciências) muito embora, no mundo atual de notável capacidade de comunicação e intercâmbio, essa realidade tenda naturalmente a um ponto de aproximação semelhante à pretensa universalização de concepções tipicamente estudadas pela Física, Química, Astronomia, etc. O próprio conceito axiológico de justiça, como valor intrínseco do Direito, é conveniente ressaltar, vem sendo nitidamente universalizado, não obstante as diversas culturas e os diferentes estágios evolutivos das várias sociedades em convivência temporal comum.

5 É exatamente neste sentido que alguns autores observam a existência, em matéria científica, das denominadas "*verdades relativas*", ou, em outras palavras, "*verdades*" com validez limitada ou restrita, no tempo e no espaço, a uma dada e/ou considerada situação fática.

apenas e limitadamente na busca incansável por estas mesmas *verdades* (no sentido da explicação correta e absoluta para cada fenômeno natural ou social), não menos acertada se mostra, nesse contexto, a afirmação segundo a qual o *raciocínio binário humano* se constitui no principal fator limitante do próprio desenvolvimento científico[6].

Como a contingência (ainda que eventual) de superação da *limitação binária* tem se mostrado, nos inúmeros séculos de desenvolvimento da humanidade, tarefa impossível de ser concretizada, restou, de forma inexorável, ao gênero humano conceber e adaptar todos os modelos de desenvolvimento científico a esta forma única e exclusiva de pensar.

Por efeito consequente, todas as *classificações* de cunho científico forçosamente tiveram de se adaptar, - e efetivamente se adaptaram -, à imposição do *binarismo*, incluindo, no desenvolvimento peculiar de sua atuação, neste particular, a própria *classificação das ciências* no sentido amplo.

Nesse contexto, as *ciências*, quanto ao seu objeto, passaram, de maneira amplamente majoritária, a ser classificadas em dois principais grupos: as denominadas *ciências da natureza* (cujo foco de observação são fenômenos naturais) e as chamadas *ciências da sociedade* (cujo foco de observação cinge-se a fenômenos sociais). As *ciências naturais*, por sua vez, passaram a admitir uma subdivisão peculiar em *ciências do macrocosmo* (cujo foco de observação são fenômenos naturais externos aos seres vivos) e em *ciências do microcosmo* (cujo foco de observação são fenômenos naturais internos aos seres vivos), ao passo que as *ciências sociais*, por seu turno, passaram a acolher subdivisão em *ciências não-hermenêuticas* e em *ciências hermenêuticas* (ou interpretativas).

No primeiro grupo (ciências naturais do macrocosmos), encontramos a *física*, a *química*, a *astronomia* etc.; no segundo grupo (ciências naturais do microcosmos), deparamo-nos com a *medicina*, com a *biologia,* etc; no terceiro grupo (ciências sociais não-hermenêuticas) achamos a *sociologia*, a *antropologia,* etc. e, finalmente, no quarto grupo (ciências sociais hermenêuticas), encontramos o *Direito*.

6 Sob uma ótica puramente matemática, neste sentido, seria até mesmo lícito afirmar que o *raciocínio binário* corresponde, como uma sinérgica limitação humana, a uma progressão geométrica de razão igual a *dois*. Em essência, o número a índice *n*, último numeral da progressão, corresponderia ao *infinito*, demonstrando, claramente, a efetiva *possibilidade* humana de desenvolvimento. Porém, a *velocidade* deste mesmo desenvolvimento, correspondente à razão *q* da progressão, seria o menor possível, ou seja, dois, equivalente numeral ao *raciocínio binário*.

Muito embora os menos avisados possam questionar onde estaria, neste espectro classificatório, posicionada a *matemática*, a verdade é que esta pseudo-ciência, por não possuir o escopo próprio de atuação das *ciências* (ou seja, a valoração intrínseca (e interpretativa) de um *fato* (natural ou social), concebendo uma *norma*), melhor se encontra classificada como genuína *linguagem* científica ou, como preferem alguns, efetiva *ciência instrumental*.

4 CLASSIFICAÇÃO DA CIÊNCIA DO DIREITO

Num quadro analítico mais amplo, a *ciência do direito* tem sido corretamente classificada como efetiva *ciência social hermenêutica*, considerando, especialmente, não só possuir foco de observação em fenômenos sociais, mas, sobretudo, por desenvolver um sistema peculiar de interpretação de *fatos sociais* que não se limita, de nenhuma maneira, a simples *valoração* intrínseca dos mesmos, concebendo *norma* (fase legislativa), mas, ao contrário, permite ultrapassar a concepção fundamental interpretativa, reprocessando a *conclusão* (ou, em outras palavras, a própria *norma*) e concebendo, desta feita, uma *segunda norma* (de aplicação) no contexto de um sinérgico processo hermenêutico (fase judicial).[7]

Todavia, não obstante a inerente complexidade do assim concebido *processo hermenêutico*, o *Direito*, sob o prisma classificatório, não pode se restringir (e de fato não se restringe) a simples designação de *ciência social hermenêutica*, posto que a denominada *ciência jurídica* também se caracteriza, de forma diversa das demais ciências, por ser uma ciência particular de *projeção comportamental* (ou, como preferem alguns autores, ciência de projeção de um mundo ideal (meta do dever-ser)) e por ser uma ciência inexoravelmente *axiológica* (valorativa).[8]

7 A verdade é que o *Direito*, como ciência, possui, numa aproximação para fins didáticos, dois diferentes *momentos interpretativos*. O primeiro, - comum a todos as *ciências* e que se processa através da tríade *fato/valor/norma* -, caracteriza um processo tipicamente *legislativo* de *criação* da própria *norma abstrata*. O segundo, - peculiar à chamada *ciência jurídica* -, desenvolve um processo genuinamente *judicial* de *aplicação* efetiva da *norma abstrata* por meio da caracterização (através de um complexo hermenêutico de mecanismos de interpretação da norma jurídica) da *norma concreta* (ou efetiva).

8 Sob a ótica *axiológica*, em particular, cumpre esclarecer que o *Direito* se exterioriza, no âmbito científico, através de um específico e complexo processo de *valoração factual* que inclui *parcelas intrínsecas* (notadamente a *segurança* das relações sócio-político-jurídicas e a busca da *justiça* (ou da decisão justa)), cuja

5 AXIOLOGIA JURÍDICA E PROJEÇÃO COMPORTAMENTAL DO DIREITO

Inegavelmente, as características *axiológicas de projeção comportamental* (meta do dever-ser) do *Direito*, muito mais do que a própria *vertente hermenêutica*, foram responsáveis, por muitos anos (e mesmo séculos), pela grande dúvida no tocante ao específico posicionamento enciclopédico do *Direito*. Havia no passado remoto razoáveis dúvidas (e algumas com sobrevida mesmo no passado recente) a respeito dessas características particulares da *ciência jurídica*, notadamente no que alude à sua específica operacionalidade prática, forjando, em consequência, uma forte incompreensão quanto à efetiva possibilidade de se ter, no espectro classificatório, uma autêntica *ciência social* de projeção de um *mundo ideal*, a partir de premissas valorativas (de cunho nitidamente axiológico), inerentes a um quadro de *ideias* (com forte feição ideológica), presentes e decompostas no *mundo real*.

Entretanto, o que aparenta ter sido *dúvida* primaz no passado, parece ter se transformado em inconteste *certeza* no presente, permitindo que o *Direito* - a par de toda a sorte de inegáveis especificidades, posicione-se, com invejável segurança, na atualidade contemporânea, em um tipo particular de *ciência*, com características especiais (hermenêutica, comportamental (projeção de um mundo ideal (meta do dever-ser)) e axiológica), mas nem por isso distante do *factum* característico fundamental de todas as *ciências*, ou seja, a busca permanente e contínua pela verdade, através da interpretação de fatos (naturais ou sociais), por intermédio da necessária e insuperável *valoração* intrínseca de um dado *fenômeno*, originando uma *norma* ou *tese* (explicativa e/ou comportamental).

ponderação se concretiza, de maneira diferenciada, por intermédio dos diversos *ramos científicos* do *Direito*. Assim, o *Direito Processual*, que incontestavelmente se constitui em uma sinérgica unidade (como sempre defenderam os unitaristas (ou monistas), como *Hans Kelsen*), passou a ser dividido em *Direito Processual Penal*, - onde, no eventual confronto entre os valores axiológicos da justiça e da segurança, prepondera o *valor da justiça* (razão pela qual inexiste prazo decadencial para o ajuizamento da competente ação autônoma de impugnação (revisão criminal) contra sentença condenatória transitada em julgado) -, e em *Direito Processual Não-Penal* (Direito Processual Patrimonial ou Civil *Lato Sensu*), - onde, no mesmo confronto, prepondera o *valor da segurança* (razão pela qual há, no âmbito do *processo civil*, prazo decadencial de dois anos para o ajuizamento da competente ação autônoma de impugnação (ação rescisória) contra sentença transitada em julgado na esfera cível).

6 CONCEPÇÃO MECANICISTA DE CIÊNCIA

É importante salientar, em virtual oposição ao magistério dos chamados autores exclusivamente teóricos (e filosóficos) que, de nenhuma maneira, é possível, no contexto próprio e específico (e, sobretudo *contemporâneo*) do conceito efetivo de *ciência*, entender, como deseja, por exemplo, *Eros Roberto Grau*[9] que o "conceito rigoroso de *ciência* permite afirmar que os enunciados científicos são apodícticos, o que quer dizer que são *verdadeiros* e podem resistir contra qualquer tentativa de demonstração de sua *falsidade*", posto que, num mundo real de permanentes e constantes mutações, impossível seria admitir algo que, por si só, fosse perfeitamente estático e, por consequência, imutável.

A verdade é que a *ciência*, em uma linguagem objetiva, é um simples *compromisso* com a busca de uma *certeza*, que, em uma análise realística, sequer existe de fato.

7 CIÊNCIA DO MACROCOSMO

A *ciência do macrocosmo* (designação técnica) também é conhecida, em linguagem coloquial, como *ciência exata*, não obstante a tradicional denominação comportar, em si mesma, flagrante paradoxo, uma vez que a pretensa exatidão de uma ciência significaria simplesmente o reconhecimento da existência de uma *verdade* absoluta, destruindo o próprio objetivo (ou seja, o compromisso insuperável) de todas as ciências que é exatamente a busca, - permanente, contínua e eterna -, por esta mesma *verdade*.

8 CIÊNCIA DO MICROCOSMO

A denominada *ciência do microcosmo* é reputada, sob o ponto de vista terminológico, tradicionalmente como *ciência biomédica*, embora esta designação limite sobremaneira o vasto campo de atuação da *ciência* que tem como foco de observação fenômenos naturais internos aos seres vivos.

9 GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

9 CIÊNCIAS SOCIAIS

As ciências sociais também são conhecidas, em linguagem não-técnica, como *ciências humanas lato sensu*. O equívoco da denominação se encontra exatamente no fato de que toda e qualquer ciência é fruto de observação (de cunho interpretativo) humana, não sendo possível a existência de uma *ciência* que, sob este aspecto, não seja efetivamente humana.

10 CIÊNCIA NÃO-HERMENÊUTICA

Toda *ciência* é, em síntese, *interpretativa*, tendo em vista que o escopo de atuação científica se processa exatamente através da interpretação de fenômenos naturais ou sociais.

Nesse contexto, a chamada *valoração* intrínseca de um dado *fato* (natural ou social) criando uma tese ou *norma*, nada mais é do que o resultado último de uma *interpretação* em sentido amplo.

Por efeito, quando se afirma que uma determinada *ciência* é classificada como *não-hermenêutica* isto não significa dizer que inexiste, *in casu*, interpretação, mas apenas que não se processa, na hipótese, um mecanismo de *sobre-interpretação* (ou dupla interpretação), caracterizadora do denominado *processo hermenêutico*.

11 CIÊNCIA HERMENÊUTICA

A denominada *ciência hermenêutica*, a que o *direito* é o melhor exemplo, caracteriza-se pela existência de um processo complexo de interpretação. Inicialmente há, como em todas as demais ciências, a *valoração* intrínseca de um *fato* criando uma dada *norma* ou tese. Todavia, de forma diversa das demais espécies científicas, a *norma* produzida pelo sistema interpretativo básico não pode ser, de imediato, aplicada, sendo necessário uma espécie de *sobre-interpretação* (ou seja, a *norma* concebida originariamente é reinterpretada através de um novo e diferente processo) para se chegar, finalmente, à interpretação final e definitiva (no contexto específico de uma "verdade relativa").

12 CONCEITO DE FATO (E FATO JURÍDICO)

O conceito básico de *fato* pode ser traduzido como todo e qualquer acontecimento no mundo real.

Sob o prisma do *direito*, em particular, o *fato* pode ser *jurídico* (se relevante, de alguma forma, ao mundo jurídico) ou *não-jurídico* (no sentido de não produzir efeitos para o mundo jurídico). O *fato jurídico*, por sua vez, pode ser *humano* (caso seja produzido pela ação humana, e, nesse caso, passa a ser denominado de *ato*) ou *não-humano* (natural).

O *fato jurídico humano* (ou ato jurídico), por seu turno, pode ser *lícito* ou *ilícito*. Quando *lícito*, é denominado, pela ciência do direito, *ato jurídico lato sensu* e se subdivide no *ato jurídico stricto sensu* (onde há a prevalência do conteúdo da lei) e no *negócio jurídico* (onde há a prevalência do conteúdo da vontade).

Finalmente, o *ato jurídico stricto sensu* pode ser *material* (onde é irrelevante a participação de terceiro para a caracterização do ato) ou *participativo* (onde há sinérgica necessidade de participação de terceiro para a efetivação plena do ato) e o *negócio jurídico* pode ser *unilateral* (onde existe apenas uma manifestação de vontade (testamento)) e plurilateral (onde existe mais de uma manifestação de vontade (contratos)).

13 CIÊNCIA INSTRUMENTAL MATEMÁTICA

Por se tratar de uma *linguagem científica, a matemática* tem sido referida por diversos autores como autêntica *ciência instrumental*, uma vez que, - embora não possua como escopo de atuação a *valoração* intrínseca de uma *fato* concebendo uma *norma* (ou uma tese) -, a mesma se efetiva como um indispensável instrumental para o conhecimento (e a compreensão) plena de, praticamente, todas as *ciências* (ainda que com ênfase nas *ciências naturais*), complementando o espectro de apoio analítico das ciências, ao lado das denominadas *linguagens não-matemáticas*, como o chamado *direitês*, o *economês* e outras *linguagens técnicas* (derivadas das diversas *linguagens de comunicação* (português, inglês, francês, etc.)).

14 COMENTÁRIOS RELATIVOS À CONCEITUAÇÃO BÁSICA DA CIÊNCIA DO DIREITO

Segundo lições de *Maria Helena Diniz*[10], "para muitos autores [*Bobbio* (*Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, p. 53) cita os que assim pensam; por exemplo: *Chamberlain*, *Nussbaum*, *Max Rumpf* e, principalmente, *Julius Herman Von Kirchmann*, como se pode ver em sua obra *La Jurisprudencia no es ciencia*, Madri, Instituto de Estudios Politicos, 1949, *a ciência do direito não é, na realidade, uma ciência, porque o seu objeto (o Direito) modifica-se no tempo e no espaço e essa mutabilidade impede ao jurista a exatidão na construção científica*; o naturalista, por sua vez, tem diante de si um objeto permanente ou invariável, que lhe permite fazer verificações, experiências e corrigir os erros que porventura tiver cometido.

Para outros, que constituem a maioria, *é a jurisprudência uma ciência* [dentre outros, *Henrich Rickert*, Ciencia Cultural y Ciencia Natural, Buenos Aires, ESPASA-CALPE, 1943; *Wundt*, Introdução às ciências do espírito; *Recaséns Siches*, Tratado General de filosofia del derecho, 3.ed. México: Porrúa, 1965, Larenz, Metodologia de la ciencia del derecho].

É mister salientar que a *ciência jurídica* só veio a se consolidar no século XIX. Inúmeras são as concepções epistemológico-jurídicas relativas à cientificidade da jurisprudência, todas elas peculiares ao pensamento jusfilosófico do século passado e do atual. *Cossio* procurou concentrá-las em seis direções fundamentais: *racionalismo metafísico* ou *jusnaturalista*, *empirismo exegético*, *historicismo*, *sociologismo eclético*, *racionalismo dogmático* e *egologia existencial* [*Machado Neto*, Teoria da Ciência Jurídica, S. Paulo, Saraiva, 1975, p.80; *Cossio*, Las atitudes filosoficas de la ciencia juridica. La Ley, 1956. O racionalismo metafísico ou jusnaturalista (Stammler e Del Vecchio), apesar de sua imponente tradição, jamais pôde proporcionar um fundamento científico à *ciência do direito*; trata-se "actitud precientifica en el campo del conocimiento juridico", como diz *Cossio* (v. *Machado Neto*, Teoria da *ciência jurídica*, cit., p. 85). Para o empirismo exegético (*Demolombe*, *Aubry* e *Rau*, *Laurent*), a tarefa do jurista seria a mera exegese do texto legal (v. *Machado Neto*, Teoria da ciência jurídica, cit., p. 87-97). Com

10 DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

o historicismo causístico (*Gustavo Hugo* e *Savigny*), houve a valorização do costume, a manifestação espontânea (irracional) do espírito nacional (nacionalismo) e do caráter feudal (conservadorismo). A experiência jurídica, para essa escola, era histórica, e o conhecimento científico do Direito só podia basear-se nessa experiência. *Cossio*, Teoria de la verdad juridica, Buenos Aires, Losada, 1954, p.22; *Machado Neto*, Teoria da ciência jurídica, cit. p. 98-102. Para o sociologismo eclético (Davy, Duguit, Gény, Hauriou, Pound, Cardozo, Ross, Olivecrona, Stuchka, Pashukanis, Silvio Romero e Tobias Barreto), a sociologia era a única ciência social; a ciência jurídica seria um setor dessa ciência total da sociedade. Propugnava a aplicação do método sociólogico à investigação jurídica. *Machado Neto*, Teoria da ciência jurídica, cit. p. 102-181. O racionalismo dogmático tem em Kelsen sua expressão máxima, e a egologia existencial foi fundada por Cossio].

Verifica-se, portanto, que há discrepâncias irredutíveis a respeito do tema em questão, impossibilitando pronunciamentos definitivos sobre os problemas levantados.

A apreciação que aqui pretendemos fazer será restrita à colocação do assunto sob o seu aspecto *jusfilosófico*. Nossa tese situa-se no âmbito da *epistemologia jurídica* [a *filosofia do direito* compreende três temas fundamentais: 1) o problema da essência do Direito (ontologia jurídica), investigando o que é Direito, para chegar a defini-lo e precisar seu conceito; 2) o problema do conhecimento do Direito (epistemologia jurídica), que, no sentido estrito, tem a incumbência de estudar os pressupostos, os caracteres do objeto, o método do saber científico e de verificar suas relações e princípios, sendo a epistemologia jurídica, nesse sentido, a teoria da ciência jurídica, que tem por objetivo o estudo dos problemas do objeto e do método da jurisprudência, sua posição no quadro das ciências e suas relações com as ciências afins. A epistemologia é considerada, em sentido amplo, como sinônimo de gnoseologia, a parte da filosofia que estuda crítica e reflexivamente a origem, a natureza, os limites e o valor da faculdade humana do conhecimento e os seus critérios de validade; é a teoria do conhecimento em geral, e não apenas do saber científico; é a teoria do conhecimento jurídico em todas as suas modalidades; conceitos jurídicos, proposições, raciocínio jurídico, etc. (o vocábulo "epistemologia" advém do grego *epísteme*, que significa ciência,

e *logos*, ou seja, estudo; o termo "gnoseologia" é oriundo do grego *gnosis*, que indica "conhecimento"). *A. Franco Montoro*, Introdução à ciência do direito, cit., v. 1, p.130; *Machado Neto*, Teoria da ciência jurídica, cit., p.4; *Hessen*, Filosofia dos valores, 3.ª ed., *Cabral Moncada*, 1967, p.19:3) o problema dos valores do Direito (axiologia jurídica), indicando as suas finalidades e cuidando da questão da justiça e dos demais valores que devem perseguir o ordenamento jurídico; *Carlos Mouquet* e *Zorraquim Beco*, Introducción al derecho, 7.ed., Buenos Aires, Ed. Perrot, 1970, p.75; *Franco Montoro*, Introdução à ciência do direito, cit. p.131/132] que fundamenta filosoficamente a *ciência do direito* [todas as ciências estão em estreito contato com ao filosofia, uma vez que possuem princípios gerais, axiomas e supostos que não penetram o objeto que investigam; daí a necessidade de uma consideração filosófica que permita justificá-los. *J.M. Vilanova*, Filosofia del derecho y fenomenologia existencial, cit. p.50; *Van Acker*, Introdução à filosofia e lógica, São Paulo, Saraiva, 1932, p.7; *A . B. Alves da Silva*, Introdução à ciência do direito, São Paulo, Salesianas, 1940, p. 143; *Miguel Reale*, O Direito como experiência, São Paulo, Saraiva, 1968, p.87.

Dentre as várias teorias que se ocupam da jurisprudência, devemos destacar o exame do *racionalismo dogmático* e do *egologismo existencial* pela grande importância que têm hodiernamente.

O *racionalismo dogmático*, ou melhor, a teoria kelsiana, é uma expressão ideológica de sua época, uma consequência do declínio do mundo capitalista-liberal, marcado pela Primeira Guerra Mundial [escreve *Machado Neto* (Teoria da ciência jurídica, cit., p.134-5): "Se o *jusnaturalismo teológico* exprime, no plano jurídico, a configuração hierárquica do mundo medieval e o *jusnaturalismo racionalista* foi a expressão do mundo burguês em ascensão; o *historicismo jurídico*, a cobertura ideológica da contra-revolução no mundo, já o *legalismo exegético*, a repercussão ideológica da burguesia recém-instalada no poder social e político e o *sociologismo,* a ideologia jurídica da burguesia já bem instalada no poder, a canonizar o fato como Direito, o relativismo da teoria pura será o pensamento jurídico solidário com o período de transição e decadência da civilização liberal burguesa). Para a jurisprudência, segundo essa doutrina, não importa o conteúdo do direito. Isto porque, como nos ensina *Machado Neto*, essa teoria, fruto da época

denominada "racionalização do poder", é produto de um democratismo formal e vazio de conteúdo. "Fruto de um mundo em que as ideologias totalitárias nascentes e suas primeiras experiências concretas conviviam com um liberalismo democrático em sua fase conservadora, a teoria pura devia reconhecer a existência de ordens jurídicas de conteúdo político, diverso do conteúdo liberal ou social-democrático que exibia nos povos europeus ocidentais. Deveria constituir-se numa *teoria do direito* que tivesse condições conceituais para reconhecer a existência, ao lado do Direito democrático-liberal, de um Direito soviético fascista, nazista. É isso que representa a sua vocação adiáfora da mais absoluta neutralidade em face do conteúdo político, ético, religioso, enfim, axiológico das normas jurídicas [*Machado Neto*, Teoria da ciência jurídica, cit., p.135]. A teoria pura nasce como uma crítica das concepções dominantes na época sobre os problemas do *direito público* e da *teoria do estado*.

Kelsen, com sua doutrina, reagiu à anarquia conceitual a que a "má consciência científica do jurista tinha reduzido à meditação científica do Direito" [*Machado Neto*, Teoria da ciência jurídica, cit., p.136] ao identificá-la à ciência natural. A teoria pura do direito, como observa Machado Neto, "é a mais autêntica tentativa de fundamentação autônoma da ciência jurídica, pois antes dela a ciência jurídica estava reduzida a *ancilla sociologiae* e a inerme protetorado teórico de quanta ciência causal existia" [Machado Neto, Teoria da ciência jurídica, Op. cit., p.136; *Tércio Sampaio Ferraz Jr*. (Porque ler Kelsen hoje?, O Estado de São Paulo, p.13) chega a afirmar que "a obra de Kelsen ainda o mantém vivo. Suas implicações para a ciência jurídica, para a lógica da norma e para a aplicação do Direito são tão fecundas que, por mais que o critiquemos, não deixam de desvendar novos ângulos e novos encaminhamentos"]. O denominador comum dessa teoria é sua apaixonada postura *gnoseológica*; nela o jurista encontra delineado seu método de trabalho.

Não há dúvida que o positivismo dessa doutrina é um fenômeno quantitativamente majoritário no inciso do século XX, mas, considerado qualitativamente, pode ser tido como um fenômeno universal. Isto porque tem acompanhado o espírito dos juristas atuais que "nela encontram o seu próprio `habitat' teórico", já que pode tal concepção ser considerada "como o `ovo de Colombo' da teoria jurídica". Contudo, com isso "não se quer

dizer que ela a palavra final sobre matéria tão rica de implicações teóricas" [*Machado Neto*, Teoria da ciência jurídica, cit., p.137].

Com base nas descobertas kelsianas surgiu, na Argentina, nos meados deste século, um movimento filosófico com o escopo epistemológico de proporcionar ao cientista do Direito a utilização de instrumentos mentais que tornem possível conhecer melhor o Direito; tais instrumentos constituem o *egologismo existencial*. O fundador dessa escola, *Carlos Cossio*, concebeu uma problemática jurídico-filosófica inteiramente voltada para a investigação jurídíco-científica e baseada no instrumental teórico da filosofia contemporânea - a fenomenologia, a filosofia dos valores e o existencialismo. A escola egológica colocou, assim, a ciência jurídica à altura dos tempos atuais e das mais recentes descobertas da moderna epistemologia [*Machado Neto*, Teoria da ciência jurídica, cit., p.146 e 176; *Cossio*, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Kraft, 1945, cap. 1, p.10-63], daí a sua grande valia para o nosso estudo.

Feitas as considerações históricas, é bom esclarecer que procuraremos estudar os pressupostos, condições de possibilidade e tipo de ciência jurídica, analisando os fundamentos em que repousam os princípios que informam sua atividade, bem como a delimitação de seu objeto temático, e verificando quais os métodos que dão garantia de validade aos resultados teóricos alcançados. Mas, devido à densa problemática envolvida pelo tema e à impossibilidade de esgotar todo o assunto numa só obra, limitaremos deliberadamente, como já tivemos oportunidade de dizer, a nossa discussão aos ensinamentos de *Hans Kelsen* e *Carlos Cossio*, autênticos pensadores da mais alta hierarquia intelectual, que trouxeram uma contribuição inestimável para a formação do conhecimento científico do Direito.

15 CIÊNCIA JURÍDICA E CIÊNCIA DO DIREITO

Muito embora expressiva parcela de estudiosos do Direito comumente utilizem, como sinônimos, as expressões *ciência jurídica* e *ciência do direito*, a verdade é que mais correta é a última designação, considerando que o *Direito* não se limita a um conteúdo meramente jurídico, permitindo, ao contrário, ilações ou inferências no mundo meta-jurídico.

16 CIÊNCIA DO DIREITO COMO CIÊNCIA NORMATIVA

Consoante magistério de *Maria Helena Diniz*[11], "a problemática de se saber se a *ciência do direito* é ou não uma *ciência normativa* é árdua, devido à ambiguidade dessa expressão. Deveras, o termo *ciência normativa*, por ser equívoco, tem dado lugar a inúmeras disputas meramente verbais para poder ser utilizado com sucesso (Bobbio).

Trata-se de termo impróprio e contraditório, que pode indicar duas ou mais coisas diversas e não conexas entre si, de modo que necessário se torna clarificar esse vocábulo.

A concepção dominante é a de que a *jurisprudência é uma ciência normativa*. Mas nota-se que cada autor a considera como normativa por vários motivos. Uns lhe conferem a normatividade em razão do método, outros, em virtude do objeto ou da função, o que dificulta, de uma certa forma, a perfeita compreensão do problema.

Urge verificarmos quais são os sentidos em que se tem atribuído à *ciência do direito* o caráter de *ciência normativa*.

Na verdade, podemos destacar três versões que a expressão ciência normativa comporta: a ciência que propõe normas; a ciência que se limita a estudar normas; a ciência que conhece mediante normas (Georges Kalinowski).

16.1 CIÊNCIA NORMATIVA NO SENTIDO DE CIÊNCIA QUE ESTABELECE NORMAS

A *ciência jurídica* tem sido qualificada, por alguns juristas, como ciência normativa na acepção de que seria um saber ou *ciência* que estabelece normas com a finalidade de dirigir a conduta humana na sociedade no sentido da justiça.

Essa expressão foi empregada pela primeira vez por *Wundt*. Seus prosélitos chegaram a afirmar que era o caráter científico da jurisprudência que garantia verdadeiramente a prescrição de normas. Era o jurista, segundo esses autores, que notava quais eram as necessidades sociais e antecipava com suas fórmulas o que, no povir, seria estabelecido pelo poder político e

11 DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

pelos membros componentes da sociedade.

Fácil é denotar que, nesta acepção, a *ciência do direito* seria uma *ciência valorativa*, pois somente seria possível o estabelecimento de normas de conduta em virtude de determinadas pautas axiológicas, uma vez que só depois de um juízo de valor sobre o que é justo ou injusto, conveniente ou não, etc. é que se emitem normas. Isso contradiz o princípio da neutralidade axiológica - preconizado pela grande maioria dos epistemólogos -, que deve nortear todo saber científico (Georges Kalinowski).

16.2 CONCEPÇÃO KELSENIANA DA CIÊNCIA NORMATIVA

A pretendida distinção entre *ser* e *dever-ser* estabelecida por *Hans Kelsen* é o ponto central em sua doutrina ante o velho problema de se saber se a *jurisprudência* é ou não uma *ciência normativa*.

Kelsen, ao determinar que o *Direito* deve ser visto como um sistema de normas, buscou limitar a *ciência jurídica* ao conhecimento e descrição das normas, afirmando decisivamente que ela seria uma *ciência normativa*, porque conhece normas e não porque as estatui. Entendia assim que o simples fato de que uma *ciência* seja qualificada de *normativa* não quer dizer que ela tenha por escopo prescrever um determinado comportamento.

De modo que, segundo a doutrina kelseniana, deve-se excluir a conclusão que "normativo", referido à atividade do teórico do *Direito*, significa "prescritivo". A função do jurista, ou melhor, da *ciência jurídica* é tão-somente descrever as normas. Isso porque, *ciência* é conhecimento, e conhecer é uma simples e neutral apreensão conceitual de um objeto dado. Sendo assim, a *jurisprudência* não conhece a si mesma, mas ao *Direito* entendido sob o prisma gnoseológico, como norma. A *ciência* não assume uma atitude ativa, já que apenas contempla seu objeto. Eis por que, para *Kelsen*, não se pode dizer que a *ciência do direito* prescreve normas, pois se é ciência nada pode estabelecer, e se o fizer deixa de ser *ciência*.

Segundo o Mestre de Viena: a *jurisprudência* "concentra sua visualização sobre a norma jurídica", procurando estudá-la e descrevê-la com absoluta neutralidade, rejeitando considerações de ordem valorativa como

o ideal de justiça, a finalidade da norma, os motivos para modificar ou revogar uma disposição legal.

Daí a função teorética e não política do jurista. Procurou excluir também a teoria pura do direito do âmbito da jurisprudência o "estado empírico de fatos casualmente considerados que ocorrem ao lado do aspecto normativo do *Direito*, ou seja, de todos os elementos que pertencem ao mundo do "ser" que, por sua vez, devem ser analisados pelas *ciências causais* - como por exemplo pela *sociologia jurídica* -, que estudam e explicam os fenômenos pela via metódica da causalidade. Nítida é, portanto, a contraposição feita por *Kelsen* entre *ciência causal* e *ciência normativa*, que interpreta a conduta recíproca dos homens, segundo o princípio epistemológico da imputação "não descrevendo como se processa a conduta humana determinada por leis causais no domínio da realidade natural, mas, como ela, determinada por normas positivas, se deve processar".

Para a teoria em tela, a *jurisprudência* não tem nenhuma função prescritiva que, na verdade, não é de sua alçada, *Kelsen* coloca a questão como sendo um problema da distinção entre a função do jurista e a do órgão.

É mister que se deixe bem claro que o termo "normativo" não se contrapõe, na concepção kelseniana, ao vocábulo "descritivo", mas ao "explicativo", da mesma forma que o "descritivo" não se contrapõe ao "normativo", mas ao "prescritivo". É por isso que Kelsen afirma ser a *ciência jurídica* concomitantemente normativa e descritiva. É descritiva no sentido de que não prescreve normas, e normativa no sentido de que o que descreve através da imputação não são fatos, mas normas, de modo que é descritiva não daquilo que "é", mas do que "deve ser". Sua tarefa não consiste, portanto, em explicar como ocorrem os fenômenos sociais que deram origem a uma norma.

A *jurisprudência* é a *ciência* do "dever-ser"; destina-se a descrever normas que determinam o advento de uma consequência toda vez que se verificar um fato genericamente previsto, sendo, portanto, sua natureza puramente normativa.

Entende *Bobbio* que, para *Kelsen*, a *ciência do direito* é normativa no duplo sentido de ciência que tem por atividade cognoscitiva conhecer

normas, descrevendo-as, qualificando normativamente comportamentos com base no critério da licitude e da ilicitude (*Sollen* como ponto de vista), devendo, para tanto, fazer referência a um sistema de normas, ou seja, estabelecer imputativamente conexões entre as normas, alcançando assim o seu objetivo formulando um "dever-ser" (*Sollen* como resultado).

É normativa a *ciência jurídica*, no sentido kelseniano, não tanto pelo seu objeto, mas, principalmente, pela sua função.

Essa interpretação do termo *ciência normativa,* dada por *Hans Kelsen* é a que predomina entre os cultores da *ciência jurídica* (Levi - Bruhl).

16.3 O SENTIDO PROPUGNADO POR CARLOS COSSIO

Esta última acepção do vocábulo *ciência normativa* é uma invenção egológica. *Carlos Cossio*, ao considerar que Direito é conduta compartida e que, por isso, o objeto da *ciência jurídica* só poderia ser tal conduta, afastou a tese dominante segundo a qual a *jurisprudência* é normativa por ter por objeto normas, afirmando que ela tem esse caráter, porque o jurista conhece seu objeto (conduta) por meio de normas.

A *ciência do direito*, para a egologia, não conhece normas. Todavia, como o conhecimento jurídico-científico da conduta em interferência intersubjetiva, sem que se faça a abstração da liberdade, que lhe é essencial, só é possível com a norma, a jurisprudência será normativa, porque, mediante a conceituação normativa, pensa a conduta humana, qualificando-a juridicamente. É, por outras palavras, a ciência da conduta jurídica conhecida através de normas.

Tem razão *Machado Neto* ao verificar que tanto o sentido proposto por *Kelsen* como o propugnado por *Cossio* são compatíveis com a cientificidade.

Realmente, ambas as "significações estão corretas sob o ponto de vista da linguagem e racionalmente justificadas sob o prisma da *Teoria da Ciência*. Entre *Kelsen* e *Cossio* há apenas uma diferença de "Welstanschauung": suas teses resultam da concepção que têm do mundo e da vida, de modo que, na maioria das vezes, as mesmas coisas possuem sentidos radicalmente diversos."

17 CIÊNCIA DE PROJEÇÃO COMPORTAMENTAL (OU DE PROJEÇÃO DE UM MUNDO IDEAL (META DO DEVER-SER)

Diferentemente de todas as demais ciências que analisam fenômenos (naturais e sociais) no contexto do mundo como ele efetivamente se apresenta (mundo do ser), projetando normas que se limitam ao mesmo (ou seja, a realidade posta), o *Direito* busca a análise de fatos sociais, com o exclusivo intuito de projetar comportamentos em que esses mesmos *fatos se repitam* (através das chamadas normas conservadoras (ou reprodutoras de condutas)) ou *não se repitam* (por intermédio das denominadas normas de reprovação de condutas (referentes a juízo próprio e específico de reprovabilidade)), caracterizando um *mundo ideal* e, por consequência, uma *meta do dever-ser* (e, por consequência, uma realidade pressuposta).

18 CIÊNCIA AXIOLÓGICA

Da mesma forma que o *Direito* se caracteriza, sob o prisma hermenêutico, como uma *ciência* de "duplo processo interpretativo" (ou sobre-interpretação), igualmente se processa como uma *ciência* de *valoração* factual ampliada, ou mesmo de "sobre-valoração".

Isto significa, em linguagem objetiva, que no âmbito da *ciência do direito* o processo de *valoração* intrínseca de um *fato*, concebendo uma dada *norma*, não se restringe a um *espectro valorativo* (de cunho científico) nitidamente *objetivo* (ou exclusivamente interpretativo), mas, ao contrário, necessita da imposição de *valores sociais* (derivados da *ética*, da *moral,* etc. e que necessariamente são mutáveis no *tempo* e no *espaço*) e de *valores intrínsecos* (tais como *segurança, justiça, ordem,* etc.).

Como os *valores axiológicos* do *Direito* podem, inclusive (em dadas circunstâncias), ser antagônicos (segurança *versus* justiça, por exemplo), incumbe ao *processo valorativo* (de feição axiológica), particular do *Direito,* a busca permanente de uma solução conciliadora, representada, em última análise, pelos diferentes *ramos científicos do Direito* (Direito Penal, Civil, Tributário, etc.) que *ponderam*, de maneira propositadamente desigual, os diferentes valores intrínsecos em cada dada situação efetiva.

19 SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO

Não obstante ser comum na linguagem forense a expressão "*sentença transitada em julgado*" no sentido da imutabilidade da decisão judicial, a mesma não pode ser interpretada (como aliás nenhuma *regra* ou *norma* de *Direito*) sob o prisma exclusivamente *literal*, considerado, neste particular, que o *trânsito em julgado* (e seu consequente *efeito preclusivo*) cinge-se ao *conteúdo da sentença* (*rectius*: *decisum*) e não propriamente ao seu *continente,* que pode ser rescindido através de ação própria.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação.** São Paulo: Saraiva, 1973.

GENY. **Science et Téchnique en Droit Privé Positif**. 2ª édiction. Paris, 1927. Tome I.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JACQUES, Paulino. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974.

LESSA, Pedro. **Estudos de Philosophia do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1912.

NETO, Machado. **Teoria da Ciência Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 1975.

Correspondência | Correspondence:

Reis Friede
Faculdade Nacional de Direito – UFRJ, Rua Afonso Cavalcante, 275, Cidade Nova, CEP 20.211-110. Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Email: reisfriede@hotmail.com

Recebido: 04/05/2010.
Aprovado: 30/05/2011.