

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

EDGAR FERREIRA FERRAZ NETO

**PÓS-POSITIVISMO
REPENSANDO A DOGMÁTICA JURÍDICA**

**CURITIBA
2008**

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

EDGAR FERREIRA FERRAZ NETO

**PÓS-POSITIVISMO
REPENSANDO A DOGMÁTICA JURÍDICA**

Monografia apresentada como
Requisito parcial para conclusão do
Curso de Preparação à Magistratura em
nível de Especialização. Escola da
Magistratura do Paraná, Núcleo de
Curitiba. Orientador: Prof. Luiz Osório
Moraes Panza.

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

EDGAR FERREIRA FERRAZ NETO

PÓS-POSITIVISMO REPENSANDO A DOGMÁTICA JURÍDICA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de _____ de 2008.

Para meus pais, exemplo de ética e honestidade, e a Nossa Senhora do Perpétuo Socorro, eterna companheira de batalha.

AGRADECIMENTOS

A todo corpo docente da Escola da Magistratura do Paraná, sem esquecer todos que de alguma forma colaboram para o funcionamento desta instituição de tão relevante papel social; secretária, biblioteca, pedagogia, funcionários da cantina, limpeza e segurança. Um agradecimento especial ao meu orientador Dr. Luiz Osório Moraes Panza, por ter me proporcionado a oportunidade de desenvolver este trabalho; e a meu sócio Rafael, amigo no diário desbravamento das fecundas, mas cerradas, selvas do Direito.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	1
2 - O POSITIVISMO FILOSÓFICO.....	3
3 - POSITIVISMO JURÍDICO.....	6
3.1 – Origem história do positivismo jurídico e sua relação com o jusracionalismo.....	7
3.2 – A idéia de sistema jurídico.....	9
3.2.1 – O direito ordenado sob regras lógicas.....	11
3.2.1.1 – Lógica e sistema jurídico.....	12
4- NORMATIVISMO JURÍDICO E O DESCRÉDITO NO POSITIVISMO.....	16
5 - O CENÁRIO PÓS-POSITIVISTA.....	17
6 - CONHECIMENTO APORÉTICO.....	17
6.1 – O direito e o conhecimento aporético.....	20

7 -VIEHWEG E O RESGATE DA TÓPICA.....	21
8 -PERELMAN E A NOVA RETÓRICA.....	22
9 - A PROPOSTA DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.....	23
10 – DIREITO E LINGÜAGEM – A SEMIÓTICA.....	26
10.1 – A pragmática e a desconstrução da filosofia analítica.....	27
11 – JÜRGEN HABERMAS : O DIREITO ENQUANTO PRÁTICA DISCURSIVA.....	30
12 – TEORIA MARXISTA DO DIREITO.....	32
13 – CONCLUSÃO.....	36
14 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	38

1-INTRODUÇÃO

O direito positivo, em sentido lato (normas vigentes e obrigatórias em determinado espaço e tempo), existe desde tempos imemoriais. As leis humanas – dotadas de coerção e heterônomas, distintas portanto das primitivas normas de trato social-, acompanham o homem desde seu surgimento, ou melhor, desde o começo da vida em comunidade. Há conjuntos de leis organizadas, de acordo com dados historiográficos, que remontam a milhares de anos, como o Código de Hamurábi, o Código de Manu e, mais contemporaneamente, as Leis de Drácon e Sólon.

Entretanto, o surgimento de uma doutrina jurídica que se proponha a resumir o Direito ao direito positivo (direito posto) e, baseada em certos pressupostos epistemológicos, buscar cancelar o conhecimento jurídico com o estatuto da cientificidade – utilizando para tanto o conhecimento apodíctico, isto é, fundado em proposições necessárias angariadas através de operações lógico-dedutivas-, de fato, e, em resumo, é movimento que só ocorre no século XIX com o advento do positivismo jurídico.

Após predomínio de séculos do jusnaturalismo – que foi a doutrina hegemônica durante quase toda a idade média e parte da idade moderna (com a Escola Clássica do Direito Natural), surge este novo paradigma na ciência do direito. O positivismo jurídico exerce hegemonia praticamente inabalável até a segunda guerra mundial, sucumbindo posteriormente em face dos horrores decorrentes de um direito legitimador das barbáries. Um direito que vilipendiou o conteúdo em proveito da forma; que privilegiou o *status quo* em detrimento da transformação social; que foi e continua sendo a arma da classe dominante – e de seus intelectuais – a fim de manter uma ordem injusta e desigual.

Este ambiente de descrédito ao positivismo jurídico propiciou condições para que o menosprezado conhecimento aporético fosse retomado, tanto por Viehweg – que se foca na tópica, quanto por Perelman – que retoma a retórica.

Por outro lado não há como ignorar os novos estudos semiológicos de Saussure e Pierce que forjaram sólida base para posteriores estudos de filosofia da linguagem aplicada ao direito: sejam aqueles que procuram axiomatizar a linguagem natural da

qual o direito se serve na construção de prescrições; sejam aqueles que procuram tratar cientificamente esta linguagem natural, descortinando o substrato ideológico que os signos carregam.

Urge também ressaltar a existência de teorias que versam sobre o discurso jurídico e que alcançam alguma notoriedade na comunidade jurídica. Abandona-se o pressuposto da cientificidade ou da norma jurídica como base para compreender e abarcar o fenômeno jurídico: parte-se para as relações de comunicação e para a prática discursiva na busca da construção de um direito legítimo, tal qual fez Jürgen Habermas.

Por último convém mencionar a teoria marxista do direito que não obstante a queda da URSS e a voz sedutora do positivismo soviético (uma espécie de positivismo jurídico “ marxista!”), ainda contribui com referencial teórico para a análise do direito hodierno.

Enfim, a pluralidade de teorias jurídicas em voga demonstra os contornos de um momento histórico que não acolheu nem rejeitou absolutamente novas propostas. Momento, antes de tudo, de transformação nas concepções de ver e sentir o fenômeno jurídico.

2 - O POSITIVISMO FILOSÓFICO

O positivismo filosófico é cronologicamente anterior ao positivismo jurídico, o que não significa dizer, todavia, que o último subsume-se ao primeiro. A ascensão do positivismo jurídico merece levar em consideração inúmeros fatores que, em conjunto, contribuíram para que esta corrente adquirisse seu substrato teórico. Em consonância com Luiz Fernando Coelho acolhemos o positivismo filosófico como antecedente do positivismo jurídico.⁽¹⁾

Segundo José Arthur Giannotti, Augusto Comte – considerado criador do positivismo filosófico, antes de se preocupar com reformar as instituições (como Saint-Simon), buscou fornecer aos homens novos hábitos de pensar de acordo com o estado das ciências de seu tempo.⁽²⁾ A fim de alcançar tal objetivo Comte se debruçou em torno de três temas essenciais: uma filosofia da história; uma fundamentação e classificação das ciências baseadas na filosofia positivas; e uma sociologia que apreendendo os processos de modificação da sociedade pudesse reformar as instituições.

A filosofia da história formulada por Comte considera que o espírito humano encontra-se em progressiva marcha, sendo esta regida por leis. Cada ramo de nossos conhecimentos, então, passa sucessivamente por três estados diferentes. No estado teológico “*o mundo torna-se compreensível somente através das idéias de deuses e espíritos*”.⁽³⁾ Este estado subdivide-se em três fases: fetichismo (os seres naturais possuindo vida espiritual); politeísmo (a animação dos seres compete a um ser superior); e monoteísta (o homem reúne todas as divindades em uma só).⁽⁴⁾

No estado metafísico a vontade divina é substituída por idéias pois, neste estágio, as concepções mitológicas entram em contradição em decorrência da argumentação e abstração do homem. No estado positivo o homem, segundo Giannotti, “*não pode reduzir fenômenos a uma única explicação. Cada ciência passa a ocupar-se de um certo número de ciências, irreduzíveis entre si.*” Ainda: “*o conhecimento positivo se caracteriza pela previsibilidade, ou seja, `ver para*

⁽¹⁾ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria da ciência jurídica*. p.57.

⁽²⁾ GIANNOTTI, José Arthur. *Comte(1798-1857), vida e obra*. Prefácio da obra Curso de Filosofia Positiva p.IX.

⁽³⁾ Idem. Ibidem. p.XI.

⁽⁴⁾ Idem.Ibidem. p.XI.

prever`(...) As ciências, neste contexto, são definidas como investigação do real, do certo”.⁽⁵⁾

As ciências são assim classificadas por complexidade crescente: matemáticas, astronomia, física, química, biologia e sociologia. A sociologia é vista como a ciência mais complexa, como fim último do positivismo. Salienta A.L Machado Neto que “a sociologia seria a única ciência social, a ciência geral da sociedade como uma autêntica física social. Direito, história, economia(...),todas as ciências do humano não passariam de setores da ciência total da sociedade- a sociologia”.⁽⁶⁾Hodiernamente, no entanto, o autor argumenta que tal classificação soa absurdamente, pois diversos saberes científicos foram reconhecidas como autônomos- e com objetos distintos, inclusive a sociologia que não é mais encarada dentro da classificação enciclopédica.

Por último, ao terminar de reeducar o homem a fim de pensar de acordo com esta nova divisão das ciências e de acordo com o método positivo, bastava reformar as instituições. Comte buscava “construir uma nova elite científico-industrial capaz de formular os fundamentos positivos da sociedade”⁽⁷⁾.Seu projeto foi além, a ponto de fundar uma nova religião. No Brasil fundou-se a primeira sociedade positivistas em 1876.⁽⁸⁾

Das posições fundamentais de Comte pode-se extrair o seguinte: ⁽⁰⁹⁾

1. renúncia do espírito humano à investigação das causas e princípios fundamentais das coisas;

⁽⁵⁾ Idem.Ibidem. p.XII

⁽⁶⁾ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. p.39.

⁽⁷⁾ GIANNOTTI, José Arthur. *Op. cit.* p. XIV

⁽⁸⁾ Grandes nomes da cultura pátria como Benjamin Constant, Tobias Barreto, Sylvio Romero foram adeptos da doutrina de Comte. A fundação da Igreja Positivista do Rio de Janeiro denota a aceitação das doutrinas de Comte em solo brasileiro. Além do mais a Proclamação da República, empreendida majoritariamente por militares(que bem acolheram o positivismo), e a influência na Constituição de 1891 não deixa equívocos da força da doutrina do positivismo filosófico no Brasil, estigma que carregamos até hoje com o lema “ ordem e progresso” na bandeira nacional. A este respeito: PAIM, Antonio. *Como se caracteriza a ascensão do positivo*. Revista Brasileira de Filosofia. fascículo 119. vol.XXX. jul/set. 1980. p.249-269 e GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *O Espírito do Positivismo na cultura Brasileira*. Revista Brasileira de Filosofia. fascículo 145. vol. XXXVI. Jan./mar. 1987.p.25-30.

⁽⁰⁹⁾ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. p.326.

2. limitação da ciência e da filosofia ao estudo dos fenômenos sujeitos à observação;
3. caracterização das leis como simples relações invariáveis de sucessão e semelhança.

Em contraponto a Comte surge Émile Durkheim. Este rompe incontestavelmente com toda metafísica, elaborando um positivismo rigoroso que trata os fatos sociais como coisas.⁽¹⁰⁾ De acordo com o próprio Durkheim “ *fatos sociais apresentam as seguintes características distintivas: 1- a sua exterioridade em relação às consciências individuais; e 2 – a ação coerciva que exerce ou é suscetível de exercer sobre essas mesmas consciências*”.⁽¹¹⁾

Portanto, em decorrência da abordagem de Durkheim, chegam-se aos pressupostos epistemológicos do positivismo:⁽¹²⁾

1. A realidade é dotada de exterioridade: Tudo que existe é real, independente da subjetividade do sujeito cognoscente;
2. O conhecimento é a representação do real: o conhecimento científico pode apreender integralmente o seu objeto de conhecimento;
3. Existe uma dualidade entre fatos e valores: o sujeito está separado do objeto. Este possui características fixas, objetivas, imutáveis e passíveis de descrição. O sujeito cognoscente, ao apreender o objeto, alija-se de toda subjetividade que possa interferir no processo do conhecimento.

Segundo A. L. Machado Neto algumas doutrinas, inspiradas na sociologia enciclopédica, abordaram a ciência do direito como que dominada pelo imperialismo sociológico.⁽¹³⁾ Encontram-se estas teorias inspiradas em larga medida pelo

⁽¹⁰⁾ CHÂTELET, François ; DUHAMEL, Oliver ; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*, p.323.

⁽¹¹⁾ DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Martin Claret. p.31

⁽¹²⁾ Em aula proferida na UFPR na disciplina de História do Direito e do Pensamento Jurídico. 20/06/2002. Classificação de autoria de Ricardo Marcelo Fonseca.

⁽¹³⁾ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. p.41.

pensamento de Comte e Durkheim, como a Escola Positiva de Direito Penal, de Ferri, Lombroso e Garafolo, as doutrinas de Duguit, Hauriou e Géný entre outros.

Entretanto, a classificação enciclopédica das ciências e a consideração da sociologia como gênero que abarcaria necessária e conseqüentemente o saber jurídico acaba por não ser elemento intrínseco na formação do positivismo jurídico. Não se fala mais em direito compreendido no âmbito da sociologia, mas sim de uma ciência jurídica autônoma, com métodos e objeto próprios. Por outro lado os pressupostos epistemológicos do positivismo filosófico são acolhidos, forjando de modo indelével esta doutrina.

Um dos grandes elementos caracterizadores do positivismo jurídico é a dicotomia que este cria entre direito natural e direito positivo, excluindo o primeiro e acatando o segundo como objeto. E é nesta forma de abordar o objeto da ciência jurídica que transparecem as afinidades entre o positivismo filosófico e o jurídico. Basta atentar para alguns dogmas do positivismo: mito da neutralidade do juiz (pressuposto da dualidade entre fatos e valores); hermenêutica de cunho empirista positivista (pressuposto de que o conhecimento é a representação do real, ou seja, com o conhecimento científico pode-se apreender plenamente o objeto, em todas as suas nuances); ou, por último e de acordo com os cânones positivistas, acentuando-se os pressupostos epistemológicos aplicados à hermenêutica pode-se chegar ao *significado real da norma*.

3 - POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico é uma concepção que nasce quando “direito positivo” e “direito natural” não mais são considerados no mesmo sentido, mais o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio, ou seja, quando ocorre a redução de todo direito a direito positivo, excluindo então o direito natural. No dizer de Bobbio, “ o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”.⁽¹⁴⁾

⁽¹⁴⁾ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito*, p.31.

O positivismo jurídico pode ser encarado, então, como uma concepção filosófica do direito que procura reduzir todo o direito ao direito positivo; é, portanto, avesso por essência a toda metafísica assim como a orientação formal-normativista é avessa à consideração dos conteúdos.⁽¹⁵⁾

3.1 - ORIGEM HISTÓRICA DO POSITIVISMO JURÍDICO E SUA RELAÇÃO COM O JUSRACIONALISMO

Múltiplos foram os fatores que contribuíram para a ascensão do positivismo, principalmente aqueles que minaram o arcabouço teórico do jusnaturalismo, isto é, que possibilitaram o desmoronar dos pilares que sustentaram e possibilitaram a dominação hegemônica do direito natural (tendências metafísicas; Estado descentralizado e predominância política da Igreja e de suas doutrinas etc).⁽¹⁶⁾ É neste contexto que se insurge, sorrateiramente, o juspositivismo. A edificação do Estado Moderno-politicamente centralizado- fora, tanto quanto os outros aspectos, fator importante. Não há como se pensar o positivismo jurídico fora do contexto do Estado Moderno, até porque é só neste molde de Estado que se verifica a monopolização estatal da produção jurídica.

Nas organizações primitivas a produção de normas jurídicas se dava no âmbito da sociedade, não interferindo a esfera estatal na produção legislativa. Já a sociedade medieval é caracterizada pela fragmentação política e jurídica. Era uma sociedade pluralista, constituída de agrupamentos sociais e seus específicos ordenamentos

⁽¹⁵⁾ SALDANHA, Nelson. *Jusnaturalismo e juspositivismo: por um reexame do problema*. p.302.

⁽¹⁶⁾ As tendências metafísicas e as doutrinas autorizadas da Igreja foram, na modernidade, paulatinamente perdendo importância, sendo “que muitas e por vezes contraditórias correntes de pensamento, com mais ou menos remotas origens (nominalismo, voluntarismo, protestantismo, racionalismo iluminista, jusnaturalismo moderno, empirismo, utilitarismo, kantismo, romantismo, historicismo, evolucionismo social, positivo filosófico etc) influíram na gestação e difusão do positivismo jurídico” CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas fundamentais de direito*. p.152.

No que tange ao poder político nota-se que a descentralização medieval cede espaço aos Estados modernos centralizados. A união da nascente burguesia com a monarquia permitiram a formação de um poder que sobrepujou o poder papal e a hegemonia política da Igreja. A tentativa de unificação do poder temporal com o espiritual caiu por terra. Neste contexto contribui enormemente a progressiva secularização do pensamento que, com pensadores pré-modernos de destaque, como Marsílio de Pádua, abriram espaço para os teóricos do Estado Moderno, entre eles – e principalmente- Maquiavel. CHÂTELET, François ; DUHAMEL, Oliver ; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*, p.35.

jurídicos. O direito não era produzido pelo Estado- assim como nas organizações primitivas-, mas sim pela sociedade civil.

Somente no Estado moderno é que ocorre a identificação Estado-direito, de modo que só as normas postas pelo Estado é que são válidas. Isto decorre também de um longo processo de racionalização do Estado que culminou com a redução de todo direito ao direito legislado e todo direito legislado a direito estatal.

Portanto podemos afirmar que o ambiente político, econômico, social e cultural que possibilitou a ascensão positivista forjou-se desde o início da modernidade. Neste ínterim – entre a derrocada do Antigo Regime e a efetiva aceitação do positivismo jurídico no século XIX, avultou a Escola Clássica do Direito Natural que, historicamente, também preparou terreno para que o pensamento positivista se insurgisse.

O jusnaturalismo moderno explicitamente segue as tendências doutrinárias que tiveram gênese na modernidade. Da disputa presenciada em toda a Idade Média – fé *versus* razão-, os novos pensadores do direito natural se desvencilham: não se trata mais de compatibilizar fé e razão, mas sim de excluir a fé e utilizar-se, tão-somente, da razão. Propõem então uma razão universal apta que, a partir de princípios gerais e abstratos, possa deduzir todos os demais.

O método *more geometrico* de Descartes, adotado pelos jusracionalistas iluministas quando da propositura dos modernos Códigos, assemelha-se ao dos normativistas, que é o método lógico-dedutivo. A idéia de sistema jurídico também tem gênese com os jusnaturalistas modernos e é adotada pelos juspositivistas.

As grandes codificações, por sua vez, foram construídas também embasadas nos jusnaturalistas modernos, sendo apropriadas integralmente pelos positivistas. De acordo com Guido Fassò, “ *com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo. Negou-se até, tirante o código*

austriaco de 1811, que se pudesse recorrer ao direito natural em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo” ⁽¹⁷⁾

Os Códigos representaram o ápice do positivismo jurídico. Este nasce do impulso histórico para a legislação e se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva do direito – ou absolutamente prevalente, sendo seu resultado último a codificação.⁽¹⁸⁾

A importância das codificações ultrapassou a figura dos Códigos, ou seja, foram criados mais do que conjuntos sistematizados e ordenados de leis; engendrou-se um novo conceito de direito: o de que o fenômeno jurídico se subsume ao Código. E o representante maior desta vertente fora a Escola Exegética que detinha uma concepção legal, avaliativa e estatista do direito.⁽¹⁹⁾ O método utilizado é o gramatical, pois basta descobrir as palavras da lei e o seu espírito. Cabe ressaltar, no entanto, que muitos juristas a ela pertencentes reconheciam ainda a existência, no direito, de princípios metafísicos e se mostravam prudentes na negação do direito natural ⁽²⁰⁾.

3.2 - A IDÉIA DE SISTEMA JURÍDICO

A ideia de sistema jurídico é central na teoria juspositivista. Apesar da teoria da coerência do ordenamento e da completude do direito terem caído por terra, ainda

⁽¹⁷⁾ FASSÒ, Guido. *Jusnaturalismo* (verbo) in Dicionário de Política. p.659.

⁽¹⁸⁾ A Alemanha aparece como exceção, pois achava-se, no século XIX, mediante um fracionamento político-territorial. A falta de codificação pode ser atribuída a supracitada fragmentação, sem esquecer principalmente a reação da escola histórica do direito. Havia uma exigência por um direito unitário e sistemático, além de um movimento pela legislação, mesmo opondo-se à codificação. Contudo, a função histórica da legislação foi assumida pelo direito científico; este que pode ser considerado um filão da corrente do positivismo jurídico, pois se funda em dois postulados dessa corrente: o direito como realidade socialmente posta; e como unidade sistemática de normas gerais. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do direito*, p.122-123.

⁽¹⁹⁾ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. p.27

⁽²⁰⁾ Por este motivo recusamos a classificação adotada por alguns autores para caracterizar a Escola da Exegese como positivismo legalista ou como versão metodológica do positivismo estatal-legalista. Entendemos, à guisa de Bobbio, que o positivismo jurídico é aquela doutrina que alija de sua concepção de direito qualquer resquício de direito natural. Vimos que a Escola Clássica do Direito Natural em muito se assemelha aos postulados juspositivistas, contudo ainda entendemos por um radical distinção entre estas duas correntes. Dizer que o jusnaturalismo moderno historicamente abre caminho ao positivismo jurídico não significa admitir que são teorias idênticas. Advogamos, como exposto acima, algumas semelhanças entre as correntes contudo admitimos, também, diferenças explícitas. Por fim entendemos a Escola da Exegese como antecedente do positivismo jurídico e não como o próprio ou uma modalidade deste.

mantém-se a idéia de sistema. Admitem-se lacunas, omissões e antinomias; contudo não se admite, hodiernamente, um direito sem ser sistematicamente ordenado.

O sistema evoca o termo segurança jurídica, palavras mágicas no que diz respeito à conservação e manutenção da ordem (e do poder político). Tais são as últimas conseqüências que os primeiros doutrinadores do positivismo jurídico esperavam quando elaboraram a idéia de completude do direito, coerência do sistema e da interpretação lógica do direito. Tais pressupostos garantiriam juízes aplicando simplesmente o exposto na lei, sem poder de integração ou interpretação e cidadãos burgueses seguros pois com previsibilidade total da possível conseqüência de suas ações. O sistema axiomático, construído através de proposições evidentes, não admitiria contestação.

A idéia de sistema, no entanto, provém dos jusnaturalistas modernos. Conforme salienta Mário Bigotte Chorão “ *na nova doutrina |jusracionalismo|, o direito natural desliga-se dos seus fundamentos teológicos e ontológicos e passa a ser instrumento de um racionalismo subjetivista, abstracto e a-histórico, que pretende construir dedutivamente, a partir de certos princípios, rígidos e exhaustivos sistemas de direito natural dotados de validade universal e perpétua*”⁽²¹⁾

O juspositivismo concebe a ciência jurídica como uma ciência construtiva e dedutiva e, portanto, não pode abrir mão do legado jusnaturalista. Esta ciência consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos a revisão ou discussão. Com base em tais conceitos, o jurista deve extrair – realizando uma pura operação de dedução lógica – as normas que servem para resolver todos os casos possíveis.⁽²²⁾

⁽²¹⁾ CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas fundamentais de direito*. p.108.

⁽²²⁾ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p.220. Em outra obra Bobbio pergunta a si mesmo: o que seria um sistema? E resume: “ entendemos por ‘sistema’ uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p.71. Ou de modo mais simplista para Vandyck Nóbrega de Araújo, retomando Leibniz : “ sistema é ordem na coexistência humana”. ARAÚJO, Vandyck Nóbrega. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. p.29 e ss.

3.2.1 – O DIREITO ORDENADO SOB REGRAS LÓGICAS

Para o positivismo jurídico, portanto, o direito poderia ser considerado como conhecimento apodíctico⁽²³⁾. De certa forma a ambição de sedimentar um saber sob premissas irrefutáveis, como forma de atingir a verdade, está presente nos sonhos dos homens desde os tempos mais longínquos. Esta preocupação fora evidenciada também em Aristóteles. No entanto o Estagirita não levou este intento às últimas consequências como o fez Descartes⁽²⁴⁾ ao considerar que o único conhecimento digno de respeito seria aquele demonstrável por um sistema de proposições necessárias que se imporiam a todos os seres racionais e sobre as quais não haveria dissenso. Aristóteles, ao contrário, não absolutizou o conhecimento apodíctico conforme afirma Perelman: “Aristóteles já analisara as provas dialéticas ao lado das provas analíticas, as que se referem ao verossímil ao lado das que são necessárias, as que são empregadas na deliberação e na argumentação ao lado das que são necessárias, as que são empregadas na deliberação e na argumentação ao lado das que são utilizadas na demonstração”.⁽²⁵⁾

Os trabalhos sobre lógica que Aristóteles formulou encontram-se sob o título *Organon*, incluindo esta obras os escritos *Categorias*, *Tópicos*, *Primeira e Segundas Analítica*, *Proposições e Refutação dos sofistas*.⁽²⁶⁾ O significado da expressão *Organon*, apesar de não ter sido cunhado pelo filósofo grego, traduz bem o que mesmo pensava sobre a lógica: um instrumento. A lógica, para Aristóteles, é o método (instrumento) pelo qual, partindo de dada conclusão, podemos resolver esta a partir de suas próprias premissas.⁽²⁷⁾ A lógica, para ele, é apenas um instrumento que todos os saberes devem utilizar em sua construção.

As contribuições aristotélicas foram pioneiras, influenciando posteriormente o pensamento jurídico iluminista. O ideal de uma linguagem científica axiomatizada não pôde deixar de repercutir sobre a ciência do direito. Os juristas comprometeram-se

⁽²³⁾ Segundo definição dicionarística o termo apodíctico é utilizado para referir-se a juízos e proposições necessárias. Conhecimento apodíctico é, então, aquele saber fundado em demonstrações evidentes, necessárias. *Enciclopédia e Dicionário Koogan/Houaiss*. Edições Delta. p.62

⁽²⁴⁾ ALQUIÉ, Ferdinand. *A filosofia de Descartes*. Lisboa: Presença, 1993.

⁽²⁵⁾ PERELMAN, Chaïm. *Tratado de argumentação*. p.3.

⁽²⁶⁾ DURANT, Will. *História da filosofia*. p.85.

⁽²⁷⁾ REALE, Giovanni. *História da filosofia*, v.1. p.211.

principalmente com a proposta de axiomatização aristotélica. Os ideais de racionalismo jurídico do século XVII e XVIII são a melhor prova deste fato.⁽²⁸⁾

A busca por um direito lógico (organizado sob a perspectiva dos princípios e regras do raciocínio lógico) está muito presente no contexto do direito moderno. Esta busca está muito próxima também da busca pela cientificidade do direito (um dos grandes objetivos do positivismo jurídico), visto que um dos objetivos basilares da ciência do direito é a construção de um sistema jurídico (que também deve ser organizado levando-se em conta os princípios lógicos, especialmente o da identidade, da não-contradição e o do terceiro excluído).

Nesta pretensão de sistematicidade os juristas acabam recorrendo às regras de inferência. As tentativas de provas a logicidade do direito, inclusive no que tange o sistema jurídico, basearam-se nos referenciais da lógica formal.⁽²⁹⁾

3.2.1.1 -LÓGICA E SISTEMA JURÍDICO

Durante muito tempo, como se sabe, o direito fora hegemonicamente focado sob lentes positivistas. À pretensão de aplicação do modelo científico das ciências naturais às ciências sociais somente cabia um conhecimento baseado em proposições evidentes (apodíctico), aptas a construir um sistema axiomático. A idéia de sistema jurídico se concretizou e adquiriu forma fechada (sistema completo, sem contradições, pois contradição significa antinomia e antinomia desacredita o caráter lógico do sistema e do direito).

⁽²⁸⁾ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. p.60

⁽²⁹⁾ Após esboçar os fundamentos do positivismo jurídico, Norberto Bobbio, em sua obra *Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, acaba acolhendo o positivismo jurídico como método. Segundo este pensador “*como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é puro e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito*”. p.238. Os positivistas, como se sabe, no afã incontrollável de obter a chancela de ciência ao direito, não abriram mão do método positivista (e soma-se aqui todo o arsenal da lógica, desde as contribuições de Aristóteles até a lógica matemática) . Contudo os reflexos desta teoria no campo jurídico acabaram por exacerbar, como afirmar Perelman, o papel da demonstração analítica no direito – extremamente formal - em detrimento da busca por valores fundantes: “*La consecuencia inevitable de la concepción positivista era limitar el papel de la lógica, del método científico y de la razón a problemas de conocimiento puramente teórico y negar la posibilidad de un uso práctico de la razón. Por ello, se oponía a la tradición aristotélica, que admitía una razón práctica aplicable a todos los campos de la acción, desde la ética hasta la política, y que justificaba la filosofía como búsqueda de la prudencia*”. PERELMAN, Chaïm. *La logia juridica y la nueva retorica*. p.134.

Este sistema uno, consistente e completo recebeu a denominação de sistema racionalista ou lógico-dedutivo. A razão desta última nomenclatura é evidente: o sistema, a fim de garantir a segurança jurídica e manutenção do *status quo* na sociedade burguesa⁽³⁰⁾ é dito lógico, sendo operado através do silogismo jurídico. O juiz, ao aplicar a lei, toma conhecimento da premissa maior que é a lei geral e da premissa menor que é o caso concreto, formulando um perfeito silogismo que desemboca na conclusão.

O juspositivismo concebe a ciência jurídica como uma ciência construtiva e dedutiva. Esta ciência consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais e com base em tais conceitos o jurista deve extrair – realizando uma pura operação de dedução lógica – as normas que servem para resolver todos os casos possíveis.⁽³¹⁾

Hans Kelsen, um dos maiores senão o maior teorizador juspositivista, não admite a idéia de uma lógica própria para o conhecimento das normas jurídicas. No entanto, ele considera que há lógica no direito.⁽³²⁾ O cientista do direito, nesta visão, é o responsável por tornar lógico o conjunto das normas editadas pelas autoridades. Conforme assiná-la Perelman:

“el positivismo jurídico de Hans Kelsen y de su escuela presenta al derecho como un sistema jerarquizado de normas, que difiere de un sistema puramente formal, en el que la norma inferior no se deduce de la norma superior por medio de transformaciones puramente formales, como en la lógica o en las matemáticas, sino por medio de la determinación de las condiciones según las cuales puede autorizarse la creación de normas inferiores, dependiendo la eficacia del sistema de la adhesión que se presupone a una norma fundamental, la *Grundnorm*, que será la constitución originaria.”⁽³³⁾

Para Kelsen tanto a norma como a proposição jurídica são enunciados deônticos (verificado o antecedente, *deve ser* o conseqüente). A norma jurídica tem sentido prescritivo e para ser válida pressupõe unicamente ser emanada de autoridade competente e ter um mínimo de eficácia. Já a proposição jurídica possui sentido

⁽³⁰⁾ PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. “Mientras los razonamientos jurídicos relativos a la aplicación de la ley, lo mismo se trata de una decisión judicial que si es administrativa, se consideraban como una simple operación deductiva, en la cual la solución debía ser apreciada únicamente según el criterio de legalidad, sin ocuparse de su carácter justo, razonable o aceptable,” p.133.

⁽³¹⁾ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. p.220

⁽³²⁾ COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. p.49.

⁽³³⁾ PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. p.94

descritivo; é a conexão deôntica estabelecida pelo cientista do direito que se destina a descrever o contido na norma jurídica.⁽³⁴⁾

A ordem jurídica – conjunto de normas jurídicas – não é caracterizada por uma lógica interna. O sistema jurídico deve ser entendido como conjunto de proposições jurídicas elaboradas pelo cientista do direito que podem ser verdadeiras (se descreverem corretamente a norma) ou falsa se a descrever erroneamente. As normas são válidas ou inválidas. Portanto, para Kelsen, não podem ser logicamente relacionadas. O mesmo não se dá com as proposições que podem ser logicamente relacionadas. A *Grundnorm* é o axioma formulado por Kelsen, contudo não permite que a partir da norma hipotética fundamental sejam deduzidas as demais normas. Tal função compete ao cientista do direito através da formulação de proposições.

A visão de Hans Kelsen se coaduna com uma abordagem dogmática do sistema jurídico. E, modernamente, no âmbito jurídico, não há como se negar que o conceito de sistema jurídico – principalmente o dito racionalista, fundamenta-se substancialmente no raciocínio apotético.

A busca pela cientificidade do direito, para os positivistas, desembocava necessariamente em questões lógicas. A ciência jurídica tem por objeto, para esta corrente, o estudo sistemático do direito positivo. Por consequência o conhecimento científico (conjunto de conhecimentos metodicamente adquiridos e sistematicamente ordenados, fundado em relações objetivas e que pode ser verificado e comprovado), no âmbito do direito, só poderia se dar através de procedimentos lógicos. O direito de forma alguma iria se caracterizar com ciência se baseasse em premissas plausíveis ou verossímeis (conhecimento tópico, contraposto do positivismo jurídico).

O sistema jurídico somente pode ser considerado lógico se os enunciados por ele compreendidos puderem ser organizados sob a perspectiva dos princípios e regras do raciocínio lógico. O direito, então, deve ter unidade, consistência e completude,⁽³⁵⁾ condições ligadas aos princípios da identidade, não-contradição e terceiro excluído. O positivismo jurídico defende a compatibilidade destes princípios com o direito.⁽³⁶⁾

⁽³⁴⁾ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* . p.50.

⁽³⁵⁾ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*. p.198

⁽³⁶⁾ FERRAZ, jr. Tércio Sampaio Ferraz. *Conceito de sistema no direito.* p.33

1- unidade imanente, perfeita e acabada: o sistema jurídico é, necessariamente, manifestação de uma unidade que lhe é própria, e que a análise sistemática explicita;

Crítica: A unidade está ligada ao princípio da identidade: o ser é ; o não-ser não é. Ou seja: $(p \supset p)$. De fato a unidade do direito não existe. Falta homogeneidade dos objetos sobre os quais versam as normas jurídicas, afastando a unidade pelo conteúdo delas. A exterioridade do fenômeno jurídico revela esta pluralidade de manifestações, seja na legislação, nas decisões judiciais ou na doutrina.⁽³⁷⁾

2- o direito constitui uma totalidade que se manifesta por meio de proposições jurídicas que guardam entre si conexão perfeita. As lacunas são apenas aparentes, devidamente supridas pelo intérprete, não propriamente pela criação de uma nova disposição legal, mas pela descoberta da norma dentro do próprio sistema;

Crítica: A completude é a qualidade do sistema que atende ao princípio do terceiro excluído: toda proposição ou é verdadeira ou é falsa. Ou seja: $(p \vee \sim p)$. O sistema jurídico apresenta-se, inexoravelmente, incompleto, ou seja, há sempre normas a menos, ou faltantes, exigindo a integração. O mundo social é cambiante e, na maioria das vezes, o direito oferece respostas à sociedade e não atua preventivamente, ou seja, a legislação, a doutrina e os tribunais, geralmente, primeiro irão enfrentar um problema inédito (contratos celebrados na internet ; transgênicos etc) para depois emitir respostas jurídicas. Neste primeiro momento o sistema apresenta-se lacunoso (como o Código Civil de 1916 poderia prever que um dia existiria algo chamado internet e que por ela seriam realizados contratos?). E estas lacunas nem sempre são solucionadas por elementos pinçados dentro do próprio sistema. Para que este princípio se realizasse deveria existir uma norma jurídica ou sua contraditória para qualquer ação ou omissão que pudesse ocorrer, sancionando ou não a conduta. É patente, no entanto, que isto não se verifica nos sistemas jurídicos concretos que sempre estão em descompasso com a mutabilidade social.

⁽³⁷⁾ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.* . p.105-107

3- hierarquia das normas: as leis de amplitude genérica maior contêm logicamente as outras de forma que, na totalidade do sistema, as normas mantenham nexos de derivação e fundamentação.

Crítica: A consistência é a qualidade do sistema que atende ao princípio da não-contradição: uma proposição não pode ser verdadeira e falsa ao mesmo tempo. Ou seja: $\sim (p \cdot \sim p)$. Para o sistema ser consistente compete que possua proposições compatíveis entre si, isto é, que não existam antinomias em seu cerne. Contudo, no sistema jurídico concreto, afloram antinomias o que inviabiliza este princípio.

4- NORMATIVISMO JURÍDICO E NO DESCRÉDITO DO POSITIVISMO

Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito, salienta que a ciência jurídica deseja conhecer o direito tal como ele é e não como deve ou deveria ser. O direito, segundo ele, precisa ser depurado de modo que só lhe reste normas, que se constitua uma ciência normativa.⁽³⁸⁾ Alija, desta feita, qualquer conhecimento “metajurídico”.

O direito aqui é medido pela forma e não por seu conteúdo. É exatamente o oposto do que se entende por direito natural. Conforme salienta Eduardo García Máynez, “ *caracteriza a las posiciones iusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido*”.⁽³⁹⁾

Foi este normativismo cego que, de fato, contribuiu para o descrédito das teorias juspositivistas,⁽⁴⁰⁾ especialmente após a Segunda Guerra Mundial. O excessivo

⁽³⁸⁾ “Kelsen procede a duas purificações: a primeira, antijusnaturalista, separa do campo jurídico toda ideologia e quaisquer considerações de natureza política e moral; a segunda, anti-sociológica, procura afastar do direito as ciências naturais e a sociologia. Esta última tarefa conduz à separação clássica entre *ser* e *dever ser*. (...) A sociologia e as ciências naturais enfocam o comportamento dos homens como ocorre na realidade; o direito, como ele *deve ser*.” COELHO, Luiz Fernando. *Teoria da ciência jurídica*. p.110.

⁽³⁹⁾ MÁYNEZ, Eduardo García. *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*. p.130.

⁽⁴⁰⁾ Contudo engendrou uma ciência de certa forma cega às exigências fundamentais do direito como a Justiça, conforme assiná-la Chaïm Perelman : La técnica de razonamiento utilizada en Derecho, cualquiera que sea, no puede desinteresarse de la reacción de las consciencias ante la iniquidad del resultado al que razonamiento lleva.. Por el contrario, el esfuerzo de los juristas, a todos los niveles y en toda la historia del

privilégio da forma em face da busca pela justiça legitimou ordens espúrias e provocou, inegavelmente, o descrédito de todas as vertentes do positivismo jurídico.

5 - O CENÁRIO PÓS-POSITIVISTA

Com a perda de hegemonia do positivismo jurídico surgem novas teorias intentando abarcar o fenômeno jurídico. Os pressupostos epistemológicos positivistas, por seu turno, foram alijados. Outras contribuições desta corrente, de modo geral, foram acolhidas como a que diz respeito ao sistema jurídico (não o sistema lógico-dedutivo fechado e completo, mas sim novas teorizações sem, contudo, abandonar algumas assertivas essenciais que forjaram a idéia de sistema jurídico).

Advém no cenário jurídico grande gama de doutrinas como, por exemplo, o existencialismo jurídico e a teoria egológica do direito de Carlos Cossio. O panorama é enorme. Seleccionamos, contudo, algumas teorias que a nosso ver adquiraram algum realce após a segunda metade do século XX. Abordaremos, portanto, a teoria de argumentação de Perelman; os ensinamentos tópicos de Viehweg; a construção de Boaventura de Sousa Santos que analisa o discurso jurídico como discurso tópico, retórico e coercitivo em face de seus agentes privilegiados; as conquistas da semiótica jurídica e o direito como prática discursiva de Habermas; e , por último, a teoria marxista do direito.

6 - CONHECIMENTO APORÉTICO

O termo *aporia*, segundo Theodor Viehweg, “designa precisamente uma questão que é estimulante e iniludível, designa ‘a falta de um caminho’, a situação problemática que não é possível eliminar”.⁽⁴¹⁾ A dialética, como arte crítica da interrogação problemática, urge como método de resolução da *aporia*. A dialética difere radicalmente do raciocínio apodíctico que é ponto de apoio do positivismo jurídico: “ a premissa demonstrativa difere da premissa dialética no fato de que a

Derecho, se ha dirigido a conciliar a técnicas del razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, con la aceptabilidad social de la decisión.” PERELMAN, Chaïm. *La logia jurídica y la nueva retorica*. p.20.

⁽⁴¹⁾ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. p.31.

demonstrativa é captação de um dos dois membros da contradição, pois o que demonstra não pergunta, mas afirma, enquanto a premissa dialética é reposta à colocação de um contradição(...) A premissa dialética será a resposta à pergunta que interroga por um dos dois termos contraditórios, será a afirmação, por parte de quem argumenta, daquilo que se mostra e daquilo que é compreendido cotidianamente”.⁽⁴²⁾

A dialética parte, então, de opiniões, não possuindo um arrimo.⁽⁴³⁾ O conhecimento aporético é aquele que se funda através de opiniões comumente aceitas. A dialética, segundo Aristóteles, é o método que “partindo de proposições conforme as opiniões seja possível formar raciocínios sobre todos os problemas que se possam colocar e evitar contradições, quando devemos sustentar nós mesmos um discurso”.⁽⁴⁴⁾

O Estagirita distingue silogismo apodíctico (do qual nos ocupamos ao abordar o positivismo jurídico) e silogismo dialético, erístico e pseudo-raciocínios (paralogismos). Silogismo erístico é aquele que se funda em proposições que parecem estar conforme as opiniões aceitas, mas não o estão de fato. Paralogismos só possuem aparência de silogismos, não possuindo conclusão devido a algum erro.⁽⁴⁵⁾

Silogismo dialéticos são aqueles “que têm como premissas opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com a aceitação (endoxa). “Endoxa” –diz Aristóteles, são proposições que parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos sábios e, dentre estes também, a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos e famosos”.⁽⁴⁶⁾ O silogismo dialético possui a mesma forma do apodíctico com exceção de que no primeiro (entinema) não se enunciam todas as premissas e aquelas sobre as quais se fundam são só verossímeis ou plausíveis.⁽⁴⁷⁾

⁽⁴²⁾ DUSSEL, Enrique D. *Método para uma filosofia da libertação*. p.29.

⁽⁴³⁾ “O dialético parte do opinável e por isto não tem evidências como ponto de partida – tem porém o ser como horizonte de compreensão, compreensão existencial do ser que funda igualmente a compreensão existencial ou explícita do ente a partir do ser.” DUSSEL, Enrique. *Op. cit.* p.29.

⁽⁴⁴⁾ ARISTÓTELES. Top 1.1.1, Apud VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.* p.24.

⁽⁴⁵⁾ REALE, Giovanni. *História da filosofia*, v.1. p.218.

⁽⁴⁶⁾ VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.* p.25.

⁽⁴⁷⁾ Chaïm Perelman assim distingue raciocínio analítico e dialético: “Los razonamientos analíticos son aquellos que parten de unas premisas necesarias o, por lo menos, indiscutiblemente verdaderas y conducen, gracias a inferencias válidas, a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas. Los razonamientos analíticos transfieren la necesidad o la veracidad de las premisas a la conclusión. Es imposible que la conclusión no sea verdadera si se razona correctamente a partir de unas premisas verdaderas.”. Ainda: “Los razonamientos dialécticos, que Aristóteles examinó en *Los Tópicos*, en la *Retórica* y en las *Refutaciones de los sofistas*, no se dirigen a establecer demostraciones científicas, sino a guiar deliberaciones y controversias. Tienen por objeto los medios de persuadir y de convencer por medio del

O raciocínio dialético é construído através dos *topoi*.⁽⁴⁸⁾ Partindo-se deles pode-se obter um silogismo sobre objetos do direito como outros pertencentes a outras ciências.⁽⁴⁹⁾

Enquanto Viehweg aborda predominantemente a tópica, Perelman se foca sobre a retórica. A retórica adquiriu um destino de esquecimento semelhante ao da tópica, sendo retomada por Chaïm Perelman também apenas no século XX. Aristóteles realizou importantes investigações no campo da linguagem e da prova não se resumindo ao raciocínio apodíctico. O Estagirita versou sobre o tipo argumentativo ou persuasivo não pretendendo obter uma conclusão necessária e universal, mas a fim de obter ou fortalecer a adesão de alguém a alguma tese que lhe é proposta.

A partir de argumentos sustentados retoricamente também é possível construir silogismos. O silogismo retórico é denominado entinema e, segundo Giovane Reale, possui a peculiaridade de, em sua demonstração, não apresentar várias passagens, extraindo a conclusão rapidamente e deixando subjacente a mediação lógica.⁽⁵⁰⁾

De acordo com Boaventura de Sousa Santos, “Aristóteles distingue três gêneros retóricos: judicial, deliberativo e epidítico. O gênero dominante é o judicial e os autores têm chamado a atenção para o facto de ao longo dos tempos os estudantes de retórica terem feito sua aprendizagem com base na retórica jurídica, no pressuposto de que quem dominasse esta última facilmente dominaria a retórica das restantes áreas do conhecimento social”.⁽⁵¹⁾ Perelman, astutamente, retoma a retórica antiga pinçando alguns conceitos antigos, como o de auditório, e desenvolvendo uma teoria da argumentação vinculada a retórica conforme analisaremos posteriormente.

discurso, de criticar las tesis de los adversarios y de defender y justificar las propias con la ayuda de argumentos más o menos sólidos.” PERELMAN, Chaïm. *La logia jurídica y la nueva retorica*. p.9-10.

⁽⁴⁸⁾ *Topoi* são os pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade.

⁽⁴⁹⁾ “Aristóteles distingue entre lugares gerais ou comuns e lugares especiais ou específicos, os primeiros aplicáveis em qualquer área do conhecimento (por exemplo, o *topos* da quantidade, do mais e do menos, que se pode aplicar tanto em física como em política); os segundos, aplicáveis somente numa área (por exemplo , o *topos* do justo e do injusto pode ser aplicado no direito ou na ética mas não na física).” SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. p.17

⁽⁵⁰⁾ REALE, Giovane. *História da filosofia*, v.1. p.219.

⁽⁵¹⁾ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.* p.18.

6.1 - O DIREITO E O CONHECIMENTO APORÉTICO

Como já afirma acima, o conhecimento aporético fora marginalizado durante séculos até o seu ressurgimento no século XX. A dialética, concebida por Aristóteles como parte da lógica que estuda as estruturas do pensar e do raciocinar que se movem não com base em elementos fundados cientificamente, mas sim em elementos fundados na opinião⁽⁵²⁾ fora relegada durante o transcorrer do pensamento filosófico ocidental. Por consequência podemos facilmente inferir que teorias jurídicas baseadas no conhecimento apodíctico (como o positivismo jurídico) preponderaram durante largo tempo sob teorias jurídicas fundadas no conhecimento aporético. Aliás, esta antinomia é incorreta. Até porque a dicotomia entre estes dois grupos de teorias jurídicas só surge no século XX. Desde Descartes e especialmente após o jusracionalismo (direito natural racional), tendo como ápice o positivismo jurídico, exalta-se a produção de um conhecimento fundado em demonstrações necessárias, evidentes. Já somente após a segunda metade do século XX é que se retoma o silogismo dialético de Aristóteles; que se retoma um novo *logos* no direito, conforme explicita Perelman:

“las concepciones modernas del derecho y del razonamiento judicial, tal como se han desenvuelto después de la última guerra mundial, constituyen una reacción contra el positivismo jurídico y sus dos sucesivos aspectos, que son el de la Escuela de la Exégesis y la concepción analítica y deductiva del derecho, y después el de la Escuela funcional o sociológica, que interpreta los textos legales en función de la voluntad del legislador”.⁽⁵³⁾

A esta reação foi fomentada especialmente por duas obras: *Tópica e jurisprudência* (1953) de Theodor Viehweg que resgata a tópica de Aristóteles e *Tratado da argumentação* (1958) de Chaïm Perelman com colaboração de Lucie Olbrechts-Tyteca que inova no que diz respeito à nova retórica e à argumentação, resgatando também Aristóteles. Pela importância do legado destes dois pensadores iremos examiná-los separadamente. Posteriormente iremos expor as contribuições recentes de Boaventura de Sousa Santos.

⁽⁵²⁾ REALE, Giovanna. *História da filosofia*. v.1. p.219

⁽⁵³⁾ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*. p.133.

7 -VIEHWEG E O RESGATE DA TÓPICA

Viehweg parte da consideração do direito enquanto problema,⁽⁵⁴⁾ elencando a tópica como técnica do pensar problemático que, através dos *topoi*,⁽⁵⁵⁾ procura estabelecer um consenso desconstituindo o problema inicial ao se chegar a uma decisão. Tércio Sampaio Ferraz Jr, na introdução brasileira ao livro de Viehweg, aclara que “a tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles”.⁽⁵⁶⁾

Tratando-se de um discurso persuasivo não há a necessidade de construir verdades válidas universalmente. Como se trata de recorrer aos lugares-comuns – ou *topoi*, a intenção principal é fundamentar posições que não poderiam ser fundamentadas pela dedução, pela lógica. Por isto, como afirma Boaventura: “o discurso judicial, em particular, é um discurso pluralístico que, apesar de antitético, não deixa de ser dialógico e horizontal. Conseqüentemente a verdade a que aspira é sempre relativa, e as suas condições de validade nunca transcendem o circunstancialismo histórico-concreto do auditório ”.⁽⁵⁷⁾

A tópica só pode contar com panoramas fragmentários. Quando se está diante de um problema escolhem-se arbitrariamente pontos de vistas pertinentes, buscando, segundo Viehweg, “premissas que sejam objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a conseqüências que nos iluminem”.⁽⁵⁸⁾ Este é o denominado procedimento de tópica de primeiro grau. Posteriormente busca-se arrimo para estas opiniões em um repertório de pontos de vista já preparados de antemão,

⁽⁵⁴⁾ Assim Viehweg define problema: “ Para nosso fim, pode chamar-se problema- esta definição basta- toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo como o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução” VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. p.34

⁽⁵⁵⁾ “ *Topoi* são, portanto, para Aristóteles, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme opinião aceita e que podem conduzir à verdade”. Mais a frente Viehweg esclarece a concepção de *topoi* remetendo-se novamente a Aristóteles : “ Os *topoi*, enumerados de modo mais ou menos completo, são os que nos podem ajudar, em relação a cada problema a obter raciocínios dialéticos”. VIEHWEG, Theodor. *Op. cit.* p.26-27.

⁽⁵⁶⁾ ARISTÓTELES. *Aristóteles- Coleção os pensadores*. p.5 (o grifo é nosso).

⁽⁵⁷⁾ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. p.8

⁽⁵⁸⁾ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. p.36

desembocando em catálogos de *topoi* que se chamam tópica de segundo grau. Então, a partir dos *topoi*, busca-se a solução do problema.

8 -PERELMAN E A NOVA RETÓRICA

Perelman chegou a ser professor da disciplina de lógica formal em Bruxelas, no entanto em certa fase de seu pensamento acabou por se convencer que o raciocínio jurídico não possui premissas dadas, mas escolhidas. Optou por incluir o raciocínio jurídico no âmbito do raciocínio dialético, que aspira à adesão ao que é crível, plausível, razoável. Afirmar este pensador que “la solución justa resulta menos de la aplicación indiscutible de unas reglas indiscutidas y más de la confrontación de opiniones opuestas y de una subsiguiente decisión por vía de autoridad”.⁽⁵⁹⁾

Afirmar o filósofo belga que o direito se elabora através de opiniões dialéticas e controvérsias, sendo muito raro que o raciocínio jurídico possa conduzir, com nas demonstrações matemáticas, a uma conclusão necessária.⁽⁶⁰⁾

Aristóteles definiu a retórica como a arte de buscar em qualquer situação os meios de persuasão disponíveis. Perelman alarga esta definição entendendo o objeto da retórica como o estudo das técnicas discursivas que tratam de provocar ou aumentar a adesão⁽⁶¹⁾ dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento.⁽⁶²⁾ Os argumentos devem ser manejados e sustentados retoricamente pelo autor de modo a angariar a adesão do auditório. Neste contexto o jurista é provocado a não pensar os fatos dentro dos ditames da lei, mas a pensar os fatos como ocorrências suscetíveis de valoração, ao lado de normas e provas suscetíveis à valoração que se revelam por meio do discurso e prática judiciárias.⁽⁶³⁾

A decisão que o juiz toma é resultante de um processo de ponderação de diversos fatores, entre eles os argumentos, as provas, as fundamentações na legislação e até suas próprias convicções pessoais visto que é um ser humano e está inserido no

⁽⁵⁹⁾ PERELMAN, Chaïm. *La logica juridica y la nueva retorica*. p.16.

⁽⁶⁰⁾ Idem, Ibidem. p.17.

⁽⁶¹⁾ “ Una observación que distingue la retórica de la lógica formal , y en general de las ciencias positivas, es que no se refiere tanto a la verdad como a la adhesión. “Idem, Ibidem. p.141

⁽⁶²⁾ PERELMAN, Chaïm. *Tratado de argumentação*. p.5.

⁽⁶³⁾ ALMEIDA, Guilherme Assis de ; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. p.418.

mundo concreto. Os juízos de valor não são excluídos da decisão do juiz. Enfim Perelman retoma a retórica e volta a inserir os valores no mundo do direito através do raciocínio dialético de modo que o direito não busque suas decisões embasado em um tecnicismo cego, mas sim que a justiça seja uma preocupação constante e , mais do que preocupação, que possa se concretizar em cada caso concreto.

9 - A PROPOSTA DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

No que concerne à questão do discurso jurídico, Boaventura de Sousa Santos introduz uma nova dimensão de análise - uma dimensão longitudinal, que dá conta da diferenciação funcional-estrutural segundo o contexto de comunicação. Entende-se por contexto de comunicação a referência nuclear ou focal da comunicação. São três os contextos principais: o agente privilegiado (a terceira parte, o juiz, árbitro, mediador, etc.), os participantes ou partes; o grupo social relevante.⁽⁶⁴⁾

Reportando-se às três dimensões da instância jurídica identificadas e aos discursos que as constituem, o autor explicitamente reconhece que o discurso retórico é basicamente uma fala, um discurso *dito*, enquanto o discurso institucional-sistêmico é um discurso *escrito* e o discurso coercitivo , um discurso *feito*”.⁽⁶⁵⁾ Procura detectar, portanto, a incidência do conhecimento aporético e apodíctico no direito por meio de seus agentes privilegiados.

Esta análise funcional-estrutural segundo o contexto de comunicação desemboca no seguinte quadro que apresenta uma construção heurística, representando de modo sintético o conjunto das funções estruturais dos vários fatores ao nível dos diferentes contextos da comunicação:⁽⁶⁶⁾

⁽⁶⁴⁾ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. p..86.

⁽⁶⁵⁾ Idem. Ibidem. p.70.

⁽⁶⁶⁾ Idem. Ibidem. p.86.

Discursos do Direito Contextos de Comunicação	Discurso do Aparelho Burocrático		Discurso Tópico-Retórico	Discurso do Aparelho Coercitivo
	Instituição	Sistema		
Agente Privilegiado	Competência/ Jurisdição	Demonstração	Argumentação	Ameaça
Participantes	Processamento	Prescrição	Persuasão	Coerção
Sociedade	Programação	Racionalização	Consenso	Repressão

O quadro, enquanto construção heurística, não pretende estabelecer divisas estanques entre os diversos discursos jurídicos. No âmbito do sistema, em relação ao agente privilegiado, impera a *demonstração* enquanto discurso do aparelho burocrático, contudo isto não impede que, no cerne do sistema, o discurso se dê também baseado na argumentação que caracteriza o discurso tópico-retórico e vice-versa. Os discursos constituem um fator/ dimensão cuja variação é concomitante da de outros fatores/dimensões que, no seu conjunto, constituem os componentes mais importantes do processo de concretização do direito.

Esta proposta de Boaventura de Sousa Santos ajuda-nos, baseados nos diversos discursos jurídicos, a localizar a maior incidência do raciocínio apodíctico e do raciocínio dialético nos diversos espaços de manifestação do fenómeno jurídico. As teorizações de Viehweg e Perelman, por exemplo, localizam-se na dimensão retórica enquanto aspecto de concretização do direito. O agente privilegiado, no espaço deste discurso, pressupõe um trabalho argumentativo o que vem de encontro a teoria da argumentação de Perelman, p.ex, que se foca na persuasão e técnicas de convencimento. A argumentação também se encontra no método tópico, pois o agente privilegiado necessita sustentar os *topoi* por ele escolhidos e apresentar a sua pertinência ao caso concreto em questão. No que diz respeito ao grupo socialmente

relevante o objetivo é o consenso. Esta asserção parece mais do que óbvio no sentido de que o discurso tópico-retórico é construído mediante premissas que representam opiniões geralmente aceitas e não verdades que necessitam ser demonstradas.

Já as teorias positivistas, baseadas no método lógico-dedutivo, postam-se principalmente no espaço do discurso do aparelho burocrático. Na parte anterior desta exposição demonstrou-se em que consiste a tentativa de alguns teóricos de provar a logicidade do sistema jurídico. Pois bem, o que visam estes, embasados no raciocínio apodíctico, é evidenciar que há uma ciência jurídica e esta é construtiva e dedutiva e que consiste na elaboração conceitos jurídicos fundamentais, extraídos do próprio ordenamento jurídico. O papel do operador jurídico é, então, pinçar normas gerais e abstratas e, através de uma operação lógico-dedutiva, associar esta norma ao fato e chegar a uma conclusão irretocável. Tudo isto demonstrável como o aparato lógico.

Portanto pode-se concluir que os raciocínios que fundamentam e que legitimam o discurso jurídico encontram-se imbricados, não existindo uma divisão estanque entre eles. A tendência dos positivistas era excluir qualquer juízo de valor assim como raciocínios fundados em premissas que não fossem passíveis de serem demonstradas analiticamente. Estas teorias excluía o conhecimento aporético do âmbito do direito. Já as teorias baseadas no raciocínio dialético-retórico, de modo contrário, não excluem a existência de métodos dedutivos no direito. Perelman, p.ex, luta contra a lógica-formal, contudo não deseja excluir o raciocínio dedutivo do campo do direito⁽⁶⁷⁾ e sim temperá-lo com uma teoria da argumentação que propiciasse aos juristas uma nova ferramenta voltada ao caso concreto e não alheia aos juízos de valor. Viehweg, por sua vez, não se opõe veementemente ao positivismo jurídico, apenas retoma a tópica e a apresenta ao mundo jurídico como um outro caminho na busca pela justiça, opondo-se

⁽⁶⁷⁾ PERELMAN, Chaïm. *Tratado de argumentação*. Neste sentido releva o autor: “A lógica formal moderna constitui-se como o estudo dos meios de demonstração utilizados nas ciências matemáticas. Mas o resultado foi a limitação de seu campo, pois tudo quanto é ignorado pelos matemáticos é alheio à lógica formal. Os lógicos devem completar a teoria da demonstração assim obtida com uma teoria da argumentação” p.11. Ainda, neste sentido: “Deve-se dizer que Perelman não torna simplesmente sua reflexão um pensamento antiformalista, no sentido da destruição do raciocínio lógico-formal. Ele esforça-se, sim, por definir as bases de uma lógica jurídica específica, de uma lógica que não se vale somente do raciocínio dedutivo, mas que se vale, também, entre outras coisas, do raciocínio dedutivo. O que se procura identificar é a não-redução do raciocínio jurídico, sobretudo o judicial, como o raciocínio dedutivo.” ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. p.411.

a um formalismo abstrato que pode desencaminhar o direito de seus fins últimos. Devemos notar que o positivismo jurídico fracassa com a sua idéia de excluir do mundo jurídico tudo o que impedisse o direito de ser reconhecido como saber científico, seguro, dogmático.

10 – DIREITO E LINGÜAGEM – A SEMIÓTICA

Com os estudos de Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Pierce tem gênese a reflexão hodierna sobre o signo lingüístico. Buscam os autores, em suma, construir uma teoria geral do signo. Não obstante a aparente similitude de abordagens, os dois autores podem ser divididos no que tange aos desdobramentos de suas pesquisas. Conforme nos informa Warat, Saussure se voltou primordialmente ao tratamento científico das linguagens naturais enquanto Pierce focou-se sob as práticas lingüísticas das ciências.⁽⁶⁸⁾

De acordo com a celebrada divisão da semiótica de Carnap, podem-se distinguir três níveis de análise: a sintaxe, cujo objeto é o estudo da estrutural formal da linguagem, através da análise lógico-lingüística; a semântica, que visa averiguar o sentido das proposições, tendo em vista as relações dos enunciados com a realidade; e a pragmática, voltada ao estudo do uso das proferências discursivas.⁽⁶⁹⁾

Entretanto, sem desprezar a função semântica e sintática da linguagem jurídica, a grande novidade apresentada pela semiótica revelou-se com a construção da pragmática. Desta feita, e sem sombra de dúvidas, a semiótica jurídica, em sua missão teórica, resguarda-se de resumir-se ao mero inventário dos signos ou ao estudo das instâncias superficiais do discurso (p.ex, a verbalidade ou a gramaticidade normativas), para servir às estruturas profundas da significação, colocando-se a serviço do que há de precedente e do que é primeiro no sentido da produção súnica.⁽⁷⁰⁾

⁽⁶⁸⁾ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. p.14.

⁽⁶⁹⁾ ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do direito e do estado*. p.67.

⁽⁷⁰⁾ ALMEIDA, Guilherme Assis de ; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. p.430 É o que confirma Luiz Fernando Coelho: “ pelo enfoque pragmático, os significados exsurgem não somente das relações sintáticas e semânticas dos signos, mas, sobretudo, de sua relação funcional, ou seja, da manipulação do signo no sentido de influir no comportamento das pessoas”. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. p.67.

E é exatamente a visão pragmática da linguagem que revela o substrato ideológico presente no signo e nas relações entre os signos. Esta relação, de fato, nunca fora percebida e se percebida com certeza fora desprezada pelo positivismo jurídico. Este se esmerou por “polir” a linguagem natural, buscando inclusive a construção de sofisticadas linguagens formais (lógica formal) a fim de buscar a coerência, clareza e objetividade típicas das ciências matemáticas. Sequer se cogitou do fundo ideológico dos signos.

Isto não obstante uma conhecida corrente positivista – o positivismo lógico – ter-se esmerado no estudo da linguagem. Contudo a posição adotada primordialmente pelo Círculo de Viena (tendo como integrantes Hans Kelsen e Norberto Bobbio) baseou-se em Pierce e não em Saussure. A escolha dos neopositivistas é facilmente explicável em decorrência do fato de que “ao contrário de Saussure, preocupado com o tratamento científico das linguagens naturais, as obsessões de Pierce estariam voltadas para as práticas lingüísticas das ciências”. E mais: “o positivismo lógico erige a linguagem em objeto de sua investigação e como instância fundamental da problemática científica. Neste sentido, a semiótica é o nível de axiomatização dos sistemas significantes, postos como modelos matemáticos das diversas linguagens da ciência; sua ambição máxima é a de criar um modelo matemático universal como padrão epistemológico para todas as ciências”, conforme assinala novamente Warat.⁽⁷¹⁾

10.1- A PRAGMÁTICA E A DESCONSTRUÇÃO DA FILOSOFIA ANALÍTICA

A lógica que estuda as inferências válidas, em virtude unicamente de sua forma, denomina-se lógica formal, tendo como criador Aristóteles conforme visto anteriormente. A lógica formal fora, sem dúvida, extremante estudada e desenvolvida a ponto de encontrar suas próprias limitações: o uso da linguagem natural– um tanto imprecisa e ambígua. Por este motivo as elucubrações dos filósofos procuraram construir uma lógica baseada numa linguagem formal com símbolos convencionados. O matemático alemão Gottlob Frege, entre outros, contribuíram para a gênese desta

⁽⁷¹⁾ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. p.14.

nova lógica, a lógica matemática, que se deu efetivamente com a obra *Principia Mathematica* (1910-13) de Russell e Whitehead.⁽⁷²⁾ A teoria positivista se debruçou atenciosamente sobre a lógica. Sabia que suas pretensões de cientificidade em relação às ciências sociais só poderiam se concretizar com a demonstração analítica através dos aparatos lógicos.

Hodiernamente presenciamos o advento de uma lógica jurídica propriamente dita. Por muito tempo, lógicos e juristas se debateram em torno da aceitação ou não desta expressão. O eminente lógico Kalinowski, em sua obra *Introduction à la logique juridique* (1965), originou a discussão, negando a existência de uma lógica jurídica. No que tange à lógica formal é inegável aceitar que esta não se subdivide de acordo com as suas diferentes aplicações aos mais diversos campos do saber. Contudo a discussão perde importância com o advento da lógica deôntica que se vincula essencialmente às peculiaridades do direito.

Sua gênese se deve, em parte, à escola do positivismo lógico que, ao preocupar-se com as linguagens da ciência, procurou diferenciá-las das vagas representações da linguagem natural. Busca, desta maneira, uma substituição de conceitos para construir um conjunto de conceitos mais exatos e precisos.⁽⁷³⁾ De certa forma podemos identificar este movimento como inspirador da construção de uma lógica específica ao direito: a lógica deôntica.⁽⁷⁴⁾ Esta surge com Von Wright e procura fazer um paralelo entre noções jurídicas (proibição, permissão e proibição) e os conceitos aléticos (enunciados que se formulam como necessariamente verdadeiros ou como de verdade possível).⁽⁷⁵⁾

A lógica deôntica e a proposicional se apresentam como um sistema dedutivo formal, partindo de axiomas independentes para inferir outros teoremas. É um sistema dotado de consistência, isto é, livre de contradições e é dedutivamente completo, pois

⁽⁷²⁾ ECHAVE, Delia Teresa, GUIBOURG, Ricardo A., URQUIJO María Eugenia. *Lógica, Proposición y Norma*. p.28.

⁽⁷³⁾ WARAT, Luis Aberto. *Op. cit.* p.59.

⁽⁷⁴⁾ ECHAVE, Delia Teresa, GUIBOURG, Ricardo A., URQUIJO María Eugenia. *Lógica, Proposición y Norma*. p.122.

⁽⁷⁵⁾ Idem, Ibidem. Neste sentido: “Quienes se encuentran de alguna manera vinculados al lenguaje del derecho, de la moral o, en general, al lenguaje de las normas, manejan ciertas nociones como las obligación, permisión y prohibición. Estas nociones tienen, curiosamente, un comportamiento formal análogo al de los conceptos aléticos.” p.119.

todos os enunciados podem ser demonstrados dentro do sistema.⁽⁷⁶⁾ Mas esse sistema, perfeito na forma, deve ter uma utilização prática. Uma das melhores aplicações, segundo seus defensores, seria na reconstrução de relações materiais ou conceitos preexistentes, de modo claro e preciso, objetivando uma melhor visualização e manejo.

A lógica proposicional constrói modelos abstratos para as relações de inferência que observamos entre as proposições reais, a partir deles podemos derivar uma proposição de outra possibilitando a análise e identificação de condições que nos permitem diferenciar um raciocínio válido de outro falaz. De forma análoga, a lógica deôntica toma emprestado do sistema normativo os conceitos de obrigação, proibição e permissão para tentar reconstruí-los dentro de um sistema que lhes empreenda significados precisos e que possibilite o estabelecimento de vinculações inequívocas.⁽⁷⁷⁾

De toda forma estas posições doutrinárias não impediram o desenvolvimento da pragmática. E o alvo principal a ser atacado fora a pretensão do positivismo jurídico de “identificar a ciência com a linguagem a partir de uma atitude reducionista, que pensa a linguagem como uma estrutura textual auto-suficiente, encontrando a significação no interior do próprio sistema criado”.⁽⁷⁸⁾ Tal corrente alija qualquer possibilidade de se admitir a existência de carga ideológica ou valorativa em face dos signos lingüísticos. Prossegue o autor a fim de descortinar esta névoa que encobre o exegetismo: “a linguagem da teoria jurídica tradicional é vista por seus produtores como uma linguagem técnica que, sem formalizações concretas, fala de uma linguagem (ideologicamente) vista como formal: a linguagem da lei. Contudo, a linguagem da teoria jurídica é também outra variedade da linguagem natural que, além de cumprir importantes funções políticas e ideológicas, opera com um nível de significação prescritiva encoberto nos próprios textos legais”.⁽⁷⁹⁾ Opera-se, portanto, a desconstrução do positivismo lógico e de seu instrumental fundamental, a filosofia analítica.

⁽⁷⁶⁾ Idem, Ibidem. p.145.

⁽⁷⁷⁾ Idem, Ibidem. p.146.

⁽⁷⁸⁾ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. p.15.

⁽⁷⁹⁾ Idem. *Ibidem*. p.55.

11 – JÜRGEN HABERMAS: O DIREITO ENQUANTO PRÁTICA DISCURSIVA

De acordo com conhecida classificação, Jürgen Habermas pode ser incluído na terceira geração da Escola de Frankfurt. Não obstante sua inclusão nesta corrente de pensamento, houve em Habermas tanto a preocupação em renovar a Escola quanto preservar o pensamento dos seus predecessores.

A oposição entre Habermas e Luhmann acerca de uma Teoria da Sociedade reflete, com suas especificidades, a já conhecida oposição entre pensamento Tradicional e Crítico. O interessante desse debate é que nele se revela que a teoria habermasiana não se identifica mais de forma plena com as posições de Adorno e Horkheimer. Conforme Análise de Bárbara Freitag, “não se trata mais de opor o marxismo ao racionalismo ou a dialética com o positivismo e sim de elaborar uma ‘nova’ teoria da sociedade como alternativa à teoria sistêmica, representada por Luhmann”.⁽⁸⁰⁾

Do ponto de vista epistemológico defende que a comunicação é responsável por orientar o processo de conhecimento das ciências histórico-hermenêuticas, engendrando o conceito de razão comunicativa e alijando a razão instrumental.⁽⁸¹⁾ De acordo com Habermas, toda comunicação lingüística é também metacomunicação, havendo, em cada uma das situações de fala, quatro expectativas de validade: a de que os conteúdos transmitidos sejam compreensíveis, a de que os interlocutores sejam verazes, a de que os conteúdos proposicionais sejam verdadeiros e a de que o locutor, ao afirmar, prometer ou ordenar, aja conforme normas que lhe parecem justificadas.

O discurso tem por objetivo buscar cooperativamente a verdade a partir do melhor argumento. Dessa maneira, uma afirmação é considerada falsa ou verdadeira através de um consenso quanto à verdade ou falsidade e uma norma é considerada

⁽⁸⁰⁾ FREITAG, Bárbara. *Teoria crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1993. p.53.

⁽⁸¹⁾ O paradigma da consciência ou do sujeito é o do conhecimento dos objetos, centrando a razão no sujeito. O paradigma da comunicação prima pelo entendimento entre sujeitos capazes de agir e falar, centrando a razão na comunicação. No paradigma do sujeito a normatividade é imediata e no paradigma da comunicação é mediata. SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. p.61-64

legítima quando um discurso prático produz um consenso quanto à legitimidade ou ilegitimidade.

Habermas contemplou a razão comunicativa caracterizando-a como aquela em que tudo se resume à fala, não havendo uma verdade ontologicamente fundada, mas uma baseada no consenso estabelecido na sociedade. Com isso, Habermas deixa de lado a razão prática, uma vez que esta diz respeito a um padrão interpretativo que se estende a partir da singularidade.

Partindo da noção de desencantamento do mundo de Max Weber,⁽⁸²⁾ insiste na condição essencial do mundo moderno: a inexistência de uma razão última (como queriam os jusracionalistas) ou mesmo de um fundamento teológico, como a existência de Deus. Os homens, neste momento da história, passam a ser responsáveis pelas suas próprias escolhas. E não há mais um “cimento unificador”, como outrora fora a religião.

Em uma primeira fase de seu pensamento, Habermas problematiza esta questão. Se não existe mais fundamentação única para o agir humano, então porque seguir o direito? Nesta fase remete à necessidade de uma moralidade, substrato que dirigiria o agir humano. De fato, nesta etapa de seu pensamento, “habermas é de opinião de que o Direito moderno, ao realizar a distinção entre moralidade e legalidade, introduz a necessidade de justificação prática para as normas legais. No entanto, ao estabelecer a vinculação entre normas de ação e normas jurídicas, o Direito moderno remete, por sua vez, à necessidade de uma moralidade fundada em princípios. Isto é, quando um indivíduo pauta sua ação pela descrição de cunho prático contida na lei, ele, ao mesmo tempo que se guia pela lei, pergunta pela base de validade do Direito.”⁽⁸³⁾

Já em uma segunda fase de seu pensamento, Jürgen Habermas abandona a necessidade de qualquer fundamentação, inclusive a moral. E o que nos adverte Luiz Moreira: “essa reviravolta na concepção sobre a relação entre Direito e moral significa a secularização do Direito, que passa a obter a fundamentação tão-somente através de sua conformidade à opinião e à vontade discursiva dos cidadãos. Sua medida de

⁽⁸²⁾ A respeito da relação Max Weber /Jürgen Habermas vide MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: Safe, 2002.

⁽⁸³⁾ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Mandamentos: Belo horizonte 1999. p. 33.

legitimidade desliga-se de uma esfera moral para fixar-se em procedimento discursivos”.⁽⁸⁴⁾

Portanto a medida de legitimidade do direito passa a se situar na própria sociedade, na interação comunicativa dos indivíduos. Ao alcançar-se o consenso – e partindo-se de uma igual capacidade de intervenção no debate, sem qualquer espécie de coação da vontade-, as decisões transformar-se-iam em procedimentos jurídicos. Estes, por sua vez, não seriam eternos e imutáveis. A não ser que o consenso angariado na sociedade assim determinasse. Caso contrário o procedimento fruto da vontade – se não mais representasse consenso e sim dissenso-, poderia ser modificado ou extinto. Portanto, se em Descartes presenciarmos a hegemonia da razão instrumental,⁽⁸⁵⁾ em Habermas visualizamos a supremacia da razão comunicativa a guiar o consenso social.

12 – TEORIA MARXISTA DO DIREITO

O primeiro – e clássico – ponto a ser salientado é sobre a possibilidade de construção de uma teoria geral do direito marxista baseada nos manuscritos de Marx e Engels. Roberto Lyra Filho em sua obra *Karl, meu amigo: Diálogo com Marx sobre o Direito* nega peremptoriamente esta possibilidade, elencando uma série de fatores que impediriam tal intento.⁽⁸⁶⁾ Apesar de algumas assertivas de Lyra Filho apresentarem-se tênues (como a parcialidade que governa dos seguidores de Marx), o certo é que a

⁽⁸⁴⁾ MOREIRA, Luiz. *Op. Cit.* p. 201. A obra *Direito e Democracia* (1992) é um marco do pensamento habermasiano onde passa-se de um atrelamento a uma relação co-originariedade entre Direito e Moral.

⁽⁸⁵⁾ A égide do discurso da ciência, da filosofia da consciência que segundo Weber colocou os homens em “jaulas de ferro”. O mesmo discurso positivista – instrumental ao extremo – que coloniza o mundo da vida, nas próprias palavras de Habermas. Que é unilateral, que é imposto e que se estabelece sobre todos os interstícios da sociedade e até da subjetividade (vide conceito de racionalização da personalidade de Weber que é aproveitado por Habermas - MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: Safe, 2002.)

⁽⁸⁶⁾ Antônio Carlos Wolkmer levanta os obstáculos propostos por Lyra Filho: 1 – De ordem filosófica: cinge-se às interpretações incorretas e distorcidas das fontes originais; 2 – De ordem lógica: refere-se à falta de sistematicidade das abordagens do direito na obra de Marx, muitas vezes contraditórias; 3 – De ordem paralógica: expressa-se nos sofismas criados pelo intérprete em decorrência de aglutinar ao conceito de direito coisas diversas e isoladas; 4 – De ordem cronológica: o olhar sobre a produção marxista com as ultrapassadas lentes velho/novo; 5- De ordem psicológica: a tradicional vinculação que os herdeiros de Marx fazem entre o direito e o reacionarismo como manutenção da ordem dominante; 6 – De ordem metodológica: revela-se na falta de isenção do pesquisador. WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. p.151-154.

própria base objetiva para tal empreendimento se revela contraditória e precária. E esta base que falamos refere-se aos próprios escritos de Marx.

Tal situação, por seu turno, não passou despercebida pelo próprio Marx que, ao que parece, tinha como propósito escrever uma teoria do direito. Todavia a morte lhe atingiu antes.

Portanto, tendo em conta a fragmentação teórica, autores posteriores buscaram aglutinar elementos teóricos a fim de interpretar o direito sob a ótica do marxismo. E – interessante notar – que as disputas empreendidas entre os vários “hermeneutas de Marx” por ora repetem e aprofundam divergências já verificadas na análise global das teoria marxista, tal qual a querela entre a visão economicista e outra mais aberta e menos determinista.

A vertente economicista apóia-se em exegese literal de trecho do prefácio a *Crítica da economia política*, onde Marx expõem que “o conjunto das relações de produção constituiu a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política, a que correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção de vida material condiciona o processo da vida social, política e intelectual em geral”.⁽⁸⁷⁾

Em face desta ótica o direito é considerado mero reflexo da infra-estrutura e tenderia a desaparecer, de modo definitivo, com a implementação do comunismo. Alija-se a construção de um “direito comunista”, até porque o direito estaria essencialmente ligado ao modo de produção capitalista e à manutenção de uma classe dominante. Seria o direito um instrumento da propagação da ideologia⁽⁸⁸⁾ (falsa consciência), atordoando a emergência da consciência proletária.⁽⁸⁹⁾

⁽⁸⁷⁾ MARX, Karl. *Crítica da economia política* In: IANNI, Octavio (org). *Karl Marx: sociologia* São Paulo: Ática, 1979.

⁽⁸⁸⁾ Muito se discute acerca do conceito de ideologia em Marx. Contudo – e de modo indubitável – o de falsa consciência é o mais recorrente em sua obra, tendo sido cunhado na obra *A ideologia alemã*. Para uma crítica à concepção de ideologia em Marx vide: EAGLETON, Terry. *Ideologia*. p.75-81.

⁽⁸⁹⁾ Interessante notar que o direito poderia ser utilizado, também, para “abafar” o conflito de classes quando este se torna-se mais evidente no seio da sociedade. As tendências reformistas levadas a cabo em certos países europeus (concedendo direitos sociais aos trabalhadores, ou seja, “dando os anéis para não perder os dedos”, afigurou-se como elemento de desconstrução do movimento operário unido). Reconhecendo esta influência da esfera jurídica, Trotsky em artigo comemorando os noventa anos do Manifesto Comunista, produz certos comentários à asserção de Marx e Engels no próprio Manifesto: “o proletariado não pode conquistar o poder por meio das leis promulgadas pela burguesia”. Comenta Trotsky: “O reformismo tentou explicar esta tese da Manifesto pela imaturidade do movimento operário

A esta corrente se aliam juristas soviéticos que caracterizam o direito como um sistema de relações sociais, reflexo das relações materiais de existência (infra-estrutura) e dominante por excelência. Alinham-se a esta concepção Stuchka e Paschukhanis.⁽⁹⁰⁾ Este último despreza o conceito normativo do direito, por entender que é econômico o conteúdo das relações jurídicas, reduzidas que são, em sua teoria, às que decorrem do intercâmbio entre mercadorias.⁽⁹¹⁾

Esta concepção, por óbvio, é arrebatada pelos setores marxistas mais progressivos. E a realidade história da URSS impôs solução diversa, desde a Revolução de 1917 até a queda do muro de Berlim. Isto porque não se alcançou o estágio comunista, localizando-se no meio termo entre a destruição do Estado e da entrega definitiva do poder à classe dominada. O partido se agiganta como aparelho burocrático e máquina de dominação e a normatividade, como é sabido continua a ser produzida.

Esta teoria fora reputada inconveniente ao partido, tendo Paschukhanis sido negado por parcela significativa da comunidade jurídica soviética. Com contraponto aparecem as teorias normativistas, desaparecendo a pecha de “direito burguês”.⁽⁹²⁾

Abre-se, então, a possibilidade de um “direito soviético”. Vischinsky, inclusive, chega a conceituá-lo como “um sistema de normas estabelecidas pela legislação do Estado dos Trabalhadores, que expressa a vontade de todo o povo soviético, conduzido pelas classes trabalhadoras encabeçadas pelo Partido Comunista, a fim de proteger,

da época e pelo insuficiente desenvolvimento da democracia. A sorte das ‘democracias’ italiana e alemã e de muitas outras demonstrou que se alguma coisa não estava madura eram as próprias idéias reformistas”. TROTSKY, Leon. Noventa anos do manifesto comunista. In COGGIOLA, Osvaldo (org). *Manifesto Comunista*. Edição comemorativa dos 150 anos do manifesto comunista com ensaios. São Paulo: Boitempo, 1998. p.162.

⁽⁹⁰⁾ Neste sentido, pertinente a classificação de Orlando Gomes em ensaio sobre o tema: “as concepções mais importantes da Filosofia do Direito soviético podem ser enfeixas em dois grupos: a) antinormativo e b) normativo. No primeiro, incluem-se as teorias de Stuchka Paschukhanis e, no segundo, as de Reiner, Vischinsky, e de Golunskii e Strogovitch.” GOMES, Orlando. *Marx e Kelsen: incompatibilidade da teoria pura do direito como o marxismo*. IN: Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. p.67.

⁽⁹¹⁾ GOMES, Orlando. *Op. Cit.* p.73.

⁽⁹²⁾ “Baseada numa visão de mundo que superpolitiza o jurídico, acabou por reduzi-lo a mera expressão da vontade das classes dominantes. Nesse sentido, o direito será proletário ou burguês, conforme se situe em meio a uma cultura proletária ou burguesa”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In ARRUDA JR, Edmundo Lima de. *Lições de direito alternativo*. p. 104.

fortalecer e desenvolver as relações socialistas e a construção de uma sociedade comunista”.⁽⁹³⁾

Surge, portanto, um “positivismo soviético”, disfarçado sob a necessidade de futura construção de uma sociedade comunista, como depreendemos do conceito supracitado. Para Roberto Lyra Filho, em substância, não há diferença entre as duas teorias jurídicas.⁽⁹⁴⁾

Hodiernamente – mesmo após a queda da URSS – não desaparece a influência das considerações marxistas aplicadas ao direito. O paradigma do “homem burguês”⁽⁹⁵⁾ é propagado por muitos como o único possível. Fala-se, inclusive, em fim das ideologias. Reflexos de um mundo que não se encontra mais bipolarizado entre o capitalismo e o socialismo. Decaem o segundo e o primeiro passa a reinar altiveiro.

O legado da filosofia marxista, todavia, ainda continua vivo e produzindo frutos. Basta atentar que boa parte do pensamento crítico, hoje, recolhe o instrumental marxista.⁽⁹⁶⁾

⁽⁹³⁾ *Apud* GOMES, Orlando. *Op. cit.* p.71-72.

⁽⁹⁴⁾ “o legalismo socialista apresenta diferenças resultantes do fato de que é socialista, revestindo, portanto, uma estrutura diversa e socialmente mais avançada; enquanto esquema ou modelo, contudo, vem a dar no mesmo, pois que apresenta uma redução à ordem posta e, portanto, ordem do Estado”. E prossegue: “A reflexão socialista mais moderna tende, igualmente, a buscar uma teoria jurídica mais flexível, e, afinal, propriamente propriamente dialética, que se liberte daquela noção de Direito como, antes de tudo, direito estatal, ordem estatal, leis e ‘controle incontrolado’”. LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. p.28

⁽⁹⁵⁾ KONDER, Leandro. *Os sofrimentos do homem burguês*. São Paulo: Senac, 2000.

⁽⁹⁶⁾ É o que se denota da leitura dos dois grandes inventários do pensamento crítico no Brasil: COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*; e WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*.

13 - CONCLUSÃO

As diversas vertentes do pensamento crítico empreenderam, nos últimos tempos, ataques vorazes ao positivismo, contudo não conseguiram, ainda, oferecer respostas as suas próprias perguntas. Ou se admite que o direito não possui uma força interna- autônoma- de transformação, sendo mero reflexo dos mandos e desmandos políticos ou se assume que o direito possui autonomia suficiente para construir “ um mundo melhor”. Afinal, o direito é meio ou é fim? Devemos buscar a transformação social na esfera política – direito como mero instrumento, tal qual na visão de Habermas – ou há uma dimensão própria de juridicidade que permite ao direito possuir “ força própria e autônoma” de transformação? Ou será que o máximo que o direito pode fazer é oferecer “obstáculos à transformação social”?, parafraseando aqui o título da obra de Eduardo Novoa Monreal.

É em última instância uma questão epistemológica. Não arriscaria a opção de considerar o direito como fim, porque, e o próprio processo de produção legislativa evidencia, Direito e Política são áreas muito próximas. E, especialmente em países onde a sociedade civil não é forte o bastante para impedir desmandos políticos, as mais absurdas decisões são transformadas em “Direito”. Por outro lado, em nações com forte consciência democrática e participação política há o controle efetivo do poder por parte da sociedade e o legislador encontra obstáculos jurídicos aos seus intentos (ex: cláusulas pétreas), por mais que seu processo de escolha tenha sido legítimo, nos moldes da democracia representativa em voga na grande parte dos Estados ocidentais.

O exemplo supra referido talvez nos mostre que o Direito não é mero “meio”, que pode ser usado e transformado à mercê dos detentores do poder político ou, em casos mais graves, dos detentores dos poderes econômicos (aliás, não é por causa do *lobby* destes que a E.C/40 foi promulgada, desregulamentando por completo a conduta das instituições financeiras no Brasil?).

Se, por um lado, não se pode com rigidez e certeza responder a estas perguntas, por outro devemos enfrentar o legado que o direito nos deixa. Devemos operacionalizar o direito positivo e, neste âmbito de ação, mesmo que não se produza a

completa revolução social, pode-se, ao menos, direcionar o instrumental a fim de atingir certos fins. Ou fins de manutenção do *status quo* (positivismo legalista) ou de direcionamento aos explorados e pisoteados (uso alternativo do direito) , buscando atingir o “fim social” do Direito. Ou – tomando em considerando as alegações da teoria marxista ortodoxa acerca do caráter burguês de todo e qualquer direito – devemos ao menos tentar criar um “fim social” para o Direito, utilizando para tanto a técnica jurídica.

E a dogmática jurídica (as conquistas técnicas do positivismo jurídico), o que fazer com elas? São as mesmas interrogações de Luiz Alberto Warat em ensaio intitulado *O outro lado da dogmática*: “ A dogmática jurídica é a nossa herança, temos que aceitá-la. Como toda a herança temos que ver o que fazer com ela. A dilapidamos ou a transformamos? Onde estamos? Podemos empreender uma cruzada pacificadora à margem da lei (do “ Estado de direito” da fantasia da segurança jurídica)? Podemos continuar acreditando que o direito está sempre a serviço do opressor? (In Rocha, Leonel Severo. *Teoria do estado e do direito*. p.83):

É possível, sim, operar a estrutura (direito positivo) dando-lhe nova função (para utilizar os conceitos de Norberto Bobbio em *Dalla struttura alla funzione*). Todavia, estes intentos não se darão mantendo-se uma visão lógico-formal do direito de modo que se atrele somente à forma e não ao conteúdo. O direito não é lógico, mas também não é ilógico. Deve se valer dos métodos dedutivos e manter certa coerência, contudo temperado com ferramentas que busquem trazer a justiça ao caso concreto (como é o caso da tópica). Enquanto saber ambíguo exige ora conservar ordem e segurança, ora atentar ao circunstancialismo histórico-cultural e abrandar seu caráter opressor e coercitivo. É um saber que se vale, por mais contraditório que possa parecer, ora de intentos transformadores, ora de intentos conservadores.

14 -REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de ; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ALQUIÉ, Ferdinand. *A filosofia de Descartes*. Lisboa: Presença, 1993.

ARAÚJO, Vandyck Nóbrega. *Idéia de sistema e de ordenamento no direito*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

ARISTÓTELES. *Aristóteles – Coleção os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

BOBBIO, Norberto .*O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*.São Paulo: Ícone, 1995

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Brasília: Unb, 1999.

BOBBIO, Norberto ; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna..* 4. ed. São Paulo : Editora Brasiliense, 1996.

CHÂTELET, François ; DUHAMEL, Oliver ; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas fundamentais de direito*.Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In ARRUDA JR, Edmundo Lima de. *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Luís Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981

_____. *Teoria Crítica do Direito*. 3ª edição (revista, atualizada e ampliada). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Teoria da ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1974.

DURANT, Will. *História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

DUSSEL, Enrique D. *Método para uma filosofia da libertação*. São Paulo: Loyola, s/d. p.21 – 35.

EAGLETON, Terry. *Ideologia*. São Paulo: Boitempo, 1998.

ECHAVE, Delia Teresa, GUIBOURG, Ricardo A., URQUIJO María Eugenia. *Lógica, Proposición y Norma*. 5ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999

FASSÒ, Guido. *Jusnaturalismo* (verbete) in Dicionário de Política. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola ; PASQUINO, Gianfranco. Brasília, UNB:2002. v.2. p.655-660.

FERRAZ, jr. Tércio Sampaio Ferraz. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: RT, 1976.

GIANNOTTI, José Arthur. *Comte(1798-1857), vida e obra*. Prefácio da obra Curso de Filosofia Positiva. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril, 1978.

GOMES, Orlando. Marx e Kelsen: incompatibilidade da teoria pura do direito como o marxismo. IN: *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. O Espírito do Positivismo na cultura Brasileira. *Revista Brasileira de Filosofia*. fascículo 145. vol. XXXVI. p.25-30. jan./mar. 1987.

FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica : ontem e hoje*. 4a.ed. São Paulo: Editora brasiliense, 1993.

KONDER, Leandro. *Os sofrimentos do homem burguês*. São Paulo: Senac, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 2005

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*. 4.e.d. México: Distribuciones Fontamara, 2002.

MARX, Karl. Crítica da economia política In: IANNI, Octavio (org). *Karl Marx: sociologia* São Paulo: Ática, 1979.

MATTOS, Patrícia Castro. *As visões de Weber e Habermas sobre direito e política*. Porto Alegre: Safe, 2002.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 7.e.d. São Paulo: Martins, 1977.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Mandamentos: Belo horizonte 1999.

NADER, Paulo. A interpretação do direito na doutrina de Hans Kelsen. *Revista brasileira de filosofia*, São Paulo, fascículo 124, vol. XXXI, p.251-258. out./dez. 1981.

PAIM, Antonio. Como se caracteriza a ascensão do positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, fascículo 119, vol.XXX, p.249-269 . jul./set. 1980.

PERELMAN, Chaïm. *La logia juridica y la nueva retorica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

_____. *Teoria da argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Giovanni. *História da filosofia: antiguidade e idade média- v.1*. São Paulo: PAULUS, 1990. p.566 – 573.

REALE, Miguel. Norberto Bobbio ,um jusfilósofo de nosso tempo. *Revista brasileira de filosofia*, São Paulo, fascículo 128, vol. XXXII, p.347-351. out./dez. 1982.

ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do estado e do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

SALDANHA, Nelson. Jusnaturalismo e juspositivismo: por um reexame do problema. *Revista brasileira de filosofia*, São Paulo, fascículo 131, vol. XXXIII, p. 294-304. jul./set. 1983

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994

TROTSKY, Leon. Noventa anos do manifesto comunista. In COGGIOLA, Osvaldo (org). *Manifesto Comunista: Edição comemorativa dos 150 anos do manifesto comunista com ensaios*. São Paulo: Boitempo, 1998.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de imprensa nacional, 1979.

WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *O outro lado da dogmática*. In: ROCHA, Leonel Severo. *Teoria do estado e do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.