

CIÊNCIA DO DIREITO E DEMOCRACIA: DIGNIDADE ÉTICA E POLÍTICA¹

ALEXANDRE BERNARDINO COSTA²

RESUMO: O ARTIGO VERSA SOBRE A CIÊNCIA DO DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE, AS NECESSIDADES DE ATUALIZAÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO E DO SABER UNIVERSITÁRIO. ABORDA A INTERDISCIPLINARIDADE E ÉTICA NA PRODUÇÃO DO SABER JURÍDICO E PROBLEMATIZA COMO A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, PÓS-TRADICIONAL E HIPERCOMPLEXA, NECESSITA DE UMA NOVA FORMA DE CONHECIMENTO CIENTÍFICO E DE DIREITO. RESSALTA QUE A TEORIA DO DIREITO DEVE PASSAR POR PROFUNDAS MODIFICAÇÕES QUE SUPEREM O NORMATIVISMO E QUE SE APROXIMEM DE UMA TEORIA DEMOCRÁTICA. CONCLUI QUE A BUSCA DA JUSTIÇA SOCIAL VISA A RECUPERAR A DIGNIDADE POLÍTICA DO DIREITO. UTILIZA A PESQUISA BIBLIOGRÁFICA.

PALAVRAS-CHAVE: TEORIA, CIÊNCIA, DIREITO, DEMOCRACIA.

ABSTRACT: THIS ARTICLE REMARKS ABOUT THE SCIENCE OF LAW IN THE CONTEMPORARY WORLD, THE NEEDS OF UPDATING THE LEGAL KNOWLEDGE, AS WELL AS

1 Artigo elaborado para a Diké, recebido em 11/09/2015.

2 Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Associado da Faculdade de Direito da UnB. Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB no Mestrado em Direitos Humanos.. Membro do Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos da UnB. Membro fundador do Instituto de Pesquisa em Direitos e Movimentos Sociais. Editor chefe da revista *Insurgência*. Coordenador do Grupo de pesquisa "Movimento Direito". Coordenador do Grupo de Pesquisa "O Direito Achado na Rua".

THE ACADEMIC LITERATURE. INTERDISCIPLINARITY AND ETHICS IN THE PRODUCTION OF KNOWLEDGE. THE CONTEMPORARY SOCIETY, POST TRADITIONAL AND HYPER-COMPLEX, DEMANDS A NEW STRUCTURE IN TERMS OF THE SCIENTIFIC AND LEGAL KNOWLEDGE. THE THEORY OF LAW MUST GO THROUGH DEEP CHANGES IN ORDER TO SURPASS THE LEGALISM AND TO APPROXIMATE TO A DEMOCRATIC DEMOCRACY. THE QUEST FOR SOCIAL JUSTICE SEEKS TO RESTORE THE POLITICAL DIGNITY OF LAW.

KEYWORDS: THEORY, SCIENCE, LAW, DEMOCRACY.

INTRODUÇÃO

As constantes modificações da sociedade contemporânea e, sobretudo, a velocidade em que elas ocorrem, estão intimamente ligadas à maneira como vemos o mundo e nos enxergamos. Uma das formas básicas dessa visão é o conhecimento científico, sujeito, portanto, às mesmas modificações e alterações constantes. A frequência e a velocidade das alterações dos possíveis modos de ver a ciência terminam por exigir do pesquisador um instrumental adequado a esses novos tempos.

Por sua vez, o conhecimento jurídico, ou a Ciência do Direito, não estão alheios aos processos de mudança social. Ao contrário, as inovações tecnológicas, as mudanças políticas, as modificações de comportamento, as constantes alterações na Economia, a pluralidade de modos de ver e de se inserir no mundo contemporâneo vêm a exigir um Direito que dê conta da complexidade crescente da sociedade atual.

Paradoxalmente, o surgimento de novas necessidades faz nascer novos direitos e novas formas de conhecê-lo e novas disciplinas, como é o caso. Ao mesmo tempo, exige-se um conhecimento cada vez mais amplo, transdisciplinar, para que possamos lidar com os novos problemas.

1 CONHECIMENTO CIENTÍFICO

Uma discussão sobre o que se denomina ciência é de fundamental importância, na medida em que os efeitos do que se chamou aqui de modernização reflexiva se fazem sentir também sobre esta forma de conhecimento. O discurso científico da modernidade caracteriza-se por um distanciamento das demais formas de conhecimento: o religioso, o filosófico e o senso comum. Especialmente no que tange ao conhecimento vulgar ou senso comum o distanciamento ocorreu associado à ideia de que a ciência era a detentora da verdade, enquanto as demais formas de conhecimento ocupavam-se de outro objeto ou percebiam somente a aparência dos fenômenos, impossibilitando sua utilização para a elaboração de um conhecimento verdadeiro.

O aporte teórico supra é fundamental em metodologias que buscam isolar o objeto de estudo, verificar o seu comportamento sem interferir diretamente e, a partir de hipóteses formuladas para responder às questões por ele propostas, enunciar uma verdade que não se propõe comprometida, seja com grupos e relações de poder - política, seja com valores morais vigentes na sociedade - ética. A construção do conhecimento científico é a sua separação e distanciamento do senso comum e demais formas de conhecimento. Entendendo o senso comum como o conjunto de saberes produzido a partir da prática cotidiana, percebeu-se a elaboração de um discurso que não tinha a preocupação em enunciar uma verdade, e que se contentava com uma análise da aparência das coisas, sem aprofundar as relações de causa e efeito, probabilidades, frequência etc. Tudo isso porque o objetivo do senso comum é tão somente a resolução dos problemas do cotidiano humano, sem elaboração de leis universais e, portanto, permeado de pré-noções, pré-conceitos, crenças etc.

A fundamentação do conhecimento científico é a busca de

um discurso verdadeiro e objetivo, que estaria isento de valores. Consequentemente, ocorreu o que Boaventura de Sousa Santos (1997, p.223) chama de priorização da racionalidade cognitivo-instrumental sobre a racionalidade moral-prática e a racionalidade estético-expressiva. A bomba atômica utilizada na 2ª Grande Guerra é o maior exemplo desta ausência de valoração no conhecimento científico, que se coloca à disposição, em nome de uma aparente neutralidade, de qualquer uso, sem que seja possível inserir uma discussão ético-política sobre seus fundamentos.

A diferenciação entre senso comum e ciência ocorreu basicamente pelos preconceitos existentes no conhecimento vulgar. Contudo, a ciência hoje se caracteriza exatamente pela impossibilidade de extrair de seus conteúdos os pré-conceitos. A linguagem pressupõe, para que haja comunicação, seja no Direito, seja no conhecimento científico, a existência de visões parciais e pré-noções, para que seja efetivada a comunicação. A tentativa de expurgar os pré-conceitos do conhecimento científico levaria hoje a um sem número de metadiscursos que tentariam clarificar o significado do discurso anterior.

Boaventura de Souza Santos (1989, p. 34) aponta a necessidade de realizar hoje o que chama de segunda ruptura epistemológica. Após a primeira ruptura, separação da ciência e do senso comum, impõe-se uma reconciliação, para que seja possível haver um diálogo entre as duas formas de conhecimento, para uma síntese inovadora, que se perceba como provisória, uma verdade situada temporal e espacialmente, que não se pretenda total.

Quanto à relação “ética-ciência”, Rubem Alves (2000, p.98) indica a insuficiência do método científico para a elaboração de um discurso verdadeiro e universal, opondo a ética como elemento essencial à construção do conhecimento científico.

Pode-se resumir o papel desempenhado pelo conhecimento humano a partir do Iluminismo com o seguinte: a única forma

de realmente conhecer a realidade e enunciar verdades sobre ela, que serão aceitas por todos, é pelo discurso científico. A ciência assumiu o papel antes desempenhado pela religião e, desta forma, transformou-se em dogma.

Uma das bases do conhecimento científico consiste na possibilidade de dividir o mundo real em *caixas* ou *gavetas*, para poder olhá-las isoladamente, sem que o observador interfira no objeto de sua elaboração discursiva. A estas *caixas* foi dado o nome de disciplinas. No passado a criação de disciplinas ou áreas do conhecimento científico era absolutamente fundamental, uma vez que a multiplicidade de formas de compreensão de um determinado objeto impossibilitava a elaboração de um discurso rigoroso. Desde a criação de um ramo da ciência seria possível aprofundar e precisar os conceitos para que as verdades dali extraídas pudessem ser mais confiáveis.

Porém a especialização do conhecimento gerou graves consequências para a forma de racionalidade concebida, pois a fragmentação do saber, onde se sabe cada vez mais de cada vez menos, impossibilita uma percepção do todo. A visão de uma realidade compartimentada e, sobretudo, a impossibilidade de comunicação dos campos de conhecimento, na qual, por exemplo, os juristas desconhecem o que fazem os sociólogos ou os cientistas políticos, faz com que o saber gerado torne-se cada vez mais verdadeiro na sua especialidade e cada vez mais falso na sua totalidade. As disciplinas fragmentaram os fenômenos científicos, estabelecendo trincheiras acadêmicas, permitindo um “hiper-aprofundamento” do conhecimento, mas uma relação atrofiada com a realidade e com o saber.

Diante deste quadro, a interdisciplinaridade apresenta-se como um caminho a ser seguido. Georges Gusdorf (1967) analisou bem a temática ao afirmar que o saber interdisciplinar constituiu-se pela possibilidade de várias especializações do conheci-

mento científico buscar compreender uma mesma temática. Não se trata aqui da superposição de várias ciências, ao contrário, a interdisciplinaridade abre novas portas que não se confundem com as *caixas* ou *gavetas* citadas anteriormente. A interdisciplinaridade além de tornar mais articulado o conjunto dos diversos “ramos” do saber, o amplia, constituindo mesmo novos espaços de investigação e campos de visibilidade.

Uma forma ainda mais ampla de lidar com o conhecimento e com a realidade é a transdisciplinaridade que ultrapassa as fronteiras das disciplinas e das formas de conhecer, permitindo uma renovação do pensamento e da cultura. Difere da interdisciplinaridade porque promove um alargamento do saber, realiza um encontro das múltiplas faces do humano, tanto no campo do conhecimento científico, quanto da cultura, dos valores e da ética. Permite o diálogo e o entendimento entre os opostos e os diferentes.

Alvino de Sá (2004), em um artigo que discute a transdisciplinaridade e a responsabilidade da academia na questão prisional, demonstra que ela possibilita uma visão conjunta dos contrários e a sua compreensão, rejeitando toda atitude que se negue ao diálogo e à discussão. Nesse mesmo artigo, o autor, ao discutir as ideias de Maria Lúcia Rodrigues, explica que a transdisciplinaridade

difere da multidisciplinaridade, que significa a confluência de múltiplas disciplinas para a compreensão do mesmo fenômeno, e da interdisciplinaridade, que significa a troca de informações e de conhecimento e a transferência de métodos entre disciplinas, possibilitando um alargamento e flexibilização de conhecimento.

A transdisciplinaridade ultrapassa o campo das ciências, dialoga também com as outras formas de conhecimento, como a arte, a literatura, a poesia e a experiência interior. Buscando superar a insuficiência ou distorção da compreensão cartesiana e

analítica dos fenômenos, ela reconcilia as ciências exatas, valorizadas em demasia na modernidade, com as ciências humanas e com os outros saberes da humanidade. Por isso, a educação transdisciplinar além de ensinar a abstrair, ensina a contextualizar, a concretizar e a globalizar, tendo como pilares os seguintes enfoques: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver em conjunto e aprender a ser.

A teoria do Direito necessita de incorporar ao seu discurso a inter e a transdisciplinaridade, caso pretenda estar adequada para acompanhar a modernização reflexiva e a problemática aqui proposta. Nesse sentido, a hermenêutica revela-se o campo propício para o desenvolvimento destas possibilidades diante de tamanhos desafios.

O quadro descrito sobre o conhecimento científico compõe aquilo que Kuhn denomina por mudança de paradigma, cuja primeira característica hoje é se saber paradigma. Mas, primeiramente, é necessário saber o que são paradigmas, e segundo o próprio autor são “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 2000, p,80) .

Menelick de Carvalho Netto (1999, p.236-237) sintetiza bem a importância da noção de paradigma:

Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de

óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinado.

A produção do conhecimento científico exige uma discussão sobre o que se denomina ciência, considerando como se deu sua formação e sua homologação como discurso do verdadeiro. No século XXI, a modernidade reflexiva convive com uma mudança do paradigma científico, uma vez que a separação do conhecimento em disciplinas e do saber científico das demais formas de saber continua não dando conta de explicar a realidade, pelo contrário, em alguns aspectos, a distorceu. Nesse sentido, a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade apresentam caminhos para uma possível reconciliação dos saberes e para a produção de uma sintaxe inovadora.

2 A HIPERCOMPLEXIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Algumas especificidades permitem uma diferenciação da forma como o ser humano se desenvolve hoje e se desenvolveu até bem pouco tempo atrás. Esta diferenciação, como se vê adiante, autoriza a dizer da radicalização de características essenciais da modernidade, que ocorre de uma maneira inimaginável até dias muito próximos. Praticamente, todos os autores que se debruçam sobre esta temática concordam com estas afirmações, embora tenham designações diferentes para este período e para suas características: pós-modernidade, contemporaneidade, modernização reflexiva, sociedade pós-tradicional, sociedade pós-industrial, globalização, neoliberalismo econômico etc. Tal diversidade de ideias e conceitos revela a perplexidade pela qual passa a ciência social hoje na tentativa de compreender o que acontece, ao mesmo tempo em

que revela um consenso: os tempos que vivemos hoje não mais correspondem às explicações até recentemente aceitas, sendo necessária a reformulação deste saber, para uma possível compreensão dos fenômenos sociais.

Diante da variedade de abordagens possíveis para a problemática proposta, faz-se necessário eleger algumas categorias e autores para interlocução em razão da pertinência com a temática que é objeto deste estudo. Porém essa escolha revela também o lugar de onde se fala, ou de onde se parte para tentar explicar tal ou qual fenômeno. Dessa forma, a posição aqui adotada parte da ideia de que, apesar de modificações tão radicais, o projeto de modernidade não está exaurido, ao contrário, várias características aqui apontadas revelam uma radicalização dos processos jurídicos, políticos, sociais e epistemológicos, ou seja, a modernização da sociedade moderna.

A modernidade da sociedade moderna exige que seja feita uma reavaliação da possibilidade da qual o Iluminismo partiu: oferecer luzes sobre as trevas, que faria com que o “homem” fosse autor e senhor de seu próprio destino. Assim, chega-se a um ponto onde o homem contemporâneo defronta-se com uma situação de risco cada vez maior, ao mesmo tempo em que toma consciência desse risco pela inevitável confrontação cotidiana. Isto pode ser sentido, por exemplo, pela incerteza do emprego e desempenho profissional ou pela impossibilidade de previsão do futuro. (GIDDENS, 1997, p. 18)

Agnes Heller (1999, p. 21) expõe o paradoxo de uma sociedade que se pretendia calculando adequadamente os seus riscos:

Com as experiências devastadoras dos regimes totalitários, devemos pelo menos aprender que não temos nenhuma posição privilegiada na história. Os modernos não têm mais oportunidade que os pré-modernos de conhecer o futuro. Talvez tenham até menos. Isto é uma descoberta intrigante,

pois a modernidade é um arranjo social orientado para o futuro, não para o passado.

Anthony Giddens (1997, p. 38) aprofunda a ideia de risco ao expor o conceito de “risco manufaturado”, que seria:

[...] resultado da intervenção humana na natureza e nas condições da vida social. As incertezas (e oportunidades) que ele cria são amplamente novas. Elas não podem ser tratadas com remédios antigos, mas tampouco respondem à receita do iluminismo: mais conhecimento, mais controle.

Ressalte-se que a ideia de risco significa também o surgimento de oportunidades. As potencialidades de realização dos valores na sociedade pós-industrial são tão grandes quanto as incertezas. Não se trata aqui de propor um modo de ver os tempos atuais de maneira otimista ou pessimista, trata-se, sim, de buscar compreender melhor a situação em que se encontra a sociedade moderna partindo do que lhe é peculiar.

Apesar da existência de algumas características estáveis da sociedade pós-tradicional, é possível afirmar que estes são tempos de crise, que, na definição de Antônio Gramsci, ocorre quando o velho já morreu e o novo ainda não nasceu. A crise revela as possibilidades e os limites de uma determinada época, sem que seja possível prever, com exatidão o que ocorrerá no futuro, mas, ao mesmo tempo, alimenta os sonhos e utopias de uma nova sociedade, por isso, faz-se necessária uma análise detalhada dos seus elementos.

A tentativa frustrada de aprofundar o conhecimento e, conseqüentemente, de se obter o controle das possibilidades futuras, gera sérios traumas, sobretudo quando se trata da incerteza de significados de valores:

Talvez (homens e mulheres) estejam conscientes das suas

responsabilidades futuras, mas apenas em termos abstratos. [...] No mundo pré-moderno todos podiam imaginar como seus netos viveriam e o que fariam. Hoje, nenhum de nós sabe grande coisa sobre os netos. Viver na incerteza é traumático (HELLER, 1999, p. 21).

O aprofundamento da ideia de risco, e do risco manufaturado, terá influência direta sobre o direito e sua tentativa de regulação das relações sociais e políticas. Da mesma forma, a incerteza e a pluralidade de valores morais gerarão novas formas jurídicas e, sobretudo, novos discursos de fundamentação. Essas observações são confirmadas por autores que partem de referências distintas, por vezes antagônicas, como Boaventura de Sousa Santos, Habermas, Agnes Heller ou Raffaele de Giorgi, que afirmam: “Na sociedade moderna há mais Direito e, contemporaneamente, menos Direito, do mesmo modo como há mais segurança e maior risco, um mais alto grau de racionalidade e conjuntamente um grau mais alto de incalculabilidade dos eventos” (DE GIORGI, 1998, p.29).

A sociedade contemporânea define-se também como pós-tradicional, não porque as tradições tenham desaparecido, mas porque “Em uma sociedade globalizante, culturalmente cosmopolita, as tradições são forçadas à visão aberta: razões ou justificativas têm que ser oferecidas para elas” (GIDDENS, 1997, p. 40), o que gera a necessidade de um discurso de fundamentação, inclusive na tradição jurídica.

Todas estas mudanças geram também o que se pode chamar de “modernização reflexiva”, processo que faz com que a sociedade tenha consciência de seus próprios dilemas, colocando-se em situação de permanente questionamento sobre suas decisões jurídicas, políticas e, até mesmo, pessoais: “Informação produzida por especialistas (inclusive conhecimento científico) não pode mais ficar inteiramente confinada a grupos específicos, mas passa a ser rotineiramente interpretada e ativada por

indivíduos leigos no curso de suas ações cotidianas” (GIDDENS, 1997, p. 41).

Deve-se ainda citar outro conceito que está presente em todas as discussões sobre os problemas contemporâneos da modernidade que é o de “globalização”. A maior parte dos autores cuida da globalização em termos econômicos, e as discussões giram em torno de categorias tais como: eficiência, competitividade, mercado de capitais transnacionalizado etc. Contudo a globalização é um fenômeno que afeta as mais diversas formas de manifestação social, ao ponto de interferir na vida cotidiana das pessoas.

É especialmente importante para o Direito a abordagem correta e aprofundada do fenômeno da globalização, que revela seus contornos problemáticos ao tocar na temática da Soberania, fundamental para o direito, como demonstra José Eduardo Faria (1999, p.23):

Para cientistas políticos, especialistas em relações internacionais, cientistas sociais e juristas, o grande desafio é, justamente dar conta dessa ruptura entre a soberania formal do Estado e sua autonomia decisória substantiva, por um lado, e da subsequente recomposição do sistema de poder provocada pelo fenômeno da globalização.

Boaventura de Sousa Santos (1999, p.56) já apontou os riscos para a Democracia, na Europa, devido ao esvaziamento dos foros tradicionais de decisão política e jurídica pelo surgimento de foros econômicos, que não se pautam pelas exigências procedimentais da democracia, como determinantes de decisões que afetarão todos os habitantes daquele continente nas próximas décadas, inserindo este fato em uma categoria a que chama de ‘fascismo societal’:

O caráter fascista do Acordo Multilateral de Investimentos (AMI) reside em que ele é uma Constituição para os investidores, visando a proteger exclusivamente os interesses destes, com total desprezo pela idéia de que o investimento é

uma relação social onde circulam outros interesses sociais que não os dos investidores. Aliás, foi o próprio diretor-geral da Organização mundial do comércio, Renato Ruggiero, quem caracterizou assim as negociações em curso: “Estamos a escrever a constituição de uma economia global única.” (THE NATION, janeiro, semana 12/30, 1997, p. 6)

A importância da teoria do Direito, na modernidade da sociedade moderna, revela-se pela função que o direito assume no paradigma do Estado Democrático de Direito, pois, se ele se constitui como sistema relativamente autônomo, que deve ser considerado de forma ampla, incluindo em seu âmbito desde as funções do Estado até as regulações da esfera privada, ele também se mostra como uma espécie de “fio condutor” dos demais sistemas sociais, como a economia e a política. Habermas, ao trabalhar a tensão entre faticidade e validade, tendo como referencial básico a democracia, busca explicar a tensão permanente entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. Para tanto ele compreende o sistema jurídico para além de limites

Eu incluo no sistema jurídico em sentido amplo os sistemas de ação regulados juridicamente, no interior dos quais surge uma esfera nuclear da produção privada e autônoma de atos jurídicos, constituída através de um direito reflexivo, contra-discursos de ação dirigidos por normas jurídicas materiais. (HABERMAS, 1997, p.243)

O paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser trabalhado com a perspectiva do pluralismo, pois o sistema de regulação social deixa de ser monopólio do Estado para estar disseminado por toda a sociedade, constituindo um sistema autônomo, porém aberto, que tem como parâmetros básicos os conceitos de Democracia e de Constituição, produzindo direito em todos os subsistemas da sociedade.

Consequentemente, Habermas vê a teoria do direito como a

tentativa de compreensão deste sistema jurídico:

A teoria do direito abrange, não somente a legislação e a administração, portanto todos os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito, mas também o sistema jurídico, em sentido mais amplo. Ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade. E nisso ela leva em conta as perspectivas dos outros participantes, ao introduzir na própria perspectiva de esclarecimento, que é a do jurista especializado, os papéis do legislador político, da administração e dos membros do direito (enquanto clientes ou cidadãos). (HABERMAS, 1997, p.244)

Esses são alguns dos elementos que devem ser ponderados ao buscar-se uma reflexão sobre a teoria e a prática do direito na contemporaneidade. Também devem ser levadas em conta as modificações ocorridas na própria forma de pensar os problemas de um ponto de vista que se afirma como científico.

3 TEORIA DO DIREITO

As ciências sociais vivenciaram os problemas até aqui demonstrados, porém, afirmar o mesmo da teoria do direito é, no mínimo, arriscado. Isto se deve ao fato de que, embora a sociedade esteja já no século XXI, a elaboração e a reprodução do conhecimento jurídico ainda estão no século XIX, tendo passado o século XX sem maiores questionamentos acerca de sua fundamentação e (re)produção, salvo algumas poucas ressalvas a serem feitas para Núcleos e pesquisadores de excelência.

O conhecimento jurídico ainda é hoje permeado por duas noções básicas: o positivismo normativista e o jusnaturalismo. A doutrina de direito natural dividiu-se em três bases de-

envolvidas ao longo da história: direito natural cosmológico, direito natural teológico e direito natural antropológico. A primeira está de acordo com a visão grega de natureza, na qual o direito se integrava. A segunda parte da necessidade da fé em um Deus que é a origem de todas as coisas, inclusive do direito. As relações sociais e políticas eram normatizadas e organizadas segundo uma ordem divina, que permanecia rígida e inquestionável, fundada na tradição. A terceira corrente, jusnaturalismo antropológico, estabelece suas bases na razão humana, estando associada ao Iluminismo e à Revolução Francesa que, na sua Declaração de Direitos, adota essa perspectiva para explicar e justificar a nova ordem, segundo a qual todo homem é sujeito de direitos por sua própria condição humana. Nessa época, inicia-se a elaboração de uma doutrina jusnaturalista que se assemelha à ideia de ciência e permanece em discussão por alguns autores até os dias de hoje. Esse jusnaturalismo tem em Hobbes, Locke e Rousseau seus principais sustentáculos. O positivismo normativista revela-se em sua plenitude nos trabalhos de Kelsen, que pretendeu alçar o conhecimento jurídico ao *status* de ciência, segundo o modelo desenvolvido no século XIX. Para tanto era necessário elaborar uma gaveta exclusiva para o direito, para purificar a teoria de elementos estranhos ao seu objeto. Pode-se partir deste estágio do desenvolvimento da teoria do direito para avaliar a discussão proposta, para a qual o positivismo kelseniano serviu, e serve de base até hoje, para um discurso pretensamente científico do direito. A reprodução da ideia de Kelsen no imaginário dos operadores jurídicos ocorre de tal forma marcante que, mesmo sem ter lido uma linha sequer de sua obra, é possível a um estudante de Direito, ou bacharel, reproduzir o pensamento positivista sem grandes dificuldades. A teoria do Direito segue o modelo de ciência que lhe é contemporâneo (embora muitas vezes a impressão é de que ela não consegue

acompanhar a história) e o positivismo buscou adequar a teoria do Direito a um modelo epistemológico que vigia no início do século XX. Tal modelo buscava, a partir de uma visão objetiva, descrever e explicar seu objeto de estudo. Para tanto, fazia-se necessário isolar os diversos tipos de conhecimento que, na sua especialidade, possibilitariam uma melhor explicação do mundo real. Kelsen construiu a Teoria Pura na tentativa de compor uma verdadeira ciência do direito:

Desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência que - aborta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.(KELSEN, 1991, Prefácio à Primeira Edição da Teoria Pura do Direito)

Tal teoria do Direito geraria, necessariamente, um modelo de interpretação. Desta forma, Kelsen volta-se contra o modelo jusnaturalista de uma única decisão correta, que revela justiça, para conceber um quadro de decisões possíveis, que deve ser levado em consideração na aplicação da norma. Para o positivismo, existem duas espécies de interpretação, absolutamente distintas: "[...] a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica" (KELSEN, 1985, p. 364).

Caberia à interpretação da ciência jurídica, através de processos lógicos, estabelecer um quadro das significações possíveis de uma norma jurídica, criando condições para que o aplicador do direito pudesse fazer a escolha das opções possíveis. Contrapondo-se ao argumento das teses jusnaturalistas da única decisão correta, que visa gerar segurança jurídica, Kelsen propõe outra fórmula:

É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade, legisladora quão longe está sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita de tal maneira que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica. (KELSEN, 1985, p. 371)

Contudo, ao propor o conceito segundo o qual o aplicador cria o Direito, Kelsen não obtém o controle da aplicação do próprio Direito e, conseqüentemente, possibilita um decisionismo por parte do operador jurídico que não se vê obrigado a seguir qualquer uma das opções possíveis fornecidas pela interpretação da ciência jurídica:

A propósito é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem que aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 1985, p. 369)

Na tentativa de construção de uma teoria pura do Direito, Kelsen sacrificou o que lhe era mais caro, a segurança jurídica, ao possibilitar o decisionismo pelo operador jurídico, tornando a ciência do direito um mero exercício especulativo, que em nada contribui para a limitação do poder discricionário da autoridade. (CARVALHO NETTO, 1997, p. 243)

A condição paradigmática que o positivismo normativista kelseniano obteve, gerou e gera efeitos perversos em uma cultura jurídica autoritária, como se revela a brasileira. A crítica possível à criação do direito no caso concreto esbarra em um decisionismo, que torna impossível o diálogo sobre as bases de fundamentação das decisões jurídicas das autoridades competentes. Esta situação tem resultados bastante graves para a democracia.

A teoria do Direito de Ronald Dworkin surge exatamente para contrapor-se ao positivismo ainda que atualizado e sofisticado, na versão elaborada por J. L. Austin ou H. L. A. Hart, que se traduz em tradicionalismo e decisonismo: "Direito é verdadeiro em virtude dos fatos sobre os quais um povo em particular, seus soberanos, como no caso de Austin, ou as pessoas em geral, no caso de Hart, decidiram ou pensaram". (DWORKIN, 1997, p. 49)

Dworkin estabelece a necessidade de uma teoria do Direito que avance para além do positivismo, utilizando-se da Hermenêutica como seu ponto central. Este autor contemporâneo busca construir uma teoria do direito que esteja em acordo com o paradigma dos dias atuais, com uma visão de ciência e de democracia para uma sociedade hipercomplexa e pós-tradicional. Segundo Menelick de Carvalho Netto:

Essas reflexões de Dworkin marcam o emergir de um novo paradigma que vem, enquanto tal, de forma cada vez mais difundida e internalizada se afirmando através da constituição de um novo senso comum social, no qual são gestadas pretensões e expectativas muito mais complexas, profundas e rigorosas no que diz respeito ao Direito, seja como ordenamento ou esfera própria da ação comunicativa, do reconhecimento e do entendimento mútuo dos cidadãos para o estabelecimento e a implementação da normativa que deve reger sua vida em comum, seja como simples âmbito específico de conhecimento e exercício profissionais. (CARVALHO NETTO, 1997, p. 29)

Dworkin parte de um conceito de direito que busca unificar pontos de vista até recentemente divergentes, ou, no mínimo, distintos: o ponto de vista externo, do sociólogo ou do historiador; e o ponto de vista interno, do interessado na decisão prática. Para o autor, "As duas perspectivas sobre o direito, a externa e a interna, são essenciais, e cada uma delas deve incorporar ou levar em conta a outra" (DWORKIN, 1999, p. 18). Estas seriam duas formas de compreender o aspecto argumentativo do direito, crucial na prática do direito:

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. [...] Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. (DWORKIN, 1999, p. 17)

O autor dialoga com duas concepções que são antagônicas à sua proposição, o convencionalismo, fundado na tradição, e o pragmatismo, de caráter instrumental, para construir a ideia de direito como **integridade** que, ao lado da **justiça**, da **equidade**, e do **devido processo legal** constituem as bases de sua teoria.

A integridade política para Dworkin (1999, p. 213) se revela no princípio legislativo, que determina aos legisladores a tentativa de tornar o conjunto de leis moralmente coerente e, no princípio jurisdicional, que exige também esta coerência:

[...] a integridade se torna um ideal político quando nós fazemos a mesma exigência do Estado e da comunidade tomada para ser um agente moral, quando nós insistimos para que o Estado atue segundo um conjunto de princípios singular e coerente mesmo quando seus cidadãos estão divididos a respeito do que os princípios corretos da justiça e honestidade realmente são. (DWORKIN, 1999, p. 215)

Dworkin faz então o desenvolvimento de sua teoria do Direito fundada em princípios, que irão revelar-se diante da especificidade de cada caso concreto. Para tal intento, o autor norte-americano desenvolve duas premissas: a primeira, segundo a qual a divergência sobre o significado do direito e a possibilidade de construção de uma teoria hermenêutica funda-se no paradoxo da comunicação: nós nos comunicamos porque não nos comunicamos, ou seja, apesar da completa ausência de probabilidade que a comunicação seja feita, contrafactualmente, ela se realiza,

e o que possibilita isto é a existência de um pano de fundo compartilhado por todos aqueles que integram a comunicação. Isto é possível a partir da ideia de paradigma, que compreende pré-noções e pré-conceitos, que possibilitam uma trama construtiva do direito (CARVALHO NETTO, 1999, p.476). A segunda premissa de Dworkin é aquela na qual há uma confrontação à Razão Prática de Kant, guiada pelo imperativo categórico da generalidade: devemos agir de tal modo que a máxima de nossa ação possa ser sempre uma lei universal. O caráter principiológico da teoria do professor de Harvard inverte a lógica kantiana, pois coteja os princípios em relação ao caso concreto, possibilitando uma decisão moralmente válida que se submete às condições de aplicação. É clássico o exemplo do próprio Kant, segundo o qual ele teria sido procurado por um aluno perseguido pela polícia política do Kaiser para se esconder e, ao ser indagado pelos policiais, apontou onde se encontrava o aluno. Neste caso, o princípio moral "não mentir" foi aplicado de forma absoluta. Ao contrário, segundo a tese da integridade, o princípio moral "não mentir" seria confrontado com o "não delatar" que, dadas as situações específicas de aplicabilidade, deveria ser utilizado.

Partindo destes pré-supostos, Dworkin pode construir uma teoria que se assemelha a uma redação coletiva de um romance, na qual os aplicadores do direito escrevem cada capítulo da novela jurídica, e devem fazê-lo construindo sua decisão a melhor possível. Os capítulos do romance devem ser encadeados para que haja uma lógica, mas, ao mesmo tempo, constituem a evolução histórica do direito. O Juiz é simultaneamente crítico e autor da construção do direito.

Por todos esses motivos, caberá ao aplicador do Direito o conhecimento de todo o conteúdo do passado do Direito, para que seja possível a reconstrução da ordem jurídica, ao mesmo tempo há somente uma única decisão correta, aplicável ao caso concreto, no qual o Juiz deve levar em conta todas as possibilidades

para todos envolvidos. Habermas sintetiza a tarefa e a capacidade deste operador do direito:

O Juiz Hércules dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. [...] Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos. (HABERMAS, 1997, p. 263)

Dworkin, ironicamente, desenvolve então uma figura: a que chama de Juiz Hércules, que irá construir o discurso de aplicação da norma ao caso concreto. Segundo Chueiri:

Privilegia-se o ponto de vista do Juiz não por ser mais importante que o do cidadão comum, do professor de direito ou do advogado, mas por servir de paradigma, em face da maior clareza da estrutura da argumentação judicial que influi de forma substancial no discurso jurídico como um todo. (CHUEIRI, 1997, p.178)

Essa tese é de fundamental importância, na medida em que inclui no processo de construção coletiva do Direito todos os atores envolvidos, todas as partes interessadas, a associação do conceito de direito com a Democracia.

Por fim, deve-se esclarecer que os princípios possuem caráter deontológico, não são máximas que se constituem como diretrizes da prática jurídica. Eles se densificam na aplicação no caso concreto, ao mesmo tempo em que possibilitam o desenvolvimento da teoria democrática do direito. Ao contrário de diversas teorias que ainda têm o paradigma kelseniano como base, os princípios não são normas programáticas que informam ou orientam a atividade de interpretação do direito, mas se constituem como normas jurí-

dicas que devem ser aplicadas no seu conjunto.

Contudo, algumas das considerações mais importantes sobre a teoria de Ronald Dworkin são feitas por Jurgen Habermas que, inicialmente, debruça-se sobre o juiz Hércules, que estaria condenado a uma infinita solidão ao ter sobre si a tarefa de, considerando todos os envolvidos no processo, conhecendo profundamente a teoria e história do Direito, e trabalhando o Direito como um sistema principiológico, chegar a uma única decisão correta. Afirma Habermas que:

Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que sua própria interpretação diverge de todas as outras. (HABERMAS, 1997, p.276)

Habermas (1997, p.273) aplica então a teoria da ação comunicativa à teoria do Direito para que possa ser possível incluir todos os envolvidos no processo de interpretação: “[...] é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo participante a assunção das perspectivas de todos os outros”. E assim constrói uma visão do magistrado de forma substancialmente distinta de Dworkin.

Autor importante na linha de raciocínio iniciada por Habermas é Peter Häberle, na obra “Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”, onde o autor desenvolve a ideia de que, para que haja democracia, é necessário que todos os cidadãos participem do processo de interpretação da Constituição, sobretudo porque o conceito de democracia está mais atrelado à ideia dos direitos fundamentais do que ao governo. Também se faz de extrema importância para Häberle (1997, p.14) o conceito aberto de

ciência, extraído de Popper, como parte integrante da interpretação e concretização da constituição. Desta forma, afirma o autor:

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos como pré-intérpretes.

É interessante observar também que Häberle (1997, p.37) integra e recupera para a interpretação constitucional a ideia de povo, contudo, para ele este conceito não fica limitado ao processo político eleitoral democrático: “Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão”.

Outro autor que recupera a ideia de povo no processo democrático e na teoria do direito é Friedrich Müller (1998), para quem o povo deve ser trabalhado como questão fundamental do Estado Democrático de Direito, rejeitando o tratamento do conceito de povo como ícone, como forma idealizada, ou a sua construção a partir de processos de exclusão. Sustenta o autor que a adequada apreciação do conceito de povo está intimamente relacionada com a prática dos direitos fundamentais. Dessa forma, o povo não é uma abstração pré-determinada, pois ele se constrói historicamente, a partir dos movimentos sociais que passam a incluir cada vez mais agrupamentos no conceito ampliado.

O que pode ser percebido da discussão, até agora, travada entre os autores é a necessidade de inclusão democrática reflexiva de todos os envolvidos no processo de interpretação e concretização do direito. O paradigma do Estado Democrático de Direito

tem de absorver a interpretação pluralista caso queira afirmar-se como democrático. Ponto de fundamental relevância é que o próprio paradigma tem que ser assumido como provisório e precário, sob pena de instaurar-se como dogma e figura de retórica.

Habermas (1997, p.278) busca preservar a discussão hermenêutica ao inserir a ação comunicativa na prática jurídica, sugerindo um esforço para não permitir que o pano de fundo que existe em relação à compreensão procedimentalista do direito seja confundido como ideologia, para tal intento: “O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”.

O autor almeja combater a ideia de uma dogmática jurídica e afirma a necessidade de uma teoria do direito que busque seus fundamentos numa teoria da argumentação jurídica, pois, só assim, seria possível transpor o caráter monológico do juiz Hércules. Habermas (1997, p.282) também aplica a reflexividade à teoria do direito, para recompor a ideia de certeza da decisão jurídica:

Uma vez que o ideal absolutista não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a idéia reguladora da ‘única decisão correta’ não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que ela seja. A própria teoria tem que ser vista como uma ordem de argumentos por enquanto coerentes, construída provisoriamente, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os limites e possibilidades da teoria do direito, na contemporaneidade, se revelam pelos mesmos pontos pelos quais ela é característica da modernidade da sociedade moderna, ou seja, sua reflexividade. A teoria argumentativa tem na compreensão

de seus limites, na sua precariedade e seu caráter provisório exatamente sua força, pois não se pretende totalizadora e nem tampouco idealista. Dessa forma, pode desenvolver uma teoria calcada no paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo em perspectiva a permanente inclusão no debate democrático. Também porque, ao trabalhar com um processo decisório que se estabelece mediante suas condições discursivas diante do caso concreto, possibilita a densificação de princípios de uma sociedade aberta e em permanente incerteza em relação ao futuro.

A teoria de Dworkin, pelo seu alto grau de complexidade e sofisticação, possibilita o aprofundamento da reflexão em torno da hermenêutica e do Direito. Sua superação do pragmatismo e do tradicionalismo deve ser lida em conformidade com o contexto social, político e epistemológico que se vive nos dias de hoje, pois não é possível falar em sociedade pós-tradicional e trabalhar o direito em uma perspectiva conservadora, seja o conservadorismo de direita, que gera perigos graves à democracia com seus fundamentalismos, seja ao conservadorismo de esquerda, que busca a superação e o futuro com o aprisionamento de formas sociais passadas. A abertura do paradigma vigente possibilita uma reflexão radicalmente democrática centrada nos direitos humanos, sem que isto signifique um estado de perplexidade e conseqüente imobilismo frente a processos sociais como a globalização; ao contrário, a teoria reflexiva do direito insere a democracia como elemento fundamental das decisões jurídicas que por sua vez, por pertencerem a uma sociedade plural, admite o pluralismo como categoria central do direito.

A ideia de pluralismo, por sua vez, permite que seja discutida a inclusão no Direito de atores que, no paradigma anterior, sobretudo fundado no positivismo jurídico, não podiam ser considerados. Ao mesmo tempo, o pluralismo obriga a uma discussão do papel do Estado como regulador, e os limites do Estado Nacional como centro da elaboração jurídica. Também se afasta a ideia de que o pluralismo se constitui

como normatividade jurídica sempre em oposição ao direito estatal, pois a compreensão do direito passa obrigatoriamente pela interpretação constitucional de forma aberta e plural.

Essa discussão permite o aprofundamento da reflexão contemporânea sobre o direito, nas palavras de Vera Karam de Chueri (1997, p. 195) : “Com isto, pode-se dizer que o direito recupera sua dignidade científica, política e ética no âmbito das humanidades, enquanto via para a fundamentação de um projeto de justiça social” .

A modernidade da sociedade moderna aponta novos limites e novas possibilidades para a teoria do direito, uma delas, creio que a principal, é o reconhecimento do direito como campo privilegiado para a radicalização da democracia. A autocompreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito fornece, à teoria do direito, instrumentos importantes no processo de inclusão permanente a que se propõe e, para isso, tem que alargar sua autocompreensão para além da chamada dogmática, para encontrar na rua a enunciação legítima de seus princípios norteadores, mas isso já é assunto para outra conversa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**. São Paulo: Ars Poética, 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série. n. 6. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 1999.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. Paradoxos da Auto Observação: Percursos jurídicos da teoria contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 184.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ementina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. **O direito da economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: _____. **Modernização reflexiva**. São Paulo: UNESP, 1995. p. 73-134.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

HELLER, Agnes. Uma crise global da civilização. In: _____. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 13-32.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna. 5. ed. Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.

MÜLLER, Friedrich **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SÁ, Alvino Augusto de. Transdisciplinaridade e responsabilidade da academia na questão penitenciária. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1993.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1988.