

PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS DA CIÊNCIA DO DIREITO: desdobramentos políticos e jurídicos.

*Rogério Leal*¹

A presente reflexão pretende abordar, de forma bastante genérica e didática, alguns elementos históricos e filosóficos que se encontram na base fundante da idéia de saber jurídico contemporâneo, avaliando, de forma crítica, como este saber, ora denominado de ciência, vai influenciar na concepção de Estado Moderno.

Para tanto, entendemos que se impõe resgatar as ricas e ainda inesgotáveis contribuições da filosofia do direito, principalmente a moderna, alicerçada que está nas especulações racionalistas e empiristas do século das Luzes, para tentar entender como o Direito, fenômeno cultural de seu tempo, vai se estruturar, fundamentalmente no plano dogmático, de forma duradoura no cenário ocidental.

1 PANORAMA HISTÓRICO E MARCOS TEÓRICOS DA CIÊNCIA DO DIREITO

Todos sabemos que o direito, ao menos fundamentalmente, se expressa através de proposições que denominamos jurídicas, ou seja, em códigos, leis, constituições, etc. Estas normas, ou ordenamento jurídico, regem a vida do indivíduo enquanto cidadão (sujeito a deveres e direitos), reconhecido pela comunidade a que pertence e protegido pelas instituições de que faz parte, como também pelo Estado. Nesta relação de respeito recíproco, ou não, a sociedade encaminha seu processo de desenvolvimento, enfrentando as delimitações inscritas pelas convenções forjadas em leis.

Estudar o direito significa, a partir desta visão globalizante, conhecer as relações sociais de determinada conjuntura; observar como se dá a criação da lei;

¹ Rogério Leal é professor do Curso de Direito e do Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul; é coordenador do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da mesma Universidade, tendo publicado livros e artigos no Brasil e na Argentina.

quais seus pressupostos e referências; que tipo de fatores influenciam o seu surgimento ou mesmo alcance; como se dá, enfim, a constituição dos códigos de condutas e comportamentos sociais.

Desta forma, fácil se torna a percepção de que o Direito ou o conhecimento jurídico não pode ser definido com rigor absoluto e definitivo. Como nos diz Ferraz Jr.², este conhecimento é constituído de um grande número de símbolos e ideais reciprocamente incompatíveis. De outra parte, porém, não deixa de ser um dos mais importantes fatores de estabilidade social, eis que pretende garantir um espaço de ordem e segurança para a efetivação e coexistência das mais diversas aspirações/interesses sociais.

É assim que a busca de uma compreensão universal para o Direito se apresenta como, fundamentalmente, uma questão cultural, pois a possibilidade de se *descobrir* a essência³ do saber jurídico tem a finalidade de conferir aquela segurança referida aos estudos e compreensão dos fenômenos sociais, até porque

"Uma complexidade não reduzida a aspectos uniformes e nucleares gera angústia, parece subtrair-nos o domínio sobre o objeto. Quem não sabe por onde começar, sente-se impotente e, ou não começa ou começa sem convicção."⁴

Diante da amplitude deste estudo, imprescindível, para conhecer-se o direito, conhecer-se o espaço político, cultural, ideológico, econômico e filosófico em que está inserido e, para tanto, somente com as categorias ou conceitos jurídicos não se consegue avaliar com detalhamento tal situação, necessitando, hoje mais do que nunca, lançar-se mão de outros ramos do conhecimento para socorrer as denominadas ciências jurídicas, como a psicologia, a antropologia, a economia, as ciências políticas, e a filosofia, aqui, utilizando seus arcabouços teóricos para investigar o fenômeno jurídico.

² FERRAZ JR., Tercio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1990, p.33. Um dos exemplos citados pelo autor é quando um homem comum se vê envolvido num processo judicial, por mais que ele esteja seguro dos seus direitos, a presença do outro, contestando-o, cria-lhe uma certa angústia que desorganiza sua tranquilidade.

³ Esta questão da essência, nos remete para uma questão cultural muito específica do Ocidente que tem a ver com a concepção de língua no seu relacionamento com a realidade que ela descreve ou mesmo cria. Uma possível teoria essencialista do direito crê que a língua é um instrumento que designa a realidade, donde a possibilidade dos conceitos lingüísticos refletirem uma presumida essência dos objetos estudados.

⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Op.cit., p.37.

As concepções de mundo e de homem de que temos notícias sofreram mutações no decorrer dos tempos. Dos povos gregos até a modernidade, o desenvolvimento do conhecimento humano e o advento de novos modelos de ciência, permitiram a análise histórica da evolução das investigações filosóficas e políticas.

Nos tempos remotos dos séculos XII a IX aC, por exemplo, a cultura grega encontrou no mito a forma privilegiada de se estruturar e de se organizar. A força propulsora da faculdade mitogênica, isto é, aquilo que desafia o homem a produzir mitos, é o mistério, que envolve a vida, o ser e suas relações com a natureza. O homem sente-se como jogado na existência em meio à multiplicidade de fenômenos, que o desafiam e que ele tem de ordenar ou organizar, significativamente, em função de um viver razoável.

Na estrutura do pensar mitológico vemos, com clareza, a indicação de um dualismo estrutural: ao mundo real, físico ou social, marcado pela precariedade significativa, opõe-se o mundo do sagrado, também ele, segundo o mito, real, apesar de transcendente, porém, os mitos traçam caminhos de existência significativa e caminhos de comportamentos válidos(seguros). O homem não é responsável pelo desenvolvimento da sua vida, antes disto, seguindo as orientações mitológicas, já vê indicado o seu destino. Não há uma atitude de construção do real, mas simplesmente respeito e acatamento pelas posturas místicas de um poder mundano.

Na Teogonia de Hesíodo lemos:

"Primeiro de tudo houve o Caos, e depois a Terra de peito ingente, suporte inabalável de tudo quanto existe, e Eros, o mais belo entre os deuses imortais, que amolece os membros e, no peito de todos os homens e deuses, domina o espírito e a vontade esclarecida.

Do Caos nasceram o Érebo e a negra Noite, e da Noite, por sua vez, o Éter e o Dia.

A Terra gerou primeiro o Céu constelado, com o seu tamanho, para que a cobrisse por todo e fosse para sempre a mão segura dos deuses bem-aventurados.

Gerou ainda as altas montanhas, morada aprazível das deusas Ninfas, que habitam os montes cercados de vales.

E gerou também o abismo insondável do mar, com as marés embevecidas, o Mar, sem os doces rios do amor."⁵

⁵ Hesíodo. *Teogonia*. São Paulo: Letras Vivas, 1996, p.34.

Já a partir do império romano e sua proposta de expansão e conquista, houve um sério recuo nas investidas de debates filosóficos ou preocupações de desvendar a posição do homem comum diante do mundo. De uma certa forma, a visão teológica que justificava o poder do imperador, hegemonicamente, garantia os privilégios da corte e a manutenção de uma linhagem de política oficial, indo tal quadro se desenvolver até praticamente o século XI e XII, com poucos registros históricos desviantes.

Neste particular, a avaliação de desenvolvimento teórico das ações de natureza político-prática dos romanos é reveladora de uma total falta de preocupação com problemas científicos⁶ ou especulativos próprios à espécie.

Theodor Viehweg nos ensina que a jurisprudência romana é bastante esclarecedora sobre a forma procedimental de tratar o direito enquanto saber jurídico voltado à resolução de conflitos, ou seja, um saber prático, possuindo certo rigor (estabilidade) na construção de um discurso jurídico uniforme e suficientemente abstrato para ser geral. Desta prática jurisdicional, decorre o surgimento de conceitos e definições mais duradouras, vinculando as ações públicas e privadas na prática de seus ofícios.⁷

Na concepção de Ferraz Jr., esta jurisprudência romana poderia ser caracterizada como um *saber prudencial*, dotado de uma racionalidade dialética própria, oportunizando o confronto de opiniões em torno das premissas que fundamentam o raciocínio justificador de seus atos e decisões. Essa postura, outorga ao jurista o dever de construir o Direito, é óbvio, respeitando os padrões de comportamento previamente aceitos e determinados⁸, mas demonstrando que estava garantida a possibilidade de se constituir cenários de argumentações e provas das pessoas envolvidas.

Para atender a tantas demandas e em tão vasto território, o conhecimento jurídico prático romano teve de contar com o referido grau de abstração e generalidade, capaz de recepcionar divergentes pretensões jurídicas. Assim, este saber funcional assumiu a forma de um programa decisório em que eram

⁶ É bem verdade que a idéia de ciência do direito só vai se formar na Idade Moderna, passando pela contribuição da Escola Histórica alemã.

⁷ VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1984. As respostas dos juriconsultos romanos eram típicos modelos deste comportamento, adotando técnicas da dialética grega, quando confrontavam posições e idéias sobre os temas discutidos, tentando abstrair de elementos normativos já dispostos.

⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1986, p.20. Informa-nos o autor que o conceito de prudência aqui é o trabalhado por Aristóteles, isto é, conhecimento moral capaz de sopesar, diante da mutabilidade das coisas, o valor e a utilidade delas, bem como a correção e justiça do comportamento humano. A filosofia grega denominava este agir prudencial de *fronesis*, que designava a capacidade de julgar sopesando soluções, situações e tomando as decisões.

formuladas as condições para uma decisão correta/permitida.

Com tal programa decisório, chega-se à autonomia e independência do próprio Direito enquanto saber, para se estabelecer como uma instituição reguladora dotada de neutralidade e validade para todos, em nome da qual se restaura a ordem social instituída e desrespeitada.

Assim é que este saber prático dos romanos vai implementando uma posição e comportamento diante do mundo que não é somente contemplativo e descritivo, mas fundamentalmente ativo e prescritivo. A partir daqui, vão-se desdobrar teorias jurídicas que buscarão a cientificidade deste saber.

A cultura romana e seu legado jurídico, esquecidos por um bom tempo na história, foi recuperada pela Idade Média, em especial a partir do século XI, em que, na Itália, por exemplo, via-se desenvolver estudos sobre os Digestos justinianeus, transformando-os em textos escolares por toda a Europa, de forma metódica, utilizando técnicas explicativas sobre gramática, retórica e dialética.

Gilson⁹ nos diz que este período da Idade Média vem a esgotar o momento anterior em que a pobreza especulativa na ordem da teologia e da filosofia revelava-se também na ordem do pensamento político; trata-se do pontificado de Gregório VII. Desenvolve-se pois uma técnica especial de abordagem de textos pré-fabricados e aceitos em razão da autoridade inquestionável de quem os cria, caracterizada fundamentalmente pela denominada glosa gramatical e filológica, pela exegese ou explicação do sentido.

A teoria jurídica passa a se transformar em disciplina metódica em que dominam o ensino obras específicas que gozam de autoridade (*Corpus Juris Civilis, Decretum*, mais as fontes eclesiásticas e decretos papais do período), interpretando-as de forma extremamente arraigada às expressões gramaticais da época, inaugurando uma verdadeira técnica de análise de textos e casos concretos.

A Igreja Católica necessita, aqui, manter o controle do poder político e espiritual herdado da queda do Império Romano e, para isso, precisa persuadir com argumentos racionais o domínio do poder espiritual e terreno sob sua direção, reintroduzindo na ordem do dia uma série de dogmas enquanto verdades absolutas e inquestionáveis.

"Tal pensamento nasce, pois, deste amálgama entre a idéia da autoridade romana e a idéia de verdade bíblica, transcendente. Consequentemente, nos dogmas, autoridade e razão se mesclam, aparecendo os textos da *Littera Bolonensis* como verdadeira *ratio scripta*, fundamento de todo o direito.

⁹ GILSON, Etienne. *La Philosophie au moyen âge*. Paris: Payot, 1996, p. 950.

Neste sentido, a teoria do direito medieval, ao conciliar o espírito grego da *fronesis*, no sentido de orientar a ação, com o espírito romano da prudência, no sentido de confirmar o certo e o justo, instaura pouco a pouco uma teoria que vai servir de domínio político dos príncipes, como instrumento de seu poder. A partir daí é que se abre o caminho para uma progressiva tecnicização da teoria jurídica, em termos de um instrumento político.¹⁰

No século XII veremos a invasão da gramática pela lógica, resultando, no mínimo, em duas conseqüências principais: (a) provoca ainda mais a decadência da cultura clássica nas escolas francesas do século XIII, sobretudo na universidade de Paris¹¹ que, em vez de continuar a trabalhar com temas ligados às letras e artes, começa a enfrentar o estudo da gramática como um ramo da lógica; (b) em razão desse histórico, nasce uma nova filosofia: filosofia da gramática, que ficará conhecida, no século XIV, como gramática especulativa.

Figuras como a do padre Abelardo, professor de lógica de tradicionais escolas universitárias do século XII, trouxeram a preocupação de colocar as questões filosóficas de seu tempo no ato de interpretação de textos bíblicos de então, obtendo regras gerais de resolução dos problemas das mais variadas espécies, o mais rigoroso possível, exatamente para poder ser generalizado e seguro no ato exegetico.

Conforme Bobbio, Abelardo faz uma explícita diferenciação em seus textos sobre o direito natural e o direito positivo, asseverando que este último é produto dos homens, enquanto que o primeiro não é posto por esses, mas por algo ou alguém que está além deles, como a natureza ou o próprio Deus.¹²

O direito positivo, assim, passa a se caracterizar por contar com um tratamento técnico e formal, baseado nas técnicas de análise dos textos e situações concretas com fundamento no estilo argumentativo da referida retórica prudencial, buscando de uma certa forma afastar os interesses e as emoções do exegeta e dos valores envolvidos.

¹⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. Op.cit., p.63.

¹¹ É interessante notar que as grandes universidades medievais surgiram, neste período, das escolas episcopais, como a de Paris e a de Oxford. Em Paris desenvolveu-se, em especial, a filosofia e a teologia, inspiradas nas teorias aristotélicas, tornando-se um verdadeiro marco institucional para a Igreja Católica.

¹² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995, p.19. Alega o autor que esta distinção entre direito positivo e direito natural se encontra em todos os escritores medievais: teólogos, filósofos, canonistas, etc. Refere que na Suma Teológica, de Santo Tomás de Aquino, há quatro definições de Lei eterna, natural, humana e divina.

Estando o centro do poder político na Idade Média localizado na figura do Rei, organizando seu poder a partir dos instrumentos normativos da experiência e cultura romana, a idéia de centralização vai perdurar fundamentalmente no conhecimento jurídico, principalmente na perspectiva de seu lugar de produção e domínio: a vontade única do Rei.

Temas que envolvem a questão do fundamento do direito são mediados por uma outra categoria política e filosófica que é a da soberania, justificação do poder e de seu exercício, aqui, por óbvio, respeitando um princípio centralizador: assim como todos os seres tinham a sua unidade de convergência em Deus, assim como a verdade só podia ser uma, assim também o direito só podia ser um, dentro de um determinado território, de uma determinada esfera de poder.¹³

Bem ou mal, o sistema filosófico e político da Idade Média vai se caracterizar pela monopolização e centralização do poder no âmbito dos muros feudais, localizando a esfera de mobilidade individual nos estreitos limites dos territórios vassalizados, o que dá uma dimensão restrita das condições e possibilidades do desenvolvimento das relações sociais e culturais da comunidade.

As grandes navegações e descobertas geográficas dos séculos XIV a XVI fundam uma nova perspectiva cultural, de fundo significativamente religioso, abrindo os horizontes culturais e comerciais, não sendo mais a partir de Deus que esta sociedade tenta se estruturar e a se organizar, mas a partir do homem, considerando todas as suas dimensões, fundamentalmente a econômica.

"O homem não é mais visto como criatura, portanto, na sua relação para com o absoluto. Ele é visto como criador, ante a natureza, na qual se encontra; dela se distingue, enquanto racionalidade; sobre ela deve atuar, celebrando assim sua liberdade. O homem se liberta de um enfoque que lhe impunha valores como a admiração, a adoração, a obediência, o respeito e o desapego. Joga-se, com entusiasmo, a construir valores novos: individualidade, liberdade, criatividade, participação e enriquecimento."¹⁴

A natureza, neste novo espectro cultural, não vai mais ser considerada como objeto de medo e contemplação, mas como campo de estudo e de atuação da razão humana, visando a maximização qualitativa e quantitativa desta

¹³ Neste sentido FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. Op.cit.

¹⁴ SCRUTON, Roger. *Introdução à filosofia moderna: de Descartes a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p.29.

relação. O novo *homo faber* debruça-se sobre a natureza para centrar-se melhor em si, utilizando métodos e abordagens mais empíricos e precisos.

Há também, de forma nítida e inconfundível, uma renovação sobre a concepção envolvendo a origem do governo e da sociedade¹⁵, elaborando-se teorias baseadas no instinto, na racionalidade, na lei natural, na liberdade conquistada pelo homem através de sua razão. É o Renascimento que floresce como alternativa do chamado século das obscuridade medieval.

No que tange ao pensamento jurídico neste cenário, ele foi dominado pela reflexão dos glosadores¹⁶ praticamente até o século XVI, quando começou a sofrer críticas em face de sua falta de sistematicidade e cientificidade, requisitos próprios do conhecimento na era que se inaugura.

Do século XV até o XVII a ciência jurídica vai contar com o que se denominou de Era do Direito Racional, caracterizando-se pela influência dos sistemas racionais na teoria jurídica. *Auctoritas* e *Ratio* haviam dominado o pensamento jurídico medieval cujo caráter dogmático assinala um respeito pelos textos a serem interpretados como pontos-de-partida das séries argumentativas.

Com esta situação, o humanismo renascentista modifica a legitimação do Direito Romano, purificando e refinando o método da interpretação dos textos e, com isto, abrem-se as portas para a entrada da ciência moderna na teoria jurídica.

O grande problema a ser solucionado no âmbito da teoria política e jurídica moderna é como dominar a natureza para que ela não se apresente mais de forma ameaçadora à espécie humana, surgindo o jurídico como um dos instrumentos fundamentais para regular a natureza humana em especial.

A natureza não vai mais ser considerada como objeto de medo e de contemplação, mas como campo de estudo e de atuação do homem, convidado a aperfeiçoá-la; e, mediante esse trabalho, convidado a aperfeiçoar a si mesmo. Novos métodos de abordagem da natureza, mais empíricos e precisos, surgem no cenário europeu, como o de Francis Bacon e Galileu Galilei. Aliás,

“foi Galileu quem introduziu um corte epistemológico na história do pensamento ocidental. Foi ele quem rompeu com todo o sistema de representação do mundo antigo e do mundo medieval. Com ele, o pensamento rompeu com a Renascença. De forma alguma se mostra interessado pela

¹⁵ Veja-se que, durante a Idade Média, vigorava uma concepção sacral e teológica sobre a matéria.

¹⁶ Referência que se faz aos tradutores dos textos romanos para o período da Idade Média, como os filósofos da geração de Abelardo, anteriormente referidos.

variedade das coisas. Aquilo que o fascina é a idéia da física matemática, da redução do real ao geométrico.”¹⁷

Durante o século XIV, as direções por onde se ensaiam novas perspectivas culturais são variadas, e até contraditórias. Porém, a despeito dessa variedade, dois enfoques vão-se impondo e marcarão a perspectiva cultural dos séculos seguintes: o racionalismo e o empirismo.

O ponto nevrálgico que ambos vão enfrentar e que levará à investigação é aquele que diz respeito ao fundamento último do conhecimento humano; o que é que garante a certeza e a objetividade do mesmo?

Enquanto os racionalistas acreditam em uma existência de essências e de verdades puras, intuídas pela inteligência humana, e que formam o suporte de todo o conhecimento válido, inauguram o pressuposto de que a própria experiência só adquire sentido à luz desse mundo ideal.

Por outro lado, os empiristas negam a existência desse mundo, asseverando que o que existe de real é, exclusivamente, o mundo dos fatos, os fenômenos. Tais fatos é que formam o suporte e o limite de todo o conhecimento. A função da razão é a de simplesmente descobrir neles a inteligibilidade das coisas, deixando de lado a idéia da existência de um mundo inteligível transcendente.

A verdade é que tanto o racionalismo como o empirismo possuem o mesmo projeto: oportunizar ao homem outros instrumentais de organização e compreensão de sua vida, que não os até então sustentados pela teologia jungida à Escolástica. Isto significa, em outras palavras, dar à razão a tarefa de fundamentar os novos valores da Idade Moderna.

A afirmação racionalista de que o homem pode chegar, pela razão, a verdades de valor absoluto, vai de encontro com o tipo de conhecimento que se tinha à época. Tal defesa significa denunciar que esse homem não está limitado ao conhecimento dos fatos, mas conhece também o nexos necessário, a razão que constitui a essência dos mesmos; e conhece a relação essencial entre eles. Esse conhecimento se dá, ou por meio de uma intuição pura, que prescinde até dos próprios fatos, ou por uma intuição abstrativa, que, a partir deles, os ultrapassa. Em ambos os casos, está a se demonstrar que a força da razão vai além do simples testemunho dos sentidos e atinge as condições transcendentais do mundo empírico¹⁸.

¹⁷ JAPIASSU, Hilton. *Nascimento e Morte das Ciências Humanas*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982, p.26.

¹⁸ Neste sentido, ver STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edusp, 1977.

Esta postura racionalista tem implicações éticas e políticas bastante sérias, pois, ao atestarem seus defensores que é possível se conhecer a essência de algo que está acima dos fatos e dos sentidos, instauram fundamento sólido para os discursos morais e políticos. Assim, será moral o que for congruente com a essência do homem, ou decorrente da mesma, e a boa ordem política vai depender do conhecimento dessa realidade ultra-sensível.

Todas estas preocupações vão ensejar uma manifestação de ordem também objetiva, vinculada às condições e possibilidades de reconhecer que efetivamente a natureza humana não se encontra em situação de total harmonia e pacificação, matéria que em seguida será tratada pelos teóricos do contratualismo político e estatal (Hobbes, Locke, Rousseau, etc.), e que, em razão disso, necessita de proteção contra a agressão dos outros, o que entreabre a exigência de uma organização racional da ordem social. Daqui surge a idéia de um pensamento jurídico com uma certa neutralidade, conduzindo a uma formalização e racionalização do direito, surgindo o pensamento sistemático.

É com Christian Wolf que o termo **sistema** se vulgariza e se dissemina mais significativamente na cultura ocidental, dizendo respeito à perfeição e correção formal da dedução, termo reelaborado por Lambert, ao afirmar que trata-se de uma **intenção** fundamental e geral capaz de ligar e configurar as partes num todo.

Em razão disso, a teoria jurídica européia, que até então era caracterizada por se fundar em uma teoria da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e mesmo domina os códigos e comportamentos jurídicos contemporâneos.

A redução das proposições jurídicas a relações lógicas é pressuposto óbvio na formulação de leis naturais, universalmente válidas, a que se agrega o postulado antropológico que vê no homem não um cidadão abstrato, mas como um ser natural, concebido segundo leis naturais.

Uma das grandes figuras deste pensamento é PUFENDORF, que vai influenciar diretamente os trabalhos de Hobbes, Locke e que demarca as linhas sistemáticas básicas que vão dominar o direito alemão até o século XIX. Para o autor, as prescrições do Direito Natural pressupõe a natureza perversa do homem e, em conseqüência, toda a ordenação e todo o direito contêm uma proibição. A característica fundamental, pois, do direito, reside em sua função imperativa e não em sua função indicativa, pois a norma jurídica mostra apenas o conteúdo da prescrição, nos obrigando a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

Pufendorf divide as normas do Direito Natural em **absolutas e hipotéticas**: as primeiras, são as que obrigam, independentemente das instituições

estabelecidas pelo próprio homem; as segundas, as pressupõe. A idéia de sistema, a partir daí, envolve todo o complexo do direito metodicamente coordenado na sua totalidade ao Direito Natural.

Assim, a Teoria do Direito na modernidade, se de um lado quebra o elo entre a jurisprudência e o procedimento dogmático fundado na autoridade dos textos romanos, de outro, não rompe com o caráter dogmático que, ao contrário, tenta aperfeiçoar ao dar-lhe uma qualidade de sistema que se constrói a partir de premissas, cuja validade repousa na sua generalidade racional, indicadora dos padrões éticos eleitos.

Estava, dessa forma, configurado o caminho para a ciência jurídica no estilo moderno, como um procedimento empírico-analítico, num sentido eminentemente pragmático, em que os modelos do Direito Natural são entendidos não como hipóteses científicas a verificar, mas como um exemplo, um paradigma que se toma como viável na experiência. A Teoria do Direito consegue, a par disso, transformar o conjunto de regras que compõem o direito em regras técnicas controláveis na comparação das situações vigentes com as situações idealmente desejadas¹⁹.

Não é mais nem a contemplação, nem manifestação de autoridade, nem exegese à moda medieval, mas capacidade de reprodução artificial(laboratorial) de processos naturais. A ciência jurídica adquire um novo critério, que é o de todas as técnicas: o da sua **funcionalidade**.

O teórico do direito, como alguém capaz de reproduzir em laboratório – na sua razão – o próprio direito, o qual assume a forma de um sistema de enunciados cabais e que funcionam politicamente, toma uma nova função. A reconstrução racional do direito, que passa a ser entendido como um conjunto, um sistema de enunciados respaldados na razão, adquirindo validade por meio de uma posição divina, põe-se a serviço de um processo de conexão entre *dominiun* e *societas*, a unidade do Estado e a sociedade, que ocorre entre os séculos XVI e XVII, o que equivale à burocratização do domínio nos modernos aparelhos estatais. Esta reconstrução racional equivale a uma espécie de física geral da socialização²⁰.

Este novo Direito Natural, substitui o fundamento ético e bíblico pela noção naturalista de Estado de Natureza, uma situação hipotética do homem antes da organização social e que serve de padrão para analisar e compreender

¹⁹ Neste sentido a obra de MACHADO NETO, A. L. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1983.

²⁰ Conforme FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Op. Cit., p.69 e seguintes.

o homem civilizado. A partir daí, elabora-se uma teoria jurídica que fornece elementos para o estabelecimento de expectativas controláveis das reações humanas e a instauração de uma convivência ordenada.

O que se observa, entretanto, é que o direito reconstruído racionalmente não reproduz a experiência concreta do direito na sociedade, criando uma distância entre a teoria e a prática, o que oportuniza o debate sobre a cientificidade ou não do conhecimento jurídico bem como o surgimento de reflexões políticas e filosóficas ponderando que o direito se afigura como um fenômeno histórico, sujeito às contingências da cultura de cada povo.

2 O NOVO ETHOS COGNITIVO: EMPIRISMO E RACIONALISMO.

Parece tranqüila a tese de que a irrupção dos fatores que convulsionaram a ordem feudal e a própria Idade Média pode ser vislumbrada através da luta mantida pela aristocracia monárquica-rural e militar que justificava o poder da nobreza, principalmente contra o modelo de sociedade mercantilista do homem da cidade (*burgos*), ascendente e desenfreado.

O paradigma de homem criado neste novo cenário também é novo, calcado na figura inconfundível do indivíduo, que se esgota em si mesmo e que repudia os tradicionais vínculos de dependência criados pela sociedade feudal²¹.

O Renascimento, enfim, vai coincidir com a ruptura da imagem científico-natural do mundo. Isto implica reconhecer que a ordem feudal não resiste aos descobrimentos que demonstraram que a imagem bíblica do mundo não coincide em nenhum aspecto com a realidade material e histórica do Ocidente, é óbvio, resistindo o que pode com os estratagemas da inquisição desumana e cruel.

Todavia, apesar de todos os esforços do poder instituído no medievo, pouco a pouco a experimentação das ciências exatas tomará o lugar ocupado até então pelo pensamento especulativo – no aspecto de ter a revelação divina como fonte do conhecimento. A natureza deixa de ser pensada como uma criação passiva e imutável, pois,

²¹ Neste sentido a obra de BERLIN, Isaiah. *Libertad y necesidad en la historia*. Madrid: Revista do Ocidente, 1994. Neste obra o autor afirma que *De ahí en más se irá gestando un nuevo y radical ethos social: una sociedad concreta en la que el sistema de relaciones entre individuos presupone una absoluta libertad e igualdad*. p.245.

"Si Dios le había impuesto sus fines y sus leyes, el hombre no obstante realizaba su obra y ejercía su poder con vasta autonomía como para que su propia dinámica constituyera el condicionamiento inmediato del destino individual." ²²

No campo político, tanto racionalistas como empiristas, começam a formular reflexões de reduzir os assuntos políticos à qualidade de assuntos meramente humanos, terrenos ou mundanos, como Maquiavel, ao justificar o fundamento concreto e cotidiano do poder do Príncipe²³ pelo próprio Príncipe. Não há mais dúvidas, o Estado substituiu a Igreja, principalmente na tarefa de demarcar os limites da racionalidade à convivência humana, em razão de diversos fatores, principalmente os de ordem econômica que estavam surgindo.²⁴

Numa sociedade não mais dependente e apegada à Igreja, a despeito de religiosa, não é mais a teologia que vai instrumentalizar a constituição e comunicação dos indivíduos com o Poder instituído, mas fundamentalmente a filosofia, enquanto produção da razão humana.

Neste particular, o empirismo vulnera as barreiras tradicionais da cultura vigente, não mais a partir da vontade de Deus, do mundo abstrato das essências, mas a partir do cotidiano das pessoas, do mundo dos fatos ou dos fenômenos que se devia construir algo de positivo. Assim é que o Estado, sob a ótica do empirismo, é concebido como pessoa humana, fruto de uma convenção, desacompanhada de sacralidade, seja ela religiosa ou profana²⁵.

A chamada teoria contratualista do Estado Moderno ganha corpo aqui. Hobbes justifica o Estado como ente autonomizado da divindade e dos demais poderes mundanos, concebendo-o como um Estado soberano e absoluto²⁶; Locke²⁷ leciona que o Estado se afigura como subordinado aos interesses

²² ZANNONI, Eduardo A. *Crisis de la razón jurídica*. Buenos Aires: Astrea, 1990, p.25.

²³ MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe e Discorsi*. Milano: Universale Economica Feltrinelli, 1981.

²⁴ Por óbvio que não estamos descartando os fatores sociais, políticos, culturais e religiosos, pois bastaria recordar a formação dos Estados nacionais e o firmar-se das monarquias absolutas; o cisma religioso, para reconhecermos a influência destes elementos na mudança de comportamento da sociedade moderna.

²⁵ Em outras palavras, significa dizer que os empiristas acreditam que o homem compreende sua vida e a organiza partindo dos fatos cotidianos que o cercam, elaborando verdades gerais, verdades que se constituem em necessidades, em afirmações de caráter objetivo, científico.

²⁶ Neste sentido ver HOBBS, Thomas. *O Leviathã*. São Paulo: Abril Cultural, 1988; *De Cive*. Rio de Janeiro: Vozes, 1993; LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

²⁷ Ver LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires: Alianza Editorial, 1990.

particulares dos indivíduos – principalmente os proprietários – e não existe como organização que se impõe soberana e impessoalmente sobre tais interesses, de maneira que não se confunde com nenhum deles. Cabe ao Estado a mediação dos mais variados interesses sociais existentes na comunidade de homens racionais, que são, continuamente, impelidos a refazer seus pactos de convivência e sobrevivência com seus pares.

Ocorre que esta mesma razão, a partir da contribuição dos racionalistas, vai ter uma função significativa: fundamentar de forma lógica e ponderada a natureza dos fatos sociais modernos, pois estes não podem resumir toda a existência humana, possuem elementos constitutivos que os transcendem. Aliás, é a razão que explica estes fatos e os ordena intelectivamente, a partir de um movimento todo particular, delineado por vários de seus teóricos²⁸: Descartes (com um exacerbado idealismo metodológico²⁹), Kant (representando um idealismo que pode ser chamado de gnosiológico-transcendental), Hegel (representando um idealismo mais metafísico ou ontológico), etc.

Com a formação, pois, do Estado Moderno, a sociedade passa a assumir uma estrutura monista de organização³⁰, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, principalmente o de criar as normas pelas quais a ordem e a estabilidade social vão se constituir, ocorrendo uma verdadeira monopolização da produção jurídica por parte deste Estado.

Diante desta nova situação, há uma mudança no modo de conceber os conceitos jurídicos, atrelados a uma dicção e interpretação posta pelo seu centro irradiador, em especial pelos juízes ou árbitros, previstos necessariamente pela legislação cogente. Este magistrado, enquanto representante do Estado no âmbito da jurisdição, não tem mais liberdade de escolha sobre qual regra utilizar

²⁸ Veja-se que o racionalismo do século XVII, para explicar a transcendência do conhecimento humano, em relação aos fatos, defendeu a tese de que existem **idéias natas**, que residem na mente humana, mas não surgiram por força da experiência que os homens têm do mundo sensível, mas por força de uma intuição intelectual, podendo sobre ela ser edificadas as bases de um conhecimento filosófico-científico. Com elas, o homem atinge verdades de razão, de valor absoluto; verdades de significado real, ontológico. Neste sentido a obra de ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. (14 volumes) Lisboa: Presença, 1992.

²⁹ Ou seja, as idéias inatas no homem são obtidas através da inteligência por uma **intuição pura**, sem passar pela experiência sensível, e para chegarmos a um conhecimento seguro, temos de partir dessas idéias.

³⁰ É de se lembrar que a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, eis que constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um conjunto de regras de comportamentos sociais desejados e permitidos. Neste cenário, o Direito se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Neste sentido a obra de BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1996, p.27.

na definição do caso concreto, como fazia o juiz natural, utilizando as regras de costumes, ou critérios de equidade, extraíndo a norma do próprio caso em tela, segundo princípios da razão natural. Ele deve usar e ratificar a norma posta pelo Estado.

Significa dizer que o direito positivo e o natural (ligado que está à idéia da vontade de Deus e do Rei) não se encontram mais no mesmo nível, e o direito posto pelo Estado é tido como único e verdadeiro, somente ele podendo ser aplicado nos tribunais.

Neste sentido é que toma fôlego a contribuição teórica de Hobbes, quando insiste na idéia de que, no estado de natureza, em que todos os homens são iguais, e no qual cada um tem a possibilidade de usar a força para defender seus próprios interesses, jamais existiu ou pode existir a certeza de que a lei será respeitada por todos e assim a própria lei perde sua eficácia e sentido. O estado de natureza, assim, constitui um estado de anarquia permanente, no qual todo o homem luta contra os outros, necessitando-se de um mecanismo/instrumento para agregar toda a força existente nesta natureza e, em seu nome, estabelecer a ordem e a paz.

Ora, o instrumento de que fala Hobbes, já sabemos, é o Estado Soberano, que tudo pode e a quem tudo é permitido, detentor do monopólio do poder normativo e coercitivo. Tal reflexão filosófica e política implica o reconhecimento da fragilidade e insuficiência do direito natural para dar conta da complexidade das relações sociais da Idade Moderna.

Em uma passagem de suas *Obras Políticas*³¹, o autor revela que

"Direito é o que aquele ou aqueles que detêm o poder soberano ordenam aos seus súditos, proclamando em público e em claras palavras que coisas eles podem fazer e quais não podem."

Da mesma forma, o conceito de justiça em Hobbes muito bem evidencia os pressupostos eminentemente materiais utilizados na definição do Direito e do Estado, associando a idéia de lei à idéia de justiça. Para o autor, somente quando há lei em sentido próprio, ou seja, a palavra daquele que tem direito de mando sobre os outros, é que se pode falar de justiça propriamente dita, pois a justiça só existe na medida em que exista um pacto anterior; só se comete injustiça contra a pessoa com a qual se celebrou algum pacto.³²

³¹ HOBBS, Thomas. *Opere Politici*. Torino: Mallandrinni, 1984, p.384.

³² Neste sentido, HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1988, p.94.

É de se lembrar que não se trata, todavia, de um pacto qualquer, mas daquele garantido por um poder coercitivo capaz de obrigar todos ao seu cumprimento. Só então é possível falar em dar a cada um o que é seu, porque só então surgem a propriedade e os demais direitos.

Uma vez celebrado o pacto da instituição do poder soberano, concedendo-lhe autorização para exercer o mando sobre os demais membros da sociedade - o que é feito através de leis - é *injusto* o ato contrário à lei do Estado³³.

Destarte, empirismo e racionalismo imperam ao longo dos séculos XVI e XVII, preponderantemente, delineando um horizonte de um novo espaço cultural com base nos novos conhecimentos científicos que se estabelecem de vez no cenário político e econômico da burguesia ascendente, pois o que garante a universalidade e a certeza deste conhecimento científico é a tão festejada razão, que tudo apreende e tudo funda.

Passava-se da concepção metafísica para a concepção dialética da realidade, o que implicava compromissos com a finitude e a provisoriedade de todos os valores. A historicidade do homem era levada à categoria de princípio hermenêutico fundamental. Para se compreender e compreender a totalidade, o homem não precisava mais recorrer a princípios transcendentais e eternos.

A partir daqui, o saber jurídico toma rumos de cientificidade, cuja maior sistematização será constituída pelo Positivismo Jurídico.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. (14 volumes) Lisboa: Presença, 1992.
- BERLIN, Isaiah. *Libertad y necesidad en la historia*. Madrid: Revista do Ocidente, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995; 1996.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1986.
- FERRAZ JR., Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1990.

³³ Como já analisamos no livro *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, op. cit., a consequência é que, diversamente do que se conclui da teoria de Locke, o Estado despótico concebido por Hobbes em virtude da renúncia sem reserva da liberdade natural dos indivíduos para a sua instituição, não comete injustiça, do que decorre também não ser possível opor-lhe qualquer direito de resistência.

- GILSON, Etienne. *La Philosophie au moyen âge*. Paris: Payot, 1996.
- HESÍODO. *Teogonía*. São Paulo: Letras Vivas, 1996.
- HOBBS, Thomas. *O Leviathã*. São Paulo: Abril Cultural, 1988.
- _____. *De Cive*. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.
- _____. *Opere Politici*. Torino: Mallandrinni, 1984.
- JAPIASSU, Hilton. *Nascimento e Morte das Ciências Humanas*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.
- LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires: Alianza Editorial, 1990.
- MACHADO NETO, A. L. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe e Discorsi*. Milano: Universale Economica Feltrinelli, 1981.
- SCRUTON, Roger. *Introdução à filosofia moderna: de Descartes a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- STEGMÜLLER, Wolfgang. *A Filosofia Contemporânea*. v. I e II. São Paulo: Edusp, 1977.
- VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1984.
- ZANNONI, Eduardo A. *Crisis de la razón jurídica*. Buenos Aires: Astrea, 1990.