



Observações epistemológicas sobre política do direito no pensamento de Ferreira de Melo

EPISTEMOLOGICAL OBSERVATIONS ON THE
RIGHT POLICY IN THE THOUGHT OF FERREIRA DE MELO

Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães

Doutorando em Ciências Jurídicas na UNIVALI, mestre em Direito pela Universalidade de Coimbra e Promotor de Justiça no estado de Santa Catarina. E-mail: E-mail: iguimaraes@mp.sc.gov.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1511293441657751>.

RESUMO: Este artigo tratará de aspectos epistemológicos de política do direito, tendo como eixo central sua localização no *universum* jurídico, bem como seu relacionamento com a ciência do direito. Para aí chegar-se, serão desenvolvidas as definições dessas duas categorias fundamentais, tendo como marco teórico os estudos de política do direito do professor Osvaldo Ferreira de Melo.

Palavras-chave: Teoria do conhecimento. Filosofia da ciência. Epistemologia da política do direito. Ciência do direito.

This paper addresses the epistemological aspects of the right policy, taking as its central axis its position in the legal universe as well as its relationship with the science of law. To get there, it will be developed the definitions of these two fundamental categories, having as its theoretical mark the studies of the political right from the professor Osvaldo Ferreira de Melo.

ABSTRACT:

Keywords: Theory of knowledge. Philosophy of science. Epistemology of the political right. Science of law.

Não podemos pensar os predicados de justo ou injusto, de Direito ou antijurídico, de lícito ou ilícito, mas podemos aplicá-los a uma atividade.

Del Vecchio. Filosofia do direito

INTRODUÇÃO

É verdade indesmentível que ressumbra para quem passa pelos portais dos *studia humanitatis*, seja para adentrar os compartimentos da filosofia política, seja para desvendar os labirintos da história das civilizações, ou, ainda, para localizar fenômenos sociais, que política e direito – ou, ao menos, a ideia de juridicidade – caminham lado a lado, como se estivessem indissociavelmente ligados. Disso não descurou o pensamento dos antigos, quando Platão, ao escrever sobre o governo ideal em sua *República*, estabelece não apenas a organização da cidade-estado e sua estrutura de poder político, mas define os quadrantes dentro dos quais se desenvolve a Justiça, estando implícita, iniludivelmente, a ideia de sua concreção, que é o que hoje entendemos por direito; nem Aristóteles, ao conceber em sua *Política*, uma constituição para a *pólis*, onde também permeia a ideia de justiça, segundo as regras da prudência e da virtude, categorias vincadas na própria *práxis* do poder político; ou, ainda, Cícero, um politólogo aristotélico, que em obras como *Sobre os deveres* e *Da república*, assinala o cariz ético-prático da política, num amalgama em que se vê a concepção romana de direito. Não é despicienda a contribuição da Idade Média, sendo dela representativa as obras de Agostinho e de Tomás de Aquino, o primeiro, em sua *Cidade de Deus*, entendendo o caráter orgânico da sociedade, cujo eixo axial é a tendência para o governo autocrático, em posse do qual fica a realização da justiça, e o segundo, embora retornando às premissas aristotélicas, não se escusando de opinar, na *Suma teológica*, sobre as vantagens do governo alicerçado nas leis, cuja finalidade é o *bonum commune*. O que, aliás, vai paulatinamente ganhando maior envergadura durante a Renascença, quando um Giambattista Vico propõe os *Princípios de uma ciência nova*, obra em a qual vai se desenvolvendo seu pensamento político e sobre o direito natural; que poderá ser o prelúdio do que ocorreria durante o século das luzes. Daí não se poder recusar, partindo da constatação dessa indissociabilidade, a proposta de uma Política do Direito, que tenderá à determinação prática, o próprio *faciendum* do direito, enquanto ele se compreende como fenômeno em constante reelaboração e redefinição.

Mesmo que o tema não seja novo, seu estudo terá um início de sistematização tardio. No seu trabalho de maior fôlego, Ferreira de Melo encontra em Radbruch uma primeira noção sobre a autonomia da matéria, quando o professor da Universidade de Heildeberg refere que a “determinação dos motivos que podem conduzir à escolha dos meios para alcançarmos um determinado fim jurídico” não pertence à órbita da filosofia do direito, mas à Política do Direito (MELO, 1994, p. 106; RADBRUCH, 1997, p. 52); com isso deixando implícita a ideia de que seu propósito é antes prático-jurídico do que de asserções – ou melhor, meditações – metafísicas; e que, havendo destinações distintas, esse estudo autonomiza-se em relação àquele. Mas o profes-

sor catarinense vai mais fundo em suas investigações, passando a relacionar a Política do Direito – ou Política Jurídica, como em alguns momentos também se refere –, com as teorias juspositivistas, com as teorias do direito natural, não lhe escapando o exame do empirismo e do culturalismo, achegas do *universum* jurídico que, por um lado, refogem ao hermetismo do positivismo jurídico kelseniano e, por outro lado, indicam o cariz aberto do direito. Contudo, Ferreira de Melo é cauteloso nas aproximações epistemológicas que faz em relação à matéria, nem lhe afirmando uma raiz científica, nem negando seu relacionamento com as ciências sociais, desta forma abrindo-lhe um caminho para a cientificidade; parecendo, por isso, acertado inferir que seu pensamento, envolvido pela onda pós-cartesiana – tão bem descrita por Sousa Santos (2002), que irá encontrar um referencial no trabalho do estruturalismo, como o de Foucault e Derrida, mas, também, já na área das ciências sociais, de um Gilberto Freyre, quem não abre mão de um estilo sedutor e livre do hermetismo linguístico, mas que percorre os métodos de sua área científica –, não desconsidera a possibilidade de novos diálogos, como os que ocorrem entre o conhecimento comum, a *doxa*, e o conhecimento científico, a *epistême*, ou entre os resultados obtidos pelas observações empíricas e as reflexões filosóficas; de forma que em momento algum afirma, ou categoriza, a Política do Direito como ciência, nos moldes do que se preconizou como método do empirismo.

Diante desse novo quadro da epistemologia, como se deve tratar o estudo da Política do Direito, pressupondo sua autonomização em relação à filosofia do direito e à ciência do direito? Será cabível atribuir-lhe o estatuto de ciência, apesar de o método de construção de conhecimento prescindir do empirismo e do caráter de testabilidade? Estes são, basicamente, os problemas que rondam nossa área de indagações no presente artigo; que serão destrinchadas partindo-se dos conceitos de conhecimento e de ciência e, na medida do possível, fazendo as distinções entre as duas categorias; para, num segundo momento, adentrarmos as concepções acerca de Política do Direito ou, segundo já se pode adiantar com base nos estudos de Ferreira de Melo, sobre as modalidades de Política do Direito possíveis em cada experiência jurídica.

1 APROXIMAÇÕES AO CONCEITO DE CIÊNCIA

Há motivos justificáveis para seguirem-se os passos de Parmênides quanto à formação do conhecimento pelo senso comum indutivo (Cf. POPPER, 1999, *maxime* cap. I), segundo o qual tudo o concebido pela inteligência nos chega pelos sentidos; mas, também, pelas expectativas internalizadas e pelo que acreditamos como situações de regularidade. As experiências e conhecimentos formados não obedecem a uma normação metodoló-

gica, mas resultam da natural aptidão do homem e da conjunção de expectativas e regra da regularidade. Em termos conceituais, esta crença não sofre qualquer abalo na alta Idade Média, nem mesmo durante a escolástica, a não ser pelo fato de estruturar-se numa rigorosa hierarquia com ascendência teocêntrica. Naquele período mais afastado, durante a patrística, especialmente em S. Agostinho, a compreensão fulcrava-se na inteligência, em última análise, dada por Deus¹. É graças ao dom divino que se desenvolvem os sentidos, com os quais se retém conhecimento e fazem-se reflexões (AGOSTINHO, 1997, p. 45). Tomás de Aquino, por sua vez, arrancando de Aristóteles, preconiza formas de inteligência e de conhecimento, num desdobramento que visa determinar os limites da potência humana; por um lado, afirmando que a inteligência não pode desvendar o infinito material, assim como o infinito formal, que é Deus; da divindade, tudo o que se logra conhecer é pelos efeitos sensíveis que lhe chegam aos sentidos; por outro lado, o aquinatense sustenta que ao homem resta o conhecimento dedutivo, portanto, partindo do universal para o singular (TOMÁS DE AQUINO, 2002, vol. II, p. 544-548 (*quaestio* 86, art. 1-2).

Se o conhecimento é, como se deduz das teorias clássicas e do medievo, a formação de concepções que geralmente percorrem o caminho indutivo, conduzidas pelas sensações e pelo intelecto, tendencialmente determinando definições das coisas singulares, então teremos que concordar com a *Teoria do conhecimento*, de Hessen, de acordo com a qual, do ponto de vista fenomenológico, o conhecimento implica uma correlação entre sujeito e objeto (HESSEN, 1978, *maxime* p. 29 e ss.). Mas o sujeito anela e busca o conhecimento fazendo representações do objeto, que Hessen denomina *imagens*. Elas surgem como elemento fundamental da formação do conhecimento. De maneira que se poderá dizer, esquematizando a teoria, que o conhecimento apresentará três elementos: o sujeito, a imagem e o objeto (HESSEN, 1978, *maxime* p. 31); sendo que a imagem será concebida numa etapa independente das sensações, pelo pensamento, em todo caso, como expectativa de verdade. Mas atenção: para que haja uma premissa verdadeira e irreduzível sobre o objeto cognoscível, há de se verificar a concordância entre o conteúdo do pensamento e o objeto (HESSEN, 1978, *maxime* p. 30). É nesta operação de verificação de concordância que surge a zona problemática da teoria do conhecimento: a que se refere à qualidade desse conhecimento. Tentemos entender: se o intelecto faz representações do objeto cognoscível, então é possível cairmos numa intrincada aporia: ou o sujeito determina o objeto, e

¹ O bispo de Hipona refere, em suas *Confissões*, como aprendeu a falar, sem que houvesse um método preciso como o dos gramáticos, pela associação dos nomes às coisas nominadas (aquilo que modernamente Wittgenstein contestará em suas *Investigações filosóficas* ao deslocar o problema da filosofia para os jogos de linguagem), graças, iniludivelmente, “à inteligência que tu, Senhor, me deste.” (AGOSTINHO, 1997, p. 29).

ele não passará de uma criação *ex nihilo* do homem, e como tal, só refutável por uma superveniente representação; ou o objeto determina o sujeito, e o homem não estará diante da verdade, mas apenas condicionado pelo ser sensível intrínseco ao objeto. Assim, com relação aos estudos de que hoje dispomos acerca da vida, diz-se que ela só é possível no meio em que houver hidrogênio, e estaremos, por esta premissa, dando uma representação à vida (objeto determinado pelo intelecto do homem); por outro lado, seremos tentados a afirmar, como numa operação silogística, que se em Marte não há hidrogênio, então a hipótese para existência de seres vivos naquele planeta será impossível (o objeto está a limitar o pensamento do sujeito, que só concebe a vida onde haja hidrogênio). Num e noutro caso, entendemos, estaremos diante dos riscos do dogmatismo, que gera hermetismo e imobilismo para o objeto cognoscível. Mas não só. Um tal esquema de condicionamento, representável numa circularidade entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, impede, por outro lado, a determinação da verdade, cuja ideia ultrapassa a simples concordância entre o conteúdo do pensamento e o objeto, uma vez serem possíveis falsas representações do objeto. Por outras palavras, diante da aporia há pouco apresentada, já não parece ser suficiente o raciocínio de Hessen.

O problema, embora não desenvolvido pelo professor da Universidade de Colônia, que se interessa pela teoria do conhecimento a partir da abordagem fenomenológica, não é novo e foi pensado de muitas formas. Poucos, no entanto, exerceram tanta influência para o início de uma filosofia da ciência quanto Descartes. Ao estabelecer o princípio da dúvida como método para suas meditações, o filósofo francês deslocou o problema da filosofia do conhecimento do aspecto conceitual para a sua essência, entendida como descoberta da verdade. Pelo método cartesiano, submete-se tudo o observado à dúvida e chega-se à conclusão de que a única coisa sobre a qual se tem certeza é a própria existência, na medida em que se pensa; o pensamento transforma-se em evidência da existência; o *cogito*, portanto, é elevado a critério definidor da certeza, e uma evidência em si.

O mérito do *Discurso do método*, no entanto, não se restringe ao fato de ter lançado novas luzes para o debate acerca da verdade, que por longo tempo se desenvolveu segundo uma ótica teocêntrica; nem por ter erigido o ceticismo como critério delimitador dessa nova filosofia; mas por ter fundamentado no raciocínio *more geometrico* uma perspectivação de método do pensamento científico e, conseqüentemente, da estruturação do conceito moderno de ciência². Para além de não receber por verdadeira a coisa obser-

² A preocupação com os limites da ciência e de seu conceito é de vários pensadores que antecedem o iluminismo. Lembramos, a propósito, de Vico, autor dos *Princípios de uma ciência nova*, onde desenvolve o conceito da ciência do direito natural, mas sem deixar, no entanto, retornar ao padrão antigo de ciência segura fundamentado nas "verdades

vada (ou estudada), Descartes estabelece, como segunda etapa de seu método, o fracionamento das dificuldades (problemas) que examinasse, “em tantas parcelas quanto fosse possível e requerido para melhor as resolver” (DESCARTES, s/d., p. 35 (cf. toda a 2ª parte do *Discurso*)); na terceira etapa, os estudos deveriam evoluir de grau de dificuldade, partindo do mais simples para o mais complexo. A obra ecoa durante o século das luzes, tanto para estabelecer teses sobre uma diferenciação entre as coisas divinas e os demais domínios humanos (e os enciclopidistas terão dado maior vazão a isto), quanto para dar início ao positivismo (filosófico e científico); mas, também, para estabelecer novos padrões de ciência, que procuram o parcelamento do conhecimento, antes genérico e pertencente ao âmbito dos *studia humanitatis*. Não é por outro motivo que os estudos jurídicos obedecem aos planos de segmentação das áreas do direito (embora sejam frequentes os reclamos pela interdisciplinaridade)³; e que os trabalhos científicos percorram, geralmente, o método indutivo; e, ainda, que se propugne, como característica essencial da ciência, a testabilidade das proposições formuladas com base no método científico.

Aqui já temos o eixo em torno do qual gravitam os elementos conceituais de ciência, a saber: a) a ciência trabalha com o conhecimento, lapidando-o e transformando-o; b) seu começo não ocorre, segundo Popper, por percepções ou observações (aspecto assentado pela filosofia do conhecimento de origem clássica), mas por problemas; aliás, será válido dizer que “não há nenhum conhecimento sem problemas” (POPPER, 1978, p. 14); c) o conhecimento obtido através dos experimentos e métodos científicos, circunscreve-se em áreas de especificidade; d) do que se depreende que não se trata de produção de conhecimento ingênuo, para o diletante, mas de matéria destinada à utilização por comunidades científicas; e) por causa das tensões problemáticas, o produto científico está sempre a renovar-se, não se compaginando com o conhecimento dogmatizado, nem com a formulação de explicação que Popper denomina de *ad hoc*, ou de explicação inserta num esquema de circularidade, segundo o qual a explicação tem como evidência o próprio objeto explicável (POPPER, 1978, p. 180 e ss.).

É claro que o tratamento científico dos problemas tem como objetivo o estabelecimento de explicações ditas verdadeiras, ou, pelo menos, com validade para a comunidade científica. Popper refere-se à questão de outra forma, mas convergindo para aquele sentido: a meta da ciência, “é encontrar explicações satisfatórias de qualquer coisa que nos impressione como neces-

abstratas da matemática”, cujo domínio é essencialmente diverso daquelas “verdades abstratas da metafísica”, aplicáveis às coisas morais (VICO, 2006, p. 42). Mas é Descartes quem ultrapassa o nível conceitual de debate para estabelecer critérios para a realização de ciência, tratando, portanto, da própria metódica dos estudos científicos.

³ Sobre o tema, cf. Sabbá Guimarães, 2010, *passim*.

sitando de explicação” (POPPER, 1978, p. 180)⁴, sendo que por explicação, entende o precursor do *racionalismo crítico* tratar-se do conjunto de asserções, através das quais “uma delas descreve o estado de coisas a ser explicado (o *explicandum*) enquanto as outras, as asserções explicativas, formam a “explicação” no sentido mais estreito da palavra (o *explicans* do *explicandum*).” (POPPER, 1978, p. 24) Sobre o *explicandum* não haverá, em regra, dúvidas quanto ao seu cariz de verdade, pois, a ciência não se ocupará do imaginário, daquilo com caráter de infabilidade; mas o *explicans*, ensina Popper, antes de ser conhecido, deverá ser descoberto e corresponder à verdade (POPPER, 1978, p. 24). Ora, para que se chegue a uma resposta consensual, ou de validade universal, acerca do *explicandum*, as asserções deverão ser testáveis, submetidas a provas, para que disso resultem fundamentos das leis da ciência. Elas, no entanto, se nos não apresentam prontas e acabadas: não existe, segundo o filósofo da ciência, uma explicação final, na medida em que “qualquer explicação pode ser ainda mais explicada por uma teoria ou conjectura de mais alto grau de universalidade.” (POPPER, 1978, p. 183).

Em suma, uma qualquer tentativa de conceituação de ciência, não poderá deixar de considerar seu antagonismo em relação à produção de conhecimento dogmático; que todo conhecimento com pressuposto de verdade exposto pela ciência, deverá ser testável; em decorrência disso, não existirá conhecimento científico final, posto que novas teorias ou conjecturas friccionarão as leis científicas, seja para lhes dar maior credibilidade, seja para refutá-las.

2 O *UNIVERSUM* JURÍDICO E SEU RELACIONAMENTO COM AS CIÊNCIAS

O modelo de racionalidade que nasce com o *Discurso do método* apresenta um aspecto intrigante: se, por um lado, dá impulso ao positivismo (não apenas científico), que tem pretensões de tornar científicos diversos setores do conhecimento, de maneira absolutamente diversa daquele outro momento revolucionário localizável no humanismo renascentista, quando a ideia de ciência, obviamente, não passava pelos rigores metodológicos de fracionamento das áreas de conhecimento e da testabilidade, por outro lado erige um muro que divide o conhecimento em científico e do senso comum, aquele de maior dignidade, enquanto que este relegado a uma posição nem mesmo

⁴ Atenção para a expressão *qualquer coisa*. Em outra obra, *sir* Popper adverte que “Relevância, interesse e significância (a significação de declarações relativas a uma situação problemática puramente científica), são, igualmente, valores científicos de primeira ordem” (POPPER, 1978, p. 24).

subsidiária, de forma que os dois mundos do conhecimento passam a ser inconciliáveis. No entendimento de Sousa Santos, a racionalidade científica torna-se “um modelo totalitário, na medida em que nega o carácter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas.” (SANTOS, 2002, p. 10) O surgimento das ciências sociais parece decorrer dessas novas pretensões que, em boa verdade, vão se impregnando inclusive naqueles domínios das atividades humanas em que sequer se pode afirmar viável o emprego do método científico, como em relação à política (como se fosse possível dar caráter de cientificidade a um fenômeno social, que é mais facilmente identificável com outras expressões de atividade humana, como as competições, do que com um procedimento estritamente racional, empírico, testável e previsível), que, no entanto, Comte pretendia dar dignidade de ciência, imaginando uma política científica.

Essa revolução teve extensões no mundo jurídico e não é de desprezar-se o impacto de um purismo do direito kelseniano na formação de uma verdadeira *Rechtskultur*, que pretendeu escoimar tudo o que não pudesse ser atestado por método científico, como a moral (o distanciamento entre os dois conjuntos normativos é abissal, de forma que, para a *Teoria pura do direito*, a moral não deve tangenciar o conjunto normativo-jurídico), ou que estivesse fora do mundo jurídico, como a psicologia (nenhuma ciência extrajurídica deverá ser aceita na experiência constitutiva do direito). A estrutura de direito pretendida por Kelsen, numa palavra, fecha-se não só ao conhecimento do senso comum, mas também a todos aqueles que se podem considerar alheios aos critérios constitutivos, mesmo que a norma hipotética que os preside, a *Grundnorm*, careça de sustentabilidade teórica.

O predomínio dessa racionalidade conduz os estudiosos do direito (não apenas juristas, mas os operadores do direito) a uma crença no mito da ciência, de maneira que se passe a tratar de fenômenos humanos segundo a lógica cartesiana, que procura fundamentar a verdade sobre fatos da vida num percurso que vai das ideias às coisas; de modo que só o racional existe, num esquema lógico que poderá ser resumido na fórmula $r \rightarrow e$ (se racional, então existe). É também por se estar preso a essa crença que, por vezes, se intenta impingir o caráter de testabilidade na solução de problemas cuja natureza não admite recursos empíricos; já para não se dizer que, em boa verdade, a prática do direito – referimo-nos ao momento de sua *práxis* consubstanciada na elaboração de normas pelo legislador ou pelo juiz –, não deverá depender dos métodos científicos de aferição das respostas⁵.

⁵ Exemplo disso encontra-se no julgamento do HC 100.959-TO (j. 8.09.2009, publ. 15.10.2009), em que o relator, Min. Celso de Mello, refere que a prisão cautelar não pode assentar-se tão somente na gravidade do crime, mas, “para legitimar-se em face de

O cartesianismo perdeu fôlego e hoje já não será incomum a defesa de um novo discurso científico, como o de Sousa Santos, quem escreve sobre a interdisciplinaridade, e mesmo a transdisciplinaridade no mundo científico, dando como exemplo desta quebra da metódica os trabalhos de Feyerabend ou de Foucault (SANTOS, 2002, p. 49-50) (aos quais acrescentaríamos os estudos de Ulrich Beck, Tzvetan Todorov, Umberto Eco, apenas para citar alguns, que conseguem tratar tanto de ciências sociais, como de política, história, linguística, semiótica, literatura e direito). O professor de Coimbra, falando de uma maior permeabilidade dos estudos científicos, aponta para um diálogo da ciência com o conhecimento do senso comum, que permite entender que a ciência não é, em si mesma, racional, mas só sua configuração o é (SANTOS, 2002, p. 55). Ao tratar de *Ética e filosofia da política*, Oppenheim também refere que a caracterização geral da ciência passou por uma reformulação, de modo que, segundo escritos contemporâneos, “a ciência é colocada em estreita relação com “método científico”, o qual valora a aceitabilidade das asserções concernentes ao mundo, baseadas em dados empíricos relevantes, como os achados oriundos de observações ou as provas experimentais.” (OPPENHEIM, 1971, p. 7)

Sob esse novo prisma, não será incorreta a afirmação de uma ciência do direito que, embora não apresente soluções atestáveis empiricamente, pode expor seus problemas a um escrutínio realizado segundo o método científico; para além de, uma vez localizável num vasto espaço fenomênico, que podemos denominar de *universum* jurídico, travar diálogo com outras ciências sociais, delas obtendo dados necessários para as asserções jurídicas. Com referência ao primeiro aspecto, sabemos que as decisões legais decorrem da observação de problemas postos no entrecruzamento das dimensões temporal e espacial; daí que as soluções sejam formuladas para um *hic et nunc* histórico-cultural, normalmente sem pretensões de perenidade; e, ainda, sem a certeza de que possam surtir efeitos ideais, apesar de poderem ser otimizadas ao longo das experiências jurídico-judicionais. A norma positivada em lei será submetida a interpretações por meio de discursos argumentativos, muitas vezes sem critério material seguro, mas, *tout court*, ideologicamente influenciados, e passíveis de reformas sem que, no entanto, se obtenha um alto grau de universalidade. No direito penal a criminalização do aborto, *v.g.*, visa à proteção do bem jurídico vida; no entanto, o fato de se tratar de fenômeno

nosso sistema jurídico, impõe [...] que se evidenciem, *com fundamento em base empírica idônea*, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação de liberdade do indiciado ou do réu” (o itálico é nosso). Será possível aferir empiricamente a necessidade de prisão de alguém, considerando que a simples regra da experiência não é, de acordo com julgado, suficiente para a decisão judicial? De outra forma, considerando que antecedentes criminais e gravidade do crime não autorizam, só por si, o decreto de prisão preventiva, como atestar empiricamente sua necessidade? A circunstância, inclusive psicológica, admite aferição empírica?

cujos episódios fazem parte das cifras negras, não permite que se tenha a certeza de sua eficácia nem mesmo que a sanção penal alcance os objetivos de prevenção especial. Quanto ao segundo aspecto, é possível entendermos que a constituição do direito se dê mediante um *racionalismo crítico*, somente viável quando o jurista ultrapassa as fronteiras do jurídico e perscruta outros ramos da ciência, dos quais pode obter *explicações satisfatórias* para os problemas jurídicos, de maneira a colocar em plano inferior o puro decisionismo. Também no direito penal, o problema do uso de drogas, *v.g.*, poderá ser aferido pela criminologia e pela sociologia criminal, que oferecerão alguns dados para a realização da política criminal de otimização jurídica para sua solução.

O discurso da ciência do direito, por sua vez, tal como já se verificou com outros ramos das ciências sociais, não é puro. Traços da moral (a moral social, *v.g.*) entremeiam-se no jargão técnico e nas regras de dever-ser insculpidas nos códigos. De maneira que ao tentar definir a honra, *v.g.*, naturalmente o operador do direito terá de buscar referenciais nas regras de experiência para dar contornos a esse bem jurídico; da mesma forma que sondará aqueles costumes fortemente arraigados numa comunidade, consolidados em sua cultura, para preencher vazios normativo-jurídicos; o conhecimento do senso comum interagirá, aí, iniludivelmente. Ainda que se pretenda utilizar uma linguagem técnico-jurídica, o mais livre possível dos ruídos da linguagem comum, como forma de diminuir-se as imprecisões interpretativas, o jurista deverá estar atento à polissemia dos termos empregues nas normas; e a *ratio legis*, muita vez reduzida à (mítica) vontade do legislador, poderá usar fórmulas facilmente amoldáveis a determinados discursos jurídicos que, em algumas situações, podem se contrapor. Além do mais, as idiosincrasias e a mundividência do estudioso interpenetrarão seu trabalho hermenêutico, assinalando os aspectos humanos – *demasiadamente humanos* – dessa ciência, que se quer perfectível. Não é sem razão que Popper (1978, p. 25), ao tratar das ciências sociais, percebe que o cientista social não consegue livrar-se completamente das influências extra-científicas, escrevendo que:

é, praticamente, impossível conseguir a eliminação dos valores extra-científicos da atividade científica. A situação é semelhante com respeito à objetividade; não podemos roubar o partidatismo de um cientista sem também roubá-lo de sua humanidade, e não podemos suprimir ou destruir seus juízos de valores sem destruí-lo como ser humano e como cientista. Nossos motivos e até nossos ideais puramente científicos, inclusive o ideal de uma desinteressada busca da verdade, estão profundamente enraizados em valorações extra-científicas e, em parte, religiosas. Portanto, o cientista “objetivo” ou “isento de valores” é, dificilmente, o cientista ideal.

Parece-nos, *a fortiori*, que ocorre o mesmo com os jurista ao sondarem os fenômenos do *universum* jurídico; ou quando se põem a constituir metodicamente as prescrições do direito; ou quando passam a substanciar, em normas jurídico-jurisdicionais (as normas concretas e casuísticas estabelecidas nas sentenças), soluções para problemas jurídicos: o jurista, em todas essas etapas, atuará, não restam dúvidas, como homem integral, inclusive consciente de sua falibilidade, embora guiado pelo objetivo do melhoramento.

3 A LOCALIZAÇÃO DA POLÍTICA DO DIREITO NO *UNIVERSUM* JURÍDICO E SUA CARACTERIZAÇÃO

O direito, como fenômeno social, localizável e somente compreensível, portanto, no entrecruzamento das dimensões histórica, social e cultural é, essencialmente, dinâmico e em ininterrupto fazimento, de maneira que as soluções para os problemas originados das tensões humanas nunca são seminais, nem um produto pronto e acabado. Cada solução formulada pelo direito é, pois, datada, correndo os mesmos riscos de defasagem histórica, quando já não surtem os efeitos esperados nem a condição ideal de promoção de paz social, que enfrentam outras ciências sociais. Daí que seu sistema seja melhor compreendido segundo a conhecida fórmula orteguiana criada para a *História como sistema*, de acordo com a qual diríamos que o direito se conjuga no gerúndio, como um constante *faciendum*.

Uma vez concebido como instrumento para a preservação da paz e da harmonia social, (e já não poderemos excluir de seus objetivos a busca do progresso humano, na sua acepção mais larga, que ultrapassa o *suum cuique tribuere*), resulta iniludível, por um lado, seu cariz pragmático, para a solução do *hic et nunc* problemático; mas, por outro lado, é inegável que a vida do direito se faz por antecipações aos problemas que estão apenas na linha do horizonte, desta maneira perspectivando para o futuro. Assim, o direito tanto será um instrumento prático para o trato dos interesses sociais em ebulição, como, também, se constituirá daquelas proposições utópicas que, para Ferreira de Melo, são fundamentais para “projetos sociais de transformação e mudança” (MELO, 1994, p. 55), ocorrentes a cada momento histórico em que se verifica o esgotamento de paradigmas.

Mas então, arrancando dessa primeira explanação, poderemos dizer que o direito apresenta não apenas um aspecto pragmático, destinado à solução de problemas iminentes (através de normas gerais e abstratas) e de problemas concretos (por meio de normas jurídico-jurisdicionais, que são casuísticas), mas, também, um veio teórico desenvolvido através do método científico que, por isso, lhe confere aspecto de cientificidade. No seu âmbito pragmático (legislativo ou jurisdicional), o direito poderá dar saltos em relação às

normas postas; e, até mesmo, redefinições jurídicas que representem uma verdadeira fratura de um paradigma juspositivo, por meio do decisionismo hermeneuticamente fulcrado naquela perspectiva problemática ainda assente na linha do horizonte; e com relação a isso, estaremos a nos referir ao direito como *práxis* que, embora tenha de recorrer à ciência do direito, faz-se realidade num âmbito extra-científico. Ao passo que o âmbito teórico do direito, procura prescrever, segundo o método científico, o que o direito deve ser. Chegados a este ponto, teremos já condições de ver no *universum* jurídico a coexistência da ciência do direito e da política do direito, sendo que estas realidades, embora estreitamente ligadas, não se confundem. Partindo da distinção kelseniana, poderíamos dizer que a ciência do direito procurará responder à questão sobre *o que é e como é* o direito; enquanto que a política do direito se empenhará em mostrar *como deve ser ele feito*. (KELSEN, 1984, p. 17)

A forma como ciência do direito e política do direito se desenvolvem, permite-nos avançar com um segundo postulado epistemológico, que é referido ao caráter de complementaridade. Claro que, à primeira vista, esse aspecto parece algo estranho, uma vez que, deslocadas as noções de ciência do direito e política do direito do que acima foi dito para sua essência conceitual, encontraremos naquela um *lógos* eminentemente teórico, enquanto que nesta identificaremos as manifestações práticas do direito. Ora, teoria e prática são noções de exclusão recíproca, uma vez que a atividade mental de quem produz a teoria, simplesmente não requer a atividade prática, enquanto que esta, pode-se dizer, é a atividade não teórica. Por isso que, referindo-se à formulação de Pareto, Sartori reduz a questão à compreensão de que “Teoria e prática aparecem como duas paralelas: o *saber* e o *operar* não se devem encontrar.” (SARTORI, 1997, p. 72) Mas é o mesmo Sartori quem desenvolve duas circularidades teóricas, a da teoria como realidade dependente da prática e vice-versa, para chegar à conclusão de que a prática depende da teoria, uma vez que “a ação dos homens é sempre influenciada, de modo e em grau variável, pelo que pensam.” (SARTORI, 1997, p. 100) Dentro do *universum* jurídico onde se encontram ciência do direito e política do direito, contudo, a interdependência dessas duas realidades é inegável: a ciência do direito faz-se a partir da reflexão e da análise das práticas sociais, políticas e, também, jurídicas; enquanto que a política do direito só mediatizará, responsavelmente, as transformações jurídicas se amparada pelas asserções do mundo da ciência.

Apesar dessa relação de recíproca complementaridade, a política do direito nem se confunde com a ciência do direito nem é dela decorrente. Queremos com isso sustentar, como terceiro postulado, que a política do direito é estudo autônomo. Ferreira de Melo, ao discorrer sobre a questão, analisa, em

primeiro lugar, o aspecto destacado da matéria, que é sua gênese política⁶; este fenômeno, no entanto, não se confunde nem com filosofia nem com ciência, “pois cada uma dessas áreas delimita-se em espaços próprios.” (MELO, 1994, p. 40) Arremata com a afirmação de que uma política, qualquer que seja ela, inclusive a do direito, pauta-se pela arquitetura de estratégias para alcançar determinados fins (MELO, 1994, p. 40). No caso da política do direito, os objetivos transcendem o nível de cientificidade, uma vez que o estabelecimento de normas boas (com o caráter do *moralmente bom*) e eficazes poderá relacionar-se com as tensões surgidas no meio não apenas jurídico e acadêmico, mas, também, social. O 7 de abril, ou a tragédia de Realengo, marcada pelo assassinato de 12 crianças numa escola do Rio de Janeiro, v.g., despertou, imediatamente, debate de ampla ressonância em torno da proibição do comércio de armas de fogo no País, sobressaindo tanto vozes políticas como de juristas; em todo o caso, apesar dos contornos de juridicidade, essa inicial tensão resultante do problema não se abriga nos foros da ciência do direito.

Como quarto postulado epistemológico da matéria, apontamos para sua raiz conceitual, que é a de política. E uma incipiente noção que temos dela – a todas as luzes, correta –, decorre da pequena grande obra de Maquiavel, *O príncipe*, onde, ao alicerçar as bases do que viria a ser conhecido como *raison d'État*, põe-nos a claro o aspecto amoral da política. Política, segundo demonstra o historiador florentino, nada tem que ver com religião, moral ou com qualquer outra doutrina estranha às estratégias de poder: é, *tout court*, um modo de obter-se o poder e nele manter-se. Esse aspecto não passa despercebido por Ferreira de Melo, quem sublinha o histórico desdém da política em relação à “ética dos meios” (MELO, 1994, p. 56). Mas o jusfilósofo catarinense, procurando melhor desenvolver seu raciocínio, afirma que, enquanto moral e direito são sistemas normativos que dispõem sobre o dever-ser, a política será normalmente relacionada com as regras pragmáticas “que garantam o resultado preconizado.” (MELO, 1994, p. 57) Estabelecida essa noção conceitual, não será difícil entender que o entrosamento dessas duas realidades fenomênicas, o direito e a política, constituirá o momento pragmático do direito ou, segundo Kelsen, o *como ele deve ser feito*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já há muito vencido o posicionamento de um *nec plus ultra* representado pelo direito natural, com suas regras válidas universal e atemporalmente,

⁶ Entenda-se o termo na sua acepção mais larga, para a qual poderíamos invocar o radical grego *pólis*; de maneira que interpretaremos política como o fenômeno verificável no meio social, inegavelmente resultante das tensões pela disputa de poder e de objetivos.

e mesmo o de um retorno ao direito costumeiro historicamente consolidado e conhecido do povo, como pretendia um dos grandes jusfilósofos espanhóis, Joaquín Costa (Cf. COSTA, 2008), que entendia possível eternizar as normas ditas boas de determinada cultura jurídica, os estudos do direito apontam para marcos delimitadores sempre móveis, em consonância com a dinamicidade desse fenômeno, que é dinâmico porque também o é a sociedade. Desta forma, o direito, embora se socorra da dogmática para estabelecer os instrumentos para o equacionamento de problemas, não é produto pronto e acabado: trata-se de expressão fenomênica, em que se acham refletidos valores culturais da sociedade. Se as coisas se passam dessa forma, então não estaremos equivocados quando dizemos que o direito se conjuga no gerúndio, num ininterrupto *faciendum*.

O fazimento do direito, no seu momento pragmático, ocorre, ordinariamente, durante as experiências jurídico-legislativa e jurídico-jurisdicional, por causa das tensões verificáveis na sociedade. Não há dúvidas de que naquele quadro compreensivo da elaboração normativa a ideia de política lhe será inerente. Dentro do qual, também, aflorará a política do direito. E disso não descarta Callado de Oliveira ao referir que “A política jurídica [...], é o estudo crítico do ordenamento jurídico positivo e o estudo preceptivo da nova ordem” (OLIVEIRA, 2008, p. 23), localizando nossa matéria, portanto, na abordagem da experiência jurídico-legislativa. Contudo, não se pode perder de vista que o direito está, também, em movimento nos tribunais, onde a norma jurídico-positiva é submetida à interpretação.

O trabalho do operador do direito não se reduz ao mero equacionamento do problema jurídico por meio da adequação da norma ao fato-espécie, mas é, também, o de encontrar o sentido, ou o *lógos* da norma legal; e, ainda, o de preencher os vazios do regramento positivo, para o que se socorre de múltiplos instrumentos, todos eles contidos no *universum* jurídico ou, pelo menos, com ele tangenciando. A interpretação, embora obedeça a uma determinada metódica, não escapa às influências diversas que fazem parte da mundividência do profissional do direito ou, ainda, de sua carga de valores pessoais; desta forma, o trabalho interpretativo desenvolve-se dialógica e criticamente. Se esses aspectos recaírem sobre as fraturas dos paradigmas jurídicos, então o trabalho do operador do direito, na veste de intérprete, poderá resultar na própria transformação do direito posto. Por outras palavras, as realidades enfrentadas pelos tribunais podem resultar na perspectivação de um novo direito.

Se a experiência jurídico-jurisdicional desempenha *elle-même* um papel transformador do direito – como hoje temos verificado nas decisões do STF, com relação à matéria constitucional –, então já não poderemos confundir o operador do direito com o burocrata do direito e nem o juiz, o promotor

de justiça ou o advogado encarnarão a figura do *ius peritus*. Serão, como já defendia Ferreira de Melo, agentes da política do direito.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de Maria Luiza Jardim Amarante. São Paulo: Paulus, 1997.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Fernando Melro. S/l.: Publicações Europa-América, s/d.
- HESSSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. 7. ed. Tradução de António Correia. Coimbra: Arménio Amado, 1978.
- COSTA, Joaquín. **A ignorância do direito**. Tradução notas e apresentação de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994.
- OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- OPPENHEIM, F. E. **Ética e filosofia política**. Tradução ao italiano de Maria Carla Galavotti. Bolonha: Mulino, 1971.
- POPPER, Karl R. **Conhecimento objetivo**. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.
- POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Trad. e prefácio de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 52
- SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Metodologia do ensino jurídico: aproximação ao método e à formação do conhecimento jurídico**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.
- SANTOS, Boaventura Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.
- SARTORI, Giovanni. **A política**. 2. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997.
- TOMÁS DE AQUINO. **Suma teológica**. Vol. II. São Paulo: Loyola, 2002.
- VICO, Giambattista. **Principios de una ciencia nueva: en torno de la naturaleza común de las naciones**. 3. ed. Trad. ao espanhol de José Carner. México: Fondo de Cultura Economica, 2006.

Recebido em 19/04/2011;

Aceito para publicação em: 22/04/2011.