

DIREITO E AS VAGUEZAS POR CONTÍNUOS

José Carlos Buzanello¹

“Este é o maior mandamento de toda ciência: não aceitar restrições na capacidade de apreender. Nem mesmo se estas restrições têm a forma de verdade”.
Niklas Luhmann

INTRODUÇÃO

O direito, enquanto fenômeno cultural, alicerça-se no resultado epistemológico da filosofia e da ciência e, na maior parte, nos conhecimentos empíricos colhidos no seio social. A produção filosófica e científica, enquanto relacionada com o conhecimento jurídico, será o objeto central deste artigo. Outrossim, problematizaremos a concepção do direito justificada como científica, como sinônimo de força suficiente e necessária e verdade absoluta. Ao contrário, demonstraremos que o direito, enquanto composição de valores ou presunções da episteme com a doxa, pode ou não indicar alguma certeza. Para se alcançar a verdade, antes de tudo, é preciso passar pela experiência da dúvida radical. A ausência de perenidade e firmeza das medições científicas repercute no resultado da ação jurisdicional do Estado. As inconstâncias e inconsistências do conhecimento, aqui compreendidas, estarão contidas no conceito de “Vagueza por contínuos”, expressão trabalhada pelo Prof. Luis Alberto Warat². Este artigo, portanto, pretende resumir, além de outras questões, a percepção matricial da estrutura teórica do direito que se inicia com a filosofia e a ciência. Por isto, nada mais faz do que analisar alguns conceitos, sistematizar outros e tropeçar em algumas restrições firmadas como verdade. Além de razões teóricas e práticas exercidas pela filosofia e a ciência, estas produzem problemas ontológicos dos fundamentos da existência do direito.

Tudo se move e somos todos mutantes. Com essa assertiva clássica de Heráclito, pretende-se dar a entender que o homem nunca possui plenamente a compreensão definitivamente válida de tudo, mas luta ansiosamente para atingir esse fim. Em todo tempo, o homem tem-se impelido para um saber seguro, sistemático, pormenorizado e esclarecido, que se conceitua por ciência. E, por decorrência dessa premissa, entendeu-se que com a bênção da ciência tinha-se a certeza de tudo, inclusive da política e do direito.

No campo epistemológico, Vagueza por contínuos, pode ser compreendido como um esforço metodológico em desaprender, em superar a si mesmo o fato dado, mediante a indagação do devenir. Seria em sentido largo, uma relação dia-

¹ Doutorando em Direito - UFSC; e Professor de Direito da Universidade Estácio de Sá - RJ.

² WARAT, Luis Alberto. Introdução Geral ao Direito II -Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre, Sorglo Fabris Editor, 1995, pg. 368. Vagueza por contínuos, segundo Warat, vocábulo que problema-ll/um n noção de ciência, e traduz “uma imprecisão filfjnlilOHIln que surge, devido a que algumas propri-nclitltnu com as quais se intenta estabelecer critérios (lr)flnlilnlit; o no dão como um contínuo no mundo, tipmttonlfndo-oo om graus diferentes aos objetos a il\lun) mnnnn no nlrbiu”.

lética em aprender e desaprender, que seria na lógica hegeliana do conhecimento a relação antinômica conservando-superando. Aceitando como premissa, essa relação abre-se espaço para o novo, ao demonstrar a limitação do conhecimento, por não aprender exatamente o incompreensível, isto é, não ser possível o enquadramento fenomênico dos fatos nos arquétipos do saber acadêmico.

As pressuposições últimas de toda ciência são de natureza filosófica. A Ciência, por influência do Racionalismo Cartesiano³, surge como sinônimo de segurança e de certeza, mostrando-se incapaz de fundamentar a sua própria validade. Nessa qualidade, expôs o triunfo da episteme em detrimento da doxa. “É hoje muito difícil adotar uma concepção sobre o conhecimento científico como certo e indubitado, sendo preferível sustentá-lo como artifice, incerto, refutável”⁴, leciona o Prof. Luis Warat. Para haver ciência não se exige a certeza de todas as proposições e fundamentações particulares, porque pode compreender também hipóteses e teorias ainda não corroboradas. As dúvidas, os limites e as incertezas parecem ser, tanto quanto maior houver o aprofundamento científico.

Cada tempo produz as suas verdades, vagezas e seus critérios de julgamento da sua filosofia e da sua ciência. Apreciar o passado significa aplicar os padrões de verificações de hoje sobre o ontem, que não podem mais ser válidos no futuro. Neste contexto, indaga-se: onde ancorar a objetividade do conhecimento, para não mergulhar no puro subjetivismo? Como afirma o filósofo Popper, a objetividade é o resultado do consenso, de verdade aceita como tal pela sociedade que responde pelo avanço da ciência, que formam a opinião pública “esclarecida”. Disso decorre o “discurso competente” do academicismo como “valor de verdade” e de poder. E, afinal, que critérios utilizar na avaliação dos homens e das suas instituições? Trata-se de algo controverso que, em regra, invoca-se o princípio da legitimação, isto é, os critérios reconhecidos, legitimados pela sociedade civil, os quais se corporificam nas suas vigências sociais, nos códigos jurídicos ou de conduta moral. Deve-se, para tanto, buscar um modelo de verificabilidade, ciente da difícil tarefa de aferir esses valores sociais que se aproximam de um quadro ideal da nossa auto-avaliação.⁵

A filosofia ou a ciência brotam do raciocínio, da vontade humana, não necessitando obrigatoriamente de uma instituição, ao contrário do direito, que necessita de uma declaração formal por parte do Estado. Pois, os comportamentos sociais produzem valores jurídicos que cultuam e legitimam as condutas. O momento valorativo no processo legislativo representa para o direito um fator de instabilidade ou de indeterminabilidade. O valor básico da vida jurídica, conforme se reitera, além da harmonização de interesses, é produ-

³ Descartes (1596-1649) pode ser considerado o fundador do racionalismo moderno e da filosofia moderna. Evidencia o método da ciência como o único racionalista, dedutivo e próprio da matemática, pretendendo com isso, reduzir a filosofia à matemática, enclausurando o espírito humano nos limites do mundo natural, porque somente assim a matemática acha a sua legítima aplicação.

⁴ *ibidem.*, pg. 370

⁵ Várias considerações teóricas aqui apresentados fo-ram reescritas a partir do meu artigo “Eplatomegla Jurídica”, in, Revista de Informação Loglolfilvíi, N° 124, Senado Federal. Brasília, 1904, pp, 101

zir justiça. A questão da justiça introduz na estrutura da norma uma dupla concepção: a idéia de uma regra justa, concebida como o ajustamento de um estado de coisas as instituições fundamentais que constituem a base da vida social, e de outro lado, pode significar a ânsia de superação de um estado de coisas, fundada em critérios psicanalíticos que transcendem aquelas instituições.

A vontade do Estado assegura o direito positivo, além disso, essa vontade extrai a sua própria justificação, como poder de princípios jurídicos supra-positivos. Nesse sentido, o direito é a forma de manifestação éticamente necessária do Estado. O direito é a forma de manifestação necessária, tanto do ponto de vista moral-espiritual como técnico, da organização social. A função criadora de poder que tem o direito acha-se condicionada, de um lado, por sua normatividade e, de outro, por sua positividade. O governante tem poder no Estado, mas nunca possui o poder do Estado. Por tais razões políticas, o poder do Estado é sempre definido constitucionalmente, isto é, o poder político está juridicamente organizado, num complexo de relações sociais organizadas sistematicamente em unidade de poder e de ordenação. Mas, por causa da sua função social, o poder do Estado não deve contentar-se apenas com a legalidade técnico-jurídica, ao contrário, deve buscar permanentemente a legitimidade política de seus atos. A legitimidade gera poder, pelo estrito reconhecimento dos cidadãos aos preceitos jurídicos positivos legitimados por aqueles. Só goza de autoridade aquele poder do Estado ao qual se reconhece que o seu poder está autorizado.

VAGUEZAS FILOSÓFICAS E CIENTÍFICAS

A estrutura da ciência está assentada em métodos de observação, experimentação e construções teóricas resguardada pela análise filosófica. A filosofia como toda a ciência tem também sua história, na dupla acepção do termo: enquanto seqüência cronológica de acontecimentos e enquanto exposição dos mesmos. O objeto principal da análise histórica, não são acontecimentos externos, mas os atos da razão pensante e precisamente o conteúdo dos mesmos em seu decorrer cronológico.

As posições assumidas pelos filósofos e cientistas em qualquer período histórico podem ser declaradas num esquema de posições mutuamente opostas, num nexo de questões inter-relacionadas e ambíguas. Em termos históricos gerais, os filósofos estiveram empenhados em construir empreendimentos básicos, tais como: a) procuravam verdades absolutas da realidade e padrões absolutos de moralidade; b) tentavam construir uma síntese, uma visão de universo e do lugar do homem neste contexto e a integração da ciência num todo inteligível; c) e, por fim, buscavam o significado e a validade de conceitos fundamentais, presunções, métodos de conhecimento e de avaliação. Nessa perspectiva, a filosofia faz uma sistematização e uma reflexão crítica sobre o mundo, o universo, a vida e a história, e essencialmente sobre os problemas do conhecimento e da ação. O filósofo, à luz de um amplo campo total e globalizante, realiza uma reflexão sistemática sobre o mundo, com efeitos práticos. As categorias da lógica e da filosofia não se separam. Nesse século, a ciência se evidencia por uma superi-

oridade sobre a filosofia, e essa “era da ciência” se demonstra facilmente pelos resultados práticos vivenciados pela humanidade. A história da ciência parece ser cumulativa e a história da filosofia não-cumulativa, isto é, não estruturadora. As controvérsias reinantes caracterizam-se mais por respostas diferentes às questões de método do que à simples oposição.

Sempre que surge uma nova concepção filosófica do universo, a ciência trata de imediatamente adequar-se aos novos conceitos e vice-versa. A concepção positiva de ciência refuta os pressupostos da concepção racionalista, ao tentar uma eliminação de todo seu conteúdo metafísico-religioso. O desenvolvimento da razão científica do século XVII, como procedimento da razão para aferir técnicas em determinado campo, também estava envolvido no campo religioso. As teses positivas afirmam que a ciência é o único conhecimento possível e o método da ciência (descritivo) é o único válido; assim, conclui-se que os recursos e os princípios (causa), que não são acessíveis ao método da ciência, não dão origem a conhecimentos. Deste modo, a metafísica que opera com esse método não tem nenhum valor. Assim, no Racionalismo Cartesiano, que criou uma concepção de ciência, é caracterizado por duas asserções fundamentais: 1º) o universo é um sistema ordenado inteiramente por leis universais e necessárias; 2º) o homem é um ser racional - faculdade que permite compreender as leis universais e necessárias daquele sistema. Sobre essas duas asserções basilares se funda a concepção iluminista da ciência como adequação da razão subjetiva do homem à razão objetiva do universo. Nessa perspectiva, a ciência consiste em descobrir leis que existem na natureza, que sejam imutáveis e necessárias, tendo carácter definitivo de verdade. Em síntese, os objetivos da investigação do cientista da natureza são as leis universais e necessárias.

A relação entre filosofia e ciência, quando vistas como um problema comum de investigação filosófica, abre novas formas de semântica filosófica; já que ambas tratam de uma certa indicação filosófica num sistema circular, onde a filosofia começa novamente a apreender com a ciência, a equilibrar controvérsias relativas às posições opostas, com investigação relativa a problemas comuns. De um lado está a ciência como conhecimento que busca, de qualquer forma ou medida, uma garantia da própria validade do saber e, de outro, a filosofia cumpre em parte o papel de problematizadora de juízos de valores. Ambas andam em paralelas constantes que se chocam, se entrecruzam e se harmonizam. Mas se a filosofia é o compromisso que faz do saber uma pesquisa, ela condiciona o saber efetivo, que é a ciência.

Os juízos que a filosofia faz sobre a ciência podem assumir várias formas. Sua tarefa é, antes de tudo, pôr à prova a fundamentação do saber, determinando os limites e as possibilidades efetivas. A simples acumulação de fatos não conduz ao conhecimento científico. Todo conhecimento é uma resposta a uma questão, e somente assim há conhecimento científico. Não seria equivocado afirmar que os físicos de hoje são os grandes filósofos do nosso tempo, pela grandeza das suas indagações em relação aos fenômenos do universo.

A problematização e a abordagem dos fenômenos constituem o ponto nevrálgico da configuração do “Estatuto da Epistemologia” que, como processo crítico da ciência e seus métodos, participa dos ingredientes da ciência e da filosofia. O corte que separa o objeto de estudo do sujeito da prática cognoscitiva nas ciências sociais é inaceitável. Há permanentemente uma relação dialética entre o investigador e o objeto investigado, permeado de tensões e de ideologias. A teoria do conhecimento apóia-se no pressuposto de que o conhecimento é uma “categoria do espírito”, uma forma da atividade humana que possa ser indagada no universal e no abstrato. As ciências nascem do particular e se conectam no universal. As ciências da natureza possuem um discurso próprio, específico, distinto do discurso político-ideológico, que se articula de maneira descontínua com a história. Desta forma constitui o caminho para analisar a estrutura específica da ciência enquanto aparato de produção de conceitos e, principalmente, para pensar a diferença entre “objeto real” e “objeto de conhecimento”. A teoria, como ordenação das relações entre os fatos explicados através de análise, garante ao empreendimento científico uma estrutura sistemática própria. Isso representa uma inovação no processo de reconhecimento, enquanto apresenta uma nova visão e concepção da realidade projetada para o futuro, fornecendo as coordenadas para a ação do homem. A ciência, enquanto processo reflexivo que o homem realiza sobre suas circunstâncias, implica numa articulação de sua experiência e capacidade perceptiva, tomando como base os padrões culturais e o período histórico.

VAGUEZAS JURÍDICAS

Na seara do discurso jurídico, onde se analisarão suas vaguezas, surge, assim, a primeira provocação: é possível uma ciência do direito? Para definirmos a cientificidade do direito devemos, antes de tudo, considerar o paradigma que conceituamos ciência. Essa questão é digna de discussões controversas. Não foi sempre evidente que o direito pudesse ser verdadeiramente o objeto de uma ciência, mas sim uma técnica de controle social. Em atenção a essa problemática, o Professor Clemerson Merlin Clève expressa que o jurídico atual nasceu sob o signo da cientificidade, sendo que várias teorias jurídicas não passam de discursos justificadores do estatuto teórico de sua conduta. Por sua vez, o Professor Warat entende que estamos na pré-história da ciência e “que ainda faltam quinhentos mil anos para começar a aceitar que há uma ciência que entenda o mundo. Os juristas pensamos que há muito já a temos”.⁶

Atualmente, duas correntes justificam o direito como ciência, quais sejam, sucintamente: 1^a - aquelas que se socorrem da epistemologia das ciências naturais e encontram os fundamentos para descobrir certo direito dado pela natureza ou pela sociedade, o qual deve ser observado pelas normas jurídicas. A ciência do direito seria, nesse caso, uma sociologia jurídica submetida às ciências naturais; 2^a - aquelas que assumem o aspecto tecnológico e nascem a partir da separação entre o reino do ser e dever-ser, para proclamar a ciência do direito como ciência da norma - uma

⁶ WARAT, Luis Alberto. Metáforas para a Ciência, a Arte e a Subjetividade, in, Revista Sequência, N°30, Florianópolis. Ed. UFSC, pg. 10.

disciplina do dever-ser. Desta concepção decorrem os posicionamentos lógicos de Hans Kelsen e o tridimensionalismo de Miguel Reale e, conforme o referencial epistemológico, estas teorias assumirão esta ou aquela posição frente à dogmática. Assim, para a primeira teoria, a dogmática é simples técnica decorrente da ciência jurídica, enquanto para a segunda, a ciência do direito é a ciência dogmático-jurídica. Estas colocações são severamente questionadas pela filosofia do direito.

Na estrutura do saber, segundo o pensador Michel Foucault, demonstra-se a impossibilidade de o direito constituir ciência, diante da episteme contemporânea. O reconhecimento de uma ciência do direito é, atualmente, considerada como impossível. A idéia de que a ciência jurídica é uma “ciência normativa” encerra uma ambigüidade que frequentemente se traduz por um contra-senso: trata-se de um alargamento das fronteiras do “mundo jurídico”, espraiando-se para as ciências sociais. O direito deve abandonar a justificação do monopólio da produção do saber jurídico. Pode-se exemplificar por uma diferença fundamental entre o jurídico e o científico: trata-se da situação do legislador (político) e o juiz (técnico), sendo que este pode flexionar a interpretação da lei, mas não pode refazê-la. Contudo, a experiência jurídica pode e deve auxiliar a transformar a norma.

O objeto do direito não é um dado, mas sim um ente construído pelo homem. O estudioso do direito, além de construir o seu objeto de estudo, restabelece a relação entre sujeito cognoscente e o objeto pré-construído, baseando-se na teorização do direito, para submetê-lo à crítica epistemológica em que constrói, permanentemente, o objeto científico. Hans Kelsen, por sua vez, limita o objeto da ciência do direito à norma jurídica, apenas ao objeto apreendido juridicamente, ou seja, do ponto de vista do direito, desfaz completamente a idéia de que as relações inter-humanas, como relações econômicas e políticas, são objeto de direito. Sem dúvida, é mais uma redução teórica de Kelsen e de sua escola o “positivismo jurídico”.

O balizamento teórico do jurista contemporâneo Hans Kelsen, criou o espaço epistemológico para a definição de ciência do direito, resultado de um esforço altamente meritório, mas ao mesmo tempo uma atitude artificial e discutível. O projeto de Kelsen é produzir ciência, mediante um estatuto teórico para uma ciência do direito. Uma ciência do direito positivo geral e não de uma experiência jurídica delimitada no espaço e tempo. Com isso, Kelsen lança as bases de uma autonomia da ciência do direito a partir de uma separação ontológica entre ser e dever ser. Sua “Teoria Pura do Direito” tem por objeto a ordenação da conduta humana, mediante a construção da ciência das normas. A teoria pura porque purificada das visões de outras ciências como a sociologia e a psicologia e, mais, “pura” porque reconhece a especificidade de seu objeto, sem pretender iludir-se quanto às relações que se estabelecem entre ele e os objetos daquelas ciências. Essa proposta de Kelsen separa radicalmente a noção de legalidade e justiça, a primeira sendo a matéria prima da ciência do direito e a segunda, apenas matéria de política jurídica.

A análise científica do direito atinge sua maturidade quando o sistema norma-

tivo é confrontado, analiticamente, com a realidade social, além do estudo das regras jurídicas, do seu funcionamento orgânico e de sua lógica, vinculados às condições de produção econômica, sistema político e relações sociais. O direito, nesta perspectiva, concretiza-se como conjunto de normas jurídicas que têm como objeto o comportamento inter-subjetivo dos homens em determinada sociedade. Em todo caso, o direito caracteriza-se pela vinculação à realidade social. Com efeito, a realidade social constitui-se de pressupostos da norma e a ela se dirige com o objetivo de produzir determinados resultados materiais. A norma jurídica se constitui da investigação e como instrumento de interpretação da realidade social. A análise global do fenômeno jurídico tem de ser necessariamente interdisciplinar, isto é, buscar referências explícitas e implícitas dos resultados oferecidos por outro ramo do saber. Em seu aspecto existencial, a norma caracteriza-se como produto da cultura, passível de análise científica. Desta forma, a ciência jurídica é construída racionalmente com base na experiência. As normas jurídicas estão repletas de um sentido sociológico, em virtude dos fatores sociais que condicionam a normatividade e os respectivos valores, de acordo com uma determinada concepção política. A realidade social e política é que vai determinar a Constituição Política, e essa, para ser legítima, precisa estar absorvida pela globalidade da dimensão social da qual resultará a conexão da validade-eficácia bem como as devidas repercussões sociais da normatividade jurídica. Com base nestas dimensões, contrói-se como dinâmica totalizadora a realidade jurídica.

DOGMÁTICA JURÍDICA: NEGAÇÃO DA VAGUEZA JURÍDICA

A dogmática jurídica nasce sob o signo da segurança jurídica e, em contraponto, a da negação da inconstância. Em outras palavras, foi a grande tentativa em não permitir a vagueza jurídica, contudo essas vaguezas jurídicas se apresentam de várias formas, desde os institutos, os princípios gerais, a interpretação da normas e sua respectiva aplicação. O ordenamento jurídico surge como um conjunto gradativo de proposições lógicas, pois as normas representam o momento culminante de um processo que é inseparável dos fatos que estão em sua origem e dos valores ou fins que constituem a sua razão de ser. Mas todo este edifício vago não resiste a problematização da própria filosofia do direito, como indagações: quem fez, para que e para quem? Sejam quais forem as respostas dadas, abrem-se espaços para demonstrar a falsa pretensão de combinar segurança jurídica com sua respectiva dogmática.

O conteúdo material da dogmática jurídica é indicativo do tipo de Estado que a emite e da forma de estruturação do convívio societário. A dogmática jurídica, a menos que se converta em instrumento ideológico destinado a dissimular a realidade, precisa manter-se sintonizada com a sociedade civil, recebendo seu influxo e sobre ela atuando. Desta forma, em qualquer situação, o centro gravitacional do direito e do seu desenvolvimento situa-se na sociedade. Por esse pressuposto fundamental é que os fatos sociais são a fonte originária do direito, estando axiologicamente acima da dogmática jurídica. É preciso afastar o pressuposto positivista

kelseniano de negar importância aos fatos sociais e políticos. Uma concepção plural e totalizadora do direito não pode excluir as perspectivas produzidas pela filosofia e sociologia do direito. A primeira, quanto aos questionamentos das instituições e dos seus valores, em busca de sua atualização e aperfeiçoamento. A segunda conduz à percepção social do direito dos vários grupos sociais, à adequação ou não da ordem jurídica aos valores socialmente aceitos e à determinação dos efeitos sociais decorrentes da aplicação das normas jurídicas.

A dogmática propõe-se a ser fundamento de uma ordem lógica positivista, descrevendo a legalidade da maneira mais isenta possível, a fim de desvincular os conceitos jurídicos do subjetivismo de cada cidadão. A dogmática, enquanto criação teórica, fundamenta-se na distinção entre o plano descritivo e o plano prescritivo: o plano das explicações e o plano dos argumentos justificadores. A dogmática traça o esqueleto do sistema jurídico, construído através de enormes redes paralelas de títulos, capítulos e seções, cujas malhas abarcam e delimitam o universo ontológico jurídico, que define a latitude e os limites do discurso e da eficácia jurídica. A partir desse corte, temos dois mundos: “o mundo do jurídico e o mundo do não-jurídico”.

O problema do fundamento jurídico está relacionado com o problema da estrutura da experiência jurídica, isto é, ao conceber-se a ordem jurídica, já está implícita a sua fundação. Este sistema de normas obedece a uma ordem lógica e coerente, subordinando-se as regras umas às outras, gradativamente, numa estrutura piramidal. Na base estão inúmeras regras ou normas individualizadas, seguindo-se, em ordem de subordinação crescente, as judiciais, as normas legais, até se atingir o plano normativo fundamental (norma fundamental), plano originário das competências, do qual se originam todas as expressões normativas, que dele recebem a sua validade. A validade do ordenamento jurídico, segundo Kelsen, depende do disposto na “primeira Constituição”.

A validade jurídica surge, para Kelsen, com a criação do direito, levando em conta duas categorias jurídicas: a norma fundamental e a legitimidade formal da produção legislativa. O direito se resume a um sistema de normas denominado de dogmática jurídica, erigido numa estrutura hierárquico-lógica do conhecimento normativo. A norma fundamental é o fulcro hipotético de toda a ordem jurídica, sendo o valor máximo desta ordem. Essa é que informa a unidade do sistema jurídico, onde vai determinar a validade das demais normas inferiores, isto é, o princípio da hierarquia das normas jurídicas. Com alegação de que a Norma Fundamental vale, vale também a ordem jurídica que sobre ela descansa em conformidade com os preceitos da matriz. A proposta de Hans Kelsen assume a necessidade metodológica de uma investigação pura, no sentido da validade auto-referente das normas pelo sistema jurídico, sendo a dogmática a pretensão universalizante, isto é, a aceitação ou a confusão entre o mundo natural e o mundo normativo. Kelsen resume todo fenômeno jurídico dentro da norma, prescindindo de qualquer valor ou condicionalidade fática. O que distingue a regra jurídica, nessa visão, é sobretudo a vigência ou validade técnico-formal, sendo a eficácia elemento distinto e de certa forma secundário. Resulta o di-

reito com mutilações profundas assumindo-se apenas com um caráter instrumental ou técnico.

A experiência jurídica nos leva à idéia de “ordenamento” por normas jurídicas. Assim, surge o problema do fundamento da ordem jurídica. Ao conceito de norma se acrescenta, na teoria kelseniana, o conceito de ordenamento. Pouco preocupado com as trajetórias históricas do problema, Kelsen coloca a idéia de ordem jurídica como estrutura escalonada, consubstanciando a sua teoria do direito como norma. Descartando o direito natural, Kelsen entendeu todo o direito como direito positivo e conceituou-o como um sistema de normas. A realidade jurídica, depois de Kelsen, foi alargada no sentido de um sistema escalonado de normas, desde as legais até as judiciais e negociais. Para Kelsen, toda a pirâmide normativa só é válida se admitir uma norma que não é a expressão de qualquer ato legislativo, como ato positivo e histórico, mas que representa uma exigência lógica (pressuposto lógico) estabelecido pelo Constituinte originário, sob pena de não poder subsistir o sistema das regras jurídicas, privando-o também de efetividade social. Essa norma fundamental seria uma “norma transcendental”, válida como condição lógica da experiência jurídica possível.

A norma jurídica tem a estrutura de um juízo. Discute-se qual a estrutura relacional do juízo implicado na norma jurídica. Aos juízos enunciativos, cuja proposição é composta de dois termos, o sujeito e o predicado, unidos pelo verbo ser, exprimindo que algo é, tem sido ou será, de certa maneira, contrapõem-se os juízos prescritivos, dentre os quais se inclui o juízo jurídico, cuja função é prescrever condutas aos destinatários do ordenamento normativo. Enquanto os juízos enunciativos indicam relações de causalidade, os juízos prescritivos apontam relações de imputabilidade. Portanto, a pretensão de verdade é própria dos juízos enunciativos, ao passo que a pretensão de validade identifica os juízos prescritivos. Considerando a norma jurídica geral, Hans Kelsen caracterizou-a logicamente como juízo hipotético. Para ele, só a norma primária, que imputa a uma conduta ilícita uma sanção, apresenta um autêntico valor ontológico, enquanto a norma secundária é apenas regulamentadora da conduta. Na norma jurídica estaria implicado apenas um juízo hipotético, dado que a norma secundária seria apenas uma variável nominal. O suposto da norma jurídica descreve hipoteticamente os fatos naturais ou sócio-culturais que, ocorrendo concretamente, irradiam os efeitos que a disposição prescreve abstratamente. A concretização dos fatos previstos no suposto constitui o fenômeno da incidência da norma jurídica, a qual faz surgir o fato jurídico.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico Kelsen abre pelo menos duas perspectivas de relacionamento entre o ordenamento e o mundo social: a primeira é a que se estabelece com a consagração da eficácia do ordenamento como condição “sine qua non” da validade, enquanto a segunda, diz respeito exatamente ao fato da diferença ontológica entre a ordem do ser e a ordem do dever ser. Não se pode exigir que a conduta dos homens se enquadre e harmonize completamente com a ordem jurídica, pois seria anular a liberdade do reino do dever ser, em favor da necessidade do reino do ser. A ordem jurídica, para ser eficaz, necessita da combinação que o

grau de harmonização das condutas com a ordem jurídica fique dentro de um limite máximo e um limite mínimo.

A visão metodológica Kelseniana contribuiu muito para a problematização da dogmática jurídica. Desta forma, a nível de especulação filosófica, o dogma é a reação intransigente à vagueza jurídica e só há dogma porque há dúvida. Theodor Viehweg, por sua vez, traz grande contribuição sobre a dogmática com a zetética. A noção de dogma está ligada ao sentido do ato de doutrinar, e orientar a ação humana, tendo em vista o compromisso com a ação, é que orienta a movimentação do pensamento dogmático de forma polarizada. Estabelecidas as premissas da dogmática, estas não questionam o fundamento racional valorativo da sua proposta. O modo zetético de pensar contrapõe-se a essa mecânica, tendo como premissa o questionamento permanente e dialético, a uma busca descompromissada com sua ação. Assim sendo, a teoria sobre as normas, não se dá no âmbito da identidade, e sim na finalidade. A questão dos fins da norma está carregada de um sentido de valor. A questão da validade jurídica das normas e do ordenamento jurídico, segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior é uma “questão zetética, portanto uma questão aberta. Do ângulo dogmático, a questão é fechada. Por isso, sua formulação é diferente”.⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem possui uma paixão arrasadora de conhecer a si próprio e à natureza e, na ausência de uma compreensão factual satisfatória ou necessária, geralmente são invocados mitos para responder perguntas aos fenômenos colocados. Entre os muitos fatores que estimularam e sustentaram a investigação científica ao longo da história, figuram duas preocupações permanentes, que se constituíram nos maiores motivos dos homens para a construção da ciência: 1º- o caráter prático: na inquietude constante do homem para melhorar a sua condição estratégica em face do mundo onde vive, para encontrar meios eficazes de prover e prever, no curso dos acontecimentos que ocorrem ao seu redor, dominá-lo em seu benefício; 2º- a motivação básica de investigação científica: reside na sua curiosidade intelectual, no seu desejo profundo e persistente de chegar a conhecer e compreender o mundo que habita.

O racionalismo epistemológico, como doutrina de que a única fonte do conhecimento humano é razão, foi consolidado pelo ideal científico da matemática que então seduzia os ânimos, segundo o qual todo conhecimento certo é consequência de princípios necessários e apriorísticos do entendimento. Todo esse raciocínio pré-científico não admitia qualquer possibilidade de vagueza científica. A luz da ciência moderna, os resultados e as conclusões do “mundo filosófico”, na busca da verdade absoluta, estão sendo em grande parte, abandonados por serem infrutíferos e desnecessários. O espírito da ciência contemporânea é “crítico”, no sentido que todas as suas conclusões são consideradas válidas ou defensáveis, até sua superação por contínuos.

Todo sistema social, em qualquer época, produziu conhecimento filosófico, científico e jurídico. Este resultado, inseri-

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A Validade das Normas Jurídicas, in Revista Sequência, Nº28, Florianópolis, Ed. UFSC, pg. 84.

do num processo histórico mais amplo, vai determinar o desenvolvimento e o enriquecimento do conhecimento. As ciências sociais requerem a investigação permanente nos sistemas teóricos anteriormente propostos. As construções teóricas efetuadas ao longo da história apresentaram-se como portadoras do conhecimento jurídico da época. Esse conjunto de conhecimentos estava selado por uma concepção ideológica, que pretendia constituir um discurso mais ou menos coerente para justificar ou ocultar o quadro social dominante, mediante o emprego conceitual de institutos jurídicos.

A efetividade do ordenamento jurídico não é decorrência de uma norma fundamental, como queria Kelsen, mas é antes qualidade imanente ao sentido da experiência jurídica. Com isso, o direito torna-se a expressão racional do mundo, mediante regulação ordenadora dos desejos intersubjetivos dos homens. O preceito jurídico recebe toda a sua força moral obrigatória exclusivamente dos princípios éticos do direito. Este princípio do direito, não obstante, distingue-se do preceito jurídico por sua vagueza jurídica, que consiste na indicação abstrata do conteúdo da norma. Os princípios do direito proporcionam só as diretrizes gerais sobre cuja base deve estabelecer-se o status jurídico entre os membros da comunidade jurídica, modelo típico da vagueza jurídica.

Os traços que caracterizam o tipo de conhecimento alcançado pelas ciências da natureza e da sociedade podem ser entendidos como conhecimento científico e senso comum, respectivamente, que se resumem estruturalmente em três elementos: racionalidade, objetividade e positividade. Esses elementos formam a estrutura da ciência, constituída de conceitos, juízos, lógica, objeto de estudo e suas respectivas delimitações de quantidades e medidas. A recepção da filosofia para a ciência indica que, embora conservando convicções corroboradas, é perfeitamente razoável confiar em presunções mais fortemente apoiadas em provas relevantes. Queiramos ou não, a terra se move e as vaguezas de toda ordem nos governam e, mais, como já foi dito, a incerteza é a certeza da democracia. O dogmatismo em termo absolutos e o ceticismo são inaceitáveis para o mundo contemporâneo.