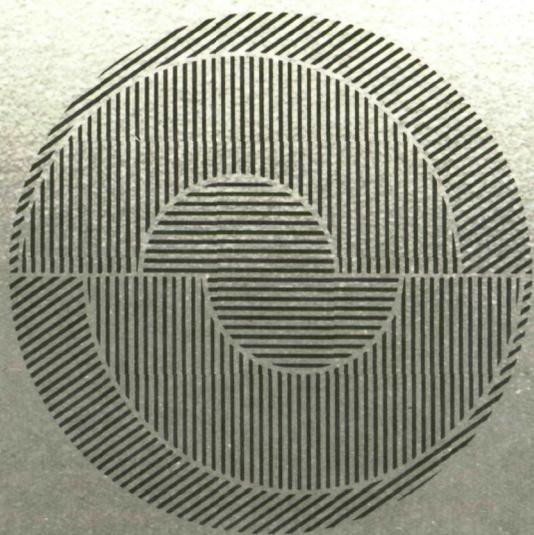


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO 1990
ANO 27 • NÚMERO 108

Kirchmann e a negação do caráter científico da ciência do direito

ELZA ROXANE ÁLVARES SALDANHA
Advogada em Recife

S U M Á R I O

1. *A filosofia do direito, o "direito" como objeto e o saber jurídico.* 2. *Julio von Kirchmann e a negação do caráter científico da ciência do direito.* 2.1. *Época e bases da obra de Kirchmann.* 2.2. *As premissas de Kirchmann.* 3. *Críticas a Kirchmann.* 4. *Outras posições positivas.* 5. *Notas bibliográficas.*

1 — *A filosofia do direito, o "direito" como objeto e o saber jurídico*

O problema do conhecimento jurídico, segundo Hernández-Gil, pode ser encarado de duas maneiras distintas:

a) De um lado, os cultivadores das disciplinas particulares que se restringem aos esquemas tradicionais do chamado método dogmático, cujo propósito é o de reunir o maior número de informações possíveis no setor do direito positivo ao qual se dedicam.

b) Por outro, aqueles que, adotando uma postura reflexiva e crítica, reconsideram o tema do saber jurídico. Estes representam uma minoria. Minoria esta, composta, em grande parte, por "filósofos do Direito", que foram os primeiros a ultrapassar o ponto de vista meramente descritivo.

Entendem alguns que em consequência de uma crise geral da Filosofia nos campos metafísico e ontológico, tendem alguns filósofos a concentrar suas atenções nos problemas epistemológicos e metodológicos.

Alguns pensadores procuram refazer o caminho da ciência jurídica desde sua construção no início do século passado, por entenderem que foram levantadas grandes questões teóricas sem a base correspondente.

“Frente a la noción de sistema, que es el paradigma del conocimiento científico a partir de la revolución kantiana, trata de concederse primacía al problema. La función del jurista queda reducida así a la resolución — justa?, prudente?, tópica? — de los conflictos de la convivencia.”⁽¹⁾

Outros, acreditando que captar e explicar o Direito não consiste em colocar-se no mesmo nível em que este se manifesta, adotam uma atitude de reflexão e crítica. Desta forma, consideram que os “males” de que sofre o saber jurídico não provêm de excessos científicos, mas da falta de um desenvolvimento *epistemológico* pleno. Pode haver mudanças de rumo no processo cognoscitivo, crises de fundamentos e situações de incerteza, mas esta tem mais força criadora que a certeza...

Leis da Física, como a da inércia e a da causalidade, antes consideradas fundamentais, tornaram-se obsoletas em virtude do progresso desta ciência. Diz Hernández-Gil que...

...“la grandeza de una ciencia no hay que esperarla de su objeto, sino de la capacidad inquisitiva de nuestras investigaciones. Y esta capacidad inquisitiva, que supone una autovigilancia crítica del pensamiento, no se produce sin una disconformidad con los logros alcanzados. Así como el orden político no hay que identificarle con un inmovilismo inmodificable por cuanto elemento constitutivo del mismo es la transformación, así también el orden científico — mucho más aún — exige una constante acción revisora que, en último término, es reflejo de la incesante movilidad de lo existente”⁽¹⁾.

Em termos de criação do saber jurídico contemporâneo, temos por exemplo o caso de Rudolf von Jhering, que, ao utilizar o método dogmático ou da construção, bem representa o que fizeram os juristas do seu tempo.

Quando em nossos dias fala-se de novos métodos, qualquer que seja a sua denominação, está se teorizando sobre algo que não é reflexo da atividade desenvolvida pelos juristas nem tem a repercussão pertinente. Faz-se filosofia da ciência, porém não se procede de modo completamente distinto do tradicional na pesquisa científica e na aplicação do Direito.

“El viejo método dogmático guarda completa correspondencia con la ciencia dogmática del Derecho.”⁽¹⁾

Ainda é, portanto, o método dogmático o mais utilizado na produção dos textos jurídicos. Claro que há quem siga (ou tente seguir) um caminho diferente. O prof. Carlos Cossio é um exemplo significativo. Ele não se contenta em compreender que o Direito, enquanto objeto da *filosofia*, não é diferente daquele do qual se ocupa a *ciência*, nem se conforma em ver a realidade como algo genérico.

Por serem as ciências dogmáticas tradicionais sempre ciências de determinados direitos *positivos*, os conhecimentos que obtêm são sempre sobre uma certa matéria, acerca de um direito nacional específico. Tal conhecimento é válido enquanto existe a instituição estudada concretamente e/ou o ordenamento que metodicamente se investiga.

“Puede considerarse así, diz Vernengo, que la jurisprudencia positiva consiste en cuanto fenómeno lingüístico efectivo, en un conjunto de proposiciones contingentes referentes a ciertas específicas circunstancias de hecho o a ciertos específicos fenómenos normativos; en cuanto la jurisprudencia pretende darse como conocimiento metódico, tales proposiciones deben de haber sido sistematizadas en alguna medida, de suerte que el contorno ideal del sistema, la totalidad de las proposiciones válidas posibles, aún cuando inagotable, quede siempre como efectivamente determinable.” (7)

O corpo dos conhecimentos jurídicos incluirá um certo número de definições, primitivas e de proposições contingentes. A ciência positiva do direito, como ciência não formal, é um conjunto, mais ou menos sistematizado de proposições analíticas e sintéticas, de verdades lógicas e de verdades contingentes.

O interesse da pesquisa filosófica no campo do Direito concretizou-se na chamada “Filosofia do Direito”, sinônimo para alguns da “Teoria Geral do Direito”, “Jurisprudência” ou “Metafísica da Justiça”, que, enquanto filosofia, aspira elevar-se à condição de ciência e para isso necessita de um objeto próprio.

— A gênese histórica dos fenômenos jurídicos, encontrada em alguma mística consciência popular, como na Escola histórica.

— O fim do direito e certos pretensos valores jurídicos supra-históricos, como em Ihering e o neotomismo.

— Os pressupostos lógicos transcendentais de alguns conceitos usuais da Jurisprudência positiva, como em Stammler e os neokantianos; a análise da estrutura lógica e as formas categoriais típicas do direito positivo, como em Kelsen.

Estes foram alguns dos objetos estudados. Nunca se considerou, no entanto, um tema próprio de uma ciência empírica inédita, sobreposta às

positivas, a não ser como objeto de especulação ou investigação racional, enquanto causa ou sentido dos fenômenos jurídicos propriamente ditos.

Trata-se portanto de vincular o *objeto*, ou seja, o *direito*, a uma concepção que inclua a análise dos fundamentos de seu conhecimento.

Na concepção ampla que podemos chamar de *filosófica*, o direito não se identifica nem se confunde com o dado como tal nos ordenamentos jurídicos ou na realidade factual. Por isso pensam muitos que existe um *direito natural*, anterior e superior aos direitos positivos, que é inclusive dom e faculdade do homem, e expressa o ser e o dever-ser do "jurídico".

O direito assim entendido fundar-se-ia em:

- 1) base teológica: concepção aristotélico-tomista, que vê na lei natural uma participação da divina, para entender a lei humana positiva como uma derivação da natural;
- 2) base racional — concepção racionalista, que vê na natureza humana a essência do direito. Essa concepção, em parte fundada no cartesianismo, se desenvolveu particularmente na Alemanha a partir das idéias de Heibniz;
- 3) outros pressupostos filosóficos, principalmente existencialistas. O existencialismo, em nosso século, reformulou o problema do ser, e certos filósofos (como por exemplo Werner Maihofer) escreveram sobre o embasamento ontológico da experiência jurídica.

Em contrapartida à concepção jusnaturalista aparecem a *histórico-sociológica* e a *lógico-formal*. Ambas são positivistas, contudo, enquanto a primeira não se detém na norma para questionar o positivo, a segunda não a ultrapassa.

Conforme a concepção histórico-sociológica, se o binômio direito positivo — direito natural não existe e se todo direito é positivo, o conteúdo deste último vai depender:

- a) do passado como expressão do "espírito" de um povo na *Escola Histórica*;
- b) do conjunto dos fatos ou da realidade social na *Escola Sociológica*;
- c) da organização econômica da produção na sociedade capitalista burguesa no *materialismo histórico*;
- d) da classe governante no *neomarxismo*.

A concepção positivista — normativista, cuja manifestação mais apriorada é a *lógica-formal* — não se interessa pelo conteúdo que é abstraído

da norma. Dentro do esquema “hipótese-consequência” (teoria pura), o jurista aceita qualquer norma como direito, desde, evidentemente, que estejam cumpridas as exigências que lhes conferem *validade* em sentido formal.

Deste modo se observa que, sejam quais forem os termos e os ângulos adotados, inclui-se na problemática da filosofia do direito a questão da análise dos *fundamentos* do saber jurídico; e esta análise se realiza em conexão com uma caracterização do próprio *objeto* desse saber. Por conseguinte, é a própria pretensão da *ciência*, que o saber jurídico encerra, que se questiona. Passamos então a estudar um dos momentos históricos mais célebres deste questionamento, ou seja, o estudo de Kirchmann sobre a carência de valor científico da “ciência jurídica”.

2 — *Julio von Kirchmann e a negação do caráter científico da ciência do direito*

2.1 — *Época e bases da obra de Kirchmann*

Em 1847, como Procurador do rei no Estado da Prússia (Staatsanwalt), pronunciou uma conferência intitulada: “Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft” (A falta de valor da jurisprudência como ciência). Foi publicada no ano seguinte provocando entusiasmo e muita discussão.

Idéias como as de Kirchmann sempre existiram.

No Renascimento, os humanistas sentiram uma aversão especial pelo direito, bastando recordar a ironia de Petrarca, Erasmo e Luís Vives contra os juristas, as burlas de Rabelais na sua criação do Juiz Bridoye, os ataques de Montaigne contra os intérpretes do direito e as negações céticas de Pascal sobre a justiça humana.

A jurisprudência conceitualista iniciada desde Puchta, pelos pandectistas, oferecia motivos abundantes de crítica. Acresce que na Prússia de inícios do século XIX, achava-se vivo o sentimento favorável a um direito genuinamente popular, o germânico. Aliás, a exigência de “nacionalidade” do direito se achava combinada com os dogmas da democracia liberal — conexão combatida por Stahl. Foi dentro deste contexto que Kirchmann apresentou a sua oposição ao direito dos juristas.

A partir do Renascimento se impôs a existência e/ou validade de um só tipo de ciência que, aliás, Aristóteles havia apresentado como o único possível. Só há ciência do *geral*, e este princípio, imperante em toda a filosofia grega e medieval, se concretizou na ciência moderna sob a forma da física matemática, em que todo e possível saber sobre a natureza está reduzido a noções absolutamente *universais* e *necessárias*. Só o geral tem importância, enquanto que o individual fica à margem. Pois o geral é estável e

por isso pode ser reduzido a leis constantes e imutáveis, enquanto que o individual escapa por natureza a toda tipificação genérica, a toda lei. No entanto, precisamente o direito pertence a esta casta de coisas singulares, irredutíveis em sua esquematização a uma lei geral, porque é essencialmente mutável.

2.2 — *As premissas de Kirchmann*

As ciências avançam lentamente. Suas leis são o resultado de uma longa tradição, em que o fruto do trabalho de um investigador passa a aumentar o patrimônio de seus sucessores, dedicados à mesma investigação. Agora como os objetos da ciência não mudam, essa lentidão não implica em nenhum inconveniente de ordem prática.

A Terra gira ao redor do Sol do mesmo jeito que há mil anos: por conseguinte ainda que esta verdade tenha demorado séculos para ser descoberta e mesmo que antes, toda humanidade tenha acreditado no contrário, uma vez descoberta, esta lei vale para o presente, para o futuro e para o passado. O objeto não foi afetado por erro da ciência⁽²⁾.

O Sol, a Lua e as estrelas brilham hoje como há milhares de anos. Porém o direito mudou. O casamento, a família, o Estado e a propriedade atravessaram as mais diversas formas. Assim, enquanto o direito varia rapidamente, a ciência jurídica é tão lenta quanto as outras (Kirchmann entende como diferentes direito e ciência jurídica: um povo pode viver muito bem sem uma ciência jurídica, mas nunca sem o direito. E continua: o direito deve ter alcançado um desenvolvimento muito grande para que seja possível pensar numa ciência jurídica e iniciá-la). Desta forma, quando se chega à compreensão de um fenômeno jurídico, este, provavelmente, já desapareceu e a ciência chegou tarde, pois ela nunca pode captar o presente. (A ciência dos severos *Instituta* do direito romano só ficou pronta, quando o *Ius gentium* já os havia substituído.)

Ocorre ainda que o erro da ciência do direito afeta o próprio direito: como obra humana, o legislador imprime à sua criação os erros científicos dos quais ele próprio participa. A ciência jurídica em geral tende a opor-se a todo progresso no direito. Ela cede ao progresso mantendo uma tendência em forçar as instituições atuais em categorias já ultrapassadas, porém bem conhecidas. (Neste sentido, os romanos possuíam as *quasi delicta*, *quasi contractus*, que eram em geral adaptações das instituições livres da época moderna ao modelo do período antigo mais severo.)

Uma outra particularidade da jurisprudência consiste, ainda segundo Kirchmann, no fato de que o direito não consiste apenas em “saber”, mas também em “sentir”. Se a luz constitui um movimento ondulatório do éter e o movimento retilíneo de corpúsculos finos, pode ser um problema inte-

ressante, mas a respeito dele não existe nenhum preconceito sentimental. A verdade é a única exigência. No direito, o oposto se verifica, na busca da verdade, os sentidos pessoais influem sobre o objeto: constituição ou ausência da mesma, liberdade ou censura de imprensa, sistema bicameral ou um regime diverso — suscitam preferências pessoais. Em quase todos os problemas jurídicos já há uma resposta pessoal antes da investigação científica. O sentimento é produto da educação, do costume, da atividade, do temperamento etc., não constituindo critério da verdade. A verdade pode ser também encoberta em nome da ideologia. (Depois que o tempo neutraliza um problema, a ciência pode resolvê-lo.)

A comparação dos objetos das ciências entre si conduz Kirchmann a uma outra particularidade do direito. Todas as ciências possuem leis e estas constituem a meta suprema. Todas as ciências tiveram no decorrer do tempo leis verdadeiras e leis falsas. No entanto a inexatidão das últimas não tem repercussões sobre o objeto científico. (A Terra gira em torno do Sol, ainda que Ptolomeu tenha afirmado o contrário.)

As leis positivas do direito detêm poder através das sanções e se impõem do seu objeto, pouco importando se verdadeiro ou falso. A lei positiva é rígida e o direito é progressivo, ocorrendo conseqüentemente uma luta do direito natural contra a lei positiva.

Kirchmann adverte que, ao contrário das outras ciências, a jurisprudência se alimenta das imperfeições de seu objeto. (Objeto este fragmentário, confuso e contraditório.) As lacunas, os equívocos, as contradições do direito são o tema favorito dos juristas. É aqui que entra a sentença famosa: "Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur", "três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras convertem-se em lixo".

Ocupa-se também Kirchmann com a arbitrariedade da lei positiva que contamina a ciência:

"Lo arbitrario en estas determinaciones limitativas de formas, plazos, etc., quedará según su propia naturaleza y pese a la más cuidadosa redacción de una fuente inagotable de dudas." (2)

A ciência tem como missão sistematizar o arbitrário.

Maiores inconvenientes, vê ainda este autor, na aplicação do direito ao caso concreto, ou seja, na administração da justiça:

"... la resolución depende exclusivamente de consideraciones externas como la probabilidad de la victoria, el costo del ensayo y la duración del proceso... la justicia se ha convertido por la ciencia en un juego de azar" (2)

Premissas de Kirchmann

1. Mutabilidade do objeto.
2. Atraso da ciência do direito com relação ao seu objeto.
3. O atraso da jurisprudência frente às demais ciências.
4. A influência dos sentidos pessoais sobre o objeto.
5. A questão do arbítrio e da contingência da lei positiva.
6. O problema da administração da Justiça.

Conclusão: A ciência do direito não existe.

3 — Críticas a Kirchmann

3.1 — Segundo o Prof. LEGAZ Y LACAMBRA, o argumento de mais peso, no caso, é o da índole individual do direito frente ao caráter estável e geral próprio dos objetos científicos em geral.

Mas, independentemente da crítica de Kirchmann, se elaborou, no pensamento filosófico do século XIX e sobretudo do século XX, a idéia de uma ciência do singular, visando fundamentar o caráter científico da História. O início deste tema se deve em parte ao romantismo (romanticismo), em parte ao idealismo (teoria do espírito objetivo de Schelling e Hegel), bem como em parte ao historicismo político de DE MAISTRE e BONALD e ao positivismo de COMTE; posteriormente foi a filosofia de WINDELBAND e RICKERT, a filosofia da vida de DILTHEY e toda a moderna sociologia, para não falar daquela outra direção, representada na França por JACQUES CHEVALIER, que propunha uma ciência do individual. Temos ainda a filosofia da intuição de BERGSON, que tende ao mesmo, e a doutrina da instituição de HAURIOU e de RENARD, que representa de certo modo a realização desta tendência individualizadora na filosofia política e jurídica.

Atualmente não constitui problema o caráter individual e histórico do direito para admitir a possibilidade de um conhecimento científico do mesmo, do qual se afirma precisamente, com plena consciência, que tende, em última instância, a apresentá-lo em seu caráter e rasgos autenticamente "individuais".

Por outro lado, nem tudo no direito é puro azar, fortuito ou história. Há também um elemento constante — tudo que pode ser expresso conceitualmente e em todos os conceitos jurídicos puros — que, como tal, é objeto de um conhecimento que é *científico* no entender de muitos autores, entre os quais o próprio LEGAZ Y LACAMBRA. Deste modo, não só o que é histórico e individual pode ser conhecido cientificamente em sua

individualidade, mas cabe também estudá-lo em múltiplas dimensões genéricas que afetam a sua estrutura unitária, o modo do seu nascimento, as leis de seu movimento e sua vida ⁽³⁾.

3.2 — Através do método indutivo pode-se conhecer o conteúdo “real” e a transformação “real” no desenvolvimento do direito e da moral, explica RUDOLF STAMMLER.

O realismo pressupõe, evidentemente, a existência de “pensamentos unitariamente ordenadores”, mas não se esforça em reconhecê-los, nisto residindo sua peculiaridade. O seu problema consiste em, mediante uma análise crítica, assegurar-se de quais sejam os métodos unitariamente ordenadores do conhecimento científico.

Por meio da indução não se alcança, como é natural, este fim. O conceito do direito não pode ser obtido indutivamente, ou seja, acumulando muitas experiências “jurídicas” para extrair delas o conceito comum do direito. Não é possível também explicar e descrever indutivamente a idéia de justiça, com sua particularidade e antítese, porque toda indução consiste em subordinar fenômenos concretos a gêneros superiores. Limita-se à matéria que pode ser percebida por nossos sentidos e não pode fornecer as formas puras do conhecer e do julgar.

Para Stammler não necessita existir oposição entre idealismo e realismo, pois aqui não se trata de “um e outro”, mas de “tanto um como outro”.

Os erros de Kirchmann, no assunto da jurisprudência “como ciência”, devem-se a uma posição equivocada, diz Stammler.

As três objeções formuladas:

- 1 — a *matéria* do direito é sempre mutável;
- 2 — o *conteúdo* do direito não está apenas no conhecimento, mas também no sentimento;
- 3 — as normas jurídicas *positivas* são estatuídas pelo homem.

“Kirchmann sabia perfectamente que la peculiaridad de la “ciencia” no radica en la *materia* elaborada, sino en el modo *formal* de elaborarla” ⁽⁴⁾.

O importante realmente é saber se é possível um método incondicionalmente unitário para ordenar o conteúdo do querer jurídico.

3.3 — A célebre frase de Kirchmann (“três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se convertem em lixo”) é uma trivialização

pseudopolítica de um problema não captado, diz HERNÁNDEZ-GIL. Pode-se pôr em dúvida a cientificidade do direito, mas a negação neste caso não pode basear-se nas suas premissas.

A variabilidade do objeto — “três palavras retificadoras do legislador” existirá apenas se forem consideradas como objeto único da ciência jurídica as leis contidas num determinado ordenamento que, realmente, são modificáveis. Às vezes, as palavras retificadoras introduzem modificações secundárias, formais ou simples detalhes, tal como a introdução de um simples neologismo num idioma não produz modificações neste enquanto sistema.

Se um cidadão romano despertasse de um sonho de dois milênios, o diálogo menos cheio que surpresas que poderíamos ter com ele seria relativo às muitas instituições e regras jurídicas; poderíamos falar com ele numa linguagem comum sobre a posse, o usufruto, a herança etc. No entanto, ele não compreenderia que a Terra havia deixado de ser o centro imóvel do universo, etc. (1).

Desta forma, conclui Hernández-Gil que a variação das leis não é a medida da variação do direito, e a variação do direito no tempo e no espaço é proporcionalmente inferior a outras variações ocorridas no próprio homem e em torno dele.

A mobilidade do objeto de qualquer forma não torna anticientífico ou acientífico o conhecimento. Se a ciência jurídica tivesse que pagar como preço da sua cientificidade a invariabilidade do objeto, indiscutivelmente não seria ciência, mas também não seria nenhuma outra atividade cognoscitiva. É ciência, apesar da variabilidade do objeto, melhor ainda, por causa da variabilidade, conclui Hernández-Gil.

E para terminar, observa que as bibliotecas inteiras que se tornam inúteis por causa das “três palavras retificadoras” nunca serão formadas por livros verdadeiramente científicos, mas por “literatura” de ocasião, nem ao menos técnica. O *tratado de Pandectas*, por exemplo, de Windscheid (para citar um conterrâneo, diz ele) nunca poderá ser lixo, ainda que o “direito privado comum alemão de origem romana” tenha deixado de vigorar na Alemanha desde 1900.

4 — Outras posições positivas

4.1 — Para THEODOR VIEHWEG, quando se encontra em um determinado terreno, um “estilo de pensamento”, surgem do ponto de vista de uma teoria da ciência duas possibilidades.

A primeira é tentar converter esse “estilo” num método dedutivo, o que, em caso de êxito, faz aparecer uma disciplina que como diz esse autor,

cumpra o ideal lógico de uma ciência, porque seus conceitos e suas proposições formam um conjunto unitário de definições e de fundamentos.

A segunda possibilidade é conservar o “estilo” encontrado substancialmente tal como é, e fazendo-o assim objeto de uma ciência. (Pois o método que elimina o “estilo” não está em condições, nem por provas nem talvez por demonstrações, de substituí-lo no campo em questão.)

Aplicadas às disciplinas jurídicas, continua Viehweg, essas possibilidades significam, no primeiro caso, que se pretende tornar científica a *techne* jurídica e, no segundo, fazê-la naquilo que ela é, objeto de uma ciência (8).

Fazendo um pequeno aparte, explicaríamos, a “*téchne* do pensamento que se orienta para o problema” constitui a *Tópica*. Esta é portanto uma “técnica do pensamento problemático”.

Viehweg entende que para conceber a jurisprudência como ciência, a moderna cultura da Europa Ocidental dirige-se contra a *tópica*. Torna-se necessário, tendo-se por objetivo a “cientifização” pretendida, substituir a *tópica* pelo *sistema*. Porém isto só pode ser feito utilizando os resultados obtidos previamente pela *tópica* e colocando em uma ordem lógica os conceitos e as proposições por ela elaborados. Está assegurado, desta maneira, o método *dedutivo*.

Em princípio, continua este autor, a *sistematização dedutiva* não é uma tarefa demasiado difícil. Sua expressão mais precisa obtém-se segundo o *método axiomático*, que consiste em ordenar, de acordo com sua dependência lógica, de um lado os enunciados, de outro os conceitos de uma área qualquer (não lógica).

No âmbito jurídico, a unidade sistemática é algo antecipado. Dificilmente, diz Viehweg, é possível assinalar até que ponto ela existe efetivamente, ainda que seja de um modo parcial e aproximado, pois faltam as correspondentes investigações axiomáticas.

Para Viehweg, no estado atual da investigação dos fundamentos da ciência do direito, não se pode dizer com suficiente certeza onde se encontram, no ordenamento jurídico, os conjuntos de fundamentos de maior amplitude e que grau de perfeição alcançaram. Em conseqüência, não é possível tampouco determinar, de um modo isento de objeções, o peso lógico de uma proposição qualquer dentro do conjunto jurídico total. Só é possível conhecer por suposições em que medida uma proposição qualquer está assegurada sistematicamente, isto é, até que ponto está protegida de possíveis colisões, pois seu peso lógico se determina conforme o alcance e o grau de perfeição do conjunto de fundamentos em que, como axioma ou derivado, participa, o que de fato não se conhece nunca de um modo completo.

O tecido jurídico total não constitui um sistema lógico, mas uma indefinida pluralidade de sistemas. Essa pluralidade torna possível a produção de contradições, sendo necessário um instrumento que as elimine, que é a *interpretação*. O pensamento *interpretativo* tem de mover-se dentro do *estilo da tópica*.

A *tópica* se infiltra, pois, no sistema jurídico através da mencionada *interpretação* (8).

4.2 — Para evitar o problema das dificuldades encontradas pelo termo *ciência*, certos autores em nosso século têm utilizado a expressão plural: “ciências do direito”, abrangendo com isto disciplinas de diferente teor.

Acha-se no caso o filósofo Gustavo Radbruch. Para ele “ciências do direito” são as diferentes ciências que podem ter o direito por objeto e “ciência jurídica” aquela que dentre essas ciências trata do direito com os métodos especificamente chamados jurídicos. Essa última, essencialmente sistemática e dogmática, pode definir-se como a ciência do sentido objetivo do direito ou de qualquer “ordem jurídica” positiva (4).

Primeiro — O seu objeto é constituído pela “ordem jurídica” positiva, pelo direito positivo. Ela é a ciência do direito *vigente* e não do direito *justo*; do direito que é, e não do direito que *deve ser*. Nisso ela se distingue das outras ciências do direito que têm por objeto o direito ideal ou o que deve ser, como são a filosofia jurídica, a ciência dos fins do direito, e a política do direito, ou a ciência dos meios que melhor podem conduzir ao fim que se escolheu.

Segundo — Ocupa-se das *normas jurídicas* e não de outros fatos que possam interessar o mundo do direito. A “ordem jurídica”, as normas jurídicas são conceitos que se acham já em si mesmos referidos, imediatamente, a valores; são dados de fato que, pelo sentido que possuem, rechaçam o serviço da idéia de justiça. Ao passo que, por outro lado, a vida do direito e os outros fatos jurídicos são conceitos apenas indiretamente referidos a valores; são dados que, segundo o seu sentido específico, devem apenas corresponder àquela “ordem jurídica”, àquelas normas jurídicas que se acham já previamente orientadas no sentido da idéia de justiça.

Terceiro — É uma ciência do sentido objetivo e não subjetivo do direito. Tem apenas de fixar o modo como deve entender-se o direito e não o modo como ele foi entendido ou pensado por alguém. Disso tratam as outras ciências, como a teoria social do direito (JELLINEK), a história do direito, o chamado direito comparado e ainda a sociologia jurídica.

O trabalho da ciência jurídica propriamente dita, como ciência dogmática e sistemática do direito, realiza-se, porém, em três tempos: a interpretação, a construção e a sistematização.

Interpretação: Visa fixar, não um fato, mas o *sentido objetivamente válido* dum preceito ou disposição jurídica (4).

Em toda obra legislativa intervém uma grande multiplicidade de autores e, portanto, de opiniões diferentes; ao passo que o intérprete tem de procurar uma só interpretação inequívoca da lei, que possa ser utilizada na aplicação do direito. Além disso, os autores não são de fato os legisladores. A vontade destes não pode equivaler à vontade coletiva dos que participaram da feitura da lei, mas só à vontade do próprio Estado. Ora, o Estado não nos fala através das declarações pessoais dos autores da lei, mas tão-só através da própria lei. A vontade do legislador coincide com a do Estado e significa tão-só o mesmo que a personificação de todo o conteúdo da legislação, ou este mesmo conteúdo refletido numa fictícia unidade de consciência.

A interpretação jurídica parte da interpretação filológica da lei, mas para ir mais além dela. A interpretação é prática, criadora, produtiva e ultracientífica e acha-se também movida pelo constante fluxo das próprias necessidades da vida do direito.

Foi a Escolástica quem primeiro transformou num método científico esta forma de interpretação que visa a captar o sentido supraconsciente dos textos.

Admitindo por trás do sentido alegórico a existência dum sentido moral e dum sentido anagógico, e fundando-se na doutrina da inspiração, a Escolástica julgou poder descobrir na Sagrada Escritura os pensamentos realmente pensados, não pelo autor humano, mas pelo próprio Deus.

E não deixe de observar-se que a interpretação jurídica é uma forma de interpretação lógica. Se a origem da lógica geral está no ensino retórico dos sofistas, a origem da lógica científica está antes na lógica dos advogados, pois a retórica é a arte da demonstração e da refutação nas discussões e sobretudo nas discussões perante os tribunais. Ora, esta arte lógica da demonstração e da refutação em face da lei não começa por perguntar-se: que pensou a este respeito o legislador? Mas sim: que poderemos nós a este respeito depreender do texto da lei?

Uma interpretação racional da lei se acha muito próxima do blicismo da velha teologia protestante, que há muito já foi ultrapassada.

Daqui depreende-se, portanto, para a ciência do direito, a necessidade duma dupla elaboração do seu objeto. Primeiro duma elaboração categorial com o fim de nos apresentar o direito justamente como uma realização do conceito de direito e das categorias jurídicas nele contidas; e segundo: duma elaboração *teleológica* que tem por fim descrever-nos o direito como uma tentativa de realização da sua idéia. É a esta dupla elaboração da

matéria jurídica que se dão os nomes de *construção e sistematização*. Esta última, porém, não é mais do que uma construção referida a toda a "ordem jurídica" em conjunto.

OBS.: A propósito da interpretação, também é interessante a opinião do Prof. Luís Recaséns Siches. Este afirma que o juiz em todo e qualquer caso deve *interpretar* a lei precisamente do modo que leve à conclusão mais *justa* para resolver o problema. "El método de ininterpretación es el loges de lo razonable." (5)

Ao agir desta maneira, o juiz, longe de afastar-se do seu dever de obediência à ordem jurídica positiva, dá a este dever o mais perfeito cumprimento.

O legislador, mediante as normas gerais que emite, se propõe realizar a justiça e os valores por esta implicados em maior grau possível, em uma determinada sociedade concreta. O juiz quando interpreta as leis de maneira que o resultado esteja mais de acordo com a justiça é muito mais fiel à vontade do legislador do que quando interpreta literalmente, ou reconstruindo a vontade do legislador, se esses métodos levam a uma solução menos justa.

5. Notas bibliográficas

1. HERNÁNDEZ-Gil, Antonio — *Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1976 pp. 11, 12, p. 27 p. 19.
2. KIRCHMANN, Julio Germán von — *El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho in La Ciencia Del Derecho*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 257 e ss., p. 276, p. 277.
3. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis — *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1943, p. 132.
4. RADBRUCH, Gustav — *Filosofia do Diritto*, 6ª ed. Ed. Arménio Amado. Coimbra, 1979, p. 227, p. 230.
5. RECASÉNS SICHES, Luis — *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 4ª ed. Ed. Porrúa, México, 1970, p. 660.
6. STAMMLER, Rudolf — *Doctrinas Modernas sobre el Derecho y el Estado*. Ed. Compañía General, México, 1941, p. 200.
7. VERNENGO, Roberto — *La Naturaleza del Conocimiento Jurídico*, Ed. Cooperadora de Derecho e Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, p. 14.
8. VIEHWEG, Theodor — *Tópica e Jurisprudência*, Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979, pp. 75 e seguintes.
9. WOLF, Erik — *El carácter problemático y necesario de la Ciencia del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1962.