

NOTAS SOBRE A CONCEPÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO

ANDRÉ VINÍCIUS SELEGHINI FRANZIN

Mestrando em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.
Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Escola de Direito do Centro de Extensão Universitária – CEU-IICS.
Advogado.

RESUMO: Uma verdadeira ciência do Direito só é possível se as características fundamentais do conhecimento científico – rigor, sistematicidade, metodologia e objetividade – forem conjugadas sob o direcionamento ético que constitui a dignidade própria do jurista. Assim, a construção da verdadeira *scientia iuris* escapa à estreiteza das concepções racionalistas modernas e liga-se umbilicalmente aos preceitos basilares do direito: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Ciência Jurídica; Axiologia; *Iuris Praecepta*.

ABSTRACT: A true science of Law is only possible if the fundamental characteristics of scientific knowledge - rigor, systematicity, methodology and objectivity - are combined under the ethical guidance that is the very dignity of the jurist. Thus, the construction of true *scientia iuris* escapes from the narrowness of modern rationalistic conceptions and binds inextricably to the basic precepts of law: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

KEYWORDS: Law; Science of Law; Axiology; *Iuris Praecepta*.

1. O DIREITO COMO CIÊNCIA

A palavra “ciência” evoca, de imediato, a imagem de um conhecimento certo e demonstrável, que permita a seu cultor propor assertivas seguras, fundamentadas em pressupostos devidamente justificados. Essa noção introdutória, posto que genérica, é suficiente para revelar o vínculo indissociável entre ciência, sistema e método.

Todo saber científico é sistêmico e metódico, porquanto se trata de um conhecimento ordenado de determinados fenômenos, o que exige um caráter sistêmico, e, ao mesmo tempo, se quer um conhecimento confiável e demonstrável, o que exige um método a guiá-lo.

Ao mesmo tempo, o conhecimento científico pressupõe, sempre e necessariamente, um objeto limitado e delimitado, conforme ensina **Maria Helena Diniz** ao definir o termo “ciência”, destacando seus caracteres mais marcantes:

Sinteticamente, podemos dizer que a ciência é um complexo de enunciados verdadeiros, rigorosamente fundados e demonstrados, com um sentido limitado, dirigido a um determinado objeto. Para que haja ciência, deve haver as seguintes notas: caráter metódico, sistemático, certo, fundado ou demonstrado e limitado ou condicionado a certo setor do objeto.¹

Ressaltam-se, assim, as notas distintivas da ciência em relação a outras formas de conhecimento humano, em especial a filosofia, que, a despeito de arrogar-se também o caráter de um conhecimento rigoroso e seguro, sistêmico e metódico, possui escopo diferente, não se limitando a determinado objeto, mas especulando antes sobre as próprias condições de existência desse objeto, sobre sua natureza.

Essa distinção é traçada com maestria por **Mário Ferreira dos Santos**, nos seguintes termos: “Enquanto a Filosofia é um saber puro universal, a Ciência é um saber culto particular, pois a Ciência

¹ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 3ª. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008. vol. 1 p.653.

dedica-se ao estudo dos fenômenos, enquanto a Filosofia os ultrapassa para penetrar nas primeiras e últimas causas, quando aquela se atém apenas às causas próximas.”²

Tendo em vista essas considerações iniciais, pode-se inquirir sobre a possibilidade de submeter o Direito, tomado como fenômeno objetivo, a uma abordagem científica própria, isto é, sobre as condições fundamentais para falar-se em uma Ciência do Direito.

A questão se impõe em razão da multiplicidade de abordagens sob as quais se pode analisar o fenômeno jurídico. Inicialmente, todo sistema filosófico tem que reservar um lugar à análise da experiência jurídica, como notou **Michel Villey**³. Bem assim, diversas ciências têm seus objetos específicos de tal forma coligados ao fenômeno jurídico que não podem olvidar a sua análise, como é o caso da Sociologia, da História, da Economia e de tantas outras. Há ainda abordagens que não possuem caráter sistêmico ou metódico, como é o caso da postura do cidadão de determinado Estado, que se submete a uma ordem jurídica e a conhece de modo espontâneo, em sua vivência pessoal da ordenação jurídica social.

Porém, nenhuma das abordagens mencionadas se adapta a tarefa própria do jurista, que tem o direito como seu objeto específico, o que acarreta certo comprometimento com esse, como ilustra a analogia traçada pelo insigne professor português **Fernando José Bronze**, entre o jurista e o teólogo, *in verbis*:

Recorramos, para o explicitar, a um outro símile: o da religião. Esta pode, obviamente (tal como o direito), ser objecto da sociologia, da filosofia, da história, da *poiesis* literária...; mas, para a teologia, a religião é uma reflexão da fé, pressuposta a assunção da própria fé. Um ateu ou um agnóstico podem, decerto, estudar sociologicamente, filosoficamente, historicamente, ou “divertir-se” literariamente com a religião; um teólogo é um crente que assume e que problematiza racionalizantemente (nota esta última que o distingue do mero praticante) a sua fé. A tarefa do jurista é, assim, sob o ponto de vista aqui em causa, *análoga* à do teólogo, pois também ele assume as valências constitutivas e o compromisso prático da

² SANTOS, Mario Ferreira. *Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais*. 1ª. ed. São Paulo: editora Matese, 1963. 1º. volume, p. 267.

³ VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 166.

normatividade do direito, tomando-os como dimensão nuclear do discurso judicativo-decisório que lhe está cometido.⁴

Vale ainda destacar o forte sentido ético da atividade do jurista, orientada sempre pela Justiça como “estrela polar valorativa”, na feliz expressão do professor **Miguel Reale**⁵. A dimensão axiológica da experiência jurídica não pode ser ignorada, sob pena de reduzirmos a Ciência do Direito a um mero expediente técnico, arredo ao compromisso, já aludido, que fundamenta a peculiaridade da abordagem do jurista.

Devemos então, forçosamente, concluir que as características do conhecimento científico apreciadas até aqui – rigor, sistematicidade, metodologia e objetividade – não são suficientes para fundamentar uma Ciência do Direito. Embora sejam absolutamente necessárias, todas essas notas distintivas do conhecimento científico devem, no bojo de uma verdadeira *scientia iuris*, submeter-se ao direcionamento ético que constitui a dignidade própria do jurista, expressa na célebre máxima de **Ulpiano**: “*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”.⁶

Essa advertência é necessária para que evitemos, a todo custo, o vício do cientificismo moderno, que se expressa em uma fé inabalável na auto-suficiência do conhecimento científico, como explica **Giovanni Reale**: “A *communis opinio* está convencida de que só é ‘verdadeiro’ aquilo que pode ser demonstrado com base em cálculos matemáticos e comprovado segundo os cânones ‘da experiência’, ou seja, das *ciências* experimentais.”⁷

A crença em um conhecimento que se baste a si mesmo, no entanto, é incompatível com a própria estrutura epistemológica do conhecimento científico, como bem demonstrou **Karl Popper**, ao enunciar, como critério primeiro de demarcação do conhecimento científico, o princípio da falseabilidade.

⁴ BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 15.

⁵ REALE, Miguel. **Teoria da Justiça**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003, p. 157.

⁶ Digesto, 1.1.10

⁷ REALE, Giovanni. *O Saber dos antigos: terapia para os tempos atuais*. São Paulo: Edições Loyola, 2ª ed., 2002. p. 35.

Por isso, aplicado à experiência jurídica, o cientificismo moderno, que carrega em seu íntimo o mais irrestrito relativismo ético, esteriliza-a, e, em *ultima ratio*, torna-a despropositada.

É preciso reconhecer, portanto, a insuficiência de um conhecimento jurídico avesso à sua própria destinação ética, como a indica a professora **Rosa Maria de Andrade Nery**, com a clareza costumeira:

Mas o Direito, se se reduz à técnica, não é compromissado com valores como a Justiça (= Verdade = valor), por exemplo. O Direito como técnica cumpre, apenas, a finalidade de ser instrumento de Poder. Um arcabouço lógico e bem elaborado, em sua estrutura concreta e sequencial de normas existentes e válidas, como o concebeu Kelsen; um aparato metódico e simétrico do positivismo lógico, pode perfeitamente atender à proposta de arquitetura política de segurança formal da sociedade, preencher os requisitos daquilo que se entende por lógica da segurança do Poder, mas não, necessariamente, cumprir a finalidade científica de investigação, porque dissociado do compromisso de atender à *consciência ética do homem*, que, afinal, é a finalidade de toda Ciência.⁸

Assim, preferimos deixar de lado as aspirações de um conhecimento científico estanque e infalível do Direito, não tomamos como modelos de perfeição aplicáveis ao conhecimento jurídico as demonstrações matemáticas. Preferimos, de outro lado, adotar a divisa apontada pelo Ministro **Eros Grau**, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3510: “É necessário sopitarmos as expansões de infalibilidade de quem substitui a razão científica por inesgotável fé na Ciência, transformando-a em expressão de fanatismo religioso”⁹.

Destarte, o que nos inquieta é a busca de uma ciência jurídica que se expresse em verdadeira ciência do jurista, de sorte que, construída sobre um método adequado, possa servi-lo em sua tarefa específica sem perder os caracteres definidores de todo saber digno do qualificador “científico” e sem abandonar os imperativos éticos condutores da vivência do Direito.

⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 p. 21 e ss.

⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EGrau.pdf>

Ou seja, é preciso conciliar o sentido ético da tarefa do jurista com os rigores próprios do conhecimento científico, submetendo estes àquele, uma vez que, no desempenho de seu múnus próprio, o jurista dispõe somente de sua própria *prudentia iuris*.

Deve-se ter em mente, portanto, que o direito é, acima de tudo, Jurisprudência, compreendida como prática virtuosa destinada a equalizar as relações sociais garantido a cada um o que é seu (*res iusta*).

O jurista, então, confronta sempre a realidade, buscando distinguir na realidade concreta a ordem justa, valendo-se, para tanto, de sua própria prudência como *lucerna simplex*.

Destarte, a prudência jurídica é a própria natureza do trabalho do jurista, e a ciência jurídica deve servi-la e alimentá-la de informações rigorosas e seguras, sem nunca substituí-la, uma vez que, como ciência prática, dependerá sempre da virtude do seu usuário.

Nessa ordem de ideias situam-se as ponderações do eminente jurista estadunidense **Harold J. Berman**, que, questionando as condições de um conhecimento científico do Direito, termina por identificar historicamente na Europa cristã do fim do século XI o surgimento de uma Ciência Jurídica nos moldes aqui delimitados:

Of course, law in the usual sense of legal data, such as legal rules and procedures, cannot constitute a science, any more than matter or animal behavior can constitute a science. Legal science, if it exists, must be the scientific study of such legal data, the scientific body of knowledge *about* law, just as physical or biological science is the scientific study of, or body of knowledge about, matter or animal life. Yet there are important differences, from the point of view of science, between legal data, or any other social data, and physical data, arising from the fact that the participants in social activities are conscious of what they are doing, and their consciousness is an essential part of the data. Moreover, the consciousness may itself have, or seek to acquire, the characteristics of a science. The actors may ascribe to their own observations of what they themselves are doing the qualities of a systematic, objective, verifiable body of knowledge. That, in fact, is what happened in law in the late eleventh and twelfth centuries: the legal rules, concepts, decisions, and procedures remained data, and in that sense just the opposite of a science, but the consciousness of participants in legal activities came to include a systematic study of them, and the accumulation of a body of knowledge about them, which had some of the qualities of a science.¹⁰

¹⁰ BERMAN, Harold Joseph. *Law and Revolution: the formation of western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p.120.

A existência de uma Ciência do Direito nascente na idade média europeia é percebida também por **Tercio Sampaio Ferraz Júnior**, que ao tratar da questão identifica nas técnicas de ensino aplicadas na Universidade de Bolonha, notadamente no *Trivium*, composto das artes liberais da Lógica, da Gramática e da Retórica, a raiz do método dessa Ciência que consistiria numa “técnica especial de abordagem de textos pré-fabricados e aceitos por sua autoridade, caracterizada pela glosa gramatical e filológica, pela exegese ou explicação do sentido, pela concordância, pela distinção”¹¹.

O relevo do tema justifica uma análise um pouco mais detida das peculiaridades históricas que permitiram o surgimento do sistema científico escolástico, notadamente no que diz respeito ao nascimento de uma Ciência Jurídica.

2. O NASCIMENTO DA CIÊNCIA DO DIREITO

A cultura cristã foi marcada em sua fase inicial – geralmente referida como “patrística”, numa alusão à obra dos Padres da Igreja (mestres da cristandade em seus primeiros séculos) – pela fragmentação que naturalmente decorria do caráter polêmico e apologético de sua construção, como explica o eminente filósofo espanhol **Julián Marías**:

O propósito dos cristãos não é intelectual nem teórico. São João ou São Paulo, apesar da extraordinária profundidade de seus escritos, não tentam fazer filosofia; no entanto é inevitável que a filosofia tenha de se ocupar deles. Contudo, pouco a pouco e de modo crescente, os temas especulativos vão adquirindo um lugar no cristianismo, sobretudo por dois estímulos de índole polêmica: as heresias e a reação intelectual do paganismo.¹²

Não era o objetivo dos primeiros Padres da Igreja a composição de um corpo doutrinário, absolutamente desnecessário em face do impacto inicial do acontecimento cristão, de forma que a motivação de seus escritos encontrava-se na resposta a alguma objeção ou calúnia formulada contra os cristãos, ou então na orientação espiritual dos fiéis.

¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

¹² MARÍAS, Julián. *História da Filosofia*. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 117.

Nesse sentido, ensina **Olavo de Carvalho**: “Podemos então dizer que existia aí certo desinteresse doutrinal dessas primeiras gerações: a elas parecia muito mais importante atender ao apelo do Cristo de maneira direita através da metanóia, da conversão e da adoção de um novo rumo na vida, e isso já os mantinha suficientemente ocupados.”¹³

Contudo, o passar dos séculos trouxe consigo o acúmulo de um material expressivamente vasto e desconexo. A amplitude e desorganização da literatura patrística tornou-se, então, um obstáculo ao desenvolvimento da fé cristã, na medida em que essa fragmentação não permitia a construção de uma estrutura uma, que presta-se auxílio na compreensão racional da fé.

Assim, fez-se necessário um esforço de reunião e catalogação desse material (fase filológica), sucedido por esforço de cotejamento e superação das contradições aparentes entre esses documentos (fase concordística).¹⁴

A dimensão majestosa dessa empreitada exigiu que Igreja providenciasse o preparo intelectual das novas gerações, com vistas a garantir a continuidade do trabalho. Isso se deu por meio da educação universitária fundada nas artes liberais do *Trivium*, de modo que ao universitário era possível desvendar na massa informe de documentos uma estrutura lógica coerente, garantir-lhe unidade terminológica através da análise gramatical, e por fim resolver as incoerências e descontinuidades desse corpo doutrinário por meio de sucessivas disputações dialéticas. Adveio desses caracteres a influência conservadora e conciliadora da Universidade medieval.¹⁵

A professora **Rosa Maria de Andrade Nery** descreve assim os fundamentos da cultura universitária cristã:

¹³ CARVALHO, Olavo de. *História Essencial da Filosofia: Filosofia Patrística e Escolástica, aula 9*. São Paulo: É Realizações, 2007. p.7.

¹⁴ Idem, *ibidem* p. 10.

¹⁵ BOEHNER, Phitolotheus. GILSON, Etienne. *História da Filosofia Cristã*. 10ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007. p. 355.

Era filosofia cristã, que não aceitava princípios contrários à revelação e que procurou se servir de instrumentos racionais para explicar os dogmas (*ancilla theologiae*). E o método era bom, porque pela *gramática* estava garantida a hermenêutica dos textos clássicos; pela *dialética*, ficava garantida a argumentação lógica do sistema; e pela *retórica*, a comunicação das idéias se fazia de forma coerente, bem ordenada e convincente.¹⁶

A formação do método escolástico e a fundação das universidades católicas concorreram com a redescoberta, no final do século XI, das coleções de textos normativos romanos compilados mais de cinco séculos antes sob o império de Justiniano para o nascimento de uma verdadeira ciência do direito, que consistia na aplicação da metodologia científica escolástica sobre os textos romanos como fundamento para o exercício da *prudentia iuris*.

Sobre esse quadro, verdadeiro mosaico ordenado em síntese superior, ensina Harold J. Berman:

These three elements – the discovery of the legal writings compiled under the Roman Emperor Justinian, the scholastic method of analyzing and synthesizing them, and the teaching of law in the universities of Europe – are at the root of the Western legal tradition. The Roman law gave all Europe (including England) much of its basic legal vocabulary. The scholastic method has remained a predominant mode of legal thought throughout the West to this day. The universities brought together legal scholars -- teachers and students-- from all over Europe, brought them into contact not only with one another but also with teachers and students of theology, medicine, and the liberal arts, and made them a calling or, in today's terminology, a profession.¹⁷

O ensino do direito na universidade de Bolonha consistia especialmente na detida análise do texto das coleções justinianas, notadamente do Digesto, um conglomerado de pareceres dos mais notáveis juriconsultos romanos sobre uma infinidade de disposições jurídicas concernentes ao exercício da prudência jurídica, que abrangia todo o campo do direito romano.

A novidade constituída pela formulação medieval em face da antiga Jurisprudência romana é notável. Os juriconsultos romanos dirigiam quase toda sua atenção à solução dos casos individuais e concretos que se apresentavam, ocupando-se apenas subsidiariamente da disposição sistêmica dos institutos jurídicos. De outro lado, a busca por sínteses teóricas era a própria essência do método

¹⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 87

¹⁷ BERMAN, Harold Joseph. *Law and Revolution: the formation of western legal tradition*. 1ª. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1983. p. 123.

escolástico, que foi capaz de converter o conhecimento prático dos romanos em um sistema racional e cuidadosamente orquestrado, dotando os juristas de um instrumental até então sem precedentes para o exercício da prudência jurídica.

Assim, o direito romano foi sistematizado pelo método dos glosadores¹⁸ medievais, que organizavam as fontes, analisavam pormenorizadamente os textos, e disputavam as *questiones*, compondo sínteses doutrinárias conforme as soluções apresentadas.

Valendo-se desse arsenal teórico e filológico, **Graciano**¹⁹, figura maior entre os juristas medievais, compôs sua obra *Concordia discordantium canonum*, de rigor o primeiro sistema jurídico do ocidente, que vigeu até 1917, quando foi substituído pelo primeiro *Codex Juris Canonici*.

Conforme o exposto pode-se inferir que a ciência jurídica escolástica figurava, de fato, como uma síntese magistral entre as exigências racionais da filosofia grega, os valores cristãos e a *prudentia* romana, daí a conclusão de **Berman**: “A science, in the modern Western sense of that word, may be defined by three sets of criteria: methodological criteria; value criteria; and sociological criteria. By all three sets of criteria, the legal science of the twelfth-century jurists of western Europe was a progenitor of the modern Western sciences”.²⁰

¹⁸ O termo glosadores tem origem no grego *glossa*, que significa língua ou linguagem, e é uma referência aos ditados em que os professores liam e interpretavam as fontes previamente selecionadas e ordinandas.

¹⁹ Graciano, também conhecido como Franciscus Gracianus ou Johannes Gratianus, foi um monge jurista camaldulense e professor de teologia bolonhês. Suas datas exatas de nascimento e morte são desconhecidas, embora se saiba que sua vida transcorreu entre os séculos XII e XIII.

²⁰ BERMAN, Harold Joseph. *idem*. p. 151. É interessante notar como os aspectos metodológico, valorativo e sociológico ressaltados por Harold Berman como definidores da ciência jurídica escolástica compõem a estrutura básica do tridimensionalismo jurídico, uma das marcas mais importantes do pensamento jurídico do século XX, presente na obra de autores de orientações tão diversas quanto Emil Lask, Santi Romano, Roscoe Pound e Wilhelm Sauer. Cabe ainda destacar o papel do grande mestre Miguel Reale na compreensão das três dimensões da experiência jurídica – fato, valor e norma – em seu dinamismo concreto. vide REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 511 e ss.

É, portanto, na experiência histórica dos juristas do século XII, construtores das primeiras grandes sínteses científicas do conhecimento jurídico, que devemos buscar os pressupostos de uma abordagem sistêmica, rigorosa e metódica do direito.

3. CIÊNCIA JURÍDICA E RACIONALISMO MODERNO

Essa abordagem, porém, não é redutível à filosofia moderna de cariz racionalista²¹, no seio da qual o Direito veio a ser concebido como um sistema ideal, ou seja, como um conjunto concatenado e dedutivamente estruturado de ideias, cuja construção se dá de modo análogo à construção dos modelos geométricos.

De rigor, tanto a Jurisprudência dos glosadores medievais quanto as construções humanísticas que a ela se seguiram possuíam alguma organização sistêmica, mas não eram construídas sobre os pressupostos de um sistema ideal, cuja assunção posterior levou as seguintes consequências, segundo

Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Numa teoria que deveria legitimar-se perante a razão, mediante a exatidão matemática e a concatenação de suas proposições, o Direito conquista uma dignidade metodológica toda especial. A redução das proposições a relações lógicas é pressuposto óbvio da formulação de “leis naturais”, universalmente válidas, a que se agrega o postulado antropológico, que vê no homem não um cidadão da Cidade de Deus ou (como no séc. XIX) do mundo histórico, mas um ser natural, um elemento de um mundo concebível segundo leis naturais.²²

Essa noção ganha um impulso fundamental com o desenvolvimento do dogma da completez do ordenamento jurídico, na Escola da Exegese, cujas características fundamentais são claramente enunciadas por **Miguel Reale**, nos seguintes termos:

Nesse sentido, cabe assinalar o primado da norma legal como proposição imperativa e coercitiva e fonte por excelência do Direito, implicando a tese de sua estatalidade essencial; a

²¹ Devemos à Hegel a utilização do termo para caracterizar a corrente de pensamento que liga Descartes, Espinosa e Leibniz. Kant utilizava-o para qualificar o seu próprio sistema filosófico, que não deixa de ser, sob certo aspecto, o momento culminante da corrente acima referida. cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 5ª ed., p. 967.

²² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010. 2ª ed., p. 24.

teoria da plenitude do ordenamento legal, na unidade de um sistema, de tal sorte que a Hermenêutica Jurídica se reduziria a uma explicitação dedutiva dos dados normativos; e, por último, a preocupação prioritária dos problemas de ordem conceitual. Eis aí os pilares com que se a Escola da Exegese e a Jurisprudência Conceitual por ela desenvolvida.²³

O ideal de plenitude de uma ordenação normativa implica na assunção de um raciocínio jurídico estruturado de forma dedutiva, encerrado em seus próprios axiomas. Para que isso se realize, todavia, é necessário excluir da interpretação do Direito qualquer aspecto valorativo, para que a aplicação da lei se resolva em simples explicitação de consequências já contidas em seu texto desde o início.

Essa concepção, todavia, como já apontamos, é incompatível com a especificidade do próprio Direito, que é em si mesmo valor de Justiça. Assim, o cientista do Direito deve observar o ordenamento jurídico como um todo, com especial atenção à sua dimensão axiológica, superando o paradigma jusracionalista moderno.

4. O DIREITO COMO VALOR

A redescoberta do Direito como valor tem importância fundamental da filosofia jurídica contemporânea, tanto que Carla Faralli aponta a abertura à perspectiva axiológica como umas das tendências básicas da reflexão jus filosófica posterior à “crise do modelo juspositivista na versão hartiana”²⁴.

Na discussão de valores éticos e políticos no plano da filosofia do direito e na reformulação do problema das relações entre direito e moral encontram-se esforços teóricos tão distintos quanto o novo paradigma do direito constitucional, as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, as

²³ REALE, Miguel. *Nova fase do Direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 2010. 2ª ed., 3ª tir., p. 96-97.

²⁴ FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 1.

consequências jurídicas da teoria da ação comunicativa habermasiana, e uma nova teoria do direito natural, representada sobre tudo por John Finnis.²⁵

Esse ponto merece uma explicação adicional: a atual compreensão dos sistemas jurídicos é necessariamente aberta à axiologia. Como ressalta **Tércio Sampaio Ferraz Júnior**, “existe hoje uma vasta literatura (Dworkin, Alexy, Carlos Nino, Zagrebelsky, Atienza, Troper etc.) que, a partir de uma crítica ao positivismo analítico e sua exclusão das justificações morais na argumentação jurídica, propõe, ao contrário, que os saberes e as técnicas jurídicas, por óbvio, não podem conviver com essa exclusão, sobretudo no terreno constitucional.”²⁶

Também no plano dogmático já restou superada a concepção de um sistema jurídico fechado, bastante em si mesmo. As cláusulas gerais, os conceitos determinados pela função e outros instrumentos normativos funcionam como elementos de permeabilidade social e axiológica do sistema jurídico, garantindo-lhe concreção.

Por isso **Miguel Reale** incluiu a *eticidade* entre os princípios diretores do atual Código Civil, ao lado da *operatividade* e da *socialidade*. Sobre a primeira, traçou os seguintes comentários, que bem elucidam a mudança de paradigma que temos em mente:

O Código atual peca por excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos. Esse espírito dogmático-formalista levou um grande mestre do porte de Pontes de Miranda a qualificar a boa-fé e a equidade como "abecerragens jurídicas", entendendo ele que, no Direito Positivo, tudo deve ser resolvido técnica e cientificamente, através de normas expressas, sem apelo a princípios considerados metajurídicos. Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à "concreção jurídica", conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa.

O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto.

Como se vê, ao elaborar o projeto, não nos apegamos ao rigorismo normativo, pretendendo tudo prever detalhada e obrigatoriamente, como se na experiência jurídica imperasse o

²⁵ FARALLI, Carla. *Op. cit.*, pp. 11-25.

²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O Direito entre o passado e o futuro*. São Paulo: Noeses, 2014. p. XVI.

princípio de causalidade próprio das ciências naturais, nas quais, aliás, se reconhece cada vez mais o valor do problemático e do conjectural.

(...)

Tal reconhecimento vem estabelecer uma função mais criadora por parte da Justiça em consonância com o princípio de eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores. Como se vê, o novo código abandonou o formalismo técnico-jurídico próprio do individualismo da metade deste século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo numa época em que o desenvolvimento dos meios de informação vêm ampliar os vínculos entre os indivíduos e a comunidade.²⁷

Para além disso, é preciso tratar da questão sobre um outro aspecto: o Direito como valor *in se*, como valor de Justiça. De fato, **Sergio Cotta** identifica essa concepção com uma corrente de pensamento jus-filosófico que parte de Platão e Aristóteles, passando pela Cristandade e pela própria formação da civilização ocidental até chegar em Kant, a partir do qual se desenvolve um outro tipo de relação entre Direito e valor, segundo o qual o Direito já não é mais um valor em si mesmo, mas assume e formaliza (normatiza) valores presentes na comunidade. O Direito, então, passa a ter uma importância meramente instrumental.

Não é difícil constatar, então, que tal visão do direito resultou, como não podia deixar de ser, no desenvolvimento de uma concepção voluntarista, formalista e, no limite, niilista do Direito, bem sintetizada por **Natalino Irti** nos seguintes termos:

*La ‘tecnica’ del diritto si è fatta propriamente tecnica. Non serve più a conoscere la verità, o a dedurre da un ordine sovra – o extra-storico (divino o naturale che sia), ma a garantire la razionalità della produzione. (...) E, affinché la produzione sia ‘razionale’, e la volontà normativa si svolga senza sperperi e attriti, il diritto adotta i modi de procedura. (...) Il senso del diritto si frantuma e disperde nei sensi di norme inattese imprevedibili indefinite. Il suo senso più proprio e più stabile è nella funzionalità delle procedure: non in ciò che è prodotto, ma in *come* si produce. (...) Il giurista avverte che le singole norme sono e potevano non essere; che uscite dal nulla, possono ritornare nel nulla. Non c’è un senso fermo ed eterno, né un divenire iscritto in unità, ma assoluta causalità del volere.²⁸*

Porém, atualmente, em face do novo paradigma axiológico acima exposto, parece imperioso retomar à visão clássica do Direito como valor de Justiça, em concordância com Cotta:

Possiamo concludere sul punto: la disputa tra utile e giustizia, in rapporto alla situazione attuale, non ha senso. Se il diritto è valore in sé, lo è in quanto valore di giustizia. La novità radicale del

²⁷ REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Último acesso: 7 de dezembro de 2015.

²⁸ IRTI, Natalino. *Nichilismo giuridico*. 3ª ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2005. p. VI.

nostro tempo, che per la prima volta nella storia ha messo a disposizione dell'uomo la possibilità de distruggere il mondo in cui vive, impone la rivalutazione dell'antico concetto del diritto come valore di giustizia: *fiat iustitia ne pereat mundus*.²⁹

Assim, também sobre esse aspecto a apreciação valorativa deve compor a concepção científica do Direito, de modo que seu cultor não pode olvidar, na condução de sua atividade, os preceitos fundamentais do Direito: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BERMAN, Harold Joseph. **Law and Revolution: the formation of western legal tradition**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BOEHNER, Phitolotheus. GILSON, Etienne. **História da Filosofia Cristã**. 10ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CARVALHO, Olavo de. **História Essencial da Filosofia: Filosofia Patrística e Escolástica**. São Paulo: É Realizações, 2007.

COTTA, Sergio. **Il Diritto come sistema di valore**. Milão: Edizioni San Paolo, 2004.

²⁹ COTTA, Sergio. *Il Diritto come sistema di valore*. Milão: Edizioni San Paolo, 2004. p. 50.

- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 3ª. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Direito entre o passado e o futuro**. São Paulo: Noeses, 2014.
- IRTI, Natalino. **Nichilismo giuridico**. 3ª ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2005.
- MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- REALE, Giovanni. **O Saber dos antigos: terapia para os tempos atuais**. São Paulo: Edições Loyola, 2ª ed., 2002.
- REALE, Miguel. **Nova fase do Direito moderno**. 2ª ed., 3ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, Miguel. **Teoria da Justiça**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.
- REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**.
- SANTOS, Mario Ferreira. **Dicionário de Filosofia e Ciências Culturais**. 1ª. ed. São Paulo: editora Matese, 1963.
- VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.