

# CIÊNCIA CRÍTICA DO DIREITO: PODE-SE FALAR EM CRÍTICA?

*Zulmar Fachin\**  
*Clara Heinzmann\*\**

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 A ciência do direito e o direito natural; 3 O positivismo e o realismo sociológico; 4 O ensino jurídico como reflexo social, político e econômico; 5 Conclusão; Referências.*

**RESUMO:** O presente trabalho parte da idéia de que o desenvolvimento de um novo paradigma representa a construção de uma nova racionalidade sobre o direito e o ensino jurídico no Brasil. O tradicional modelo de racionalidade tecnoformal é substituído pelo modelo crítico-interdisciplinar da racionalidade emancipatória. Essa racionalidade, sem negar a dogmática tradicional, provoca o pensar na existência do direito vinculado à realidade e à construção de um novo modelo teórico-crítico do direito. Sendo assim, este trabalho traz como resultado, o princípio de que o escopo de uma teoria crítica é a construção de mecanismos que possam possibilitar a transformação da sociedade, em função do homem que a constitui. Trata-se da emancipação do antigo homem alienado, concluindo-se, que é possível sim, pensar numa teoria crítica que possa incidir numa filosofia histórico-social de estrutura cognitiva reflexa.

**PALAVRAS CHAVES:** Direito; Sociedade; Teoria Crítica; Ensino Jurídico.

## LAW'S CRITICAL SCIENCE: CAN ONE TALK ABOUT CRITICISM?

**ABSTRACT:** The present work starts from the idea that the development of a new paradigm represents the construction of a new rationality about the Law and juridical teaching in Brazil. The traditional model of techno-formal rationality is replaced by a

---

\* Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito Universidade de Coimbra; Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina –UEL; Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Docente do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; Docente do Curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. E-mail: zulmarfachin@uol.com.br

\*\* Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. E-mail: clara@facemad.edu.br

critical-interdisciplinary model of emancipating rationality. This rationality, without denying the traditional dogma, stimulates thought about the existence of Law linked to reality and the construction of a new theoretical-critical model of Law. Thus, this work brings as a result, the principle that the scope of a critical theory is the construction of mechanisms that can enable the transformation of society, based on the man that constitutes it. It is about the emancipation of the old alienated man, concluding that it is actually possible to think of a critical theory that can occur to a historical-social philosophy of reflex cognitive structure.

**KEYWORDS:** Law; Society; Critical Theory; Juridical Teaching.

## **CIENCIA CRÍTICA DEL DERECHO: ¿SE PUEDE HABLAR EN CRÍTICA?**

**RESUMEN:** El presente trabajo parte del principio de que el desarrollo de un nuevo paradigma representa la construcción de una nueva racionalidad sobre el derecho y la enseñanza jurídica en Brasil. El tradicional modelo de racionalidad técnico - formal es suplantado por el modelo crítico-disciplinar de la racionalidad que lleva a la autonomía. Esa racionalidad, sin negar la dogmática tradicional, provoca el pensar en existencia del derecho vinculado a la realidad y la construcción de un nuevo modelo teórico-crítico del derecho. Así siendo, este trabajo trae como resultado, el principio de que el fundamento de una teoría crítica es la construcción de mecanismos que puedan posibilitar la transformación de la sociedad, en función del hombre que la constituye. Se trata de la emancipación del antiguo hombre alienado, concluyéndose, que es posible sí, pensarse en una teoría crítica que pueda incidir en una filosofía histórico-social de estructura cognitiva refleja.

**PALABRAS-CLAVE:** Derecho; Sociedad; Teoría Crítica; Enseñanza Jurídica.

### **INTRODUÇÃO**

O ensino brasileiro apresenta desdobramentos em todos os substratos da sociedade, dentre os quais, o educacional e o jurídico. Assim, como acontece em todas as ciências, especialmente, nas ciências sociais, deveriam os estudantes das ciências jurídicas, serem introduzidos na reflexão científica, porém, isso pouco acontece, devido à realidade em que o estudante de direito está inserido, o que o leva a ter dificuldades em encontrar autores que analisem o pensamento jurídico, nessa orientação epistemológica.

Na concepção do professor Horácio Wanderlei Rodrigues,<sup>1</sup> o positivismo, prende-se à análise da norma positivada do Estado, não conseguindo superar o direito posto, apenas o reproduzindo, não permitindo o aprendizado da dinâmica social. Desta forma, o ensino do direito deve ser repensado, pois este, admite várias abordagens, que estão além do sistema, puramente positivista.

Outrossim, são muitos os manuais que se apresentam como trabalhos científicos, encontrando-se revestidos por ideologias dominantes, que miscigenam positivismo e racionalismo. As expressões destas concepções têm explicação, pois cada sistema social produz a ordem e a ideologia jurídica que lhe compete. Assim, é preciso perceber que estes sistemas de reflexão não aparecem por acaso, mas são produtos das necessidades políticas e sociais, de um determinado momento histórico.

No entendimento de Michel Foucault,<sup>2</sup> o pensamento jurídico, como ciência, não se desenvolveu de forma linear e contínua, de um saber original. O pensamento jurídico, não é um contínuo e linear progresso do conhecimento do direito, como apresentado nos manuais de direito, mas um conjunto de rupturas e retificações. Sendo assim, o saber jurídico é um conjunto constituído por rupturas, vinculadas, necessariamente, ao sistema social que o contém. Neste sentido, Perelman<sup>3</sup> esclarece que o raciocínio jurídico não é formalista puro, mesmo porque, o direito não se caracteriza por uma ordem abstrata e apartada de seu contexto social, cabendo ao legislador e ao aplicador, considerar a finalidade das normas jurídicas.

Desta forma, as diversas reflexões sobre o direito são objetivas e, simultaneamente, expressão e justificação do pensamento jurídico. Percebe-se, embora implicitamente, em cada momento, este duplo movimento nos manuais introdutórios propostos aos estudantes.

Nota-se, em áreas como a sociologia, a física e a astronomia, que investigações atuais estão alicerçadas na base crítica dos sistemas teóricos anteriores. Porém, no caso das ciências jurídicas, o que se tem observado, é que o cientista do direito não conhece profundamente a história e as teorias doutrinárias anteriores, para auxiliá-lo na fundamentação e na construção do saber científico sobre o mundo jurídico.

A reflexão sobre o pensamento jurídico nos manuais de direito ocupa mínimo espaço. A reflexão sobre esse aspecto, para alguns, diz respeito aos filósofos, e não aos juristas. Quando surge a discussão nos manuais, a oposição entre doutrinadores é apresentada como combate de idéias, como conflito, puramente intelectual, como se ainda, desde sempre, positivistas e idealistas, estivessem a dividir os espíritos.

Assim, o que se vislumbra nos dias atuais, é juristas menos unânimes no que diz respeito às fórmulas prontas, que na prática não respondem aos conflitos sociais,

---

<sup>1</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **O Direito que se conhece e ensina: a crise do paradigma epistemológico na área do Direito e seu ensino.** In: Paulo Roney Ávila Fagúndez. (Org.). *A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do direito contemporâneo.* 1º ed. Brasília: OAB Editora, 2004, v., p. 93-133.

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. **O homem e o discurso: arqueologia** de Michel Foucault. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

<sup>3</sup> PERELMAN, Chaim. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

embora, alguns ainda insistam em afastar a questão da análise do pensamento jurídico, com o fundamento de tratar-se de reflexão extrajurídica.

## 2 A CIÊNCIA DO DIREITO E O DIREITO NATURAL

Analisando-se o processo histórico, observa-se o declínio da Escola do Direito Natural, em virtude, principalmente, do desenvolvimento da ciência que impossibilitou uma análise meramente idealista da realidade jurídica.

A primeira crítica refere-se à afirmação de que o direito tem origem e fundamento nas leis divinas, concepção da Teoria Clássica do Direito Natural, pois, quando se assevera que Deus ilumina a criação das normas jurídicas, pressupõe-se, necessariamente, fé na existência de Deus. O desenvolvimento da concepção naturalista demonstrou que o direito natural existiria, mesmo que Deus não existisse. Assim, no que se refere à concepção racional do direito natural, tende-se, outrossim, a rejeitar-se a análise do idealismo jurídico realizado por diferentes autores racionalistas.

*Realiza-se, também, uma crítica positivista*, por que a expressão direito natural, por vezes, não se configura efetivamente direito. No sentido específico de afirmar, que tal direito não possui eficácia para se fazer cumprir. Assim, se as leis naturais não são acessíveis com amplitude e não possui a devida eficácia, os preceitos legais impõem a colmatação necessária, conforme esclarece Zenni, “é característico do direito natural a incompletude justamente pela falência do ser humano em conhecê-lo, até por fazê-lo por inclinação de sentidos, na experiência, sem desenvolvimento racional satisfatório, exige o complemento do direito positivo”.<sup>4</sup>

Quanto à questão da eficácia, esta se mostra insuficiente, pois se realiza uma inversão na busca de sua realização, passa-se a análise de seu conteúdo e função, como expressão de sua validade.

O direito natural tem-se demonstrado como dado, no entanto, sabe-se que todo dado é, na realidade, construído. Não há que se falar em direito natural científico, pois essa concepção demonstra-se ideológica. Quando se fala em direito natural, pressupõe-se um conteúdo invariável, pois esse direito, representa a universalidade e perpetuidade de conceitos supra-humanos, caso contrário, tornar-se-ia indefinido e fortaleceria a concepção positivista do direito.

A Teoria Clássica do Direito Natural, em sua perspectiva rígida, determinou quais são os direitos fundamentais do homem, não permitindo qualquer acréscimo em relação a esses direitos, porque todos já haviam sido previstos, embora a aplicação, desses direitos, possa conduzir à variabilidade do alcance e, até, transformar o conteúdo.

Ao perceber a variabilidade do alcance e do conteúdo desses direitos naturais, verifica-se que a universalidade da validade e a racionalidade da definição, continuam sendo o alicerce do direito natural. A essa concepção fixa do direito natural vincula-se

<sup>4</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 95.

a determinação, nos passos da análise de Michel Foucault<sup>5</sup>, de uma história linear da sociedade, na busca de um bem ideal, sobrepondo a racionalidade às condutas humanas.

A concepção de um direito natural racional, vincula-se a uma perspectiva histórica, definida como o âmbito de desenvolvimento do reino do Espírito e da Razão. O direito natural é imutável, porque nasce dos princípios internos do homem. Mutável é a sociedade concreta tendente a analisar, progressivamente, os princípios de tal direito natural.

A análise científica da história das sociedades tem demonstrado a impossibilidade da existência de um direito invariável e universal, pois todo e qualquer sistema normativo, está impregnado de elementos políticos, econômicos, culturais e ideológicos. Não há unanimidade com relação ao cerne de quais seriam os princípios universais e invariáveis do homem. Assim, pela concepção tradicional de direito, Zenni<sup>6</sup> esclarece que se abduz a idéia de que o poder político cria a lei e que esta é a sua fonte exclusiva.

A história tem mostrado que os princípios, que no século XVIII, impulsionaram a criação dos direitos naturais, modernamente, não correspondem aos desejos da sociedade, e são modificados em sua forma e conteúdo. Assim, a existência do direito natural é de conteúdo variável. A idéia de direito natural, de conteúdo invariável, fracassou na ânsia de salvar o movimento naturalista. Nessa concepção, o conteúdo da justiça suprema, é variável, de acordo com o tempo e o espaço. O direito natural, não é um código, mas um esforço concreto e localizado. A justiça é, por essência, relativa e relacional, devido à variabilidade das condições da vida em sociedade.

No entanto, os jusnaturalistas, persistem na discussão sobre a idéia de justiça, afirmando que tal idéia, somente é possível, em referência à natureza, pois, para eles, a natureza das coisas impõe o conceito de justiça na obediência a uma ordem natural. Essa conclusão experimental não é suficiente, pois o jurista, somente vendo o que o cerca, definirá a justiça em relação ao mundo concreto. Esse homem será o sustentáculo de uma ordem já estabelecida. Como as experiências humanas são limitadas, condena-se o jurista a não transpor os limites, estabelecidos pelos interesses do direito natural.

O direito natural racional é ideológico, de uma ideologia jurídico-política, que tende a permitir, a ocultação de sua função conservadora, com aparência revolucionária, na defesa de liberdade e igualdade para todos, indistintamente. Escondendo a forma como os problemas devem ser solucionados, tangenciando a real natureza do poder e do saber, sobre o direito.

Assim, o direito natural é uma ideologia resultante de um determinado período, numa sociedade em conflito, com suas contradições, que tenta resolver seus problemas com uma projeção no campo utópico e exerce a função prática, quando se torna um meio de combate. Assim, verifica-se que o direito natural não pode constituir-se, enquanto teoria científica, isto é, explicativa da realidade jurídica.

---

<sup>5</sup> FOUCAULT, Michel. **O homem e o discurso**: arqueologia de Michel Foucault. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

<sup>6</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

### **3 O POSITIVISMO E O REALISMO SOCIOLOGICO**

O positivismo clássico, nascido no século XIX, já não existe. A forma exegética, como se instituiu, não era suportável, inclusive, aos próprios juristas. Isso, não significa que o positivismo desapareceu, pelo contrário, continua vivo.

Na linha exegética, o direito ainda não se havia firmado como ciência, mas afirmava-se como disciplina autônoma que, independentemente, da geração analisada, respeita o texto legal, estabelecido pelo legislador.

De um respeito puro ao texto legal chegou a alcançar interpretação mais independente. A principal característica dessa concepção, tanto no que se refere ao método de investigação, quanto à interpretação, o culto ao texto e à vontade do legislador, configura a idéia de que, o direito pode ser estudado em si mesmo, desvinculando de qualquer contexto social, cultural ou político determinado. Desta forma, separando o direito da política ou da filosofia, reduziram o direito a um discurso que pudesse bastar-se a si mesmo, resultando um discurso, universalista e racionalista.

A escola realista ou sociológica, embora mais estruturada, recebe crítica semelhante. Os juristas sociológicos, salvo raras exceções, encobriram-se do véu empirista, o que impossibilitou uma análise mais aprofundada do pensamento jurídico. Diferenciou-se, pela análise da efetividade do direito com relação às suas implicações sociais reais.

Na utilização da concepção empírica, transpuseram o método das ciências naturais às ciências sociais. Assim, analisavam o direito como se este tivesse sido extraído, única e absolutamente, dos fenômenos sociais, quando, na realidade, o direito, embora sendo um fato social, não é um dado na observação desta mesma realidade. Afirmar o caráter social do direito não soluciona, de imediato, nem de uma vez por todas, o problema do estudo desse fenômeno.

É necessário observar, que na análise do fenômeno jurídico, reaparecem as questões epistemológicas que os sociólogos já puseram e as confusões e simplificações produzidas pelos juristas. O pesquisador é quem, com a utilização de um emaranhado de precauções científicas, reconstrói, racionalmente, os fatos e lhes determina uma explicação.

A análise fenomenológica dos fatos sociais pode conduzir o estudioso a escapar aos pressupostos e aos preconceitos que sua formação intelectual e ideológica, da sociedade em que se insere, possa conduzir.

O pensamento jurídico, especialmente, no positivismo e no realismo sociológico, desenvolveu-se na história, principalmente, porque após a Revolução Francesa, buscou-se uma garantia de que a antiga ordem jamais voltaria e, fundamentalmente, que nada, a partir de então, mudaria. Os juristas formalistas constataam que havia uma identidade de conteúdo, entre a regra jurídica e outras regras de conduta social. Nessa confusão normativa, o estudo do direito, aparece vinculado ao estudo metafísico.

Para que haja a distinção do direito com as demais normas de conduta social, e para que se construa um estatuto científico do direito, os juristas formalistas,

primam menos pelo conteúdo, presente no preceito, e mais na forma como esse conteúdo é expresso. Ingressa-se na problemática da forma do direito.

Para Hans Kelsen,<sup>7</sup> o objeto do conhecimento jurídico é a forma. A ciência jurídica realiza sua finalidade ao conhecer as normas de direito. Assim, o foco da análise do jurista é a norma de direito. A conduta humana, somente apresenta-se, como objeto de estudo da ciência jurídica, quando constitui conteúdo de preceitos jurídicos. Assim, para o autor da Teoria Pura do Direito, o ser da ciência jurídica são as normas jurídicas disciplinadoras das ações humanas, ou destas, enquanto conteúdo das normas de direito.

Na acepção de Kelsen, a norma pode referir-se a “fatos e situações que não constituem conduta humana, mas desde que sejam condições ou efeito de conduta humana”.<sup>8</sup> Desta forma, a Teoria Pura do Direito, empenha-se em purificar a ciência do direito. Por vezes, ocorre que a formulação, extremamente, rigorosa e, não raro, da dogmática kelseniana, faz com que autores tidos por ecléticos, se afastem dessa concepção.

Ainda, para Kelsen,<sup>9</sup> a ciência do direito apresenta duas definições de direito, uma, enquanto teoria estática e outra, como teoria dinâmica. A primeira, dirige-se às normas que devem ser aplicadas e a segunda, refere-se aos atos de produção e aplicação das normas.

A teoria estática estuda o direito em estado imóvel, como um sistema de normas. Analisa o direito em seu momento de repouso sendo que a ciência do direito deve focalizar as normas de direito positivo e confrontá-las entre si, definidas numa unidade coerente e sistemática. Assim, as normas jurídicas são o objeto da ciência do direito.

A teoria dinâmica estuda o direito em seu movimento, e tem por objeto, os processos de produção e aplicação das normas do direito. Para Kelsen, “os atos de produção e aplicação do Direito só interessam à Ciência Jurídica enquanto formam o conteúdo das normas jurídicas”.<sup>10</sup> Assim, há uma antinomia inevitável entre as categorias apriorísticas do ser e do dever ser, pois, para que a norma seja considerada válida, deve ser posta, por um ato de vontade e possuir certo grau de eficácia.

No entendimento de Maria Helena Diniz,<sup>11</sup> a norma é percebida no sentido do ato volitivo, que a fixa. O objetivo do ato, que põe à norma é um ser, que é a conduta existente na realidade, a qual corresponde à norma, não um dever ser. O ato de vontade, como ato do ser, tem o sentido de um dever ser, que é a norma. Uma norma, posta na realidade do ser, por um fixante ato de vontade ou de um ato de comando ligado à conduta de outrem, só pode ser definido, com o termo dever ser, pois essa conduta pode ser, mas pode não ser, isto é, o individuo pode obedecer ou desobedecer a ordem. Neste sentido, Diniz, afirma que:

A eficácia é condição da validade. A eficácia de uma norma consiste em que esta é, em geral, efetivamente cumprida e, se

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

<sup>8</sup> Idem, p. 22.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Idem, p. 137.

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

não cumprida, é aplicada. A validade consiste em que a norma deve ser cumprida, ou, se não o for, deve ser aplicada. Assim, se uma norma proíbe matar um animal de certa espécie, ao ligar a tal matar uma pena como sanção, perderia sua validade se aquela espécie de animal desaparecesse e, por conseguinte, não fosse possível nem o cumprimento nem a aplicação da norma jurídica. Uma norma que proibisse a venda de bebidas alcoólicas, punindo com prisão quem a violasse, perderia sua validade se fosse certo que não seria obedecida devido à resistência dos subordinados a ela; e, se não cumprida, também não seria aplicada pelos órgãos competentes.<sup>12</sup>

Desta forma, as normas são produzidas por atos de vontade, atos subjetivos. Essas normas, somente adquirem sentido objetivo se forem válidas. Uma norma é válida se promulgada por um ato legítimo. Para a Teoria Pura do Direito, afirmar que uma norma é válida significa dizer que, o sentido subjetivo do ato legislado é, também, o seu sentido objetivo. O sentido objetivo da norma está legitimado pela presunção de uma norma hipotética fundamental.

Assim, o sentido jurídico do ato nasce de uma norma, e pode ser interpretado segundo seus preceitos. O juízo que define a juridicidade ou antijuridicidade de um ato é resultado de uma interpretação normativa. A norma, que fundamenta tal ato, também, é produto de um ato jurídico, que recebe significação jurídica de outra norma, e assim continuamente, até chegar-se à norma fundamental.

Ressalta-se, que a validade da norma constitui a problemática do conflito vertical das normas. A validade da norma geral precede a da norma particular, pois a norma geral é pressuposto para fixação da particular. A norma superior fundamenta a criação da norma inferior, ou seja, estatui o órgão autorizado a produzir a norma inferior. A norma geral não especifica o conteúdo da inferior.

Desta forma, nessa linha de pensamento, Kelsen, afirma que a “norma pode valer mesmo quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe; a vontade de que ela é o sentido objetivo; a norma de dever ser; com sentido do ato de ser que a põe, não se identifica com esse ato”.<sup>13</sup> A esse respeito Diniz, esclarece que “denota-se que, nesse caso, no plano jurídico, não há nenhuma interligação entre ‘ser’ e ‘dever ser’; essa correlação ocorre num momento anterior ou pré-jurídico, isto é, na fase de gestação da norma”.<sup>14</sup>

É importante esclarecer, que validade jurídica não é o mesmo que eficácia sociológica da norma. A norma jurídica tem por finalidade, determinar comportamentos (dever ser), sua validade independe do fato de ser obedecida ou não, pois, se tudo que a norma jurídica prescrevesse ocorresse, necessariamente, ela seria uma lei físico-natural (ser).

<sup>12</sup> Idem, p. 43.

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *op. cit.*, p. 189.

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 44.



A eficácia da norma jurídica é um fenômeno fático-real de sua observância pelos órgãos aplicadores e pelos indivíduos a ela submetidos. No entendimento do pensamento kelseniano, o que leva os indivíduos a observarem a norma, é o ato psíquico real contido na sua representação, e não a própria norma.

A única certeza retirada da norma em si é a sua validade. No entanto, determinar-se que, para a consagração da tese kelseniana, a norma deve, além de ter validade, ser observada na realidade social, sob pena de não poder ser considerada vigente pela ciência jurídica.

A ineficácia da norma não se confunde com sua não-validade. Uma norma jurídica pode ser ineficaz em determinados períodos e certas condições, e continuar sendo válida, devendo ser derogada com o tempo se for duradoura tal situação. Entretanto, tal norma jurídica ineficaz, pode voltar a ter eficácia em outras condições.

Assim, importa verificar que a vigência e a eficácia não se estabelecem ao mesmo tempo. A norma é válida, quando elaborada pelo órgão competente, antes mesmo que se torne eficaz. A eficácia da norma ocorre em momento posterior ao seu estabelecimento e é condição de sua validade.

Desta forma, observa-se que a eficácia é condição da validade da norma, mas a eficácia não constitui a essência da validade da norma, nem representa o fundamento de sua validade, que é a norma hipotética fundamental. Essa última, permite que o sentido do ato volitivo subjetivo criador da norma, obtenha sentido objetivo, não responde, nem pela eficácia do ordenamento jurídico positivo, e nem pelos mecanismos que o tornem eficaz. Outrossim, a eficácia é uma condição necessária para a validade do ordenamento jurídico, mas não, sua condição suficiente.

Na teoria kelseniana, só se pode falar de uma ordem jurídica válida, se suas normas tiverem o mínimo de eficácia; deve esta, em plano secundário, juntar-se à vigência para que a ordem jurídica, não perca sua validade. Uma norma jurídica não é válida porque é eficaz, na realidade sua validade funda-se na eficácia de todo o ordenamento a que pertence. Nenhum ordenamento deixa de valer porque uma norma deste, não é eficaz.

As diferenças que existem entre norma e proposição são gnoseológicas, e não mero gramaticalismo lógico. A posição anti-imperativista passou a ser respeitada como teoria gnoseológica, com as análises de Kelsen.<sup>15</sup> Concretamente, na primeira fase do pensamento kelseniano, há crítica sobre a natureza imperativa da norma jurídica, sustentando a tese de que, a norma é um juízo, pois o ponto central de sua doutrina é a contraposição radical e absoluta do ser e do dever ser.

Colocam-se no mundo do ser tudo o que é natureza, e no dever ser, tudo quanto é idealidade (conceito, norma etc.). Na concepção kelseniana, a norma é a linha que vincula os fatos na forma do dever ser. Um imperativo consiste no fato de que um ato volitivo psicológico manifestou seu querer, perceba-se, que essa vontade é um fato de natureza, do ser, por isso, inadequado para fundamentar um dever ser.

---

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

A norma, em razão dessa oposição, não é, e nem pode ser um imperativo, mas um juízo hipotético, que determina como deve ser certa conduta. O juízo hipotético é, portanto, a simples redução a uma fórmula intelectual do que aquela vontade entendeu ser exigível.

Kelsen,<sup>16</sup> na segunda fase de seu pensamento, percebeu que a norma não é, simplesmente, um elemento lógico, distinguindo a norma da proposição jurídica. Sua diferenciação teve por objetivo último, impossibilitar quaisquer desejos de considerar a norma jurídica, uma estrutura lógica da conduta jurídica.

Ainda percebeu, que toda ciência define seu objeto, e que o objeto da ciência jurídica é a norma de direito, ou seja, regras de direito que são as proposições jurídicas. Assim, a ciência do direito descreve seu objeto por meio de proposições. Não se pode confundir a proposição com a norma jurídica. As normas jurídicas são determinadas por atos das autoridades, por outro lado, as proposições são formuladas pela ciência do direito, compondo atos de conhecimento.

A proposição é um enunciado que faz outro saber alguma coisa, a norma determina que o outro queira alguma coisa, especifica sua vontade, ou melhor, fixa a vontade, de forma que sua ação exterior, manifestada por seu querer, corresponda à norma. No que diz respeito ao enunciado, Diniz, afirma que “o enunciado é o sentimento de um ato de pensar; e a norma é o sentido de um ato do querer dirigido à conduta de outrem”.<sup>17</sup>

Para o pensamento kelseneiano, as normas jurídicas estabelecidas pelas autoridades competentes têm caráter imperativo, pois inscrevem certas ações, determinando que os seres humanos devam se conduzir de certo modo. São prescrições direcionadas à vontade humana, tendo por finalidade, serem aplicadas e observadas pelos destinatários do direito.

As normas são criadas por atos de vontade, por aqueles autorizados a fazê-lo, autoridade obtida pela competência outorgada na norma superior. O que transforma um indivíduo em órgão, é o mero fato de que ele desempenha uma função normativa de autorização, ou seja, aquela que confere poder para estabelecer e aplicar uma norma. Aquele que não estiver autorizado, não pode fabricar nem aplicar o direito, pois sua ação será inválida, já que seu sentido subjetivo, não é seu sentido objetivo.

Assim, Kelsen<sup>18</sup> entende que a norma não é um imperativo, não é um juízo; é um ato volitivo, sendo fonte do direito, pois impõe obrigações e confere direitos; tem a função de prescrever um determinado comportamento humano. A proposição especifica que os indivíduos devem conduzir-se de certo modo, conforme uma norma inserida num ordenamento jurídico. É ela, uma “informação dirigida a nossa inteligência”.

Baseando-se na teoria kantiana do conhecimento, observa-se que a ciência do direito produz seu objeto, tendo assim, caráter constitutivo. A ordem jurídica é a transformação, realizada por meio do conhecimento jurídico-científico, do material dado à ciência jurídica.

Essa criação tem natureza epistemológica, é uma fabricação em sentido figurado, pois o objeto já existente na realidade e a ciência, ao conhecê-lo, cria apenas uma

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 48.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

configuração mais precisa. É diferente da criação do direito pela autoridade jurídica, que é uma produção real.

A tese kelseniana não nega a necessidade do conhecimento para se instituir a conduta, pois é certo, que os órgãos aplicadores do direito têm de conhecer a norma a aplicar. O legislador que aplica a Constituição deve conhecê-la, assim como o magistrado, que aplica as leis. Mas esse saber não é essencial, é apenas uma fase preparatória de sua função, que é a produção jurídica, isto é, estabelecimento de uma norma jurídica geral pelo legislador ou fixação de uma norma individual pelo juiz.

O campo de análise do direito encontra-se, precisamente, definido e com aparência científica. No instante em que a norma jurídica é estudada, como um agrupamento de imperativos articulados uns nos outros, de forma coerente, a ciência jurídica, transforma-se na análise sistemática desses imperativos, independente do conteúdo destes.

A ciência jurídica está purificada, na medida em que se eliminam debates filosóficos, sociológicos, psicológicos e teológicos, possivelmente, presentes na norma jurídica. Assim, o formalismo conseguiu aproximar juristas com posições pessoais adversas. A ciência jurídica formalista dota-se de um estatuto respeitado, fortalece a imagem da ciência, absolutamente independente dos conflitos que agitam os homens. A evolução do direito, analisada em sua generalidade, demonstra uma progressiva diminuição do formalismo jurídico. O direito das sociedades antigas é extremamente formalista.

O sistema jurídico antigo, assim, como o romano, por exemplo, estão intrinsecamente arraigados no sistema religioso, no apego a fórmulas e rituais que no direito tem o efeito da dependência a uma esfera mágico-religiosa.

Porém, o formalismo não desapareceu, apenas deu origem a um novo formalismo, mais adaptado, mais eficaz e necessário, da mesma maneira, para regular os comportamentos sociais. Assim, a evolução social leva a uma simplificação da vida jurídica, permitindo ao homem, dominar as instituições ao invés de ser dominado por elas. Nessa linha, a validade dos atos jurídicos está fundamentalmente ligada à integridade da vontade humana expressa.

#### **4O ENSINO JURÍDICO COMO REFLEXO SOCIAL, POLÍTICO E ECONÔMICO**

Entende-se, de modo geral, que o ensino jurídico está em crise, como reflexo da situação social, política e econômica do Brasil e, principalmente, como consequência de três fenômenos básicos:

- a) a profunda transformação que tem passado o Estado brasileiro, o que se expressa na intensidade legislativa;
- b) a dinâmica internacional que determina a ciência e a tecnologia como formas mais eficientes e eficazes de controle social;

c) a persistência do ensino jurídico em continuar dogmático e formalista.

No entanto, tem-se verificado que as exigências profissionais mudaram. O ambiente laboral exige um profissional, cada vez mais especializado e qualificado, com visão ampla (não meramente legalista), diferente daquele técnico ligado, exclusivamente, às atividades forenses. Mas o ensino jurídico, não acompanhou essa evolução. Permaneceu inerte, demonstrando, que em muitos casos, não superou as idéias do século XVIII. Reproduz, vertiginosamente, que a mera positividade da concepção do liberalismo é suficiente para gerar a democracia, e que o positivismo é o modelo epistemológico adequado, para a produção do conhecimento jurídico.

Observa-se que no ensino do direito a prática do positivismo se repete, transformando a sala de aula, em locais de reprodução das leis que se chocam com a realidade social, não permitindo ao aluno, que se transforme em um profissional, capaz de atender e de entender os diversos conflitos de interesses sociais, trazendo como conseqüência a transformação do ensino jurídico em um ensino exegetista, bloqueando o dinamismo do processo de aprendizagem.

No entendimento do professor Horácio Wanderlei Rodrigues,<sup>19</sup> a estrutura dos cursos de direito, se limitam a simples escolas da legalidade, onde a lei escrita se apresenta como elemento central baseado no sistema de leis em vigor e da jurisprudência dominante, obscurecendo as raízes sócio-culturais do fenômeno jurídico. Este, entende ainda, que ao aluno não é dado um instrumental conceitual que lhe permita intervir na construção da sociedade, lhe é dado, apenas uma idéia de soluções normativas garantidas para um momento histórico atual, fazendo com que as faculdades de direito, assumam uma atitude voltada para o passado, quando o seu verdadeiro papel, seria preceder pela pesquisa e pela reflexão.

Desta forma observa-se que a atual crise da educação jurídica no Brasil é multifacética, ou seja, atinge diversas instâncias e níveis da sociedade, com elementos internos próprios, diferentes da crise político-econômica. A situação de crise, exige uma análise integral, dialética, que possibilite a compreensão da realidade, verificando a estrutura, as operações e o funcionamento da realidade da atual conjuntura do ensino jurídico no Brasil.

O direito, entendido como instância simbólica e material, é o mais delineado instrumento de mediação das decisões políticas, pois o direito, institucionaliza a vontade política. O direito, assim, mostra-se como instrumento de solução dos problemas sociais e econômicos, desde que haja vontade política. Assim, o direito pode, numa sociedade complexa e plural, ser utilizado como mecanismo ideológico de encobrimento e omissão das desigualdades sociais, econômicas, políticas e culturais existentes.

O professor Horácio Wanderlei Rodrigues,<sup>20</sup> entende que, em determinadas situações, o direito é empregado para legitimar, por meio das normas positivas e

<sup>19</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei . *op. cit.*, p. 93-133.

<sup>20</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o ensino do direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

procedimentos formais, fundamentados, retoricamente, na idéia de igualdade e liberdade, a existência de uma sociedade que, efetivamente, aparece desigual e autoritária. Cria, ainda, por meio das normas programáticas e de direito humanos, a expectativa da construção da justiça e da democracia.

A crise do direito é reforçada por essa utilização na instância jurídica como instrumento programático e retórico de solução de crises políticas, econômicas e sociais. O direito se faz necessário como mecanismo capaz de pôr fim aos litígios e às crises sociais, no entanto, o direito não pode ser visto como elemento suficiente para resolver todas as questões emergentes. No momento em que se dá a desvinculação do direito com a realidade social e suas práticas, ocorre o nascimento e formação de uma crise de legitimação do próprio sistema jurídico e do paradigma ideológico, que lhe dá sustentação axiológica e retórica.

A crise do ensino no Estado brasileiro está inserida na crise do modelo político, econômico e social adotado, que procura concretizar as suas crenças e valores, por meio da instância jurídica. Desta forma, o positivismo reproduz, epistemologicamente, a identidade entre o direito e o Estado, presente no senso comum teórico dos juristas e no próprio imaginário social.

Assim, para que o ensino jurídico se torne transformador, é fundamental que tenha uma maior relação com a sociedade civil, e não com os interesses de grupos, que detêm o poder do Estado. É fundamental, também, que se preocupe com as atividades de pesquisa, conforme esclarece professor Horácio Wanderlei Rodrigues,<sup>21</sup> que entende que, para modificar a Ciência do Direito, deve-se deixar de lado a atual estrutura de produção de saberes e substituí-la por outra, mudando a abordagem cognoscente do ensino do Direito, e preocupando-se com as atividades de pesquisa e extensão.

## 5 CONCLUSÃO

A educação jurídica tem sua parcela de contribuição a fornecer para a modificação da ideologia do Estado, mesmo que, parcialmente, seu papel fundamental deva ser o de formar operadores jurídicos críticos e comprometidos com os valores sociais hegemônicos, buscando paulatinamente a construção de um novo Estado.

Quanto ao paradigma político-ideológico, o ensino jurídico é o motor propulsor da construção de um novo imaginário axiológico, comprometido com a democracia, a ética, a justiça social e a arquitetura de uma sociedade solidária.

A superação da crise do próprio sistema independe da vontade dos cursos jurídicos e de seus atores. Embora se perceba, que a busca de soluções efetivas, por meio do ensino, torna-se fundamental. Assim, o direito, no entendimento do professor Horácio Wanderlei Rodrigues<sup>22</sup> desempenha um papel essencial nos níveis simbólicos e

<sup>21</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o ensino do direito no século XXI**: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

<sup>22</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o ensino do direito no século XXI**: diretrizes

materiais. Atualmente, a perspectiva simbólica se reduz à reprodução das crenças, valores e “pré-conceitos” jurídico-políticos de um certo liberalismo que objetiva a manutenção do *status quo*, porém, em uma análise mais profunda, deve-se entender, que os cursos jurídicos devem ser instrumentos de resgate da cidadania.

Assim, todo ato pedagógico está interligado a um saber em prejuízo de outro, é arbitrariedade de um arbítrio cultural. O ensino jurídico não difere da regra. Ensinar o direito é sempre ensinar um ponto de vista possível de observar e aplicar o contexto jurídico, desta forma, é importante uma análise do ser jurídico, pois toda ciência é um processo de conhecimento que ocorre, por meio de um método específico, que produz um objeto certo, e esse conhecimento é o ensino transmitido.

Mudar o ensino jurídico pressupõe transformar o próprio conhecimento a ser transmitido e, por consequência, o paradigma dominante de ciência. Para Marques Neto,<sup>23</sup> em qualquer sociedade humana, a presença do conhecimento é uma constante, assim, no estudo de qualquer um dos ramos das ciências, é de fundamental importância a compreensão do processo de formação do conhecimento. Desta forma, no momento em que a estrutura de produção dos saberes for substituída, modifica-se a ciência jurídica. Mas, para que isso ocorra, é necessário uma mudança do método de abordagem, abrindo o leque de aspectos do objeto. Essa mudança, não pode ser confundida com uma simples troca de paradigma, pois, se assim ocorrer, permanecerá o autoritarismo do saber, negador da pluralidade ideológica, política e social.

Para mudar, é necessário utilizar instrumentos capazes de elaborar um novo objeto para a ciência e para o ensino do direito, vinculando-o a realidade social, não desprezando o método que influencia e determina o conteúdo. Na produção do saber do direito, práticas tradicionais de pesquisa jurídica devem ser modificadas a partir de uma crítica epistemológica das teorias dominantes, transformando as escolas de direito em produtoras de idéias. Dentro deste contexto, observa-se que o direito é apreendido pelo método, transmitindo-se ao aluno o objeto construído, ou seja, o conhecimento produzido.

Desta forma, é essencial a modificação do paradigma positivista da ciência do direito, apresentado pelo método formal, pois este tem servido, apenas, para descrever o real e para elaborar a exegese do direito positivo em vigor. No entendimento da professora Marilena de Souza Chauí,<sup>24</sup> a educação tem que proporcionar autonomia, despertando a consciência de uma sociedade democrática e aberta, que respeite o princípio democrático da informação dos seus cidadãos.

Assim, atualmente, a forma mais democrática de ensinar o direito é comprometê-lo com a vida e com a justiça social concreta, para que não haja restrições à produção do conhecimento. O ensino jurídico deve mudar a sua forma de transmitir o direito e alterar a sua forma de apreendê-lo para que possa ser conhecido na sua totalidade, permitindo um aprendizado adequado a realidade.

curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

<sup>23</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. São Paulo: Renovar, 2001.

<sup>24</sup> CHAUI, Marilena. **Escritos sobre a universidade**. São Paulo: UNESP, 2001.

## **REFERÊNCIAS**

CHAUÍ, Marilena. **Escritos sobre a universidade**. São Paulo: UNESP, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FOUCAULT, Michel. **O homem e o discurso: arqueologia de Michel Foucault**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. São Paulo: Renovar, 2001.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

\_\_\_\_\_. O Direito que se conhece e ensina: a crise do paradigma epistemológico na área do Direito e seu ensino. In: FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.). **A crise do conhecimento jurídico: perspectivas e tendências do direito contemporâneo**. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 93-133.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.