

O PRAGMATISMO COMO ALTERNATIVA À LEGALIDADE POSITIVISTA: O MÉTODO JURÍDICO- PRAGMÁTICO DE BENJAMIN NATHAN CARDOZO.

George Browne Rego¹

“É uma questão de grau se a lei que toma minha propriedade e limita minha a conduta, prejudica minha liberdade de maneira indevida. Assim, dever de um juiz se torna também uma questão de grau, e ele é um juiz útil ou um juiz medíocre quando calcula a medida de forma exata ou imprecisa. Ele deve equilibrar todos os seus ingredientes, sua filosofia, sua lógica, suas analogias, sua história,

seus costumes, seu senso do direito e todo o resto, e acrescentando um pouco aqui e retirando um pouco ali, deve determinar do modo mais sábio que puder qual peso fará pender a balança. (...) Após ter terminado o cansativo processo de análise, deve haver para todo juiz uma nova síntese que ele terá de fazer por si mesmo. O máximo que ele pode esperar é que, com muito pensamento e estudo, com anos de prática como advogado ou juiz e com a ajuda daquela graça interior que chega de vez em quando ao eleito de qualquer vocação, a análise possa ajudar um pouco a tornar a síntese verdadeira.”²

A opção pela assertiva de Cardozo acima enunciada, a título de introdução ao presente estudo, não pretende apenas esteticamente constituir, como às vezes ocorre no frontispício de alguns trabalhos acadêmicos, uma referência bibliográfica

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE e da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Pós-doutorado pela Universidade de Oxford. Membro do *College of Preceptors* – UK. Ex-Reitor da UFPE

² CARDOSO, Benjamin Nathan. *A Natureza do Processo Judicial in Morris Clarence org. Os Grandes Filósofos do Direito*. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 540.

ca ilustrativa que empreste uma tonalidade um tanto quanto literária ao conteúdo que se pretende investigar. Sua eleição tem como objetivos:

a) Fazer com que, didaticamente, os seus ouvintes, ou leitores imirjam, de um só golpe, no cerne do tema que doravante será aqui discutido, a saber: a partir da concepção metodológica positivista, apresentar uma amostra da abordagem filosófico-pragmática desenvolvida por Cardozo e suas implicações e aplicações para a problemática jurídica;

b) Considerar alternativamente que, por mais elucidativo que um texto possa parecer, ele se torna pobre em relação ao inesgotável potencial interpretativo que suscita. Por conseguinte, ele estará sempre aberto ao contínuo exercício espiritual da arte hermenêutica, na sua incansável faina de trazer à tona o que a própria textura escrita do texto oculta e que, por si mesma, não é capaz de revelar. Por conseguinte, o texto de Cardozo, não obstante a sua evidente clareza, convida a que se busque desvelar implicações de natureza jurídico-pragmática que se abrigam na

intimidade da morada do direito.

Portanto, o primeiro passo a ser dado, antes que se tente propriamente abordar as implicações metodológicas inerentes à natureza da filosofia pragmática consiste em procurar averiguar, sumariamente, em que sentido o termo método foi concebido na modernidade recente, particularmente no que concerne à sua relevância para o conhecimento científico nas suas diferentes formas de manifestação. Sem sombra de dúvidas é o Positivismo a corrente filosófica que representa à alternativa concorrente a do pragmatismo a mais conspícua e que obteve maior amplitude e relevância nesse cenário, pelo fato de através de um retorno às bases de uma nova epistemologia de cunho empiricista passar a constituir uma alternativa às filosofias especulativas que prevaleciam à época, particularmente a do idealismo alemão.

Ao lado dessa preocupação em delinear o sentido do método científico positivista, torna-se paralelamente pertinente tecer certas considera-

ções acerca de alguns aspectos relacionados ao seu uso, às variações e possíveis adaptações que se submeteu no curso da sua evolução. Com isso, poder-se-á ter uma melhor noção acerca dos limites e das possibilidades da sua abrangência e funcionalidade quanto às diferentes esferas do conhecimento humano que se propõe a investigar, nomeadamente a jurídica. A etapa que se segue a essas sintéticas considerações acerca do método positivista tem por escopo delinear as bases nas quais se assenta a proposta lógico-metodológica pragmática, para que, a partir disso, seja possível de modo mais adequado, mediante a justaposição dos dois modelos, por em realce, à luz de uma análise comparativa, o que mais precisamente distingue e contrasta as propostas que fluem do pragmatismo, daquela que se apóia nos pressupostos da metodologia científica antecedente.

Sucessivo às premissas acima, procurar-se-á reduzir a amplitude do enfoque, direcionando-o estritamente ao campo do direito, de sorte que se possa então por em relevo sua

instrumentalidade e, numa certa medida, deixar vir à tona - de um ponto de vista estritamente metodológico - algumas semelhanças e contrastes entre o método visto sob a perspectiva lógico-pragmática e o seu contraponto. Com isso, por fim, presume-se, ficará a critério do analista, com base na sua imaginação e suas próprias inferências, fazer um mais claro e preciso escrutínio das eventuais virtudes e inconsistências que porventura venham a ser identificadas nos paradigmas metodológicos sob análise, bem como sobre a sua pertinência e o alcance na compreensão do fenômeno jurídico.

No panorama intelectual moderno, em especial aquele que se delineou durante o século XIX, uma das concepções que mais suscitou problemas de natureza metodológica, tanto pela sua relevância quanto pelo seu caráter controverso, foi o Positivismo. Suas propostas empolgaram e preocuparam, como até hoje ainda empolgam e preocupam, grande parte dos pensadores nos mais diferentes ramos do saber científico e filosófico.

Não é simples desenraizar e trazer à luz os seus antecedentes históricos. Sua afinidade com o Empiricismo remete as suas origens a pensadores que perpassaram a trajetória do pensamento moderno em diferentes períodos, a exemplo de Francis Bacon, Thomas Hobbes, David Hume August Comte. John Stuart Mill, Bertrand Russell, Frege, Schröder, Hilbert e tantos outros. Convencionalmente, todavia, tem-se atribuído a Augusto Comte o papel de fundador do Positivismo moderno.

Esquemáticamente, poder-se-ia identificar três fases em que o corpus da concepção positivista pode ser desdobrado:

a) O Positivismo Clássico cujas características gerais podem ser sumarizadas da seguinte forma: constituindo-se uma espécie de derivação do idealismo filosófico, insere-se numa das vertentes do idealismo subjetivista, cuja tônica fundamental reside na ênfase atribuída à consciência do sujeito e o papel das sensações, marcado por um ceticismo oriundo da constatação da impossibilidade humana de apreender princí-

pios absolutos e muito menos de compreender a origem do universo. O conhecimento humano limita-se, apenas, a observar, sistematicamente, os fenômenos com vistas a explicar as relações existentes entre eles. Se o pensamento é inserido nessa camisa de força que é o reduzir-se estritamente à pura observação da realidade fática, então a imaginação torna-se, apenas, uma escrava da observação, e, em conseqüência, o papel da razão limita-se a, do ponto de vista lógico, procurar descrever, explicar e prever o curso dos fenômenos. Teoricamente, contudo, Comte admite que a ciência não é simplesmente uma serva dos fatos. Assim, não há, em última análise, uma necessária indissociabilidade entre teoria e prática. Para esse pensador a ciência tem, precipuamente, uma missão superior àquela da mera aplicabilidade aos interesses utilitários do comércio e da indústria. Sua meta essencial é atender os anseios mais fundamentais da própria inteligência, no seu afã de conhecer as leis que regem os fenômenos naturais, enquanto a filosofia dedicar-se-ia ao estudo das

generalidades de todas as ciências. Como salienta Rovighi³, a filosofia no pensamento de Comte consiste em:

“determinar, exatamente, o espírito de cada uma delas (ciências), em descobrir as suas relações e conexões, em resumir, se é que isso é possível, todos os seus princípios próprios em um número mínimo de princípios comuns, em conformidade com o método positivo.”

O positivismo de Comte pode, então, ser sintetizado como uma lógica do conhecimento científico, ou seja, como uma metodologia da ciência. Essa epistemologia positivista, na forma como foi configurada, representa filosoficamente:

“o único meio racional verdadeiro para evidenciar as leis lógicas do espírito humano” as regras gerais para empreender com segurança a busca da verdade”. De outro modo, teremos a ilusão de compreender o

que é o método positivo ‘só por ter lido os preceitos de Bacon ou o Discurso de Descartes”.

Cumpra aqui, de logo, destacar dois aspectos que serão relevantes à distinção entre o método positivista e o pragmático. O primeiro, pertence à ruptura epistemológica entre teoria e prática; o segundo, à dificuldade de viabilizar, metodologicamente a pretensa neutralidade que impregna os postulados positivistas, diante dos princípios da moralidade, tema a ser posteriormente discutido.

b) O Empirio criticismo. O uso dessa expressão é introduzido no cenário filosófico do século XIX através de Avenarius. Foi, contudo, Ernst Mach quem melhor o explicitou e difundiu, tornando-se, desse modo, um dos seus mais ilustres representantes.

Mach foi um famoso físico, embora dotado de uma imensa preocupação com os fundamentos filosóficos do conhecimento científico. Ele pretende demonstrar que existe um salutar intercâmbio entre a ciência e a filosofia. Desse modo, tanto os filósofos têm aber-

³ ROVIGHI, Sofia Vanni. *História da Filosofia Contemporânea*. Ed. Loyola: S.Paulo, 2001, pp.127/8

to novas perspectivas para uma maior compreensão da ciência, quanto os cientistas têm contribuído para a ascensão do pensamento filosófico. Em síntese, todo filósofo apóia-se num determinado ramo da ciência para que o seu trabalho progrida, da mesma sorte que os cientistas têm, por trás do seu labor, uma filosofia.

Mach parte do suposto que a base de todo o conhecimento reside nas sensações que são dados originários que não se confundem propriamente, nem com o objeto nem com o sujeito. Desse modo não existe um eu, pois o sujeito é um feixe de sensações, nem tampouco, por trás dessas sensações existem as coisas em si mesmas; as coisas, similarmemente, nada mais são do que conjuntos de sensações. Mas é, sobretudo, o conceito que Mach desenvolve sobre o que é a ciência que caracteriza essa vertente do positivismo e que, numa considerável medida, serviu de base para a terceira dimensão do positivismo, a saber, o Neopositivismo. Sua proposta científico-metodológica, como ele inicialmente a descreve, consiste

em que devemos conduzir a investigação científica até aqueles elementos que provisionalmente não podemos ultrapassar. A partir de então se desvelam aquelas duas categorias que constituem o problema que atormenta a investigação filosófica – são elas: o que é a coisa em si e em que consiste esse eu insondável que ronda aporeticamente a imaginação dos pensadores. Mach considera que não se trata, propriamente, de um problema e sim de um pseudoproblema, devendo, como tal, ser excluído das nossas preocupações, porque além de insolúvel representa uma fútil e inócua digressão filosófica. Excluído, então, o que não tem sentido estar presente numa investigação, fazemos emergir, através das ciências particulares, numa perspectiva puramente empírica, as relações entre objetos e conceitos de sorte a ordená-los tipologicamente.

De acordo com a sua conhecida doutrina filosófica da “economia do pensamento” Mach conclui que da enorme multiplicidade e variedade de objetos que se oferecem ao conhecimento humano seu

volume excede a capacidade intelectual de armazená-los e incorporá-los ao arsenal das suas experiências. Portanto, é fundamental condensá-las o máximo possível em formas reduzidas. Essa sumarização torna-se a *conditio sine qua* necessária ao progresso científico, gerando assim, uma considerável economia na capacidade de pensar. Como bem caracterizou Pierre Duhem⁴:

“Une telle condensation d’une foule de loi em um petit nombre de principes est une immense soulagement pour la raison humaine qui ne pourrait, sans un pareil artifice emmagasiner les richesses nouvelles qu’elle conquiert chaque jour.

La reduction des lois physiques em théories contribue ainsi à cette economie intellectuelle em laquelle M. E. Mach voit le but, le principe directeur de la Science.”⁵

⁴ DUHEM, Pierre. *La Théorie Physique Son Object – sa Structure*. Librairie Philosophique J. Vrin: Paris, 1997, p.27.

⁵ “Uma tal condensação de uma multidão de leis em um pequeno número de princípios é um imenso

Uma segunda consequência da sua teoria é que nenhuma ciência pode solucionar todos os problemas que lhes são suscitados. Isso porque, muitos problemas, como vimos, são deixados à margem porque não conduzem a nada, são pseudo-problemas, problemas mal formulados; outrossim, faz parte do desenvolvimento de uma ciência afastar problemas mal colocados e sem sentido. Para ele, finalmente, não há como fragmentar a unidade do conhecimento científico, pois, todas as ciências se subsumem numa só. Se pretendesse reduzir, numa só premissa, o empiriocriticismo à sua essencialidade, poder-se-ia afirmar que seu ponto de partida consiste na rejeição de qualquer tipo de conhecimento metafísico, não propriamente porque se o julgue falso, mas, simplesmente, porque lhe fale-

alívio para a razão humana que não poderia sem um semelhante artifício armazenar as novas riquezas que ele conquista cada dia.

A redução das leis físicas em teorias contribui assim para essa economia intelectual na qual Ernst Mach viu o fundamento do princípio diretor da Ciência.”

ce qualquer significado. Esta é uma das diferenças fundamentais entre o positivismo clássico e o neopositivismo, particularmente em relação ao seu mais recente desdobramento: o positivismo lógico. Este emerge na modernidade, a partir das contribuições filosóficas, científicas e lógicas de um grupo de intelectuais que informalmente se reunia num Café, em Viena e que, posteriormente, passou a ser identificado sob a epígrafe de Círculo de Viena, como se verá a seguir.

c) O Positivismo Lógico e o Círculo de Viena correspondem assim a esse terceiro e mais recente desdobramento doutrinário do Positivismo. e que tem, como já mencionado, o seu referencial histórico atribuído às reflexões de um grupo de cientistas, composto, predominantemente mas não exclusivamente, por físicos, matemáticos, cientistas naturais, etc., muito embora dele também participassem alguns filósofos sociólogos e juristas.

Um apanhado ilustrativo das idéias que inspiraram o positivismo lógico e das suas propostas metodológicas está contido no Manifesto progra-

mático do Wiener Kreis. Os princípios que inspiraram o positivismo lógico pressupunham a construção de uma ciência unificada (*Einheitswissenschaft*). Essa estrutura global do conhecimento científico pretendia incorporar dentro de um mesmo conjunto, os achados científicos das ciências físicas e naturais, da psicologia, das matemáticas, etc. Seria, entretanto, necessário que se concebesse um modelo metodológico que pudesse abrigar e dar unidade e coerência aos conteúdos dessas distintas dimensões do saber científico. Para tanto, propunham que o método lógico, concebido por Peano, Frege, Whitehead e Bertrand Russell, fosse introduzido nas suas investigações. Com isso, pretendia-se eliminar as interveniências metafísicas que bloqueavam o progresso da ciência, cujos resíduos, inclusive, ainda poderiam ser detectados como uma herança de Kant - apesar do avanço que sua teoria crítica tinha patrocinado nesse particular -, tornando assim mais claros os conceitos e teorias das ciências empíricas, bem como os fundamentos matemáticos que

lhes dão sustentação. Mas o pano de fundo que dá sustentabilidade à teoria neopositivista reside no postulado verificacionista. Nesse sentido:

“o princípio da verificação constitui o critério de distinção entre proposições sensatas e proposições insensatas, de modo que tal princípio se configura como critério de significância que delimita a esfera da linguagem sensata da linguagem sem sentido que leva à expressão o mundo das nossas emoções e dos nossos medos.”⁶

Do exposto, infere-se que proposições sensatas são unicamente aquelas que defluem de uma verificação empírica e que a matemática e a lógica são convenções tautológicas que não se referem diretamente ao mundo dos objetos reais. Quanto à filosofia, sua competência limitava-se, simplesmente, a proceder a análise das proposições científicas sob dois aspectos: o semântico, a

saber, aquele que trata das relações entre a linguagem e a realidade, e a sintaxe, referente às relações existentes entre os próprios sinais que integram a linguagem; nesta última hipótese, a tarefa da filosofia consistiria nomeadamente, em através da mesma, procurar clarificar o discurso científico. É o que, de forma mais radical e categórica, propõe Rudolf Carnap⁷ na sua obra *Logical Syntax of Language*, quando afirma que a Filosofia:

“is to be replaced by the logic of science – that is to say by the logical analysis of the concepts and sentences of the sciences, for the logic of science is not other than the logical syntax of the language of science.”⁸

⁷ Carnap, Rudolf, in *Logical Positivism*, Ed. by A. J. Ayer, :The Free Press, New York, 1959, p.24.

⁸ “deve ser substituída pela lógica da ciência, ou seja, pela análise lógica dos conceitos e das proposições das ciências, já que a lógica da ciência não é outra coisa senão a sintaxe lógica da linguagem da ciência”

⁶ REALE, Giovanni. *História da Filosofia*. V. III. Ed. Paulinas: S.Paulo, 1990, p.994.

Esse postulado que excluiu qualquer possibilidade de direcionar a investigação filosófica para a esfera da realidade tornou-se, não obstante as diferentes tonalidades interpretativas que lhe atribuíram os integrantes do Círculo de Viena, um consenso entre seus participantes. Nesse sentido, só às ciências particulares compete a abordagem dos objetos do mundo real. Em conseqüência, para os positivistas lógicos, não se poderia cogitar de objetos e valores de natureza transcendente ou quaisquer preceitos normativos de caráter absoluto por carecerem de conteúdo e, portanto, considerados problemas sem sentido. Desse modo - admite Victor Kraft⁹ - torna-se problemático definir com clareza o estatuto do saber filosófico - como Schilick tentara propor no seu "*Erkenntnis*" - e estabelecer as bases de uma concepção positiva para o mesmo, uma vez que a sua redução a um mero instrumento de clarificação dos significados das palavras e das proposi-

ções redundaria, eventualmente, no fim da própria filosofia, na medida em que as ciências fossem progredindo de maneira integrada e solidária¹⁰:

"Philosophy is not a system of truths and therefore does not constitute a special science; rather it consists in 'that activity by which therefore meanings of propositions are ascertained or clarified. Philosophy clarifies propositions, science verifies propositions. The latter is concerned with the truth of propositions, the former, however, with the question what exactly propositions mean' In this sense, philosophy it is not a science with a subject-matter of its own, but a method which is employed in the special sciences whenever and wherever there occur obscurities. We thus confront the paradoxical result that progress toward scientific solidarity undermines the very *raison d'être* of phi-

⁹ KRAFT, Victor: *The Vienna Circle*. Greenwood Press: New York, 1969, p. 188.

¹⁰ FARRELL, Martin Diego. *La metodología Del positivismo lógico: Su aplicación al derecho*. Editorial Astrea: Buenos Aires, 1979 pp.133/34

losophy conceived as a science.”¹¹

A propósito do “status” das normas de conduta e da natureza transcendente atribuída aos objetos valoráveis, já acima assinalado, cumpre ainda indagar como, à luz do positivismo lógico, as proposições éticas seriam então interpretadas. Para os integrantes do Círculo de Viena os juízos de valor teriam um conteúdo puramente emotivo e não descritivo. Dessa sorte, eles expres-

sam apenas os sentimentos do sujeito falante ou descrevem as atitudes deles resultantes. Nesse sentido, não são nem verdadeiros nem falsos. Como afirmava Schlick, aquele que se aventura a investigar problemas de natureza ética não deve converter-se em moralista, pois, em assim o fazendo, deixa de ser investigador para tornar-se predicador.

Na mesma esteira segue Ayer¹² que também não atribuí sentido significativo aos enunciados de valor declarando serem eles o produto das emoções humanas e, nessa mesma linha de análise, não devem ser considerados verdadeiros ou falsos. Trata-se, simplesmente de conceitos sem qualquer validade para o mundo real. Para ele:

“Los conceptos éticos fundamentales no son analizables, ya que non existe ningún critério mediante el cual se pueda poner a prueba la validez de los juicios em que aquellos figuran. La razón por la cual non son

¹¹ “A Filosofia não é um sistema de verdades e desse modo não constitui uma ciência especial; antes ela resulta daquela ‘atividade pela qual os significados das proposições são averiguados ou clarificados. A Filosofia clarifica proposições, a ciência verifica proposições. A última está preocupada com as verdades das proposições, a primeira, entretanto, com a questão do que as proposições significam.’ Nesse sentido, a Filosofia não é uma ciência com seu próprio objeto e conteúdo, mas um método o qual é empregado nas ciências especiais nos momentos e nas circunstâncias em que venham a ocorrer obscuridades. Nós então nos confrontamos com o paradoxal resultado de que o progresso que conduz à solidariedade científica solapa a verdadeira razão de ser da filosofia concebida como ciência.”

¹² AYER, A. J. *Language, Truth and Logic in Farrell, Martin Diego*. Op. Cit. p.140.

analizables es que son meros pseudoconceptos; la presencia de um símbolo ético em uma proposición no agrega nada a su contenido fáctico. En consecuencia se yo digo ‘Usted há obrado mal al robar esse dinero’ non afirmo más do que habria afirmado diciendo simplemente ‘Usted há robado esse dinero’. Al agregar que la accion es mala non hago ninguna nueva aserción a su respecto; manifesto sencillamente mi desaprobación moral respecto de ella, como se yo hubiera dicho ‘Usted há roubado esse dinero! Com um particular tono de horror. Claramente se vê que aqui non se dice nada que pueda ser verdadero ni falso’¹³

¹³ “Os conceitos éticos fundamentais não são analisáveis, já que não existe nenhum critério mediante o qual se possa colocar à prova a validade dos juízos em que aqueles figuram. A razão pela qual não são analisáveis é que são meros pseudo-conceitos; a presença de um símbolo ético em uma proposição não agrega nada ao seu conteúdo fáctico. Em consequência se eu digo ‘Você agiu mal ao roubar esse dinheiro’ não afirmo mais do que teria afirmado dizendo simplesmente ‘Você roubou esse dinheiro’. Ao agregar que a ação é má não

O último passo é então procurar verificar como, partindo dos pressupostos do positivismo lógico, foi possível construir as bases de uma ciência normativa do dever-ser.

O arquiteto desse engenho metodológico foi o filósofo e jurista vienense Hans Kelsen. Seu edifício jurídico-doutrinário apóia-se numa considerável medida, nas suas mais polêmicas obras dentre as quais destacam-se: *Hauptprobleme der Staatrechtslehre*, Problemas Fundamentais da Teoria Jurídica do Estado e *Reine Rechtslehre*, Teoria Pura do Direito. Kelsen foi um dos integrantes do Círculo de Viena, compartilhando com os demais algumas premissas fundamentais do Positivismo Lógico, particularmente, a do verificacionismo e da sua conseqüente rejeição às proposições de natureza metafísica

faço nenhuma nova asserção a seu respeito; manifesto simplesmente, minha desaprovação moral a respeito dela, como se eu houvesse dito ‘Você roubou esse dinheiro!, com um particular tom de horror. Claramente se vê que aqui não se diz nada que possa ser verdadeiro nem falso.’”

voltadas à análise de valores e princípios ético-normativos. Para ele, portanto, como para os demais integrantes do Círculo de Viena, nada que ultrapassasse os limites da ciência fazia sentido. E ciência, para o Positivismo Lógico no qual Kelsen se inscreve é, tanto na sua acepção particular como na sua totalidade um sistema de cognições.

O Fisicalismo Kelseneano, termo que se incorporou à doutrina, consistia numa tentativa de criar uma linguagem unificada que servisse indistintamente a qualquer ciência. Como então encontrar um *locus* apropriado para a ciência do Direito no contexto dos demais saberes? Segundo Kelsen, o Direito é uma ciência ao mesmo tempo positiva e realista. A realidade, contudo, para Kelsen - coerente com a própria tradição do Positivismo Lógico - encontra-se dissecada de qualquer conotação relativa ao homem nas seus aspectos sociais, históricos ou mesmo pragmáticos. Para ele, o real é estritamente criado por e decorrente do próprio pensamento; assim sendo, se o mundo é criado pelo pensamento, a

própria realidade resume-se àquilo que é pensado; conseqüentemente, isso implica outróssim que o real, para se tornar acessível ao conhecimento, pressupõe a sua redução a uma dimensão puramente idealista-subjetivista do saber. . Especular, por conseguinte, sobre a origem das normas éticas implicaria descer ao território sociológico e psicológico e extrapolar as fronteiras da ciência do Direito. Sendo este, como ficou caracterizado, ao mesmo tempo, realista e idealista, isso resulta numa contradição; sua possível embora inócua conciliação corresponderia, analogamente, à tentativa de interpretar o platonismo como uma análise da realidade sob uma perspectiva puramente empírica e cientificista . Aliás, um dos expoentes do Positivismo Lógico, Carnap, já houvera advertido de que se curvar sobre as ações humanas nas suas raízes sentimentais e volitivas constituiria um esforço inútil, uma vez que essas ações e os seus efeitos não podem ser jamais demonstrados por não disporem de validade científica. A dos enunciados de valor, concluiu Carnap,

não se poderia deduzir qualquer enunciado que assegure a veracidade ou não das experiências futuras, posto que sua análise não pode submeter-se ao critério da verificabilidade.

Kelsen como herdeiro dessa tradição neo-kantiana, adota, assim, como pressuposto da sua Teoria Pura do Direito a incomunicabilidade entre o mundo do *Solen* (dever-ser) e o do *Sein* (ser). Como salienta Kaufmann, um dos seus renomados discípulos, a partir desse dualismo metodológico e em conformidade com ele, cria-se um abismo entre a perspectiva descritiva explicativa e a prescritiva normativa.

“Na ‘teoria pura do direito’, apenas está em causa esta última (prescritiva normativa) Contudo, enquanto teoria positivista, ela apenas pode ter por objecto as estruturas formais (lógicas) das normas jurídicas, não os seus conteúdos, já que esses não são acessíveis ao conhecimento científico. Para Kelsen a justiça é apenas ‘um bonito sonho da humanidade’;

nós não sabemos o que ela é e nunca o viremos a saber.”¹⁴

Sendo, como previra Kelsen, o Direito é uma entidade que prescreve, autoriza, imputa, exculpa esses atos que só podem tornar-se efetivos mediante normas que disciplinem essas condutas.

Na sua estrutura, os fatos jurídicos são, simultaneamente, naturais e sociais. Todavia, Kelsen pretende elaborar uma nova concepção doutrinária, caracterizada por uma rigorosidade e pureza científicas que ressalte o carácter genuíno e distintivo do Direito enquanto sistema normativo. . O estatuto que rege essa nova ciência afasta-se do que ele intitulou de jurisprudência tradicional, que preponderou durante o século XIX e XX e que implicava uma espécie de síntese metodológica envolvendo o conteúdo do direito com o das ciências sociais e humanas, o que se conflita com a sua aspiração de estabe-

¹⁴ KAUFMANN, A. e HASSEMER W. (Org). *Introdução à Filosofia do Direito e a Teoria do Direito com temporâneas*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1994.p.179. .

lecer um sistema caracterizado por sua pureza metodológica.

Kelsen procura demonstrar a relevância de se elaborar uma teoria jurídica do Direito e do Estado cujo postulado metodológico assegure uma objetividade e um equilíbrio social que possa torná-la como ele mesmo declara, uma ciência jurídica livre dos influxos tanto daqueles que detém o poder com dos que a ele aspiram. É nesse sentido que no Prefácio à primeira edição da sua *Teoria Pura do Direito* ele assim se manifesta:

“Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é purificada de toda ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade, porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que – aberta ou veladamente – se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências

endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objectividade e exatidão.”¹⁵

O sistema unitário de direito idealizado por Kelsen tem como pressuposto a decantada norma fundamental. Ela representa, para ele, a *ratio essendi* do seu sistema de direito, e seu papel consistia em dar suporte constitutivo à sua natureza lógico-jurídica. Equivocadamente, pensadores como Menger admitiram que a teoria kelseniana considerava a norma fundamental como constituinte do sistema jurídico-positivo ao que Kelsen contra-argumenta afirmando que nunca pretendia deduzir da norma fundamental o conteúdo das normas jurídicas concretas e sim o seu fundamento de validade¹⁶.

Pelo que se pode observar, da leitura da obra *Teoria*

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Armênio Amado Editora: Coimbra, 1984, p.7.

¹⁶ Op. Cit., pp 274/5.

Pura do Direito, Kelsen não pretendia dar continuidade ao tradicional edifício jurídico que vinha histórica e culturalmente se delineando; nem simplesmente reformulá-lo. Seu propósito - como ressalta Arnaldo Vasconcelos¹⁷ - consistira em demoli-lo para, sobre os seus escombros, construir teoricamente um nova ordem para o Direito.

Se a teoria pura do direito constitui o ponto de partida da concepção de Kelsen, diga-se, o momento paradigmático da sua doutrina, ela não chega, entretanto incólume ao seu epílogo. A honestidade intelectual que sempre caracterizou a personalidade de Kelsen fê-lo publicamente reconhecer a inconsistência do seu argumento inicial. Na sua obra *Teoria Geral das Normas*, ele confessa ter abandonado a tese do caráter hipotético da norma fundamental a qual passa a constituir uma construção puramente intelectual e volitiva de caráter nitidamente fictício, inspirada no modelo de Hans Vaihinger

(Die Philosophie des Als-Ob
Filosofia do Como-Se:

“A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas (...) não é positiva, mas meramente pensada, e isso significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou ‘verdadeira’ ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como é contraditória em si mesma.”¹⁸

Ademais, por não prever nenhum conteúdo, a norma fundamental, qualquer que seja a sua conceituação, tem como propósito primeiro desentranhar o direito de quaisquer implicações jusnaturalistas. Ao retirá-la do contexto do sistema jurídico positivo, retira-se dele, automaticamente, questões de ordem principiológica que necessariamente entrelaçariam o Direito à Moral.

¹⁷ VASCONCELOS, Arnaldo. *Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos*, Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Sérgio Antônio Fabris Ed.: Porto Alegre, 1986, p.328

Analogamente, os conceitos de norma primária e norma secundária que passam também a sofrer uma inversão quanto ao papel que devem desempenhar no sistema puro de direito. Na primeira formulação da sua teoria, Kelsen considera a norma descritiva, ou seja, a que descreve uma conduta, como primária, enquanto que a norma que prescreve uma sanção à violação da anterior como secundária.

“Admite-se que a distinção de uma norma que descreve uma certa conduta e de uma norma que prescreve uma sanção para o fato de violação da primeira é essencial para o Direito, então precisa-se qualificar a primeira como norma primária e a segunda como norma secundária – e não ao contrário como foi por mim anteriormente formulado.”¹⁹

Não se pode excluir a possibilidade de considerar que essas assinaladas mudanças na teoria de Kelsen tenham, em parte, sido provocadas pelo impacto de certos aconteci-

mentos que marcaram a vida desse pensador austríaco. O ter sido exposto à dramática situação de refugiado, por exemplo, primeiro na Suíça e posteriormente nos Estados Unidos, em função do fato de ser judeu e desse modo perseguido pelo regime nazista que se instalara na Alemanha, proporcionou-lhe, em contrapartida - ao lado da sua já mencionada integridade moral e intelectual que lhe impunha o dever de reconhecer os seus próprios equívocos - a abertura de novas perspectivas no plano cultural, filosófico e notadamente jurídico. Tudo isso, conjuntamente, deve ter contribuído para que Kelsen não mantivesse como pretendia, ao longo da sua extensa vida que abrangeu mais de sessenta anos de efetiva produtividade, uma coerência doutrinária que desse uma sistemática seqüência e consequência ao seu trabalho.

Quando professor na Califórnia, em um artigo intitulado *Direito, Estado e Justiça na Teoria Pura do Direito*, no *Yale Law Journal* observa-se que Kelsen já tentava adaptar suas reflexões à realidade socio-

¹⁹ Op.Cit. p. IX.

cultural e política do sistema da *Common Law*. Diz ele:

“O Direito pode ser objeto de diversas ciências; a Teoria Pura do Direito, nunca pretendeu ser a única ciência do Direito possível ou legítima. A Sociologia do Direito e a História do Direito são outras.(...) Elas, juntamente com a análise estrutural do Direito, são necessárias para uma compreensão completa do fenômeno complexo do Direito.”²⁰

Ao procurar relativizar os cânones radicais da sua pureza metodológica, Kelsen começava a admitir que existe uma certa funcionalidade da sociologia jurídica no sentido de complementar, através da jurisprudência, o sentido da norma. Eis a evidência da suas rupturas com os postulados originais da sua doutrina, pois enquanto na sua primeira formulação ele afirma que não importa examinar o processo de formação do Direito, na segunda, declara que à teoria pura compete investigar como

o direito se origina e qual a dinâmica da sua criação.

Arnaldo Vasconcelos analisa a obra de Kelsen na chamada fase norte-americana, para demonstrar que houve uma guinada quanto aos objetivos da sua pesquisa, citando literalmente o filósofo vienense acerca dos objetivos da sua Teoria geral do Direito e do Estado afirma que o seu propósito:

“é antes de tudo reformular que meramente republicar pensamentos e idéias expressos nas edições alemã e francesa. Essa reformulação atende duplo objetivo : “apresentar os elementos essenciais daquilo que o autor veio a chamar teoria pura do Direito de modo a aproximá-la dos leitores que cresceram em meio às tradições e à atmosfera do Direito consuetudinário” e segundo, “dar a esta teoria uma formulação tal que a capacitasse a abranger os problemas e as instituições do Direito inglês e americano além daqueles dos países que adotam o Direito

²⁰ VASCONCELOS, Arnaldo Op. Cit. p.171.

Civil, para os quais ela foi originalmente formulada.”²¹

O Professor Arnaldo Vasconcelos, por fim, procurou destacar a inviabilidade do esforço de Kelsen no sentido de postular essa neutralidade científica, tão cara e essencialíssima à sua formulação doutrinária, argumentando:

“Kelsen adotou o conceito neo-kantiano de realidade pensada ou ideal, fundada no princípio de que o mundo é criação do pensamento. É de indagar-se, então: como criar o mundo de improviso, como fazê-lo com ausência de critérios, como construí-lo sem valoração? Nietzsche, bem próximo de Kelsen, com antecedência já desvendara o processo: ‘nada que possua valor neste mundo o possui por si mesmo, segundo sua natureza – a natureza é sempre sem valor: atribuir-se-lhe certa feita um valor e fomos nós que os demos, nós, os atribuidores! Nós criamos o mundo que interessa ao homem’”²²

À margem dos desdobramentos das concepções positivistas na forma como foram, até aqui sinteticamente apresentados e certas diferenças que caracterizam alguns dos seus respectivos postulados, não é difícil perceber que, inobstante essas variações, há como que um fio condutor, cuja consistência é suficientemente forte para atar os variados elos que compõem as suas diferentes formas de manifestação. Não seria de estranhar, portanto, que suas propostas metodológicas, quando direcionadas ao Direito não guardassem certas similitudes. Assim, a obsessão para eliminar da análise do fenômeno jurídico quaisquer interferências de natureza puramente especulativa, considerando o direito tão somente como norma; a adoção do princípio do verificacionismo; o seu rigoroso compromisso com os postulados das ciências da natureza no que concerne à observação e análise do mundo fático; a exclusão dos juízos de valor e das considerações em torno do significado do indivíduo nas suas dimensões humanas e sociais e, finalmente, o seu reducionismo

²¹ Op.cit., p.6

²² Op.cit., p.9

que encapsula a ordem jurídica, subsumindo o direito à lei e esta ao Estado. Em função disso, o Direito nada mais é senão o que é produzido pelo poder e, portanto, sua origem é essencialmente política. Esses são alguns dos ingredientes que, de uma forma ou de outra, forjaram o liame entre positivistas das mais diferentes matizes. Ilustram essas afinidades, no variegado das suas manifestações, correntes como a Escola Francesa da Exegese, a dos Pandectistas na Alemanha e mesmo no Brasil com integrantes da famosa Escola do Recife, a exemplo de Tobias Barreto, Sílvio Romero, Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda e outros, sem chegar a mencionar outras influentes ramificações do Positivismo Jurídico como é o caso da Corrente Analítica de Austin.

Todavia, nenhuma delas obteve repercussão tão impactante e tamanha relevância no mundo jurídico como a de Hans Kelsen, a qual mereceu, indubitavelmente um destaque privilegiado nessa abordagem. O pensamento de Kelsen desempenhou “*modus in rebus*, diga-se assim, um papel, sob

certos aspectos similar àquele que a filosofia de Hegel passou a desempenhar após a sua morte, cindindo as correntes do pensamento filosófico em hegelianos de esquerda e de direita.

A fundamental premissa da filosofia pragmática é a de que o seu método rejeita, sistematicamente, toda e qualquer forma de dualismos que, ao longo da história, têm permeado o pensamento filosófico. A crítica pragmática está assentada no pressuposto de que o conhecimento tem um caráter orgânico e inclusivo, e, portanto, seu desenvolvimento processa-se dentro e numa perspectiva contextual e funcionalizada, ou seja: as distinções que venham a ocorrer e os propósitos que se pretende atingir no curso das ações praticadas são subsumidos no interior de cada situação, envolvendo os indivíduos e o meio ambiente..Henri Bérgson, cuja respeitabilidade como filósofo o coloca como uma das maiores expressões da filosofia francesa no século XX, na sua obra *La Pensée et le Mouvant*, referindo-se ao pensamento de um dos “great fathers” do Pragmatismo, Wil-

liam James numa longa, mas elucidativa referência ao pragmatismo, no que concerne à forma como interpreta as idéias de vida e de verdade assim se expressou²³:

“Mais, dans la vie, il se dit une foule de choses inutiles, il se fait une foule de gestes superflus, il n’ya guère des situations nettes; il rien ne se passe aussi simplement, ni aussi complètement, ni aussi joliment que nous voudrions; les scènes empiètent les unes sur les autres; les choses ne commencent ne finissent; il n’y a pas de renouement entièrement satisfaisant, ni de geste absolument décisif, ni de ces mots qui portent et sur lesquels on reste: tous les effets sont gates. Telle est la vie humaine.” (...) la réalité n’apparaît plus comme finie ni comme infinie mais simplement comme indéfinie. Elle coule, sans que nous puissions dire si c’est dans une direction unique, ni meme si c’est toujours et partout la meme rivière qui coule.” (...)

²³ BÉRGSON, Henri. *La pensée et le Mouvant*. Presses Universitaires de France: Paris, 1946, pp.240/1/6/7.

La réalité coule; nous coulons avec elle; et nous appelons vraie toute affirmation qui, em nous dirigeant à travers la réalité mouvante, nous donne prise sur elle et nous place dans de meilleures conditions pour agir.” (...) On pourrait, ce me semble, résumer tout l’essentiel de la conception pragmatiste de la vérité dans une formule telle que celle-ci : tandis que pour les autres doctrines une vérité nouvelle et une découverte, pour le pragmatisme c’est une invention.”²⁴

²⁴ “Mas, da vida, se diz uma infinidade de coisas inúteis, se faz uma infinidade de coisas inúteis, se pratica uma infinidade de gestos supérfluos, poucas situações são claras; nada se passa também simplesmente, nem também completamente, nem também tão belas como gostaríamos que fossem; as cenas se interpenetram umas às outras; as coisas nem começam nem terminam; não existe desmembramentos inteiramente satisfatórios, nem gestos absolutamente decisivos, nem daquelas palavras que se dizem e sobre as quais se pretende encontrar algum apoio; todos os efeitos são sucetíveis de degradação. Tal é a vida humana. (...) A realidade não aparece mais como finita nem como infinita, mas simplesmente como indefinida. Ela move-se sem que nós possamos dizer se é numa

A partir dessa percepção sobre verdade e vida no pragmatismo, é possível inferir que para essa concepção os problemas e os diferentes modos de interpretá-lo são, diga-se figurativamente, “cosidos” numa espécie de caldeirão cultural no qual o indivíduo as funções sociais e o mundo circundante se misturam e se diluem, representando aquilo que – como dizia Santayana – constituiria uma espécie de síntese hegeliana. A consequência desse processo metabólico é que, em última análise, o que é, na linguagem filosófica entendido como perene e substancial torna-se algo relativo ou transacional.

direção única, nem mesmo se é sempre e em toda parte o mesmo rio que se move”(…) A realidade move-se; nós nos movemos com ela; e nós chamamos verdade toda afirmação que dirigimos com base na realidade mutável, nós estamos submetidos a ela e nós tentamos nos colocar nas melhores condições para agir” (...) Pode-se, me parece, resumir o essencial da concepção pragmatista de verdade numa fórmula tal que seria essa: enquanto que para outras doutrinas uma nova verdade é uma descoberta, para o pragmatismo é uma invenção”.

Os alicerces que sustentam a essa proposta metodológica fundam-se: na pressuposição de uma lógica retirada da experiência: a lógica pragmática ou instrumental. Quais pensadores tiveram originalmente, um papel relevante na formulação dessa lógica e quais são suas principais características? Não é uma tarefa fácil determinar historicamente qual foi o primeiro pensador a cogitar do método pragmático e dos pressupostos lógicos que lhe deram sustentação. Há autores que, mesmo não sendo propriamente pragmáticos, a exemplo de Hume e Quine preocuparam-se com a problemática do dualismo e desenvolveram concepções lógicas bastante semelhantes às do pragmatismo. Parece mais prudente que, se procure identificar a origem dessa lógica no berço da tradição pragmática americana que teve o seu ponto de partida no século XIX, através do chamado Clube Metafísico de Boston. E, sem nenhuma dúvida, é possível identificar como um dos seus principais expoentes o filósofo Charles Sanders Peirce.

Com efeito, a filosofia do século XIX havia se defrontado com um dilema. Se, por um lado, o Iluminismo romperia com a base de sustentação metafísica que, até então serviria de suporte ao conhecimento científico, por outro, a própria ciência, mais tarde, se encarregaria de produzir novos constructos metafísicos. É o caso do Positivismo de Augusto Comte que ao reduzir todo conhecimento à ciência positiva e seus métodos, resvala para o que se poderia chamar uma metafísica às avessas. Ademais, o advento e a popularização do Naturalismo e da Teoria da Evolução trouxeram uma nova concepção de homem que rompia de maneira radical com toda a tradição filosófica de cunho racionalista, cujos postulados encontravam na tradição cristã do ocidente o seu aval, a sua garantia. O homem passa a ser agora considerado como um dentre outros animais, e a inteligência um agente precioso para adaptar o homem ao meio, na busca de soluções para os problemas que a natureza suscita. O *Homo Faber* ocupa o lugar do *Homo Sapiens*; o mundo con-

creto das coisas, pulsante, desafiador ganha uma tremenda relevância e as ações, instrumentos mais eficazes para adaptação e transformação do meio ambiente, substituindo os clássicos modelos pautados na pura contemplação racional do mundo.

É com base nesse cenário que revolucionou o panorama científico-filosófico da recente modernidade que emergem as propostas dos pragmatistas; elas têm seu embrião na obra de Charles Sanders Peirce. Ele vai formular sua concepção pragmática, partindo do suposto de que os paradigmas da lógica aristotélica como instância racional autônoma e ordenadora do conhecimento humano já não mais davam conta dos requerimentos que essas novas teorias impunham à compreensão e ao exercício da ciência moderna. O processo cognoscitivo sofre agora, com Peirce, uma reversão. A teoria submete-se à prática e a ação torna-se tão importante quanto à reflexão, sem que isso, propriamente, implique numa desvalorização das idéias e da própria teoria. Ao revés, elas se tornam vivas, palpitantes e

funcionais. Caminham cooperativa e solidariamente em comunhão com o agir humano que, por seu turno se faz mais rico, mais inteligente. São as idéias que tornam a realidade ordenada e modificável e como a realidade é essencialmente dinâmica, as idéias têm, pela sua própria natureza, que acompanhar o seu ritmo, caso contrário, afundariam na vala comum da pura especulação, desconectadas do real e sem qualquer utilidade. Na verdade, essas considerações preliminares, que defluem, de uma abordagem bastante genérica do pragmatismo não chegam a expressar ainda, o conjunto das reflexões metodológicas aprofundadas da obra filosófica de pragmatistas como Peirce, e outros importantes representantes dessa vertente doutrinária como James e Dewey e que têm, contemporaneamente, em Rorth o seu mais insigne porta-voz. Tais idéias encontraram o seu correlato no, direito, através dos trabalhos de Holmes, Cardozo, Pound e, mais recentemente, de pragmatistas como Richard Posner, Anthony Kennedy e outros Das considerações precedentes poder-se-ia,

então, defluir uma das características essenciais do Pragmatismo, a saber: não é, simplesmente, um método entre outros métodos já existentes; trata-se, outrossim, de uma forma diferente de encarar outros métodos. Como bem dizia William James, o Pragmatismo nada mais é do que um novo método de tratar velhas idéias. Por essa razão o Pragmatismo é substancialmente, uma atitude e não uma técnica procedimental que resulte de uma lógica de cunho estritamente racional e que enquadre os fatos em categorias universais e necessárias. Oportuno reportar ao famoso aforisma do Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes Jr., relativamente à natureza do Direito, “a vida do Direito não é a lógica mais a história”.

Uma compreensão mais nítida e coerente do método pragmático, partindo, como se observou, de uma hipótese anti-essencialista, que refuta modelos formais de conceituação do discurso, supõe uma nova forma de pensar, aplicável às mais diversas dimensões do conhecimento humano,

incluindo-se então, as dimensões social, moral e a jurídica, em substituição ao modo de pensar cartesiano. Portanto, só uma alternativa crítica que parta, como afirmava Peirce de uma dúvida genuína, é capaz de dar conta das inconsistências e dos erros, incapazes de ser superados pelos cânones da metodologia convencional. O método pragmático parte de uma real inquietação do sujeito com os seus próprios preconceitos, para então eliminar os falsos problemas criados pela abstração, rompendo, assim, com o pré-falado dualismo que artificialmente, cria abismos entre existência e racionalidade, teoria e ordem fática, pensamento e ação ciência e ética, contextualizando-os e direcionando-os para uma compreensão integrada da vida social, nomeadamente para o universo jurídico, objeto deste estudo.

O método pragmático considera que os efeitos concebíveis de natureza prática que estão envolvidos numa determinada situação compõem o seu significado, o que implica que o investigador, diante de um problema, não se concentra apenas num método

específico, mas no problema ele próprio. Nessas circunstâncias, as operações do espírito são mutáveis e dinâmicas, interagindo, por seu turno, com uma experiência que flui num continuum, de sorte a que seja possível pensar em planos integrados, o abstrato e o concreto.

Tendo em vista que, os conceitos intelectuais, de acordo com o método pragmático, não são definitivos, mas dinâmicos e abertos, porque extraídos das conseqüências práticas previsíveis, o seu número é indefinido e sua aferição probabilística, portanto, estando, assim, impregnados de falibilidade. Se, é relativa a verdade nessa acepção, os conceitos, por seu turno, estariam permanentemente aptos a um interminável aperfeiçoamento e refinamento dos seus significados.

Agora, mais uma vez, re-direcionando o problema para o campo do direito, observa-se que cada caso insere-se num conjunto de circunstâncias específicas e, assim, tem a sua própria história. Sua solução rejeita portanto modelos ortodoxos e sua análise varia em

função de um maior domínio possível dos elementos que compõem a situação conjuntural, associado ao esforço imaginativo no sentido de encontrar soluções mais apropriadas e convenientes para cada caso. Os antecedentes são também muito importantes. O somatório de todas essas condições possibilita que se chegue a decisões mais realistas e razoáveis em boa parte dos casos, apesar de existirem os chamados “hard cases” no dizer de Dworkin. Entretanto, esses, não correspondem à maioria, e mesmo assim, devem ser enfrentados, a partir de algum nível de remodelamento teórico, o que supõe, maior criatividade e inovação. Acerca do inovar, caberia aqui, retomar o velho paradigma aristotélico segundo o qual, os ingredientes que compõem o ato de julgar e de procurar fazê-lo com justiça consistem em integrar e harmonizar essas duas dimensões extremamente nobres do ser humano essas virtudes superiores que são a *Sophia* e a *Phronesis*, ou seja, a sabedoria e a prudência.

Um olhar retrospectivo sobre as nossas práticas judici-

ais deixa entrever que, a metodologia aplicada ao direito ainda se assenta no modelo substantivo que remonta ao século XIX. Esse modelo, no qual a decisão jurídica resulta dogmaticamente do texto legal ou de uma estrita submissão dos fatos à lógica, opõe-se ao método pragmático. Ele parece não resistir a uma análise mais profunda dos seus postulados. Na maioria das vezes, os casos em que as normas jurídicas não se conformam aos fatos por mera subsunção, dado a singularidade de cada evento e a impossibilidade do legislador de prever a infinidade de ocorrências fáticas que a realidade venha a provocar, resultam no aparecimento de situações consideradas aporéticas..

Essas sucintas reflexões tiveram como objetivo, como inicialmente se fez referência, lançar alguma luz sobre a natureza do método pragmático e sua aplicabilidade no campo do direito. Pretendeu-se por outro lado, apresentar um contraponto metodológico respeitável para que se permitisse fazer algumas ilações sob o ponto de vista puramente metodológico entre o Positivismo que im-

pregna a mentalidade de boa parte dos cientistas e pensadores da atualidade, inclusive no universo jurídico, e o Pragmatismo. Toda a discussão que aqui se desenvolveu teve como ponto de referência e núcleo da temática, uma assertiva do Juiz Benjamin Nathan Cardozo, que substituiu o Juiz Oliver Wendell Holmes na Suprema Corte dos Estados Unidos.

É curioso e ao mesmo tempo oportuno passar em revista alguns aspectos da vida e da obra de Cardozo, a concepção metodológica que adotou na elaboração dos seus trabalhos e, sobretudo, como a integrou e a valorizou do ponto de vista das suas atividades como intelectual e como juiz. Quando convidado pelo Professor Corbin para participar das Conferências de Storr na célebre Universidade de Yale para que formalmente discorresse sobre os aspectos doutrinários da sua concepção jurídica, Cardozo, humildemente, declarou que não acreditava que, com base no que já produzira, tivesse algo de importante a dizer aos alunos. Corbin então sugeriu que ele simplesmente relatasse, através de um

diálogo espontâneo, como ele decidia os casos no curso da sua atividade judicante, as fontes às quais recorria e os caminhos que seguia para chegar a uma decisão. E Cardozo modestamente respondeu: “Creio que isso eu poderia fazer” A aparência imediatamente simplória desse episódio deixa entrever uma atitude essencialmente socrática, marcada por um genuíno sentimento de sabedoria, associado a uma nítida consciência da inesgotabilidade e relatividade do conhecimento humano. Movido pela convicção de que o exercício intelectual se alimenta e enriquece através da sua contínua e interativa exposição das nossas idéias ao crivo da experiência, Cardozo admite haver continuidade e interação entre os aspectos teórico-doutrinários de um problema – sempre susceptíveis a reinterpretações – e as conseqüências práticas que venham dele resultar. Essas conferências proferidas por Cardozo, culminariam numa das suas mais importantes obras: *A Natureza do Processo Judicial*. Suas reflexões em muito contribuíram para que se lançasse, posteriormen-

te, luz mais compreensiva, não só sobre a obra sistemática de Cardozo, a exemplo de “The Growth of the Law” e “Paradoxes of Legal Sciences” mas nomeadamente, sobre o seu pensamento posto em ação nas suas atividades judicantes.

Esse episódio evoca uma questão que se afigura pertinente, no sentido de se conjecturar até que ponto, Cardozo estava consciente de que encapsular o pensamento no invólucro das suas concepções doutrinárias implicaria encerrar a continuidade do discurso, bloquear o diálogo e interromper a comunicação, *raison-d'être* do processo decisório. Não seria possível que a hesitação de Cardozo em falar para os estudantes se devesse à sua percepção de que, para ele, um filósofo pragmático, deveria estar consciente da limitação de um discurso meramente formal o qual traduziria, apenas, uma opinião estagnada sobre certas concepções consideradas aprioristicamente verdadeiras? E mais, que essas verdades necessitariam, tanto do ponto de vista prático quanto teórico, ser continuamente oxigenadas pela experiência e reexaminadas

intelectualmente, à luz de uma dialética oralizada, sem o que, as doutrinas escritas tornar-se-iam, tão somente, manifestações doxográficas e não propriamente filosóficas? Que portanto é indispensável enriquecer os recursos metodológicos com uma hermenêutica dialógica, que possibilite ultrapassar as limitações impostas pelo texto, inserindo-o, como propõe o pragmatismo, num contexto experiencial e lingüístico que expanda as suas possibilidades interpretativas, tornando-o mais rico e abrangente? Que a dinâmica das forças inarticuladas de que falava Holmes e que emergem do senso-comum constituem, ao mesmo tempo, um convite e um desafio a uma compreensão dinâmica do mundo da vida? Que, conseqüentemente, as doutrinas e os discursos escriturados, podem servir apenas como ponto de partida, mas nunca desfecho de uma situação problemática, posto que, é da oralidade discursiva, que emerge no contínuo existencial, das situações problemáticas, que nasce a inteligência criativa capaz de sintetizar de forma dinâmica e ao mesmo

tempo inclusiva, o teórico e o prático?

A propósito, Giovanni Reale²⁵, na sua obra “Para uma Nova Interpretação de Platão”, tomando como referência o diálogo Fedro, reúne os argumentos desenvolvidos por Platão, para demonstrar um aspecto da teoria daquele filósofo grego sobre as limitações da escrita e sua impossibilidade de aumentar a sabedoria dos homens. Para tanto, Platão serve-se do mito do deus egípcio Toth que exalta junto ao rei Tamus, monarca de uma grande cidade às margens do Nilo, (a Tebas egípcia), o valor da escrita, como veículo de sabedoria. O Rei Tamus, todavia, refuta os argumentos de Toth, alegando que a escrita só é capaz de transmitir a aparência da verdade, o mundo da opinião. Com a escritura – diz ele – termina o verdadeiro instrumento de comunicação do saber, que é o ensinamento. Assim Platão, através das palavras do seu grande mestre Sócrates, expõe a sua tese:

“Sócrates – Por conseguinte, quem julgasse puder transmitir uma arte com a escritura e quem a recebesse convencido de que poderá extrair daqueles sinais escritos alguma coisa de claro e sólido, deveria ser muito ingênuo e ignorar, na verdade, o vaticínio de Amon, se considera que os discursos consignados são alguma coisa mais do que um meio para trazer à memória de quem já sabe as coisas das quais trata o escrito”.

Sendo o escrito, portanto, por si só, incapaz de justificar aos que o criticam suas próprias premissas, necessita sempre da ajuda da oralidade que não se limita a repetir as mesmas coisas contidas na palavra escrita. Ou seja, se só pela oralidade é possível compreender adequadamente a essência do escrito, ninguém melhor do que seu autor para fazê-lo. E prossegue:

“Sócrates - Porque, caro Fedro, a escritura tem isso de terrível, semelhante, na verdade, à pintura. De fato, as criaturas da pintura se te apresentam como

²⁵ REALE, Giovanni. *Para uma Nova Interpretação de Platão*. Editora Loyola: São Paulo, 1991, p.p. 54-80.

se fossem vivas, mas se perguntas alguma coisa a elas, permanecem mudas, encerradas num silêncio solene; assim também o fazem os discursos. Acreditas que eles falam e pensam eles mesmos alguma coisa, mas se compreendendo bem, lhes perguntas alguma coisa do que disseram, continuam a repetir uma única e mesma coisa. E uma vez que um discurso esteja escrito, gira por todas as partes, nas mãos dos que o compreendem e também nas mãos daqueles para quem não tem a menor importância e não sabe a quem deve falar e a quem não deve. E se o ofendem e erroneamente, o ultrajam precisa sempre da ajuda do pai porque não é capaz de se defender e de se ajudar sozinho.”

Apesar da íntima relação existente entre o discurso escrito e a sua oralidade, só esta última é capaz de o defender e ampliar a compreensão do primeiro. Mas essa é uma atividade que há de ser exercida por quem realmente conheça a essência do discurso escrito. Desse modo, Platão exalta não apenas o método utilizado para

iluminar e enriquecer a solidão e a inamovibilidade dialética do discurso escrito, mas, igualmente, a sabedoria que está no seu conteúdo, a qual, para ser desvelada, está a depender prioritária e fundamentalmente da competência do seu próprio autor.

O texto de Platão é bastante claro quanto a esse aspecto:

“Sócrates – E então? Consideremos agora outro discurso, irmão legítimo deste? Vejamos de que modo nasce, e pela sua natureza, quanto seja melhor e mais poderoso do que aquele?

Fedro – Qual é esse discurso, e de que modo dizes que nasce?

Sócrates – O discurso escrito, mediante a ciência, na alma de quem aprende, e que é capaz de se defender por si e sabe com quem deve falar e com quem deve calar.

Fedro – Pretendes referir-se ao discurso de quem sabe, o discurso vivo e animado, do qual se pode dizer, com razão, que o discurso escrito é uma imagem?

Sócrates – Justamente este.”

Essa metodologia que enfatiza as doutrinas não escritas, (*agrapha dógmata*), consiste, portanto, num esforço integrado de combinar de um lado, as reflexões desenvolvidas criticamente sobre o texto, não como uma conseqüência necessariamente estratificada das suas premissas, mas como um salto qualitativo sobre elas através de uma reflexão inteligente e criativa; essa mesma reflexão só encontrará validade na medida em que se apoiar num novo modo de interpretar as experiências contidas no texto, ou seja, reconhecendo as suas limitações e, ao mesmo tempo, emprestando-lhes dinamicidade, interatividade e complementariedade.

Ao se destacar, aqui, do ponto de vista intelectual, as raízes hermenêuticas das doutrinas escritas, para desvelar da sua estreita dimensão formal, o fluir de perspectivas mais ricas e inovadoras, pode-se observar que a fenomenologia, como ressalta Piere Tevenaz, interliga-se ao pragmatismo, pois ter, fazer e ser são categorias cardeais da realidade humana.

Trabalhos mais recentes, inspirados na tese platônica

contida no Fedro, desenvolvidos pela intitulada Escola de Tübingen, particularmente, através das obras de Hans Krämer²⁶ e Konrad Gaiser²⁷ apóiam-se na análise fenomenológica, rompendo com o paradigma de Schleiermacher. Este, segundo Henrique de Lima Vaz, não obstante a sua relevância para a compreensão da obra de Platão, relega a uma posição inexpressiva a tradição indireta das doutrinas não-escritas.

Portanto, ao mesmo tempo em que se pretende consignar que existem diferenças consideráveis entre o método pragmático e as idéias platônicas, particularmente como foram interpretadas pelos pensadores de Tübingen, diferenças cuja análise extrapolaria os limites desse trabalho, algumas analogias tornar-se-iam, não obstante, pertinentes. Elas servem ao propósito de procurar demonstrar algumas afinidades entre as propostas

²⁶ Arete bei Platon und Aristoteles apud REALE, Giovanni. *Por uma Nova Interpretação de Platão*. Ed. Loyola: S. Paulo, 1997, p. XXV.

²⁷ Platons Ungeschirebene Lehre Op.Cit, p.XXVIII.

de certos pensadores pragmáticos e o seu background histórico-filosófico. Ilustram essas analogias, a crença inabalável no papel inovador da educação; as infinitas possibilidades de interpretar os problemas, do ponto de vista das suas controvérsias intelectuais, através de um natural descrédito pela memorização vis-a-vis o poder dinâmico e criativo da inteligência em compreender as infindáveis alternativas de uma situação problemática e o desenvolvimento de novas hipóteses que iluminem o seu conhecimento e as possibilidades de ação. De que o escrito enquanto norma - inclusive norma jurídica estratificada, condiciona - unidirecional interpretações e condutas. A ampliação dessas idéias de um plano puramente epistemológico para uma dimensão sociológica dos problemas suscita implicações do ponto de vista do exercício da liberdade dos indivíduos de criticar e criativamente, ampliar e enriquecer o diálogo. Do ponto de vista pragmático esse princípio vem claramente delineado na filosofia de John Dewey quando afirma que o verdadeiro poder e os interes-

ses do Estado se impõem aos indivíduos formalmente organizados, submetendo os seus imperativos à massa dos cidadãos como supremos comandos que refletem impecavelmente o bem e a verdade. Entretanto, a força desses imperativos, alcançam maior relevo e dignidade na proporção em que se abram alternativas à liberdade de pensar criticar o que tempera o poder da força com o poder da persuasão, da circulação do conhecimento e da efetiva participação do indivíduo na vida social. Nesse sentido²⁸:

“Laws in the main express the sober and considered judgment of the community as to that is really good for individuals; the authority of law is on this basis the authority of comprehensive and reflectively approved good. (...) Liberty to think, inquire, discuss is central in the whole group of rights which are secured in theory to individuals in a democratic social organization. It is central because the essence of the democratic

²⁸ DEWEY, John. *The Latter Works*. Vol. 7. Ethics, p.p. 216,358.

principle is appeal to voluntary disposition instead of to force, to persuasion instead of coercion. Ultimate authority is to reside in the needs and aims of individual as these are enlightened by a circulation of knowledge, which in turn is to be achieved by free communication, conference, discussion. Exchange of ideas, distribution of knowledge, imply a previous possession of ideas and information which is dependent upon freedom of investigation.”²⁹

²⁹ “A força da lei pretende prudentemente expressar o julgamento da comunidade como se fosse o bem real dos indivíduos; a autoridade da lei é desse modo a autoridade do bem reflexiva e compreensivamente aprovado. (...) Liberdade de pensar, inquirir, discutir é central para todos os direitos os quais asseguram teoricamente segurança aos indivíduos numa organização social democrática. Isso é fundamental porque a essência do princípio democrático é o apelo à disposição voluntária, ao invés da força, a persuasão ao invés da coação. A autoridade suprema reside nas necessidades e propósitos dos indivíduos enquanto iluminados pela circulação de conhecimentos, o qual, por seu turno se alcança através da livre comunicação, das palestras, das discussões. Intercâmbio de idéias,

Tudo isso poderia, hipoteticamente, ser associado a esse episódio no qual Cardozo - um Juiz da Suprema Corte, detendo um considerável poder sobre o sistema jurídico e sua aplicabilidade - preferira prelecionar oralmente sobre suas experiências como juiz para os estudantes de Yale, submetendo assim, as suas próprias convicções ao teste e aos desafios da prática, vis-à-vis as próprias concepções do pragmatismo jurídico-filosófico. Desse modo, pretendia, certamente, ampliar e enriquecer, sob um forma participativa e dialógica o seu discurso. Isso parece, portanto guardar, enfatize-se, uma certa similitude ao já referido postulado platônico enunciado no Fedro - no sentido de que, para Cardozo, a linguagem oralizada, tinha um relevante papel na sua filosofia jurídica, na medida em que estava sujeita a múltiplas, renovadas e mais

distribuição de conhecimentos, implica uma prévia apropriação de idéias e informações as quais dependem da liberdade de investigação.”

ricas interpretações, tornando-se assim menos rígida e mais compreensiva.

Cardozo, diga-se por fim, juntamente com Oliver Wendell Holmes Jr. E Roscoe Pound entendem o direito como um fenômeno social intrinsecamente relacionado a todas as diversas dimensões da vida do homem, particularmente àquela oriunda das chamadas ciências humanas e sociais, constituindo as obras dessa tríade de pensadores, a expressão mais rica e significativa da chamada Escola Sociológica do Direito.

Algumas reflexões de Cardozo, que emergem da sua obra e do seu diálogo com aqueles estudantes, acerca da natureza e do método do processo judicial e a evolução do Direito poderiam, agora, ilustrar essas mencionadas analogias. A constatação que claramente se percebe na obra de Cardozo é o seu permanente compromisso de integrar de forma contínua e substancial a teoria jurídica às práticas exercidas nos tribunais. Associado a isso, acrescente-se a sua ina-

balável crença de que o juiz não é um mero intérprete da lei, mas o seu criador e que o propósito que conduz esse ato criativo consiste na tentativa obstinada de adaptar e tornar o direito um instrumento de transformação significativa e funcionalmente útil da vida social. Na mesma linha de raciocínio o processo, para ele, não constituiu apenas uma forma de trazer à luz fatos encobertos, não se trata simplesmente de uma forma de descobrir, mas de criar em cima dos fatos existentes alternativas inteligentes, apoiadas num inarredável compromisso com os genuínos sentimentos de justiça, visando alcançar soluções práticas e substancialmente éticas, para os problemas de natureza jurídica. Nesse sentido, seria pertinente, agora, ouvir o que diz o próprio Cardozo:³⁰

“Se estou procurando consistência lógica, a simetria da es-

³⁰ CARDOZO, N. Benjamim. *A Natureza do Processo Judicial in Os Grandes Filósofos do Direito*, Clarence Moris (org.). Martins Fontes: S. Paulo, 2002, p.524.

trutura legal, até que ponto devo procurar? Em que ponto a busca será interrompida por algum costume discrepante, por alguma consideração de bem estar social, pelos meus próprios padrões ou pelos padrões comuns de justiça e de moral? Todos esses ingredientes entram em proporções variadas nesse estranho composto que é preparado todos os dias no caldeirão dos tribunais. Não estou interessado em investigar se os juízes devem ou não ter permissão para preparar tal composto. Considero a norma feita por juiz como uma das realidades da vida. Os elementos não foram reunidos por acaso. Algum princípio, por mais que inconfessado, inarticulado e subconsciente, regulou a infusão. Pode não ter sido o mesmo princípio para todos os juízes em alguma época, nem o mesmo princípio para algum juiz em todas as épocas. Mas houve uma escolha, não uma submissão ao decreto do Destino.”

Ou ainda:

“Códigos e leis não tornam o juiz supérfluo, tampouco tor-

nam sua obra perfunctória e mecânica. Há lacunas a serem preenchidas. Há dúvidas e ambigüidades a serem esclarecidas. Há injustiças e erros a serem mitigados, se não evitados. Muitas vezes se fala da interpretação como se ela não fosse nada, a não ser a procura e a descoberta de um sentido que, por mais obscuro e latente, tinha, não obstante, uma preexistência real e verificável na mente do legislador. A averiguação da intenção pode ser a menor das dificuldades de um juiz para atribuir sentido a uma lei” Cardozo, N. Benjamim: *A Natureza do Processo Judicial*, in *Os Grandes Filósofos do Direito*, Clarence Moris (org.) Martins Fontes, S. Paulo, 2002, p.524

E finalmente, falando sobre o papel e a função do que considera uma genuína Filosofia do Direito assim se expressa:

“O direito de nossos dias depara dupla necessidade. A primeira é de uma nova compilação (Restatement) que nos traga certeza e ordem, livrando-nos da confusão dos precedentes

judiciários. Esta é a tarefa da ciência legal. A segunda é de uma filosofia que exerça o papel de mediadora entre as exigências da estabilidade e de progresso em conflito, e forneça um princípio de evolução.(...) A verdade realmente é que no processo de evolução do direito, assim como em outros campos do pensamento, jamais podemos furtar-nos à dependência de intuições ou de clarões interiores, que transcendam e transformam as contribuições de simples experiência. Os grandes historiadores diz Windelband, 'não precisam esperar pelas experiências e pesquisas dos nosso psicofísicos. A psicologia que usaram foi a da vida diária. Foi o conhecimento dos homens, a experiência da vida, do homem comum, a par da visão do gênio e do poeta. Ninguém conseguiu, ainda, fazer uma ciência dessa psicologia de compreensão intuitiva' O que aqui se diz do historiador é igualmente verdadeiro do jurista. Uma percepção mais ou menos pálida dessa verdade inspira a observação de Graham Wallas, de que deveria haver em alguns dos juízes do nosso mais alto

tribunal um toque das qualidades que fazem um poeta. O exame e análise dos fatos sociais pode fornecer-nos os dados sobre os quais medita o espírito criador, mas no processo de criação há sempre alguma coisa a mais do que nele entrou. Geny, em sua *Ciência e Técnica em Direito Privado*, lembra-nos como essa noção da evolução do direito se enquadra bem no esquema geral do recente pensamento filosófico, e, particularmente, com a filosofia de Bérghson e a da escola de Bérghson. 'É necessário, dizem-nos eles, completar e corrigir a rigidez do intelecto pela maleabilidade do instinto, de modo a auscultar o mistério do universo por meio de uma espécie de simpatia intelectual' A nova filosofia prega, sob o nome de 'intuição', uma forma de conhecimento mais sutil do que o proveniente apenas da inteligência, uma forma de conhecimento que se instala no próprio coração da realidade e nela penetra, vindo de dentro e não de fora. Não é necessário que nos tornemos discípulos de qualquer teoria de epistemologia, da de Bérghson ou de qualquer outra, a fim de perceber a

força da analogia entre o processo criador aqui descrito e o processo em ação no desenvolvimento do direito. O mecanismo patenteia a mesma diversidade de forma e de partes e combinações. A análise alterna com a síntese; a dedução com a indução; o raciocínio com a intuição. Trata-se, nas palavras de Geny, ‘de um processo extremamente complexo e cheio de delicadas nuances, repleto de casuísmo e dialética, uma mistura constante de análise e síntese, no qual os processos a posteriori, que fornecem soluções adequadas, pressupõem direções a priori, propostas pela razão e pela vontade.’” Cardozo, Benjamin, *A Evolução do Direito* Coleção *Ajuris*, Porto Alegre, 1978, p.221/2..

Deixo aos leitores como no início foi sugerida, a fascinante tarefa de interpretar as idéias aqui expostas, com o propósito de, através delas, procurar de alguma forma ampliar a compreensão do intrínseco significado que às reflexões de Cardozo possam conter, particularmente, sobre a metodologia por ele proposta e

sua relevância para uma filosofia pragmática do direito e suas necessárias articulações e aplicações, relativamente às práticas jurídicas.