# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## CÁTEDRA LUIS ALBERTO WARAT

CECILIA CABALLERO LOIS

MARCELINO MELEU

LEONEL SEVERO ROCHA

### Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

### Diretoria - Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira - UNINOVE

#### C959

Cátedra Luis Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Leonel Severo Rocha, Cecilia Caballero Lois, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-031-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de

desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Cátedra. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (23. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



## XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## CÁTEDRA LUIS ALBERTO WARAT

## Apresentação

Entre os dias 03 e 06 de junho, ocorreu o XXIV Encontro do CONPEDI, na cidade de Aracaju/SE. Com o tema "Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio", o evento foi pródigo em abordagens qualificadas, no que tange ao enfrentamento dos desafios imposto pela complexidade da ciência jurídica.

Neste ano, o CONPEDI inaugurou o grupo de trabalhos denominado "Cátedra Luis Alberto Warat", com o objetivo refletir sobre as convergências, discussões e potencialização de investigações que tenham conexões com o pensamento de Luis Alberto Warat e, nos coube a condução dos trabalhos neste novo GT.

Luis Alberto Warat foi um grande pensador que, a partir de um sólido conhecimento do Direito, transitava livremente desde a filosofia, psicanálise, literatura até a teoria do Direito, de modo que, influenciou e continua influenciando pesquisadores destas áreas de investigações. Assim, o autor, com suas ideias contestadoras e radicais, vindas de lugares inesperados marcou profundamente o universo jurídico.

Warat sempre foi Professor de Direito. A sua vida se confunde com a história da crítica do Direito que caracterizou a pós-graduação brasileira dos anos oitenta, onde formou muitos juristas que hoje são destaque no cenário nacional. Esse argentino mais baiano, que muitos nascidos no nosso querido Estado da Bahia, por sua formação, foi um profundo conhecedor, da filosofia analítica e do normativismo kelseniano, e, vivenciou seu declínio, ao menos, do ponto de vista do realismo jurídico, que apontou a insuficiência da teoria de Kelsen, para a explicação o Direito, uma vez que, aquela, deixava de lado a sociedade, o que leva (entre outras causas) Warat a se interessar em temas como a Semiótica Jurídica, a Literatura, e o ensino jurídico.

O autor pertenceu ao seleto grupo de docentes, que inaugurou a pós-graduação stricto senso em Direito no Brasil, e, tanto como docente, quanto pesquisador e autor de diversas obras , demonstrou uma postura critica ao modo como o Direito era concebido e ensinado. O que muitos falam hoje como uma nova Hermenêutica Jurídica, ele já pensava desde os anos 70 e 80.

Assim, com uma forte análise crítica à interpretação formalista da lei, como já se mencionou em outros textos , Warat, sugere a noção de carnavalização, o Manifesto do Surrealismo Jurídico, a Cinesofia, e a ideia de uma Pedagogia da Sedução. O conceito de Carnavalização, que aparece em Bakthin (autor russo) em um primeiro escrito, na perspectiva waratiana, sugere que para se pensar o Direito é preciso uma linguagem carnavalizada, sem um lugar único, ou ponto certo, constituindo basicamente uma polifonia de sentidos. Trata-se de uma linguagem que não possui um centro, configurando-se em um lugar onde todos podem falar. Porém, no Manifesto do Surrealismo jurídico começam a nascer rompantes de imensa criatividade, definindo o novo pensamento waratiano. O surrealismo é muito importante, porque graças a ele, Warat postula, e os seus alunos ainda mais, que o que se pensa pode acontecer. Essa é uma ideia baseada na psicanálise e nas loucuras de Breton. Ou seja, a realidade é criada pela nossa imaginação.

Assim, com o que postulou, uma pedagogia da sedução, Warat, incentiva o pensamento crítico, mas voltado à alteridade, ao amor e o prazer. Desta forma, propunha a saída da sala de aula (e do Direito oficial). Para tanto, uma das estratégias que Warat também adotaria foi o tema da mediação, compreendida por ele como um espaço onde realmente as pessoas poderiam, talvez, manifestar e demonstrar seus desejos.

E, apesar do vasto percurso e contribuição teórica proposta por Luis Alberto Warat, foi justamente um dos últimos temas de interesse do autor, que praticamente tomou os debates durante o desenvolvimento do GT.

Nesse sentido, várias interfaces da mediação foram apresentadas. Com Alini Bueno dos Santos Taborda, a mediação escolar, com vistas à cidadania e cultura da paz, ganha destaque. Já Aleteia Hummes Thaines e Marcelino Meleu, apresentam, inspirado na teoria waratiana, um modelo de mediação hedonista e cidadã, como crítica a uma lógica instrumental negociadora que está sendo implantada no sistema jurídico brasileiro. Ana Paula Cacenote e João Martins Bertaso apresentam uma análise da Mediação como paradigma sociocultural no tratamento dos conflitos e na realização da cidadania, objetivando a adoção deste instituto no tratamento dos conflitos, como forma de realização dos valores da cidadania, da democracia, dos direitos humanos, da solidariedade, da autonomia e da pacificação social. Com Natalia Silveira Alves, destacou-se a fragilidade do discurso jurídico atual e a crise do monopólio estatal de administração de conflitos, com análise do que denominou crise de legitimidade vivenciada pelo Poder Judiciário brasileiro, a qual (entre outras) abre lacunas expressivas quanto à administração de conflitos no Brasil.

Além da mediação, o percurso teórico de Warat e o perfil do professor foram abordados pelos participantes. Gilmar Antonio Bedin, situa o pensamento de Luis Alberto Warat na trajetória da epistemologia jurídica moderna e demonstra os avanços teórico-políticos produzidos pelo autor a partir da referida trajetória. Assim, resgatando os primeiros passos dados pelo autor junto a escola analítica de Buenos Aires, os deslocamentos produzidos pelas suas novas leituras teóricas do direito e chega até a sua maturidade intelectual do final da década de 90 do século 20. Já Luis Gustavo Gomes Flores desenvolve uma observação sobre as contribuições provocativas de Luis Alberto Warat como estratégia de reflexão na construção do conhecimento jurídico, sobretudo, no que diz respeito ao ensino do Direito e ao perfil docente.

Roberto de Paula, problematiza o ensino jurídico do direito de propriedade no Brasil, tomando como ponto de partida as contribuições da teoria crítica dos Direitos Humanos para confrontar a epistemologia consolidada em torno do ensino do direito de propriedade, com aportes na proposta emancipadora de Warat e Evandro Lins e Silva. Aliás, desejo e razão são referido por Thiago Augusto Galeão De Azevedo em seu texto, inspirado pelas concepções críticas da obra Manifesto do Surrealismo Jurídico, de Luís Alberto Warat, objetivando um estudo da relação entre desenvolvimento e corpo, especificamente a associação dos países desenvolvidos à racionalidade e a dos países subdesenvolvidos à emotividade.

Lembrando a família como um locus de afeto, ou como referiram "bases estruturais aptas a garantir o pleno desenvolvimento dos indivíduos", César Augusto de Castro Fiuza e Luciana Costa Poli, apresentam uma abordagem jurídico-psicanalítica da família contemporânea, destacando a interseção saudável e proveitosa entre direito e psicanálise.

Joedson de Souza Delgado e Ana Paula Henriques Da Silva, destacam que para a realização satisfatória da justiça, um direito justo deve ser entendido como uma construção social para que ele atinja sua plenitude. Por tanto, o trabalho dialoga com um enfrentamento à teoria kelseniana, como referiram Camila Figueiredo Oliveira Gonçalves e, Antonio Torquilho Praxedes ao ressaltarem que a teoria de Kelsen tentou impor uma separação entre os métodos científicos da teoria jurídica e os de outras ciências sociais como se fosse possível conceber uma doutrina jurídica alheia de outros campos do saber.

Mas, como ressaltam Maria Coeli Nobre Da Silva e Maria Oderlânia Torquato Leite em suas observações, o pensamento epistemológico da ciência, como forma acabada do pensamento racional, não mais se sustenta no hodierno, o que leva a uma epistemologia envolta em discrepâncias quanto ao seu objeto e quanto ao lugar que ocupa nos saberes teóricos, cujas dissensões atingem a epistemologia jurídica, presente que os problemas epistemológicos do

Direito também fizeram parte do discurso filosófico (concepções e doutrinas) manifestado

nas teorias jurídicas. Desta forma, apoiadas em uma ótica waratiana, Bianca Kremer

Nogueira Corrêa e Joyce Abreu de Lira, lembram que é necessário aprimorar a formação de

juristas inclinando-os a conhecer a semiologia e a se valer da produção de linguagem em prol

de mudanças sócio-políticas mais favoráveis.

Todavia, há de se analisar, como propôs Leonardo Campos Paulistano de Santana, a

compreensão da cidadania no contexto latino-americano e sua "jovem" experiência, já que,

os anos da década de 90 do século XX foram problemáticos do ponto de vista do Direito e da

democracia no continente, o que, inevitavelmente interferiu na formação dos juristas, naquele

contexto, e nos saberes produzidos nesse processo, que engendram uma série de mecanismos

institucionais carregados ideologicamente, que, no entanto, aparecem como meios técnicos,

objetivos e imparciais.

É assim, contrapondo o que Warat denominou "Senso Comum Teórico" à disposição dos

juristas, ou seja: "um arsenal de pequenas condensações de saber; fragmentos de teorias

vagamente identificáveis, coágulos de sentido surgidos do discurso do outros, elos rápidos

que formam uma minoria do direito a serviço do poder" que se desenvolveram os debates, no

recém criado GT - Cátedra Luis Alberto Warat, na calorosa Aracajú.

Fica o convite para o acesso a um pensar crítico-comprometido, ao percurso teórico deste

saudoso professor, a começar pelos textos que ora se apresentam, e, que na sua maioria

derivam de ex-colegas e alunos de Warat.

De Aracajú/SE, no outono de 2015.

Leonel Severo Rocha

Cecilia Caballero Lois

Marcelino Meleu

## APORTES CRÍTICOS AO PROJETO EPISTEMOLÓGICO DO POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN: A CÁTEDRA DE WARAT E OUTROS PENSADORES.

## CONTRIBUTIONS TO CRITICAL EPISTEMOLOGICAL PROJECT LEGAL POSITIVISM OF HANS KELSEN: THE CHAIR OF WARAT AND OTHER THINKERS.

Maria Coeli Nobre Da Silva Maria Oderlânia Torquato Leite

### Resumo

O pensamento epistemológico da ciência, como forma acabada do pensamento racional, não mais se sustenta no hodierno. Assiste-se a uma epistemologia envolta em discrepâncias quanto ao seu objeto e quanto ao lugar que ocupa nos saberes teóricos, cujas dissensões atingem a epistemologia jurídica, presente que os problemas epistemológicos do Direito também fizeram parte do discurso filosófico (concepções e doutrinas) manifestado nas teorias jurídicas. O escopo do presente artigo consiste em estudar o projeto epistemológico da teoria kelseniana sob oposição do pensamento de autores como Luis Alberto Warat e Arnaldo Vasconcelos. O estudo ocorreu por meio de pesquisa bibliográfica, com análise e revisão da literatura científica nacional e estrangeira de referência confrontada a tese waratiana de uma Ciência do Direito não neutra, aberta ao crivo pluralista, de um Direito histórico, dialético com a finalidade de regular a conduta humana para fazer justiça, com convergência a pensamento de bases epistemológicas outras, a exemplo da doutrina defendida por Arnaldo Vasconcelos de negar a coação como essência do Direito.

**Palavras-chave:** Epistemologia, Positivismo jurídico, Pureza kelseniana, Teoria critica de warat

### Abstract/Resumen/Résumé

The epistemological thought of science, as finished form of rational thought, no longer holds in today. We are witnessing a baby wrapped in epistemology discrepancies as to its object and as the place it occupies in theoretical knowledge, whose discord reach the legal epistemology, mind that the epistemological problems of law were also part of philosophical discourse (concepts and doctrines) expressed in legal theories. The scope of this article is to study the epistemological project of kelseniana theory in opposition thought of authors like Luis Alberto Warat and Arnaldo Vasconcelos. The study was conducted by means of literature, with analysis and review of national and foreign scientific literature reference confronted the waratiana thesis of a law of science not neutral, open to pluralistic screen, a historical law, dialectic in order to regulate the human conduct to justice, with the convergence of thought epistemological bases other, such as the doctrine advocated by Arnaldo Vasconcelos to deny duress as the essence of law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Epistemology, Legal positivism, Purity kelseniana, Critical theory of warat

## INTRODUÇÃO

O homem alcança o hodierno sem que se cumpra as promessas da modernidade, tendo, cada vez mais, que enfrentar incertezas e descrenças na razão e no Estado. Verificável que os meteoros luminosos trazidos pelo saber científico nos moldes iluministas esmaeceram em seu fulgor na contemporaneidade. Dentro desse contexto, a sofrer reflexos do aspergir de tais efeitos, a Ciência do Direito passa a enfrentar crises no arcabouço jurídico tradicional de índole positivista em que (con)fundem-se e identificam-se Direito/Estado, Direito/norma, Direito/coação, não mais sustentável, exigindo um repensar alheado do abrigo doutrinário kelsiano.

O que se pretende ao longo desse trabalho, sem a ousadia de esgotá-lo em sua complexidade, é, descerrando os elementos doutrinários embasadores do pensamento exposto, laborar uma crítica à pretensa pureza do direito da teoria kelseniana , como foco central na desconstrução da ideologia que apregoa o Direito com essência coercitiva (herança kelseniana que permanece retro alimentada nos dias atuais), com a preocupação maior de extrair da presente análise o reconhecimento do Direito legitimado em válida seara epistemológica coadunável ao pensamento de Luis Alberto Warat.

Para que os estudos empreendidos alcancem seu desiderato cuidou-se de organizá-los em tópicos, cada assunto sendo disposto na ordem que se entende como coerente ao desenvolvimento concebido. Primeiramente, a incursão será feita na generalidade do conhecimento científico, permeada pela questão que envolve o fenômeno e a essência. Em outro momento adentrará à seara da epistemologia jurídica em concisa análise da Ciência do Direito da teoria kelseniana, colocando-a sob procedentes críticas de autores como Luis Alberto Warat, bem como fazendo-se uma abordagem ao equívoco conceptual quanto à essência coercitiva do Direito na fala de Arnaldo Vasconcelos. Por derradeiro, submetido o projeto epistemológico de Hans Kelsen à cátedra waratiana, traz-se à lume uma Ciência do Direito passível do viés crítico, aberta ao crivo pluralista, emergindo o Direito histórico, dialético, com sua finalidade de regular a conduta para fazer justiça e desse modo buscando-se afastar do imaginário jurídico a coação como essência do Direito do pensamento de Vasconcelos.

Viabilizar essa tarefa requer, com a ajuda do lustre doutrinário de Warat e de outros pensadores, seja encontrado o halo da orientação epistemológica que permita o despojamento

das amarras que limitam o Direito, em especial aquele que é propagado como de essência coativa, impingindo-lhe a ideia de força e de violência como integradora de sua natureza, concepção esta que aprisiona o Direito, o trata como uma mera questão pontual e o reduz em sua magnitude.

### I O CONHECIMENTO EM UM BREVE REVISITAR

Desde os mais remotos tempos, a espécie humana tem sido instigada a desvendar o mundo que o cerca, não apenas buscando compreendê-lo mas compreender-se nele. Inegável, assim, o reconhecimento dos grandes avanços e benefícios decorrentes, direta ou indiretamente, do conhecimento científico em sua incessante caminhada, deste não mais prescindindo a humanidade, pois com aspectos assaz positivos para o processo civilizatório.

Em seu processo histórico, antes de ser identificado como científico, o conhecimento foi produzido e se reproduziu de várias maneiras – mito, religião, senso comum, saber popular. Em outras palavras, foram vários os modos legítimos e eficientes do homem apropriar-se do mundo, o fazendo através do artístico, do religioso, do psicológico, etc, o que valida a dicção de PAVIANI (2009:65) de que o "conhecer é um modo de o homem estar no mundo", e, em assim estando, alcança esse 'conhecer' pelo 'pensar', pela ideia que é, indiscutivelmente, a mola propulsora de todo o conhecimento.

Todas as coisas nascem da ideia, que é a essência, coisa em si, que é exemplar, e que faz com que o conhecimento progrida. Essência, como discorrem JAPIASSU e MARCONDES (2006: p.93) cujo sentido emerge para a escolástica "como uma das grandes divisões do ser, aquilo que a coisa é ou que faz dela aquilo que ela é" no qual se distinguem "uma essência e uma existência que ela pode ou não comportar" e que "repousa na tradição platônica das idéias, retomada na teoria aristotélica das 'formas inteligíveis'".

Sobre o mundo das ideias diz ROGUE (2005: 25-27) referenciando a filosofia de Platão: "Quanto ao mundo material o homem pode ter somente a doxa (opinião) e téchne (técnica), que permitia a sobrevivência do homem; ao passo que referente ao mundo das ideias, ou verdadeiro conhecimento filosófico, o homem pode ter a épisthéme (verdadeiro conhecimento)". É dizer, a épisthéme, se opondo à doxa e à techne, significa ciência, podendo esta ser recebida como uma atividade desenvolvida pelo homem de forma sistemática, através

de métodos, conduzindo-o à ruptura do mundo das aparências ( mais afeto ao sensível), para fazer gerar o conhecimento real pelo viés da razão.

Na sua "Teoria das Idéias", Platão desenvolve a concepção da dupla realidade com que se depara o homem: a realidade do inteligível (imutável, independente, igual a si mesma) e a realidade do sensível (imutável, dependente, tudo que abala os nossos sentidos como representação do inteligível). Vê-se nesse dualismo ontológico da formulação platônica - *algo é na medida em que participa da ideia desse objeto* - o suporte da trajetória do conhecimento, a maneira de viabilizá-lo e de proporcionar uma inteligibilidade relativa aos fenômenos. Estes, em seu manifestar, já imbuídos de um certo grau objetivo de essência, induzem o processo de conhecimento, cujo objetivo é transcender a aparência dos fenômenos. Como esclarece LEFÉBVRE (1979: 217-219):

Desse modo, o movimento de nossa reflexão pode e deve reproduzir o movimento através do qual a essência se traduz, se trai, se reencontra em si mesma: mais rica, mais profunda que o fenômeno e, todavia, expressa por ele. A 'expressão', não devemos esquecê-la, ao mesmo tempo implica e dissimula, oculta e revela, traduz e trai o que ela expressa!

Por conseguinte, o citado autor afirma ser suposição da ciência a possibilidade de distinguir o aparente do essencial, embora sem cair na "separação clássica, aceita por todos os metafísicos e por todos os céticos, entre a essência e a aparência, entre o imediato e o objeto, entre o fenômeno e a coisa". LEFÉBVRE (1979: 218-219) enfeixa seu raciocínio sobre esse movimento comparando-o ao leito do rio:

A essência é apenas uma corrente mais profunda no fluxo das aparências e dos fenômenos. Nem todos os fatos se situam no mesmo plano; e a essência, a lei, encontram-se abaixo da superfície, na parte calma e profunda do rio. A questão consiste em atravessar a superfície a fim de imergir nas águas profundas.

Com efeito, a essência é o conteúdo imaginário e passa a existir quando vai para a vida, para a existência. É esta, a essência, que serve para individualizar e identificar a coisa e distingui-la das demais essências. Segundo explicita VASCONCELOS (2001:14), nem tudo que existe é inteligível, e que não se deve confundir existência com materialidade, com o que é palpável.

Na verdade, o trabalho da ciência é voltado para revelar o mundo que nos rodeia, com o objetivo de desnudar e explicitar o conteúdo dos fenômenos para se ter uma compreensão da realidade. No que se refere à objetividade dos fenômenos, pertinente transcrever as palavras de BACHELARD (1995:147) em sua preocupação com o "fazer científico" para a epistemologia do conhecimento. O autor em sua análise faz uma interpretação crítica não só

da Ciência e da Filosofia mas, também, espistemológica do conhecimento, erigindo-a sob a dinâmica e diversidade própria da história e da cultura, o que significa dizer, trabalhando o conhecimento sob a perspectiva histórica. Diz esse autor que é verificando os erros e corrigindo-os que ocorre a evolução do pensamento científico:

A história humana bem pode, em suas paixões, em seus preconceitos, em tudo que releva dos impulsos imediatos, ser um eterno recomeço; mas há pensamentos que não recomeçam; são os pensamentos que foram retificados, alargados, completados. Eles não voltam a sua área restrita ou cambaleante. Ora, o espírito científico é essencialmente uma retificação do saber, um alargamento dos quadros do conhecimento. Julga seu passado histórico, condenando-o. Sua estrutura é a consciência de suas faltas históricas. Cientificamente, pensa-se o verdadeiro como retificação histórica de um longo erro, pensa-se a experiência como retificação da ilusão comum e primeira.

Com efeito, o ato do conhecimento se desenvolve pondo-se o olhar sobre a 'coisa' no estágio em que ela está, visualizando-a em seu funcionamento, observando o que é preciso mudar e porque é preciso mudar. Como resultado da movimentação, por via dupla, entre fenômeno e essência formula-se o conceito: uma visão unitária do que é essencial no objeto.

Ao se falar em conceito, é assente ser este o marco iniciatório da observação, pois indica, em sua abstração, o que, a princípio, não se faz tão claramente percebível, mas que, pouco a pouco, segue se revelando pari passu ao desvendar da realidade fenomênica. Para LEFÈBVRE (1995: 223-225), mais uma vez invocado, a "formação de um conceito significa que se penetrou além do sensível imediato, da aparência, do fenômeno, em grau superior de objetividade", e explica:

O conceito, num certo sentido, é abstrato; é um pensamento. É alcançado a partir do imediato, da impressão sensível e do conteúdo. Por um lado, a abstração abandona uma parte do conteúdo, reduzindo-o (pela análise) a um aspecto, a um elemento.[. . ] Mas, por outro lado, o pensamento que se eleva do imediato ao conceito não se afasta do real (se é que se trata de um pensamento verdadeiro), mas dele se aproxima.

### Nessa direção, KOSIK (1976: 13) adverte que :

[...] o homem, já antes de iniciar qualquer investigação, deve necessariamente possuir uma segura consciência do fato de que existe algo susceptível de ser definido como estrutura da coisa, essência da coisa, 'coisa em si', e de que existe uma oculta verdade da coisa, distinta dos fenômenos que se manifestam imediatamente.

Informa, ainda, o autor (1976:14) ser o conceito "a compreensão da coisa, e compreender a coisa significa conhecer-lhe a estrutura", pensamento também esposado por GRAWITZ, (1975: 331) quando assevera que "[...] o conceito não é somente uma ajuda para

perceber, mas também uma forma de conceber. Organiza a realidade conservando os caracteres distintivos e significativos dos fenômenos"

A busca do conhecer instiga a perquirição do objeto, do problema, da hipótese, de sua variável, do método etc, a traduzir-se na própria acepção de ciência enquanto instituição lógico-ontológica, ético-histórica e política e, como tal, produto cultural, a se classificar de conformidade com o espírito da época

Admitida essa perspectiva histórica do conhecimento, sendo este embrionado da ideia, do pensar humano, e como tal passível de erro, tendente à ilusão, impende estimular, na linguagem de MORIN (2010:14-15), o desenvolvimento da aptidão natural do espírito humano para situar e processar as informações de forma complexa, em um contexto e um conjunto, de forma direcionada a quebrantar a supremacia da disjunção, do conhecimento fragmentado. Com a mesma sintonia expressa a linguagem de WARAT(1995:7) quando diz ser a Ciência "um processo cumulativo de discursos e significações", e ao afirmar (apoiado pelos escólios de Charles Sanders Pierce) que "é impossível ter em nossa mente uma ideia que não se encontre vinculada aos efeitos sensíveis das coisas"(1995:14).

Todavia, esse processo que conduz o forjamento das ciências e que, por décadas ofereceu certezas mostra, a nos perplexar, várias zonas de incertezas, pelo que válida é a orientação de MORIN (2010: 16) no sentido de que o pensar humano deva ser "preparado para esperar o inesperado, para enfrentá-lo". Preconizando esse autor em outra passagem (2001:18):

Aprender a viver significa preparar os espíritos para afrontar as incertezas e os problemas da existência humana. O ensinamento da incerteza que caracteriza o mundo deve partir das ciências: elas mostram o caráter aleatório, acidental, até mesmo cataclísmico, às vezes, da história do cosmos (colisões de galáxias, explosões de estrelas), da história da terra, da história da vida (marcada por duas catástrofes que liquidaram grande parte das espécies) e da história humana, sucessão de guerras e em razão das quais os impérios da Antiguidade desapareceram e, enfim, a incerteza dos tempos presentes.

E presenteia a todos com magistral lição a respeito do conhecimento que, por oportuno, se transcreve (2016:16-20):

O conhecimento não é um espelho das coisas ou do mundo externo. Todas as percepções são, ao mesmo tempo, traduções e reconstruções cerebrais com base em estímulos ou sinais captados e codificados pelos cientistas. Daí resultam, sabemos bem, os inúmeros erros de percepção que nos vêm de nosso sentido mais confiável, o da visão. Ao erro de percepção acrescenta-se o erro intelectual. O conhecimento, sob forma de palavra, de idéia, de teoria, é o fruto de uma tradução/reconstrução por meio da linguagem do pensamento, e, por conseguinte, está sujeito ao erro. Este conhecimento, ao mesmo tempo tradução e reconstrução, comporta a interpretação,

o que introduz risco do erro na subjetividade do conhecedor, de sua visão do mundo e de seus princípios de conhecimento. Daí os números erros de concepção e de ideias que sobrem a despeito de nossos controles racionais.

Trazendo essas considerações para a análise que se faz sobre o paradigma clássico da ciência verifica-se que o mesmo não possibilitou respostas à questão da verdade científica. E não poderia ser de outro modo. Seguindo o raciocínio de WARAT(2001: 42), enquanto a realidade mostra que "Tudo está sendo criado a cada momento; a vida é um fluxo contínuo de criatividade. Toda existência está sempre nascendo", com o paradigma clássico houve o afastamento da ciência "de nosso autêntico ser, na medida em que nos impede de duvidar. Tudo é certo, verdadeiro, objetivo. Pretende impor verdades como se fossem de todos e termina, por certo, impossibilitando-as de serem verdades de alguém (2001:.17).

Dessa maneira, submetido a um modelo civilizatório denunciado em sua falência e uma contemporaneidade severamente criticada em seus valores, o desenvolvimento científico adentra esse contexto entre revezes de deletérios efeitos. Dentre as várias razões que podem ser elencadas aponta-se: o nível de fragmentação a que foi submetido o saber; o fosso constituído entre as ciências da natureza e as ciências humanas ou da cultura; o fato de as ciências antropossociais terem adquirido vícios e não as vantagens das especializações que se proliferaram.

Ademais, cabe considerar que tal fracionamento, separação e esoterização do saber científico acarretou "a tendência para anonimato" a que alude MORIN (2010: 7), quer dizer, por não mais os seres humanos meditarem e refletirem sobre o saber, este deixa de ser pensado. Por conseguinte, o que é discutido nas perquirições individuais envolvendo o conhecimento/saber é remetido para cômputo de um banco de dados para servir ao Estado e por este ser usado, juntamente com as demais instâncias manipuladoras, favorecendo não mais à ciência, mas ao desenvolvimento da técnica. E se a técnica, como produto da ciência transforma a sociedade, esta, em sendo tecnologizada, se encarregará de transformar a própria ciência, em via de mão dupla.

Aceitável, pois, a diagnose feita por MORIN (2010: 19) de que hoje a ciência "tornou-se poderosa e maciça instituição no centro da sociedade, subvencionada, alimentada, controlada pelos poderes econômicos e estatais [...] num processo interretroativo". No que é convergente o entendimento de WARAT (2001:19) ao advertir que "[...]a procura da verdade nos termos que a ciência mecanicista é colocada, é por si mesma

violenta. É uma forma de manipulação do mundo e dos outros". Seja a "verdade como correspondência fática e verdade como interpretação, ambas são manipuladoras".

Justificável, assim, o desvelo da teoria waratiana quando busca romper essas barreiras ao transitar por outros vieses com as suas severas críticas ao dogmatismo e à interpretação formalista da lei, o seu apregoado "sentir os sentimentos", a sua "linguagem do amor", a proposta "de uma alternativa semiológica para o direito: a semiologia política ou do poder", como expressa que "Nós homens necessitamos, para viver, do poético e do metafórico. A ciência não pode dar significado à vida. A vida só tem sentido, para nós, por meio do coração, sendo impossível viver unicamente pela mente, pela razão lógica" (WARAT: 1995:9)

De fato, por seus desgastes e descompassos, o pensamento epistemológico da ciência como forma acabada do pensamento racional não mais se sustenta. Descortina-se o *novel* paradigma científico a descrever seu objeto em sua complexidade real, pelo que BERTEN (2004: 41) identifica que "a tarefa da ciência contemporânea é encontrar modelos adequados de explicação da complexidade e da imprevisibilidade sem cair em um ceticismo epistemológico, sem renunciar à vontade de dar as explicações mais satisfatórias possíveis"

É partindo desses parâmetros balizadores do conhecimento e com a agregação de outros nortes teóricos pertinentes que se desenvolverão os itens subsequentes deste trabalho em cumprimento do desiderato de uma proposição crítica à teoria pura kelseniana, enriquecida pelo lustre de Luis Alberto Warat e invocando as falas de outros doutrinadores na referência ao dogma da coação como essência do Direito, cuja disseminação ocorre graças aos interesses ideológicos que cuidam de sua preservação.

## II A CIÊNCIA DO DIREITO: CONTEXTO, NASCEDOURO E DESCOMPASSOS

Evidencia-se que o conhecimento científico de longa travessia é recebido no hodierno com alarmantes indicadores negativos para o homem, como bem retrata EINSTEIN<sup>1</sup> em um de seus mais divulgados pensamentos:

O ser humano vivencia a si mesmo, seus pensamentos como algo separado do resto do universo - numa espécie de ilusão de ótica de sua consciência. E essa ilusão é espécie de prisão que nos restringe a nossos desejos pessoais, conceitos e ao afeto por pessoas mais próximas. Nossa principal tarefa é a de nos livrarmos dessa prisão, ampliando o nosso círculo de compaixão, para que ele abranja todos os seres vivos e

8

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Texto do *pensamento* atribuído ao físico Albert Einstein em citação no artigo "Caminhos e Descaminhos do Historiador" de Alex Navarro Vasconcellos.

toda a natureza em sua beleza. Ninguém conseguirá alcançar completamente esse objetivo, mas lutar pela sua realização já é por si só parte de nossa liberação e o alicerce de nossa segurança interior.

Também sua chegança ocorre com inadequação epocal, segundo as palavras de MORIN (2010:10) ao afirmar que "a pré história das ciências não terminou no século 17. A idade pré-histórica da ciência ainda não está morta no final do século 20", e como reconhece SOUSA SANTOS (2003: 14) em sua assertiva de que "é possível dizer que em termos científicos vivemos ainda no século XIX e que o século XX ainda não começou, nem talvez comece antes de terminar". Tal contextura fez-se propícia às críticas de toda ordem, com a expressada por WARAT(2001:24) de que "Existe muita estupidez imobilizadora em nossa cultura de frases feitas, conceitos rotinizados e verdades fatigadas. Uma estupidez que todas as gerações herdaram"

Em seu discurso sobre as ciências SOUSA SANTOS (2003: 36-37) esclarece que o laborar da identidade cientifica das ciências sociais se constituiu em uma tarefa hercúlea para enfrentar os quase intransponíveis óbices do reclamo de se reduzir os fatos sociais às suas dimensões externas, observáveis e mensuráveis em similitude investigatória das ciências naturais.

Sabe-se não ter sido fácil a caminhada das ciências sociais para alcançar a compatibilização com os critérios de cientificidade exigidos pelo modelo de racionalidade cientifica na concepção moderna. Ao serem confrontadas ciências da natureza e as ciências do espírito (humanas, sociais) pode ser verificado que estas últimas ainda se mantêm com um grau pequeno de credibilidade, por razões mesmas da imprevisibilidade do ser humano. E advindas desse contexto, prenuncia-se que o seu paradigma já se apresenta nos dias atuais com sinais de crise, como resultado da interação de uma pluralidade de condições teóricas e sociais, mas que segundo o olhar otimista do sociólogo SOUSA SANTOS (2003: 56-58):

[...] não constitui um pântano cinzento de cepticismo ou de irracionalidade. É antes o retrato de uma família intelectual numerosa e instável, mas também criativa e fascinante, no momento de se despedir, com alguma dor, dos lugares conceituais, teóricos, epistemológicos, ancestrais e íntimos, mas não mais convincentes e securizantes, uma despedida em busca de uma vida melhor a caminho doutras passagens onde o optismo seja mais fundado e a racionalidade mais plural e onde finalmente o conhecimento volte a ser uma aventura encantada.

Não destoa dessa diagnose o Mestre WARAT (2001:70-71) em face do prenúncio da ruptura paradigmática. O autor também defende a busca de outras passagens quando induz sobre a necessidade de "lentes transformadoras da vida":

O homem determinado pelo grande paradigma da modernidade está passando pelos duros momentos de quebra total de sua visão de mundo.De repente, descobriu que seu olhar envelheceu e que agora começa a enxergar tudo fora de foco, que sua nitidez no olhar sumiu, e que precisa de óculos,apesar de não encontrar as lentes adequadas.

Ī

Fático, pois, desde que superada a dicotomia ciências da natureza e ciências humanas, cuja fronteira foi abalada pelo próprio conceito evolutivo da racionalidade ante as variantes na relação com a realidade, esta se defronta com antagonismos na sua constituição. Quais sejam: *por uma vertente* a vinculação com a epistemologia e metodologia positivista das ciências naturais; *e pela outra* se apresenta antipositivista, com esteio em tradição filosófica de complexidade.

Assente que a epistemologia desperta o desejo de ver, saber, informar-se em busca da revelação do algo ainda desconhecido, de compreender esse algo. Compreender é *prender com*, e na sintonia da compreensão abrir a mente através da ideia. E "a mente que se abre a uma nova ideia jamais retornará ao seu tamanho original". Nessa seara JAPIASSÚ e MARCONDES (2006: 88) sustentam ser a epistemologia:

A Disciplina que toma as ciências como objeto de investigação tentando reagrupar: a) a crítica do conhecimento científico (exame dos princípios, das hipóteses e das conclusões das diferentes ciências, tendo em vista determinar seu alcance e seu valor objetivo); b) a filosofia das ciências (empirismo, racionalismo, etc); c) a história das ciências.

Ainda, esclarecem referidos autores que a epistemologia é admitida como "disciplina que toma por objeto não mais a ciência verdadeira de possibilidades ou os títulos de legitimidade, mas as ciências em via de se fazerem, em seu processo de gênese, de formação e de estruturação progressiva" Com efeito, nesse processo elaborativo de conhecimento defronta-se a epistemologia com o seu central problema que consiste em estabelecer se o conhecimento poderá ser reduzido a um puro registro, pelo sujeito, dos dados já anteriormente organizados independentemente dele no mundo exterior, ou se o sujeito poderá intervir ativamente no conhecimento dos objetos.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Essa frase, atribuída em muitas páginas da Internet a Albert Einstein , segundo outras fontes, é na verdade de Oliver Wendell Homes Conf. as obras Stretching: Webster's Quotations, Facts and Phrases http://books.google.com/books?isbn=0546658326; e Quotes by Holmes Oliver Wendell http://books.google.com/books?id=4FQJkGXpUk4C

Cabe registrar que a epistemologia se viu envolta em discrepâncias, ocorridas tanto quanto ao seu objeto como quanto ao lugar que ocupa nos saberes teóricos, as quais ensejaram várias correntes epistemológicas, dentre as quais destacam-se o racionalismo, o empirismo, o positivismo, o construtivismo e o realismo, porém matéria não verticalizada nos presentes estudos por seus limites textuais e para não causar desvios ao foco estudado.

No tocante a tais discordâncias SOUSA SANTOS (1989: 21) assim se leciona:

a) No que respeita ao seu objeto, a discrepância é entre os que pretendem estudar na epistemologia a normatividade pura e os critérios formais da cientificidade e os que, ao invés, pretendem estudar nela a faticidade da prática científica à luz das condições e que ela tem lugar;

b)No que respeita ao lugar específico da epistemologia nos saberes teóricos, enquanto uns, na esteira do positivismo, pretendem fazer dela uma ciência da ciência, outros, quer por reação ao positivismo, quer por fidelidade à história das ideias filosóficas, colocam-na no seio da filosofia ou, pelo menos, em íntima ligação com esta, e outros ainda concebem a epistemologia como uma reflexão heterogênea, envolvendo a história e a sociologia da ciência, cujos estatuto teórico não discutem .

Delineadas as dissensões, oportuno dar o passo adiante deste trabalho e adentrar ao campo específico da epistemologia jurídica, presente que os problemas epistemológicos do Direito também fizeram parte do discurso filosófico. É que a filosofia, cingindo as razões de todas as ciências em seus aspectos relacionados ao comportamento humano, à sua interpretação e à sua linguagem, são também cuidadas pelo Direito. Pode-se dizer, a problemática epistemológica não se distanciam das preocupações dos filósofos e juristas, portanto, natural que as concepções e doutrinas filosóficas tenham se manifestado nas teorias jurídicas.

Nessa direção, a perspicácia de WARAT (2004:151-154) identifica que não obstante o engenhoso esforço das últimas décadas para aproximar o conhecimento do Direito a uma lógica formal das ciências, "a epistemologia jurídica é inexistente fora dos círculos reduzidos e de escassa penetração dentro dos círculos clássicos", dificultando, dessa forma, a diferenciação entre "doxa" e "epistéme". Expressando seu conhecimento, o autor assevera que nesse contexto, a epistemologia do Direito não passa de uma "doxa" privilegiada. É dizer, "por detrás das regras do método e dos instrumentos lógicos da dogmática existe uma mentalidade difusa que constitui a vigilância epistemológica pela servidão do Estado".

Como visto, oriundo do terreno epistemológico minado por discordâncias, natural que o *status* epistemológico do Direito seja alvo de dissensos, inclusive com tendências a obstaculizá-lo, especialmente quanto à perquirição do seu objeto que divide *empiristas*, para os quais são as normas e os fatos esse objeto, e *idealistas* que consideram como objeto os

valores ideais. Portanto, cuidar da reflexão epistemológica sobre a Ciência do Direito em sua cientificidade, a busca de sua essência, a sistematização de seus princípios gerais, ainda instiga juristas e filósofos. Essa a dicção extraída de MACHADO SEGUNDO em sua afirmação de que a "[...] cientificidade do estudo do Direito caracteriza-se, precisamente, pelo questionamento" (2008:41) por não ser "[...] um 'dado pronto', a ser aceito de forma completamente acrítica pelo cientista do Direito, nem um ponto de partida inelutávelde qualquer investigação" (2008:34).

Razão assiste aos citados autores para a defesa de suas teses, pois, no contexto, uma posição sentenciosa, autoritária, a se difundir com a força dogmática, torna-se alvo fácil ao desmoronamento. E suficiente para desconstruir tal proposição o fato de haver divergentes interpretações e aplicações das normas positivas por parte dos operadores do direito, o que, por si só, indica a impossibilidade de serem as normas positivas tratadas como dogma jurídico. De acordo com WARAT (2004b:341):

O dogma fez do pensamento um eco mortífero, que conduz irremediavelmente à fetichização. [...] No dogmatismo, as palavras se mantêm à distância, exercitam em bloco sua teatralidade para faze circular as verdades e fundamentá-las como "Palavra Legítima". Entramos na ordem de um âmbito simbólico pré-estabelecido como espaço da letra-morta (não separável de um portador primordial, fálico e privado de sua sexualidade.

Assente é o fato de as ciências sociais ou da cultura terem nascido sob o olhar positivista, de se fincarem fortemente em valorizar o método empirista e quantitativo, de receberem a experiência como origem do conhecimento, de considerarem as ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade de modelo para as demais ciências, de tendência dogmatista e de portarem-se com hostilidade em relação ao idealismo. Por conseguinte, a Ciência do Direito, não emergiria ilesa dessa visão, como observado por SERRANO (2006: 252) ao dizer que houve todo um empenho na tarefa de se construir *um* "conceito generalizador do direito ou a priorizar o estudo de diversos conceitos jurídicos, tais como: norma, fato, relação, responsabilidade, proposição, contrato, justiça, validade, coerência, eficácia etc".

Todavia, um empenho que, de certa forma, não apresentou um resultado satisfatório ao se observar que a própria concepção 'do que é o Direito' é cambiante nas teorias, como se extrai da lição de FERRAZ JR (1977, v.25: p.63) ao verificar-se quão diferenciado é o recepcionamento do Direito pelos *positivistas* ("o direito é uma ordem coativa da conduta humana que se manifesta como um conjunto de normas escalonadas", segundo Kelsen);

historicistas ("fenômeno historicamente determinado[...]o direito é um conjunto orgânico de institutos que expressam relações vitais e concretas, elementos vivos em constante movimento, cuja historicidade se mostra na conexão espiritual da tradição", para Savigny); naturalistas ("o direito é um fenômeno natural, empiricamente observável"[...]" o direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, coativamente asseguradas", de acordo com Jhering); culturalista (o direito como "fenômeno da cultura, um produto humano, resultante da experiência do homem na sua convivência; teológicas (o direito como " uma prescrição divina para regular a convivência"[...] "o direito tem sua raiz na vontade racional divina, sendo o seu escopo o adimplemento dos desejos de Deus, que lhe dão também os seus limites" conforme Cathrein); formalistas(" uma categoria transcendental da experiência humana"[...], "o direito é uma forma do 'querer' tomado como um conceito teleológico que opta por fins e a eles subordina meios, ou seja, uma forma de querer entrelaçante, autárquico e inviolável", nas palavras de Stammler).

A própria dificuldade de um consenso quanto à definição do Direito já se apresenta como um dos grandes desafios postos ao enfrentamento pelos juristas históricos e modernos na Ciência do Direito, ausência de homogeneidade esta que tem se constituído em um sério problema vivenciado pelas escolas e teorias jurídicas.

Assim, procedentes são as críticas de que, ainda, se está por fazer uma Ciência do Direito, posição a qual se acosta o filósofo VASCONCELOS( 2010), tendo em vista persistir uma Ciência do Direito alheada do justo, fragmentada em estéreis discussões sobre lei, jurisprudência, processo, técnicas etc., como se a realidade jurídica a elas fossem resumidas. Dessa forma, já é tardia a cobrança de uma ciência do direito crítica, com um viés de observação à luz da interdisciplinariedade, como advertido por LYRA FILHO (2006) ao reconhecer a necessidade de o Direito ampliar seu foco a partir de uma concepção dialética.

E o porquê da necessidade dessa concepção dialética encontra-se explicitada na lição de MARQUES NETO(2001:185):

Ciência é discurso, teoria, que se constrói em função de um objeto de conhecimento e de um método, por sua vez também construídos. E a função precípua de toda teoria científica é a de explicar, e não ditar normas e, muito menos, dogmatizar.[...] A dialética vê na ciência do Direito, não uma simples cópia de qualquer realidade, mas um sistema construído de proposições teóricas, que, voltado para o real, o faz seu, assimilando-o, e transformando-o, e, por isso mesmo, construindo-o e retificando-o.

Assim, que seja uma dialética como modo de conhecer, exercício direto do pensar e da linguagem para operar com os conteúdos do pensamento e do discurso. Uma dialética que se

constitua em uma atividade intelectual destinada a trabalhar os contrários e as contradições para superá-las; para se chegar à essência (ideia imutável); para se elevar, em degraus, das aparências sensíveis às realidades inteligíveis ou ideais, verberado POR JAPIASSÚ e MARCONDES (2006:73) que assim complementam: "É como instrumento de busca da verdade, pedagogia científica do diálogo de que resulta a depuração e purificação dos contrários, que pela dialética platônica se alcança a verdade do que é idêntico e o mesmo para todas as inteligências".

Nesse diapasão, esta análise elaborará sua dicção longe do engessamento tão comum que é a preocupação com as definições do conceito de Direito ou as discussões das estruturas de suas proposições. Sabe-se, e isto consta referenciado no tópico anterior, a importância do conceito para a epistemologia como ponto inicial na observância dos fenômenos para que estes sejam revelados. E a Ciência do Direito não foge a essa regra.

No entanto, com vistas à captação do objeto da Ciência do Direito, o observatório desta há de ser direcionado não para a norma positivada, a lei oriunda do Estado, emanada do poder legítimo a representar a sociedade, a posição que resiste sedimentada no seio doutrinário, com respaldo na teoria de Kelsen, mas, sim, para algo bem mais complexo. É ter entendimento sobre a ideia de Direito – fenômeno jurídico a comportar o lícito e o ilícito, como seu contrário, em dialética - que se favorece, sobremaneira, a compreensão do que trata a ciência do Direito, como conjunto de teorias jurídicas sobre um tipo de conhecimento específico, sistematicamente trabalhado, com linguagem e método próprios, com a configuração de uma ciência eminentemente crítica.

E, ainda, significa olhar o Direito como objeto cultural, mensurável através de valores - o valor do jurídico, do justo e do legítimo, o que está acima da experiência, como alude VASCONCELOS (2010:XI). Assim sendo, impende que essa manifestação jurídica seja retratada sem desvios, diante das naturais antinomias da vida humana, o que só se torna possível através da especulação metafísica, adotando-se princípios e argumentos extraídos da dialética, e nestes conformados, para que se tenha uma Ciência do Direito eminentemente crítica, em constante dinâmica, em "um estar sempre se fazendo, como deve ser toda ciência".

Portanto, despojada das tradicionais amarras, parte-se para a compreensão do Direito como "ente total, completo em sua constituição 'ontoaxiológica' de ser que é enquanto dever ser" (VASCONCELOS, 2010:X), em sua grandiosa complexidade de relações travadas no

seio social, captando-o como se apresenta historicamente, no espaço e no tempo. É dessa maneira que se possibilita identificar toda e qualquer manifestação jurídica que tenha existido, exista ou venha a existir na história da humanidade, por sua objetividade e universalidade, interagindo, por sua historicidade, com diversos fatores, a exemplo dos econômicos, políticos, éticos e culturais, tornando-se variável.

Retomando as categorias do conhecimento, "*Todo Direito deve ser uma tentativa de Direito Justo*", na coerência de REALE(1996: 592-593) citando o pensamento Rudolf Stammler. Nesse tocante, pondo a desnudo a forte imbricação do direito com a idéia de justiça assim questiona CASSIRER (1994: p.319):

O que é direito e a justiça em si? Essa questão não pode, evidentemente ser esclarecida pela experiência. Direito e justiça encerram a ideia de um acordo, de uma proporcionalidade e harmonia, que continuaria validade mesmo que nunca viesse a encontrar sua realização concreta num determinado caso, mesmo que não houvesse ninguém para exercer a justiça e ninguém a cujo respeito ela tivesse que ser exercida.

É com essa visão da essência do Direito, de um direito de caráter social, surgido da manifestação cultural, da criação das inter-relações e interações humanas, no seu dever ser, como forma, que é a norma, que esta a se particulariza e se distingui das demais, pertinentes à conduta humana, através de sua peculiar bilateralidade-atribuitiva. Por esse caminho revisita-se na subsequência a teoria kelseniana sob a crítica da cátedra de Luis Albert Warat e o empenho de desenredar a essência coercitiva do Direito, com base em outras falas como a de Arnaldo Vasconcelos, insertas em válida doutrina.

## III A TEORIA KELSENIANA SOB CRÍTICAS: A LINGUAGEM DE WARAT E OUTRAS FALAS.

O discurso desenvolvido nos *corpus* anteriores permite apreender que o que tem de permanente na ciência é a ideia de que tudo ali (o que é objeto de sua observação) pode ser mudado, aperfeiçoado, posto que em movimento constante. A Ciência do Direito, não afastada desse contexto, também passa por esse processo de movimentação a justificar porque as suas avaliações, ideias ou significações não se apresentam de forma unívoca e nem estagnadas. Em termos conceptuais as proposições são reduzidas a visões diferentes<sup>3</sup>, não

\_

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> A respeito, conf. os escólios Tercio Sampaio FERRAZ JR citado no corpus II deste artigo.

sendo possível abarcar todo o complexo da realidade do fenômeno jurídico. Cabe o asserto de que essa diversidade conceitual em explicar o Direito é parte integrante de algumas das chamadas correntes do pensamento jurídico, cada uma, ao seu modo e com sua contribuição, apresentam múltiplas e variadas concepções sobre o Direito, o que, de modo proveitoso, colaboram para a evolução do estudo e da percepção dos fenômenos jurídicos.

De fato, há uma (co) existência de concepções diferenciadas do Direito, algumas desconstrutoras até dos padrões tradicionais afetos ao senso comum dos operadores da área. Nesse sentido, e em torno dessa complexidade, é a observação de HART (1994:5) de que "poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão 'O que é o Direito?" A pergunta, por obviedade relacional entre interlocutor/interlocução, denota o questionamento de jurista por não considerar mais satisfatórios os significados já repassados (que o Direito é lei; é a expressão dos valores de uma sociedade; é conjunto das normas criadas pelo Estado, etc), e busca saber algo mais do que a mera significação do termo apreendido pelo senso comum.

Diante de tais digressões envolvendo termo, conceito, ideia, de abstrações as mais diversas, pelos efeitos desestabilizadores causados à Ciência do Direito e seu objeto, a compreensão do Direito deve estar em permanente imbricação com a realidade em que o homem se insere, sob o entendimento de que é esse liame indissociável Direito/vida social é que torna possível a esta(vida social) realizar suas condições.

Assim, a opção por uma cobrança emergida a favor de uma ciência do direito crítica aliada ao que WARAT e PÊPE (1996:65) não mais designam como 'teoria crítica do direito', mas nominam de "um conjunto de abalos e cumplicidades contra as teorias jurídicas dominantes [...] infinitas estratégias teóricas que visam minar os alicerces da fortaleza do dogmatismo jurídico". Entendimento, de logo, justificado pelos autores ao reconhecerem que "hoje existe quase um consenso entre os adeptos da teoria crítica do direito de que não se produziu nenhuma teoria crítica, mas uma crítica às teorias hegemônicas, principalmente ao positivismo jurídico".

Sabe-se, e em são consciência a nenhum jurista é dado desconhecer, que o pensamento de Kelsen ainda reina praticamente absoluto em nossos dias. Afinal, como a norma é criatura do Estado, nas mais variadas formas de poder vigente, o seu papel último de destinação é o de

legitimar a existência do próprio criador. Assim, nas palavras de LYRA FILHO (2006;29) " *O positivismo [...] é uma redução do Direito à ordem estabelecida."* 

Como crítico dessa realidade construída por força da teoria jurídica dominante, WARAT(1983:13) inclina-se para um reencontro com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, na pretensão de "expor a necessidade de atualizar não só a Dogmática Jurídica, mas a própria teoria kelseniana". Ademais, labora de forma mais ampla, o autor, ao incursionar no plano da epistemologia jurídica para fins de esclarecer a função que o saber jurídico cumpre como fator co-determinnte da organização da sociedade. Porém, faz questão de esclarecer que "não se trata de um duplo movimento de ruptura em relação ao costume e hábitos do pensamento juridico-clássico e em relação á crença kelseniana de que se possa reconstruir um sistema de conceitos (logicamente controlados), liberados das enganadoras articulações ideológicas". Afirma WARAT(1983:19) que se trata "de um deslocamento, de uma troca de lugares".

Com a opção de centralizar sua análise na vertente positivista e escolhido o marco teórico para seu contra-discurso, a exemplo dos doutrinadores Tercio Sampaio Ferraz Jr, Machado Neto. WARAT(1983:24) escolheu como campo temático o princípio da pureza metodológica de Kelsen para sua desconstituição, inclusive destacando no seu referencial a neutralidade do direito e do Estado.

Nessa movimentação Warat insurge-se contra a afirmação inserta em vários momentos da teoria kelseniana do papel descritivo e neutro da ciência jurídica. Entende o autor que mesmo "aceitando-se a teoria como puramente descritiva, estaria ausente a neutralidade pretendida". Ao desenvolver seu pensamento, crítica o positivismo lógico e seus reflexos no Direito e caminha sob o norte de sua aspiração desestruturadora. Para o citado teórico " a pretensão de construir uma linguagem ideal e absolutamente precisa para descrever a realidade reforçaria uma visão de mundo cristalizadora do status quo por desconsiderar os fatores históricos e sociais que influenciam a feitura e a aplicação das normas jurídicas" (1995:48). E explicita:

A realidade adquire um valor que não admite nenhuma suspeita e, portanto, rejeita no plano do saber as necessidades de mudança. Desta maneira, o discurso científico das ciências sociais e jurídicas perde toda a possibilidade de converter-se em um discurso de denúncia, de diagnóstico das desigualdades e dos mecanismos de dominação. Este tipo de discurso científico, obviamente, é uma linguagem adormecedora.

Permitem, ademais, os escólios de WARAT (1995:73) identificar na teoria do direito positivista uma ideologia jurídica dominante, cujos pontos centrais foram por esse autor enumerados:

1)A idéia de que a ordem jurídica nos fornece segurança;.2) a noção de que o sistema do direito positivo é a garantia da paz social.3) a necessidade de adaptação ao modelo de ordem que os discursos jurídicos insinuam;4)a ideia de que o direito circunscreve as tensões sociais dento de um marco de pequenos conflito;5) a superação dos problemas sociais através de mecanismos equilibrados do sistema social; 6) o direito é árbitro neutro das disputas entre os homens (neutralidade do direito e do Estado); 7)a transformação da força em legalidade, da dominação em dever;8).a identificação do poder `lei; 9)identificação da obrigação de obedecer a certos valores aceitos como "essencialmente justos"; 10) a ideia da finalidade ética da sanção.

No entanto, leciona WARAT(1997: 13-14) que a generalidade da comunidade jurídica aceitem essas posições, a admissão de tais pontos de vista, raramente, é precedida por um processo de reflexão e de crítica. E por não haver um trabalho reflexivo sobre esse instrumental ideológico, os juristas, seja de forma consciente ou inconsciente, descuidam-se de todos esses fatos quando eles estão em seu trabalho diário, e permitem (ou se omitem) quanto ao cumprimento dos direitos que provêm daquelas normas. Como exemplo, vê-se a "validade da lei admitida sem qualquer consideração sobre sua eficácia ou seu fundamento", e o modelo do judiciário (que foi desenvolvido para a resolução de conflitos individuais entre pessoas que têm um padrão econômico razoável) ser aplicado sem qualquer adaptação a todas as relações sociais".

Segundo WARAT (1997:13-14) tal ocorrência se dá em face do conjunto de crenças comuns à maioria dos juristas que se constituem "uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente os seus atos de decisão e enunciação". Neste caso, esclarecem os ensinamentos do autor, ocorre uma substituição na ordem epistemológica - "a ordem epistemológica de razões é substituída por uma ordem ideológica de crenças que preservam a imagem política do Direito e do Estado - "Tem-se, assim, formada uma "ilusão epistêmica, composta pelo conjunto de opiniões compartilhadas pela comunidade de juristas", que recebe de WARAT a denominação de "senso comum teórico dos juristas".

Concernente a esse *senso comum teórico dos juristas*, WARAT(1982: 48-57) especifica que são quatro as suas funções: 1) *a função normativa*, por intermédio da qual os juristas atribuem significação aos textos legais, estabelecem critérios redefinitórios e

disciplinam a ação institucional dos próprios juristas: 2) a função ideológica, por não poder ser olvidado que o sentido comum teórico cumpre importante tarefa de socialização, ao homogeneizar valores sociais e jurídicos; de silenciamento do papel social e histórico do Direito; de projeção e de legitimação axiológica, ao apresentar como ética e socialmente necessários os deveres jurídicos; 3) a função retórica, que complementa a função ideológica, por ter aquela a missão de efetivar esta, para tanto laborando o senso comum retórico os argumentos para o raciocínio jurídico; 4) a função política cumprida pelo teórico por derivação das funções antecessoras, e que se faz expressiva pela tendência de acumular o saber para reassegurar as relações de poder.

Registre-se o uso apropositado da metáfora de WARAT(1982) para caracterizar o senso comum teórico como *a voz "off" do direito*, isto é, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais se dispensa o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam. Ao enfeixar essa retomada epistemológica, o faz WARAT(1982:52) de forma preclara:

[...]estamos diante do senso comum teórico dos juristas, que é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico. O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extra-conceitual no interior de um sistemade conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da epistéme .Trata-se de uma epistéme convertida em doxa, pelo programa político das verdades, executado através da praxis jurídica. Nesta ordem de ideias, o saber crítico pode ser definido como uma doxologia, que procuraria o valor político do conhecimento científico do direito, tornando, este, opinião de ofício pela práxis jurídica.

Assim, tendo absorvido os ares promissores de que "Particularmente, em relação ao Direito, há uma sabedoria que não aceita mais, como exclusiva, a razão normativa e começa a pensar nos Direitos, em uma rede de múltiplas dimensões ocupadas com a qualidade de vida". (WARAT, 2004b:69), mobiliza-se, juntamente com outros acadêmicos<sup>4</sup> no sentido da forjatura de uma teoria crítica das ciências sociais orientada na direção de duas convergências: a)O esforço em mostrar as insuficiêncis epistemológicas surgidas pela aceitação indiscriminada do paradigma cartesiano-positivista; b) Cuidar da inserção do saber científico

\_

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Inclusive no ambiente acadêmico-jurídico brasileiro do século XX, Warat é o responsável pela fundação da Associação Latino-americana de Metodologia do Ensino do Direito (Almed) na década de 1970, cujo objetivo, entre outros, a "reformulação das bases epistemológicas da produção do conhecimento na área do direito, considerado como fetichizante

na prática social, e assim apresentar a Ciência Jurídica não como uma ciência dos fatos, mas como uma técnica de efeitos<sup>5</sup>.

Ao identificar em Kelsen uma preocupação central de constituir uma ciência em sentido estrito para o direito, WARAT(1995:59) é incisivo :

Milhões de folhas foram inutilmente utilizadas para a procura da essência do direito, da ilicitude, da natureza jurídica de tudo que era analisado do Estado e do poder. Na verdade, tal fato não constituiu mais do que uma tentativa de apresentar, como pertencente à própria ordem da natureza, as representações simbólicas que reasseguraram no plano da linguagem as relações de poder.

E se postando intransigente em relação ao princípio da pureza da teoria kelseniana em querer isolar o Direito de injunções ideológicas, WARAT e PÊPE(1996:65) combatem:

a neutralidade gnoseológica do positivismo jurídico para demonstrar o íntimo relacionamento existente entre o saber jurídico e o poder e, ao mesmo tempo, destacar que, apesar das tentativas de controle epistemológico, o conhecimento jurídico está política e ideologicamente determinado.

Ao mesmo tempo, cobram dos filósofos do Direito "o dever moral de denunciar os graus crescentes de uma injustiça cada vez mais tolerada pela indiferença dos seres homens absorvidos pelo consumo e as trivialidades do dia a-dia das grandes cidades". Conclamação esta atendida pelo filósofo VASCONCELOS em linha de raciocínio convergente, ao reconhecer que a vida social, por sua vez, não prescinde de uma reflexão metafísica do homem para que se possa alcançar o seu sentido e se adentre à problemática de seus fins. Nesse sentido VASCONCELOS(2010: XXI) categoriza que: "Nenhuma teoria, que descarte a condição metafísica do homem, pode pretender alcançar a compreensão das exigências de sua vida em sociedade". E rematando sua assertiva com entusiasmo diz "Obra cultural, o Direito é medida das aspirações de seu criador, o homem. Por isso uma teoria do Direito, que eliminasse a questão central da finalidade deste, como pretendeu a teoria pura, estaria, com antecedência, destinada ao insucesso".

Quanto a WARAT(1995: 20-21) sua refutação à teoria kelseniana se faz mais consistente ao consignar que:

Certamente, para Kelsen, o objeto da ciência jurídica encontra-se elaborado pela própria ciência, não sendo a síntese das normas jurídicas empiricamente produzidas

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Como indica WARAT (1983:25.n.r.2) tais direções foram apontadas por Michel van de Kerchove no trabalho científico "Possibilité et Limites d'une science du droit", in Revue Interdisiplinaire d'etudes juridides,1978/1, com abordagem sobre a oposição *ciência de fatos/técnicas de efeitos* tratada por Bachelard(1951:3-4), teórico da desconinuidade epistemológica,para quem "La science d'aujourd'hui est délibérément «factice» au sens cartésien du ter me. Elle rompt avec la nature pour constituer une technique

pelos órgãos de autoridade, mas o modelo através do qual chegamos ao conhecimento da empiria normativa. A norma fundamental gnoseológica é a noção geradora, mediante a qual KELSEN pretende distinguir o reino dos fatos normativos do seu significado e função.

Com essa captação alarga WARAT(1986:109) seu foco de observação para visualizar muito claramente as consequências da purificação monista da Teoria Pura do Direito em sua "pretensão de romper com as funções ideológicas das tradicionais classificações da Dogmática Jurídica", de negar "a divisão entre Direito Público e Direito Privado"; de propor "a identificação entre o Direito e o Estado"; de apresentar "os direitos subjetivos como uma categoria construída a partir de uma análise estrutural das normas positivas"; de ver "as pessoas físicas como sistemas parciais de normas, cujos âmbitos pessoais de validade apenas podem ser preenchidos por um mesmo individuo, negando o dualismo entre o Sujeito e o Direito"; de identificar "o Direito com a sociedade"; de suprimir "a antítese entre um sistema de normas naturais e outro positivo"; e de propor "uma visão unitária entre o Direito nacional e o Direito internacional, com o que desmistifica a categoria da soberania e rechaça a visão dicotômica entre o indivíduos e a sociedade"

O enfrentamento a esse *status quo* recebe o embasamento da Epistemologia Crítica da Ciência com o propósito de responder à necessidade de um novo paradigma que tenha força contestatória capaz de vencer os obstáculos referentes à objetividade das ciências sociais, para atuar no sentido de solucionar os sérios problemas da humanidade, muitos relacionados à pseuda neutralidade científica apregoada. Com argúcia, entende o doutrinador retro que "no caso do Direito, não adianta tentar recuperar formas do inconsciente epistemológico que procurem uma visão do Direito, preocupada em impor padrões de comportamento, o que não pode ser objetivo mor do Direito na sociedade" (2001:.73)

Assim, WARAT e PÊPE(1996:45) trazem à colação suas proposições sobre uma teoria crítica do direito<sup>6</sup> apresentando-a : **a**) plano deontológico( a como uma instância específica da ideologia reinante) para "demonstrar que os problemas de valoração jurídica são opiniões ou crenças de uma visão de mundo da classe dominante"; **b**) no plano ontológico (terreno de combate a neutralidade gnoseológica do positivismo jurídico) para "demonstrar o íntimo relacionamento existente entre o saber jurídico e o poder e, ao mesmo tempo, destacar que, apesar das tentativas de controle epistemológico, o conhecimento

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Embora o autor admita textualmente que hoje existe quase um consenso entre os adeptos da teoria crítica do direito de que não se produziu nenhuma teoria crítica, mas uma crítica às teorias hegemônicas, principalmente ao positivismo jurídico.Conf. WARAT e PÊPE(1996:64).

jurídico está política e ideologicamente determinado"; **c**) no plano fenomenológico ( senda em que renega a sociologia do direito do tipo positivista)no qual vislumbra a possibilidade de uso emancipatório do Direito "a demonstrar os benefícios de uma abordagem dialética do processo histórico-social do Direito".

Dessarte, por toda a incursão doutrinária feita, salta à vista a tortuosa engenharia da teoria kelseniana em reivindicar a neutralidade ideológica e objetividade científica, que se refuta, por não se apoiar em sólidos argumentos epistemológicos, e por prestar-se para encobrir o empenho, talvez inconsciente, de ideologizar o saber científico, preservando, assim, seu poder (WARAT:1983,.51). Tem-se, pois, sob a lúcida fundamentação do pensamento waratiano que "a pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais". E somente partindo-se da análise pragmática, como observatório de atuação para uma previa coincidência ideológica, é que pode ser erguida "a tese de um discurso normativo com univocidade significativa". Tal análise, informa (WARAT, 1995, p.47), encontra-se apta a oferecer o bom instrumental para a formação de juristas críticos (tão necessários à seara do Direito) "que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade. Caem bem as palavras de WARAT(1996:27) ao lembrar que:

los juristas sostienen la eficacia social de la ley en la ficción de sus sentidos. Una lógica compulsiva de la pura apariencia de sentidos, que opera como una es-pecie de garantía de obtención, en forma retroactiva, de un significado que ya estaba en la ley desde sua promulgación. Sesalva así la pureza de la ley y se nie-ga a la producción de subjetividad su valor jurídico

Com efeito, ao alijar o Direito de seu fim, de sulcar os níveis situacionais intercomunicáveis do Direito ( o metafísico, o positivo e o ideal) que a nominada teoria pura kelsiana se forjou em equívocos, também reconhecidos nos escólios de VASCONCELOS (2010: p. XX). Primeiramente, ao eleger um positivismo de feitio idealista que rejeitava o fato social, depois, quando esteou-se em critérios de cientificidade ultrapassados, de caráter meramente descritivo sem atentar para o homem no seu contexto social, ainda, por não perscrutar o que era inerente à fundamentação e legitimidade do Direito.

Desse modo, na esfera do Direito, a ideologia ortodoxa do positivismo kelseniano mostrou-se inábil para atender de modo eficiente às discussões pertinentes ao valor que se

constitui "dimensão principal e prioritária do fenômeno jurídico". Ao admitir como Direito tão somente o Direito positivo, Kelsen recusou-se valorar o direito positivo em nome da neutralidade objetiva, e com isso eivou de incongruência a sua Teoria Pura, tornando-a passível das procedentes críticas já delineadas.

Em espartilhada síntese, prosseguindo-se, também, sob os ensinamentos de(VASCONCELOS, 2010:11-12)., a ciência do Direito emergida da teoria kelsiana, ao perquirir sua essência, e propunha-se : à "analisar a estrutura formal do Direito positivo enquanto sistema de normas"; a conhecê-lo – "o que é e como é o Direito"; e descrever, "com o objetivo de estudos das normas jurídicas, os seus elementos,a sua inter-relação, a ordem jurídica como um todo, a relação entre as diferentes ordens jurídicas, e, finalmente, a unidade do Direito na pluralidade das ordens jurídicas positivas", unidade esta a que se chegaria com "a determinação da esfera de validade da ordem jurídica nacional pela ordem jurídica internacional".

Cabe referenciar que KELSEN (1960:135) em sua disposição hieráquica piramidal das normas só considera que una puralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Fala Kelsen em validade, não em legitimidade. Inserindo, destarte, uma concepção de norma como juízo hipotético (da lógica kantiana), amalgamando o dever ser aos elementos da norma, numa relação singular que denominou de imputação, através do qual ergue-se um fosso entre mundo jurídico e mundo natural. Em complementação, reconhece na coação o traço distintivo da essência do Direito positivo, impondo limites entre a norma jurídica e a norma moral.

O Direito caracterizado pelo uso regular da coação é, pois, assente na obra de Kelsen "Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada". (1971: 77) Tal visão do Direito como ordem coativa se reforça em outros de seus escritos (KELSEN,1969: 13) ao receber o "Derecho como un sistemas de normas coactivas de deber ser, es decir, de normas que prescriben a ciertos órganos jurídicos que ellos, em determinadas condiciones, deben dirigir actos de fuerza contra seres humanos"

Mesmo com todos os esforços empreendidos por Kelsen em sua teoria pura de (con)fundir e reduzir o Direito à norma, do arquétipo do seu sistema normativo a regular seu próprio processo de produção e aplicação, a sua peculiar abordagem de como se processa e se articulam as relações da validade das normas do seu escalonamento piramidal, o conceito forjado por ele não responde sobre a essência do direito. Dessa forma, o imbróglio que faz exsurgir o Direito configurado como uma ordem coativa, de implicações mais reducionistas e sob um normativismo jurídico absoluto caracterizador da teoria pura, que perpassa século e se perpetua no hodierno, contém graves equívocos que carecem de desconstrução.

Identificar como coercitiva a natureza do Direito - matéria envolta ainda sob o calor de inesgotáveis polêmicas - se deve, sobremaneira, à miopia a que a mesma é submetida na seara do conhecimento. Assim compreende-se, tanto pela defensa veemente de VASCONCELOS (2001: 14) de que a coação é instrumento, por meio do qual pretende-se obter alguma coisa, a saber, a recuperação de um direito não satisfeito. Nesta hipótese, se a coação for da essência do direito não poderia assumir o caráter instrumental, posto que defeso tendo em vista ser o instrumento,por definição, condicionado a seu uso ou utilidade. A invocação do pensamento de Hannah Arendt(1994:42) em sua análise instrumental ao tratar da questão do poder governamental faz o ancoradouro - "a violência é por natureza instrumental; como todos os meios, sempre necessita de orientação e justificação pelos fins que persegue. E o que necessita ser justificado por alguma outra coisa não pode ser essência de coisa alguma"

.Sobre o tema, WARAT(1983:90) menciona que "o Direito aparece na teoria Pura de Kelsen como uma organização monopolizadora de força, como garantia da paz social". Mas acrescenta que essa "tendência à paz social seria preservada pelo Direito no momento em que garante aos indivíduos que lhe são submetidos contra o emprego da força por parte de outros indivíduos"

Como se verifica, é circunstâncial o emprego dessa força que é a coação, no sentido de força física praticada pelo Estado diante de uma ordem judicial, sendo propriamente definida, segundo VASCONCELOS (2001: 14) como "ato de coagir, procedimento que sempre pode ou não verificar-se, a depender de muitas e diversas circunstâncias". Em assim sendo, a natureza coativa do Direito exigiria e exige, sem excepcionalidade, o uso da força se fazendo presente em todas as situações. Para ser da essência do Direito a coação, necessitaria que tudo no direito fosse coativo. Ademais, como argumenta com grande lucidez o autor em epígrafe se constitui mesmo em incoerência, em absurda contradição a teoria apregoar a

essência do Direito e da norma como coativos e a legislação, contrariamente, qualificar essa coação como defeito do ato jurídico e até mesmo crime, é dizer "a legislação tratando de preservá-los contra aquilo justamente que é a sua essência e coação".

Diante dessa realidade impressiona como a sustentação da ideia do Direito com essência coativa foi propagada, se preserva e se eterniza na doutrina. Essa (re) alimentação, na verdade, torna-se identificável no *senso comum teórico* dos juristas de que fala Warat e por meio da ideologia de ALTHUSSER (1979: 204), se constitui em:

um sistema de representações, sejam imagens, mitos, ideias ou conceitos", não se esgotando, contudo, nessa ideia, uma vez que adquirindo " existência material no momento em que se transforma em um sistema de relações entre as condições reais de existência dos indivíduos e suas representações.

Assenta-se, confrontando as posições doutrinárias, não ser a coerção essência do direito - pois, o direito se realiza na grande maioria das relações jurídica sem o uso da força do coagir. E como já referenciado, passa a ser, adquire o tônus coercivo graças a construção da linha do positivismo kelseniado de identificar o Direito com o Estado, do direito como norma. A legitimidade do Estado moderno, como apregoa WARAT(1983:93) em sua cátedra "longe de provir do consenso do homens encontra o fundamento do monopólio da coerção no efeito da racionalidade e legalidade que lhe empresta o próprio Direito, criando a ilusão de que o Estado necessita de um utilização mínima da força para ter seu monopólio valido"..

Todavia, em concordância com as lições de Bobbio que Warat invoca, reconhece não ser a força o único instrumento para o exercício do poder, pois dois outros principais meios são reconhecidos: 1º - a posse dos instrumentos de produção - que dá origem ao poder econômico; e 2º - a posse dos instrumentos de formação, as ideias – que origina o poder ideológico. Portanto, o Poder sustenta-se por meio pela ação conjunta, inseparável da tríade coerção/produção/ideologia

Com efeito com a coerção assegura-se o programa jurídico, ideológico do Estado e determina-se uma tática política, em que aparece como um dos instrumentos tecnológicos do poder. Mas a coação, como informa WARAT(1983:93) encontra-se prevista e determinada em uma norma como consequência da realização de uma conduta descrita nesta mesma norma, como sua condição". Assim a coação disposta na norma simboliza a positivação do Direito na perspectiva de sua exigibilidade, quando violado o Direito.

É dentro de uma ciência do Direito sob novos fundamentos, como os expostos por WARAT e a plêiade de autores de sua linhagem pensante a forma de como pode ser trabalhado em contrário esse imaginário jurídico, no sentido de não apenas arrefecer, mas

abandonar mesmo as concebidas teses do Direito com essência coativa e da neutralidade da Ciência Jurídica. É esse o encaminhamento como se conclui.

## CONCLUSÃO

Como perpassado nos presentes estudos, o conhecimento científico vem há três séculos empreendendo ferrenha luta para impor-se hegemonicamente sobre qualquer outro tipo de conhecimento, emergindo a ciência moderna imbricada a uma relação de causa e efeito, sob o paradigma do edifício newtoniano e cartesiano, que expulsou da investigação científica o subjetivo, a emoção e o desejo, condenando à separação: corpo, alma e emoções, sujeito e objeto, ser humano e natureza, interioridade e exterioridade, eu e o outro.

Em termos da Ciência Jurídica, sublinhe-se, o modelo desenvolveu-se na esteira de uma racionalização de estrita separação desses dois mundos, embasado no sistema positivista de conhecimento cujos critérios de cientificidade já estavam ultrapassados, pois de caráter meramente descritivo.

Na esteira de Warat e Vasconcelos a Ciência do Direito de urdidura kelseniana, foi construída sobre o grave equívoco da incomunicabilidade entre *o ser* e o dever *ser*, em manifesta posição monista, negando o pensamento dialético, fruto do positivismo que o ancorou, em que os fatos e os valores são conceitos distintos e independentes, o conhecimento exsurgente da Ciência do Direito frustra-se em sua perspectiva reflexiva do olhar crítico diante do agir humano, conduzindo a outros erros. Positivismo fez o Direito subsumir-se no Estado, emergindo este como sua única origem. Além de ter reduzido o Direito à Norma e identificada sua essência como coativa.

Para Warat e seus teóricos é necessário afastar o direito do método de interpretação meramente exegético da dogmatização jurídica do o tom atribuído pela teoria kelseniana, em seu fervor positivista, que retirou as apreciações metafísicas do direito, que transmudou a norma orientadora em mero cálculo normativo, rompendo sua tradição histórico-cultural fundado em uma determinação em favor de um fim — o bem comum. É esse o encaminhamento que abrirá ensanchas para uma nova paisagem jurídica, mais rica e ampla, do Direito sob o olhar do pluralismo, reconhecendo a existência das outras experiências jurídicas que se processam na sociedade e não apenas aquelas advindas do Estado, que

permita que aos que dele se recorra possa levar suas lutas adiante, pois fazendo parte de recursos políticos mais vastos.

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. A favor de Marx. Trad. Dirceu Lindoso. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência.** Trad.André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995.

BERTEN, André. Filosofia Social. **A responsabilidade social do filósofo**. São Paulo: Paulus, 2004.

CASSIRER, Ernst. A filosofia do iluminismo. 2ª.ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1994.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. In **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAWITZ, Madeleine. **Métodos y técnicas de las ciências sociales.** Barcelona: Hispano Europea, t. 1. 1975.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2<sup>a</sup> Ed., 1994.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho.** Trad. de M. Nilve y N. Cabrera, EUDEBA, Buenos Aires, 1960.

Contribuciones a La Teoria Pura del Derecho. Buenos Aires: Centro Editor de America latina, 1969.

KOSIK, Karel. **Dialética do concreto**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

LEFÈBVRE, Henri. **Lógica formal/lógica dialética**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Porque dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A Ciência do Direito, Conceito, Objeto, Método,
2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
MORIN, Edgar. Ciência com Consciência. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
Os sete Saberes necessários à Educação do Futuro. São Paulo: Cortez,
2001a.
A religação dos saberes: o desafio do século XX . Rio de Janeiro: Bertrand
Brasil, 2001b.
PAVIANI, Jayme. Epistemologia Prática: ensino e conhecimento científico. Caixias do
Sul: EDUCS, 2009.
REALE, Miguel. <b>Filosofia do direito</b> . 17 <sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
ROGUE, Christophe. <b>Compreender Platão.</b> Trad. Jaime A. Clasen. Petropólis: Vozes, 2005.
SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução a uma Ciência Pós Moderna. Rio de
Janeiro: Edições Graal, Ltda, 1989.
Um Discurso Sobre as Ciências. São Paulo: Cortez Editora,
2003.
SERRANO, Pablo Jiménez. Compreensão Epistemológica do Direito. In JÚNIOR, Flávio
Martins Alves Nunes e NASCIMENTO, Grasiele Augusta Ferreira (Org.) O Direito e a Ética
na sociedade contemporânea. Campinas-SP: Alínea, 2006.
VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria Pura do Direito. Repasse Crítico de Seus Principais
Fundamentos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora G/Z, 2010.
Direito e Força. Uma Visão Pluridimensional da Coação
Jurídica. São Paulo: Dialética, 2001.
<b>Teoria da Norma Jurídica</b> . 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
WARAT, Luis AlbertoO direito e sua linguagem, 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio
Fabris, 1995.
Introdução geral ao direito II. Porto Alegre: Fabris, 1994b.
Por quien cantan las sirenas. Joaçaba, Unoesc/CPGD-UFSC, 1996.
O direito e sua linguagem. 2ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio
Fabris editor, 1995.
O Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. In
BuscaLegis.ccj.ufsc.br - Revista Sequência, Santa Catarina v.3, n. 5 , Junho de 1982(48-57)

Disponível	em	https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692.
Acesso em 1	0 de ma	arço 2015.
		A pureza do poder: uma análise critica da teoria jurídica.
Florianópolis	s: Ed. d	a UFSC, 1983.
		O ofício do mediador. Florianópolis: Editora Habitus, 2001
		Surfando na pororoca. O ofício do mediador. Florianópolis:
Boiteux, 200	)4b.	
		; PÊPE, Albano Marcos Bastos. <b>Filosofia do direito: uma introdução</b>
<b>crítica.</b> São l	Paulo: I	Moderna, 1996.