

## UMA CHARADA: A CIÊNCIA, OS MÉTODOS, A LEI E O CONFLITO

Mônica Sette Lopes\*

“O POEMA

Mário Quintana

Uma formiguinha atravessa, em diagonal, a página ainda em branco. Mas ele, aquela noite, não escreveu nada. Para quê? Se por ali já havia passado o frêmito e o mistério da vida...”

Fazer ciência não é, certamente, fazer poesia. Mas a pergunta do poeta sintetiza a angústia: Para quê? Para que encher a página em branco quando o frêmito e o mistério da vida parecem tornar ociosas todas as tentativas de teorização?

Este trabalho tem por objetivo percorrer algumas das possibilidades para a resposta a esta pergunta, aportando nas dimensões de enfoque de *Marc Galanter* e de *Andreas Auer* que constam de obra organizada por *António Hespanha*<sup>1</sup> e cujo destaque está nas perspectivas de solução do conflito.

A concepção do direito como objeto de ciência é fenômeno recentíssimo na história da humanidade, conclusão a que se chega, principalmente, quando se tem em mente o fato de que ele existe há muitos séculos como instrumento na composição cultural que se afirma a partir da vida em comunidade. O ponto de apoio pode ser assentado em *Savigny* (1779-1861) e seus contemporâneos e a isto se contrapõe uma história do direito, como canal para a solução de conflitos, de mais de dois mil anos.

Naturalmente, o parágrafo anterior impõe um outro dilema que obsta o desenvolvimento do tema. O obstáculo, paralisante, poderia ser sintetizado em duas perguntas: O que é ciência? Há uma ciência do direito?

As respostas exigem muito mais do que se propõe a dizer aqui, porque importam uma análise comparativa de outros desdobramentos teóricos relacionados às coisas da natureza. Não se pode sequer considerar uma idéia unívoca de ciência e esta dificuldade também se estabelece de forma clara no que concerne ao direito.

Para fugir do problema talvez se deva tomar, portanto, uma posição deliberada, que pode parecer covarde, mas que sintetiza a consciência dos limites que se adotam para este pequeno estudo. O seu objetivo será apenas pontuar alguns dos métodos usados no conhecimento do direito, procurando situá-los temporal e especialmente, tanto quanto possível. A observação de algumas passagens do longo percurso das explicações das coisas do direito pode dar uma idéia da conexão estreita que existe entre eles e o quadro inteiro da vida social, ou, caso pareça mais adequado, entre o sistema social geral, para lembrar *Luhmann*.<sup>2</sup>

---

\* Juíza do Trabalho. Titular da 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Professora dos cursos de graduação e de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

<sup>1</sup> HESPANHA, 1993.

<sup>2</sup> LUHMANN, 2002, p. 141-66.

Do ponto de vista da ciência ou da teoria, pode ser suficiente trazer o comentário de *McMullin* às posições *Kuhn*:

Dizer que uma teoria simplesmente “salva o fenômeno”, apesar de carregar algum peso epistêmico, deixa aberta a suspeita de isto ser *ad hoc*. Se uma teoria for pensada simplesmente como um instrumento hipotético-dedutivo, seria plausível supor que outros instrumentos podem atuar bem ou melhor na explicação do fenômeno. Só quando uma dimensão temporal for acrescida, quando uma teoria for avaliada num contexto histórico, quando o seu sucesso na unificação de domínios através do tempo ou na previsão de novas espécies de fenômenos for levado em consideração é que aquela convicção começa a emergir. Teorias não são acessíveis apenas como predição; elas não são confirmadas somente pela enumeração de conseqüências.<sup>3</sup>

A avaliação das teorias formuladas para explicar os fenômenos jurídicos guarda muito desta carga de temporalidade, até porque o direito se preenche deste mesmo manancial que é cheio de relatividade. O caráter hipotético-dedutivo destas teorizações, em que o fator concreto da experiência jurídica é alcançado apenas de soslaio, faz com que a dimensão dos planos de conhecimento organizado ou dimensionado do direito constitua uma zona destacada, estanque, uma faixa específica de realidade que, nem sempre, se comunica com a dimensão real dos problemas que, por princípio, seria seu objetivo solucionar.<sup>4</sup> A impressão que se tem é de que as teorias parecem, numa grande medida, existir por si sós, como se pretendessem salvar o fenômeno naquilo que ele tem de idealidade, de projeção de um desejo humano de estabilidade, de felicidade ou de paz.

Não há dúvida de que a preocupação com a definição da justiça, quer se considere uma acepção mais genérica, quer se considere uma versão para as situações tópicas em que se envolvem as pessoas (relações de trabalho, de família, de patrimônio, de sucessão etc.), pode ser recuperada num estudo retrospectivo da história da humanidade e de seu pensamento. No entanto, ultrapassada a versão própria da dimensão do justo, são poucos os autores que cuidaram especificamente do direito e de suas implicações como um meio técnico específico até o início do século XIX. As operações jurídicas e o conhecimento delas não constituíam uma esfera peculiar de estudos, ainda que a existência de conflitos faça da solução

<sup>3</sup> “To say that a theory simply ‘saves the phenomena’ though this carries some epistemic weight, leaves open the suspicion of its being *ad hoc*. If a theory be thought of simply as an hypothetico-deductive device, it would seem plausible to suppose that other devices might account as well or better for the phenomena to be explained. It is only when temporal dimension is added, when a theory is evaluated in a historical context, when its success in unifying domains over time or predicting new sorts of phenomena are taken into account, that conviction begins to emerge. Theories are not assessed simply as predictors; they are not confirmed only by the enumeration of consequences. - MCMULLIN, Erman. *Rationality and paradigm change.* In: CURD, COVER, 1998, p. 135.

<sup>4</sup> Cf. CANARIS, 1995.

heterônoma uma característica de todo o tempo. A presença de uma norma reguladora de condutas e, especialmente, o conteúdo material deste quadro normativo sempre se apresentaram no centro das conjecturas em torno da vida humana. Por isto, desde o *Platão de As Leis*, passando pela obra de *Cícero* e pelo trabalho dos jurisconsultos, o direito sempre ocupou uma faixa considerável das preocupações do homem.

Talvez a lembrança do Imperador *Justiniano* (483-565) e de sua posição em relação ao Código que ele achava haver esgotado toda a margem de interpretação seja um sinal suficientemente claro de que a história registra momentos prolíficos em relação aos canais particulares de tratamento das normas.

Não há como desprezar o papel dos glosadores da Escola de Bologna, ou dos comentadores, na Idade Média, ou ainda o processo de restauração implementado pelos humanistas já no Renascimento.<sup>5</sup>

Entretanto, até o século XIX, não havia uma organização ou a montagem de contornos sistemáticos que caracterizassem o conhecimento jurídico como uma especialidade, como uma seara que pudesse ter um método próprio.

Isto não é uma mera casualidade ou uma coincidência aleatória: o tratamento científico do direito coincide com o desenvolvimento geral de uma vocação para o conhecimento metodizado, especializado no que concerne às diversas esferas de projeção da realidade.<sup>6</sup>

O direito, as leis, os instrumentos e os procedimentos adotados para prevenir e solucionar conflitos e os modos como eles são explicados estão submetidos à influência do tempo e do espaço em que se desenvolvem. Os fenômenos jurídicos são sempre situados e, de igual modo, o método que se adota para a sua compreensão.<sup>7</sup>

Por isto já se pode estabelecer que, quando se cuida do conhecimento do direito, não se poderá falar de um método. Ainda que a interpretação esteja na raiz de todos eles, a observação do fluxo percorrido pelas teorias construídas para explicar o direito consigna, na verdade, vários métodos, sintonizados com o tempo, com o espaço e com as perspectivas gerais da pesquisa e da investigação pontuadas em outras áreas das ciências sociais e/ou humanas. Cada um deles preenche uma seara de interesses como foco para a dissecação do fenômeno jurídico: às vezes, é a norma, outras, o juiz, outras, uma parcela da conexão de ambos, ou, ainda, as forças da argumentação e da análise problemática ou as idéias que buscam a sustentação perene das questões universais. No entanto, não há como estampar uma teoria que abranja a cena inteira e que percorra e/ou resolva com exatidão todos os pontos de estrangulamento da operacionalidade do direito em seus múltiplos canais. Por isto, a utilização dos métodos pode ser canalizada para o ponto problemático que especialmente se submete à análise.

---

<sup>5</sup> Sobre o tema cf. BOBBIO, 1995, CALVO GARCÍA, 2002, COING, 1993; JHERING, 2002, p. 54-68; HESPANHA, 1998; LARENZ, 1989; OLLERO TASSARA, 1996; SALGADO, 1986; VIEHWEG, 1997; WIEACKER, 1980; WILHELM, 1980.

<sup>6</sup> Cf. HESPANHA, 1998, WIEACKER, 1980.

<sup>7</sup> Cf. sobre este tema LUHMANN, 2002, p. 257-67.

O ser humano, como intérprete, carrega consigo seus horizontes para o momento em que lhe cabe divisar o que seja o direito como dado externo ou nas circunstâncias de sua própria vivência.<sup>8</sup>

Uma avaliação destes métodos e de sua aptidão para dar respostas aos problemas que o direito absorve, sob o prisma de sua estrutura funcional, pode levar à dificuldade vislumbrada por *Canaris*:

Que uma doutrina “seja correta em teoria, mas não sirva para a prática”, não é compatível com a orientação aplicativa das teorias jurídicas, e, portanto, bem posto o tema, é uma situação que, de nenhum modo, pode dar-se; ao contrário, frente a uma contradição deste caráter, se deverá abandonar ou corrigir a teoria ou modificar a prática.<sup>9</sup>

As teorias, as contingências relacionadas à prática constituem dados que não se podem desprezar numa crítica do conhecimento do direito e na trama comparativa dos métodos que se adotaram ao longo da história para desenvolvê-lo. Nada será exclusivo ou excludente. Nenhum dos métodos pode ser isolado apenas por seus componentes de identificação. Neles estarão sempre assentadas as bases da situação contingencial, uma experiência que se consolida e que se arma como um composto de peças muito variadas e relevantes. Um método forma-se a partir daqueles que o antecederam, ainda que como uma reação, e, na mesma medida, conforma ou influencia seus sucessores. Um método forma-se a partir das injunções do lugar em que ele é engendrado e está invariavelmente mergulhado em todo o caudal das experiências, das necessidades e das tradições que caracterizam aquela realidade.

Assim, dentro da mesma linha dialética de influências, quando um determinado método é traduzido para a experiência de outro tempo e lugar, ele não vai congelado. Ao contrário, a sua passagem se faz carregada de interpolação e da influência dos fatores ambientais que o recebem.

A transfiguração obedece ao mesmo ritmo das contingências que se aplicam à lei e ao seu processo de interpretação, o que torna mais interessante a analogia entre a apreensão da teoria e de seus métodos e a apropriação da norma e de sua inserção no fato.

Tudo isto deve ser tomado em linha de conta quando se quer compreender os pontos problemáticos da interpretação e a maneira como se espraiam os caminhos que enlaçam o conhecimento do direito.

Talvez o sentido desta determinação se possa resumir na análise de alguns momentos e de algumas experiências metodológicas marcantes.

<sup>8</sup> Cf. GADAMER, 2003, pela raiz e pela completude.

<sup>9</sup> “*Que una doctrina ‘sea correcta en teoría, pero no sirva para la práctica’, no es compatible con la orientación aplicativa de las teorías jurídicas, y, por tanto, bien mirado, es una situación que, de ningún modo, puede darse; antes bien, frente a una contradicción de este carácter, se deberá abandonar o corregir la teoría o modificar la práctica.*” -CANARIS, 1995, p. 120.

Uma das que permite uma investigação mais sinuosa é a que cerca o Código de Napoleão e, especialmente, a Escola da Exegese.

Dentro de uma versão tradicional, o Código e a *Escola da Exegese* representam o seguinte:

- a) a consumação “de um movimento doutrinal que, partindo da doutrina tradicional francesa, fora enriquecido com as contribuições do jus-racionalismo setecentista”<sup>10</sup>;
- b) a negação do “direito doutrinal, racional, suprapositivo, porque ele tinha sido incorporado nos Códigos”<sup>11</sup>;
- c) a negação do “direito tradicional, porque a Revolução tinha cortado com o passado e instituído uma ordem política e jurídica nova”<sup>12</sup>;
- d) a negação do “direito jurisprudencial, porque aos juízes não competia o poder de estabelecer o direito [...], mas apenas o de o aplicar”<sup>13</sup>.

Ainda que estes fatores desempenhem papel significativo, é preciso pontuá-los concretamente de uma forma mais minuciosa.

*Martin* fala de uma mitologia, que envolveria a compreensão dos autores do Código. Ele diz que se credita a seus redatores ter sabido cultivar da natureza humana uma visão “elevada, otimista, etérea, espiritual”<sup>14</sup>, mas questiona se a realidade não seria exatamente o inverso e aponta os dois níveis em que se pode perceber esta inversão:

De um lado, eles são os herdeiros de uma antropologia consciente e metodicamente reducionista, aquela das Luzes, que com deleite anti-religioso atua para entregar o humano à animalidade, à matéria, ao orgânico, ao mecânico. [...] De outra parte, a experiência revolucionária, da qual eles emergem atônitos e deprimidos, acaba de obscurecer ainda mais esta antropologia com uma espessa camada de pesado pessimismo. É então natural que eles tenham, no fim das contas, uma imagem agudamente triste da natureza humana, que estaria mecanicamente sujeita ao egoísmo.<sup>15</sup>

Portanto, a idéia de que o código seja apenas o produto de trezentos anos de história dos desenvolvimentos teóricos em torno da racionalização constitui

<sup>10</sup> HESPANHA, 1998, p. 177.

<sup>11</sup> HESPANHA, 1998, p. 177.

<sup>12</sup> HESPANHA, 1998, p. 177.

<sup>13</sup> HESPANHA, 1998, p. 177.

<sup>14</sup> MARTIN, 2003, p. 458.

<sup>15</sup> “*D'une part, ils sont les héritiers d'une anthropologie très consciemment, méthodiquement réductionniste, celle des Lumières, qui non sans délice anti-religieux œuvre à ramener l'humain à l'animalité, à la matière, à l'organique, au mécanique. [...] D'autre part, l'expérience révolutionnaire, dont ils émergent abasourdis et déprimés, vient d'assombrir encore cette anthropologie d'un épais badigeon de pessimisme lourd. Il est donc naturel qu'ils aient, au bout du compte, une assez triste image de la nature humaine, assujétie mécaniquement à l'égoïsme.*” - MARTIN, 2003, p. 458.

uma representação parcial do fenômeno. Não se pode considerar que ele seja estritamente um resultado da Revolução e das linhas de pensamento que a lastrearam, que tenha respirado a ideologia da liberdade, da igualdade e da fraternidade. O código é posterior às milhares de cabeças decepadas na guilhotina, cujas lâminas cortaram a ponto de ficarem cegas, à desacomodação política que se seguiu à revolução e à tomada de poder por Napoleão. O Código é também contemporâneo de movimentos sociais e de uma instabilidade política que fez varrer seus ventos por toda a Europa, culminando com os movimentos de 1848.

Por isto, os autores do Código não estavam voando pelas nuvens benfazejas de um tempo de plena racionalidade e esperança.

Ao contrário, eles viviam problemas concretos e se envolviam nas inflexões que pretendiam estabelecer diretrizes seguras e um certo grau de estabilidade que fosse além dos pontos de ruptura e dos ruídos que impregnavam as circunvoluções da França do início do século XIX.

A introdução do ideal liberal-burguês que se espraiava pela nova vocação das forças no poder na França constitui um outro dado que não escapa à ponderação.

A imposição do Código, portanto, exigia que eles incentivassem um reducionismo metodológico que projetasse a necessidade de uma assimilação mecânica e desprezasse a absorção de toda experiência criativa na construção da interpretação.

O que influencia, portanto, a interpretação do Código?

A teoria que se alastrou tinha como principal objetivo a preservação do Código, como um repositório de segurança, dentro dos padrões e valores liberais daquele tempo, e a difusão do seu sentido e do seu significado.

Assim, a idéia que se transmite da *Escola da Exegese*, como principal movimento de explanação do Código, possuiu, ela própria, uma longa carga mítica.

O direito estaria integralmente no Código e ele seria bastante para a solução de todos os conflitos. A interpretação deveria corresponder a ele, num círculo fechado em que não se vislumbra qualquer fresta para a evasão. Assim, ao lado da mitologia no plano da elaboração do Código, impôs-se um manancial doutrinário, altamente rebuscado, que propugnou uma mitologia da interpretação. O Código transformou-se num *mito*, intocado pela vida, num dogma tão cerrado quanto aqueles que, na Idade Média, explicavam a relação das normas divinas com os seres humanos.

A falta de ampla sintonia poderia ser traduzida pela impossibilidade real de um sistema em que não coubesse ao juiz qualquer forma de ilação interpretativa. Se as normas não são completas em sua composição e se os fatos são do mesmo modo e sempre imprevisíveis, a noção-*slogan* de *dura lex, sed lex* reveste-se de algo além do que ela poderia significar no campo de atuação real. Ela é mais uma imagem que se quer vista do que o cenário que se ofereça à visão.

A versão de *Bonnet*, de 1924, já sinaliza para a existência de alguma distorção neste padrão que se quer compor:

Somos os primeiros a reconhecer que a aparição da Escola da Exegese foi o resultado necessário da codificação; que aquela Escola foi útil e também que, em todos os momentos de sua história, seus representantes serviram

à causa do Direito civil numa medida maior ou menor. Sem medo, porém, afirmamos que, quando os paladinos da Escola da Exegese fizeram uma obra verdadeiramente científica, traíram o programa de dita Escola.<sup>16</sup>

A palavra traição designa as soluções dadas para questões específicas na obra dos exegetas, as quais foram além dos paradigmas com que eles, na exposição de suas idéias, acenavam. Para resumir, os próceres da *Escola da Exegese* não foram, eles próprios, exegetas.

A característica mais marcante do movimento seria um método caracterizado pelo “culto ao texto da lei”<sup>17</sup> e, via de conseqüência, a necessidade de perseguir-se a vontade do legislador que representava, em última análise, a vontade do Estado.

É o mesmo *Bonnetcase* que divide os períodos de duração da *Escola da Exegese* segundo a sua importância: 1804 a 1830 (fundação), 1830 a 1880 (apogeu) e 1880 a 1900 (declínio).<sup>18</sup>

Conjugando estes dados, parece sempre estranho que o apogeu do movimento situe-se tanto tempo após a edição do código. E a estranheza será sempre maior quando se constata, a partir de uma análise histórica, que a Europa e, especialmente, a França se encontravam em ebulição. Veja-se o que diz *Hobsbawm*:

Em poucas palavras, o mundo da década de 1840 se achava fora de equilíbrio. As forças de mudança econômica, técnica e social desencadeadas nos últimos 50 anos não tinham paralelo, eram irresistíveis mesmo para o mais superficial dos observadores. [...] Por exemplo, era inevitável que as aristocracias de proprietários de terras e as monarquias absolutas perdessem força em todos os países em que uma forte burguesia estava-se desenvolvendo, quaisquer que fossem as fórmulas ou os acordos políticos que encontrassem para conservar sua situação econômica, sua influência e sua força política. Além do mais, era inevitável que a injeção de consciência política e de permanente atividade política entre as massas, que foi o grande legado da Revolução Francesa, significaria, mais cedo ou mais tarde, um importante papel dessas massas na política. [...] Tudo isto teria sido o bastante para dar aos homens da década de 1840 a consciência de uma mudança pendente. Mas não o bastante para explicar o que se sentia concretamente em toda a Europa: a consciência de uma revolução social eminente.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> “Somos los primeros en reconocer que la aparición de la Escuela de la Exégesis fué el resultado necesario de la codificación; que la misma Escuela ha sido de utilidad y también que, en todos los momentos de su historia, sus representantes sirvieran a la causa del Derecho civil en un medida más o menos grande. Sin temor de empero afirmamos que cuando los paladines de la Escuela de la Exégesis hicieron una obra verdaderamente científica, traicionaron al programa de dicha Escuela.” - BONNETCASE, 1944, p. 29.

<sup>17</sup> BONNETCASE, 1944, p. 140 et seq.

<sup>18</sup> Cf. BONNETCASE, 1944, p. 36 et seq.

<sup>19</sup> HOBBSAWM, 2000-A, p. 327-8.

Não é razoável conceber que o mundo estivesse em ebulição, mas o direito fosse aplicado com a placidez e a constrangedora homogeneidade propagada pela Escola da Exegese.

Duzentos anos depois do Código de Napoleão, uma visão crítica do trabalho dos principais integrantes deste movimento conclui que nenhuma de suas obras fez *exegese* no sentido estrito da ideologia que se proliferou. A elucidação do tema vem, de modo muito interessante, no prefácio de *Christophe Jasmin* e de *Philippe Jestaz* à reedição do livro de *Eugène Gaudemet*<sup>20</sup> (1872-1933), publicado originalmente em 1934, de que consta o seguinte comentário:

Veja-se então uma *Ecole de l'exégèse* que está em seu apogeu sem que, no entanto, qualquer de seus gloriosos representantes possa, verdadeiramente, ser a sua expressão, porque nenhum deles reflete realmente seus cânones. [...] Os progressos da historiografia após 1935 podem dar o que pensar. Como nota acertadamente Philippe Rémy hoje, o século XIX foi menos marcado pela existência de uma real *Ecole de l'exégèse*, no sentido como a entende Gaudemet e com ele um número considerável de autores contemporâneos, do que por uma Escola do Código (*Ecole du code*). [...] A grande maioria dos juristas do século XIX teve por tarefa, na verdade, a aclimação dos juristas franceses, tanto no plano técnico quanto no político, a este monumento de novidade que é o Código Civil.<sup>21</sup>

Isto significa que não se pode ter uma idéia da Escola da Exegese e de seus métodos partindo apenas do próprio conteúdo de sua doutrina e do sentido da pregação de seus principais nomes.

*Carlos Campos* (1893-1955) já sinalizava para a necessidade de se compreenderem as implicações políticas que aqueles movimentos teóricos têm:

É-nos lícito considerar essa atitude e essa nova mentalidade como produto especial e exclusivo das origens da hermenêutica, que assim se apresentariam como causa eficiente daquele fetichismo legal, a ela imputado como deformidade e como artificialismo esterilizador e mumificador da vida do direito? Não deveríamos antes considerar estes aspectos de fixação ao elemento formal, não como predicados exclusivos de um dado momento e

<sup>20</sup> Cf. a menção expressa à obra em BASDEVANT-GAUDEMET, GAUDEMET, 2003, p. 417.

<sup>21</sup> "Voilà donc une *Ecole de l'exégèse* qui est à son apogée sans pourtant qu'aucun de ses plus glorieux représentants puisse vraiment en être l'expression, car nul n'en respecte réellement les canons. [...] Les progrès de l'historiographie depuis 1935 peuvent le laisser penser. Comme le note très justement Philippe Rémy aujourd'hui, le XIXe a moins été marqué par l'existence d'une réelle *Ecole de l'exégèse*, au sens où l'entendait Gaudemet et à sa suite très nombreux auteurs contemporains, que par une "Ecole du code". [...] La grande majorité des juristes du XIXe siècle s'est en effet donné pour tâche d'acclimater les juristes français, tant sur le plan technique que politique, à ce monument de nouveauté qu'est le Code civil." - JAMIN, Christophe, JESTAZ, Philippe. Présentation. In: GAUDEMET, 2002, p. 24.



produto artificial de uma construção filosófica arbitrária, mas antes como relacionados, próxima ou remotamente, com uma necessidade maior, política ou histórica, cujo momento transitório da nossa codificação, mas como que à base de todas as codificações, em todos os tempos da história, e como reflexo ineluctável das próprias necessidades políticas e humanas de que a codificação é apenas uma condensação, um elemento de apoio para uma maior realização histórica?<sup>22</sup>

O exemplo demonstra, de modo contundente, que não se pode destacar qualquer linha de pensamento de um determinado contexto social mais amplo que o envolve e que é absorvido pelos seus canais de solução. A *Escola da Exegese* não se propunha ser apenas uma escola do código. Na verdade, a sua justificação teórica tendia a implantar padrões ideológicos que propunham a sobrepujança do código em relação a todas as outras formas de emissão normativa e que pressupunham uma incidência, no plano da realidade, na qual não estavam envolvidos qualquer dos lampejos de mobilidade próprios dos processos de aplicação, que constitui a quintessência da interpretação porque pontuada no diâmetro efetivo de uma situação controvertida.

Esta posição joga com as necessidades do tempo, com a influência impressiva da demanda social latente, com as necessidades políticas e humanas de que o código e o método de conhecimento do direito, que dele se originou, são apenas condensação ou elemento de apoio para uma maior realização histórica, para retomar a pontuação de Carlos Campos.

O Código de Napoleão e o movimento teórico que o explica, mesmo como momento transitório do direito, em escala relativa, constituem uma fonte essencial para a aferição de sua dimensão hoje e, principalmente, para que se situe o fenómeno legislativo como fonte para a emanação das normas que se destinam a prevenir e a solucionar conflitos, como veículo dominante.

A teorização daquela experiência (a teoria-da-teoria), portanto, não pode desprezar o fato que é a necessidade de se distribuir, no plano político e das opções dos sujeitos-intérpretes, uma ideologia que se volte, amplamente, para a dominação do sentido do Código.

Há, portanto, uma dimensão histórica em que transitam os métodos de conhecimento do direito. Ela exige um envolvimento de quem os queira decifrar que vai além da singela leitura dos textos. É necessário alcançar a compreensão dos planos de realização e de assimilação dos comandos normativos por seus destinatários, ainda que à vista das injunções conflituais.

Essa vocação eternamente histórica do entendimento remeteria, ainda na mesma perspectiva, à obra de *Savigny* e especialmente ao seu artigo de 1814, escrito como uma crítica à defesa da codificação para a Alemanha feita por *Thibaut* (1772-1840). Como grande nome da *Escola Histórica* é simbolicamente expressivo o modo como ele absorve a idéia de historicidade e trafega com ela pelos caminhos do conhecimento sistematizado do direito. Não será ocioso destacar, porém, que também aqui se está às voltas com uma situação visceralmente mais complexa do que se poderia presumir a partir da singela apreensão do conteúdo escrito dos textos.

---

<sup>22</sup> CAMPOS, 1932, p. 27.

O ponto de partida será a convicção de que há muito em comum na origem das formulações de *Thibaut* e de *Savigny*. Quem marca os pontos de referência da analogia é o próprio *Savigny*:

Afinal, estamos de acordo: queremos uma base de um Direito seguro, seguir contra a ingerência da arbitrariedade e os desígnios injustos; queremos a mesma comunidade da nação e a concentração de seus esforços científicos no mesmo objeto. Para esse fim, eles pedem um código, o qual só traria a desejada unidade para a metade da Alemanha, e a outra metade ficaria, ao contrário, até mais separada do que antes. Considero que o meio apropriado está numa ciência do Direito orgânica e progressiva, que pode ser comum a toda a nação.<sup>23</sup>

Percebe-se que todo o pensamento que se tenha formulado naquele espaço territorial, que viria a ser a Alemanha unificada, tem como característica relevante uma vocação nacionalista.<sup>24</sup> Portanto, quando *Savigny* defendeu a construção de um sistema jurídico, a partir do desenvolvimento aprofundado e teórico dos institutos, ele tinha como objetivo impulsionar a compreensão do direito germânico e dar a ele os mesmos níveis de apreensão cultural que teria a língua, por exemplo, como elemento plenamente assimilado pela Nação. Se, para *Thibaut*, o centro da sistematicidade estaria num Código, que abrisse bases de segurança e trouxesse a adesão dos grupos, *Savigny* depositava suas esperanças numa elaboração técnica que tinha como ponto de referência as tradições do direito alemão, a partir dos processos de restauração e de reacomodação do Direito Romano e das vertentes do direito germânico. Se, para um, o artífice da integração nacional seria a lei, para o outro, seria a doutrina, ou, usando uma nomenclatura apropriada à *vocação do tempo*, seria a ciência.

*Hespanha* ressalta, no que concerne à *Escola Histórica*, a dolorosa experiência do “napoleônico internacionalismo-na-ponta-das-baionetas” que justificava a rejeição ao racionalismo, com sua vocação internacionalista e a adesão a um cientismo “sem arroubos ideológicos (‘cego para valores’).”<sup>25</sup>

Para situar a linha de abordagem de *Thibaut*, talvez se possa ir à réplica por ele feita à manifestação de *Savigny* ainda em 1814:

Um novo Direito comum autóctone considero uma necessidade premente, por um duplo motivo: em parte, porque sem isso não seria possível nenhuma

<sup>23</sup> “*En el fin, estamos de acuerdo: queremos una base de un Derecho seguro, seguir contra la injerencia de la arbitrariedad y los designios injustos; queremos la misma comunidad de la nación y la concentración de sus esfuerzos científicos en el mismo objeto. Para ese fin, ellos piden un código, el cual sólo traería la deseada unidad para la mitad de la Alemania, y la otra mitad quedaría, en cambio, aún mas separada que antes. Yo considero que el medio apropiado está en una ciencia del Derecho orgánica progresiva, que puede ser común a toda la nación.*” - SAVIGNY, Friedrich C. von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia*. In: THIBAUT, SAVIGNY, 1970, p. 168-9.

<sup>24</sup> Cf. HOBBSAWM, 2000-A, p.151-64.

<sup>25</sup> HESPANHA, 1972, p. 47.

verdadeira unidade nacional nem nenhuma simplicidade do ordenamento jurídico e, em parte, porque nosso Direito nacional comum vigente até esta data, isto é, o Direito romano, ainda que seja importante, não reúne os requisitos principais de um bom código para os alemães.<sup>26</sup>

*Thibaut* não via utilidade, para a dominação do alcance problemático do direito, em se erigir uma base científica que tomasse por padrão o direito romano e percebia nisto uma fresta para o grande abismo que se cavaria entre a teoria e a prática das relações na sociedade. Assim, ainda em sua réplica a *Savigny*, ele diz:

Em conseqüência, se os partidários do Direito romano aludem também agora à saudável ajuda dos governos, para o apaziguamento provisório do adversário, depois, sempre irresolutos e com razão, admoestarão contra as mudanças, inclusive no particular, e não deixarão arrebatar-lhes das mãos o timão científico; e assim, as propostas do autor nos apontam o dilema: a ação a partir de cima não serve para nada; mas se opera meramente através da ciência, o povo ficará à mercê da corrupção e da incerteza.<sup>27</sup>

Talvez nesta pequena passagem se situem, sinteticamente, alguns dos riscos que se devem ter em mente quando da teorização, principalmente, aquele que diz respeito ao distanciamento da realidade e dos destinatários do direito, que se pode nomear genérica e indefinidamente como *povo*.

O conhecimento do direito para *Savigny* estava impregnado do invólucro histórico. Não de uma história que se projetasse no tempo, mas, principalmente, dos canais pelos quais a tradição poderia ser digerida e apreendida no universo das questões jurídicas. Esta apreensão envolvia, certamente, uma assimilação ordenada e sistematizada.

Sua visão era romanticamente otimista, talvez fruto de um momento em que se vivenciava uma expectativa do progresso e em que a ciência se apresentava como o grande herói salvador da humanidade:

---

<sup>26</sup> “Un nuevo Derecho común autóctono lo considero una necesidad apremiante, por un doble motivo: en parte, porque sin él no sería posible ninguna verdadera unidad nacional ni ninguna simplicidad del ordenamiento jurídico y, en parte, porque nuestro Derecho nacional común vigente hasta la flecha, es decir, el Derecho romano, aun sendo importante, no reúne los requisitos principales de un buen código para los alemanes.” - THIBAUT. *Recension (anticritica) de Thibaut a la obra de Savigny*. In: THIBAUT, SAVIGNY, 1970, p. 187.

<sup>27</sup> “En consecuencia, si los partidarios del Derecho romano aluden también ahora a la saludable ayuda de los gobiernos, para el apaciguamento provisional del adversario, después, siempre irresolutos y con razón, amonestarán contra los cambios, incluso en lo particular, y no se dejarán arrebatar de las manos el timón científico; y así, las propuestas del autor nos plantean el dilema: la acción desde arriba no sirve para nada; pero si opera meramente a través de la ciencia, el pueblo quedará a merced de la corrupción y de la incertidumbre.” - THIBAUT. *Recension (anticritica) de Thibaut a la obra de Savigny*. In: THIBAUT, SAVIGNY, 1970, p. 196.

A questão histórica do direito, que agora nos entorpece de todos os lados, será então dominada e constituirá nossa riqueza. Possuiremos então um verdadeiro direito nacional, e não lhe faltará uma poderosa linguagem expressiva. [...] Poderemos então entregar o direito romano à história e teremos então não uma débil imitação do sistema romano, mas um novo sistema verdadeiramente nacional e nosso. [...] Teremos chegado a um ponto mais avançado do que uma administração meramente rápida e segura da justiça; esse estado de perceptividade clara que, em geral, é peculiar ao direito das jovens nações, será combinado com o auge do desenvolvimento científico. [...] Então, futuros tempos degenerados também poderão ser prevenidos, e aí será o momento de se considerar se isso é feito melhor por códigos ou de alguma outra forma.<sup>28</sup>

A evolução científica e o extremado debulhar científico do direito não foram suficientes para prevenir tempos degenerados mesmo naquele espaço da Alemanha que, décadas após o processo de unificação e cercada pela mais erudita elaboração sistemática das questões jurídicas, experimentou a investida poderosa dos fatos nos incidentes da 2ª Guerra Mundial.

A dimensão traçada por *Thibaut* e *Savigny* e, muito especialmente, o legado completo que o segundo destinou ao campo do conhecimento do direito não podem ser desprezados.

Ao contrário, neles estão os germes das grandes questões que nos dias atuais se abatem sobre os campos de prospecção do direito. Não se trata de uma pontuação simplista: a idéia dos institutos jurídicos e de sua assimilação histórico-conceitual, por exemplo, foi inserida nas operações corriqueiras das rotinas do direito. Mas além disto pode-se focar a sua implantação no manancial da cultura, juntamente com a língua de um povo, a necessidade de tangenciar a sistematicidade na organização dos padrões normativos e a inferência de um valor que se agrega no espírito racionalizado de um povo.

No entanto, as soluções guardam a perspectiva de seu tempo e são reaproveitadas com a adaptação contextualizada. As suas deficiências, tampouco, deixam de ser indiciárias de um circuito mais intrincado do que a forma organizada das palavras e de sua percepção pelos cientistas.

E aqui está, também, um dos momentos mais singulares do século XIX.

---

<sup>28</sup> *“El material histórico del derecho, que ahora nos entorpece por todas partes, será entonces dominado por nosotros y nos enriquecerá. Entonces tendremos un Derecho nacional propio, al que no le faltará un lenguaje potente y eficaz. El Derecho romano podríamos relegarlo a historia, pues ya no tendríamos simplemente una débil imitación de la civilización romana, sino una civilización totalmente propia y moderna. Habremos alcanzado algo más elevado que la simple administración de justicia segura y rápida: a la situación de un discernimiento más claro e intuitivo, que los pueblos primitivos suelen tener para el Derecho, se unirá la altura de la formación científica. Entonces se podrá también proveer para épocas futuras más débiles, y será el tiempo de delirar si esto es mejor haberlo mediante códigos o de otra forma.”* - SAVIGNY, Friedrich C. von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia*. In: THIBAUT, SAVIGNY, 1970, p. 148.

A discussão em torno da fragilidade da lei e das dificuldades dos métodos jurídicos não constitui uma novidade. Em meio às manifestações mais contundentes da *Escola Histórica* e de seus desdobramentos no *Conceitualismo* de *Windscheid* e seus companheiros, é possível ouvir-se, em 1847, a crítica de *Kirchmann*. Trata-se de uma conferência, publicada em 1948, que, se não é uma obra exuberante do ponto de vista de sua marca técnica, constitui certamente um sinal de alerta, principalmente quando retomam as características principais das operações do direito:

A lei positiva é, finalmente, uma arma inerte e sempre disponível tanto para a sabedoria do jurista como para a paixão do déspota. [...] Por culpa da lei positiva, os juristas foram convertidos em vermes que vivem na madeira podre; abandonando a madeira sã, se aninham na carcomida. A ciência, ao fazer da sorte ou do risco seu objeto, se converte ela mesma em um jogo de riscos.<sup>29</sup>

É verdade que *Kirchmann* não foi um teórico da expressão de *Savigny*, de *Windscheid*, de *Jhering*. Ele era um procurador e não um renomado professor<sup>30</sup>, mas a atualidade dos pontos de estrangulamento do direito que ele destaca pode levar a que se concorde com a afirmação segundo a qual ele sabia menos, mas via melhor, na versão de *Haba*.<sup>31</sup>

O risco do direito transmuda-se na ação dos que atuam na sua construção. Teóricos, advogados, juízes operam nas entredobras, nos cortes, na madeira carcomida, a partir da qual dilaceram e ruminam as sobras obscuras do conflito e devolvem uma trama que é inteiramente afastada das circunstâncias próprias da vida porque se amolda a partir dos mecanismos que são peculiarmente compostos para a expressão do direito.

Em vez de resolver problemas, a teoria e os instrumentos que se colocam à disposição de juízes e de advogados tendem a agregar conflito, ou seja, a fortalecer a imposição de contingências exteriores que chegam, em muitos casos, a substituir os elementos concretos da vida. O direito perde-se no emaranhado de suas teorias e a ciência deixa de tomar um objeto para seu exame e se instaura como sendo o próprio fator de aceleração das súplicas e das arestas que, na realidade, teria que evitar.

É neste sentido que se pode atribuir a feição de vermes sobre a madeira podre aos que lidam com o direito, porque muitas vezes eles se alimentam dos restos putrefatos da vida e o convertem em algo que está longe do que ele deveria idealmente ser.

<sup>29</sup> “La ley positiva es, por último, el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del tirano. [...] Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y telen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar [...]”. - KIRCHMANN, 1949, p. 266-8.

<sup>30</sup> Cf. LARENZ, 1989, p. 50 e OLLERO TASSARA, 1996, p. 24-30.

<sup>31</sup> Cf. o artigo denominado *Kirchmann sabía menos... ¡Pero vió mejor!* de *Enrique Pedro Haba* - PALOMINO MANCHEGO, 1999, p. 47-60.

Toda expressão normativa absorve, na sua composição, a face lívida das forças antagônicas, as quais estão sempre, em alguma medida, na tessitura formal que se usa para dissecar o mundo do direito. Este antagonismo, por outro lado, é ainda construído a partir da vontade dos litigantes no processo de modo a gerar seus efeitos com toda a intensidade no invólucro asséptico que se cobre com a capa dos autos.

No entanto, não é possível uma distinção singela que pontue as diferenças de modo exaustivo e preciso. Na verdade, os interesses movem-se numa zona nevoenta que vai desde aqueles que abordam esferas maiores da sociedade (os econômicos, os de classe etc.) até os mais comezinhos que se embutem na mesquinaria da individualidade dos litigantes e/ou de seus advogados. Uma testemunha que tenha sido instruída a dizer inverdades que não são captadas pelo juiz leva a uma formulação que escapa dos limites da relevância para a realidade. A discussão de uma filigrana processual pode dar ao conflito uma marcha absolutamente diversa daquela que ele deveria ter.

Por isto, as idéias de finalidade e de interesse devem ser examinadas sob um prisma abrangente e, mesmo que se considere a marca dos tempos atuais, não se pode deixar de registrar que a linha metodológica trazida por *Jhering* já impunha esta dimensão para o entendimento do direito. É sua a seguinte concepção:

Crença e superstição, barbarismo e cultura, vingança e amor, crueldade e humanidade - o que mais mencionarei? - tudo isso encontrou boa acolhida na lei. Sem opor resistência, ela parece render-se a todas as influências poderosas o bastante para torná-la útil a elas, sem ter um apoio fixo próprio. A contradição, a mudança externa, parece constituir o conteúdo essencial da lei [...] O direito não pode fazer sempre os mesmos regulamentos; ele precisa, do mesmo modo, de adaptá-los às condições do povo, a seu grau de civilização, às necessidades do tempo [...] Um direito universal para todas as nações está na mesma linha que um remédio universal para todas as pessoas doentes.<sup>32</sup>

Com as teorias e seus métodos dá-se a mesma coisa. Mudança externa, contradição, necessidades do tempo, tudo isto deve ser apreciado como um remédio que se destina à cura de um determinado tipo de doença. O alcance de seus efeitos, na solução dos problemas, relaciona-se com a intensidade com que assimila estas vicissitudes que são nelas inerentes.

Esta instabilidade do direito, que não se desgarra da polivalência conflitual, constitui um dado a ser considerado quando se cuido de definir a maneira como se pode apreender o conhecimento. Esta é a preocupação de *Jhering* em aula inaugural proferida em 16.11.1868 na Universidade de Viena, cujos originais só recentemente (em 1998) foram publicados. O texto intitulado “O direito é uma ciência?” propõe que ciência do direito, como “consciência científica no assunto do Direito”, seja vista de um tríplice ponto de vista:

---

<sup>32</sup> JHERING, Rudolf von. A finalidade no direito. In: MORRIS, 2002, p. 417.

No âmbito da *Filosofia del Derecho*, que investiga seus últimos fundamentos [consciência], à qual agradece o Direito sobre a terra sua origem e validez. A partir do ângulo da História do Direito, que a seguiu em todos os caminhos tomados tempo após tempo, promoveu-a a uma mais elevada perfeição. E, por último, sob a perspectiva da dogmática que, por meio do uso prático, ordenou uma representação científica de todas as experiências e fatos, os quais encerram em si um ponto final e mais alto da compreensão e conhecimento do Direito.<sup>33</sup>

A perspectiva tríplice a que se refere *Jhering* enfatiza a participação da experiência prática na realização da Ciência do Direito e na sua construção teórica. A palavra *perfeição*, a seu turno, referida à introjeção da história no processo de conhecimento, deve ser compreendida com seu sentido peculiar: não a idéia de algo que é *bom*, mas algo que já se fez, que se fez.

Observe-se ainda que a dogmática se conecta com a prática, o que lhe tira a feição de parâmetro imobilizado, inerte.

*Jhering* trouxe para o conhecimento jurídico os fundamentos do interesse e da finalidade que se somaram a uma exaustiva pesquisa de feição conceitual que caracterizou um período mais dogmático de sua vida. Na verdade, é possível ver-se naquelas noções a porta de entrada para as projeções sociológicas e psicológicas que, a partir daí e pela absorção das perspectivas então implantadas (com *Marx*, com *Freud* entre outros), influenciaram, de modo indelével, o estudo do direito.

A dimensão social, por exemplo, é francamente percebida como estruturante dos processos de formação da norma em suas diversas etapas. Não há lugar para uma interpretação com os matizes professados pela Escola da Exegese, como se infere do que acima foi mencionado. *Carvalho Santos*, já no século XX e tendo em vista o Código Civil brasileiro de 1916, em que se admite a necessária abertura para amoldamento, o afirma textualmente:

Ninguém pode duvidar que o espírito de um texto de lei, se bem que imutável objetivamente, evolve, necessariamente visando à utilidade social, que sofre, assim, uma evolução subjetiva, no sentido filosófico do termo, de modo que a conclusão que se impõe é a de que o dever do intérprete é à espécie que tem diante de si aplicar o texto da lei, sempre que se verifique a hipótese concreta, embora não prevista pelo legislador, se não briga com a contextura legal, não contradiz os lineamentos esboçados na lei para o instituto ao qual se refere aquela hipótese.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> “*la Ciencia Jurídica - la conciencia científica en el asunto del Derecho - , desde un triple punto de vista. Desde el ámbito de la Filosofía del Derecho, que investiga sus últimos fundamentos [conciencia], a la cual agradece el Derecho sobre la tierra su origen y validez. Desde el ángulo de la Historia del Derecho, que la há seguido en todos los caminos ha tomado y, época tras época, la ha promovido había una más elevada perfección. Y, por último, desde la perspectiva de la dogmática que, por medio del uso práctico, ha ordenado una representación científica de todas las experiencias y hechos, los cuales encierran en sí un punto final y más alto de la comprensión y conocimiento del Derecho.*” - JHERING, 2002, p. 90

<sup>34</sup> SANTOS, 1972, v. 1, p. 89.

Por isto, a busca do conceito depurado, na linha conceitualista, por exemplo, torna-se um problema. A dificuldade foi evidenciada na crítica de vários movimentos do início do século XX, ainda que com definição positivista. A questão fundamental é que o conceito tem, muitas vezes, uma índole meramente operativa que só se completa com a captação do fato, com a pontuação do movimento em que todos os seus elementos são confrontados com os aspectos vivos de uma determinada realidade.

*Duguit* (1859-1928) pode funcionar como um exemplo no que concerne à idéia de direito subjetivo:

O conceito é idéia de uma coisa que não pode ser objeto de percepção direta; a hipótese é suposição de um fato comprovável pelos sentidos. Assim, ainda que se considere que o conceito de direito subjetivo responda a uma realidade, ela não será nunca vista. A frase de um colega *Monsieur n'a pas déjeuné avec un droit* (O senhor não almoçou com um direito) demonstra que esse direito não é uma realidade, mas uma simples concepção do espírito.<sup>35</sup>

O direito como simples composição de espírito precisa, então, de mais do que a referência pelas palavras para que possa ser apreciado como um elemento da cultura que se torna fator de apropriação no meio social e que, numa medida considerável, interfere na realidade. Ainda que ninguém almoce com um direito, ele constitui uma parcela do sistema social e, portanto, participa das escalas ambientais e delas recebe sua influência.

A noção de direito subjetivo produziu, no princípio do século XX, um manancial de acepções já que dela se ocupam as obras de inúmeros positivistas, de fundadores da teoria geral do direito, dos realistas escandinavos e, *last but not least*, do normativismo kelseniano. Mesmo quando rechaçam a existência do fenômeno, estes vários autores cuidam de dissecar o que há nele de mais determinante: o encontro da norma com seus pontos de incidência na vida.

No centro da arena, porém, já nesta altura, os métodos têm que considerar a figura do juiz e o papel por ele desempenhado na construção da norma jurídica a partir de sua implantação na cena concreta. Este é o desafio da Jurisprudência dos Interesses, do Movimento do Direito Livre, da Livre Investigação Científica, da análise feita por *Isay* (1873-1938) na Alemanha<sup>36</sup> e da chamada Jurisprudência Sociológica americana.

Nenhuma das correntes de pensamento, mesmo as mais dogmáticas, logrou excluir da vivência prática a atuação criadora do juiz. Por mais fechado que fosse o quadro de compreensão do Direito, a necessidade de interpretação da norma e do fato, para o estabelecimento de sua específica medida na situação concreta, constitui um dado relevante e inafastável para a assimilação do jurídico.

A confissão de *Benjamin Cardozo* (1870-1938), ele próprio um juiz e um jurista, pode dar uma visão escurreita da situação:

---

<sup>35</sup> DUGUIT, Leon. *La doctrina realista*. In: DUGUIT, 1924, p. 104.

<sup>36</sup> Cf. LARENZ, 1989, p. 69-81.



Muitas vezes perturbei-me em meus primeiros anos de exercício da magistratura, ao descobrir quão pouco navegado era o oceano sobre o qual eu embarcara. Busquei certeza. Fiquei oprimido e desanimado quando cheguei à conclusão de que esta busca era de pouca consequência. Estava tentando alcançar terra, a terra firme das normas estabelecidas e determinadas, o paraíso de uma justiça que se manifestaria a si própria por meio de indícios mais claros e mais imperativos do que os seus pálidos e fracos reflexos em meu espírito e consciência vacilantes. [...] À medida em que os anos passaram, refleti mais sobre a natureza do processo judicial e reconciliei-me com a incerteza porque, amadurecido, vi-a como inevitável.<sup>37</sup>

Quando alguém da envergadura de *Cardozo*, voltado para as áreas mais candentes da prática jurídica, aponta a incerteza como algo que permeia a experiência jurídica, é preciso reconhecer ali um sinal de alerta, porque sua manifestação simboliza um ruído ou uma fissura na atuação do direito e a sua fragilidade diante das expectativas que se lhe voltam.

O conceito a partir dos institutos jurídicos tornou-se um parâmetro parcial na definição do fenômeno jurídico, porque ele não alcança a espiral dinâmica das questões sincronizadas com as situações dos vários personagens que interagem na esfera das relações cotidianas.

Esta incerteza, portanto, é inerente no processo de decisão e nas tentativas de abstração-conceituação e deve ser absorvida também pelos métodos de conhecimento do direito como um fator da realidade que se quer apreender.

O juiz constitui um ponto paradigmático na cena do conhecimento porque nele se encontram todos os fatores de mobilidade e de inconstância dos modelos de realização do direito. A disseminação de como ele opera dentro do sistema não pode desconsiderar sequer o fator psíquico e o fator social que estão embutidos na sua voz que interpreta.

É verdade que o conhecimento do direito não se dá exclusivamente sob a perspectiva da obra do juiz. No entanto, é nela que se pode perceber de modo mais claro como o direito funciona ou como ele não-funciona. E aqui não se está referindo apenas ao processo de decisão e ao sentido da sentença. Um processo é, como o próprio nome indica, um quadro variado, cambiante de fases interligadas, com maior ou menor vinculação, que dá a conhecer todas as etapas de percepção da lei por seus destinatários: da aceitação à rejeição, passando pela ignorância e/ou pela não compreensão do que ela significa. Aliás, nada no direito é um momento agudo. Toda a expressão jurídica é conformada em dilação temporal, se estende por fases que não podem ser destacadas de um pseudo-resultado. A dialética e a contraposição destas etapas constituem a face mais visível para a determinação do que seja o direito, porque todas as suas complexidades e antinomias encontram-se nos desvios a que se submetem os caminhos: da pressão por interesses que interfere com os *lobbies* no processo legislativo, à dissimulação dos fatos pela cobertura da prova, passando pela pasteurização dos recursos de expressão teórica e de informação (da doutrina, da academia, da mídia, dos advogados etc.).

---

<sup>37</sup> CARDOZO, Benjamin N. A natureza do processo judicial. In: CARDOZO, 1956, p. 94-5.

Conhecer o direito é, necessariamente, enfrentar o seu desconhecimento como paradoxo funcional e isto é possível pela análise processual. Do mesmo modo, é enfrentar aqueles que não aceitam a lei - e aqui não se está cuidando apenas do traficante da favela, mas também do Banco que não paga as horas extras de seus empregados e do motorista que dirige acima do limite. Todos são, numa certa medida, *bad men*, para recuperar a singular linha de argumentação de *Oliver Wendell Holmes*<sup>38</sup> e a sua experiência deve ser digerida como parte da experiência jurídica.

A mística construída em torno do juiz, porém, não admite a relatividade ou a insegurança e não se trata de uma concepção que se possa considerar contemporânea. Ainda em tempos em que o poder do Estado era apenas um desejo projetado hipoteticamente, o juiz situava-se num patamar imaginário e para isto basta lembrar a conhecida passagem de *Thomas Hobbes* (1588-1679):

As coisas que fazem um bom juiz, ou um bom intérprete da lei, são, em primeiro lugar, uma compreensão correta daquela lei principal da natureza, chamada eqüidade, o que depende não da leitura dos escritos de outros homens, mas da boa qualidade da própria razão e meditação natural do homem que, presume-se, exista em maior grau nos que têm mais oportunidades e mais inclinação para meditar sobre isso. Em segundo lugar, o desprezo pelas riquezas desnecessárias e pelas promoções. Em terceiro lugar, ser capaz no julgamento de despir-se de todo medo, ira, ódio, amor e compaixão. Em quarto e último lugar, paciência para ouvir, atenção diligente nas audiências e memória para reter, digerir e aplicar o que se ouviu.<sup>39</sup>

A ideologia dominante aponta o juiz e o tribunal como a última e definitiva saída para qualquer apontamento conflitual. Ali está o desaguadouro dos problemas e dali escoam as soluções. No imaginário de todos, as coisas que fazem um bom juiz não são muito diversas daquelas apontadas por *Hobbes* e nem há dúvida de que um-bom-juiz deveria preencher todos estes campos de necessidades.

Vejam-se, por exemplo, as idéias de paciência, atenção e de memória que jogam com a dinâmica de descoberta do mundo fático de um modo muito candente, ainda que sejam atributos altamente subjetivos. Se se perguntar ao homem da rua como ele imagina a figura do juiz, é provável que ele aceite inteiramente a descrição de *Hobbes*. No entanto, a conjugação daqueles vários fatores pende para uma esfera de extrema relatividade e não há como aferir a presença deles sem inocular muito de pré-juízo que se solidifica na inoperância do sistema na parte em que é por eles conduzida.

A ineficiência do juiz sintetiza a fragilidade operativa do Estado, a artificialidade da lei, a precariedade das teorias.

O aparente poder do juiz esvai-se na experiência contraditória de uma realidade intrincada que ele não consegue conter. Há mais nela do que um singelo dizer que o artigo-tal-da-lei-tal incide e regula a situação controvertida, porque ele

---

<sup>38</sup> Cf. HOLMES, 1959.

<sup>39</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In: MORRIS, 2002, p. 125-6.

deve dizer o que é a lei, como ela se estrutura em seu conteúdo e valoração a partir das faixas abertas a preenchimento e, finalmente, ele se insere num sistema que atua com as implicações de sua história.

Cada órgão do Poder Judiciário tem uma tradição e uma cultura que lhe são peculiares e que influenciam a maneira como atua.

Por isto, quando se toma, em linhas de mais modernidade, a ideologia do amplo acesso à justiça, é necessário percorrer com *Galanter* a idéia de que isto constitui “uma metáfora de ordem espacial”.<sup>40</sup>

O tribunal seria um lugar central para a solução de conflitos.<sup>41</sup> Mas, para compreender isto, é imprescindível definir o que seriam estes conflitos e também que lugar é este. A definição do método para conhecer o direito não prescinde da integral absorção da pertinência do conflito como um elemento ativo na construção normativa em seus vários níveis e com a idéia do interesse de que estão embebidas todas essas fases.

Não há dúvida de que uma versão centralista, que tem sua história engendradora nos últimos trezentos anos, põe nas mãos do Estado a aptidão suprema para acertar as diferenças que se estabelecem entre as pessoas.

As versões da legalidade e dos centros de solução de conflitos - idéia matriz na concepção atual e estruturada do direito ocidental - não podem ser apreendidas sem a inserção de um dado de relatividade de índole histórica, principalmente quando se tem em mente uma escala prospectiva dos métodos nos dois últimos séculos em sua variedade de assentamentos e de influências. O conhecimento continua sendo composto em meio à turbulência e o direito é, necessariamente, construído a partir dela. Não é possível parar o mundo, espaná-lo, limpar todos os cantos, jogar fora a poeira e os detritos, perfumar os espaços e depois num *abracadabra* fazê-lo mover-se como algo novo.

A comparação feita por *Hobsbawm* é muito interessante para divisar o substrato no qual o direito é formado:

Como comparar o mundo da década de 1990 ao mundo de 1914? Nele viviam 5 ou 6 milhões de seres humanos, talvez três vezes mais que na eclosão da Primeira Guerra Mundial e isso embora no Breve Século XX mais homens tivessem sido mortos ou abandonados à morte por decisão humana que jamais antes na história [...] Na década de 1990 a maioria das pessoas era mais alta e pesada que seus pais, mais bem alimentada e muito mais longeva, embora talvez as catástrofes das décadas de 1980 e 1990 na África, na América Latina e na ex-URSS tornem difícil acreditar nisso. O mundo estava incomparavelmente mais rico do que em qualquer outra época em sua capacidade de produzir bens e serviços e na interminável variedade destes. [...] Por que, então, o século terminara não com uma comemoração desse progresso inigualado e maravilhoso, mas num estado de inquietação?<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Cf. GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. In: HESPANHA, 1993, p. 61.

<sup>41</sup> Cf. GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. In: HESPANHA, 1993, p. 61.

<sup>42</sup> HOBBSAWM, 2000-B, p. 21-2.

Quando se tomam os métodos, o mundo de 1914 era o mundo do positivismo jurídico, em suas múltiplas formas de expressão, dos neokantianos, da sociologia jurídica, do Movimento do Direito Livre, da Livre Investigação Científica. O mundo da década de 1990 é um mundo da hiperexpressão teórica que torna qualquer classificação precária. Há alguns nomes que pontualmente podem ser indicados (*Habermas, Alexy, Dworkin, Luhmann, Rawls* etc.) entre inúmeros outros que encontram na facilidade da edição de livros um canal de manifestação a que nem sempre corresponde a assimilação e/ou a difusão de pensamento ou mesmo à sua qualidade como fator de dispersão de conhecimento.

Como pano de fundo, está a contraposição analógica como base do pensamento jurídico. É nela que se apóia materialmente a geração da idéia de igualdade, que exige, de modo imprescindível, a avaliação da diferença.

Se as pessoas riem das mesmas coisas, encantam-se com a mesma visão de paisagem, sofrem com a mesma cena de massacre, poderia parecer fácil acertar as diferenças e fazer com que os ordenamentos jurídicos fossem assimilados como repositório de linhas históricas de tutela e de certezas numa dimensão uniforme da vida em comunidade. Mas não basta o progresso inigualado e maravilhoso, porque o estado de inquietação persiste na medida em que os interesses se confrontam e fazem aflorar impulsos que mascaram a substância e se sobrepõem aos valores éticos que se assentam como padrões gerais, mas distantes da prática corriqueira.

Ainda que a essência da igualdade se deixe perceber de modo tão claro no contato individual das pessoas - as mesas de bar, os jogos de futebol, as viagens em grupo são contundentes exemplos desta experiência de identidade em que os interesses se afirmam e a comunicação se torna possível -, é muito difícil impor a paz e a liberdade nas relações como idéias absolutas e tão difícil quanto isto é impor a solução heterônoma, que as condensa, pela intermediação do Estado.

Ainda que as possibilidades do mundo hoje sejam enormemente mais vantajosas do que há um século, é provável que o recrudescimento dos problemas tenha se dado na mesma proporção.

Assim, a noção de método se associa à idéia de fonte, ou seja, ela está implicada na escolha dos caminhos para a solução dos conflitos. Nesta linha, está *Ollero Tassara*:

Se não se volta as costas à realidade prática da vida jurídica, tudo isto se torna questionável: é o método o que nos ajuda a obter da fonte escolhida para a solução de um problema concreto, ou é este problema - de que "brotam" não poucas exigências prévias - o que nos leva à eleição do método

---

<sup>43</sup> *"Si no se vuelve la espalda a la realidad práctica de la vida jurídica, todo esto resulta cuestionable: ¿es el método el que nos ayuda a obtener de la fuente convenida la solución a un problema concreto, o es este problema - del que 'brotan' no pocas exigencias previas - el que nos lleva a la elección del método capaz de justificar una solución propuesta? La actividad jurídica es más búsqueda activa de una solución real, que aplicación técnica de una realidad previamente disponible. Este implica un concepto del derecho, que somete a crítica del método jurídico y anima a replantear la teoría de las fuentes del derecho."* - OLLERO TASSARA, 1996, p. 486-7.

capaz de justificar uma solução proposta? A atividade jurídica é mais *busca ativa* de uma solução real, do que *aplicação técnica* de uma realidade previamente disponível. Isto implica um conceito do direito, que submete a crítica do método jurídico e leva a reconstruir a teoria das fontes do direito.<sup>43</sup>

A opção pelo método é, portanto, ela própria, uma reconstrução do direito, como conjunto de elementos que visam a prevenir e a solucionar conflitos. Esta busca ativa, que se impõe por uma necessidade social amplamente difundida, é o fator que leva à opção por um determinado modo de explicar o fenômeno. No entanto, ela só dá algum tipo de resposta quando os elementos da realidade da prática do direito, em sua variada dimensão, são enfrentados.

Poder-se-ia imaginar que tudo se reduz à velha *questão dos universais*, tal como focalizada na Idade Média, e definida por *Reale* e *Antiseri*, que afirmam:

trata-se de um problema que diz respeito à determinação da relação entre as idéias, ou categorias mentais, expressas em termos lingüísticos, e as realidades extramentais, ou, em última análise, é o problema da relação entre as *voces* e as *res*, entre as palavras e as coisas, entre o pensamento e o ser. O problema envolve, portanto, o fundamento e a validade do conhecimento e, em geral, do saber humano.<sup>44</sup>

Para o Direito, a versão mais simplista desta dicotomia seria a polarização de norma e de fato - as palavras e as coisas, as palavras que devem expressar as coisas, as coisas que devem ser contidas pelas palavras.

As palavras podem compor um quadro amplamente favorável à superação das diferenças pelo direito. Não é difícil estabelecer pela teoria ou pela lei, um acertamento de tutelas em que os valores mais caros à humanidade sejam privilegiados. O ponto a ultrapassar diz respeito às coisas. A dificuldade é fazer com que estes valores sejam plenamente assimilados na prática das relações e que o antagonismo que sob eles se agita se dissipe.

Conhecer o direito implica o estabelecimento de uma crítica, confrontando a ordem jurídica dentro de sua versão estática e a cena dinâmica em que as normas são chamadas a ser definidas a partir de uma impulsão concreta e afirmativa. Este empuxe vital, em que se miscigenam as palavras e as coisas, é divisado por *Antônio Hespanha*:

Na verdade, na base dos comportamentos ou das práticas encontram-se opções humanas em face das situações. Estas situações são avaliadas de acordo com disposições espirituais, cognitivas ou emocionais, que ditam também o tipo de reações dos sujeitos. A menos que se adira aos pontos de vista de uma natureza inata e comum destas disposições, elas estão fora do alcance do conhecimento exterior, histórico ou não.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> REALE, ANTISERI, 1990, v. 1, p. 520.

<sup>45</sup> HESPANHA, 1998, p. 48.

A esta altura, portanto, uma pergunta deve ser dirigida à possibilidade de definição de certezas pela norma jurídica, já que o conhecimento exterior é tão difícil.

O conhecimento do direito hoje se debate num quadro de frustração: a insatisfação com a insuficiência de todo o abrangente quadro teórico e legal para conter o conflito. É como se não fosse necessária sequer a mudança na lei a que se referia *Kirchmann*. É a própria experiência prática que faz com que bibliotecas inteiras se transformem em papel de embrulho. Este estado de frustração é exposto por *Galanter*:

[...] o ideal de uma vida inteiramente regulada por normas preestabelecidas não é apenas uma miragem (ou melhor dizendo uma quimera) mas esbarra-se com uma objeção ainda mais importante. Este ideal, supõe, com efeito, que as regras estabelecidas ao nível elevado do Parlamento ou de um Tribunal Supremo tenham um sentido determinado, único. [...] A verdade é que, todavia, a maior parte das regras que se pretende impor são ambíguas e podemos interpretá-las de diferentes formas desde que se trate de um sistema complexo de regras gerais.<sup>46</sup>

A vocação aglutinadora das palavras estaria na formulação que deixasse a menor margem possível para a avaliação ponderadora do intérprete, o que, em termos estatísticos, ocorre em hipóteses muito diminutas, porque é necessário deixar a textura aberta que permite a adaptação da regra à variedade das situações, mas, paradoxalmente, reforça a idéia de incerteza e de imprevisibilidade.

Falando das dificuldades de se analisar objetivamente ou de isolar as manifestações empíricas do fenômeno jurídico, assim se coloca *François Ost*:

A validade da norma não resulta com efeito mais do que parcialmente de critérios jurídicos formais e explícitos; ao contrário, sua inteligibilidade (o sentido que lhe é prestado) é amplamente reconstruída pelo órgão de aplicação com referência a princípios e valores implícitos; de modo que a "textura aberta" caracteriza não só cada norma considerada isoladamente, mas também o sistema jurídico encarado globalmente. Sob pena, pois, seja de reduzir o objeto estudado a uma representação truncada e enganadora, seja de endossar implicitamente suas proposições e dogmas, a análise do fenômeno jurídico não pode limitar-se à "descrição" de um dado fronteiriço e à consistência que é tão incerta.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Cf. GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. In: HESPANHA, 1993, p. 68.

<sup>47</sup> "La validez de la norma no resulta en efecto más que parcialmente de criterios jurídicos formales y explícitos, en tanto que su inteligibilidad (el sentido que le es prestado) es ampliamente reconstruida por el órgano de aplicación con referencia a principios e valores implícitos; de modo que la 'textura abierta' caracteriza no sólo a cada norma considerada aisladamente, sino incluso al sistema jurídico encarado globalmente. So pena, pues, ya sea de reducir el objeto estudiado a una representación trunca y engañadora, ya sea de endosar implícitamente sus proposiciones y dogmas, el análisis del fenómeno jurídico no puede limitarse a la 'descripción' de un dato fronterizo y a la consistencia que es tan incierta." OST, François. *Ciencia del Derecho*. Trad. Oscar Luis Sarlo e Enrique P. Haba. In: PALOMINO MANCHEGO, 1999, p. 237-250, p. 245.

Por isto, os tribunais talvez pudessem ser considerados apenas como lugar de definição dos riscos do conflito, porque a sua própria textura revela o que há de permeável à experiência e à historicidade (ainda que seja a estrita história de um determinado juízo). Eles sinalizam a dimensão ambígua e apresentam as margens de variabilidade para a opção antecipada e a avaliação de comportamentos, na esteira da predição, idéia tão cara aos realistas americanos e dinamarqueses<sup>48</sup>, e que é enfrentada, também, por *Galanter*:

A relação existente entre tribunais e litígios resulta, assim, largamente, do facto de as informações serem difundidas. Os tribunais não produzem apenas decisões, emitem também mensagens. Estas mensagens constituem elementos que as partes vão aproveitar para tomar consciência dos direitos que lhes são reconhecidos, elaborar petições, apresentá-las, encetar negociações e fazer valer as suas pretensões tanto para se absterem de propor uma ação como para resistirem e fazerem com que a pretensão do adversário seja indeferida.<sup>49</sup>

A mensagem dos tribunais que constituiria referencial importante para o conhecimento pode não ser, porém, unívoca. Assim, a informação disseminada, como fator de previsão de riscos, pode ser a de que o risco é total e de que não há meio certo de antecipar o modo de se conduzir com vistas a afastar a possibilidade das rupturas e dos desacertos.

No plano da efetividade, esta predefinição, ainda na visão de *Galanter*, exerceria uma influência apenas parcial:

Deixamos de olhar os tribunais simplesmente como locais em que são dirimidos diferendos e acabamos por os considerar como componentes dum sistema complexo, onde exercem apenas indirectamente uma influência na maneira como é resolvida uma variedade de litígios (que, por vezes, não deveriam ser assim qualificados).<sup>50</sup>

A experiência de realização do direito permite que, muitas vezes, o litígio seja apenas uma cobertura artificial que reveste uma realidade que não se revela aos tribunais. O processo é um esconderijo de intrigas as mais variadas, que muitas vezes escapam ao conflito central que dirige a linha tutelar naquela zona do sistema jurídico. Uma ação possessória pode esconder um caso de amor mal resolvido. Uma reclamatória trabalhista pode esconder uma relação societária mal amparada e assim por diante.

---

<sup>48</sup> Cf. para maior aprofundamento no tema CARDOZO, 1956; CASTIGNONE, 1995; CUCHE, 1928; FRANK, 1999; GARCÍA MAYNEZ, 1999; HOLMES, 1959; JØRGENSEN, 1976, LLEWELLYN, 1953; OLIVECRONA, 1967; OLIVECRONA, 1968; PATTARO, 1982, ROSS, 1976; STROMHOLM, VOGEL, 1975.

<sup>49</sup> Cf. GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. *In*: HESPANHA, 1993, p. 73.

<sup>50</sup> Cf. GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. *In*: HESPANHA, 1993, p.75.

O fato está sempre pronto a explodir e a interferir na face plácida da norma. Ele interpõe-se diretamente na medida em que a aplicação da norma significa a definição de um sentido diferente que lhe foi outorgado: não o seu sentido denotativo, como narrativa de algo que aconteceu a alguém, mas o sentido conotativo pelo qual o direito se apropria da vida e faz o seu alimpamento valorativo e conceitual.

Isto leva a que o método não possa desprezar a concreção como uma linha essencial nos planos do conhecimento jurídico como enfatiza *Alf Ross*:

Toda declaração abstrata sobre o direito é uma irrealidade, uma hipótese. Só o direito plenamente concreto é real. O direito abstrato é sempre uma mera hipótese acerca do direito concreto.<sup>51</sup>

Não há dúvida de que se pode considerar, como um fator latente, apenas a dimensão teórica ou abstrata do direito e que este tratamento possa ser de utilidade para a prática. No entanto, a vocação do direito é para a vertente viva da realidade, quer se considere a atuação judicial, mais facilmente apurável, quer se considere o terreno de espontaneidade de aceitação e/ou de rejeição que se percebe no circuito amplo do mundo social.

O fato ganha no direito uma dimensão própria que se revela em sua montagem para a cena controvertida que passa a ser assimilada por meio de seus canais e, principalmente, naqueles que os juízes constroem com sua ação em cada processo.

Portanto, o conhecimento do direito não se restringe à norma, não se restringe ao fato, não se restringe à atuação do juiz, nem à sua expressão doutrinária, ainda que com matiz histórico, como afirma *Galanter*:

Nas sociedades de hoje, como nas de todos os tempos, a regulamentação das relações sociais pelo direito tem um carácter menos uniforme, o direito é um tecido feito de peças variadas.<sup>52</sup>

O direito é composto à sombra da lei e por um emaranhado de peças, que devem ser consideradas quando se tenta conhecê-lo.

A experiência destaca este caráter obumbrado do direito em várias circunstâncias que pertencem à realidade. Assim, se notam, por exemplo, os acertos montados que povoam as salas da Justiça do Trabalho e que têm por único escopo fazer aderir às situações jurídicas das partes e, especialmente, da empresa, a qualidade da coisa julgada. Por outro lado, na dimensão explícita dos fatos, há as testemunhas preparadas arditosamente para trazer ao processo a verdade que se quer ver prevalecer. E há os litígios artificialmente deduzidos os quais, às vezes, encobrem conflitos que em nada se ligam àquelas linhas de fundamentação neles expressas.

---

<sup>51</sup> ROSS, 1999, p. 375.

<sup>52</sup> GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais. *In*: HESAPANHA, 1993-a, p. 79.



A idéia de legalidade, como uma noção essencial para o conhecimento do direito, não se assenta em bases uniformes.

*Andreas Auer*, por exemplo, a estuda sob três perspectivas: como norma, como ficção, como ideologia.<sup>53</sup>

O princípio da legalidade como norma jurídica embutiria uma noção de certeza que tenderia a contaminar todas as manifestações humanas por ela assimiladas. O Estado seria este *Midas* que cobriria toda a realidade com a proteção da legalidade, quer se considere o plano abstrato, quer se considere o teórico:

No momento em que o Estado se mete em tudo, o princípio da legalidade obriga-o a fazê-lo de certa forma, ou seja, precisamente sob a forma da lei. Assim, esta tende a proteger sob as suas grandes asas o conjunto da actividade do Estado. O Estado contemporâneo organiza-se e age por e através da lei - é, pelo menos, o que pretende o princípio da legalidade.<sup>54</sup>

A fragilidade operacional da idéia de legalidade levaria a que ela fosse considerada como uma mera ficção:

Parece que a lei deixou de estar em condições de levar a cabo mesmo a pequena tarefa que lhe resta: ela é inadaptaada, não aplicada, ineficaz, não efectiva e, por vezes, produz efeitos perversos.

Já nada na situação actual, corresponde à lei ou ao que ela pretende ser. No próprio momento em que ela parece ter atingido o seu apogeu, ela evapora-se.<sup>55</sup>

E, finalmente, seria o carácter ideológico e impositivo da legalidade que a manteria viva, mesmo que de modo arditosamente funcional:

A ideologia da legalidade destina-se justamente a fazer esquecer o declínio normativo da lei e, ao estender-se, torna-se fonte de valores e, portanto, instrumento de legitimação. É como se ela compensasse a espectacular explosão da noção de lei pela pretensão de poder, por si só, fundar a legitimidade da ordem jurídica.<sup>56</sup>

Considerando-se tudo isto, a ciência do direito e seus métodos estão envolvidos como numa charada, composta de enunciados variados e distribuídos num labirinto de muitas saídas. Decifrá-las é uma tarefa que exige controle milimétrico dos fatores e não admite se deixe escapar qualquer das nuances

<sup>53</sup> Cf. AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. *In*: HESPANHA, 1993, p. 119-38.

<sup>54</sup> Cf. AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. *In*: HESPANHA, 1993, p. 127.

<sup>55</sup> Cf. AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. *In*: HESPANHA, 1993, p. 133.

<sup>56</sup> Cf. AUER, Andreas. O princípio da legalidade como norma, como ficção e como ideologia. *In*: HESPANHA, 1993, p. 138.

percebidas. O direito envolve a vida com uma angústia nervosa e esta é a mesma sensação que se tem quando se percorrem os caminhos traçados pelas teorias que tentam explicá-lo, principalmente neste tempo de urgência que nos é contemporâneo. O ritmo da manipulação dos dados corresponde à pressa febril descrita no poema de *Drummond*:

#### POEMA DO JORNAL

O fato ainda não acabou de acontecer  
e já a mão nervosa do repórter  
o transforma em notícia.  
O marido está matando a mulher.  
A mulher ensangüentada grita.  
Ladrões arrombam o cofre.  
A polícia dissolve o *meeting*.  
A pena escreve.  
Vem da sala de linotipos a doce música mecânica.

O problema continua sendo, portanto, o método que se deva escolher para abranger todos ângulos problemáticos que envolvem o direito e para fazer essa doce música mecânica apontar o fato além da notícia: o fato com seus porquês. O fato com o frêmito e o mistério da vida.

#### BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONNECASE, Julien. *La escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla: Jose M. Cajica, 1944.
- CALVO GARCÍA, Manuel. *Teoría del derecho*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.
- CAMPOS, Carlos. *Hermenêutica tradicional e direito científico*. Tese. Belo Horizonte: Faculdade Livre de Direito da Universidade de Minas Gerais. 1932.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídica*. Trad. Daniela Brückner, José Luiz de Castro. Madrid: Civitas, 1995.
- CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Trad. e notas de Leda Boechat Rodrigues. São Paulo: Nacional de Direito, 1956.
- CASTIGNONE, Silvana. *Diritto, linguaggio, realtà: saggi sul realismo giuridico*. Torino: G.Giappichelli, 1995.
- COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 5. Aufl. Berlin-New York: De Gruyter. 1993.
- CUCHE, Paul. *Conferences de philosophie du droit: le mirage du droit naturel, les postulats metaphysiques du positivisme juridique, realisme et conceptualisme juridiques-critique du concept de la personnalite morale*. Paris: Dalloz, 1928.
- CURD, Martin, COVER, J. A. *Philosophy of science*. New York: W. W. Norton, 1998.
- DUGUIT, Leon. *El pragmatismo jurídico*. Trad. Agustín de Lázaro Álvarez, Santiago Magariños Torres, Tomás Díaz García e Miguel López-Roberts y de Chávarri. Madrid: Francisco Beltrán, 1924.

- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Trad. Carlos M. Bidegain. Mexico: Fontamara, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Ênnio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2003, v. 1: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. V. 2: Complementos e índice.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Positivismo jurídico, realismo y iusnaturalismo*. 3. ed. Mexico: Fontamara, 1999.
- GAUDEMET, Eugène. *L'interprétation du Code Civil en France depuis 1804*. Présentation de Christophe Jamin et Philippe Jestaz. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2002.
- HESPANHA, António Manuel (Org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Fórum da História, 1998.
- HESPANHA, António Manuel. *Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII e XIX*. Separata. *Vértice*, Coimbra, n. 340 e 341-2, 1972, p. 3-48.
- HOBSBAWM, Eric. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. 12. ed. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000-A.
- HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2000-B.
- HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Trad. de Carlos A. Garber. Prologo de Carlos Maria Bidegain. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1959.
- JHERING, Rudolf von. *Es el derecho una ciencia?* Trad. Federico Fernández-Crehuet López. Granada: Colmares, 2002.
- JØRGENSEN, Stig. "Legal science during the last century: the Nordic countries". In: ROTONDI, Mario (Org.). *La science du droit au cours du dernier siècle*. Padova: Cedam, 1976, p. 503-19.
- KIRCHMANN, Julius von. "El caráter a-científico de llamada ciencia del Derecho". Trad. Werner Goldschmidt. In: SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- LLEWELLYN, Karl N. *Belleza y estilo en el derecho*. Trad. y prologo por Jose Puig Brutau. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1953.
- LUHMANN, Niklas. *Einführung in die Systemtheorie*. Heideberg: Carl-Auer-Systeme, 2002.
- MARTIN, Xavier. *Mythologie du Code Napoléon: aux soubassements de la France moderne*. Bouère: DMM, 2003.
- MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do Direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- OLIVECRONA, Karl. *Il diritto come fatto*. A cura di Silvana Castignone. Milano: Giuffrè, 1967.
- OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Trad. de Ernesto Garzon Valdes. Neunos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968.
- OLLERO TASSARA, Andres. *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y*

- voluntad política*. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996.
- PALOMINO MANCHEGO, José F (Org.). *Discussión sobre el carácter anti-científico del derecho: de Kirchmann a la discusión epistemológica actual*. Lima: Grijey, 1999.
  - PATTARO, Enrico (Org.). *Contributi al realismo giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982.
  - REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *Historia da filosofia: antigüidade e idade média*. 4. ed. São Paulo: Paulus, 1990, v. 1.
  - ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho: una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*. Trad. José Luis Muñoz de Baena Simón, Aurelio de Prada Garcia, Pablo López Pietsch. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.
  - ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Trad. de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.
  - SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.
  - SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1972, v. 1.
  - STROMHOLM, S., VOGEL, H. H. *Le "realisme scandinave" dans la philosophie du droit*. Preface de Michel Villey. Paris: LGDJ, 1975.
  - THIBAUT Y SAVIGNY. *La codificación*. Trad. de Jose Diaz Garcia. *Introducción y selección de textos de Jacques Stern*. Madrid: Aguilar, 1970.
  - TWINING, William. *Derecho y globalización*. Trad. Oscar Guardiola-Rivera *et alii*. Bogotá: Sieclo del Hombre, 2003.
  - VEYNE, Paul Marie. *Como se escreve a história*. Trad. Alda Baltar e Maria Auxiliadora Kneip. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
  - VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudência*. Trad. Luis Diez-Picazo Ponce de Leon, Madrid: Taurus, 1964.
  - WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.
  - WILHELM, Walter. *La metodología jurídica en el siglo XIX*. Madrid: Editorial de derecho Privado, 1980.