

**O ESTADO E O MODO DE PENSAR O DIREITO:
UMA ANÁLISE DAS CORRELAÇÕES ENTRE O RACIOCÍNIO JURÍDICO
E A ESTRUTURA ESTATAL**

STATE AND LEGAL WAY OF THINKING:
AN ANALYSIS OF THE CORRELATION BETWEEN LEGAL REASONING
AND STATE STRUCTURE

Fabiana Oliveira Pinho¹

RESUMO

O propósito deste trabalho consiste em sugerir uma possível correspondência entre os modelos de Estado que se seguiram ao longo do século XIX, XX e XXI e as correntes que se desenvolveram também neste período sobre o raciocínio jurídico. Não se pretende realizar uma correlação estrita entre as três Escolas paradigmáticas indicadas por C. PERELMAN – Escola da Exegese, Escola História, Concepção Tópica do Raciocínio Jurídico – e as três conformações de Estado – Estado Liberal (*laissez-faire State*), Estado de Bem Estar Social (*national welfare State*), o Estado Pós-moderno (*workfare post-national State*). Antes, discute-se como se deu a interação entre a configuração de certa estrutura estatal e dada concepção de direito em cada uma destas fases. Como hipótese que orienta este artigo, sustenta-se que o Estado atual (*workfare post-national State*), por suas peculiaridades desencadeadas pelo fenômeno da globalização, exige uma racionalidade jurídica fundada no modo de pensar tópico. Isso se justifica, pois o pensamento problemático é aquele que melhor consegue lidar com a complexidade das controvérsias enfrentadas pelo Estado Pós-moderno e que emergem da sociedade global.

PALAVRAS-CHAVE: raciocínio jurídico; estrutura estatal; tópica jurídica

ABSTRACT

The purpose of this paper is to suggest a possible correlation among the models of state that emerged during the 19th, 20th and 21st centuries and the patterns of legal reasoning that were developed in the same period. We do not intend to establish a strict correlation between the three paradigmatic schools indicated by C. PERELMAN – Exegetical School, Historical School and Legal Topic – and the three conformations of state – *laissez-faire State*, *national welfare State*, *workfare post-national State*. In fact, we only discuss how the state structure and the conception of law in each of these moments have interacted. Accordingly, as our hypothetical claim, we argue that the current state, due to its peculiarities, unchained by globalization phenomenon, demands a legal rationality founded in the topical way of thinking. This is justified because the problematic thinking is better suitable to deal with the complexity of the controversies that global society poses to the *workfare post-national State*.

KEYWORDS: legal reasoning; state structure; legal topic

¹ Doutoranda em teoria do direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pesquisadora-bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende sugerir uma correlação entre o modo de pensar jurídico e a configuração do Estado. O enfoque adotado circunscreve-se à filosofia e à teoria do direito, e consiste, mais propriamente, no questionamento da natureza do vínculo que se estabelece entre o modo de pensar, interpretar, aplicar e operar o direito – especialmente pelos tribunais e pela doutrina – e a formatação das instituições básicas do Estado.

Assim, tendo por escopo a análise de como o direito comporta-se em certa disposição das estruturas do Estado, optou-se por dividir este estudo em três partes essenciais – além desta introdução, das considerações finais e da indicação da bibliografia citada. Na primeira delas, a preocupação será apontar as características centrais dos três modelos de Estado que se sucederam desde o século XIX até os dias de hoje, quais sejam, Estado Liberal (*laissez-faire State*), Estado de Bem Estar Social (*national welfare State*) e o Estado Pós-moderno (*workfare post-national State*), dentro de uma análise que se aproxima aos tipos-ideais weberianos. Para tanto, o ponto de partida para a reconstrução dos aspectos centrais destes modelos de Estado situa-se na bibliografia abaixo indicada (cf. item 6 infra), principalmente nos textos e nas reflexões de J. E. FARIA (2012), B. JESSOP (2003, 2005), C. INNERARITY e D. INNERARITY (1999).

Já na segunda parte, pretende-se apresentar as principais correntes do raciocínio jurídico que impactaram significativamente o modo de pensar o direito durante o século XX e também neste início do século XXI. Assim, serão desenvolvidos, bastante detidamente, os aspectos nucleares da Escola da Exegese, da Escola Histórica e da Concepção Tópica do Raciocínio Jurídico, nos moldes da periodização sugerida por C. PERELMAN (2005).

O diálogo entre a primeira e a segunda parte ocorrerá na terceira, quando se promoverá com mais rigor a aproximação entre as principais linhas de desenvolvimento do raciocínio jurídico e as conformações específicas do Estado⁶. Será, portanto, nesta porção do texto que se poderá mais facilmente notar a hipótese que permeia o presente estudo. Após realizar a indicação das principais Escolas do raciocínio jurídico, apontando suas especificidades e propondo uma correspondência entre estas e os sucessivos modelos de Estado do século XX, defender-se-á posição de que, no Estado do século XXI, a tópica

⁶ Certamente, a busca por esta correspondência não tem por objetivo obter um encaixe perfeito entre uma Escola do raciocínio jurídico e um tipo de Estado, até porque isso resultaria em uma simplificação por demais grosseira. Pretende-se, antes, verificar a presença mais ou menos intensa de certo conjunto de características próprias de determinada Escola no âmbito de cada um dos modelos de Estado eleitos.

jurídica⁷ consiste na forma de confrontar o fenômeno jurídico que, por ser capaz de absorver a complexidade social, melhor consegue manejar as dificuldades que decorrem do pluralismo moral e da falta de consenso entre integrantes de uma mesma nação ou de várias nações que compartilham valores comuns. Deste modo, entende-se ser este o momento do estudo que abriga alguma contribuição às reflexões sobre o papel do direito, sua efetividade e seus desafios perante a sociedade global organizada sob estruturas estatais pós-modernas (*workfare post-national State*).

2. MODELOS DE ESTADO NOS SÉCULOS XIX, XX E INÍCIO DO XXI

As análises jurídicas mais ambiciosas iniciam-se pela identificação das características centrais do Estado, considerando as circunstâncias históricas que corroboraram para compor sua feição. Preocupam-se, por certo, em definir a natureza da interação travada entre sociedade e Estado, colocando em tela, entre outros pontos, o grau de proeminência que este possui em relação aos demais atores sociais, bem como a necessidade e a intensidade da sua presença na condição de ente com poder normativo para organizar o ambiente social e garantir os termos básicos do contrato pressuposto, em razão do qual fora criado. Estas questões são relevantes para orientar a análise de cada um dos modelos de Estado que se sucederam desde o século XIX até os dias de hoje, cujos traços centrais sinteticamente serão expostos a seguir.

2.1. ESTADO LIBERAL

A conformação do Estado do final do século XIX e início do século XX notadamente expressa inspiração no liberalismo econômico e político que decorre das construções de A. SMITH (2008). No contexto de dúvida sobre a capacidade de ser o Estado o ente mais adequado a impulsionar a velocidade das transações comerciais, adensar as relações sociais e respeitar os direitos e liberdades civis até então conquistados, preferiu-se, com amparo em uma doutrina de base liberal, delegar ao mercado tais tarefas. Restaria, então, ao Estado tripartido em seus Poderes com atribuições estanques, por obra do Legislativo, elaborar

⁷ Doutrina redescoberta por T. VIEHWEG, cujos contornos estão descritos em sua famosa obra *Topik und Jurisprudenz*, publicada pela primeira vez em 1954.

normas aptas a fomentar o desenvolvimento das trocas, por via do Executivo não intervir manifestamente nos rumos naturais e pela mão do Judiciário zelar para que a observância das normas acordadas na esfera privada fosse garantida em juízo.

Por tal descrição, é fácil afirmar que este Estado, alcunhado como Estado Liberal, tem por função primordial não se imiscuir em qualquer dos setores da sociedade – seja o social, o cultural, o econômico – além da medida necessária para que haja segurança jurídica suficiente e garantia farta das expectativas dos agentes. As incumbências do Estado, que atua como mero expectador e árbitro das controvérsias pontuais emergentes das relações sociais, são puramente formais. Não possui, por certo, qualquer compromisso com a implementação de objetivos substanciais, até porque, desigualdade de riqueza e distribuição de renda são questões que devem ser postas e resolvidas no foro primeiro de liberdade, qual seja, o mercado.

O Estado ainda possui configuração nos moldes westifalianos e apoia-se em três grandes pilares, quais sejam, soberania, povo e território. Estes elementos são indissociáveis e suficientes para forjar uma unidade nacional, cujo único polo produtor de normas e regramentos é aquele contido dentro da esfera oficial. Metaforicamente, a organização do relacionamento entre Estado e sociedade caracteriza-se pela disparidade, isto é, por uma relação de subordinação, em que os cidadãos submetem-se unicamente à autoridade oficialmente posta. O governo progride com base no pacto social e no reconhecimento de que a entidade criada, ainda que opressora por sua hegemonia, é o ente responsável pela saída do estado de natureza rumo à civilização.

2.2. ESTADO DE BEM ESTAR (*NATIONAL WELFARE STATE*)

Vencida a crença em meados do século XX de que o mercado é mais eficiente para estimular o crescimento econômico, defender a liberdade e induzir o aprimoramento das relações sociais, conjectou-se uma nova forma de atuação do Estado que deveria dar conta de evitar crises como aquela a que se assistiu em 1929, com a Quebra da Bolsa de Nova York. O seu idealizador foi J. M. KEYNES e, com a proposta de defesa do pleno emprego dos meios de produção, incluiu o Estado com um dos atores fundamentais a desempenhar grandes manobras no mercado. Da posição de expectador defendida até então, passa a ocupar a de interventor e isso significa que sua função não mais se restringe a apenas garantir direitos, liberdades e segurança, mas também consiste em orientar diretamente a ação dos agentes.

A esta época, caiu por terra o mito de que a autorregulação dos mercados mitigaria disparidades, especialmente as sociais. O Estado Keynesiano deveria ser uma organização forte e poderosa capaz de interferir no curso natural dos mercados, atuando por políticas anticíclicas. Percebeu-se, não sem algum sofrimento, que o Estado Liberal do *laissez-faire* não mais era suficiente para reestruturar uma sociedade com tantas carências e desigualdades. Portanto, reformulam-se as certezas teóricas e, por certo tempo, abandona-se a segurança jurídica como fim último da atividade estatal, substituindo-o pelo anseio de justiça distributiva e acesso a oportunidades paritárias. Ademais, certamente os mercados profundamente atingidos não conseguiriam por si só reinventar-se e contornar as suas próprias falhas. Daí emerge aquela que seria a função precípua do Estado, segundo as ideias de J. M. KEYNES.

Há de se ressaltar, contudo, que, apesar da alteração na postura do Estado ante o mercado e a sociedade, a chave de entendimento do *national welfare State* (JESSOP, 2003) ainda reside naqueles três elementos também nucleares para a compreensão do Estado Liberal do *laissez-faire*, quais sejam, soberania, povo e território. Por certo, observa-se, mesmo com a estagnação econômica do pós-guerra, um maior influxo dos mercados nas economias nacionais. Entretanto, esta influência é controlada e sua intensidade não foge às rédeas do Poder Nacional. Em outros termos, apesar da maior proximidade e do paulatino retorno dos níveis de transações, os atores transnacionais ainda subordinavam-se à autoridade nacional, de modo que esta ainda detinha o monopólio das decisões políticas e econômicas.

Tanto o Estado do *laissez-faire* como o Keynesiano, apesar de suas diferenças já bastante salientadas, relacionavam-se de modo parecido com a sociedade. Antes das peculiaridades que os afastam, a soberania, o território e o povo, como elementos constituintes do Estado nacional, unem-nos. A decorrência principal da conservação destes elementos para a configuração estatal é a de que a interação com a sociedade caracteriza-se pelo governo e pela hierarquia. Em outros termos, a relação tem formato piramidal, na medida em que o Estado, ocupante do ápice da pirâmide, é o único centro produtor de normas e, por este governo singular, submete os cidadãos às regras oficialmente postas. Assim, a natureza do vínculo é de subordinação, fundado ainda nas disposições pressupostas do pacto social de essência contratualista.

2.3. ESTADO PÓS-MODERNO (*WORKFARE POST-NATIONAL STATE*)

O *national welfare State* sobreviveu como modelo de Estado até o final da Guerra

Fria. Em decorrência dos dois choques do petróleo – o primeiro em 1973 e o segundo em 1979 – e da década perdida, os anos 90 foram palco de um fenômeno que alterou essencialmente as bases de entendimento do direito, da economia e da sociedade até então construídas. Trata-se do fenômeno nomeado pelos estudiosos “globalização”, responsável pela alteração de paradigmas e com consequências amplas o bastante para se afirmar a inauguração de uma nova fase do capitalismo. Nesta década de 90, com a transnacionalização dos mercados e a diminuição da atuação direta do Estado na economia, o pensamento de J. SCHUMPETER ressurgiu fortalecido como fundamento teórico relevante para a retomada da defesa do livre mercado e da concorrência. Neste momento, evidencia-se a passagem de uma sociedade essencialmente industrial para uma sociedade informacional com repercussões intensas em todos os seus subsistemas – como o político, o econômico, o jurídico, o cultural, o social.

Se o advento do Estado Keynesiano não tinha sido suficiente para atacar e corroer os pilares do Estado westifaliano, como dito há pouco, o Estado Schumpeteriano, ou o *workfare post-national State* (JESSOP, 2003), desequilibrou vertiginosamente esta relação necessária entre os fatores constitutivos do Estado-nação. A implicação mais notória desta ruptura é perceptível na nova significação dada ao conceito de soberania. Se até nas últimas décadas do século passado o Estado detinha o monopólio da decisão política e econômica, hoje este precisa compartilhar seu poder com outros atores tão ou igualmente representativos no cenário internacional, como as empresas multinacionais, as ONGs (organizações não governamentais), organismos multilaterais, grandes escritórios de advocacia, por exemplo. Estes atores influenciam as instâncias de poder e produzem regramento próprio, paralelo ao produzido pelo polo normativo em que reside a autoridade oficial.

Ao lado deste compartilhamento do poder, que se viabiliza pela mescla da participação de atores oficiais e não oficiais, assiste-se à dissolução das fronteiras nacionais, fator este suficiente para confrontar o território como elemento imprescindível para a definição do Estado Nacional. A queda das fronteiras, vale dizer, não se verifica pela criação de um Estado cosmopolita, do qual são participantes todos os países do mundo e seus respectivos cidadãos¹⁰, tampouco uma unificação do centro emanador de normas. A

¹⁰ Sobre a internacionalização das decisões econômicas e a queda virtual das fronteiras interestatais, J. E. FARIA (2012, pp. 58-104) propõe cinco possíveis cenários com relação à formação da organização política e jurídica no contexto da globalização. São eles: (i) um Estado mundial e um direito global, (ii) um Estado forte com expressiva regulação normativa, (iii) uma Governança mundial e um direito que se produz apesar de um Estado, (iv) blocos comerciais que moldam uma “multi-soberania” e (v) globalização econômica e pluralismo jurídico. Pelos argumentos do autor, a alternativa mais factível seria a última e seus fundamentos permeiam as premissas adotadas no presente estudo.

suavização das fronteiras verifica-se em termos metafóricos pela volatilidade dos capitais e pela velocidade das transações e comunicações, as quais juntas são capazes de interferir profundamente na tomada de decisões pela instância oficial.

Neste cenário, o território e a soberania, em sentido substancial, deixam de ser os pilares fundamentais, como eram no Estado Keynesiano. Observam-se, cada vez mais rapidamente, procedimentos tendentes à desestatização e à desregulação, ambos evidenciando a diminuição do Estado como agente atuante de forma direta. Ao Estado Schumpeteriano incumbe a regulação por controles indiretos e a aceitação de que, de fato, sua atuação não se circunscreve propriamente ao conceito de governo, mas de governança, na medida em que a normatividade não mais provém exclusivamente de um centro emanador oficial monopolista, mas também de organizações intermediárias que atuam com liberdade no âmbito dos marcos regulatórios fixados pelo Estado¹¹.

Assim, ainda que a função do Estado caracterizado como Schumpeteriano tenha declinado em quantidade, não é certo afirmar que não há mais qualquer espaço para a atividade normativa estatal. Em verdade, o Estado ainda conserva seu poder normativo, porém o exerce de modo indireto, fixando os marcos da atividade normativa das organizações intermediárias postas entre o Estado e a sociedade e delimitando o teto econômico e o piso social como limites intransponíveis, mas com a peculiaridade de serem flexíveis, retráteis¹². Desta forma, a estrutura estatal piramidal, apta a definir a interação entre Estado e sociedade tanto no Estado Liberal quanto no Keynesiano, não mais consiste na arquitetura adequada para descrever tais relações no âmbito do Estado Keynesiano. Esta se conforma a uma estrutura pautada pelo pluralismo jurídico, isto é, por uma multiplicidade de centros

¹¹ Os conceitos de *governo* e *governança* expressam a forma de atuação do Estado em diferentes momentos. Quando se faz referência a *governo*, invoca-se uma direção centralizada que organiza a sociedade por meio de seus controles diretos. A consequência da inobservância da conduta prevista no antecedente normativo dá ensejo, na maioria das vezes, à sanção de natureza penal. Esta é uma maneira de evidenciar que o direito oficial é encarado como mecanismo único de controle e direção, reforçando a autonomia e exclusividade do direito positivo na criação de normatividade. Em sentido contrário, o conceito de *governança* alude a uma direção descentralizada, cujos controles realizados pelo Estado são indiretos. Ademais, as sanções impostas, além do seu viés penal, inclui o escopo pedagógico, na medida em que se acredita em um direito com prerrogativas de pilotagem, de diretor, em um ambiente de pluralismo jurídico, caracterizado por campos normativos semi-autônomos, que convivem com os marcos regulatórios ditados pelo Estado.

¹² O teto econômico, fixado como um dos limites pelo Estado, tem por função a preservação do sistema de direito da concorrência. Já o piso social, no extremo inferior, pretende que seja garantida uma renda mínima de integração e participação no processo pelos indivíduos e grupos mais próximos à margem da sociedade— este é, por exemplo, o escopo da imposição, por lei federal, de pagamento de um salário mínimo, seja pelo empregador, seja pelo Estado nas suas facetas da assistência e previdência social. Entre estes dois marcos – o superior e o inferior – vive um espaço de *pluralismo jurídico*, em que vários campos jurídicos convivem em equilíbrio ecológico. O direito destas ordens normativas é o direito responsivo, que divide espaço com a livre negociação, com o direito costumeiro, com a *lex mercatoria*, com a *lex digitalis*, com o direito de integração regional e com o direito internacional.

produtores de normas, que não estão dispostos de maneira hierárquica. Pelo contrário, estas diversas ordens normativas comportam-se como se, de fato, estivessem organizadas em forma de rede¹³.

3. AS CORRENTES DE PENSAMENTO JURÍDICO DO SÉCULO XIX E XX

Como se quer provar a hipótese inicial de que há conexão entre os modos de raciocínio jurídico e a conformação política e econômica do Estado, por certo é preciso buscar nos séculos XIX e XX as correntes centrais de pensamento responsáveis por fornecer ao direito determinada configuração. Esta indagação é pertinente, na medida em que as bases dos modelos de Estado do século XX e XXI remontam às construções e elaborações no campo filosófico e teórico que se digladiaram no decorrer do século XVII, XVIII e XIX.

Deste modo, foram escolhidas as três Escolas que moldaram o pensamento jurídico de seu tempo – tanto no campo doutrinário, quanto no âmbito dos tribunais –, quais sejam, a Escola da Exegese, Escola Histórica e a Concepção Tópica do Raciocínio Jurídico. Este ato eletivo não foi feito de modo arbitrário e injustificado. C. PERELMAN, estudioso conceituado que dedica um livro a buscar entender o raciocínio jurídico, divide em três partes a evolução do modo de pensar jurídico, especialmente o que vigorava na Europa continental, tomando por ponto de partida o início do século XIX.

Esta tripartição¹⁴ pode ser sinteticamente descrita da seguinte forma: (I) Escola da Exegese, a qual se inicia com a edição do Código Civil Francês, no começo do século XIX e perdura até 1880, (II) Escola Funcional e Sociológica, compreendida entre 1880 e 1945 e (III) Concepção Tópica do Raciocínio Jurídico, que emergiu em razão do ocorrido durante a segunda Grande Guerra Mundial. O esquema abaixo sintetiza graficamente a partição em

¹³ “Longe de conduzir a um vácuo normativo, esses processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização abriram caminho para novos procedimentos de criação do direito; para uma normatividade de caráter pactual; para formas de governança adaptadas a padrões organizacionais reticulares; para processos mais amplos de autotransformação social, nos quais as fronteiras entre o nacional e o internacional se tornam cada vez mais porosas; para redes heterárquicas de relacionamentos sociais e econômicos – enfim, para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas regulatórios infra-estatais e supranacionais e, por tabela, para a coexistência de múltiplos centros decisórios e distintos padrões de normatividade”. (FARIA, 2012, p.112).

¹⁴ “É evidente que essa tripartição só corresponde a uma visão esquemática e simplificada da realidade, pois as técnicas de raciocínio, características da ideologia de um período, encontram-se também em outros, mas neles são antes excepcionais, e os juízes, ao lançar mão delas, experimentam certo mal estar. Esta divisão servirá essencialmente para fins pedagógicos, permitindo descrever sumariamente uma evolução metodológica que corresponde, em linhas gerais, à realidade histórica”. (PERELMAN, 2004, p. 29).

períodos proposta por C. PERELMAN:

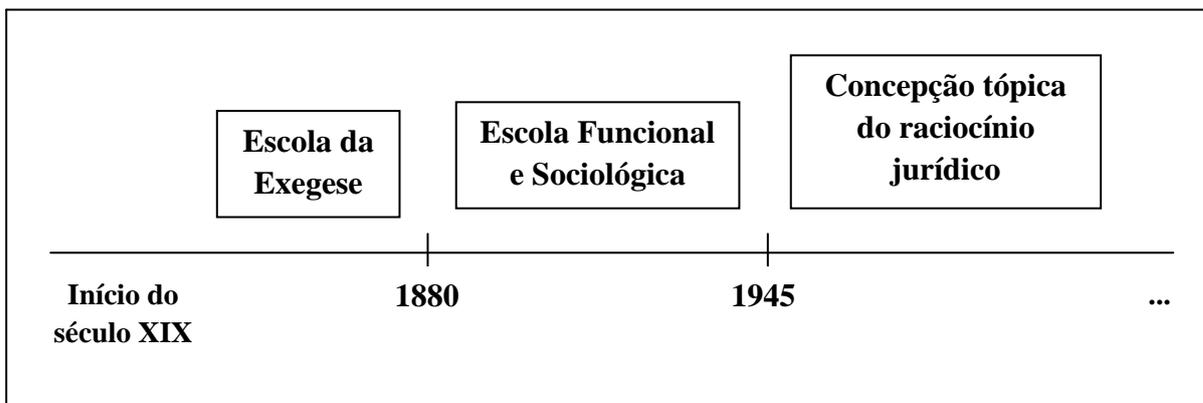


Gráfico 4: Divisão metodológica proposta por C. PERELMAN (2004) com relação à evolução do raciocínio jurídico.

Com este breve trabalho, tendo por diretrizes a hipótese apresentada na introdução, pretende-se investigar os aspectos centrais de cada uma destas Escolas. Deste modo, os parágrafos a seguir serão dedicados a melhor compreensão do modo de pensar que vigorou no âmbito jurídico ao longo destes períodos. Ressalta-se que, ao conferir separadamente ênfase a cada um dos segmentos desta linha proposta por C. PERELMAN, não se desconsiderará que o término de uma fase arbitrariamente delimitada não implica o fim sumário das características e influências da fase que a precedeu. Assim, os próximos itens abarcarão, de modo individualizado, as *três fases* com suas peculiaridades na evolução histórica desenhada por C. PERELMAN (2004).

3.1. A ESCOLA DA EXEGESE

Já durante o século XIX vigorava, ao menos na França, a obrigação direcionada aos juízes de motivar as suas sentenças. A partir da consolidação deste dever – que ocorreu por volta do ano de 1790 – é possível tentar identificar a ideologia motriz da atividade do juiz nas sentenças proferidas, a forma como eles concebiam seu papel e sua missão, a concepção dos magistrados acerca do direito e, especialmente, como entendiam as suas relações com o poder legislativo (PERELMAN, 2004, p. 29). Estes correspondem aos elementos que se pretende enxergar traçando as características da Escola da Exegese.

Tal corrente de pensamento nasce com a promulgação do Código Civil Francês. Este,

por sua vez, condensa as diversas ideologias que movimentaram a Revolução Francesa (1789) – ou seja, o pensamento de T. HOBBS, C. MONTESQUIEU e J. ROUSSEAU. O nome “Escola da Exegese” já traduz algumas de suas notas características. Indica que esta se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código Civil Francês. N. BOBBIO (1995, p. 21), ao abordar as causas históricas que determinaram o advento da Escola Exegética, sistematiza-as em cinco pontos. Brevemente, discorrer-se-á sobre cada uma delas, a fim de contextualizar as origens que impactaram o seu modo de raciocinar e a concepção que detinham a respeito do direito.

A primeira causa consiste no *próprio fato da codificação*. O Código, uma vez elaborado, deve ser o principal guia em que se buscam as respostas para os conflitos sociais transformados em jurídicos. Este consiste na via mais curta e mais simples, tendo grande primazia em relação às outras possíveis fontes do direito. Os usos e costumes, a jurisprudência e a doutrina normalmente não tendem à univocidade, sendo o seu manuseio mais complexo e difícil do que o direito codificado.

A segunda causa apontada por N. BOBBIO (1995) é representada pela *mentalidade dos juristas* dominada pelo *princípio da autoridade*. Os operadores do direito tendem a sustentar a força de seu argumento invocando a vontade do legislador, quem deve elaborar a norma jurídica. Assim, diante de um Código Civil constituído, a vontade do legislador – a qual move o princípio da autoridade – está disposta de modo seguro e completo nas palavras da lei. Deste modo, basta aos operadores do direito deter-se estritamente ao que prescreve a autoridade suprema.

Já a terceira causa é a crença intensa na *doutrina da separação dos poderes*. Esta consiste, como desenvolvido há pouco, na justificação jurídico-filosófica da fidelidade ao Código e também constitui o fundamento ideológico do Estado Moderno. Assim esta teoria sustenta que, dentro de um Estado, as atribuições devem ser distribuídas entre os três Poderes, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A cada um deste cabe uma função, que é, respectivamente, a de governar e administrar, a de elaborar leis e a de julgar de acordo com a lei. Deste modo, não diz respeito ao juiz criar o direito, mas apenas comportar-se como a “boca da lei”, sob pena de invadir a esfera de competência designada ao legislador.

A quarta razão também possui natureza ideológica e é representada pelo *princípio da certeza do direito*. Tal certeza só é garantida na medida em que existe um corpo estável de leis, e aqueles responsáveis pela sua aplicação resolvem os conflitos empregando os critérios neste corpo contidos e não em outros. Se assim não for, o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das suas ações, já que seria possível haver uma decisão

arbitrária¹⁷.

O último fator que ensejou o advento da Escola da Exegese tem natureza política. É representado pelas *pressões exercidas por parte do regime napoleônico* sobre as instituições reorganizadas de ensino superior do direito. Tal pressão veiculava o intuito de que fosse ensinado apenas o direito positivo e se deixasse de lado as teorias gerais do direito, conferindo-se manifesto sobrevalor às disciplinas dogmáticas, em detrimento das disciplinas com viés mais zetético¹⁸.

A combinação das doutrinas de T. HOBBS, C. MONTESQUIEU e J. ROUSSEAU, as quais influenciaram diretamente os pensadores da Escola da Exegese, resultou em uma concepção de direito que o identifica com um conjunto de leis e produto da expressão soberana da nação. Neste contexto, o papel do juiz é reduzido ao mínimo, em respeito ao princípio da separação dos poderes. Assim, o poder de julgar detido pelos juizes consiste, simplesmente, em aplicar o texto da lei às situações particulares, procedendo a uma dedução correta e sem fazer uso de interpretações que poderiam desfigurar a vontade do legislador, manifestada nas palavras da lei¹⁹.

Tal concepção, sendo fiel à doutrina de C. MONTESQUIEU, consistente no *princípio da separação dos poderes*, identifica o direito com a lei e atribui aos tribunais apenas a função de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor. Deste modo, os pensadores exegetas sustentavam a idéia de que os códigos nada deixavam ao arbítrio do intérprete e que somente em situações extremas e excepcionais a lei era verdadeiramente insuficiente.

Subjacente à doutrina elaborada por C. MONTESQUIEU, há a separação da vontade e da razão. A primeira faculdade deve estar presente no legislador, o qual condensa a vontade geral da nação em uma linguagem manifestada pelas palavras da lei. Já a segunda faculdade é própria dos aplicadores da lei, já que estes em nada devem colaborar para construir as normas jurídicas. A sua função consiste em reconhecer no suporte fático (caso concreto) o preceito primário previsto no dispositivo legal e designar a consequência jurídica ditada no preceito secundário.

¹⁷ As seguintes palavras de N. BOBBIO reforçarão o conteúdo a ser desenvolvido adiante neste trabalho: “A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico – silogismo – aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.” (BOBBIO, 1995, p.80).

¹⁸ A diferenciação precisa dos conceitos de dogmática e de zetética é feita por T. S. FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, 5ª. ed., São Paulo, Atlas, 2007.

¹⁹ C. PERELMAN define a concepção de direito da Escola da Exegese *verbis*: “Esta Escola pretendia realizar o objetivo que se propuseram os homens da Revolução, *reduzir o direito à lei*, de modo mais particular, o direito civil ao Código de Napoleão.” (grifo nosso) (PERELMAN, 2004, p. 32).

Este arranjo entre os poderes foi forjado por C. MONTESQUIEU com o intuito de garantir a segurança jurídica, já que se evitariam as arbitrariedades provenientes da atuação desenfreada do julgador. Assim, a tão desejada segurança jurídica proviria da previsibilidade das sanções, caso se praticasse uma conduta em desconformidade com o abstratamente previsto, já que o direito, reduzido às leis, podia ser compreendido por todos do mesmo modo e não haveria influência do julgador ao apreciar o conflito em questão. Deste modo, a segurança jurídica fazia-se presente na sociedade devido à uniformidade da incidência da norma construída pelo legislador no caso concreto.

Ocorre que tal disposição dos poderes e das funções cabíveis a cada um deles resultou em uma *visão legalista do direito*. Esta visão conduz a uma forte aproximação do direito às ciências. O papel do juiz parece consistir única e exclusivamente na tarefa de enquadrar uma situação fática em uma norma que preveja o ocorrido como algo que contraria a ordem jurídica e, assim, indicar, em seguida, a consequência jurídica prevista para tal conduta. Em outros termos, o juiz seria o responsável por formular um silogismo jurídico formal. Neste processo, a premissa maior proviria de alguma regra de direito, a menor equivaleria à constatação de que as condições previstas na regra eleita haviam sido preenchidas, sendo a decisão, isto é, a porção dispositiva da sentença a ser proferida, a conclusão direta deste silogismo²¹.

Desta forma, no âmbito da Escola da Exegese, a concepção de interpretação e aplicação do direito aproximar-se-ia a um cálculo, próprio das demonstrações científicas. Seria um sistema dedutivo em que as premissas maiores são verdadeiras e necessárias e a passagem destas à conclusão é obrigatória. Pretendendo fugir da exacerbada parcialidade e arbitrariedade das decisões proferidas pelo soberano pleno do Antigo Regime, parece que se incorreu no extremismo situado no ponto oposto, qual seja, tentar anular ou neutralizar a figura do julgador frente ao ato de aplicar a lei.

²¹Nas palavras de C. PERELMAN: “(...) Temos aqui uma tentativa de aproximar o direito quer de um cálculo quer de uma pesagem, seja como for de algo cuja tranquilizadora exatidão deveria poder proteger-nos contra os abusos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime” (tradução livre). (PERELMAN, 1973, pp. 227-228)

3.2. A ESCOLA HISTÓRICA

Também no século XIX, assistimos ao florescimento da Escola Histórica²². Esta se desenvolveu por volta da segunda metade daquele século e detinha como seu maior expoente o jurista C. F. SAVIGNY. Esta corrente de pensamento conduziu a uma mudança gradual de perspectiva, apresentando um outro entendimento acerca do conceito de direito, diferente da concepção legalista própria da Escola da Exegese, e conferindo bastante espaço à concepção funcional do direito. N. BOBBIO (1995, p. 51), ao abordar os traços básicos do historicismo, enumera-os em cinco pontos. Realizar-se-á, assim, uma breve exposição de tais pontos, referentes à Escola Histórica, enlencados pelo jurista italiano, a fim de delinear as características próprias e centrais desta corrente de pensamento.

A primeira delas consiste na crença quanto à *individualidade e variedade do homem*. A incidência deste princípio no direito resulta na afirmação segundo a qual não é possível existir um direito único, idêntico para todos independentemente da consideração do tempo e do espaço. O direito emerge da história, é um fenômeno social e, como tal, não pode ser fruto da razão.

A segunda característica pode ser sintetizada pela expressão *irracionalidade das forças históricas*. Esta evidencia que o direito não é produto de uma avaliação meticulosa e de um cálculo racional e defende provir o corpo normativo do sentimento de justiça. No âmago de cada homem há um sentimento acerca do justo e do injusto, o qual se exprime através das formas jurídicas primitivas, populares, encontradas na origem e no ambiente social.

O terceiro traço característico desta Escola é representado pelo *pessimismo antropológico*. Estas palavras traduzem a descrença na possibilidade do progresso humano e na eficácia das reformas, a qual induz a afirmar que, mesmo no campo jurídico, é preciso empenhar-se em conservar os ordenamentos existentes e desconfiar das novas instituições e das inovações. É por acreditar nisso que os partidários da Escola Histórica farão oposição à elaboração de um Código Civil Alemão, nos moldes do Código Francês, atrasando a edição de tal codificação na Alemanha para o início do século XX.

O quarto aspecto que individualiza a Escola Histórica é o *amor pelo passado*. Além da desconfiança quanto às inovações a serem implantadas, seus militantes empregaram

²² C. PERELMAN inclui neste período e em contraposição à Escola da Exegese, as concepções teleológicas, sociológicas e funcionais do direito. Mas, por se entender que a vertente mais representativa e mais impactante para os modelos de pensamento que se desenvolveram na Europa continental, simplifica-se deliberadamente o grupo destas Escolas tomando a Escola Histórica, por suas marcantes características, como paradigma e metonímia das demais.

esforços na tentativa de reviver o direito romano na Alemanha. Ao lado desta empreitada, também se empenharam em reavaliar e redescobrir o antigo direito germânico.

A quinta e última característica que ajuda a traçar o perfil da Escola Histórica consiste no *sentido da tradição*. Esta expressão condensa a valorização das normas consuetudinárias como forma particular de produção jurídica. Tal estima decorre do fato de que o costume é o direito que nasce diretamente do povo e que, portanto, exprime seu espírito (*Volksgeist*).

Conforme se apresentou nas linhas acima, o desenvolvimento deste breve estudo orienta-se pela tripartição proposta por C. PERELMAN. A Escola Histórica situa-se no âmbito da segunda delimitação feita pelo mencionado autor, qual seja, a compreendida entre os anos de 1880 e 1945, cuja denominação é Escola Funcional e Sociológica. Como se pode intuir, a Escola Histórica distancia-se da Escola da Exegese não apenas em termos espaciais – a primeira desenvolveu-se, principalmente, na Alemanha e a segunda na França. Ambas não compartilham da mesma concepção acerca do fenômeno jurídico. A visão defendida pela Escola da Exegese já foi exposta nas linhas acima. Dedicar-se-á, agora, a traçar as notas características da Escola Histórica.

Tal Escola postula a concepção funcional e segundo esta visão, o direito não constitui um sistema fechado, em que os juízes aplicam a lei empregando os métodos dedutivos, a partir de textos convenientemente interpretados. O direito, para os seguidores da Escola Histórica, é um meio do qual o legislador faz uso para *atingir determinados fins e para promover certos valores*.

Diante deste novo entendimento acerca da consistência do fenômeno jurídico, o papel dos juízes diferencia-se, substancialmente, daquele apregoado pelos exegetas franceses. No momento da aplicação da norma posta, o julgador precisa remontar do texto legal a intenção que guiou sua redação, isto é, sondar a vontade e a finalidade do legislador e interpretar o texto em conformidade com tal motivação. O texto normativo abriga, em última instância, o *fim* que originalmente levou o legislador a conceber tal norma jurídica e este deve ter primazia sobre a letra fria da lei.

Neste contexto, é permitido e mesmo desejável que o juiz não se atenha apenas ao espírito da lei, mas ao espírito que move o direito. Este comportamento evidencia que a Escola Histórica não reduz o direito à lei, porém, de forma mais ampla, entende que a lei é uma das fontes jurídicas, não a única²⁵. Também a função dos doutrinadores, diante desta

²⁵ Aqui já se pode enxergar a semente do pluralismo jurídico. Ao se admitir que o direito não é a única forma de regulação social, abre-se espaço para a consideração de outros elementos que têm sede no âmbito social e que

concepção de direito diversa, é outra. Os estudiosos preocupam-se em investigar a intenção que moveu a elaboração da lei e quais fins o texto normativo, elaborado pelo legislador, almejava alcançar. Assim, a missão doutrinária não se restringe à preocupação de estruturar um sistema completo de conceitos e instituições e a determinar precisamente o sentido das palavras da lei, como procuravam fazer os doutrinadores franceses.

Esta forma de compreender o direito melhor compatibilizava-se à dinamicidade do fenômeno jurídico àquela época. Estando este inserido no meio social, mudanças e transformações são inevitáveis e requerem flexibilidade da legislação em vigor. Buscar o fim contido na lei, por meio de um processo interpretativo que leva em conta dados fáticos, é permitir que o direito forneça respostas mais satisfatórias e mais adequadas aos anseios da sociedade.

Esta corrente de pensamento ressalta a importância dos argumentos e a pluralidade de caminhos decisórios que emergem a partir de um conflito. Pode-se perceber, assim, que é neste momento que o pensamento problemático – a *tópica* – revigora-se, na medida em que é um modo de pensar capaz de melhor adequar-se à essência do direito, vinculada às controvérsias e às deliberações que não conduzem a uma verdade única (vide item 3.3. infra).

3.3. A TÓPICA JURÍDICA

A redescoberta da *tópica* jurídica foi empreendida por T. VIEHWEG, teórico alemão, cuja produção alterou substancialmente as bases do pensamento jurídico na segunda metade do século XX²⁶. Refiro-me, especificamente, à redescoberta da *tópica* por aquele estudioso e à sua apresentação de novas formas de encarar o fenômeno jurídico, além dos limites evidentes percebidos no modo de pensar do começo do século passado de cunho mais positivista.

A abordagem do pensamento *tópico* realizada a seguir circunscreve-se ao momento do pós-guerra. Além de ser o contexto que forneceu os subsídios para a teorização por T. VIEHWEG do estilo de pensar *tópico*, este período representou também um marco bastante significativo no modo de aplicação e interpretação do direito como um fenômeno complexo, o

são relevantes para a construção da normatividade. Diz-se que esta é a semente do pluralismo jurídico, pois o Estado começaria a tomar consciência de que não detém o monopólio da produção de normas.

²⁶ Até mesmo aqueles que viriam a ser os opositores de T. VIEHWEG e da *tópica* jurídica reconhecem a sua influência fundamental no modo de pensar o direito na segunda metade do século XX. Neste sentido aponta-se R. ALEXY, *in verbis*: “Quem propõe uma teoria da argumentação jurídica se vê em seguida identificado com a *tópica* jurídica, que desenvolveu papel de grande relevância na discussão metodológica dos últimos vinte anos”. (ALEXY, 2005, p. 49).

qual não se encerra tão somente na identificação da norma jurídica ou na determinação da competência do órgão julgador.

Nesta oportunidade, faz-se novamente referência à periodização de C. PERELMAN, mais especificamente ao terceiro modelo de raciocínio jurídico que despontou após 1945. Seu pensamento alinha-se ao de T. VIEHWEG, na medida em que ambos conferem novo valor à retórica jurídica como uma forma de satisfazer às exigências de problemas trazidos ao âmbito do direito e cuja resposta não pode ser inferida da norma posta simplesmente pelo processo tradicional de subsunção. De acordo com estes dois autores, mecanismos mais sofisticados precisam integrar a interpretação e aplicação do direito e seria a retórica jurídica, bem próxima ao estilo de pensar tópico, uma alternativa que deve despertar a atenção dos estudiosos do direito.

Na obra de T. VIEHWEG, denominada “*Topik und Jurisprudenz*”, paradigma crucial para o estudo da doutrina da tópica jurídica, o autor forneceu alguns traços característicos da substância da tópica. Seria esta um estilo de pensar em que o *problema* ocupa lugar preponderante. Em verdade, este é o ponto de partida para o estudioso da “*ars inveniendi*” (outra denominação da tópica), pois é da análise do próprio problema²⁷ em questão que se encontram as possibilidades de sua solução. T. VIEHWEG procura, ainda, explicar a tópica contrastando-a com o *pensamento sistemático*. Diferentemente deste, o *pensamento problemático*, que caracteriza a tópica²⁸, não possui premissas previamente definidas como verdadeiras e fixas e que não toleram questionamentos. As premissas na tópica são buscadas a partir do próprio problema em questão e admite-se uma grande variedade de escolha²⁹.

Selecionar um ponto de vista acerca do problema é escolher um *tópos*. *Tópos* (lugar-comum) ou, no plural, *topoi* são “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade” (VIEHWEG, 1979, p. 27). São fórmulas de reconhecido caráter persuasivo que têm por função servir a uma discussão pautada em um problema. Ressalta-se, ademais, que é

²⁷ Esta é a definição de problema, segundo T. VIEHWEG: “(...) toda a questão que aparentemente permite mais de uma resposta e requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução”. (VIEHWEG, 1979, p.34).

²⁸ Esclarece-se, por oportuno, que apesar de T. VIEHWEG propor uma definição, ainda que fluida para tópica, sua proposta teórica teve desdobramentos em diversos âmbitos do estudo jurídico. É por este motivo que G. OTTE destaca três possíveis vertentes semânticas para o conceito de tópica, quais sejam: (i) uma técnica de busca de premissas, (ii) uma teoria sobre a natureza das premissas e (iii) uma teoria do uso dessas premissas na fundamentação jurídica. (OTTE, 1979, p. 184).

²⁹ Apenas é coerente falar em sistema, ao tratar da tópica, se se admitir que este compreende em si uma pluralidade de sistemas. Ocorre que o sentido da palavra sistema vincula-se, normalmente, à idéia de sistema unitário, difundida, em especial, pelas concepções positivistas acerca do direito. É com base neste sentido de sistema que T. VIEHWEG sustenta que o pensamento problemático contrapõe-se ao pensamento sistemático.

justamente o *reconhecimento de terceiros*³¹ que confere legitimidade e o caráter de premissas verdadeiras aos *topoi*. Assim, são exemplos de *topoi* noções como “dignidade da pessoa humana”, “desenvolvimento sustentável”, “interesse público”, “soberania”, “função social da propriedade”, “boa-fé”, entre outros conceitos que apenas terão seu significado completo a partir do sentido que lhes fornecer o problema³².

Diante do que foi dito, é possível perceber que o pensamento por tópicos não conduz a um sistema unitário e sólido, mas a uma *pluralidade de sistemas* – ou, em outros termos, a uma pluralidade de subsistemas abarcados por um sistema que permite uma relação dinâmica entre suas subunidades. Em síntese, a tópica é a *techne* que se orienta para o problema. Corroborando para as justificativas da redescoberta da tópica por T. VIEHWEG, C. PERELMAN (2004) explica a transição para um novo paradigma no âmbito do pensamento jurídico. O modelo de raciocínio após 1945 constitui, em verdade, uma reação ao positivismo jurídico e a seus dois aspectos sucessivos, quais sejam, o da Escola da Exegese, com sua concepção analítica e dedutiva do direito, e o da Escola Funcional ou Sociológica, com seu modo de interpretar os textos legais conforme a vontade do legislador (PERELMAN, 2004, p. 91).

A construção teórica positivista, segundo C. PERELMAN, foi suficiente para lidar com as questões que se apresentavam até a emergência do Estado totalitário alemão. Depois da percepção irrefutável do uso da norma jurídica para o fim precípua de subjugar o ser humano, tornou-se necessário repensar se a lei em sentido amplo pode comportar qualquer conteúdo, bastando estar em conformidade com as prescrições procedimentais e de validade determinadas por normas superiores³⁵. Ressalta-se que além de o raciocínio judiciário apresentar modificações em virtude das circunstâncias fáticas, também a postura do juiz mudou diante desta nova realidade das coisas. A tarefa do juiz, de acordo com o novo modelo de raciocínio judiciário – o pós-1945 – é a “busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito” (PERELMAN, 2004, p. 114).

³¹ Dependendo da época variam aqueles habilitados a conferir a qualidade de os *topoi* “parecerem premissas verdadeiras”. ARISTÓTELES, por exemplo, entende que cabe aos sábios, ou à maioria deles, esta tarefa ou, então, aos mais conhecidos e famosos.

³² Assim explica T. S. FERRAZ JR. no prefácio ao livro de T. VIEHWEG a propósito dos *topoi*: “(...) Noções-chaves (...) guardam um sentido vago que se determina em função de problemas (...) que se reduzem (...) a uma questão posta e renovadamente discutida e que anima toda a jurisprudência: a aporia da justiça”. (VIEHWEG, 1979, pp. 3-4).

³⁵ Neste sentido dispõe C. PERELMAN: “Enquanto a prática jurídica não estava muito distante dos costumes, dos hábitos e das instituições sociais e culturais do meio regido por dado sistema de direito, a concepção positivista do direito podia expressar de modo satisfatório a realidade do fenômeno jurídico. Mas com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível continuar a defender a tese de que “Lei é Lei”, e que o juiz deve, em qualquer caso, é conformar-se a ela” (grifo nosso). (PERELMAN, 2004, p.95).

Diante da autoridade da lei insuficiente à produção de decisões justas – reinante na vigência da ideologia do positivismo jurídico – não se pode incorrer no erro situado no polo oposto: solução justa concretizada exclusivamente pela autoridade desvinculada do juiz. Reconhece-se que os juízos de valor devem guiar a decisão do julgador, de modo a ser alcançada uma solução justa. Contudo, tais juízos não são os juízos arbitrários do próprio juiz, tomados individualmente. O caráter adequado de uma decisão pautada em valores só será assim qualificado de acordo com os parâmetros axiológicos auferidos a partir do meio social e, por certo, se houver suficiente esforço e êxito na fundamentação pelo julgador³⁷.

Esta reinterpretação incessante, que deve ser constantemente realizada pelo intérprete do direito, justifica-se pelo fato de o direito ser um fenômeno imerso em um contexto sociocultural com o qual se relaciona dialeticamente. Cercear a possibilidade de atualização das prescrições jurídicas é aceitar tacitamente a concretização de injustiças. Isso se dá porque o legislador constrói tipos abstratos que, se aplicados aos casos fáticos exatamente com os seus contornos iniciais, ensejarão uma desconexão entre o que se pretendeu proteger por meio da norma e o que de fato se protegeu pela sua aplicação³⁸. Ademais, os tipos abertos – cláusulas gerais, princípios ou, mais tecnicamente, *topoi*, os quais permitem e demandam o preenchimento pelo aplicador da norma, não contém apenas um escopo. É exatamente esta sua característica proposital de indeterminação semântica que enseja atuação direcionada do órgão julgador quando da sua concretização.

A função desta dialética entre o direito e os fatos busca conferir maleabilidade ao sistema jurídico. Tal maleabilidade torna-o mais efetivo, na medida em que é capaz de verdadeiramente fornecer respostas adequadas às demandas que emergem da convivência social. A maleabilidade é inclusive um fator que permite a integridade de dado sistema jurídico, visto que possibilita a sua constante readaptação e afasta a necessidade de ruptura por total incompatibilidade com o plano fático. É neste contexto que a doutrina dos tópicos

³⁷ Nesse sentido, explica mais claramente C. PERELMAN: “(...) São os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiam o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito, subordinando-se normalmente esta última preocupação à precedente. Mas esse caráter adequado não será determinado segundo critérios subjetivos, mas de uma maneira *intersubjetiva*, na medida em que corresponde às preocupações do meio que a deve aceitar (...)” (grifo nosso). (2004, p.114).

³⁸ O entendimento de que o sistema jurídico opera dialeticamente com o sistema social é reforçado pelo fragmento destacado a seguir, tecido por C. PERELMAN: “(...) O sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e social no qual se insere, pelo contrário, sofre constantemente seu influxo (...). A aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto, não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflitos nas controvérsias judiciais.” (2004, p.115).

ou, em outros termos, a tópica é retomada³⁹.

4. A CORRESPONDÊNCIA ENTRE OS MODELOS DE ESTADO E O RACIOCÍNIO JURÍDICO

Nesta oportunidade pretende-se conferir alguma organicidade às ideias apresentadas no item 2 supra – momento em que se procedeu à reconstrução dos modelos de Estado que se seguiram ao longo dos séculos XIX, XX, XXI – e no item 3 – onde incursões profundas nas correntes de pensamento que influenciaram o raciocínio jurídico desde o século XIX até os dias de hoje foram realizadas. A pretendida coesão das reflexões veiculadas até então será materializada pela aproximação das estruturas estatais acima caracterizadas – Estado Liberal, Estado Keynesiano e Estado Schumpeteriano – às Escolas que impactaram o modo de pensar o direito – Escola da Exegese, Escola Histórica e Concepção Tópica do Raciocínio Jurídico.

A configuração do Estado Liberal e a do Estado Keynesiano, apesar das suas peculiaridades já descritas acima, é similar na medida em que a relação entre Estado e sociedade é pautada pela diferença hierárquica e pelo governo que se dá com base na subordinação dos cidadãos. Nesta configuração, o Estado, representado pelos seus três Poderes, ocuparia o vértice do ápice da estrutura piramidal e a sociedade situar-se-ia na base, indicando submissão à normatividade emanada da ponta superior oficial.

Esta formatação de Estado é legitimada por uma chave de entendimento de matriz contratualista. A fim de afastar a guerra permanente de todos contra todos e o risco de comprometer a integridade e viabilidade da espécie, T. HOBBS (2008) apoia-se no argumento da imprescindibilidade de ser firmado um pacto, pelo qual se inauguraria a sociedade civil, instituindo-se um núcleo único e oficial de poder. Este, o soberano, na condição de ente exclusivo a quem se permite o uso da coercitividade, deve empregar esta sua prerrogativa para garantir a paz e segurança de todos.

Este pacto envolveria por parte dos cidadãos a obrigação de cumprir a lei. Houve, assim, a substituição da força instintiva pela legal, porém ainda restrita à vontade do poder

³⁹ Este é o ponto que demonstra a proximidade entre as concepções de T. VIEHWEG, grande responsável pelo ressurgimento da tópica, e C. PERELMAN. Ambos conferem grande relevância a esta doutrina, na medida em que é um mecanismo capaz de permitir a constante renovação do sistema jurídico. Esta assertiva é fundamentada pelas palavras de C. PERELMAN: “Toda problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforça-se para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio jurídico aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica”. (2004, p.117).

soberano. Neste sentido, pode-se argumentar que J. ROUSSEAU (2012) reforça este posicionamento de T. HOBBS com relação aos termos do contrato social, porém, diferentemente de T. HOBBS, J. ROUSSEAU postula que a força normativa deve consubstanciar a vontade geral da nação. Há, portanto, nítido deslocamento da titularidade da vontade geral.

Também C. MONTESQUIEU, pela sua clássica proposta de tripartição de poderes corrobora para esta limitação do poder do soberano. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deveriam desempenhar funções convergentes e em harmonia, mas, de antemão, haveria um rol de atribuições específicas de cada um dos Poderes alinhadas à função precípua de cada Poder, respectivamente, criar normas, executar normas e governar e aplicar a norma abstrata ao caso concreto. E conforme dito acima (vide item 3.1.) esta separação estanque levaria à consideração do juiz tão somente como boca da lei pela Escola da Exegese.

Deste modo, o Estado Liberal como categoria que se insere no tipo-ideal weberiano, comportaria um modo de pensar o direito bastante próximo ao proposto pela Escola da Exegese. Em um Estado cujas atribuições centrais são manter a segurança e o cumprimento dos contratos, na condição simultânea de expectador e árbitro, não há de se esperar de seus juízes que interpretem a norma além do sentido que aflora da literalidade da lei. Por haver um único centro produtor de normas jurídicas, erige-se a crença na plenitude e completude do sistema jurídico. Eventuais lacunas são preenchidas por mecanismos como a analogia e a invocação de princípios gerais do direito, todos estes, contudo, já previstos e situados no interior do sistema jurídico.

Para um Estado com esta configuração, além de o juiz não poder lançar mão de chaves interpretativas que ultrapassem os limites do sistema jurídico, a função da doutrina consiste, tão somente, na elaboração e lapidação de conceitos presentes no sistema jurídico para que a operacionalização de seus institutos não exija mais do que poucos minutos para a conclusão pelo juiz do procedimento de subsunção puro. Há apenas espaço para a lógica formal, própria das demonstrações científicas e do raciocínio analítico em que, se utilizadas premissas verdadeiras e necessárias e se respeitadas as regras de implicação da lógica, a decisão, fruto deste processo, será obrigatoriamente verdadeira e necessária.

O emprego da lógica formal pelo Estado com tais características, aliado a uma doutrina que constrói conceitos essencialmente jurídicos, pela sua neutralidade e pureza, acaba por esconder o leque de escolhas variadas a que tinha acesso o legislador. Em outros termos, o uso da lógica formal induz à crença de que há apenas uma alternativa possível, isto é, aquela que decorre da lei. Porém, em uma afirmação pouco surpreendente, ainda que o

legislador tenha feito uma escolha inicial – ao eleger um valor e conjugá-lo a uma consequência jurídica, produzindo uma norma – o aplicador da lei, ante as peculiaridades do caso concreto, terá ao ser dispor ainda uma gama considerável de opções. Entretanto, o juiz do Estado Liberal, como boca da lei, não tinha espaço para elaborações e optava sempre pela interpretação que beirava à literalidade do enunciado normativo.

Em verdade, a concepção de legitimidade no Estado Liberal do século XIX e início do XX jungia-se ao respeito às formas. Em outras palavras, a concepção de justiça propugnada proviria da conformidade estrita aos termos da lei. Tratava-se de uma concepção formal de justiça, extremista, mas justificável à época, na medida em que se queria afastar a todo custo, como via para conter arbitrariedades indesejadas, qualquer possibilidade de interferência da subjetividade do órgão julgador. O efeito colateral deste intento de restringir a atividade de interpretar e aplicar a lei resultou em uma falta insolúvel de diálogo entre direito e sociedade, de modo que aquele não mais conseguiria satisfatoriamente equacionar os conflitos sociais emergentes.

Apesar de a configuração piramidal do Estado Keynesiano também definir a relação entre Estado e sociedade, não se pode dizer que as características do raciocínio jurídico presentes nesta formação seja igual ao do Estado Liberal. Em razão de o Estado de Bem Estar comportar-se como um ator relevante no ambiente social e de as suas atribuições não serem tão somente formais, seus braços – os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – precisaram adotar postura diferenciada no que toca à resolução dos conflitos.

Por certo, a norma jurídica continua a ser a eleição de um valor e a previsão de uma consequência jurídica, caso a conduta desejada no antecedente não seja observada pelo destinatário da regra. Contudo, as bases do relacionamento entre Estado e sociedade, especialmente a postura do aplicador da norma, mudaram consideravelmente. Preocupados em implementar a justiça substancial, distributiva e direitos sociais prementes, permitiu-se influxos no subsistema jurídico de elementos de outros subsistemas, como o econômico, o político, o cultural e social.

Desta forma, o direito não mais deveria consistir em um sistema com fronteiras bem delimitadas e impermeáveis a influências externas. Pelo contrário, no Estado Keynesiano, pelo ideal de atingimento de objetivos substantivos, buscou-se estabelecer intercâmbio entre os demais subsistemas a fim de preencher o conteúdo da norma com elementos não apenas jurídicos. Neste sentido, afirma-se que é possível perceber na ideologia que permeia o *welfare national State* resquícios daquilo que a Escola Histórica do século XIX propugnava.

São justamente as cláusulas abertas, previstas no BGB alemão do início do século XX,

a estratégia intrajurídica para a absorção de fatores extrajurídicos. Isso porque as cláusulas gerais não consistiam em regulações específicas ou limitadas a um caso concreto cujas especificidades já nela estavam previstas. Serviam para conferir ao julgador alguma flexibilidade na determinação do seu efetivo conteúdo, fazendo com que o texto da lei não caducasse facilmente pela passagem do tempo ou pelas transformações no ambiente social que naturalmente viriam.

O jurista que integrava o Estado de Bem Estar, por todas as intenções e compromissos assumidos, não mais poderia operar no âmbito estrito de uma visão puramente dogmática ou estrutural. Identificar a norma no sistema entendido como fechado, de acordo com os critérios previstos exclusivamente sistema jurídico, realizar juízos de validade por método lógico-dedutivo empregando racionalidade formal e aplicar a lei nos seus estritos limites sintáticos, seria abandonar o *welfare commitment* pela completa desconsideração dos impactos da decisão no corpo social.

Para dar conta da concretização dos objetivos do Estado Keynesiano exigia-se, portanto, dos aplicadores e operadores do direito uma concepção de sistema jurídico aberto pela referência a uma visão histórico-funcional, isto é, não dogmática. Em meados do século XX, tratava-se de considerar o direito e identificar seus componentes pelo emprego de uma racionalidade material e encarar a ciência do direito não só pelo seu viés normativo, legalista ou positivista, mas, principalmente, por uma abordagem pragmática e tópica.

Já nesta transição narrada do raciocínio jurídico que predominou no Estado Liberal e que se transformou no âmbito do Estado Keynesiano, podem-se identificar as origens do modo de pensar o direito que imperam quando da análise detida do Estado Shumpeteriano ou *workfare post-national State*. Considerando as suas características fundantes, já discutidas no item 2.3 supra, torna-se inviável a defesa de uma análise puramente estrutural do fenômeno jurídico. Por certo, as bases dogmáticas que conformam o sistema jurídico e o conhecimento de seus conceitos e institutos nucleares não podem ser ignorados por qualquer jurista, entretanto limitar-se a estes elementos intrinsecamente jurídicos gera uma ausência de respostas satisfatórias a algumas das questões mais prementes do mundo de hoje.

A sociedade atual caracteriza-se pela sua complexidade e inexistência de monopólio estatal sobre as fontes do direito e sobre as decisões econômicas e políticas. Em função disso, como já descrito acima, novas formas de normatização emergiram. Estas congregam vários centros produtores de normas, no que se pode denominar pluralismo jurídico. Entre o Estado e a sociedade há organizações intermediárias que regulam certos setores da vida orientados pelos marcos regulatórios delimitados pelo Estado. Trata-se de ordens normativas que

convivem harmonicamente sem que se possa estabelecer relação de hierarquia entre elas.

Neste contexto, a função normativa do Estado não desaparece, contudo precisa de novo desenho. Para lidar com esta sociedade complexa, de múltiplas facetas e dissenso moral, regras de pouco alcance semântico não conseguem manejar todas estas possibilidades. Nos dias de hoje, as Constituições e novas legislações estão permeadas por enunciados que contêm expressões abertas ou que em si mesmas são imprecisas. Há várias nomenclaturas para tais enunciados, cláusulas gerais, princípios, porém, pela nossa filiação à tópica jurídica, prefere-se usar *topoi* como terminologia.

No item 3.3, já foram explicadas as características centrais dos *topoi* e, nesta oportunidade, pretende-se justificar por qual motivo defende-se ser este tipo de racionalidade jurídica aquela que mais se adéqua ao Estado Pós-Moderno, também chamado de Schumpeteriano ou *workfare post-national State*. Há de se dizer que a tópica como doutrina foi redescoberta por T. VIEHWEG no começo da segunda metade do século XX, no pós-guerra. Suas conclusões expostas em “*Tópica e Jurisprudência*” apontam para uma descrença no direito de base positivista como suficiente para evitar as mesmas barbaridades a que se assistiu durante a Segunda Grande Guerra Mundial.

A alternativa, portanto, para não relegar exclusivamente ao plano do dever-ser a tarefa de fornecer uma resposta ao conflito social transformado em conflito jurídico, T. VIEHWEG propõe que o pensamento jurídico adote por ponto de partida o *problema*. Nesta operação, é preciso considerar todas as peculiaridades que circundam o suporte fático, sendo estas propriamente jurídicas ou provenientes de outros subsistemas, como os fatores econômicos, sociais, culturais e políticos. Todos esses elementos serão relevantíssimos para a construção da resposta jurídica, na medida em que, por via de tais fatores, promover-se-á o preenchimento dos *topoi* empregados na resolução da lide.

Como dito, os *topoi* não possuem conteúdo completamente definido *a priori* e esta sua característica central permite que o diálogo entre Estado e sociedade complexa seja verossímil, uma vez que sua substância pode ser diversa ao longo do tempo, independentemente de alteração legislativa formal. Por certo, há de se admitir que, se por um lado a existência de *topoi* no sistema jurídico confere a tão necessária maleabilidade para calibrar as expectativas dos destinatários da norma, a imprecisão do seu conteúdo pode gerar enormes incertezas sobre a orientação do Estado, ativismo judicial e judicialização da política como fenômenos capazes de desestabilizar o sistema de freios e contrapesos.

Ainda assim, conhecendo os efeitos colaterais da adoção da doutrina dos *topoi*, esta constitui, a nosso ver, a melhor forma de lidar com uma sociedade global complexa no âmbito

do Estado Schumpeteriano (*workfare post-national State*). Isso porque tal doutrina representa uma evolução que engloba aspectos das vertentes anteriores – Escola da Exegese e Escola Histórica –, agregando a necessidade de transpor a ideia de que o plano do dever-ser, por uma interpretação restrita aos elementos jurídicos nele presentes, seja suficiente a fornecer uma resposta satisfatória a destinatários que não compartilham das mesmas concepções morais, tampouco conseguem moldar algum consenso definitivo sobre as principais questões.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme enunciado na introdução a este breve estudo, o nosso escopo consistiu em propor uma possível correspondência entre os modelos de Estados dos séculos XIX, XX e XXI e as correntes que se desenvolveram também neste período sobre o raciocínio jurídico. Como já previsto, não se quis realizar uma correlação estrita entre as três Escolas de pensamento e os três modelos de Estado, mas sim discutir como se deu a interação entre a estrutura estatal e a concepção de direito em cada uma destas fases.

Justificada a sugerida correspondência, reforça-se a hipótese que desde o início orientou as reflexões materializadas neste trabalho. A conclusão, com base em longas reflexões sobre o tema, é a de que a configuração do Estado atual, o *workfare post-national State*, por suas peculiaridades desencadeadas pelo fenômeno da globalização, comporta a racionalidade jurídica de base tópica. Assim se sustenta, pois este modelo, redescoberto na metade do século passado, absorve uma concepção estrutural do direito, sem se reduzir a esta. Pauta-se por uma concepção de sistema jurídico aberto, que promove interações amplas e complexas com os demais subsistemas sociais.

Esta doutrina dos *topoi*, ao considerar o problema como ponto de partida, consegue internalizar no modo de pensar jurídico grande parte da complexidade social que, por outras vias de cognição, ficaria retida nos filtros iniciais do sistema jurídico. Também os *topoi* permitem maior maleabilidade dos conceitos presentes nos enunciados normativos oficiais, característica esta que possibilita a solução de eventuais incompatibilidades decorrentes de regulações oriundas de outras ordens normativas.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, R. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda H. S. Silva, 2ª ed., São Paulo: Landy Editora, 2005.
- BALLWEG, Ottmar. *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1970.
- _____. Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung der Rechtswissenschaft und der Jurisprudenz. *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band II, Düsseldorf, Bertelsmann Universitätsverlag, 1972, pp. 43-49.
- _____. Retórica Analítica e Direito, trad. João Maurício Adeodato. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, 163, São Paulo, IBF, 1991, p. 175-184.
- _____. Entwurf einer analytischen Rhetorik. In: Helmut Schanze e Joseph Kopperschmidt (Hrsg), *Rhetorik und Philosophie*, München, Wilhelm Fink, 1989, p. 229-47.
- _____. Analytische Rhetorik als juristische Grundlagenforschung. In: Robert Alexy, Ralf Dreier e Ulfrid Neumann (Hrsg), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 44. Stuttgart, Steiner, 1991, p. 45-54.
- BALLWEG, Ottmar; SEIBERT, Thomas-Michael (Hrsg). *Rhetorische Rechtstheorie*. Freiburg-München: Alber, 1982.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do Direito*. 1ª ed., São Paulo: Ícone, 1995.
- CÍCERO. *De Inventione*. Tradução de H. M. Hubbel, Cambridge: Harvard University Press, 1976.
- _____. *De Oratore*. Tradução de E. W. Sutton e H. Rackman: Cambridge, Harvard University Press, 1988.
- [CÍCERO]. *Rhetorica ad Herennium*. Tradução de H. Caplan, Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- _____. *Topica*. Tradução de H. M. Hubbel, Cambridge: Harvard University Press, 1976.
- DIEDERICHSEN, Uwe. *Topisches und Systematisches Denken in der Jurisprudenz*. Neue Juristische Wochenschrift, 16, 1996, pp. 697-752.
- ENGISCH, Karl. *Le fait et le droit en droit allemand*. Bruxelas: Bruylant, 1961.
- FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*, 2012 (no prelo).
- _____. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva – GV Law, 2008.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.

- _____. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 5ª. ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. *Teorias de la Tópica Jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.
- GAST, Wolfgang. *Juristische Rhetorik*. Heidelberg: R. v. Decker, 1988.
- HAFT, Fritjof. *Juristische Rhetorik*. Freiburg/München: Karl Alber, 1990.
- HOBBS, T. *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. Milão: Giuffrè, 1960.
- _____. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de Rosina D'Angina, 3ª ed., São Paulo: Ícone, 2008.
- INNERARITY, Carmen e INNERARITY, Daniel. La transformación de la política para gobernar uma sociedade compleja. In: *Estudios Políticos*, n. 106, Madrid, out/dez de 1999.
- JESSOP, Bob. *Narrating the future of national economy and national State? Remarks on remapping regulation and the reinventing governance*, Lancaster, Lancaster University, LA14YN, 2003. (Acessível em <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/Jessop-Narrating-the-Future.pdf>).
- _____. *The European Union and recent transformations in statehood*, Lancaster, Lancaster University, LA14YN. 2005. (Acessível em <http://www.comp.lancs.ac.uk/sociology/papers/jessop-eu-transformations-statehood.pdf>).
- KEYNES, John. The end of laissez-faire. In: *Essays in Persuasion*, Londres, Macmillan/St. Martin Press, 1972.
- KLUG, Ulrich. *Juristische Logik*. Heidelberg: Springer, 1982.
- KOPPERSCHMIDT, Josef. *Allgemeine Rhetorik: Einführung in die Theorie der Persuasiven Kommunikation*. Stuttgart: Kohlhammer, 1973.
- LAUSBERG, Heinrich. *Elementos de Retórica Literária*. 5ª. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro, tradução de Cristina Murachco, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. Berlin: Duncker und Humblot, 1989.
- OTTE, G. Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben, In: *Rechtstheorie I*, 1970.

- PERELMAN, Chaïm. *Retoricas*. Tradução de M. E. A. Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *Lógica Jurídica*. Tradução de V. K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *Droit, logique et épistémologie*. Paris: Vrin, 1973.
- PERELMAN, Ch. e TYTECA L. *O Tratado da Argumentação*. Tradução de Maria E. G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- ROUSSEAU. *Do contrato social: princípios do direito político*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SOBOTA, Katharina. *Sachlichkeit – Rhetorische Kunst der Juristen*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1990.
- _____. Rhetorik: Form ohne Inhalt? *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, v. LXXV, Heft 4.4, Quartal, Stuttgart, Steiner, 1989, pp. 525-33.
- _____. Don't mention the norm! *International Journal for the Semiotics of Law*, v.4, fasc. 10, 1991, p. 45-60, trad. João Maurício Adeodato, Não mencione a norma!, Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, n. 7, Recife, ed. Universitária da UFPE, 1996, pp. 80-93.
- SCHRECKENBERGER, Waldemar. *Rhetorische Semiotik*. München, 1978.
- _____. *Semiótica del discurso jurídico*. Tradução de Ernesto Garzón Valdez, México, UNAM, 1987.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1982. O texto original é de 1911.
- SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações*. São Paulo: Hemus, 2008.
- STRUCK, Gerhard. *Topische Jurisprudenz: Argument und Gemeinplatz in der Juristischen Arbeit*. Frankfurt/M: Athenäum, 1971.
- _____. *Zur Theorie juristischer Argumentation*. Heft 63, Berlin: Duncker und Humblot, 1977.
- VIEHWEG, Theodor. *Topik und Jurisprudenz*. 5ª ed., München: Beck, 1974.
- _____. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução de T. S. Ferraz Jr., Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- _____. *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 1995.
- _____. (Hrsg.). *Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?* Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980, pp. 315-26.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa, Calouste Gulbenkian: 2004.

_____. *Zur Topikdiskussion in der Zeitgenössischen Deutschen Rechtswissenschaft*. In CÄMMERER, E. Von *et alii*. *Xenion: Festschrift für Pan Zepos*. Band I, Athen, Freiburg, Köln, Ch. Katsikalis, 1973, pp. 391-415.