

ESTUDOS DE METODOLOGIA DA PESQUISA APLICADA AO DIREITO: REFLEXÕES PARA UMA EPISTEMOLOGIA CRÍTICA DO DIREITO*

Paula Mangialardo**

INTRODUÇÃO

Durante um bom tempo, tudo o que era produzido fora do Direito positivista, com conteúdo crítico, foi considerado como não sendo ciência. Isto porque na mais pura visão positivista a ciência só é tida como tal, se for absolutamente neutra (mito da neutralidade). Todo o mais, estaria inserido no campo da moral, da política, da religião, menos no científico. Importante salientar, que o positivismo não é a mesma coisa que a dogmática jurídica, sendo para alguns mais do que uma corrente de pensamento, alcançando *status* de uma Epistemologia.

Assim sendo, tanto considerado como uma corrente de pensamento ou como uma epistemologia, se faz necessário estabelecer em qual período se estabeleceu essa ordem de pensar no Direito.

A concepção jusnaturalista prevaleceu no ocidente até o século XIX, a partir de quando o jusnaturalismo começa a ser considerado como mera especulação metafísica. A obra “O espírito das leis” de Montesquieu, pode ser considerada como o marco do positivismo, pois demonstra bem a nova forma de pensar, em que os juízos de valor devem sempre estar submetidos às leis científicas. Isso significa positivismo.

Daí, que ao adotar uma postura epistemológica, se excluem as demais, coloca-se cada uma delas frente a frente.

Assim, a razão positiva, que representava a razão burguesa da época, passou a prevalecer e a imperar no mundo do Direito. Mundo no qual as leis e as regras passaram a representar a própria ciência do Direito.

* Este trabalho foi elaborado e sistematizado com base nas aulas do Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer, na Disciplina Fundamentos para uma Epistemologia Crítica do Direito, ministradas no UNIVEM- Marília em Outubro de 2004.

** Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM e integrante do GEPEDI – Grupo de Estudos e Pesquisas em Pedagogia do Direito do UNIVEM/MARÍLIA – SP.

Ocorre que as regras podem ser expressão, mas não representam e nem se configuram como essência do Direito.

E foi o amadurecer e o crescer desta mentalidade que proporcionaram a tão falada crise do positivismo jurídico, da dogmática jurídica, que ainda é assunto das pautas atuais. A formação e as conseqüências desse movimento de “revolução” podem e devem ser refletidos por nós, professores que nos preocupamos com o que vamos dizer para essas novas gerações que adentram nos cursos jurídicos. E até para nós mesmos, que somos bombardeados pelas nossas próprias inquietações.

No que se traduz a realidade? Há como conhecer e produzir um Direito totalmente isento de contágio com os outros componentes da vida em sociedade? A ordem estabelecida é nova ou fruto dos resquícios do passado? Enxergamos além da película que recobre nossos olhos?

O certo é que a realidade objetiva é mediada pelas abstrações que introjeitamos, pelas teorias que conhecemos, pelas posturas que adotamos.

Daí, a necessidade de se imbuir verdadeiramente no espírito científico, de investigador, não com o intuito de encontrar a verdade absoluta (ela não existe ou é inalcançável para nós, seres falíveis), mas com o fim de pensar, refletir, ter um pensamento crítico em relação às coisas que se nos apresentam tanto no campo do Direito, como em outros de nossas vidas.

O propósito deste pequeno estudo será o de refletir acerca da problemática jurídica ocidental, discutindo criticamente a cultura jurídica sob os aspectos sociais, éticos, culturais, econômicos e políticos. Não se tem, contudo, a pretensão de analisar todos os episódios e fatos de maneira exaustiva e sistemática, o objetivo principal será o de lançar o leitor a refletir sobre o tema proposto. A partir deste pensar e repensar, talvez seja possível que novas idéias venham às nossas mentes, enriquecendo ainda mais este campo de discussão tão frutífero e controvertido.

1. O PORQUÊ DA EPISTEMOLOGIA NO DIREITO.

A importância do papel exercido pela epistemologia no Direito se justifica na necessidade de discutirmos a problemática do conhecimento, que seria a relação entre o sujeito conhecedor e o objeto que se pretende conhecer. Bem como a relevância desta relação para a ciência.

E é bem verdade que um dos nossos maiores problemas é o conhecimento. Pois nem sempre as mentes estão abertas para conhecer a realidade da maneira mais objetiva possível, a

concepção que temos do mundo, nossos valores e tantos outros fatores “interferem” e por vezes, obliteram a real percepção dos objetos.

Poucas são as saídas disponíveis para se retirar essa “película” que recobre os nossos olhos, na maioria das vezes não vamos conseguir nos despirmos dela, mas só o fato de se ter consciência da sua existência já é um grande passo para que a realidade comece a desembasar.

A consciência de que não existe uma verdade absoluta, de que os objetos não podem ser universalizados também contribui para que o homem possa se orientar pela realidade da maneira mais clara e objetiva.

Ressalva-se, entretanto, que cada indivíduo tem a sua verdade, o que não significa dizer que a verdade seja sempre relativa para cada um. Um tipo de verdade absoluta existe em um determinado local e data, só não podendo ser universalizada.

Destarte, o pensamento e a reflexão devem ser exercitados a todo o momento, não só refletindo-se sobre o Direito como também sobre a própria prática científica que pode estar envolvida com ele.

Daí, a colaboração que poderá advir de uma epistemologia crítica do Direito.

O termo epistemologia aparecerá a muitos como extremamente insólito pela novidade que introduz num texto que se dirige a juristas: para quê compilar as coisas e misturar não sei que reflexão filosófica a um trabalho de direito? Antes de recusar a palavra, pode ser interessante saber o que ela abrange e o interesse que pode apresentar para a nossa investigação.¹

A ciência é construída por meio de um discurso lógico, sendo um grande problema o fato de não termos domínio sobre esse discurso lógico científico. Pode-se até mesmo falar em discursos científicos diante da existência de várias linhas de pensamento científico.

Um cuidado se faz imperioso, pois muitas coisas se apresentam como evidentes aparentando uma clareza que não corresponde aos fatos, é necessário não esquecer que em se tratando de ciência, nada é evidente. Sendo que as coisas que se percebem facilmente, na realidade são outras bem diferentes.

Assim, continua pertinente a discussão e reflexão sobre o processo do conhecimento e não mais somente sobre o produto (próprio conhecimento) pronto e acabado. E principalmente na

¹ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Editorial Stampa, 1979.

área do Direito a epistemologia poderá contribuir de maneira eficaz, vez que a hermenêutica jurídica não dá conta de explicar todos os questionamentos que se colocam nos tempos de hoje.

2. A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE E DO DIREITO MODERNOS.

O Direito pode ser lido por meio de diversas leituras. Cada uma focando uma dimensão diferente da realidade. Uma primeira leitura é aquela de caráter científico (visão normativa), outra leitura seria a de visão valorativa, com embasamento nos princípios, valores e fundamentos filosóficos. Ainda uma terceira leitura oferece uma visão da díade Direito/Sociedade, onde se analisa a influência desta no Direito, oferece também uma visão sócio-política na qual se discute legitimidade e validade do Direito.

Além dessas possíveis leituras, a formação do Direito moderno passa por vários marcos teóricos, que ora buscam a manutenção da ordem vigente ou o próprio Direito como instrumento de emancipação ou transformação social.

Daí, surgindo a necessidade de constituição de um referencial teórico que possa servir de apoio para a reflexão do Direito. Este referencial teórico deverá comportar uma perspectiva histórico-social antes mesmo da análise do Direito propriamente dito, fornecendo os elementos que compõem o contexto estudado. Esta perspectiva histórico-social atentará para os seguintes fatos: a) vida material dos atores (sistema produtivo e modos de produção); b) formação social (a própria sociedade, suas “forças” e seus atores); c) visão ideológica do mundo (a ideologia, a filosofia e as doutrinas de uma época) e d) a estrutura de poder.

Assim, a sociedade moderna foi formada dentro do: a) capitalismo; b) por uma Sociedade Burguesa; c) onde prevalecia a visão do Liberalismo individualista. Isto, optando por uma leitura dialética dos movimentos histórico-sociais, descartando a opção de se trabalhar o Direito enquanto sistema fechado (que se auto-reproduz), d) centralização racional do poder.

O Direito será examinado a partir de uma perspectiva social multidisciplinar. Na busca de uma nova lógica, concepção meta-jurídica mais democrática.

Portanto, a Modernidade não é só um fluxo histórico do tempo, mas uma forma de organização social e que implica certas características específicas.

A Modernidade é produto de processos cumulativos de racionalização que se deram no Ocidente a partir do século XVII. Esses processos resultaram na autonomia e universalização de diferentes campos de ação.

Imperativo reconhecer que a Modernidade é um termo bastante elástico que dá margem a inúmeras interpretações. Para o Direito, mais do que um momento histórico (ocidental-europeu), é um momento com características próprias, que resultou na autonomia de várias áreas, surgimento de novos valores, não só para o Direito como em outras áreas do conhecimento.

A Modernidade é constituída por movimentos culturais, sendo os mais marcantes: o Iluminismo, o Renascimento, a Reforma Protestante e as Revoluções Políticas Burguesas.

Surge uma leitura horizontal da sociedade, no plano terrestre (não mais teológico).

A Teoria do Contrato Social é grande tese que vem para explicar o desenvolvimento da sociedade. A Filosofia humanista tenta situar o homem no centro das coisas, numa perspectiva secularizada.

O Iluminismo é um movimento cultural importante, pois dele emergem grandes transformações na Europa, que atuam não só na área do Direito como em outras. Na Itália houve um movimento reformista, com o surgimento da escola penalista (Beccaria).

Um grande nome será o de Rousseau (representante do romantismo), que valoriza o homem na sua essência original, em contrapartida aos racionalistas-iluministas. Os iluministas venceram neste aspecto, só que a sua bandeira de luta (liberdade-igualdade-fraternidade) não conseguiu se implementar. Pois dentro destes três pontos, somente a liberdade foi levada a extremos pelos homens.

A segunda Revolução Industrial também é um marco importante. Depois da exploração excessiva do homem pelo homem, surgem movimentos socialistas com o fim de mudar este panorama, tais como o Socialismo Romântico-Utópico e o Socialismo Científico-Revolucionário. O Socialismo contemporâneo primou pela defesa da “igualdade” deixando de lado a liberdade e a fraternidade (não passando de um coletivismo burocrático). O grande ponto é onde estes discursos liberalistas, socialistas fracassaram. Se possível, desenvolveremos mais adiante.

Voltando a análise da perspectiva histórico-social e dos seus pressupostos determinantes, sucintamente faremos a exposição de cada um deles.

Com relação ao modo de produção, a Modernidade se vê imersa no Capitalismo. Sofrendo influências da Escola Marxista até fins do século XIX e da Escola Weberiana no início do século XX.

A análise Weberiana enfatiza outros elementos; a cultura, os valores da religião, entre vários que irão influenciar a vida em sociedade. O capitalismo pode-se dizer, é o resultado de um processo de racionalização da Idade Moderna (livre economia e sociedade). Também, a obra “A Ética Protestante” é fundamental para o entendimento dos movimentos da Modernidade.

Como formação social, a Modernidade teve seus contornos dados pela sociedade burguesa. A burguesia é um segmento social que nasce das cidades e do comércio. Possui uma visão individualista, defendendo uma ética própria, e modo “puritanista” com os costumes. Com a ascensão da burguesia ocorre uma revolução nos costumes artísticos, na vida cultural, nas artes plásticas, em várias áreas, à medida que cresce o seu poder.

No campo ideológico, o que prevalece é o Liberalismo Individualista. Muitas teses tentam explicar o surgimento do Liberalismo, para alguns o grande tema do Liberalismo seria a tolerância. Para outros, a questão do liberalismo se refere ao crescimento da burguesia emergente, na busca pela liberdade de contratar, vender, negociar sem interferências de qualquer ordem.

No aspecto da estruturação do poder é preciso recordar que a sociedade medieval era fragmentária. Já na Modernidade o Ocidente vai caminhar para a centralização racional do poder.

Do modelo absolutista, após um longo período de lutas e processos, derivou o Estado Liberal Capitalista do século XVIII (movido por uma idéia de soberania nacional). Com Rousseau, a idéia de uma soberania popular. A idéia de Rousseau vai ser “superada” pela idéia de Democracia Representativa, que até hoje é utilizada. Este modelo de Estado iria evoluir, até chegar no Estado Liberal (que também vai passar por uma crise em 1920), que deu origem a outros modelos de Estado e Teorias. Contudo, o Estado Liberal, mesmo que com outra configuração, sobreviveu.

Para concluir este capítulo, interessante comentar sobre os princípios doutrinários do modelo estatal de direito da Modernidade. Duas escolas colocaram-se de maneira oposta, a Escola da Exegese (o Direito está na lei) e a Escola do Direito Livre na Alemanha e na Áustria (a justiça é o principal, mesmo que a lei não a defenda). Na constituição do Direito Moderno a hegemonia é a do Direito Privado, até a Revolução Francesa quando começaram a surgir as primeiras noções de Direito Público.

Estes são apenas alguns aspectos dentro do cenário da Modernidade capitalista, colocados livremente a título de reflexão.

Atualmente, imprescindível é pensar na sociedade e na globalização, considerando tanto os micro como os macro efeitos que são gerados.

3. A DOGMÁTICA JURÍDICA EM CRISE E O SURGIMENTO DE NOVOS PARADIGMAS.

Dentro daquela perspectiva histórico-social dita anteriormente é que se formou a Modernidade e o Direito dela decorrente. Este modelo do Direito Estatal Ocidental se apresentou desde a Revolução Francesa até as codificações do século XIX. Havia a prevalência da Teoria da separação dos poderes e ainda um predomínio de um jusnaturalismo racionalista, representado por Grócius, Puffendorf entre outros. Os principais juristas deste momento são: Austin e Rudolf Von Ihering.

O apogeu deste modelo do Direito Estatal se deu nas décadas de 1920 e 1930 até as décadas de 1950 e 1960. Neste período, o capitalismo vive sua fase monopolista das políticas Keynesianas, ocorrendo ainda a construção de uma Ciência do Direito e a consolidação do formalismo dogmático. Tendo como uma das maiores expressões deste dogmatismo, o jurista Hans Kelsen.

Entretanto, nas décadas de 1970 e 1980 este modelo formalista de Direito Estatal começa a decair. Isto se dá em face do surgimento de novas necessidades sociais, da reordenação do capitalismo mundial, da integração de mercados, das privatizações, da globalização, do capital monopolista e da crise do Estado do Bem Estar Social.

Neste cenário, destaca-se o autor N. Luhmann como grande expoente. O reforço da doutrina monista se efetiva através do neopositivismo, tendo citado autor como um de seus grandes teóricos. Depois da segunda grande guerra houve uma retomada do jusnaturalismo, pois os neopositivistas tentaram por meio dele, atenuar o rigor da norma.

Destarte, verifica-se o esgotamento do discurso da Modernidade.

Na segunda metade do século XX, cresceu o número de movimentos culturais de relevância. Houve um movimento na Itália, que discutiu o fim das ideologias, num congresso ao

norte do país. Os anos sessenta mostraram o contrário, que as ideologias apareciam em ciclos de marchas e contra-marchas.

Já no começo dos anos sessenta ocorre a Revolução Cubana, com ampla divulgação na América Latina. A Revolução Argelina também é um acontecimento que marca este período. Pois a guerra na Argélia mostra os problemas e a resistência dos argelinos contra os franceses “brancos”. Também os ecos da Revolução Chinesa (o livro vermelho de Mão Tse Tung) marcam este período. Nos anos setenta ocorre a invasão do Vietnã pelos americanos, com conseqüências traumáticas para as famílias americanas.

A década de sessenta é marcada por muita agitação, muitos movimentos de contracultura, que culminam com o Maio de 1968 na França. Mostrando para os conservadores que as ideologias não haviam morrido.

Surge então uma plêiade de escritores fenomenais na França (entre eles Foucault), determinando uma geração crítica de pensadores, que vão introduzir a discussão sobre o esgotamento da Modernidade. Alguns alemães, entre eles Habermas, vão tentar recuperar o projeto da modernidade.

Mas, o quê fazer com a Modernidade? Defender? Atacar?

O melhor seria fazer o diagnóstico do que falhou e o que faltou, para tentar uma reforma, no pensar e repensar a racionalidade da Modernidade.

Além de Habermas, Bobbio, de forma moderada discutiu a questão da Modernidade, também Gramsci, entre outros.

A par desta discussão, poderíamos mencionar o autor Boaventura de Souza Santos, que trabalha com a idéia de estarmos diante de uma transição paradigmática.

Neste fervilhar de idéias e choques sócio-culturais, o Direito entra em crise. Sabe-se que o termo “crise” é bastante aberto e elástico, de difícil caracterização. Muitas das análises feitas a seu respeito baseiam-se na Teoria Sistêmica. Fugindo de uma visão sistêmica, poderíamos definir a “crise” como sendo a culminância das contradições em uma sociedade, que desestrutura diversos campos, como o Direito, a Economia, a Política, dentre outros.

Com relação à caracterização dos Novos Paradigmas, estes vão se estabelecendo em meio à efervescência que estes tempos revelam. O velho paradigma ainda permanece e resiste. O novo tenta se instalar mais ainda não detém força suficiente para se impor. Vive-se então, como nos

ensina Boaventura, uma “transição paradigmática” em que os movimentos de ação e reação colidem a todo o momento.

Daí a imprescindibilidade de buscarmos teorias que possam contemplar a complexidade dos nossos tempos.

É tempo de reflexão e tomada de consciência crítica, estando o Direito no centro dessa nova realidade que se nos apresenta.

4. TEORIA CRÍTICA NO ÂMBITO DO DIREITO.

A Teoria Crítica é um tema que dá margem à muitas interpretações. No início da Modernidade, o próprio Descartes demonstrou uma espécie de crítica contra o sistema vigente, também Kant, entre outros autores que poderiam ter dado origem à Teorização Crítica.

Para o Direito, a Escola de Frankfurt será o marco principal deste movimento. Necessário seria, um trabalho só sobre ela e seus autores para dar conta de mostrar com riqueza de detalhes toda a trajetória e os reflexos desta linha de pensamento que se formou, com fortes influências até os dias de hoje para nós da área do Direito.

Assim sendo, neste artigo, irá se trabalhar apenas com uma introdução da Teoria Crítica, seu conceito no Direito e os seus objetivos na dimensão jurídica.

O nascimento do movimento crítico no Direito, se gestou no final dos anos sessenta. Consolidando-se na década de 1970 na Europa, principalmente na França e na Itália (locais de emergência).

Quais as leituras inspiraram esses precursores? A resposta se encontra no marxismo soviético, nas ideias do italiano Gramsci, em Althusser, Foucault e na Escola de Frankfurt.

Kelsen iria fazer críticas severas a esse marxismo jurídico de inspiração soviética.

Na França, o movimento foi gerado por professores, na Itália o fato curioso foi que os primeiros foram os magistrados (o movimento ganhou forças quando eles se encontraram ao sul do país para discutirem diversas questões, seriam reconhecidos pelo “uso alternativo do Direito”). Os magistrados italianos trabalhavam uma hermenêutica flexível nos Tribunais, buscando justiça social, essas ideias acabaram por influenciar outros países, como por exemplo, a Espanha na década de setenta.

Na América Latina esse movimento crítico chegou nos anos oitenta (primeiramente no México, Argentina e posteriormente no Brasil).

No Brasil, o movimento começa na metade dos anos oitenta, introduzido com muito cuidado por alguns professores de sociologia e filosofia do Direito. O precursor foi o professor Roberto Lyra Filho, com a obra “O que é Direito”, da Editora Brasiliense, que deixou um projeto de extensão que seria o do “Direito achado na Rua”, com enfoque no pluralismo jurídico.

O professor Thércio Sampaio Ferraz Jr., vai fazer escola com as suas interpretações “Dogmática” e “Zetética”.

Outro autor de destaque será o professor Luiz Fernando Coelho, que teve papel importante neste cenário porque ministrava aulas de Lógica e Hermenêutica. “Lógica e Interpretação das Leis”, obra famosa que fugia do senso comum. A segunda edição passa a ser ainda mais importante porque trás novas idéias, culminando com o livro “Teoria Crítica do Direito”.

Outro nome importante neste cenário é o do professor Luis Alberto Varat (movimentos críticos no final dos anos oitenta).

A resistência ao movimento Kelsiniano era feita pelos jusnaturalistas.

A crítica no Direito não deixa de ser uma reflexão, atua no âmbito do saber, do discurso (linguagem) e no procedimento (dos mitos, da dogmática) na tentativa de buscar alternativas.

Trata-se da formulação Teórico-Prática que se revela sob a forma de exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento), em dada formação social e na possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica.²

Como objetivos da crítica Jurídica podemos destacar quatro pontos para reflexão. O primeiro é o de denunciar as funções políticas e ideológicas das concepções normativistas do Direito e do Estado.

O segundo é rever as bases epistemológicas que comandam a produção tradicional da ciência do Direito, demonstrando que as crenças teóricas dos juristas em torno da verdade e da objetividade cumprem uma função de legitimação político-ideológica.

Como terceiro objetivo tem-se por superar os bizantinos debates que nos mostram o Direito a partir de uma perspectiva abstrata, formalista, científica e neutra.

² Noção Sociológico-Filosófica de Crítica Jurídica dada pelo professor Antonio Carlos Wolkmer em aula ministrada para o Mestrado em Direito do UNIVEM – Marília – SP, em Outubro de 2004.

E como quarto objetivo, proporcionar, nas Escolas de Direito, um instrumental pedagógico adequado para que os estudantes possam adquirir um modo diferente de agir, pensar e sentir.

CONCLUSÃO

Para finalizar este trabalho, o leitor é convidado a refletir e questionar a possibilidade do Direito ser concebido sob outra ótica. O futuro do Direito e o futuro dos cursos jurídicos estão exatamente no esforço coletivo de se pensar o próprio Direito, não meramente como um produto acabado que se autocoloca, de forma impositiva e irracional.

É necessário superar os obstáculos epistemológicos que se colocam diante dos processos de conhecimento do Direito. Uma consciência crítica e reflexiva precisa ser desenvolvida e praticada por todos os agentes do Direito.

O discurso dos tempos atuais exige profissionais bem preparados (autodeterminados) e comprometidos com o sentimento de solidariedade social, necessários para o projeto de construção de uma sociedade um pouco menos injusta para todos.

Cabe a nós, o papel de teorizar e operacionalizar uma nova mentalidade para o Direito, sendo a epistemologia uma ferramenta imprescindível para o sucesso desta jornada. Pois se trata de um grande desafio que se nos coloca estes tempos globalizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MEZZAROBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa: Editorial Stampa, 1979.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

WOLKMER, Antonio C. *História do Direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

_____. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

____. *Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.